

DERECHOS Y LIBERTADES

Número 42, Época II, enero 2020



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

 FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

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 2020.

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)
ÁNGEL LLAMAS CASCÓN (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 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 Director11

El jurista como verdadero filósofo15

Jurist as true philosopher

MASSIMO LA TORRE

ARTÍCULOS

El modelo de educación diferenciada en la reciente doctrina constitucional27

Single sex public education in the latest decisions of the Constitutional Court

OSCAR CELADOR ANGÓN

La soledad de los derechos humanos en el marco jurídico de la globalización61

The loneliness of human rights in the legal framework of globalization

M^a JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS

La transformación de la solidaridad en un mundo global93

The transformation of solidarity in a global world

FEDERICO ARCOS RAMÍREZ

La influencia de la imaginación literaria femenina en la construcción de sujetos compasivos y su proyección en la cultura jurídica125
The influence of female literary imagination in the construction of compassionate subjects and its projection in legal culture

CRISTINA MONEREO ATIENZA

Experiencia humana y Derecho: reflexiones sobre la integralidad de lo jurídico153
Human experience and Law: thoughts on the entirety of the legal phenomenon

AUGUSTO ROMANO

El iuspositivismo político-ideológico de Uberto Scarpelli y los principios del Derecho.....167
The political-ideological legal positivism of Uberto Scarpelli and the principles of Law

ADRIÁN RENTERÍA DÍAZ

Robótica e inteligencia artificial: retos para el Derecho203
Robotics and artificial intelligence: open challenges for the Law

SILVIA SALARDI

Dignidad humana y derechos fundamentales. Consideraciones en torno al concepto de dignidad en la reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....233
Human dignity and fundamental rights. Considerations on the concept of dignity in the latest doctrine of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice

CIRO MILIONE - ALICIA CÁRDENAS CORDÓN

La polémica sobre la relación entre Derecho y moral. Robert Alexy y Eugenio Bulygin.....267
The debate about the relationship between Law and morality. Robert Alexy and Eugenio Bulygin

NATALINA STAMILE

La tensión entre la libertad ideológica y la libertad de empresa.....303
The tension between ideological freedom and freedom of enterprise

MARC-ABRAHAM PUIG HERNÁNDEZ

**El “justo proceso penal del menor” en el sistema italiano
a la luz de la Directiva 2016/800/UE**337
*The “criminal due process for juveniles” in the Italian system
in accordance with Directive 2016/800/EU*

CARLA PANSINI

RECENSIONES

Fernando H. LLANO ALONSO,
Homo Excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo361
MIGLE LAUKYTE

Ana M^a MARCOS del CANO y Javier de la TORRE (eds.),
Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional373
MANUEL RUIZ MARTÍNEZ-CAÑAVATE

Patrizia BORSELLINO,
Bioetica tra “morali” e diritto379
FERNANDO H. LLANO ALONSO

Hugo SELEME, Guillermo LARIGUET, Oscar PÉREZ de la FUENTE,
René GONZÁLEZ de la VEGA (dirs.),
Democracia. Perspectivas políticas e institucionales389
JESÚS MORA

Massimo LA TORRE, Persio TINCANI (eds.),
La dimensione ideale del diritto. Discutendo con Robert Alexy.....401
FRANCESCO BIONDO

NOTICIAS

- Segunda conferencia anual de Dertecnia. “Derecho, derechos y tecnología.”
Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas,
Universidad Carlos III de Madrid, 29 mayo 2019411
 IMMACOLATA TERESA MADARENA
- Human rights symposium “Current issues on human rights”,
Research Committee 26 sobre derechos humanos de la International
Political Science Association, Universidad Carlos III de Madrid,
23-24 de Mayo 2019.....414
 OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE
- Novena edición de la Scuola Estiva Arpinate
 “Finis vitae: Questioni aperte”,
Fondazione Mastroianni, Castillo Ladislao, Arpino, 5-7 septiembre 2019.....416
 ANDREA CAPUTO
- Participantes en este número423**

NOTA DEL DIRECTOR

El primer trabajo que incluye este número 42 de “Derechos y Libertades” es el discurso que, con el título *El jurista como verdadero filósofo*, el Prof. Massimo La Torre pronunció el pasado 13 de junio en la Universidad Magna Graecia de Catanzaro con ocasión de la ceremonia de entrega del Doctorado Honoris Causa al Prof. Robert Alexy. El interés del texto justifica su publicación fuera de la sección habitual de artículos.

A continuación, en *El modelo de educación diferenciada en la reciente doctrina constitucional*, Oscar Celador analiza la regulación de la educación diferenciada, entendida como una opción educativa que escolariza separadamente a los alumnos y a las alumnas, en nuestro ordenamiento jurídico. La LOE y la LOMCE han regulado de forma opuesta la educación diferenciada, pues la primera prohibió expresamente la discriminación por razón de sexo en los procesos de admisión de los centros escolares, mientras que la segunda habilita la escolarización diferenciada atendiendo al sexo de los alumnos en el marco de la Convención de la UNESCO de 1960 relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza. En la parte final del trabajo, se analiza la reciente doctrina del Tribunal Constitucional acerca tanto de la constitucionalidad del modelo de educación diferenciada, como sobre la posibilidad de que esta modalidad educativa pueda ser financiada con recursos públicos.

María José González Ordovás aborda determinados aspectos de la incidencia de la globalización en el discurso de los derechos en *La soledad de los derechos humanos en el marco jurídico de la globalización*. Si bien no se discute el hecho de que la globalización tenga importantes efectos en el ámbito jurídico, no es ni pacífica ni unánime la valoración de tales cambios sobre el Derecho y más específicamente sobre los derechos humanos. La teoría y práctica de los derechos humanos caracterizada por su fundamentación y vocación universalista han conseguido dotar de coherencia al discurso jurídico-político de parte de la Humanidad. Sin embargo, en los últimos tiempos, la reacción hacia ellos no ha cesado en la medida en que la globalización ha sido percibida por algunas culturas como una expansión de Occidente en la que los derechos humanos forman una parte sustantiva no siempre bien recibida.

El escenario supraestatal constituye el ámbito en el que se desarrolla la reflexión que Federico Arcos propone en *La transformación de la solidaridad en un mundo global*. En el mismo, se lleva a cabo un análisis de los problemas a los que tiene que enfrentarse la solidaridad en un contexto caracterizado por crecientes interdependencias globales y situaciones de explotación, opresión y privación. El trabajo propone una comprensión del valor solidaridad que, frente a discursos unidireccionales, es el resultado de una transformación que permite hablar también de una concepción global. La defensa de este nuevo modo de entender la solidaridad precisa de un estudio más detallado de sus diferencias con el modelo social, así como de las razones que explican que haya logrado incorporarse con tanta fuerza al lenguaje ético y político contemporáneo.

En *La influencia de la imaginación literaria femenina en la construcción de sujetos compasivos y su proyección en la cultura jurídica*, Cristina Monereo defiende la tesis de que la imaginación literaria femenina contribuye muy especialmente a la construcción de sujetos compasivos. La tendencia a una escritura femenina no es fruto de un esencialismo, y la raíz está en el cuestionamiento del sistema patriarcal en relación con ambos sexos, abriéndose la ventana a múltiples posibilidades. En este sentido, los sentimientos compasivos pueden contribuir a conformar juicios morales de los individuos que pueden extenderse y complementar en última instancia a la idea del bien y de la Justicia a nivel público.

En el siguiente trabajo, *Experiencia humana y Derecho: reflexiones sobre la integralidad de lo jurídico*, Augusto Romano analiza la relación estrecha que se establece entre el Derecho y la experiencia de la actividad humana. Presenta una concepción de lo jurídico crítica con los esquemas formalistas y abierta a la influencia del espacio y del tiempo en el que se desarrolla esa actividad.

Por su parte, Adrián Rentería examina la tesis de Uberto Scarpelli acerca del iuspositivismo a la luz del debate sobre la distinción de Dworkin entre reglas y principios en *El iuspositivismo político-ideológico de Uberto Scarpelli y los principios del Derecho*. En este sentido, reconstruye el pensamiento de Scarpelli en “¿Qué es el positivismo jurídico?” y otros escritos, a partir de un análisis del contexto histórico en el que se va formando. En dicha empresa, toma en consideración las conocidas tesis de Norberto Bobbio sobre el iuspositivismo, que constituyen -junto con las ideas de Hart- el núcleo central hacia donde se dirigen las críticas de Scarpelli, y que le conducen a postular su tesis de un iuspositivismo político. La tesis que se defiende es que el de

Scarpelli es un iuspositivismo ideológico extremo, es decir válido para dar cuenta no solo del ordenamiento de un Estado democrático y constitucional sino de cualquier ordenamiento, con cualquier contenido.

Silvia Salardi aborda la incidencia de determinados aspectos del desarrollo tecnológico en el ámbito jurídico en *Robótica e inteligencia artificial: retos para el Derecho*. En el trabajo, se analizan las cuestiones ético-jurídicas que surgen como consecuencia de los avances en Robótica e Inteligencia Artificial. La atención de la autora se centra en los desafíos de dichas cuestiones bioéticas a ciertas categorías e instituciones jurídicas, con especial atención a la propuesta de atribución de “e-personality” (personalidad electrónica) a los robots con capacidades autónomas y de autoaprendizaje. Para ello, se destaca la relación entre la institución de la personalidad jurídica del Derecho civil y el concepto de ser humano desarrollado por el constitucionalismo moderno, argumentando que la atribución de personalidad jurídica a los robots requiere un profundo análisis conceptual del significado de los diferentes y entrelazados conceptos jurídicos de persona, autonomía, libertad, responsabilidad e igualdad, así como de los valores que sustentan el sistema jurídico basado en los derechos fundamentales.

A continuación, Ciro Milione y Alicia Cárdenas centran su atención en la doctrina construida en sede jurisprudencial supranacional europea en relación con el concepto de dignidad humana. En *Dignidad humana y derechos fundamentales. Consideraciones en torno al concepto de dignidad en la reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, se analiza la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo sobre el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, en el entendido de que la dignidad constituye el valor fundamentador de dichos derechos. También se examina la perspectiva sobre el tema propia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, analizando la implementación de este valor antes y después de la entrada en vigor del Tratado de Niza, concluyendo con algunas consideraciones sobre la importancia de la dignidad humana como derecho fundamental, valor fundacional de la Unión Europea y criterio interpretativo de los demás derechos reconocidos en el ámbito europeo.

En *La polémica sobre la relación entre Derecho y moral. Robert Alexy y Eugenio Bulygin*, Natalina Stamile analiza la discusión que sobre el tema mantienen estos dos autores. Tras mostrar las características de los aspectos fundamen-

tales de la controversia entre el Derecho y la moral, la atención del trabajo se dirige a la tesis no positivista de Alexy sobre el argumento de la pretensión de corrección como un elemento necesario del Derecho y sus argumentos a favor de una conexión entre Derecho y moral. Tras ello se analiza la tesis positivista de Eugenio Bulygin, que enfatiza la separación entre el Derecho y la moral, y sus críticas basadas en la afirmación de la concepción del Derecho como una ciencia puramente descriptiva y no evaluativa.

A continuación, en *La tensión entre la libertad ideológica y la libertad de empresa*, Marc-Abraham Puig Fernández estudia el marco jurídico de la protección del trabajador frente a tratos discriminatorios por motivos ideológicos. En esa protección encontramos una tensión entre el ejercicio de la libertad ideológica y la de empresa, configuradas por un contenido propio garantizado y un alcance delimitado por las obligaciones de la relación laboral. En todo caso, se debe contemplar la posibilidad de que la empresa adopte un ideario propio que pretenda alcanzar a través de sus facultades empresariales, imponiendo obligaciones de carácter ideológico al trabajador.

La sección de artículos incluye además el trabajo de Carla Pansini, *El justo proceso penal del menor en el sistema italiano a la luz de la Directiva 2016/800/UE*, en el que se analizan las disposiciones aplicables, en Italia, a los procesos penales del menor de acuerdo con la Directiva, a fin de poner de relieve su linealidad, coherencia y sus posibles discrepancias.

Como siempre, el número presenta para finalizar las habituales secciones de Recensiones y Noticias.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Director

EL JURISTA COMO VERDADERO FILÓSOFO*

JURIST AS TRUE PHILOSOPHER

MASSIMO LA TORRE

Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro

Estamos aquí reunidos para conferir el título magistral *honoris causa* al Profesor Robert Alexy, un evento que ha sido posible gracias a la activa voluntad del Magnífico Rector, el Profesor Giovambattista De Sarro, y del Director del Departamento de Derecho, Profesor Geremía Romano, así como de la iniciativa de nuestro ex Director, el Profesor Luigi Ventura.

La tarea que me ha sido asignada es especialmente exigente. Se trata de presentar una carrera científica y la vida dedicada al estudio e investigación que la sustenta y, al mismo tiempo, justificar el reconocimiento ulterior que se le atribuye, el grado académico más alto, el de doctor *honoris causa*. Pero es una tarea que estoy muy dispuesto a asumir y lo hago consciente de la responsabilidad que conlleva. Lo hago así porque nuestra celebración de hoy está dirigida a un estudioso por excelencia, a un pensador que auna de la mejor forma las virtudes del jurista y del filósofo.

I

Como se sabe, en su escrito sobre el conflicto de las facultades universitarias, Immanuel Kant defendió la superioridad de los estudios de filosofía sobre otros, particularmente la teología, la medicina y el Derecho. La tesis de

* *Laurea* con motivo del otorgamiento del doctorado *honoris causa* al Prof. Dr. Dr. hc.m., Robert Alexy en la Universidad "Magna Graecia" de Catanzaro el 13 de junio de 2019. Publicada en italiano en *Ordines. Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee*, Anno V, numero 1, Giugno 2019, pp. 30-40. Traducción a cargo de Francisco M. Mora Sifuentes. Universidad de Guanajuato (México).

la primacía de la filosofía sobre el Derecho fue retomada retóricamente por Rudolf Wiethölter y Jürgen Habermas y sintetizada en la frase en alemán: *der Philosoph als wahrer Rechtswahrer*, que puede traducirse como “el filósofo es el verdadero jurista”. Pues bien, la obra de Robert Alexy, quisiera anticipar, parece confirmar la tesis de Kant y la fórmula de Habermas y de Wiethölter. Sin embargo, una atenta observación a los esfuerzos intelectuales y al pensamiento de Robert Alexy podría llevarnos a una conclusión alternativa: es el jurista, el culto, el reflexivo y atento a las cuestiones fundamentales, inevitablemente también teóricas, de la práctica jurídica, el que, quizás, sea el filósofo más eficaz. Es el Derecho el que adopta lo mejor de la filosofía. Esto se debe a que el Derecho daría paso a la pretensión operativa de aquélla, haciéndola práctica, actividad, acción y no únicamente pensamiento o reflexión, llevándola al mundo de las operaciones humanas más concretas y pequeñas. El Derecho, ciertamente corriendo muchos riesgos, acercaría la razón a la fuerza y trataría de domesticar a esta última.

Dice Pascal en un famoso pasaje de sus *Pensamientos* que como la justicia no puede convertirse en fuerza, se ha convertido la fuerza en justicia: *Et ainsi ne pouvant faire que ce qui est juste fut fort, on a fait que ce qui est fort fut juste*. Esta frase admite al menos dos lecturas: una realista, cruda, que da lugar a una posición estrecha de positivismo jurídico. La otra lectura, más generosa y prometedora, da a la fuerza, con riesgos nuevamente, el momento decisivo de la verificación de los criterios normativos de justicia, y su realización, no en el mundo de las ideas, sino en el mundo de los hechos. El deber ser ideal se queda en poca cosa sin un deber ser real, y finalmente sin un ser real. Por lo tanto, el filósofo se convierte en jurista. Pero en la práctica, ante los tribunales, es sobre todo el jurista quien debe convertirse en filósofo y reconectar los hechos y las normas. Esto es particularmente cierto en el Estado constitucional y democrático de Derecho en el que su Derecho vigente se nutre de razones cercanas a las del Derecho Natural. Si ello es así, entonces podemos subvertir el dicho de Habermas y, en su lugar, quizás, pronunciar este otro: *Der Rechtswahrer als wahrer Wahrheitswahrer*, es el jurista, el custodio del Derecho, el verdadero filósofo, el custodio de la verdad.

El Derecho no puede detenerse ante el no-cognoscitivista y pilatesco *tì éstin alètheia, quid est veritas?* Más bien, aquél *tì*, aquél *quid*, tiene que arrojarse tratando de identificar un objeto o un principio. *Auctoritas non veritas facit legem*, dice Hobbes, y lo repite el positivista jurídico. Pero la norma sin verdad,

o corrección, la más débil verdad normativa, resulta injustificable, salvo que no se apele, como hacen Montaigne y Pascal, al innombrable “fundamento místico de la autoridad”, que debe mantenerse en secreto, tal y como lo recomienda Pascal; o, tal vez, acudir al “criterio escandalosamente rígido” del que habla recientemente John Finnis. Es decir, acudir a la pura y mera “normatividad de lo fáctico”, radicalizando casi *ad absurdum* una tesis de Georg Jellinek.

La tesis de la normatividad del hecho positivo, o dicho en términos más claros, del “hecho bruto”, la encontramos enunciada por Mefistofeles en el *Fausto* de Goethe: “*Man hat Gewalt, so hat man Recht. Man fragt ums Was nicht ums Wie!*” (*Fausto*, II, 5). Es decir, si hay fuerza, hay Derecho; no se pregunta el cómo, sino sólo el qué. Se trata de una solución autoritaria y dogmática a la cuestión de la controversia moral y de la justicia que parece ofrecernos la tan codiciada seguridad jurídica y que, sin embargo –como diría el propio Goethe–, podría llevarnos a creer que en el Derecho hay algo infernal: “*Es ist etwas von der Hölle darin*”.

Sin embargo, la norma que no está justificada como tal corre el riesgo de ser fácil y súbitamente *injustificada*, ilegítima, *defectuosa* y, finalmente, inválida. Con todo, la verdad moral de que no se hace una norma positiva corre el peligro de carecer de la accesibilidad a la fuente de constatación y motivación necesaria para la acción humana. Se inclina peligrosamente hacia la subjetividad, mientras lo que se necesita es intersubjetividad, si no es que verdadera objetividad. Y esto es lo que el Derecho puede ofrecer.

Sin embargo, la norma sin cualidad, la de Derecho positivo del positivista, es tan angustiada y desorientada como Ulrich, el “hombre sin atributos”, *der Mann ohne Eigenschaften*, de Robert Musil. Debe recordarse a este respecto que Musil afirma que un hombre sin atributos o cualidades es esencialmente sólo un cúmulo de cualidades sin hombre: *Ein Mann ohne Eigenschaften besteht aus Eigenschaften ohne Mann* (cap. 39). Lo anterior, referido a la cuestión del concepto del Derecho, puede traducirse con la tesis de que la norma sin cualidad consiste en una cualidad sin norma, o incluso que un Derecho que no tiene cualidad o justificación normativa –o mejor, que no haga referencia a la justicia–, resulta tan reduccionista que ya no es siquiera reconocible como Derecho.

En la pieza teatral de Robert Bolt, *A Man For All Seasons*, “Un hombre para la eternidad”, un drama que trata sobre el destino trágico de Tomás Moro, y de la que también existe una bella película, su autor, pone las siguientes palabras en boca del santo inglés: *The currents and eddies of right and*

wrong, which you find such plain sailing, I can't navigate. I'm no voyager. But in the thickets of the law, oh!, there I am a forester; es decir, "Las corrientes y las mareas de lo justo y de lo injusto, que tú crees pueden atravesarse tan fácilmente, no puedo navegarlas. No soy un viajero. Pero en la espesura del Derecho, ¡oh!, allí soy un guardabosques". El jurista, quiere decirnos Tomás Moro aquí, conoce el Derecho, no lo que es justo o injusto. Mientras que en las profundidades y meandros de la positividad jurídica, en su "espesor", se mueve a placer, en las tormentas de la moralidad no debe ni puede aventurarse. Sin embargo, aún así, y ésta es precisamente la enseñanza de Robert Alexy, sin una comprensión de lo que es correcto, o de lo que es injusto, o intolerablemente injusto, el jurista –al menos en los casos difíciles– permanece sin orientación. El Derecho entonces debe convertirse en filosofía, y debe transformarse en filosofía del Derecho. *Navigare necesse est*. Es en esta dialéctica entre normatividad y facticidad, la doble naturaleza del Derecho, *law's dual nature* –el tema de la *lectio magistralis* que estamos a punto de escuchar–, es aquí, en esta duplicidad, donde se puede resumir la dinámica de la vasta y profunda reflexión iusfilosófica de Robert Alexy.

II

Robert Alexy nació el nueve de septiembre de 1945 en Oldenburg, al norte de Alemania, en una familia de tradición castrense. Ello explica que en un primer momento se dedicara a la carrera militar. Pero su vocación como filósofo y jurista era demasiado fuerte. Así, después de una educación inicial en la academia del *Bundeswehr*, en donde alcanzó el rango de teniente, Robert Alexy se matriculó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Gotinga a finales de los años sesenta. En esta universidad, la misma de Jhering, tuvo como profesores entre los filósofos a Günter Patzig, un erudito en la obra de Aristóteles y Frege, y entre los juristas a Ralf Dreier, especialista en Derecho Eclesiástico, Derecho Público y, sobre todo, un iusfilósofo culto y refinado. Robert Alexy culminó su doctorado en Gotinga con un estudio que devino en un clásico de nuestros días, *Theorie der juristischen Argumentation*, traducido al español para el entonces Centro de Estudios Constitucionales, como *La teoría de la argumentación jurídica*. También en Gotinga, Alexy se dio a la tarea de escribir su trabajo de habilitación a la docencia, su *Habilitationsschrift*, que completó a mediados de los años ochenta y que también se ha convertido en una obra de referencia en la doctrina constitucional y en la teoría del

Derecho. Me refiero a su *Theorie der Grundrechte*, traducida hace unos años al español y publicada en dos ediciones por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid como *La teoría de los derechos fundamentales*.

Después de haber rechazado una posición como catedrático en la Universidad de Regensburg, en 1986, Robert Alexy aceptó ocupar la Cátedra de Derecho Público y Filosofía del Derecho en la Universidad de Kiel, en la misma Facultad en la que habían enseñado, entre otros, Anselm Feuerbach y Gustav Radbruch, y en la que se habilitó como docente Hermann Heller. Años más tarde, el profesor Alexy también fue invitado para ocupar la Cátedra en la Universidad de Graz, en Austria, y luego en la Universidad de Gotinga, su Alma Mater, propuestas que, luego de pensarlo, terminaría por no aceptar. En Kiel su magisterio ha sido fecundo y ha sido capaz de formar varias generaciones de juristas. Dos hechos así lo constatan: cuando Alexy tuvo que decidir si aceptaba o no el *Ruf*, la llamada, a la Cátedra de Gotinga, los estudiantes de Derecho hicieron una manifestación pública pidiéndole que se quedara en Kiel. Ahí permaneció, y hoy es profesor emérito de dicha Universidad del Mar Báltico.

En *La teoría de la argumentación jurídica* Alexy defiende su conocida “tesis del caso especial”, argumentando que el discurso jurídico representa un caso especial del más general discurso práctico. Según el profesor Alexy, la argumentación jurídica está guiada por una pretensión de corrección, que hunde sus raíces en la práctica normativa y está dirigida universalmente. Esto lo justifica por medio de la “pragmática universal” de otro de sus maestros, Jürgen Habermas. Desde esta perspectiva, cada sentencia jurídica contiene como supuesto pragmático trascendental (trascendental *grosso modo* a la manera de Kant) la afirmación de que es correcta, pero esta afirmación para la dinámica interna de la justificación normativa se presenta como una afirmación de validez universal. De conformidad con esta tesis, primero se debe asumir que la argumentación jurídica es una práctica mutua de dar y pedir razones para una cierta conducta o una cierta afirmación. Tal práctica, para constituirse, necesita de ciertos principios y derechos fundamentales, como por ejemplo, el de la libertad de expresión –y también esencial y contemporáneo a este respecto–, el otro según el cual hay que escuchar a la otra parte, *audietur et altera pars*. Alexy, por lo tanto, con su teoría de la argumentación jurídica, nos propone una teoría normativa e ideal-pragmática del proceso jurídico, de la forma en que se constituye la controversia y la dimensión procesal.

En su siguiente monografía, *La teoría de los derechos fundamentales*, el profesor Alexy dirige su atención al significado, estructura y función de los derechos constitucionales, y ofrece una sofisticada teoría del constitucionalismo articulada en torno a la idea de principio. Esta teoría sostiene que las constituciones de los modernos Estados constitucionales y democráticos consisten, al menos en el catálogo dedicado a los derechos fundamentales, no tanto en reglas sino en principios. Y, precisamente, los derechos fundamentales por lo general son tales principios. Alexy retoma y reelabora, y de alguna forma radicaliza la distinción avanzada ya por el iusfilósofo americano Ronald Dworkin, entre reglas y principios, en donde las reglas serían aplicables o no aplicables de conformidad con la lógica de la subsunción, mientras que los principios no seguirían esta lógica de aplicabilidad final “todo-o-nada”, y serían más bien operativos de acuerdo con una lógica del peso o de la ponderación. Alexy precisa y refuerza esta distinción, afirmando que los principios son “mandatos de optimización”, que para ser aplicables deben pasar por un juicio de ponderación, argumentando también que dicho juicio u operación está dirigida por el “arquimediano” principio proporcionalidad. Este principio se articula de conformidad con otros tres sub-principios: el de adecuación, el de necesidad y finalmente el de proporcionalidad en sentido estricto.

En esta reconstrucción del Estado constitucional el principio de proporcionalidad parece ahora constituir una especie de *Grundnorm*, o de *Ur-Prinzip*, una especie de principio originario del constitucionalismo. Los principios constitucionales, por tanto, se aplican a *Optimierungsgebote*, como mandatos de optimización, y pueden entrar en conflicto entre ellos, que, en lugar de las normas, no se da ni lógica ni fenomenológicamente, y quizás ni siquiera ontológicamente. A la luz de esta concepción de los principios la diferencia de éstos respecto a las “reglas” (como normas con un alto grado de taxatividad), no sería una mera diferencia de grado (como afirma por ejemplo, Joseph Raz, el otro filósofo del Derecho vivo más importante), sino una diferencia “estructural”. Sobre esa “estructura” y, fundamentalmente, sobre la definitividad de los mandatos de optimización, se ha desarrollado un debate sumamente refinado e inteligente que todavía está lejos de concluir.

Alexy define su teoría como “no-positivista”, si bien no se atreve a etiquetarla abiertamente como iusnaturalista. Esto queda todavía más claro en su tercer gran obra, publicada en 1992, *Begriff und Geltung des Rechts*, traducida al español para la editorial Gedisa como *El concepto y la validez del Derecho*. En este trabajo, concebido originalmente como introducción a un

tratado sobre teoría del Derecho que sería escrito “a cuatro manos” con su mentor doctoral, *Doktorvater*, Ralf Dreier, Alexy nos ofrece una definición del Derecho que de alguna manera representa el punto final de toda su investigación y constituye el dintel o pilar en que descansa su doctrina. La definición es la siguiente: (i) El Derecho es en primer lugar un sistema de reglas que formula una pretensión de corrección. (ii) Es un sistema que consiste en la totalidad de las normas que forman parte de una Constitución socialmente eficaz, generalmente, y que no son extremadamente injustas; así como la totalidad de las normas promulgadas de conformidad y en observancia a tal Constitución, normas que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de tal eficacia, y que no son extremadamente injustas. (iii) Finalmente, al Derecho pertenecen también principios y otros argumentos normativos en los que se basa y debe basarse la práctica de aplicación jurídica para satisfacer la pretensión de corrección inherente a la práctica misma. Por lo tanto la pretensión de rectitud o corrección, y luego la pretensión de justicia que se deriva de ella, los principios, otros argumentos normativos y sus antecedentes justificativos finales –es decir, que no se esta creando o instanciando un caso de injusticia extrema o intolerable– están todos incluidos en este complejo y articulado concepto de Derecho, junto con las entidades y nociones más tradicionales de norma, validez y eficacia.

En *Begriff und Geltung des Rechts* Alexy defiende un concepto no-positivista del Derecho, que también podría definirse como “iusnaturalismo inclusivo”, ya que la pretensión de corrección debe necesariamente manifestarse en la práctica del Derecho positivo y, de hecho, sólo se hace patente en ésta. Esta tesis se plantea en la discusión entre el positivismo jurídico y el no-positivismo jurídico, o Derecho Natural, a partir de un análisis lógico de los argumentos utilizados en la práctica jurídica. En esta perspectiva, a diferencia de lo que sucede en el mundo filosófico-jurídico oxoniense, el punto de vista jurídico, el del participante, no es repudiado como no filosófico. Por el contrario, lo que sostiene esta tesis, aparentemente antifilosófica, es que el Derecho existe incluso sin un punto de vista externo, el del observador; pero que no puede existir sin el punto de vista del participante, de aquellos que *usan* las normas, sin el punto de vista del jurista y el del ciudadano. A esto se le suma la tesis, que retoma de una idea de Gustav Radbruch, según la cual la validez del Derecho debe articularse en términos de prevalencia del valor de la certeza jurídica, y por tanto de la positividad; salvo que la certeza se obtenga sobre la base de una “injusticia intolerable”, denunciada por

la fórmula de Radbruch. Esto no supone una identificación entre Derecho y moral, sino únicamente la afirmación de la deficiencia de la norma positiva que no satisface los requisitos fundamentales de la justicia. Aquí vamos mucho más allá del “contenido mínimo del Derecho Natural” de Herbert Hart, el otro protagonista junto con Hans Kelsen de la teoría del Derecho del siglo XX. Porque mientras para Hart ese contenido mínimo es una tesis sociológica o meramente fenomenológica, funcionalista para Radbruch y Alexy, la “injusticia intolerable” representa un umbral que puede ser operativo en el razonamiento jurídico, que puede operar en las prácticas jurídicas, y así motivar sus decisiones.

III

Reconociendo la excelencia de la investigación de Robert Alexy numerosas universidades de todo el mundo le han otorgado la distinción más importante, el título de doctor *honoris causa*. Estas incluyen las universidades de Alicante en España, Coimbra en Portugal, Buenos Aires y Tucumán en Argentina, Amberes en Bélgica, Praga en República Checa, la Universidad Federal de Río de Janeiro en Brasil, la Universidad del Rosario en Bogotá, Colombia, o la Universidad de San Marcos en Lima, Perú. En 2010 también recibió la Cruz al Mérito de Primera Clase de la República Federal de Alemania.

Permítaseme afirmar, por tanto, que Robert Alexy puede considerarse, sin temor a exagerar, un “coloso” de la ciencia jurídica y de la filosofía del Derecho. Sin género de dudas, es el teórico vivo más prominente de la contemporánea teoría de la argumentación jurídica y uno de los protagonistas del actual debate iusfilosófico. Su investigación que –como hemos visto– abarca desde la teoría de la naturaleza del Derecho hasta la teoría de los derechos fundamentales y la teoría del razonamiento jurídico y judicial, ha influido profundamente en la discusión sobre el concepto de Derecho y en la versión actual de la sempiterna disputa entre el positivismo jurídico y el Derecho Natural. También ha tenido una importante y favorable recepción en la jurisprudencia de muchos tribunales de justicia: desde el Tribunal Constitucional Federal alemán, pasando por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hasta las jurisdicciones de varios países de Europa del Este, y ejerce una atracción casi hegemónica en las cortes supremas y los tribunales constitucionales de Latinoamérica. La reflexión del profesor Alexy sobre el

concepto y la práctica del Derecho es ampliamente reconocida como una de las expresiones más potentes de la teoría del Derecho en el campo de las controversias doctrinales sea entre juristas o académicos. De ello dan testimonio, entre otras cosas, la gran cantidad de ensayos y volúmenes dedicados a su pensamiento así como los innumerables y prestigiosos premios que le han sido concedidos.

El título *magistral honoris causa* es la distinción académica más alta que otorga el sistema universitario italiano. Ahora bien, no creo que exista un estudioso que merezca más tal reconocimiento que el profesor Alexy, el cual hoy, en este hermoso día de junio, recibe aquí en la Universidad “Magna Graecia” de Catanzaro el honor de esta distinción. Y al mismo tiempo, al convertirse en miembro de la comunidad académica de nuestra Universidad, enriquece su perfil y tradición, y nos honra profundamente. Hagamos pues de este día para el recuerdo, un momento puro y libre de actividad universitaria, de la universidad que compendia, según el modelo de Wilhelm von Humboldt, *Lehre*, enseñanza, *Forschung*, investigación, y *Bildung*, la formación del carácter de sus alumnos. Estos son los principales objetivos de una universidad que hoy nos parecen los residuos o ecos de un tiempo pasado. Especialmente si añadimos a esos tres objetivos los dos medios para alcanzarlos, que von Humboldt identificó paradigmáticamente en *Freiheit*, la libertad, y en *Einsamkeit*, la soledad; sí, la irremediable e inalienable soledad del estudioso. La universidad es, o debería ser, la sede privilegiada de la inteligencia, y la inteligencia se nutre de libertad y soledad, y ésta última – íntimamente ligada – se nutre del silencio. Hoy en día, la universidad está perturbada por el ruido, por el zumbido perpetuo del mercado y de las pantallas, por una socialidad hecha “enjambre”.

La vida de Robert Alexy, dedicada monásticamente (silenciosamente) a la investigación y a la formación de los jóvenes es un ejemplo de cómo debe ser la formación universitaria, lo que la *Bildung* puede significar; es un ejemplo de lo que puede darnos, del estilo de vida alternativo que puede ofrecer, incluso cuando, y donde, lo que nos rodea parece exasperarnos y estamos en peligro de hundirnos en la pereza y en la desidia.

Quisiera concluir con dos versos de Gottfried Benn, poeta alemán que sé muy querido por Robert Alexy: *Ich habe mich oft gefragt und keine Antwort gefunden*, “a menudo me he preguntado y no encuentro la respuesta”; *woher das Sanfte und Gute kommt*, “de dónde lo delicado y lo bueno proviene”;

weiss auch heute nicht und muss nun gehen, "hoy todavía no lo sé, y ahora debo irme".

MASSIMO LA TORRE
Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro
Departamento di Scienza e Storia del Diritto
Viale Pio X, 250
88100 Catanzaro
Italia
e-mail: mlatorre@unicz.it

ARTÍCULOS

EL MODELO DE EDUCACIÓN DIFERENCIADA EN LA RECIENTE DOCTRINA CONSTITUCIONAL

SINGLE SEX PUBLIC EDUCATION IN THE LATEST DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT

OSCAR CELADOR ANGÓN
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 10-12-18

Fecha de aceptación: 16-5-19

Resumen: Este artículo analiza la regulación de la educación diferenciada, entendida como una opción educativa que escolariza separadamente a los alumnos y a las alumnas, en nuestro ordenamiento jurídico. La LOE y la LOMCE han regulado de forma opuesta la educación diferenciada, pues la primera prohibió expresamente la discriminación por razón de sexo en los procesos de admisión de los centros escolares, mientras que la segunda habilita la escolarización diferenciada atendiendo al sexo de los alumnos en el marco de la Convención de la UNESCO de 1960 relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza. La modificación legislativa referida ha tenido una especial incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por último, este trabajo estudia la reciente doctrina del Tribunal Constitucional acerca tanto de la constitucionalidad del modelo de educación diferenciada, como sobre la posibilidad de que esta modalidad educativa pueda ser financiada con recursos públicos.

Abstract: This paper analyzes the regulation of the single sex education model in our legal system. The LOE and the LOMCE have regulated differently the single sex education. The LOE expressly prohibited discrimination based on sex in schools financed with public funds; whereas the LOMCE allows single sex education in the framework of the Convention against Discrimination in Education adopted by UNESCO in 1960. The legislative change has had a special impact on the jurisprudence of the Supreme Court, which has been modified accordingly to the legislative changes. Finally, this paper studies the recent doctrine of the Constitutional Court about the constitutionality of the single sex education model, as well as the possibility of financing this educational option with public resources.

Palabras clave: educación diferenciada, derecho a la educación, libertad de enseñanza, discriminación por razón de sexo.
Key words: single sex education, right to education, freedom of education, sex discrimination.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

La sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de abril de 2018 está llamada a tener especial relevancia en la futura conformación de nuestro sistema educativo, pues el tribunal desestimó el recurso de inconstitucionalidad presentado por más de 50 diputados socialistas contra diversos preceptos de la ley orgánica 8/2013, de 9 de diciembre para la mejora de la calidad educativa (LOMCE). En este contexto, el alto tribunal se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del modelo de educación diferenciada, el cual escolariza separadamente a los alumnos y a las alumnas, así como acerca de la posibilidad de que dicho modelo pueda ser financiado con recursos públicos.

La educación diferenciada ha sido regulada de forma dispar por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE) y la LOMCE. Ambas reformas educativas ilustran la tensión que históricamente ha existido en nuestro ordenamiento jurídico entre los derechos a la educación y a la libertad de enseñanza, así como la ausencia de consenso político en este terreno¹. La LOE ordenó la escolarización en centros públicos y privados concertados excluyendo tácitamente el modelo de educación diferenciada, al prohibir la discriminación por razón de sexo en los procesos de admisión de los alumnos o en la organización de la enseñanza; mientras que la LOMCE señala que no cabe hablar de discriminación cuando la enseñanza se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960, y ratificada por nuestro país en 1969.

Los defensores del modelo de educación diferenciada tradicionalmente han argumentado que se trata de un modelo pedagógico que favorece la mejora del aprendizaje, ya que atiende a las especificidades cognitivas y de madurez que diferencian a los hombres y a las mujeres; mientras que la educación conjunta distrae a los alumnos en el proceso de aprendizaje a partir de

¹ D. PELAYO, "Reflexiones en torno al derecho a la educación y la libertad de pensamiento, conciencia y religión", *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 13, 2013, pp. 265-296.

la pubertad. También existen numerosos argumentos para justificar el modelo de educación mixta. El sistema educativo prepara a sus usuarios para su plena integración en la sociedad y, por lo tanto, debe reflejar la realidad de una sociedad en la que los hombres y mujeres están llamados a convivir y a respetarse mutuamente. Los críticos del sistema de educación diferenciada argumentan que la educación en la igualdad de género debe comenzar en la escuela, pues se trata del mejor mecanismo para conseguir la plena equiparación entre hombres y mujeres, en la medida en la que requiere que estos se eduquen juntos y aprendan a relacionarse; asimismo, la segregación de los alumnos por razón de sexo puede suponer que estos reciban una educación soportada en contenidos y valores diferentes que, en algunos casos, perpetúen prejuicios y comportamientos sexistas².

Los centros escolares que optan por el modelo de educación diferenciada son una manifestación legítima de la libertad de enseñanza, y en este contexto del derecho de los individuos a abrir un centro y dotarlo de un ideario o carácter propio; lo que *a priori* no está tan claro es en qué medida pueden utilizarse recursos públicos para financiar una opción educativa que pueda lesionar el mandato de igualdad y no discriminación, entre otros motivos por razón de sexo, que ordena el artículo 14 CE³.

A partir de estos parámetros, el objeto de este trabajo es analizar la diferente formulación que el legislador ha diseñado para la educación diferenciada en la LOE y en la LOMCE, y explicar cuáles han sido sus repercusiones en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la reciente doctrina constitucional.

² En este sentido Vid. M. CALVO, "Los colegios diferenciados por sexo en Estados Unidos: constitucionalidad y actualidad de una tendencia imparable", *Revista de Derecho Político*, núm. 86, 2013, pp. 159-194. M. CALVO, *Los niños con los niños, las niñas con las niñas: el derecho a una educación diferenciada*, Almuzara, 2005. M. CALVO, "La ideología de género en la escuela. El respeto a la feminidad y masculinidad: fórmula para el éxito académico y personal", *Trasatlántica de Educación*, núm. 6, 2009, p. 134. M. VIVANCOS COMES, "Educación diferenciada, una opción de libertad", *Anuario de Derecho a la Educación*, núm. 2013, enero 2014, pp. 199-214. Una definición acertada de educación inclusiva puede encontrarse en I. CAMPOY, *La recepción y aplicación en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Ediciones Laborum, Murcia, 2017, pp. 174-175.

³ Los padres tienen derecho a elegir el colegio en el que quieren escolarizar a sus hijos de acuerdo con sus creencias o convicciones, pero, como ha reiterado en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional, esto no quiere decir que los poderes públicos tengan la obligación de subvencionar esa elección. Vid. Entre otras las Sentencias de Tribunal Constitucional 86/1985, de 10 de julio, y 130/1991, de 6 de junio.

2. MODELO CONSTITUCIONAL Y SISTEMA EDUCATIVO

El artículo 27 CE contiene los principales principios constitucionales que ordenan el sistema educativo. De acuerdo con la formulación sistemática del artículo 27 CE, el objeto de la educación, en palabras de su punto segundo, es el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. La finalidad que el texto constitucional atribuye al sistema educativo se conforma al mismo tiempo como razón de ser y como límite del resto de los derechos implicados en este contexto.

Según Suárez Pertierra, del artículo 27 cabe extraer dos consecuencias: en primer lugar, el espíritu de la Constitución, y especialmente “el entramado valores-derechos y libertades, queda incorporado radicalmente a la educación, de modo que pueda considerarse fijado un modelo educativo”; y en segundo lugar, la congruencia constitucional, tanto interna como externa, del sistema educativo dependerá de su adecuación a la finalidad propuesta con su formulación, que es la referida en el punto segundo del artículo 27⁴. En la misma línea, Souto Paz ha señalado que: “No sólo se reconoce, en consecuencia, el derecho a la educación, sino también cómo ha de ser esa educación. Por una parte, «debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas», y «tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana”. Por otra parte, el derecho a la educación debe garantizar la gratuidad y la obligatoriedad de la instrucción elemental y fundamental; la generalidad de la instrucción técnica y profesional y la igualdad en el acceso a los estudios superiores, en función de los méritos respectivos. Este derecho comporta el derecho preferente de los padres a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”⁵.

El artículo 27.1 CE señala que la educación es un derecho fundamental y a continuación reconoce la libertad de enseñanza⁶. El marco constitucional

⁴ G. SUÁREZ PERTIERRA, “Reflexiones Acerca de la relación entre libertad de enseñanza e ideario de centro educativo”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 1983, pp. 627-644.

⁵ JA. SOUTO PAZ, “El derecho a la educación”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 1, 1992, pp. 36-37.

⁶ J.M. MARTÍNEZ DE PISÓN, “Derecho a la educación”, en F.J. LUCAS MARTÍN, J. M. RODRÍGUEZ URIBES (Coord.), *Derechos humanos y constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 491-507. M. SALGUERO, “Derecho a la educación”, en J. BETEGÓN CARRILLO, F. J. LAPORTA SAN MIGUEL, L. PRIETO SANCHÍS, J. R. de PÁRAMO ARGÜELLES (Coord.), *Constitución y derechos fundamentales*, Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, 2004, pp. 795-818. C. VIDAL, “El derecho a la educación”, en M. J. TEROL BECERRA (dir.), *El Estado social y sus exigencias constitucionales*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 185-204.

asigna la responsabilidad del derecho a la educación al Estado, pero establece un sistema dual en el cual, de forma subsidiaria a la enseñanza pública (ideológicamente neutral), concurren centros escolares de titularidad privada que representan la concepción ideológicamente pluralista de la sociedad española⁷. Como ha señalado Embid Irujo, “la Constitución otorga al Estado, sin duda, el papel preeminente sobre la instrucción tanto pública como privada. Le confiere la potestad de inspeccionar y homologar el sistema educativo con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las Leyes (art. 27.8 CE). Sistema educativo que, insisto de nuevo, comprende tanto a los centros públicos como privados como se deduce de la consulta de la legislación ordinaria”⁸.

El derecho a la educación ha sido definido por Llamazares como “el derecho a formar en libertad y para la libertad la propia conciencia como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad en expresión del artículo 10.1 CE”⁹. Por su parte, la libertad de enseñanza implica, en palabras de Martínez de Pisón, una “actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores, que se conforma como una proyección del derecho de libertad de conciencia consagrado en el artículo 16.1 CE”¹⁰.

El Tribunal Constitucional ha participado en este debate señalando que la libertad de enseñanza es: “una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales (especialmente arts. 16.1 y 20.1 a)”¹¹; asimismo, la libertad de enseñanza “en cuanto que la enseñanza es una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores, la libertad de enseñanza, reconocida en el art. 27.1 de la Constitución implica, de una parte, el derecho a crear instituciones educativas (art. 27.6) y, de otra, el derecho de quienes llevan a cabo

⁷ B. LOZANO, *La Libertad de Cátedra*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 253-254.

⁸ A. EMBID IRUJO, *Las Libertades en la Enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 186.

⁹ Vid. D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de Conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, Cívitas, Madrid, 2002, p. 67.

¹⁰ J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Instituto Bartolomé de Las Casas/ Dykinson, Madrid, 2013, p. 130. En la misma línea Vid. D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia II*, cit., p. 97. R. M. SATORRAS, *La libertad de enseñanza en la constitución española*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 72-89.

personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan (art. 20.1 c). Del principio de libertad de enseñanza deriva también el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (art. 27.3). Se trata en todos los casos de derechos que tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador”¹¹. La formulación de la libertad de enseñanza puede parecer redundante a la vista de lo establecido en los números 3 y 6 del artículo 27, salvo que con la inclusión expresa de este derecho se pretendiera excluir el monopolio estatal de la educación¹².

Respecto a la financiación de los centros de titularidad privada, el artículo 27.9 CE ordena a los poderes públicos ayudar a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca. La interpretación del alcance y contenido de este precepto constitucional no ha sido pacífica, especialmente porque el artículo 27. 4 CE señala que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita, pero no precisa que ésta deba impartirse en un centro educativo de una concreta titularidad.

El Tribunal Constitucional ha dado contenido al mandato incluido en el artículo 27.9 CE a partir de dos parámetros. Por una parte, “no puede interpretarse como una afirmación retórica, de manera que quede absolutamente en manos del legislador la posibilidad de conceder o no esa ayuda, ya que, como señala el art. 9 de la C.E., «los poderes públicos están sujetos a la

¹¹ STC 5/1981 de 13 de febrero de 1981, FJ 7º.

¹² Ello explicaría, en palabras de Suárez Pertierra, “la circunstancia de su tardía integración en el proceso constitucional, que se remonta al Dictamen de la Comisión”, G. SUÁREZ PERTIERRA, “Reflexiones Acerca de la relación entre libertad de enseñanza e ideario”, cit., p. 628. Como ha señalado Souto Paz: “Conviene advertir al respecto que el interés de los poderes públicos por la educación y las consiguientes actitudes intervencionistas en este campo son muy anteriores al reconocimiento de la educación como derecho fundamental. El reconocimiento de este derecho, tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en las Declaraciones de Derechos Internacionales, constituye el punto final de un largo proceso histórico y jurídico; se inicia este proceso con la asunción de competencias por parte del Estado -en confrontación con otras instituciones, especialmente, con la Iglesia Católica- y prosigue, con una manifiesta tendencia expansiva, en busca del monopolio educativo. La universalización, la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza constituyen objetivos sucesivos que culminan, en época ya tardía, con el reconocimiento de la educación como derecho subjetivo de rango fundamental”. JA. SOUTO PAZ, “El derecho a la educación”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 1, 1992, pp. 25-26.

Constitución» y, por ello, los preceptos de ésta –expuestos o no, como en este caso, en forma imperativa– tienen fuerza vinculante para ellos. Ahora bien, tampoco puede aceptarse el otro extremo, esto es, el afirmar, como hacen los recurrentes, que del art. 27.9 de la C.E. se desprende un deber de ayudar a todos y cada uno de los centros docentes solo por el hecho de serlo [...] pues la remisión a la Ley que se efectúa en el art. 27.9 de la C.E. puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales”¹³. Y por la otra, “el art. 27.9, en su condición de mandato al legislador, no encierra, sin embargo, un derecho subjetivo a la prestación pública. Ésta, materializada en la técnica subvencional o, de otro modo, habrá de ser dispuesta por la Ley, exigencia que, como antes decimos, invocada en la vista por la defensa de los demandados, no fue argüida en el recurso contencioso-administrativo ni tomada en cuenta por el Tribunal *a quo*. Ley de la que nacerá, con los requisitos y condiciones que en la misma se establezcan, la posibilidad de instar dichas ayudas y el correlativo deber de las administraciones públicas de dispensarlas, según la previsión normativa”¹⁴. A partir de estos parámetros, el Tribunal Constitucional ha venido señalando que el derecho a la educación “no comprende el derecho a la gratuidad educativa en cualesquiera centros privados, porque los recursos públicos no han de acudir, incondicionadamente, allá donde vayan las preferencias individuales”¹⁵; toda vez que, desde el respeto a los principios constitucionales, el legislador es el responsable de concretar en qué supuestos los poderes públicos pueden subvencionar a las escuelas de titularidad privada.

El margen de discrecionalidad que el texto y la doctrina constitucional conceden a los poderes públicos se ha traducido en la alternancia de modelos educativos. La ausencia de consenso político ha supuesto que los diferentes gobiernos que se han sucedido en democracia hayan establecido sistemas educativos contrapuestos, en función, entre otros factores, del papel y el pro-

¹³ Continúa exponiendo el tribunal que: “Ejemplos de éstos podrían ser el mandato de gratuidad de la enseñanza básica (art. 27.4 de la C.E.), la promoción por parte de los poderes públicos de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (arts. 1 y 9 de la C.E.) o la distribución más equitativa de la renta regional y personal (art. 40.1 de la C.E.). El legislador se encuentra ante la necesidad de conjugar no solo diversos valores y mandatos constitucionales entre sí, sino también tales mandatos con la insoslayable limitación de los recursos disponibles. Todo ello, desde luego, dentro de los límites que la Constitución establece”. Sentencia 77/1985 del Tribunal Constitucional, de 27 junio de 1985 F.J. 11º.

¹⁴ Sentencia 86/1985 del Tribunal Constitucional, de 10 de Julio de 1985 F.J. 3º.

¹⁵ Sentencia 86/1985 del Tribunal Constitucional, de 10 de Julio de 1985 F.J. 4º.

tagonismo (principal o subsidiario) que las escuelas de titularidad pública o las de titularidad privada han tenido en cada modelo.

3. RÉGIMEN DE CONCIERTOS Y SERVICIO PÚBLICO

La Ley General de Educación de 1970 inició una cadena legislativa que conforma la educación como un servicio público fundamental, en virtud del cual se reconoce el derecho a recibir educación por parte de los individuos, y la obligación del Estado de proporcionar una educación obligatoria y gratuita¹⁶; todo ello “reconociendo y consagrando el carácter mixto de nuestro sistema educativo, abría la posibilidad de que centros no estatales pudieran participar en la oferta de puestos escolares gratuitos en los niveles obligatorios, obteniendo en contrapartida un apoyo económico del Estado”¹⁷.

En este contexto la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, desarrolló los principios constitucionales en materia de educación, garantizando el pluralismo educativo, y ordenó el régimen de concertados que materializa el sostenimiento público de los centros privados concertados. La base del sistema es que los centros concertados, junto a los de titularidad pública, sirven de cauce para el ejercicio del derecho a la educación gratuita. De esta manera, de forma complementaria al carácter de derecho fundamental que presenta el derecho a la educación en el texto constitucional, el legislador ha dado a este derecho una naturaleza prestacional cuya garantía compete a los poderes públicos¹⁸.

¹⁶ Vid. Artículos 2 y 3.1 de la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa.

¹⁷ Vid. el preámbulo de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, en referencia al preámbulo de la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa.

¹⁸ Sobre la configuración de la educación como un servicio público Vid. C., RODRÍGUEZ, “La enseñanza como servicio público”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, (Ejemplar dedicado a: Servicios públicos, privatizaciones y liberalizaciones en la Unión Europea), núm 7, 2004, p. 291. En la misma línea Vid. J. GIMENO, “La LOMCE ¿una ley más de educación?”, *Revista interuniversitaria de formación del profesorado*, núm. 81, 2014, pp. 31-44. M. SUBIRATS, “La LOMCE: hacia una educación antidemocrática”, *Revista interuniversitaria de formación del profesorado*, núm. 81, 2014, pp. 45-58. A. LETURIA, “El Derecho a la educación en España: recortes ante la crisis y alternancia de modelos en nombre de la calidad”, *Concretização de Direitos Fundamentais na Argentina, Brasil e Espanha: Liberdade de Expressão e Direito à Educação*, Série Direito Brasil Europa, núm. 2, 2015, p. 175. C., RODRÍGUEZ, “La enseñanza como servicio público”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, (Ejemplar dedicado a:

La Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre de 1990, de Ordenación General del Sistema Educativo, potenció la configuración de la educación como un servicio público, en el cual se integran tanto la enseñanza pública como la enseñanza privada y la enseñanza privada concertada, que debe conformarse como “un elemento decisivo para la superación de los estereotipos sociales asimilados a la diferenciación por sexos”; de ahí que uno de los principios del sistema educativo sea “La efectiva igualdad de derechos entre los sexos, el rechazo a todo tipo de discriminación, y el respeto a todas las culturas” y, entre otras medidas, se ordene la elaboración de materiales didácticos que propicien la superación de todo tipo de estereotipos discriminatorios, y se subraye la igualdad de derechos entre los sexos¹⁹.

La conexión entre los centros de titularidad privada, la gratuidad de la enseñanza, el régimen de conciertos y la concepción de la educación como un servicio de interés público, se mantuvo en la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación²⁰.

La LOE organizó la prestación del servicio público educativo mediante un modelo de centros públicos y privados concertados, donde el concierto se convierte en el elemento que determina qué porción de la enseñanza privada participa en la prestación del servicio público²¹. En consecuencia, la enseñanza privada concertada, en la medida en que es financiada por los poderes públicos debe participar activamente en la consecución de los objetivos y fines que inspiran el sistema educativo, pues en otro caso la financiación pública de la enseñanza privada podría fomentar, si bien indirectamente, un modelo soportado en la diferenciación económica, social y cultural de los discentes atendiendo a la escuela, pública o concertada, a la que estos asistan²².

Hasta la aprobación de la LOE nuestro ordenamiento jurídico no prohibía, al menos de forma expresa, la financiación con fondos públicos de las

Servicios públicos, privatizaciones y liberalizaciones en la Unión Europea), num. 7, 2004, pp. 285-311

¹⁹ Vid. Artículos 2.3 c) y 57 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre de 1990, de Ordenación General del Sistema Educativo.

²⁰ Vid. Artículo 75 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación.

²¹ Vid. Artículo 108 LOE.

²² Vid. A. LETURIA, “El Derecho a la educación en España: recortes ante la crisis, cit., p. 196. C. RODRÍGUEZ AMUNÁTEGUI, “La enseñanza como servicio público”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, (Ejemplar dedicado a: Servicios públicos, privatizaciones y liberalizaciones en la Unión Europea), pp. 285-311.

escuelas de titularidad privada que optasen por el modelo de educación diferenciada²³. La promoción de la igualdad entre sexos a través de la educación fue una de las prioridades del legislador que redactó la LOE, de ahí que la norma estableciese, en el contexto del proceso de admisión de alumnos en los centros financiados por el Estado, que: “en ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”²⁴. De esta manera, la LOE prohibió expresamente la posibilidad de que los poderes públicos realizaran conciertos educativos con escuelas que discriminasen entre sus alumnos por razón de sexo²⁵.

La LOMCE ha supuesto una auténtica revolución en la conformación del sistema educativo, ya que, con la excusa de la mejora de la calidad educativa, concede a la libertad de enseñanza un alcance y contenido desconocido hasta ahora en nuestro ordenamiento jurídico, que abandona el equilibrio que

²³ Esta situación se deduce del hecho de que hasta la entrada en vigor de la LOE numerosos centros de educación diferencia fueran concertados, y de que una vez que entro en vigor la LOE comenzaran numerosos procesos administrativos y judiciales que, como consecuencia de lo establecido en el artículo 84.3, culminaron con la retirada o no renovación de los conciertos de los que venían beneficiándose las escuelas de educación diferenciada.

²⁴ Asimismo, entre los objetivos de la educación primaria y secundaria obligatoria se señala: “valorar y respetar la diferencia de sexos y la igualdad de derechos y oportunidades entre ellos. Rechazar los estereotipos que supongan discriminación entre hombres y mujeres”. Vid. Preámbulo de la LOE, arts. 17 n), 23 c) y 84.3 LOE.

²⁵ Para conseguir el equilibrio en la admisión de alumnos, la LOE ordenó a las administraciones educativas que vigilasen que los centros educativos financiados con fondos públicos, y localizados en una misma zona geográfica, utilizaran los mismos criterios de admisión. Asimismo, la norma impidió la posible discriminación por motivos socioeconómicos, pues prohibió expresamente que los centros financiados con fondos públicos puedan percibir cuotas de las familias por recibir las enseñanzas de carácter gratuito, o imponer a las familias la obligación de hacer aportaciones a fundaciones o asociaciones, o cobrar a las familias servicios obligatorios asociados a las enseñanzas Artículo 88 LOE: Garantías de gratuidad: “1. Para garantizar la posibilidad de escolarizar a todos los alumnos sin discriminación por motivos socioeconómicos, en ningún caso podrán los centros públicos o privados concertados percibir cantidades de las familias por recibir las enseñanzas de carácter gratuito, imponer a las familias la obligación de hacer aportaciones a fundaciones o asociaciones ni establecer servicios obligatorios, asociados a las enseñanzas, que requieran aportación económica, por parte de las familias de los alumnos. En el marco de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, quedan excluidas de esta categoría las actividades extraescolares, las complementarias, y los servicios escolares, que, en todo caso, tendrán carácter voluntario. 2. Las Administraciones educativas dotarán a los centros de los recursos necesarios para hacer posible la gratuidad de las enseñanzas de carácter gratuito”.

ha existido tradicionalmente entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza.

El ejercicio del derecho de los padres a elegir el tipo de educación y el centro para sus hijos es la clave del nuevo modelo educativo²⁶, en el cual “las familias son las primeras responsables de la educación de sus hijos y por ello el sistema educativo tiene que contar con la familia y confiar en sus decisiones”²⁷. A partir de este argumento las familias pasan a convertirse en una especie de “clientes” a los que, atendiendo a su decisión de elección de centro escolar, las Administraciones públicas deben limitarse a subvencionar.

De esta manera, la LOMCE ha diseñado un modelo educativo en el cual no se prevén límites al ejercicio del derecho de los de los padres a elegir el centro en el que escolarizar a sus hijos, desapareciendo la obligación de las Administraciones educativas de garantizar la existencia de plazas públicas suficientes, especialmente en las zonas de nueva población, que hasta la aprobación de la LOMCE ha estado siempre presente en la legislación educativa²⁸.

La LOMCE establece que: “las Administraciones educativas programarán la oferta educativa de las enseñanzas que en esta Ley se declaran gratuitas, teniendo en cuenta la programación general de la enseñanza, las consignaciones presupuestarias existentes y el principio de economía y eficiencia en el uso de los recursos públicos y, como garantía de la calidad de la enseñanza, una adecuada y equilibrada escolarización de los alumnos y alumnas con necesidad específica de apoyo educativo, tomando en consideración la oferta existente de centros públicos y privados concertados y *la demanda social*. Asimismo, las Administraciones educativas garantizarán la existencia de plazas suficientes”²⁹. En consecuencia, en función de cuáles sean las peticiones de los padres de los alumnos, la educación pública podría convertirse en subsidiaria respecto de la enseñanza privada.

²⁶ Vid. Artículo 1 LOMCE modificando la redacción de los párrafos b), k) y l) y se añaden nuevos párrafos h bis) y q) al artículo 1 en los siguientes términos.

²⁷ Vid. artículo 1.1 LOMCE modificando el art. 1 LOE para incluir los principios h bis) y q).

²⁸ Según el artículo 109. 2 LOE: “Las Administraciones educativas programarán la oferta educativa de las enseñanzas que en esta Ley se declaran gratuitas teniendo en cuenta la oferta existente de centros públicos y privados concertados y, como garantía de la calidad de la enseñanza, una adecuada y equilibrada escolarización de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo. Asimismo, las Administraciones educativas garantizarán la existencia de plazas públicas suficientes especialmente en las zonas de nueva población”.

²⁹ Modificación operada en el artículo 109 LOE, a través del artículo 1.68 LOEMCE.

De forma novedosa en nuestro sistema educativo, la LOMCE incorporó la posibilidad de que: “las Administraciones educativas puedan convocar concursos públicos para la construcción y gestión de centros concertados sobre suelo público dotacional”³⁰. El suelo dotacional es aquel que los planes generales de ordenación urbana destinan a usos públicos (colegios, parques, jardines, calles o análogos), de forma que la LOMCE habilita la posibilidad de que una empresa de titularidad privada pueda participar en un concurso que le garantiza, en una primera fase la cesión del suelo para la construcción de la escuela, y posteriormente la concesión de un concierto económico para el centro educativo.

Las disposiciones referidas generan inseguridad jurídica en el sistema educativo, al permitir un elevado grado de discrecionalidad a las Administraciones educativas, ya que éstas pueden, por una parte, ordenar la red de centros en función de la demanda social, generando de esta manera un auténtico proceso de privatización del servicio público educativo; y por otra, gestionar suelo público dotacional para promover la construcción de centros de titularidad privada, sin que existan parámetros claros a este respecto salvo la ya referida demanda social.

Respecto a la educación diferenciada, La LOMCE modificó el proceso de admisión de los alumnos previsto en el apartado 3 del artículo 84 LOE, que pasó a tener la siguiente redacción: “en ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. No constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la Unesco el 14 de diciembre de 1960. En ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos efectos, los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad”³¹.

³⁰ De acuerdo con la nueva redacción dada por la LOMCE al artículo 116.8 LOE.

³¹ De acuerdo con la nueva redacción dada por la LOMCE al artículo 84.3 LOE.

Respecto a los centros privados que perdieron sus conciertos debido a las disposiciones de la LOE en este contexto, la Disposición transitoria segunda de la LOMCE señala que “los centros privados a los que en 2013 se les haya denegado la renovación del concierto educativo o reducido las unidades escolares concertadas por el único motivo de ofrecer educación diferenciada por sexos podrán solicitar que se les aplique lo indicado en el artículo 84.3 de esta Ley Orgánica para el resto del actual periodo de conciertos en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor”.

De acuerdo con los parámetros mencionados, los padres tienen derecho a elegir escolarizar a sus hijos en escuelas que opten por el modelo de educación diferenciada y, en la medida en la que exista demanda social, los poderes públicos deberán concertar dicha modalidad escolar –que pasará a convertirse en un servicio público–, cuando los centros cumplan los requisitos que a este respecto señale la regulación educativa.

4. LA CONVENCIÓN DE LA UNESCO DE 1960 RELATIVA A LA LUCHA CONTRA LAS DISCRIMINACIONES EN LA ESFERA DE LA ENSEÑANZA

Hasta la aprobación de la LOMCE, la Convención de la Unesco de 1960 relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza³², y ratificada por nuestro país en 1969, no ha tenido ningún protagonismo en nuestro ordenamiento jurídico. La Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa, si bien no ordenó expresamente la educación mixta, facilitó su implantación en la educación pública; y la Ley Orgánica de Ordenación del Sistema Educativo (LOGSE) de 1990 prohibió expresamente la discriminación por razón de sexo en la actividad educativa³³.

³² El texto completo de la Convención de la Unesco de 1960 relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza puede encontrarse en http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=12949&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

³³ El artículo 2.3 LOGSE estableció que: “La actividad educativa se desarrollará atendiendo a los siguientes principios: [...] c) La efectiva igualdad de derechos entre los sexos, el rechazo a todo tipo de discriminación, y el respeto a todas las culturas”; mientras que el artículo 57. 3 LOGSE ordena que “en la elaboración de tales materiales didácticos se propiciará la superación de todo tipo de estereotipos discriminatorios, subrayándose la igualdad de derechos entre los sexos”.

La LOMCE se remite a la Convención de la Unesco de 1960 para señalar que, por una parte, la educación diferenciada no es discriminatoria cuando se realice de acuerdo con el artículo 2 de la Convención; y por otra, ordena que no sean objeto de un trato desfavorable ni las familias ni las escuelas que opten el modelo de educación diferenciada.

El epicentro de la Convención es la salvaguarda de los principios de igualdad y no discriminación en el contexto educativo. El artículo 1 de la Convención define la discriminación como: “toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial: a. Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza; b. Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo; c. A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o d. Colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana”. El artículo 2 de la Convención señala que: “en el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención: a. La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes”.

El resumen más reciente de los informes emitidos por los Estados firmantes de la Convención de la Unesco de 1960, en relación a las medidas adoptadas para implementar la Convención (octubre de 2017)³⁴, señala numerosas iniciativas de los Estados conducentes a superar las barreras económicas, sociales y culturales, eliminar los supuestos de discriminación por razón de género y hacer que sus sistemas educativos sean más inclusivos, pero no incluye ninguna referencia al modelo de educación diferenciada. De la lectura del informe de 2017 cabría deducir que el supuesto excepcional

³⁴ El texto completo puede encontrarse en <http://unesdoc.unesco.org/images/0025/002597/259737e.pdf>; <http://unesdoc.unesco.org/images/0025/002527/252798e.pdf#page=15>

previsto en el artículo 2 de la Convención, que avala la educación diferenciada por razón de sexo, tendría por objeto evitar los problemas y las complejidades inherentes a escolarizar conjuntamente a alumnos del mismo sexo en países que carecen de los recursos necesarios para evitar el acoso, la violencia o el *bullying*, por razón de sexo y/o sexual en la escuela, y especialmente en las sociedades cultural o económicamente más desfavorecidas³⁵.

La Convención, por una parte, establece que cualquier trato diferenciado por razón de sexo en el contexto educativo es discriminatorio, y en consecuencia reprochable a los Estados firmantes del texto internacional; pero por otra, se prevé la posibilidad (no se trata de un mandato) de que “en el caso de que el Estado la admita” los alumnos puedan escolarizarse atendiendo a su sexo cuando se cumplan con unos estándares similares en el acceso a la enseñanza, la cualificación del personal docente, los locales escolares y se impartan los mismos programas de estudio. En este contexto, el Consejo de Estado ha expuesto que “la expresión *en el caso de que el Estado la admita*, utilizada por la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960, es suficientemente significativa de la libertad del legislador estatal en la configuración del sistema educativo. Del mismo modo, las normas comunitarias, que –como la referida Convención– no reputan discriminatoria ni prohíben la educación diferenciada, tampoco la imponen, remitiendo las cuestiones a los ordenamientos nacionales”³⁶.

³⁵ Esto explicaría porque el informe de seguimiento de la Convención hace especial referencia en el hecho de que “un número notable de Estados informó sobre diversas iniciativas y medidas para garantizar la igualdad de género, con el fin de eliminar el sesgo de género y la discriminación y hacer que sus sistemas educativos sean más inclusivos. Por ejemplo, algunos Estados han lanzado iniciativas para desafiar las opciones educativas estereotipadas por razón de género. Burkina Faso y Costa de Marfil informaron de la adopción de medidas para prevenir embarazos no deseados entre las escolares. En general, las medidas reportadas por los países ilustran la necesidad de un enfoque de género dentro del sistema educativo y no solo en la educación”. Vid. Punto 14 del informe de seguimiento, disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0025/002597/259737e.pdf>

³⁶ Continúa señalando el dictamen del Consejo de Estado que “El legislador español en el marco de su libertad no ha excluido la educación –en la trasposición de la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004– del ámbito de aplicación de la prohibición de la discriminación por razón de sexo, y tampoco ha establecido una justificación objetiva y razonable que permita valorar, en su caso, los motivos por los que se podría admitir una educación diferenciada que garantice la igualdad de oportunidades como señala la Convención de la UNESCO [...] Conviene recordar que el uso del sexo como criterio de diferenciación es uno de esos motivos que han de someterse a un escrutinio especialmente intenso, correspondiendo a quien pretende utilizarlo, una justificación intensa. La regla general es la de la co-educación”.

Por lo tanto, queda claro que, primero, los Estados firmantes de la Convención no se obligan a utilizar el modelo de educación diferenciada en sus sistemas educativos; segundo, es necesario que el Estado “admita” el modelo de educación diferenciada como una modalidad escolar en su modelo educativo; y tercero, la Convención no ordena a los Estados ni expresa ni tácitamente financiar o subvencionar a las escuelas de educación diferenciada.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el modelo de educación diferenciada, y especialmente respecto a la financiación de esta opción educativa, con una jurisprudencia que se ha ido modulando en función de las reformas legislativas.

En un primer momento, el Tribunal Supremo se pronunció sobre los recursos presentados por aquellos colegios a los que las Comunidades Autónomas denegaron su solicitud (o la renovación) de conciertos en aplicación de la LOE, por tratarse de centros de educación diferenciada. En estos supuestos, el tribunal, de acuerdo con el artículo 84.3 LOE, confirmó las actuaciones administrativas denegatorias del régimen de conciertos a centros docentes que impartían enseñanza a alumnos de un solo sexo. Antes de la LOE existía un vacío legal, en virtud del cual algunas Comunidades Autónomas, ante la ausencia de una regulación educativa que prohibiese de forma expresa la discriminación por razón de sexo en el proceso de escolarización, concertaron escuelas de educación diferenciada.

La redacción del artículo 85.3 operada por la LOMCE supuso el retorno a la situación anterior a 2006, ya que la reforma educativa, por una parte, abrió la puerta a la concertación de las escuelas de educación diferenciada; y por otra, y en este caso de forma expresa, permitió que aquellos centros a los que, bien les fue denegado la renovación del concierto, bien fueron reducidas sus unidades escolares, por haber optado por el modelo de educación diferenciada, pudieran solicitar que se les aplicara lo indicado en el artículo 84.3 LOMCE en el periodo de conciertos³⁷.

ción. “Quien quiera exceptuarlo, sea un particular, (centro educativo privado al seleccionar a su alumnado), sea el legislador (admitiendo estos centros o fomentándolos), deberá justificar especialmente cual es el fin perseguido, cuales las mejoras educativas que excepcionalmente se persiguen, así como la clase de centro y el tiempo en que se admite esa segregación”. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-172>

³⁷ Vid. Disposición transitoria segunda de la LOMCE.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo previa a la aprobación de la LOE ha sido uniforme, y ha basculado en torno a tres principios. Primero, “el artículo 84 de la Ley 2/2.006 que expresamente se refiere a “la admisión de alumnos” ha excluido de la posibilidad de concertación a los centros de educación diferenciada por sexos, al prohibir en su número 3 la discriminación por sexo en la admisión de alumnos, existencia de discriminación que es previa al cumplimiento del resto de las condiciones que se exigen para lograr la suscripción del concierto. Segundo, “nadie pone en duda la legitimidad del sistema de educación diferenciada; cuestión distinta es que a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2006 sea posible que esos centros privados puedan tener la condición de concertados sostenidos con fondos públicos, cuando expresamente en el régimen de admisión de alumnos se prohíbe la discriminación por razón de sexo, artículo 84.3 de la Ley. Precepto que por otra parte en nada se separa del contenido del artículo 14 de la Constitución del que es trasunto fiel a la hora de enumerar las discriminaciones que proscribe”. Y tercero. “esa imposibilidad de obtener conciertos por parte de los centros docentes que optan por la educación separada por sexos tampoco perturba ningún derecho constitucional de los padres que conservan el derecho de libre elección de centro y el de los titulares de la creación de centros con ideario o carácter propio, y sin que se vulnere el número 9 del artículo 27 de la Constitución porque determinados centros no puedan acceder al concierto si no reúnen los requisitos que la Ley establece”³⁸.

La autonomía de los centros educativos se reduce en función de su financiación con recursos públicos, pues, en palabras del tribunal, “el sistema de enseñanza mixta, en el caso de los centros concertados, es una manifestación o faceta más de esa competencia sobre la admisión del alumnado que corresponde a la Administración educativa que financia dichos centros concertados; esto es, forma parte de esa intervención estatal que limita el derecho de dirección en los centros privados que reciben ayudas públicas en virtud de lo establecido en el artículo 27.9 CE”³⁹.

³⁸ STS 5498/2012, de 24 de julio de 2012, FJ 4º. Esta sentencia estimó el recurso de la Administración andaluza contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, por la que se acordó aprobar el concierto educativo. En términos similares se había pronunciado previamente el Tribunal Supremo, en la STS 5492/2012 de 26 de junio de 2012, en respuesta al recurso de casación 4591/2011, respecto a la prohibición de discriminación por razón de sexo, engarzado con el art. 20.2 de la Ley 8/1985, de 3 de julio y el art. 72.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre de calidad de la Educación y los arts. 43 y 44 del RD 2377/1985.

³⁹ STS 5498/2012, de 24 de julio de 2012, FJ 6º.

De esta manera, hasta la aprobación de la LOMCE el Tribunal Supremo ha venido señalando que el sistema de educación diferenciada es una manifestación legítima del derecho a la libertad de enseñanza, pero en la medida en la que el régimen de admisión de alumnos previsto en la LOE prohíbe la discriminación por razón de sexo, los centros de educación diferenciada no pueden ser financiados con fondos públicos. El hecho de que las Administraciones educativas no realicen conciertos con los centros de educación diferenciada no supone una lesión al derecho de los padres a elegir el centro en el que escolarizar a sus hijos, ya que el ejercicio de dicho derecho es autónomo a la financiación de los centros de titularidad privada por parte de los poderes públicos⁴⁰.

La misma lógica impidió la renovación de los conciertos a los centros de educación diferenciada en el contexto de la LOE, pues, en palabras del tribunal, “esos criterios que permitían la renovación del concierto se aplicaban una vez que el artículo 20.2 de la misma Ley Orgánica 8/1985, había excluido con carácter previo la existencia de discriminación en la admisión por los centros de los alumnos por *razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento*, prohibiciones que mantuvo inalterables la LOE, y a los que añadió la LOE, el del sexo, de modo que teniendo eso en consideración una vez concluida la vigencia del Concierto su renovación no es posible al introducirse esa causa prohibitiva de discriminación por sexo en relación con la admisión de alumnos en los centros privados sostenidos con fondos públicos”⁴¹.

Las decisiones del Tribunal Supremo en este contexto no han sido unánimes, destacando en este sentido algunos de los votos particulares, ya que esas argumentaciones serán recuperadas posteriormente por el legislador para legitimar el modelo de educación diferenciada en la LOMCE.

El magistrado Martí García ha señalado, en relación a la Convención de la UNESCO de 1960, que “en base a tal normativa y teniendo en cuenta que en España, como se ha expuesto, está autorizada la educación diferenciada,

⁴⁰ Señala el tribunal, que “la Disposición Adicional Vigésima Quinta de la Ley Orgánica 2/2.006 pretende, y así resulta de su rúbrica *fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres*, es *favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombre y mujeres* y conseguir que los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas sean *objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la Ley*. En el bien entendido que para ello deben mantener ese modelo en todas las etapas educativas y que se refiere a las previsiones recogidas en la Ley y que, por tanto, no se refiere solo a la preferencia en la posibilidad de obtener conciertos con la Administración Educativa”. STS 5498/2012, de 24 de julio de 2012, FJ 3º.

⁴¹ STS 5498/2012, de 24 de julio de 2012, FJ 6º.

se puede y debe concluir declarando que los centros de educación diferenciada no generan discriminación por razón de sexo, siempre que la entidad titular de los mismos ofrezca colegios similares para niños y para niñas, pues así expresamente lo dicen las normas internacionales citadas⁴².

En la misma línea se ha pronunciado el magistrado Requero Ibáñez⁴³, quien ha señalado que: “la educación diferenciada, como la mixta, no deja de ser sino una libre opción de sistema pedagógico; no es más que una cuestión de libertad de enseñanza, tanto para los padres a la hora de elegir colegio como para los titulares de los colegios para hacer su oferta. Por tanto, si la diferenciada fuese discriminatoria –expresión que ya encierra una matiz negativo– el problema no estaría en el acceso al régimen de conciertos, sino en si cabría tolerar un sistema docente contrario a la Constitución. De ser la respuesta negativa no sólo habría que excluir a los colegios de enseñanza diferenciada del sistema de conciertos, sino a los no concertados del mismo sistema educativo”⁴⁴. A partir de esta argumentación, Requero señala que es

⁴² En su voto particular a la STS 5492/2012 de 26 de junio de 2012. Señala Martí García: “El problema surge por tanto a partir de la Ley 2/2006. Antes que nada conviene precisar que esa Ley no solo no tiene previsión alguna ni dispone nada en contra de la posible existencia de la educación diferenciada, sino que incluso se puede y debe entender que admite su existencia cuando en su Disposición Adicional Vigésimo Quinta dispone “con el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas, serán objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la presente Ley sin perjuicio de lo dispuesto en los Convenios Internacionales suscritos por España”, de lo que es obvio y fácil inferir que si la Ley otorga prioridad a la coeducación, es claro, que no niega ni prohíbe otro tipo de educación como la educación diferenciada, y otra cosa será que la coeducación sea la prioritaria a la educación diferenciada, pero con ello también está admitiendo la posibilidad de atención a la educación diferenciada, pues la preferencia por la coeducación no impide el que también se puedan atender a otras opciones obviamente si hay posibilidad y necesidad para ello”.

⁴³ El voto particular de la Sentencia de 23 de junio de 2014 recaída en el recurso 2251/2012 reproduce, a su vez, el formulado por el magistrado a la Sentencia de 23 de julio de 2012, recaída en el recurso de casación nº 4591/2011.

⁴⁴ En opinión de Requero Ibáñez: “con esa interpretación del artículo 84.3 se permite que la Administración no respete las legítimas opciones sobre educación, porque milita en una. Se ignora así el mandato del artículo 9.2 de la Constitución: los poderes públicos deben promover condiciones para que la libertad y la igualdad sea real y efectiva y remover los obstáculos que impidan su plenitud. O dicho de otra forma, si la educación diferenciada es constitucionalmente legítima, luego es una opción pedagógica admisible, con el sistema de conciertos la Administración no puede impedir u obstaculizar una manifestación de la libertad deducible del carácter propio de un tipo de centros, máxime cuando por mandato constitucional debe promover que el ejercicio de los derechos y libertades sea real y efectivo”. En

contradictorio, por una parte, afirmar la legitimidad de la educación diferenciada, pero por la otra, sostener que dicho modelo educativo no puede ser financiado con cargo al régimen de conciertos por incurrir en discriminación por razón de sexo.

La LOMCE modificó el papel de la educación diferenciada en el sistema educativo, lo cual ha tenido consecuencias directas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se ha visto obligada a adaptarse a la nueva realidad legislativa. La jurisprudencia del Tribunal Supremo que venía dando la razón a las Comunidades Autónomas que no habían renovado los conciertos a los centros de educación diferenciada se ha invertido, de forma que el tribunal ha pasado a sentenciar a favor de los centros a los que las Administraciones educativas no han concertado –o renovado los conciertos– exclusivamente por tratarse de centros de educación diferenciada.

Un excelente ejemplo del giro jurisprudencial referido lo encontramos en la decisión del Tribunal Supremo con ocasión del recurso presentado por la Junta de Andalucía contra la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que a su vez estimó el recurso interpuesto por el titular de un colegio concertado, contra la Orden de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, y anuló dicha disposición⁴⁵. La Orden de 27 de febrero de 2014 denegó la solicitud de un centro docente privado para acogerse al régimen de conciertos educativos, al estimar la Administración educativa que su modelo educativo incumplía los artículos 14 CE y 84.3 de la LOE, dado que éste no ofrecía facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza al alumnado de sexo femenino. Asimismo, puesto que el centro no escolarizaba alumnado de ambos sexos, la Administración educativa estimó que éste lesionó el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, y los apartados 5 y 13 del artículo 4º de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía⁴⁶.

esta parte de su voto particular, el magistrado Requejo se basa en el formulado en la Sentencia de 23 de julio de 2012, recaída en el recurso de casación nº 4591/2011, por parte del magistrado Antonio Martí García.

⁴⁵ Sentencia 753/2017 de la sección 4 de la Sala de lo Contencioso de 4 mayo del 2017.

⁴⁶ Según los cuales, serán principios generales de actuación de los poderes públicos de Andalucía: “La adopción de las medidas específicas necesarias destinadas a eliminar las desigualdades de hecho por razón de sexo que pudieran existir en los diferentes ámbitos”; y “La incorporación del principio de igualdad de género y la coeducación en el sistema educativo”. Vid. Boletín Oficial de la Junta de Andalucía Boletín número 247 de 18/12/2007.

El Tribunal Supremo se pronunció utilizando de nuevo como referencia el mandato, contenido en el artículo 27.9 CE, de que “los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca”. El derecho de los centros de titularidad privada a ser ayudados está supeditado al cumplimiento de aquellos requisitos que señale el legislador, de forma que, en palabras del tribunal, “excluir la enseñanza diferenciada del régimen de conciertos forma parte de la potestad administrativa en materia de admisión de alumnos en los centros privados que reciben ayudas públicas”⁴⁷. En palabras del tribunal: “el sistema de enseñanza mixta, en el caso de los centros concertados, es una manifestación o faceta más de esa competencia sobre la admisión del alumnado que corresponde a la Administración educativa que financia dichos centros concertados; esto es, forma parte de esa intervención estatal que limita el derecho de dirección en los centros privados que reciben ayudas públicas en virtud de lo establecido en el artículo 27.9 CE”⁴⁸.

Uno de los puntos más conflictivos de la sentencia fue la concreción del mandato contenido en el artículo 84.3 de la LOE, en relación al artículo 2 de la Convención, de que la creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza de educación diferenciada no será discriminatoria cuando dichos sistemas o establecimientos dispongan de personal docente cualificado, facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes.

De acuerdo con la Junta de Andalucía, para que dicha equivalencia exista es necesario que existan dos locales escolares (uno para cada sexo) pertenecientes al mismo centro educativo localizados en la misma zona geográfica, y tanto el ideario como el proyecto del centro deben ser idénticos; lo que, en su opinión, no ocurría en este caso. El tribunal desestimó la petición de la Junta, señalando que: “resulta plenamente conforme con el art. 2 de la Convención citada la interpretación de que las facilidades equivalentes de acceso de ambos sexos a la enseñanza, deban ser proporcionadas, bien por los sistemas educativos, o por los establecimientos, sin que resulte exigible que en todo caso sean los centros o establecimientos los que deban ofrecer tales condiciones de acceso equivalentes para ambos sexos”⁴⁹.

⁴⁷ Vid. FJ 7º.

⁴⁸ F.J 3º Sentencia 753/2017 de la sección 4 de la Sala de lo Contencioso de 4 mayo del 2017.

⁴⁹ FJ. 7º.

El Tribunal Supremo se ha manifestado en términos muy similares en sus resoluciones posteriores acerca de la denegación o no renovación de conciertos a las escuelas de educación diferenciada por parte de las Administraciones educativas⁵⁰. Esta jurisprudencia puede resumirse, en palabras del tribunal, en que: “está claro a estas alturas que el artículo 27.9 de la Constitución faculta a los centros privados que lo deseen acogerse al régimen de conciertos en los términos establecidos por la ley. Es pues un derecho fundamental de configuración legal de manera que ha de buscarse en esa ley su régimen jurídico. En lo que importa ahora está establecido en el artículo 84.3 de la Ley Orgánica de Educación en la redacción que le ha dado la Ley Orgánica 8/2013. Este precepto no es, a juicio de la Sala, contrario al principio de igualdad afirmado por el artículo 14 de la Constitución ni a las normas internacionales que, por mandato del artículo 10.2 de la Constitución, han de informar la interpretación de sus normas sobre derechos y libertades”⁵¹.

6. DOCTRINA CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la constitucionalidad del modelo de educación diferenciada propuesto por la LOMCE, y lo ha hecho, como a continuación veremos, con una doctrina que ilustra cierto grado de división entre los miembros del alto tribunal en este terreno.

6.1. Discriminación por razón de sexo y proyecto educativo

6.1.1. *Conceptualización de la educación diferenciada en el marco constitucional*

La STC 31/2018 se pronunció sobre el recurso de inconstitucionalidad presentado por más de 50 diputados socialistas contra diversos preceptos de la LOMCE, y en este contexto sobre la constitucionalidad tanto del modelo de educación diferenciada como sobre la posibilidad de que dicho modelo pueda ser financiado con recursos públicos. Los párrafos segundo y tercero del artículo 84.3 LOE, en la nueva redacción dada por la LOMCE, y la

⁵⁰ A modo de ejemplo Vid. Sentencia nº 1305/2017 de TS, Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, 18 de Julio de 2017.

⁵¹ Sentencia nº 1305/2017 de TS, Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, 18 de Julio de 2017, FJ 7º.

disposición transitoria segunda de la LOMCE, constituyeron el epicentro del debate constitucional, al entender los recurrentes que la expresión “no constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciada por sexos” lesiona el artículo 14 CE, ya que el modelo educativo de educación diferencia requiere separar por razón de sexo al alumnado, tanto en el proceso de admisión como en la organización de la enseñanza.

El Tribunal Constitucional conceptualizó la educación diferenciada de acuerdo con dos argumentos. En primer lugar, el tribunal estimó que la educación diferenciada no se soporta en “una determinada concepción de la vida o cosmovisión con un contenido filosófico, moral o ideológico”⁵², y se conforma como una manifestación de la libertad de enseñanza que ordena el artículo 27.1 CE, pues se trata de “un modelo o método pedagógico que es fruto de determinadas concepciones de diversa índole que entienden que resulta más eficaz un modelo de educación de esta naturaleza que otros”⁵³. Y en segundo lugar, este método pedagógico permite alcanzar el mandato contenido en el artículo 27.2 CE, que ordena que el modelo educativo tenga por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el respeto a los principios y a los derechos y libertades fundamentales⁵⁴.

El artículo 84. 3 LOE establece que los centros de educación diferenciada: “deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad”⁵⁵. De acuerdo con la lógica del tribunal, la eliminación de los conceptos estereotipados de los papeles masculino y femenino pueden

⁵² Pues en ese caso, según el tribunal, el debate se circunscribiría al derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones, que ordena el artículo 27.3 CE. Vid. STC 31/2018 de 10 de abril, FJ 4.

⁵³ Señala el tribunal que “se trata de un sistema meramente instrumental y de carácter pedagógico, fundado en la idea de optimizar las potencialidades propias de cada uno de los sexos. Así se desprende del artículo 84.3 LOE, que impone a los centros que opten por ese modelo la obligación de exponer las razones educativas de la elección de dicho sistema, lo que excluye de principio que la implantación del modelo pueda responder a otro tipo de motivaciones ajenas a las educativas”. STC 31/2018 de 10 de abril, FJ 4.

⁵⁴ En palabras del tribunal: “No existe dato alguno que permita llegar a la conclusión de que dicho sistema, en cuanto tal, no sirve a los fines exigidos constitucionalmente, y en particular, a la conclusión de que no está inspirado en los principios democráticos de convivencia o en los derechos y libertades fundamentales, o de que no cumple los objetivos marcados por las normas generales”. STC 31/2018 de 10 de abril, FJ 4 b).

⁵⁵ En la nueva redacción dada por la LOMCE.

alcanzarse, bien cuando los alumnos de diferente sexo comparten los espacios, bien mediante las medidas que en este sentido diseñen los centros escolares e incluyan en sus proyectos educativos, siendo determinante a este respecto el papel de la inspección educativa que corresponde a los poderes públicos⁵⁶.

La previsión contenida en el artículo 84. 3 LOE ha sido objeto de posterior debate constitucional con ocasión del recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias pues, en su opinión, la disposición referida: “no articula ninguna regla que permita valorar los motivos y las razones por los que, aplicando la excepción a la coeducación según el programa que el centro beneficiario invoca, se favorecen la igualdad de oportunidades u otros valores de relevancia constitucional. Tal es una exigencia insoslayable al tratarse de centros financiados con recursos públicos, sin que la mera exposición por el centro en su proyecto educativo de las razones de la elección del sistema, así como de las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad, atienda adecuadamente a las exigencias constitucionales”⁵⁷. En otras palabras, en opinión de los recurrentes el legislador no ha previsto un mecanismo específico, que permita valorar adecuadamente hasta qué punto las medidas adoptadas por el centro favorecen la igualdad de oportunidades u otros valores de relevancia constitucional.

El tribunal resolvió la impugnación remitiéndose a su doctrina expuesta en la STC 31/2018, según la cual: “esa obligación de fomento se cumple con la previsión del artículo 84.3 LOE, que obliga a los centros que utilizan el método pedagógico basado en la educación diferenciada a exponer en su proyecto educativo las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad, lo que no se exige expresamente a otro tipo de centros. De esta forma, se impone convencionalmente la obligación de estimular la educación que tienda a eliminar los estereotipos de sexo”⁵⁸. El 84.3 LOE se refiere exclusivamente a los centros concertados que opten por el modelo de educación diferenciada, lo cual, según el tribunal, constituye una salvaguarda suficiente.

⁵⁶ Según el tribunal: “no es determinante en sí mismo, a tales efectos, si el modelo pedagógico es de coeducación o de educación diferenciada por sexos, siempre que esté garantizada aquella equivalencia. De esta forma, en los términos de la Convención, la educación diferenciada por sexos no es discriminatoria, como tampoco lo es la educación separada por motivos lingüísticos o religiosos o en centros privados, siempre que se cumplan las condiciones previstas en ese texto internacional [...] STC 31/2018 de 10 de abril, FJ 4.

⁵⁷ STC 53/2018, de 24 de mayo de 2018, FJ 7.

⁵⁸ STC 31/2018 de 10 de abril, FJ 4.

Asimismo, según la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960, las condiciones de las *prestaciones de los servicios docentes* son el parámetro que permite determinar cuando existe discriminación, con independencia de que la educación sea diferenciada⁵⁹. En consecuencia, la discriminación depende de cuáles son los conocimientos, habilidades y destrezas que recibe el alumnado durante el itinerario educativo, y no de cuál sea su proceso de selección⁶⁰.

Respecto a la posible lesión del artículo 9.2 CE, el tribunal expuso que éste “habilita y mandata al legislador para llevar a cabo fórmulas tendentes a hacer efectiva la igualdad material, en este caso entre mujeres y hombres. Pero ni le impone la adopción de medidas concretas, ni tampoco le exige acordar ningún género de prohibiciones, como sería en este caso la de otorgar un concierto, sino que sólo le faculta, in genere, para *promover, remover y facilitar*”⁶¹.

La financiación de la educación diferenciada mediante el régimen de conciertos también fue objeto de debate en el marco del artículo 116 LOE⁶², al estimar los recurrentes que los poderes públicos no pueden financiar una modalidad educativa que supone la discriminación de su alumnado por razón de su sexo. El tribunal estableció la constitucionalidad de que los colegios de educación diferenciada reciban financiación pública; pues, en su opinión, una vez establecida la constitucionalidad de

⁵⁹ STC 31/2018 de 10 de abril, FJ 4.

⁶⁰ En palabras del tribunal: “siempre que se cumplan las condiciones de equiparabilidad entre los centros escolares y las enseñanzas a prestar en ellos a que se refiere la Convención de 1960, lo que en nuestro caso está fuera de toda duda, pues está garantizado el puesto escolar en todos los casos; y la programación de las enseñanzas que corresponde a los poderes públicos ex artículo 27.5 CE, así como la forma esencial de prestación de las mismas, no hacen distinción alguna entre centros mixtos, centros femeninos y centros masculinos. Si alguna diferencia de trato indebida existiera sólo sería atribuible al centro escolar en la que se produjera, y no sería imputable al modelo en sí. Por lo tanto, no se cumple la premisa de la que parten los recurrentes, la de que la educación diferenciada implica una discriminación [...] Por ello, no resulta necesario adentrarse en el análisis propuesto en el recurso, según el cual esa discriminación no estaría suficientemente justificada”. STC 31/2018 de 10 de abril, FJ 4.

⁶¹ STC 31/2018 de 10 de abril, FJ 4 b).

⁶² Según el cual “los centros privados que ofrezcan enseñanzas declaradas gratuitas en esta Ley y satisfagan necesidades de escolarización, en el marco de lo dispuesto en los artículos 108 y 109, podrán acogerse al régimen de conciertos en los términos legalmente establecidos, sin que la elección de centro por razón de su carácter propio pueda representar para las familias, alumnos y alumnas y centros un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto”.

esta modalidad educativa, no tiene sentido excluir del modelo de financiación a la misma⁶³.

6.1.2. *Votos particulares*

La decisión del tribunal no fue unánime, y cuatro magistrados firmaron votos discrepantes particulares a los que a continuación pasamos a referirnos.

La magistrada Roca Trias firmó un voto concurrente donde expuso que, si bien compartía la premisa de que la educación diferenciada no puede considerarse un supuesto de discriminación por razón de sexo, esto no quiere decir que exista un hipotético derecho a que los centros que optan por esta modalidad educativa sean concertados por los poderes públicos. En concreto, la magistrada discrepó con la argumentación del tribunal que conecta el derecho de los padres a elegir centro educativo con la posibilidad de que dicho centro opte por la modalidad de educación diferenciada, y convierte dicha elección en un hipotético derecho a acceder a un concierto educativo que garantice la gratuidad de las enseñanzas al amparo de los derechos 27.1 y 27.6 CE⁶⁴.

El magistrado Valdes Dal-Ré firmó un voto particular muy crítico, al que se adhirió el magistrado Conde-Pumpido, al entender que los párrafos segundo y tercero del artículo 84.3 LOE vulneran el artículo 27.2 CE en relación con los artículos 1, 9.2 y 14 CE. Según Valdes Dal-Ré la constitucionalidad de un modelo educativo no puede establecerse en función de con qué ideario concreto se consigan mejores o peores rendimientos académicos⁶⁵. En otras palabras, el elemento relevante a efectos constitucionales no debe ser el carácter político, ideológico o religioso, que presenta la educación diferenciada, sino la determinación de en qué medida ésta opción escolar encaja con los principios constitucionales.

Aquí se localiza, en opinión del voto particular, el principal error del voto mayoritario, pues éste ignora que “la educación diferenciada por razón de sexo niega el papel de la escuela como espacio por excelencia de so-

⁶³ STC 31/2018 de 10 de abril, FJ 4 b).

⁶⁴ Voto particular de la Magistrada Roca Trias a la STC 31/2018 de 10 de abril.

⁶⁵ En palabras de Valdes Dal-Ré: “solo orientando el contenido sustantivo del derecho a la educación hacia el logro de esos valores, bienes y derechos constitutivos del ideario educativo constitucional se protegen adecuadamente los intereses de los menores, al tiempo que se les asegura el progresivo descubrimiento y ejercicio por ellos mismos de sus derechos”.

cialización y convivencia en la igualdad desde la infancia más temprana (el respeto a los principios democráticos de convivencia, en términos del art. 27.2 CE). Contribuye de esta manera tanto a perpetuar los caducos patrones de pensamiento y estereotipos sexistas, como a dificultar la lucha contra la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, en línea opuesta a la necesidad de avanzar en la protección de los derechos de las personas LGTBI, puesta de relieve en diversos trabajos de la Agencia de los derechos fundamentales de la Unión Europea, entre otros organismos. Por ello, lejos de cumplir con el ideario educativo constitucional, lo lesiona en uno de sus pilares: el de la igualdad, en las dimensiones complementarias que le confieren los arts. 1.1, 9.2 y 14 CE". Para el voto particular, el elemento determinante no es que los centros escolares dispongan de los mismos medios y recursos humanos y materiales para desarrollar su labor educativa, sino el contexto en el que los alumnos son educados y si éste contribuye a erradicar los estereotipos o la violencia de género⁶⁶.

El magistrado Xiol Ríos también emitió un voto particular discrepante tanto con la fundamentación jurídica como con el fallo, al entender que la segregación sexual binaria en los centros docentes privados concertados vulnera la prohibición constitucional de la discriminación por razón de sexo e identidad sexual⁶⁷.

⁶⁶ Punto 2 del voto particular del magistrado Valdes Dal-Ré a la STC 31/2018 de 10 de abril. Continúa exponiendo: "3. Siendo la igualdad sustantiva un elemento definidor de la misma noción de ciudadanía (STC 12/2008, FJ 5), solo la educación mixta proporciona los cimientos de convivencia entre iguales que posibilita el cumplimiento del ideario educativo de la Constitución, como condición necesaria, aunque desde luego no suficiente para garantizar una educación que responda al valor constitucional de la igualdad. El presupuesto sobre el que ha de enjuiciarse cualquier decisión política es la igualdad radical del hombre y la mujer. Si este presupuesto implica que una representación integradora de ambos sexos es irrenunciable para el gobierno de una sociedad, necesariamente así compuesta (STC 12/2008, FJ 7), esa igualdad radical exige también de modo irrenunciable, para observar y cumplir con la primera finalidad de la educación consagrada por el artículo 27.2 CE, una escuela que no segregue por razón de género". Vid. Punto 3 del voto particular.

⁶⁷ En sus palabras: "la segregación sexual no solo implica una discriminación por razón de sexo. Al tomar como presupuesto el sexo desde una perspectiva binaria hombre-mujer, incide en un nuevo motivo de discriminación vinculado a la identidad sexual. Si hablaba anteriormente de los prejuicios sexistas contra la mujer, ahora hay que añadir un segundo prejuicio: la percepción de que solo existen dos únicos sexos y de que todo individuo ha de tener encaje en uno de ellos. Cualquier normativa basada en el prejuicio de la dualidad sexual provoca un inmediato efecto de exclusión total de aquellas personas, como los intersexuales, que no pueden ser identificadas con ninguno de estos dos sexos, provocando con ello una

El voto particular de Xiol Rios coincide con el planteamiento de Valdés Dal-Ré acerca de que no existe ninguna justificación jurídica que avale políticas diferentes respecto a las discriminaciones por razón de sexo y raza. El argumento que añade en este terreno Xiol Rios es que el principio “separados pero iguales” que incorpora la Convención de 1960 debe interpretarse a partir de tres parámetros: primero, la educación diferenciada se justificó en aquel momento como un modelo de tránsito, que arranca con la negación del derecho a la educación a las mujeres y finaliza con su no discriminación en este terreno; segundo, cuando nuestro país ratificó el Convenio en 1969 no estaba vigente el modelo de educación mixta, que establecería la Ley general de educación de 1970; y tercero, la Convención de 1969 ha sido superada por otras posteriores, como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, que propone a los Estados, entre otras medidas, fomentar la educación mixta.

Asimismo, Xiol Rios criticó la situación en la que el modelo de educación diferenciada coloca a la intersexualidad⁶⁸, en la medida en la que “cualquier normativa basada en el prejuicio de la dualidad sexual provoca un inmediato efecto de exclusión total de aquellas personas, como los intersexuales, que no pueden ser identificadas con ninguno de estos dos sexos, provocando con ello una nueva forma de discriminación, en este caso no por segregación, sino por exclusión”.

El voto particular de la magistrada Balaguer Callejón se expresó en términos muy similares a los expuestos, toda vez que resaltó la ausencia de argumentos lógicos que expliquen cómo la educación diferenciada puede promover la *parificación social*.

6.2. Renovación de conciertos

La negativa de algunas administraciones a conceder o a renovar los conciertos a los colegios de educación diferenciada también ha sido objeto de debate constitucional. Un ejemplo muy ilustrativo es la decisión del Tribunal

nueva forma de discriminación, en este caso no por segregación, sino por exclusión”. Vid. Apartado c) del voto particular del magistrado Xiol Rios.

⁶⁸ Que Xiol Rios define en su voto particular como “como aquella condición en que se nace con características biológicas de sexo (anatomía sexual, órganos reproductivos o patrones cromosómicos) que no se ajustan a las normas sociales, definiciones médicas o estándares culturalmente definidos para el cuerpo femenino o masculino y que puede ser detectada al nacer o volverse aparente más adelante en la vida, especialmente durante la pubertad”.

Constitucional ante el recurso presentado contra diversas resoluciones de la Consejería de Educación y del Consejo de Gobierno de Cantabria⁶⁹.

El debate se centró en la denegación por parte de la administración tanto de la renovación del concierto como del acceso al mismo de varias unidades de educación infantil. Los recurrentes alegaron que la decisión de la administración lesionó sus derechos a la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE), la dimensión prestacional del derecho a la educación (art. 27.9 CE), y la prohibición de discriminación por razón de opinión o religión (art. 14 CE). La decisión de la administración se justificó en la opción pedagógica elegida por el centro escolar en el contexto de la LOE, pues ésta prohibió expresamente la discriminación por razón de sexo en la admisión de alumnos, lo cual impide la concesión (o renovación) de un concierto a los centros de educación diferenciada⁷⁰.

El tribunal recordó que, tal y como señaló en la STC 31/2018, el sistema de educación diferenciada es una opción pedagógica que no es discriminatoria, por lo que “no cabe lógicamente interpretar que la redacción originaria del artículo 84.3 LOE, al hacer referencia a la prohibición de discriminación, ha pretendido excluir ese sistema del régimen de ayudas públicas. El artículo 84.3 LOE no dispone que quedan fuera del régimen del concierto los colegios que desarrollen la educación diferenciada; prescribe simplemente que las decisiones de admisión no darán trato de inferioridad a personas o colectivos por condiciones personales o sociales como la raza, la religión, la opinión, el sexo o la orientación sexual. El precepto no añade nada a lo que ya resultaba de la propia Constitución (art. 14), por lo que la mera reiteración de la prohibición de discriminación sexual por parte del legislador orgánico no puede interpretarse como un cambio de régimen jurídico que pueda dar lugar a que el concierto previamente otorgado no pueda renovarse después en razón exclusivamente del carácter monoeducacional del centro solicitante”⁷¹. A partir de esta argumentación, el tribunal estableció que la decisión de la administración educativa vulneró el derecho fundamental a la libertad educativa (art. 27. 1 y 3 CE), en conexión con la garantía constitucional de la libertad ideológica (art. 16.1 CE).

La LOCE no incluía al sexo entre las prohibiciones de discriminación en los procesos de admisión del alumnado en los centros financiados con fon-

⁶⁹ STC 74/2018, de 5 de julio de 2018.

⁷⁰ STC 74/2018, de 5 de julio de 2018, FJ 5.

⁷¹ STC 74/2018, de 5 de julio de 2018, FJ 5.

dos públicos. El artículo 84.3 LOE incorporó el sexo al catálogo de motivos por los que los alumnos no pueden ser discriminados en los procesos de admisión, y en consecuencia impidió que los centros de educación diferenciada pudieran acceder al sistema de concertos. La opción de la LOE fue declarada constitucional por numerosas sentencias del Tribunal Supremo⁷², en consecuencia, como expusieron en un voto particular los magistrados Valdés Dal-Ré y Balaguer Callejón, “la comprensión del artículo 84.3 LOE que formula la Sentencia aprobada por la mayoría del Pleno, no es compartida por el Tribunal Supremo, ni por el Ministerio Fiscal, ni por el Consejo de Estado en sus Dictámenes 172/2013 y 625/2011, ni por la doctrina científica. Desde todas esas posiciones jurídicas solventes se ha dedicado una amplísima atención a este punto, lo que por sí mismo da idea de la trascendencia del cambio legal operado en 2013, que se esfuma en el párrafo de esta Sentencia antes transcrito. Sobra añadir que tampoco es compartida por quienes rubricamos el presente voto particular”⁷³.

Asimismo, el voto particular hizo especial incidencia en el hecho de que voto de la mayoría ampliase la interpretación de viene haciendo la doctrina constitucional de que la financiación del sistema educativo se vincula al artículo 27.9 CE, que ahora se amplía al artículo 27.3 CE, de forma que la legítima opción del legislador para organizar el modelo de financiación de los centros privados pasa a un segundo plano⁷⁴.

⁷² Entre esas sentencias citadas por los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré y María Luisa Balaguer Callejón en su voto particular a la STC 74/2018, destacan las STS de 23 de julio de 2012, dictada en el recurso de casación núm. 4591-2011; Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2012 (recurso núm. 5423-2011), de 9 de octubre de 2012 (recurso núm. 5182-2011), de 14 de enero de 2013 (recurso núm. 1303-2012), de 15 de enero de 2013 (recurso núm. 4928-2011), de 21 de enero de 2013 (recurso núm. 5069-2011), de 22 de enero de 2013 (recursos núms. 541-2012, 6251-2011, 4595-2011, 5414-2011), de 23 de enero de 2013 (recurso núm. 1171-2012), de 26 de febrero de 2013 (recurso núm. 638-2012); de 23 de junio de 2014 (recurso núm. 2251-2014), de 16 de julio de 2014 (recursos núms. 2619-2012 y 3089-2012), de 17 de julio de 2014 (recursos núms. 2296-2012 y 2151-2012), y de 18 de julio de 2014 (recurso núm. 1573-2012).

⁷³ Voto particular a la STC 74/2018 de los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré y María Luisa Balaguer Callejón.

⁷⁴ Como señalan en su voto particular a la STC 74/2018 los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré y María Luisa Balaguer Callejón, “La doctrina previa no ofrece dudas: la financiación del sistema educativo se vincula al apartado noveno del artículo 27 CE, y no al apartado tercero. Cuando la Constitución dice que «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca», fija una obligación de acción positiva a las administraciones públicas, confiriéndoles un margen para establecer condiciona-

7. CONSIDERACIONES FINALES

La regulación del régimen de conciertos, y en este contexto de la educación diferenciada, operada por la LOE y la LOMCE ilustra la tensión que históricamente ha existido en nuestro ordenamiento jurídico entre los derechos a la educación y a la libertad de enseñanza. La LOE propuso un modelo en el cual el derecho a la educación se canalizase principalmente a través de la escuela pública, y prohibió expresamente que los alumnos pudieran ser discriminados en este proceso por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. La LOMCE incorporó el principio de demanda social al modelo de programación de la red centros (sin ningún tipo de límite o de cláusula de salvaguarda del sistema educativo de titularidad pública), eliminó la garantía contenida en la LOE de que existan plazas en las escuelas públicas suficientes, abriendo las puertas a una posible privatización del sistema educativo, al promover la subsidiariedad del Estado respecto de la enseñanza privada; y en relación a la educación diferenciada por razón de sexo, señaló que ésta no es discriminatoria cuando se desarrolle conforme a la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960.

La Convención de la UNESCO de 1960 ha sido el parámetro utilizado por el legislador en la LOMCE para habilitar el modelo de educación diferenciada. Se trata de una Convención que, tal y como indica su propia redacción, es de cumplimiento voluntario por parte de los Estados, y que en ningún supuesto ordena a los Estados financiar este modelo educativo. Desde esta perspectiva, tanto la LOE como la LOMCE son coherentes con la Convención pues en ambos supuestos el legislador ha ejercido su derecho a interpretar en uno u otro sentido el texto de la misma, aunque de forma claramente opuesta; ahora bien, la posibilidad interpretativa que la Convención permite a nuestro legislador no quiere decir que ésta sea *per se* coherente con el texto constitucional.

El legislador del 2013 modificó la normativa educativa con el objeto, confesado en el preámbulo de la norma, de modernizar y adaptar el sistema

mientos y limitaciones legales para el acceso de dichos centros a las ayudas (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 20). No se trata un derecho individual, reconocido a cada familia, a cada padre y cada madre. Es una obligación prestacional imputada al Estado, no un derecho subjetivo reconocido a las familias, lo que nos lleva a recordar quienes son los recurrentes en el presente procedimiento constitucional”.

educativo a los profundos cambios a los que se enfrenta la sociedad actual, los cuales demandan una continua y reflexiva adecuación de dicho sistema a las *emergentes demandas de aprendizaje*; y, sin embargo, propuso como criterio de interpretación del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el contexto educativo una Convención de 1960, pese a la numerosa normativa, tanto nacional como internacional, que se ha aprobado con posterioridad en este terreno. La Convención fue ratificada por nuestro país (1969) antes de que se adoptase el modelo de educación mixta mediante la Ley general de educación de 1970, que ha sido superado en sus planteamientos y objetivos por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que establece que “el sistema educativo incluirá, dentro de sus principios de calidad, la eliminación de los obstáculos que dificultan la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y el fomento de la igualdad plena entre unas y otros”⁷⁵.

En otras palabras, pese a las diferentes opciones que el legislador de la LOMCE tenía para interpretar el alcance y contenido de un principio constitucional tan relevante en el ámbito educativo, éste optó por la interpretación que ofrece un texto preconstitucional, y que atiende a necesidades e intereses que, al menos *a priori*, pueden ser diferentes de los que demanda la sociedad democrática, plural e igualitaria del siglo XXI.

El Tribunal Constitucional parece haber cerrado el debate en torno a la constitucionalidad de la educación diferenciada con una decisión que se soporta en dos argumentos. En primer lugar, el elemento relevante para determinar cuándo se ha producido una discriminación por razón de sexo en el contexto educativo es el resultado final del proceso formativo, de forma que si los alumnos obtienen el mismo nivel de destrezas, habilidades y conocimientos no cabe hablar de discriminación, con independencia de que estos sean educados exclusivamente con alumnos de su mismo sexo. Y en segundo lugar, una vez establecida la constitucionalidad del modelo de educación diferenciada, no tiene sentido que esta modalidad no pueda ser objeto de concierto, al igual que ocurre con el resto de fórmulas pedagógicas.

La división de los magistrados del Tribunal Constitucional respecto a la constitucionalidad del modelo de educación diferenciada presenta como telón de fondo la determinación de cuál es el alcance y contenido del principio de igualdad en el terreno educativo, para unos la igualdad referida puede reconducirse a que los centros escolares dispongan de los mismos medios y

⁷⁵ Vid. art. 23.

recursos humanos y materiales; mientras que para el sector minoritario de los magistrados el elemento central de este debate es el contexto (mixto o diferenciado) en el que los alumnos son educados.

La posición del Tribunal Constitucional se soporta en una interpretación de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza anclada en los años 60, y que por tanto ignora que desde entonces el sistema educativo y la sociedad española han evolucionado de forma considerable, gracias a la aprobación de legislación conducente a fomentar la igualdad de género y de oportunidades entre mujeres y hombres tanto en nuestro país como en el contexto de la Unión Europea.

Asimismo, la doctrina constitucional no ha tenido en cuenta dos argumentos de especial relevancia. Por una parte, como señalaron algunos de los votos particulares a la STC 31/2018 (Valdes Dal-Ré, Conde-Pumpido y Xiol Ríos), la argumentación del voto mayoritario para justificar la constitucionalidad del modelo de educación diferenciada presenta cierta similitud con el principio “separados pero iguales”, que sirvió durante muchos años para legitimar la discriminación racial en la escuela en algunos Estados estadounidenses; ahora bien, si es evidente que la segregación racial en la escuela sería inconstitucional con independencia de cuáles fueran los fundamentos pedagógicos que justificasen la segregación, por qué no lo es la educación diferenciada por razón de sexo. Y por otra, la educación diferenciada requiere educar a los niños o niñas que habitualmente residen en el mismo vecindario conjuntamente, lo cual supone que indirectamente los demás alumnos deberán escolarizarse con alumnos de su mismo sexo –debido a la escasez de alumnos del sexo opuesto–, con independencia de cuáles sean los deseos de sus padres.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido coherente con la alternancia de modelos educativos descrita, toda vez que la misma se ha limitado a ajustarse al espíritu de la norma objeto de debate, primero en el contexto de la LOE dando la razón a las Comunidades Autónomas que no concedieron o retiraron los conciertos educativos a los centros de educación diferenciada, y posteriormente en el marco de la LOMCE reconociendo el derecho de los centros mencionados a obtener o recuperar conciertos educativos.

El análisis de la jurisprudencia y la doctrina constitucional ilustran en qué medida nuestro modelo constitucional es flexible, dado que, al menos *a priori*, parece que ambas posiciones del legislador (financiar o no a la educación diferenciada) encajan en nuestro modelo constitucional.

Por último, hay que señalar que la alternancia de modelos educativos descrita ilustra la necesidad de alcanzar un pacto de Estado en este terreno, y de que éste sea consensuado por los principales partidos políticos. La incompetencia de los actores políticos para ejercer sus funciones con la responsabilidad debida en el ámbito educativo se traduce en un derroche de recursos económicos y humanos que no podemos permitirnos y, mucho más importante, en la continúa inadaptación del sistema educativo a las necesidades de la sociedad.

OSCAR CELADOR ANGÓN
Universidad Carlos III de Madrid
C/Madrid, 126
Getafe 28903 Madrid
e-mail: oscar.celador@uc3m.es

LA SOLEDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO JURÍDICO DE LA GLOBALIZACIÓN*

THE LONELINESS OF HUMAN RIGHTS IN THE LEGAL FRAMEWORK OF GLOBALIZATION

M^a JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS
Universidad de Zaragoza

*“El derecho por sí mismo no puede nada (...)
Son los hombres los que deciden y los que hacen”*

Étienne Leroy, El juego de las leyes¹

Fecha de recepción: 8-1-19

Fecha de aceptación: 11-6-19

Resumen: Que la globalización, entendida como conjunto de fenómenos interrelacionados, ha ocasionado y sigue ocasionando importantes efectos en el ámbito jurídico parece una afirmación fuera de duda. Menos pacífica y unánime resulta la valoración de tales cambios sobre el Derecho y más específicamente sobre los derechos humanos. La teoría y práctica de los derechos humanos caracterizada por su fundamentación y vocación universalista ha conseguido dotar de coherencia al discurso jurídico-político de parte de la Humanidad. Sin embargo, en los últimos tiempos, la reacción hacia ellos no ha cesado en la medida en que la globalización ha sido percibida por algunas culturas como una expansión de Occidente de la que los derechos humanos forman una parte sustantiva no siempre bien recibida.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación DER 2017-82173-R GLOBALFUENJUR del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientado a los Retos de la sociedad del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

¹ E. LEROY, *Le jeu des lois. Une anthropologie dynamique du Droit*, LGDJ, París, 1999, p. 402. En todas las citas donde no conste el traductor de la obra la traducción ha sido realizada por la autora.

Abstract: That globalization understood as a set of interrelated phenomena has caused and continues to cause important effects in the legal field seems a statement beyond doubt. Less peaceful and unanimous is the assessment of such changes on the law and more specifically on human rights. The theory and practice of human rights characterized by its foundation and universalist vocation have managed to provide coherence to the legal-political discourse on the part of Humanity. However, in recent times, the reaction towards them has not ceased to the extent that globalization has been perceived by some cultures as an expansion of the West of which human rights are a substantive part.

Palabras clave: globalización, derechos humanos, universalidad, nueva racionalidad jurídica

Keywords: globalization, human rights, universality, new legal rationality

1. DERECHOS HUMANOS: CONCEPTO HÉROE O VILLANO: TENTACIÓN HUMANISTA O IMPERIAL

De un tiempo a esta parte todo parece estar en crisis: el Derecho, la democracia, los valores, las ideologías... la propia historia llegó a estar en crisis cuando hace unos años, precipitadamente, se nos anunciaba su final. Por supuesto, los derechos humanos no se libran del diagnóstico. El uso abusivo e inflacionista de la idea de crisis acaba por provocar su insignificancia, insignificancia que minimiza la importancia de los sistemas de explicaciones e ideas que, sin embargo, siguen siendo tan precisos como siempre.

En ese contexto no es raro leer o escuchar que nos encontramos en una encrucijada, la originada por los exigentes dilemas de la globalización, siendo globalización la denominación de la etapa contemporánea de la Modernidad o Transmodernidad en la nomenclatura de Étienne Leroy. Para este autor la incidencia de la mundialización obligaría a "reinterpretar las herencias de la Modernidad" por tratarse de una etapa donde la alteridad y la complejidad creciente se asocian.²

Casi tan a menudo como el término crisis acabamos por invocar el de complejidad, por un lado porque explica parte de nuestra realidad jurídica y social pero por otro porque también ayuda a difuminar las causas y responsabilidades a la hora de hallar aclaraciones y respuestas a los problemas que plantea. Pero ¿qué quiere decir y qué supone que una sociedad sea compleja?

² Ibidem, p. 12.

He aquí los seis notas propuestas por Leroy al respecto, notas que habrán de ser tenidas en cuenta como premisas a la hora de desenvolvemos en una sociedad compleja, así y como inicio ha de tenerse en cuenta que habitualmente

- “la complejidad solo se comprende a posteriori”;
- “la complejidad nos sitúa entre ciencia, clarividencia e intuición”;
- “complejidad implica incertidumbre e inestabilidad”
- para su comprensión es preciso “reintroducir una epistemología de la opacidad”, “toda complejidad supone una interculturalidad”
- y, finalmente, “complejidad no es uniformidad.”³

En cualquier caso, a nuestro juicio, junto a la necesidad de reinterpretación de determinadas nociones, se impone la de la reflexión, reflexión sobre la eventualidad de ciertas rupturas e imposturas del presente jurídico. En ese sentido, las palabras según las cuales

“nuestra época produce la impresión de una situación interina pues las antiguas concepciones del mundo, las viejas culturas subsisten aún en parte, mientras que las nuevas no se han consolidado todavía mediante el hábito careciendo, pues, de unidad y de coherencia. Parece que todo vuelva al caos (...) nos tambaleamos”,

podrían ser pronunciadas hoy por primera vez y, sin embargo, fueron ya publicadas en 1878⁴ y nos conducen, al menos, a dos conclusiones, una: que la sensación de vivir momentos de cambio especialmente dificultosos y complejos es más frecuente de lo que en primera instancia pudiera parecer aunque ciertamente se aceleraran con la llegada de la Modernidad. Y dos que, a resultas de ello, habría que ir pensando que asumir los cambios, aun con la interinidad e incertidumbre que ello pueda acarrear, forma necesariamente parte tanto de la praxis como de la teoría jurídica.

Sin necesidad de adentrarnos en el profuso⁵ debate sobre el concepto de globalización no parece aventurado afirmar que precisamente a resultas de su propagación el debate sobre la universalidad, aunque en realidad nunca cesó, es hoy más activo y polémico que nunca.

Dos serían los principales factores, según Lochak, que obligan a repensar el universalismo: la radicalización de las reivindicaciones identitarias y

³ Al respecto cfr. Ibidem, pp. 381, 385-388, 390 y 391.

⁴ N. NIETZSCHE, *Humano, demasiado humano. Un libro para espíritus libres*, tr. E. Fernández González y E. López Castellón, M.E. Editores, Madrid 1993, parágrafo 248, p. 178.

⁵ Al respecto véase, por ejemplo, M^a J. GONZÁLEZ ORDOVÁS, *Esbozo de una teoría imperfecta del Derecho. Reflexiones sobre la cultura jurídica de la globalización*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 141 y ss.

la toma de conciencia sobre la diversidad de las culturas que ve la universalidad como una forma de imperialismo de Occidente.⁶ Un Occidente, a decir verdad, tentado históricamente por la idea de universalidad en la medida en que los recursos técnicos, culturales, económicos y militares se lo permitieron y que hoy le permitirían enteramente. Y tentado no por una universalidad “débil” sino “fuerte”, por seguir la tipología establecida por François Jullien.⁷ Esto es, no por un juicio de hecho o la constatación empírica de que algo existe y se repite en todos los lugares de manera idéntica sino una universalidad “estricta y rigurosa” fundada sobre la pretensión de que algo debe suceder necesariamente de una determinada forma y sin excepciones posibles. Dicho de otro modo, una universalidad entendida como un juicio de derecho que se construye a partir de finales del siglo XVIII en torno a la idea de los “ilustrados” derechos del hombre. Universalidad pues que no es generalidad puesto que lo universal, lo común y general no serían sinónimos ya que, como abunda Citot, “universal es lo que nos unifica y nos lleva hacia uno (...) lo universal es de derecho (de iure) y no de hecho (de facto).”⁸ Una idea que gesta a través del derecho una alianza y una identificación secular entre Occidente-Universalización-Derechos humanos.

Tal identificación entre derechos humanos y cultura occidental no siempre ha sido una ayuda para la difusión de éstos, antes bien, en ellos se ha concentrado buena parte de los argumentos y energía desplegados en lo que autores como Ian Buruma o Avishai Margalit han denominado “occidentalismo o sentimiento antioccidental.”⁹ En muchos lugares los derechos humanos encarnan los valores de una cultura criticada, rechazada y respecto a la que tampoco faltan quienes combaten abiertamente.¹⁰ En opinión de ambos pensadores “la mentalidad occidental, a ojos de los occidentalistas, es una mentalidad truncada (...) su aspiración a la racionalidad es una verdad a medias, y es la mitad que menos cuenta. Si mediante racionalidad nos referimos

⁶ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, P.U.F., París, 2010, p. 27.

⁷ F. JULLIEN, *De l'universel de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, Fayard, París, 2008, pp. 17-21.

⁸ V. CITOT, “L'idée d'humanité, par-delà l'universalisme métaphisique et le relativisme nihiliste”, *Le Philosophoire*, núm. 31, 2009, pp. 91-93. La influencia de Jullien sobre Citot es clara.

⁹ I. BURUMA, I y A. MARGALIT, *Occidentalismo. Breve historia del sentimiento antioccidental*, tr. M. Martínez-Lage, Península, Barcelona, 2005, pp. 20 y 21.

¹⁰ “Existen, por supuesto, razones perfectamente válidas para ser críticos con muchos de los elementos que integran ese caldo venenoso que llamamos occidentalismo (...) El colonialismo occidental tiene que responder de muchas atrocidades”, *Ibidem*.

a la razón instrumental, al adaptar los medios a los fines, Occidente dispone de muchos medios, pero de muy pocos fines. Según esta óptica el hombre occidental es un metomentodo hiperactivo, que en todo momento halla el medio adecuado para la finalidad errónea.”¹¹

Sea como fuere lo cierto es que antes de que Kant completase una ruptura con el pluralismo moral, iniciada ya por los filósofos ilustrados con su empeño de construir el universalismo, en Europa había habido una larga tradición pluralista como lo demuestra la presencia e importancia de las escuelas aristotélica o epicúrea entre otras. Tradición que habría entrado en tensión con la idea de universalidad abstracta, general e impersonal que la Revolución Francesa imprimió a todo su legado, incluido por supuesto el jurídico y muy especialmente a la construcción de los derechos del hombre. Una tradición “ciega a las diferencias”¹² que encumbra y sistematiza una forma de organización y dominio con una inequívoca vocación de expansión.

Por su parte Kant, en tanto que filósofo de la Ilustración toma su testigo y de forma implacable define y cumple con perseverancia su empresa: la creación de una filosofía moral, racional, formal y por tanto universal despojada de toda huella humana particular que pueda desviarle de su necesaria proyección universal. Porque ella, su

“metafísica de las costumbres, totalmente aislada y sin mezcla alguna de antropología, ni de teología, ni de física o hiperfísica (...) no es solo indispensable sustrato de todo conocimiento teórico, sino al mismo tiempo un desideratum de la mayor importancia para la verdadera realización de sus preceptos (...) Todos los conceptos morales tienen su asiento y su origen, completamente a priori, en la razón, y ello en la razón humana más vulgar como en la más altamente especulativa.”¹³

Con y desde la filosofía kantiana solo hay lugar para el hombre occidental, para su moral y sus valores que, convertidos en derechos humanos con la lógica y sistemática de la razón jurídica, acompañan desde entonces, con todas las contradicciones que la Historia muestra, al hombre occidental que jurista, político o filósofo llega con ellos donde el misionero cristiano no consiguió llegar o triunfar. Ese relevo de la fe a la razón sigue sin ser admitido

¹¹ Ibidem, p. 82.

¹² D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, cit., p. 11.

¹³ I. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 3ª ed., tr. M. García Morente, Espasa-Calpe, Madrid, 1967, pp. 56 y 57.

ni perdonado por buena parte de los que quedan fuera de Occidente y de algunos que, desde dentro, claman por la necesidad de apertura y cambios. Se trata de un relevo pero no de una *tabula rasa* pues el laicismo resultante no puede desprenderse de los orígenes a los que responde guardando una especial vinculación con la Segunda Escolástica y una dependencia teórica con las teorías del Derecho natural cuya supremacía se sigue proyectando de ese “inesperado” modo.¹⁴ Y si bien es verdad que se observa un desplazamiento del fundamento de universalidad, del Derecho natural de la Declaración de 1789 a la dignidad humana en la de 1948, a día de hoy sigue siendo una universalidad contestada.

Tan es así que el traído y llevado “choque de civilizaciones” a que se refería Samuel Huntington¹⁵ se manifestaría a través de la aceptación o repulsa de los derechos humanos: concepto héroe o villano según se identifique con un afán humanista o una tentación imperialista. Cumbre del pensamiento jurídico occidental o fundamentalismo occidental, he ahí el dilema, en la perspectiva. Si nos servimos de la antropología jurídica observaremos cómo a lo largo de la historia la interpretación fundamentalista ha adoptado tres rostros diferentes el Mesianismo, el Comunitarismo y el Cientificismo.¹⁶

Cada uno de ellos encerró los derechos en la cárcel de la letra bajo un ideario diferente y con el fin de adaptarlos a su particular propósito dando por absurda cualquier concepción o interpretación que no fuera la suya. Monismo fundamentalista al fin que, contribuyó, y hasta justifico, su rechazo. El Mesianismo por “tratar los derechos del hombre como un nuevo decá-

¹⁴ Es obligado matizar que “en el periodo de entreguerras y de nuevo después de 1945 las doctrinas iusnaturalistas han conocido un cierto auge (...) Pero el iusnaturalismo del s^o XX se sitúa en ruptura más que en continuidad en relación a los temas antiguos. Primero porque las teorías clásicas del Derecho Natural tenían en común la creencia en el progreso (...) y segundo porque la idea de las reglas válidas y absolutamente no se sostiene con la misma convicción. Para unos porque el Derecho natural se limita a aportar un pequeño número de principios generales inmutables que conviene adaptar a las necesidades de diferentes sociedades (...) Para otros porque avanzan la noción de Derecho natural de contenido variable (...) Vendrían a bautizar como Derecho natural los valores inherentes al orden social existente”, D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, cit., p. 50.

¹⁵ Hoy ya convertido en un clásico *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Simon & Schuster, Nueva York, 1996. Hay traducción en castellano: *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, tr. J.P. Tosaus, Paidós, Barcelona, 2003.

¹⁶ A. SUPLOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Éditions du Seuil, París, 2005, pp. 284 y 285.

logo, un texto 'revelado' por las sociedades desarrolladas a las sociedades en vías de desarrollo."¹⁷ El Comunitarismo por considerar que "los derechos del hombre son un decálogo revelado a Occidente y solo a él y que la libertad, la igualdad o la democracia no pueden tener sentido en otras civilizaciones." Es también fundamentalismo porque "trata a esos corpus como estructuras inmutables no susceptibles de evolucionar gracias a la interpretación."¹⁸ Y el Cientificismo es fundamentalismo en fin porque somete la interpretación de los derechos del hombre a lo que tiene por "leyes verdaderas del comportamiento humano que nos serían reveladas por una ciencia convertida en fetiche" Tan es así que el cientificismo se ha hecho endémico "en las ciencias cuyas bases teóricas son menos seguras", piénsese en la biología y la economía.¹⁹ Ésta última, por ejemplo, presenta argumentos para excluir a los derechos sociales de la esfera jurídica en general y de los derechos humanos en particular. Fundamentalismos distintos pero en los que destila la misma idea, tiempo atrás reflejada por Comte, según la cual "la Humanidad sustituye definitivamente a Dios,"²⁰ una religión laica que reemplaza a la anterior con parecida convicción y defensa de unos dogmas materialmente cercanos a los anteriores. Una cercanía dogmática que les supone y canjea diferentes contestaciones que ni siempre, ni necesariamente se presentan de forma aislada:²¹

- Contestación política: soberanista
- Contestación pluralista: "diferencialista"
- Contestación religiosa: islámica
- Contestación económica: asiática

La primera, la crítica soberanista porque el principio de soberanía del Estado es necesariamente superior y prevalente sobre el principio de universalidad de los derechos del hombre. Por su parte, la contestación diferencialista defiende que cada pueblo tiene derecho a afirmar y proteger su especificidad cultural. Desde este punto de vista la pretendida universalidad de los derechos es muestra de un etnocentrismo occidental, una variante ac-

¹⁷ A. SUPLOT, *Ibidem*, p. 286.

¹⁸ A. SUPLOT, *Ibidem*, p. 289.

¹⁹ A. SUPLOT, *Ibidem*, pp. 291 y 294.

²⁰ A. COMTE, *Catéchisme positiviste*, Garnier-Flammarion, París, 1966, p. 299.

²¹ Se toma como referencia la clasificación propuesta por Lochak en este punto pero tratando de completarla y actualizarla. Al respecto cfr. *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *cit.*, pp. 181-182.

tualizada del colonialismo de antaño. La tercera, la religiosa es, tal vez, la contestación más sistemática y poderosa. Se trata de la respuesta articulada, fundamentalmente, por los países islámicos hecha explícita en el apartado 169 del Comunicado Final de la XI Cumbre de la Conferencia islámica celebrada en Dakar en 2008 y en virtud de la cual,

“la Conferencia reiterando el lugar preeminente que ocupa el hombre en el Islam en tanto que representante de Dios en la tierra y partiendo de la importancia capital que asigna el pensamiento islámico a la promoción de los derechos humanos y expresando su viva preocupación respecto a las tentativas de utilizar la cuestión de los derechos humanos para desacreditar los principios y reglas de la ley islámica e inmiscuirse en los asuntos internos de los Estados islámicos, insiste en el hecho de que los derechos humanos deben ser tratados sobre una base objetiva e indivisible sin ninguna selección ni discriminación. Igualmente la Conferencia reitera el derecho de los Estados a suscribir sus especificidades religiosas, sociales y culturales y apela a no utilizar la universalidad de los derechos humanos como pretexto para inmiscuirse en los asuntos internos de los Estados menoscabando su soberanía nacional. La Conferencia ha aprobado además el derecho de cada Estado a emitir reservas respecto a los instrumentos internacionales de los derechos del hombre en el marco de sus derechos soberanos e invita a los Estados miembros a mantener activa su coordinación y colaboración en el campo de los derechos humanos para hacer frente a toda iniciativa tendente a utilizar los derechos del hombre como medio de presión política sobre todo estado miembro.”²²

Y, finalmente, la contestación asiática, esto es, la respuesta de los países de Asia oriental y el sudeste asiático quienes, aun sin rechazar de manera explícita el discurso de los derechos humanos solo le confieren un papel subalterno pues abiertamente le anteponen su desarrollo económico. Priorización calificada por Lochak como “coartada” que, en esos regímenes escasamente democráticos o sencillamente antidemocráticos, contribuye a “legitimar la existencia de gobiernos autoritarios.”²³ En concreto es en el sudeste y en nordeste asiático donde más resistencias se aprecian respecto a las estructuras jurídico-políticas occidentales: “en países como Singapur, Malasia y China, el antagonismo de los *Asian values* frente a los valores occidentales ha adquirido un vigor y un prestigio particulares²⁴. Además, y con anterioridad a eso,

²² Comunicado Final XI Cumbre Conferencia Islámica Dakar, 13-14 marzo 2008, Punto 169, p. 41. OIC/SUM-1/2008/FC-FINAL, www.au-Senegal.com (visitado 19-8-2018)

²³ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, cit., p. 182.

²⁴ Al respecto cfr, por ejemplo, las afamadas obras del autor malayo M. MAHATHIR, *The Asia that Can Say No*; del japonés S. ISHIHARA, *The Japan that Can Say No*, Touchstone

algunos autores ya habían subrayado que la idea de derecho subjetivo les era por completo ajena, baste con tener en cuenta que “los primeros traductores chinos de obras políticas y jurídicas aparecidas en Asia en la segunda mitad del siglo XIX tuvieron que inventar un nuevo vocablo, *chuan-li* (poder-interés) para intentar una traducción conceptual de alguna manera sensata.”²⁵ Observamos pues que los factores que a lo largo del tiempo han propiciado ese desprecio por los derechos humanos son tanto formales como materiales: la ausencia de la idea de derecho individual junto a lo que es percibido por ellos como un individualismo disgregante o el desafío que constituye toda controversia judicial quedan en las antípodas de la filosofía confuciana pilar básico de su antropología y cultura jurídica.

Y si bien es cierto que la globalización contribuye a la persistente filtración de conceptos, procesos y valores occidentales, y muy especialmente los provenientes del *common law*, no lo es menos que, paralelamente, se observa la corriente inversa:

*“esa cultura jurídica profundamente antiindividualista y antiformalista se está reforzando (...) en una amplia área de países asiáticos comprometidos en rescatar su propia identidad política (...) un discurso convergente, aunque en términos muy diferenciados, podría hacerse con respecto a una gran parte del mundo islámico y las culturas autóctonas africanas y americanas. Desde esa perspectiva Occidente es percibido como el lugar en el cual los valores comunitarios decaen bajo el impulso de un individualismo desenfrenado y una concepción política que impone al Estado el reconocimiento de un número creciente de derechos individuales, a los que no corresponde ninguna obligación ni deber de solidaridad.”*²⁶

confluencia que termina por provocar disfunciones jurídicas y sociales no menores. Opinión de Danilo Zolo plenamente coincidente con la de Jacques Commaille para quien sería la “percepción extremadamente negativa sobre Occidente” derivada de la convicción predominante en ciertos países en virtud de la cual, “en su génesis, los derechos del hombre serían portadores de una voluntad civilizatoria” la cual, sumada a la ostentosa certidumbre occidental de la superioridad de sus valores y virtudes²⁷, habría llevado a otras

Books, 1992; y de los chinos SONG QIANG, ZHANG XIAOBO, QIAO BIAN, TANG ZHENGYU Y GU QINGSHENG, *The China that Can Say No*, China, 1996, Publicaciones de la Federación China de Círculos Literarios y de Arte.

²⁵ D. ZOLO, *La justicia de los vengadores. De Nuremberg a Bagdad*, trs. E. Bossi y P. Eiroa, Trotta, Madrid, 2007, p. 100.

²⁶ Ibidem, p. 101.

²⁷ J. COMMAILLE, *À quoi nos sert le Droit?*, Gallimard, París, 2015, pp. 191 y 193.

culturas a desconfiar de toda pretensión de universalismo inherente a los derechos humanos y que, en buena medida, explicaría su rechazo.

2. DE LA SOLEDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por los motivos recién citados y por algunos otros que a continuación se reseñarán parece justificado hablar de la “soledad” de los derechos humanos en el marco jurídico de la globalización.

1. Soledad de los derechos humanos porque ¿acaso puede seguir como hasta ahora la teoría de los derechos humanos sin que pervivan los modelos sobre los que se construyó y en ese sentido “solos”, desprovistos del marco conceptual sobre el que se cimentaron o en medio de un marco erosionado? Parafraseando lo que en el ámbito de la Física se denomina “fatiga de los materiales”, quizás debiera pensarse en cierta fatiga a causa de la falta de concordancia entre la estructura teórica de los derechos humanos y el medio en que actualmente tratan de desplegar su eficacia: fatiga de los materiales con que se construyó la teoría de los derechos humanos superada hoy por la envergadura de las transformaciones socio-jurídicas.
2. Soledad de los derechos humanos fruto de una forma de entender y crear el Derecho distinta y distante de la contractualización, rasgo comúnmente admitido hoy como propio de la cultura jurídica de la globalización. La convivencia de dos modelos jurídicos tan divergentes provoca una cierta esquizofrenia en el seno del Derecho pues siendo la negociación un rasgo clave para entender el presente está a la vez en las antípodas de la idea y cultura de Derecho predominante en el momento de la configuración de los derechos humanos.
3. Soledad de los derechos humanos desbordados por cierta forma de pensamiento posmoderno en virtud de la cual todo deseo parece ser fundamento suficiente para convertirse en derecho subjetivo. En una atmósfera de producción y consumo incesante los deseos son tácita y estratégicamente ofertados como derechos de modo que, al menos en apariencia, prácticamente todo podría acabar siendo percibido como un derecho. Visión de sobreabundancia estimulada en medio de una dinámica generalizada de satisfacción que acabaría propiciando también en este punto una cierta esquizofrenia. Y es que tal exceso de deconstrucción de los derechos humanos propio de la Postmodernidad,

conviviría en el mismo ámbito territorial o en otro diferente, con una ausencia casi total de eficacia jurídica respecto a algunos derechos humanos configurados como respuesta jurídica a ciertas necesidades humanas básicas. Deconstrucción y fragmentación de derechos que, si es desproporcionada, puede contribuir a una atomización debilitadora y, por tanto a la irrelevancia y declive de tales derechos.

4. Soledad por cuanto respecto a la defensa, garantía y eficacia de los derechos humanos en la escena internacional pues, si bien es verdad que el Derecho internacional de los derechos del hombre ha conocido una importante evolución como lo demuestra la creación del Tribunal Europeo de los derechos humanos, la Corte Interamericana de los derechos del hombre y la Corte Africana de los derechos del hombre y de los pueblos, dicha protección internacional adolece de dos grandes lagunas y una dificultad compartida:
 - la primera laguna se refiere a que el sistema de protección internacional está centrado en los Estados quienes siguen siendo soberanos para someterse o no a las competencias contenciosas de dichos Tribunales;
 - la segunda se centra en otros actores, esta vez del Derecho transnacional, “los actores no estatales transnacionales identificados a menudo como los detentadores del poder en la era global, básicamente las empresas transnacionales (ETN), disfrutan en Derecho internacional de una impunidad de primer nivel. Dichas empresas no pueden, en ningún caso, ser inquietadas por la justicia penal internacional que solo juzga y persigue a personas físicas.”²⁸ Sin embargo, por contra, sí pueden reivindicar la protección, por ejemplo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos personándose como víctimas de la violación de sus derechos por parte de los Estados integrantes del mismo. “Ningún mecanismo permite hoy cuestionar su responsabilidad internacional respecto a las violaciones de los derechos del hombre de las que pudieran ser autores o cómplices. Problema especialmente presente en lo que concierne a las violaciones de los derechos del hombre cometidos por empre-

²⁸ L- HENNEBEL, “Les droits de l’homme dans les théories du droit global” en J.-Y. CHÉROT y L. HENNEBEL (dirs.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, Bruselas, 2012, p. 152.

sas transnacionales (ETN) en los territorios de Estados débiles o autoritarios”²⁹;

- afectadas tanto en su estructura interna como en su eficacia por las nuevas fuentes del Derecho y los nuevos rasgos de la cultura jurídica que llevan aparejados.
5. Soledad en fin de los derechos humanos piezas sueltas de otro puzle donde el afán universalizador era motor y destino de la razón jurídica y por ello de las acciones y legislaciones resultantes de la misma. Un Universalismo que hoy se ve directamente afectado e interpelado por: el pluralismo jurídico; la negociación, la contractualización, los particularismos, los colectivismos y la fragmentación. Y no solo por el pluralismo de las fuentes o el de los sujetos creadores de derecho, el pluralismo alcanza incluso al propio entendimiento de lo universal. Concepto del que varios autores se han encargado de deslindar el de globalización pues a este seguiría un impulso económico y financiero de fin o debilitamiento de fronteras mientras que lo que mueve al primero es una aspiración a veces entusiasta por crear un deber ser cuyo eje no estaba constituido por el crecimiento económico sino por la convicción ética de una moral humana universal y única para todos. Soledad de los derechos humanos cuando esa pretensión más prescriptiva que descriptiva viene siendo puesta en tela de juicio por:
- La insuficiente eficacia de los mismos a veces debido a los propios problemas y dificultades resultantes de la globalización económica a la que algunos sociólogos y economistas achacan la responsabilidad del aumento y profundidad del abismo que separa pobreza y riqueza.
 - La existencia de otras corrientes de pensamiento que, o bien niegan la posibilidad de tal moral universal o creen que, de haberla, no ha de ser la occidental resultante de la suma de las influencias del pensamiento griego, la cultura cristiana y la filosofía ius-racionalista europea y cuyo corolario jurídico sería la Declaración Universal de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.³⁰

²⁹ Ibidem, pp. 153 y 154. Tal vez en un plazo de tiempo no demasiado largo la situación en ese ámbito conozca cambios importantes pues el pasado 15 de octubre comenzó en Ginebra la cuarta sesión del grupo de trabajo del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas encargado de desarrollar un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos, un instrumento necesario para medir la responsabilidad de aquellas transnacionales que vulneren derechos fundamentales.

³⁰ De la que ha de citarse como antecedente directo la Declaración de Derechos de Virginia de 1776.

2.1. En el límite de la paradoja, la eficacia

Tales formas de “soledad” condicionantes del desenvolvimiento de los derechos humanos tienen lugar en el marco de una vieja paradoja amplificada hoy por efecto de la globalización. Paradoja que actúa sobre la teoría y la praxis de los derechos humanos como castigo y refuerzo a un tiempo y que no es otra que la del ambivalente papel y efecto tanto del Estado como del Derecho internacional sobre los mismos. No hay discusión sobre el hecho de que el Derecho de los derechos humanos todavía reposa y descansa sobre el paradigma estatal que, a su vez, funda el Derecho internacional. Ludovic Hennebel subraya las repercusiones de las complejas interacciones entre ambos sobre los derechos humanos. Por un lado nos hallamos ante el derecho internacional construido por entero en función de los intereses de los Estados, no obstante lo cual, la rama del Derecho internacional que se ocupa especialmente de los derechos humanos trata de poner al individuo y no al Estado en el corazón del paradigma. A su vez ese Derecho internacional proyecta sobre los derechos humanos todas las limitaciones sobre las que ha sido construido y que giran alrededor de la soberanía estatal de cuyo reconocimiento sigue dependiendo. Por otro lado, y aun a pesar de tales limitaciones en muchos aspectos y sentidos, el Derecho internacional de los derechos humanos está consiguiendo imprimir su impronta sobre el derecho de los Estados como lo pone de manifiesto el hecho de que “los tratados de protección de los derechos del hombre han conocido una verdadera inflación, acompañada por la multiplicación, tanto a nivel universal como regional, de mecanismos de vigilancia y control de los órganos de supervisión cuasi-jurisdiccionales o jurisdiccionales.”³¹

En ese sentido, podría afirmarse que el proyecto de los derechos humanos “triunfa”, sin embargo, tal “éxito”, real a veces aparente otras, va acompañado de las citadas soledades que el emergente orden mundial pone sobre el tablero y a las que la configuración jurídico-política actual no puede responder, debilidades al fin que afectan a la universalidad, eficacia y por tanto legitimidad de los derechos humanos. En todo caso y sea como fuere tal paradoja no es “excusa” ni reparo para la vida del Derecho sabido que la materia prima de nuestra antropología jurídica son, precisamente, las paradojas.³²

³¹ L. HENNEBEL, “Les droits de l’homme dans les théories du droit global”, cit., p. 142.

³² E. LEROY, *Le jeu des lois. Une anthropologie dynamique du Droit*, cit, p. 15.

2.2. Pero... no solo de eficacia vive el hombre

Y aún así no solo de eficacia vive el hombre pues, sin perjuicio de todo lo anterior, conocida la importancia y legitimidad que la eficacia es capaz de aportar es preciso seguir buscando el equilibrio entre los fundamentos y los resultados ya que sin los unos no existen los otros. Y es que no debe olvidarse que, si bien es verdad que sin la procura de un mínimo de eficacia los derechos humanos se convertirían en conceptos sonámbulos circulando de discurso en discurso sin más aporte que el de la retórica, en caso de que la preocupación por el Derecho pivote de un extremo a otro y finalmente solo recaiga en su eficacia, como parece suceder en el caso de algunos ius-pragmatistas del *common law*, la necesaria tensión entre el origen y la finalidad se rompería y la concepción jurídica se vería modificada al alterarse las condiciones de empleo de su técnica.³³ Siendo cierto que el enfoque de la eficacia, la eficiencia y la efectividad se hace preciso tanto desde el punto de vista teórico como práctico “¿sería razonable un mundo jurídico enteramente entregado al primado de la praxis?, ¿puede el Derecho avanzar sin ser guiado por ciertos ideales y especialmente el de justicia?”³⁴ Probablemente el “laberinto de las palabras”³⁵ y “el opio de los resultados”³⁶ sean los dos polos entre los que el Derecho, su teoría y práctica, ha de saber sostenerse sin naufragar, evitando caer en el pragmatismo radical al que parecen abocadas ciertas concepciones jurídicas emergentes.

3. SOBRE EL PRINCIPIO DE REALIDAD Y LA NECESIDAD DE REVISITAR EL CONCEPTO DE UNIVERSALIDAD

“Deberíamos poder comprender que las cosas son sin esperanza y sin embargo estar decididos a cambiarlas”,

F. Scott Fitzgerald, *The crack-up*

Como viene quedando patente, pensar el Derecho en clave de derechos humanos es pensar la sociedad en clave de valores y lo cierto es que no hay alternativa a ello, en ese sentido, no se trata de una opción sino de una confirmación pues “cada instante de nuestra vida se orienta según algún sistema

³³ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, París, 2017, p. 175.

³⁴ B. BARRAUD, *Le pragmatisme juridique*, l'Harmattan, París, 2017, p. 291.

³⁵ C. TIERCELIN, *C.S. Peirce et le pragmatisme*, P.U.F., París, 1993, p. 9.

³⁶ S. GOYARD-FABRE, *Re-penser la pensée du droit*, Vrin, París, 2007, p. 101.

de valores (...) porque la vida humana no puede no estar orientada.”³⁷ El Derecho traslada a la lógica de la prescripción jurídica lo que en origen corresponde a la de la ética, lo cual supone abordar el espinoso tema de valores tan jurídicos como éticos y viceversa asunto que nos conduce directamente al pantanoso terreno de las creencias, de su sistematización e institucionalización. De forma concisa y precisa Alain Supiot nos pone ante el interrogante principal alrededor del cual gira en el fondo toda la cuestión sobre la posible y/o deseable universalidad de los derechos humanos. La pregunta es “¿existen valores universales reconocidos susceptibles de proporcionar una base institucional a la globalización (...) o los sistemas dogmáticos son impermeables y solo pueden ignorarse o enfrentarse entre sí?”³⁸ No es ciertamente una interrogación amable pues tampoco lo son las conclusiones a que puede conducir pero sí es una interrogación pertinente puesto que obliga a plantear el asunto en sus más sinceros términos de posibilidad y eficacia.

3.1. Ni el Derecho es solo Derecho ni el Derecho está solo

A tenor de lo visto y la relevancia de los valores, bien podría decirse que el Derecho es más que Derecho. Y no es trabalenguas ni juego de palabras sino que, como la antropología estructuralista subraya, “el Derecho positivo es una pantalla donde se proyectan creencias pero que, a su vez, enmascara la estructura profunda de la sociedad.”³⁹ Esto es, el Derecho positivo es solo la punta del iceberg, valores, tensiones, historia, aspiraciones, victorias y derrotas apenas son apreciables contemplando solo la superficie y, sin embargo, han de ser re-conocidas pues de lo que en el fondo se trata es de revisitarse el papel y concepto Derecho. Concepto que fue por completo estado-céntrico⁴⁰ durante mucho tiempo pero que hoy solo puede dar razón de una parte en un conjunto global.

Cuando nos re-planteamos qué cosa sea o pueda ser la universalidad en el marco de la globalización lo que en el fondo hacemos es sondear qué es en realidad el Derecho y qué podemos esperar de él en un contexto donde la creciente importancia de la escala global y la relativización de la es-

³⁷ S. WEIL, “Quelques réflexions autor de la notion de valeur” en *Oeuvres*, Gallimard, París, 1999, p. 121.

³⁸ A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, cit., pp. 275 y 276.

³⁹ A. SUPIOT, *Ibidem*, p. 125.

⁴⁰ J.-Y. CHÉROT, “Concept de droit et globalisation” en J.-Y. CHÉROT y L. HENNEBEL (dirs.), *La science du Droit dans la globalisation*, Bruylant, Bruselas, 2012, p. 3.

tatal contribuyen a que la realidad, la representación del Derecho y hasta su naturaleza hayan cambiado. Cambios que, a su paso, han trastocado las de por sí peliagudas relaciones entre Derecho y Moral; Derecho y Justicia y Derecho y Autoridad, de ahí la innegable importancia de todo el cuestionamiento. Importancia y dificultad pues, si por un lado afirmamos que el Derecho no es solo Derecho, por otro, reiteramos con Carbonnier que “el Derecho no está solo”, siempre junto al Derecho, acompañándole, encontramos el No-Derecho:

“las reglas no jurídicas están ahí, a lo largo del Derecho se interpreta su espesor por comparación con el Derecho, intentamos definir por dónde se separan del Derecho (lo que supone la búsqueda del criterio huido de la juridicidad (...)) lo esencial en la hipótesis del No-Derecho es el movimiento del Derecho al No-Derecho, el abandono por el Derecho de un terreno que ocupaba o que le competía. Desde un planteamiento muy sociológico dispersando el No-Derecho abstracto en una multitud de fenómenos, diremos que el No-derecho son los mecanismos por los cuales el Derecho se retira.”⁴¹

Mecanismos y resultados de conocimiento obligado como paso previo al estudio de la eficacia del Derecho: saber primero dónde comienza para analizar después cuál es su nivel de eficacia.

Así, enredados en un laberinto moral y jurídico y con más medios que fines se hace preciso re-visitarse y re-construir una nueva universalidad liberada de resentimientos históricos. Sin embargo, nada de ello podrá hacerse sin “reabrir el debate sobre la definición de la realidad” debate que entronca directamente con la verdadera soberanía pues soberano no es hoy sino quien hace valer una hermenéutica de lo real. Desde Hobbes, por no remontarnos más allá y por ser su teorización clara y brillante, la realidad se ha venido interpretando como el retorno a la violencia. Para Hobbes y sus seguidores realidad y guerra vendrían a ser casi sinónimos o sinónimos con periodos, no demasiado largos, de paz intercalada.

La indudable hostilidad hacia el manifiesto universalismo de los derechos humanos no solo proviene o ha provenido de fuera,⁴² cuenta también con enemigos dentro. Reconocidos pensadores occidentales han explicitado su rechazo, Deleuze y Guattari, por ejemplo: “es necesaria mucha inocencia o mucha pillería por parte de una filosofía de la comunicación que pretende restaurar la

⁴¹ J. CARBONNIER, *Flexible Droit. Pour une sociologie du Droit sans rigueur*, 8^a ed., LGDJ, París, 1995, p. 25.

⁴² Al respecto *cfr.* nota 27.

sociedad de amigos o incluso de sabios formando una opinión universal como ‘consenso’ capaz de ‘moralizar’ las naciones, los Estados y el mundo”⁴³.

El punto de inflexión, o cuando menos el nuevo punto de partida, probablemente sea el indicado por Natalino Irti: “la comunidad capaz de reunir el Derecho en coherencia y unidad ya no existe o quizás solo sobrevive en algunas regiones del mundo (...) El mercado global despojando al hombre de toda identidad y reduciéndolo a la función de producción y cambio no genera ninguna comunidad. Los actores del mundo no están juntos sino uno ante o contra el otro. Solo tienen en común el mecanismo de la transmisión.”⁴⁴

Visto así y desde ahí parece coherente con la realidad entender cada vez más los derechos humanos como parte y producto de una trama de perspectivas asumiendo que, siendo a la vez proceso y resultado, ideales y estrategia se complica notablemente todo intento de análisis exclusivamente científico de los mismos. Son varios los interrogantes que suscita su especialísima condición y situación:

- ¿pueden mantenerse los derechos humanos en un mundo sin comunidad de valores ni expectativas de que exista?, ¿hasta cuándo?, ¿para quiénes?, ¿en qué medida?
- ¿cómo influye en todo ello el progresivo afianzamiento de un Derecho asistemático?, ¿y el de una doctrina sin posibilidad de método espoleada por la velocidad y profundidad de los cambios?
- y, por tanto, ¿puede aspirarse con visos de eficacia a que los derechos humanos cumplan la misión meta-jurídica que les es asignada insertos en la cultura jurídica actual del “nanoderecho” donde una normativa en miniatura busca la precisión microscópica de la ciencia aun a coste de alejarse de las aspiraciones éticas?⁴⁵

La idea de comunidad que se afirma a través de los valores y que a su vez sustenta la noción de derechos humanos se identificó originariamente y durante mucho tiempo con la comunidad universal. Históricamente los derechos humanos fueron pensados, redactados y proyectados con vocación universal, o lo que es igual con intención de incluir a todo individuo sin atención a ninguna de sus condiciones y circunstancias personales.⁴⁶ Un derecho

⁴³ G. DELEUZE y F. GUATTARI, *Qu'est-ce que la philosophie?*, Minuit, París, 1991, p. 101.

⁴⁴ N. IRTI, *Le nihilisme juridique*, Dalloz, París, 2017, pp. 69 y 70.

⁴⁵ M^a J. GONZÁLEZ ORDOVÁS, *Esbozo de una teoría imperfecta del Derecho. Reflexiones sobre la cultura jurídica de la globalización*, cit., p. 159.

⁴⁶ Por supuesto se hace mención a su discurso teórico pues es de sobra sabido que ni mujeres ni personas de raza no blanca entraban en la consideración del Derecho de los ilustrados o revolucionarios.

universal para un sujeto universal con la convicción de que la ausencia de consideraciones y matices antropológicos sería fundamental en la construcción de una ética universalizable capaz de ser recogida y gestionada “desde” y “en” un Derecho universal encarnado en los derechos humanos.

Sin embargo, hoy sabemos que el concepto de comunidad no alcanza las dimensiones deseadas y que, en consecuencia, no hay comunidad en singular sino que a una pluralidad de comunidades corresponde una pluralidad de perspectivas pues cada una de ellas construye, teje y desteje su propio entramado con visiones a veces plenamente coincidentes, a veces únicamente coherentes y compatibles con el discurso y la verdad subyacente a los derechos humanos pero en otras ocasiones con peculiaridades alejadas e incluso contrarias a algunos de los principios elementales vertebradores de la idea y verdad de los derechos humanos, básicamente todo cuanto supone y a donde conduce la igualdad.

La justificación de los derechos humanos lleva, por paradójico que parezca, a cuestionamientos y planteamientos hipotéticos de los mismos en todas las posibles direcciones y sentidos, desde su más férrea y homogénea defensa, a su relativización, derrota e incluso negación. De cuantas opciones alberga la filosofía la menos aconsejable para tal fin es la que, atrincherándose en posicionamientos no realistas, decide obviar y desconocer la diversidad de miradas, perspectivas y planteamientos posibles como si bajo la hipernoción de derechos humanos solo cupiese una única concreción cuando la historia y la experiencia se han encargado de demostrarnos que las interpretaciones posibles son varias y no siempre fácil ni totalmente armonizables.

De la mano del politeísmo de los valores al que ya aludieron Mill y Weber,⁴⁷ Natalino Irti nos enfrenta, como en un espejo, a un “politeísmo jurídico” pues cada comunidad elige su propio principio constitutivo y en esa acción se decide el valor jurídico del mundo que “depende de nuestro punto de vista y éste varía cuando y según el mundo varía” y es que “un peso enorme y doloroso se reserva para el hombre: tomar parte, elegir, tomar posición entre los valores que combaten entre las normas fundamentales”⁴⁸ o, en los términos más gráficos y simbólicos de Weber, “el individuo debe decidir por

⁴⁷ “Los diversos órdenes de valores universales están enfrentados en lucha despiadada. El viejo Mill (...) dijo que si se parte de la pura experiencia se llega al politeísmo”, M. WEBER, *El sabio y la política*, tr. D. García Giordano, Encuentro Editores-Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Argentina), 2008, p. 59.

⁴⁸ N. IRTI, *Le nihilisme juridique*, cit., p. 145.

sí mismo quién es Dios y quién el diablo.”⁴⁹ Siguiendo con los términos de Weber bien puede afirmarse que hoy hay más de un Dios y más de un diablo, incluso que lo que para algunos es divino para otros es satánico, y de nuevo pienso en el principio de igualdad en sus más variadas manifestaciones. Así las cosas, ¿cuáles son las posibilidades reservadas a la eficacia de los derechos humanos cuando no hay acuerdo en aquello que deba ser alcanzado universalmente? Si nunca fue asunto pacífico ni lineal el enfrentamiento entre culturas y modos de ver y dirigir, el mundo rebosante y excesivo de la globalización lo ha enredado más todavía.

Pese a todo, si un concepto es y ha sido tenido como héroe en el doble sentido de resultar protagonista de una ficción y ser objeto a partes iguales de admiración y esperanzas es el concepto de derecho humano. Sin embargo, ni tan elevada consideración es unánime, -ni mucho menos universal-, ni ello le garantiza la mínima eficacia que su supervivencia requiere. Y, por otro lado, ha de tenerse en cuenta además que no solo de conceptos-héroes viven el Norte-global y el Sur-global, también de mercaderes. Teorías e ideologías se han ocupado de la interacción entre ambos. La globalización, a medio camino entre la ideología⁵⁰ y la idolatría,⁵¹ opta por una pragmática apología de lo real en detrimento de todo cuanto pueda suponer un riesgo o un menoscabo para la rentabilidad económica. Se equivoca quien piense que la idolatría es cosa del pasado o de culturas simples o primitivas. La idolatría es una tentación permanente de la que tampoco se libran las culturas “avanzadas” o técnicas y de la que para escapar se requiere un deber de vigilancia y medida permanente.⁵² Probablemente

⁴⁹ M. WEBER, *El sabio y la política*, cit., p. 61.

⁵⁰ A. TOURAINE, “La globalización como ideología”, *El País*, 29 de septiembre de 1996. En nuestro país M. ATIENZA también sostiene que la globalización se vincula a la ideología neoliberal, la privatización y la desregulación. Al respecto cfr. *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 127-129.

⁵¹ Considero pertinente traer aquí la noción de idolatría de David Kessler según la cual la idolatría no solo se define por el objeto en que se encarna sino que de ella son especialmente importantes sus consecuencias puesto que “lo que está en juego con la idolatría es la ética y quizás también (...) la libertad y la responsabilidad (...) ¿No comienza la idolatría cuando los hombres están habitados por la certidumbre ideológica de poder resolverlo todo a condición de sacrificar (...) subordinar la justicia, la moral, la razón humana a otra razón: la del Estado, la del Partido, la de la Historia?”, D. KESSLER, “Idéologies et idolâtrie” en VV.AA., *Idoles. Données et débats. Actes du XXIV Colloque des intellectuels juifs de langue française*, Éditions Denoël, París, 1985, pp. 52, 54 y 56. En mi opinión hoy encajaría en idolatría la aceptación y promoción de Norte global como único destino posible.

⁵² J. HALPÉRIN, “En guise de conclusion”, en VV.AA., *Idoles. Données et débats. Actes du XXIV Colloque des intellectuels juifs de langue française*, cit., pp. 220 y 222.

el mayor riesgo de la idolatría, se manifieste donde se manifieste, sea la autojustificación complaciente que escamotea toda posibilidad de crítica, aislando lo idolatrado del contexto del que depende, convirtiéndolo en un fin autosuficiente. La diferencia con el mito estribaría en la percepción, consciente en el caso del mito que se sabe tal e inconsciente en el de la idolatría, que pasa por ser de adscripción enteramente libre y crítica cuando, en buena medida, ha acabado convertido en el fósil de una idea. La nuestra es una época de idolatrías porque no son pocas las teorías y discursos que, de la forma más acrítica, han pasado a formar parte de la relación y regulación social como si en lugar de ser culturales y por tanto contingentes y mudables fueran naturales e inamovibles. Es el caso, por ejemplo, de la globalización, vista por muchos como un destino irremediable o los propios derechos humanos, santo y seña, salvoconducto para acceder a la corrección jurídica y moral aun sin plantearse ni profundizar en las causas y efectos de su restringida y exclusivista fundamentación.

Dogmas satisfechos de serlo con importantes repercusiones en el alcance y la eficacia del concepto nacido héroe, pero se hace precisa una salida del círculo vicioso que rodea a la teoría de los derechos pues, aun cuando se hace pasar por mera pregonera de lo que descubre y describe, lo que en realidad hace es crear esa realidad.⁵³ Ciertamente esa labor de aparente descripción pero que esconde mucho de creación no es algo nuevo, los juristas siempre inventaron lo real⁵⁴ y, de hecho, tan importante es su labor de crear como la de desvelar lo creado. A pesar de ello, aun cuando el trabajo creativo del jurista es un encargo viejo no siempre es bien conocido,⁵⁵ de ahí la necesaria tarea de señalar su obra y de contextualizar su alcance, para, de ese modo, entender los términos de la libertad y evitar el determinismo.

Pues bien, en esa línea de percepción de los límites del concepto y de la conciencia de enemigos y detractores, filósofos y juristas presentan sus hipótesis sobre Universalidad, Derecho, Ética y Guerra. Así, por ejemplo,

⁵³ Al respecto cfr. A. FINKIELKRAUT y P. SLOTERDIJK, *Los latidos del mundo*, tr. H. Cardoso, Buenos Aires, Amorrortu, 2008, p. 182.

⁵⁴ “Cuando el jurista fabula está movido por una sola y única preocupación: poner a la sociedad en marcha, proporcionarle los instrumentos de su paz y de su tranquilidad”, B. EDELMAN, *Quand les juristes inventent le réel*, Hermann, París, 2007, p. 14.

⁵⁵ “Los juristas parecen ignorar que cuentan historias, cuentos más o menos verosímiles, como mucho los juristas admiten que ‘sufren influencias’, que aceptan las condiciones de su tiempo y que lo que intentan es poner un poco de orden. La creencia más sorprendente y arraigada de los juristas es creer que son realistas, ellos que son los soñadores mas impenitentes”, *Ibidem*, p. 124.

Sloterdijk, que recoge y adapta el guante ético de Lévinas, considera que nuestro trabajo de civilización empieza y consiste en: “reformular un código de combate que implique la preocupación por el enemigo. Quien no quiere ser responsable de un enemigo ya ha cedido a la tentación de lo peor”⁵⁶ Y ello quizás sea porque “los europeos han (hemos) descubierto, a través de su periodo colonialista y de dos grandes guerras mundiales, que solo les queda la opción moral entre inocencia y criminalidad.”⁵⁷ He ahí un fundamento posible de universalidad.

En mi opinión, la defensa y lucha por la eficacia de los derechos humanos encarnaría la inocencia, propósito que en la terminología de los definidores hobbesianos de la realidad, podría verse como una “cruzada” en cuyo caso el dilema estaría de nuevo servido si los propios derechos humanos no formasen parte de ese camino.

Pero no se llega a la tan deseada nueva universalidad de forma casual o milagrosa, mucho tiene que ver en ello la construcción de la realidad y, a su vez, en ésta el papel asignado al intérprete. Razón, realidad, intérprete forman una unidad de sentido que está en la base de cualquier otra construcción humana, incluida por supuesto la jurídica. “La razón humana es siempre una conquista, la conquista frágil de un sentido compartido (...) que descansa en certidumbres indemostrables (...) que pueden variar de una sociedad a otra o de una época a otra pero que lo que no varía es la necesidad de dichas certidumbres.”⁵⁸ La razón necesita de símbolos, códigos y fines a través de los cuales instituirse, una semántica y una sintáctica que muestran cómo “el aprendizaje de esos límites es también un aprendizaje de la razón.”⁵⁹ Pues bien, los derechos humanos están en condiciones de aportar todo eso si se construye colectiva y razonadamente una nueva universalidad inclusiva y plural.

Sin embargo, no se debe cantar victoria pues a tal acuerdo, que de sencillo no tiene nada, ha de añadirse que en estos tiempos pantanosos de la posverdad, la balanza se ha inclinado del lado de un intérprete cuasi-divino, de modo que tan difícil es el acuerdo sobre lo que debe ser o debería haber como sobre lo que es y lo que hay. La razón con la que se “teje” la realidad no es un dato sino una construcción y, en consecuencia, la realidad también

⁵⁶ Ibidem, p. 73.

⁵⁷ Ibidem, p. 155.

⁵⁸ A. SUPLOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, cit., p. 40 y 41.

⁵⁹ Ibidem, p. 41.

lo es lo cual, aunque a menudo se intente, no legitima ni justifica cualquier interpretación.

Como es sabido la mayor ambición de los filósofos de la moral siempre ha sido la de hallar o crear la accesibilidad a la moral a través de la razón. A ese respecto todos los intentos por fundamentar la moral pueden englobarse o en morales del bien o en morales del deber. La primera establece contenidos materiales diversos adecuados a la sociedad, el momento y el lugar, en cambio la segunda, la del deber, personificada en Kant, parte de principios formales, abstractos carentes de contenido cuyo fin no es otro que la racionalización de los conflictos al precio de acabar con el pluralismo. Agrupadas las teorías de ese modo pudiera parecer que no hay más salida que la disyuntiva entre una u otra clase de moral sin embargo la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue la primera en lograr superar tal dicotomía al fundir la idea de la moral formal del deber y la de la moral material del bien para alcanzar y garantizar la dignidad por medio de la libertad y un mínimo vital de bienestar. Mezcla que en el momento globalizador actual no solo ha de mantenerse sino que exige para su supervivencia “una nueva noción de solidaridad planetaria.”⁶⁰ Dicho de otro modo, no es posible visitar el concepto y principio de universalidad con la interdependencia que hoy supone sin hacer lo mismo con el de solidaridad. Se hace preciso sentar las bases de una solidaridad jurídico-institucional global siendo prueba de ello el incesante aumento de los flujos migratorios.

En todo caso, y pese a la importante distancia entre universalidad y globalidad,⁶¹ no parece que en un mundo global puedan desacreditarse las aspiraciones globales a la eficacia de unos derechos cuya razón de ser no es otra que su vocación de universalidad. Pero ese anhelo no es por sí suficiente y a día de hoy, como se ha señalado, por mucho que el Derecho no esté solo los derechos humanos sí lo están, lo cual es un indicio de la necesidad de crear una nueva forma de universalidad que posibilite idear un sentido inclusivo. Pero ¿aún es posible fundar filosóficamente un universalismo

⁶⁰ A. FAGOT-LARGEAULT, “Sur quoi fonder philosophiquement un universalisme juridique?” en M. DELMAS-MARTY y A. CASSESE (dirs.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, P.U.F., París, 2002, p. 91.

⁶¹ La universalidad que se caracterizaría por su ánimo de extender de forma universal ciertos ideales sirviéndose para ello de herramientas jurídicas como los derechos humanos, compartiría con la globalización su anhelo de difusión allá de las fronteras nacionales pero, a diferencia de aquélla, la globalización tendría por objeto la expansión de una lógica mercantil y financiera de crecimiento con el auxilio de los medios técnicos.

jurídico?⁶² Dicho de otro modo, ¿existen hoy valores universalmente reconocidos capaces de fundamentar la universalización de los derechos humanos o, por el contrario, los sistemas dogmáticos son impermeables y solo pueden ignorarse o hacerse la guerra?⁶³

Las respuestas que, desde luego, pasan por una mirada y revisión crítica sobre el universalismo requieren un esfuerzo por “descentrar” la perspectiva; el reconocimiento de miradas distintas a las occidentales; la aceptación de la pluriculturalidad e, incluso, una “redefinición de los fundamentos.”⁶⁴ Pues el Derecho no está solo pero los derechos humanos, sí.

4. DERECHOS HUMANOS, DE CABALLO DE TROYA A NUEVO CONTRATO SOCIAL: LA UTOPIA NECESARIA

Probablemente de lo visto hasta aquí deban inferirse algunas conclusiones:

Una: que la globalización ha modificado y seguirá modificando no solo el contenido del Derecho sino también sus formas, concepto y, tal vez, naturaleza y función. Pero que también y además la globalización transforma la observación y percepción de todo, incluido por supuesto el Derecho, porque altera la escala, la perspectiva, las relaciones y las unidades haciendo que todo adquiera un valor estratégico.

Dos: que durante siglos Occidente y su Derecho han mantenido y fomentado la falsa idea clara del fundamento racional de la universalidad moral y jurídica del ser humano.

Tres: que en lógica consecuencia de lo anterior creímos, no siempre de forma inocente, que la noción de Derecho era universal cuando lo que en realidad perseguíamos era universalizar la noción occidental de Derecho.

Cuatro: que si hay una idea universal es la consistente en creer que “la intoxicación ideológico-teórica solo les sucede a los otros.”⁶⁵ Los otros son siempre los equivocados siendo misión de los que no lo están sacarles y liberarles de su error. Y cinco: que el discurso de los derechos humanos ha sido

⁶² Interrogante muy similar al que A. FAGOT-LARGEAULT se plantea “Sur quoi fonder philosophiquement un universalisme juridique?”, cit.

⁶³ Adapto aquí la disyuntiva pensada por Alain Supiot respecto a la globalización, al respecto cfr. A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, cit., pp. 275 y 276.

⁶⁴ J. COMMAILLE, *À quoi nos sert le Droit*, cit., p. 192.

⁶⁵ E. LEROY, *Le jeu des lois. Une anthropologie dynamique du Droit*, cit., p. 23.

percibido, y en ocasiones empleado por parte de algunos países occidentales, como Caballo de Troya, instrumento útil para llevar hasta el corazón de otras culturas lo que, por origen, historia y creencias, correspondería exclusivamente a la suya.

No son pocos ni secundarios los pensadores que, razonadamente, han manifestado tal sesgo y sus derivaciones. Entre otros es el caso de Bobbio para quien “es imposible una investigación sobre el fundamento absoluto de los derechos del hombre” e “innegable que exista una crisis de los fundamentos”, crisis que es también “un aspecto de la crisis de la Filosofía.”⁶⁶ El de Luhmann, quien mantiene una opinión escéptica sobre la universalidad de los derechos humanos cuya existencia y supervivencia sigue en manos de la decisión soberana de los Estados.⁶⁷ El de Michael Ignatieff⁶⁸ a cuyo parecer la universalidad de los derechos humanos no puede sostenerse desde un punto de vista racional dado que los presupuestos sobre los que se fundan, como es el caso del derecho natural o de la cualidad moral intrínseca de la persona, son idolátricos y por tanto no necesariamente comunes ni compartidos. O, finalmente, el de Danilo Zolo⁶⁹ quien, de manera análoga, sostiene que la universalidad normativa de los derechos humanos sigue siendo un postulado dogmático del iusnaturalismo y del racionalismo ético sin confirmación teórica alguna.

En el expuesto paso de la teoría a la praxis Bobbio advierte que el “problema que se nos presenta (...) no es filosófico, sino jurídico y, en sentido

⁶⁶ N. BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asis Roig, Madrid, Sistema, 1991, pp. 60 y 61.

⁶⁷ “Queda sin explicar el fundamento de la vigencia de los derechos humanos para la sociedad mundial –un problema cada vez más perentorio que es improbable que se pueda resolver simplemente poniendo en duda la existencia de existencia de un Derecho de la sociedad mundial–. Las convenciones internacionales también quedan vinculadas a los Estados concretos y ello también cuando hacen referencia específica respecto de los derechos humanos (...) Las convenciones internacionales son firmadas o no, ratificadas o no, con o sin sometimiento a una jurisdicción prevista y, evidentemente, todo ello con la reserva de soberanía de la posibilidad de revocación”, “La paradoja de los derechos humanos y tres formas de su desarrollo” en N. LUHMANN, *La paradoja de los derechos humanos. Tres escritos sobre política, derecho y derechos humanos*, tr. Nuria, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 63.

⁶⁸ “Desde 1945 el lenguaje de los derechos humanos se ha convertido en una fuente de poder y autoridad. Inevitablemente, el poder invita al desafío. En la actualidad, la doctrina de los derechos humanos es tan poderosa, pero tan imperialista en su aspiración a la universalidad, que se ha convertido en el blanco de críticas”, M. IGNATIEFF, *Los derechos humanos como política e idolatría*, 2003, tr. Fco. Beltrán, Paidós, Barcelona, p. 79.

⁶⁹ D. ZOLO, *La justicia de los vengadores. De Nuremberg a Bagdad*, cit., p. 92.

más amplio, político.” Así, intentar superar la crisis sobre los fundamentos de los derechos del hombre no pasa por buscar “otro fundamento absoluto para sustituir al perdido.” De hecho “no se trata de encontrar el fundamento absoluto –empresa sublime pero desesperada–, sino cada vez más, los varios fundamentos posibles. Sin embargo, también esta investigación de los fundamentos posibles –empresa legítima y no destinada como la otra al fracaso– no tendrá ninguna importancia histórica si no es acompañada del estudio de las condiciones, de los medios y de las situaciones en que este o aquél derecho puede ser realizado” y es que “el problema más grave de nuestro tiempo es el de proteger los derechos humanos.” Pero aun siendo este, como dice Bobbio, un “problema fundamentalmente político” no se puede perder de vista el de la fundamentación o, lo que es igual, el de la justificación de los valores. Puesto que solo a través del consenso, en virtud del cual “un valor estaría tanto más fundado cuanto más compartido fuese,” podemos pensar en fortalecer desde el fundamento la eficacia de los derechos. Pasando, gracias al consenso, de una prueba de objetividad considerada imposible o extremadamente incierta a la de la intersubjetividad.⁷⁰

De algún modo podría decirse que la esperanza de Bobbio está puesta en la pedagogía de la comunicación pues al difundir y popularizar el lenguaje de los derechos se abre, a su juicio, una vía de expansión para los mismos.⁷¹ Desde otro ángulo también Alain Supiot está pensando que el lenguaje puede ir en auxilio de los derechos ya no tanto como medio de divulgación y proselitismo sino por la vía de la comparación. Pues entiende que:

“del mismo modo que las lenguas en su infinita diversidad, cada uno de esos grandes corpus dogmáticos –(los que fundamentan y orientan cada cultura)– nos transporta a una representación singular del mundo, representación confiable aunque diferente a todas las demás (...) Representaciones que son como las lenguas, a la vez irreductibles pero traducibles y esa traducibilidad nos permite escapar del dilema absolutismo versus relativismo de los valores y

⁷⁰ N. BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, op. cit., pp. 64 y 65. Ignatieff, influido en este punto por Bobbio, también afirma expresamente que “el conflicto sobre la universalidad de los derechos humanos es un combate político”, *Los derechos humanos como política e idolatría*, cit., p. 96.

⁷¹ Probablemente ello no vaya en la dirección de la demanda de rigor, claridad y orden planteada por J.A. CRUZ PARCERO respecto al lenguaje de los derechos quien también alude a su proliferación como otro de los factores que contribuyen a la confusión en ese terreno. Y que, en mi opinión, en ciertos ámbitos ronda casi el desengaño en lo que a su efectividad se refiere. Al respecto cfr. J. A. CRUZ PARCERO, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007, p. 153.

trazar las vías de una hermenéutica de los derechos del hombre abierta a todas las civilizaciones. Para avanzar por esa vía es necesario comenzar por abrir la puerta de la interpretación de los derechos del hombre a todas las civilizaciones. Ello supondría considerar los derechos del hombre como un recurso común de la Humanidad, abierto a las aportaciones de todas las civilizaciones. Es decir, una Res communes omnium en el sentido del Derecho Romano.”⁷²

Ese recurso a la lengua y lenguaje de los derechos, sin duda alentador, no puede sin embargo sortear dificultades sustanciales en el proceso que nos ocupa como puedan ser los obstáculos y limitaciones a la transportabilidad tanto del contenido material de las normas cuanto de su estructura formal, cuestión no meramente adjetiva y no exenta de consecuencias materiales. En todo caso, vistas las reticencias, cuando no censuras, hacia los derechos del hombre no es tarea fácil el componer colectivamente una nueva universalidad fundamentadora de los derechos humanos sin la que pueden estar abocados al fracaso. Máxime cuando los recelos no provienen únicamente de otras culturas jurídicas sino que también en la nuestra se generan fuertes resistencias frente a ellos. Lo cual se da especialmente por parte de quienes asimilan globalización y consagración del darwinismo jurídico, concreción en el plano jurídico del darwinismo social que, a nuestro juicio, iría más allá del mero darwinismo normativo⁷³ al afectar no solo a las normas e instituciones sino también, y además de ellas, a las relaciones jurídicas, a los nuevos métodos de resolución de conflictos e incluso al No-Derecho, dado el repliegue del mismo de ciertos sectores y ámbitos.

Sea como fuere, y aunque quizás forme parte de la inocencia o la ingenuidad, seguirá siendo una utopía necesaria el intentar cimentar un nuevo contrato social de ámbito global con fundamento en los derechos humanos. Sabido que los derechos humanos comparten su naturaleza jurídica con una dimensión utópica, entendida ésta como imprescindible semilla para la acción y sabido también que la noción de universalidad es menos “universal” de lo que se había venido proclamando, la relativización y revisión de esa

⁷² A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, cit., pp. 300 y 301.

⁷³ Por darwinismo normativo ha de entenderse la competencia entre distintos sistemas de Derecho pero también la selección del que resulte más favorable a los actores. Así lo conciben POIRMEUR y VANNAKOPOULOS, como el proceso selectivo que conduce al fin de ciertas reglas o instituciones jurídicas consideradas inaptas para adaptarse a la evolución de la economía mundial tal y como lo concibe. Al respecto cfr. Y. POIRMEUR, “La fin du Droit: approches politistes” y C. VANNAKOPOULOS, “Un État devant la faillite: entre droit et non-droit” en A. ZARADNY, N. WOLFF y T. F. GRAFF (dirs.), *La fin du Droit? Actes du colloque des 5 et 6 de décembre de 2013*, Mare & Martin, París, 2015, pp. 33 y 177 respectivamente.

universalidad se ha convertido en una tarea previa a cualquier intento de dotarle de un nuevo sentido. Un nuevo sentido que, si se pretende más amplio, compartible e integrador, más extenso y global en definitiva, muy probablemente haya de ser un sentido menos intenso.

Por usar los términos de Jean-Guy Belley se trataría de la construcción de un nuevo sentido común, basamento de un contrato social global y consecuencia coherente del pluralismo normativo y cultural explícito en la globalización.⁷⁴ Habida cuenta de que sin un nuevo contrato social global, -un pacto siquiera de mínimos-, son muchas las posibilidades de que nuevas barbaries hagan palidecer a la vividas antes.

Y sí, todo ello cobra sentido si se incluyen la solidaridad y la responsabilidad como principios operativos, o lo que es igual, si entre los objetivos del Derecho uno es la humanización de la globalización. Pero claro, ¿es esto un canto de sirenas o el Derecho puede hacer algo?, ¿qué y cómo? Mireille Delmas-Marty⁷⁵ establece tres acciones realizables desde el Derecho que podrían encaminarse a tal fin:

1. Resistir a la deshumanización
2. Responsabilizar a los titulares del poder
3. Anticiparse a los riesgos por venir

En primer lugar, para resistir a la deshumanización no basta con la implicación ciudadana, sin un acuerdo jurídico-político global en torno a la inderogabilidad e imprescriptibilidad de los derechos humanos no parece posible, reapareciendo así la necesidad de un pacto básico o de mínimos.⁷⁶

Más concreta resulta la potencial implicación jurídica tendente a la responsabilización de los titulares del poder.⁷⁷ Aunque la convivencia del *soft law* y del *hard law* no lo hace nada fácil, y más habiéndose convertido algunos juristas en comerciantes del Derecho, la fortificación de la justicia es posible. Si bien es verdad que las jurisdicciones nacionales no están adaptadas ni para juzgar a los Estados ni para hacer lo mismo con las empresas transnacionales (ETN) sí se observan en los últimos años algunos pasos decisivos.

⁷⁴ J.-G. BELLEY, "Conclusion" en J.-G. BELLEY (Dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, París, 1996, pp. 273-278.

⁷⁵ M. DELMAS-MARTY, *Résister, responsabiliser, anticiper ou comment humaniser la mondialisation*, Seuil, París, 2013.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 105, 108 y 125.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 139 y 150.

Por un lado, la progresiva inclusión de la responsabilidad penal a las personas jurídicas en los estados europeos, tradicionalmente reconocida en los países de la *common law*, pero innovadora en el continente como es el caso de Francia, Bélgica, España, Luxemburgo y aunque de forma más tímida Italia, que es un paso decisivo en esa dirección.⁷⁸

Por otro lado, es preciso distinguir entre los recursos jurisdiccionales existentes en defensa de los derechos humanos para actuar contra los Estados y los disponibles contra las empresas transnacionales (ETN).

- En lo referente a los Estados, los derechos sociales son los peor parados. Si a nivel interno constitucional algunos países han ido avanzando en cuanto a su exigibilidad, algunos lo han hecho de forma errática y escasa o nulamente eficaz. Es el caso de la mayoría de los países de América Latina, África, o sudeste asiático. A nivel mundial el papel de la Corte Internacional de Justicia sigue siendo muy modesto dada la escasa evolución en este sentido del Derecho Internacional general convencional que sigue invitando a buscar la responsabilidad en dispositivos no jurisdiccionales como el Comité para el control del Pacto Internacional sobre los derechos económicos sociales y culturales. En cuanto al nivel regional el más avanzado es el Derecho Europeo que cuenta con varios tipos de recursos tanto jurisdiccionales ante la Corte Europea de Derechos Humanos como administrativos ante el Comité Europeo de derechos económicos y sociales a través de un sistema de reclamación colectiva en caso de violación de los derechos recogidos en la Carta Social Europea.
- En lo relativo a las empresas transnacionales (ETN) los recursos arbitrados para la defensa de los derechos humanos por acciones u omisiones cometidas por ellas a nivel internacional siguen siendo “el punto más débil de la justiciabilidad.” Baste recordar que mientras que las ETN pueden hacer valer sus derechos contra los Estados ante la Corte Europea de Derechos Humanos y en tanto que inversores privados ante el CIRDI (Centro de Arbitraje Internacional para la resolución de las controversias en materia de inversiones) tales instancias no pueden llevar a cabo contra las ETN ninguna investigación por violación de los derechos del hombre y tampoco imputarles crímenes a través de la justicia penal internacional.

⁷⁸ Ibidem, p. 156.

- Tal vez en este plano lo más cercano a una jurisdicción global sea:
- a. La competencia obligatoria prevista en el Reglamento de la Unión Europea (U.E.) n° 44/2001, Consejo de 22-12-2000) en virtud del cual se estipula que las resoluciones judiciales adoptadas en un Estado miembro de la U.E. serán reconocidas en los restantes Estados miembros sin recurrir a ningún procedimiento salvo en caso de oposición. Lo cual permite a nivel europeo proteger los derechos de las personas afectadas por las actividades que las ETN domiciliadas en Europa puedan llevar a cabo tanto allí como fuera. Su mayor limitación es que solo afecta a las resoluciones del ámbito civil y mercantil.
 - b. La competencia “universal” en territorio norteamericano contra las acciones y/u omisiones cometidas contra los derechos humanos por ETN a partir de la aplicación de la Alien Tort Claims Act (ATCA) de 1789. A raíz del caso *Filártiga* (1980)

“se establece que no hay nada excepcional en el hecho de que un tribunal pueda conocer demandas de responsabilidad civil sobre actos civiles ilícitos especiales, como las violaciones graves a los derechos humanos ocurridos fuera de su jurisdicción territorial (...) Una reserva de jurisdicción de los tribunales federales estadounidenses que se apoya en el derecho de gentes y en un conjunto reducido de conductas contrarias al ius cogens (...) abriéndose las puertas para las víctimas de uno de estos actos ilícitos internacionales, que han podido presentar demandas civiles contra los sujetos y las empresas involucradas en dichos actos ante los tribunales federales.”⁷⁹

Pero lo que parecía una tendencia clara que desbrozaba el camino a la defensa universal de los derechos humanos posibilitando la competencia de las jurisdicciones federales de Estados Unidos para acordar reparaciones civiles en el caso de violación del Derecho internacional incluso cometida en el extranjero por extranjeros contra extranjeros da un giro radical con los casos *Kiobel* (2013) y *Daimler* (2014). A partir de los cuales la Corte Suprema de los EE.UU. pone en práctica la “tesis de la autolimitación y moderación en el ejercicio de la competencia del Estado para legislar y proyectar extraterritorialmente las leyes.” Ese discurso que podría ser justificable en

⁷⁹ M.Ch. MARULLO, “El Alien Tort Claims Act de 1789: Su contribución en la protección de los derechos humanos y reparación para las víctimas”, *ICIP Working Papers*, 2014/3.

materia de monopolios y derecho de la competencia, por ejemplo, *-jurisdiction to prescribe-* “resulta mucho más delicado de extender al ámbito de la llamada *-jurisdiction to adjudicate-* y en especial al de los ilícitos civiles donde las víctimas de conductas que pueden consistir incluso en muy graves violaciones de los Derechos humanos -v.gr. en los casos Kiobel y Daimler- son privadas del acceso a la justicia, incurriéndose en denegación de esta última e, inevitablemente, en la impunidad de los responsables. Un resultado que desdice el gran prestigio y gran influencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y que, por desgracia, se viene extendiendo por su reciente jurisprudencia, donde parece haberse creado una dinámica imparable de sinergias y auto-referencias.”⁸⁰

Ello nos proporciona el ejemplo no modélico de las tendencias regresivas en la evolución del Derecho contemporáneo advertidas por Bruno Oppetit⁸¹ y la muestra de la vigencia de la necesidad de crear el Tribunal Permanente de Justicia universal que en 1944 ya reclamara Hans Kelsen⁸².

Y, finalmente, la tercera y última de las tres acciones encaminadas a humanizar la mundialización propuestas por Delmas-Marty: el anticiparse a los riesgos por venir. ¿Cómo? Haciendo del Derecho el embajador de la ética que trata de preservar los derechos de la generaciones futuras entendidos como deberes de las generaciones presentes junto con el reto técnico-jurídico que la globalización pone sobre la mesa al apremiar la necesidad de dotar de personalidad jurídica a esas generaciones futuras, reconociéndoles parecido título al otorgado a la naturaleza: sujeto de derecho, aun suponiendo ello admitir un sujeto sin conciencia ni voluntad.⁸³ En definitiva todo ello nos conduce a un Derecho inmerso en una ardua y perpetua adaptación en aplicación de los principios de solidaridad y responsabilidad para con el presente y futuro. Resulta difícil no pensar en Sísifo al vislumbrar ese Derecho, quizás

⁸⁰ F.J. ZAMORA CABOT, “Acceso de las víctimas a la justicia y conductas en el extranjero: el Tribunal Supremo de los Estados Unidos da otra vuelta de tuerca en el caso *ObbPpersonenverkehr v. Sachs*, sobre inmunidad de jurisdicción”, *Revista electrónica de estudios internacionales Reei*, núm. 31, 2016, p. 4.

⁸¹ B. OPETTIT, “Les tendances régressives dans l’évolution du Droit contemporain”, en VV.AA., *Mélanges dédiés a Dominique Holleaux*, Université de Paris Val-de-Marne y Université de Paris II, París, 1990, pp. 317-330.

⁸² H. KELSEN, *La paz por medio del Derecho*, tr. L. Echávarri, Trotta, Madrid, 2008.

⁸³ M. DELMAS-MARTY, *Résister, responsabiliser, anticiper ou comment humaniser la mondialisation*, cit., pp. 165-190.

lo más ajustado sea, como hiciera Camus, imaginar a ese Sísifo dichoso,⁸⁴ dichoso de cumplir con su función, siempre en marcha y sabedor de que no se podrá detener jamás. En todo caso, sea dichoso o no, llegados a este punto, algunos interrogantes parecen emboscarnos:

- ¿cómo criticar la soledad a que la lógica de la globalización está llevando a los derechos humanos sin criticar las premisas de la que parte?, ¿tiene sentido criticar las consecuencias a que conducen unos principios que no son cuestionados?, ¿no hay algo de esquizofrenia en ello?
- siendo los derechos humanos un lugar de encuentro entre la ética, el derecho y la política pero estando ésta cada vez más externalizada en manos de los expertos y diluida en la gestión de la administración pública, ¿qué espacio queda para la decisión política con fundamento ético?⁸⁵
- ¿existe alguna forma y garantía para proteger los derechos humanos de las tendencias jurídicas regresivas observadas?

Probablemente las respuestas pasen, a mitad de camino entre el entusiasmo y la ingenuidad, por la constitucionalización de una sociedad global, establecido un nuevo contrato social o pacto que blinde los derechos humanos.

M^a JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS
Área de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza
c/Pedro Cerbuna 12
Zaragoza 50009
e-mail: mjgonza@unizar.es

⁸⁴ A. CAMUS, *El mito de Sísifo*, trad. de L. Echávarri, Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 162.

⁸⁵ Al respecto cfr. F. BELLIVIER F. y Ch. NOIVILLE, "Jeux d'acteurs, jeux de miroirs, comment prendre une décision politique responsable?" en E. VERGÈS, *Droit, sciences et technique: quelles responsabilités?* Lexis Nexis, París, 2011, pp. 15- 31.

LA TRANSFORMACIÓN DE LA SOLIDARIDAD EN UN MUNDO GLOBAL*

THE TRANSFORMATION OF SOLIDARITY IN A GLOBAL WORLD

FEDERICO ARCOS RAMÍREZ
Universidad de Almería

Fecha de recepción: 25-9-18
Fecha de aceptación: 17-1-19

Resumen: Pese a la opinión generalizada de que, particularmente en el actual contexto de mundialización y crecientes interdependencias globales, las situaciones de explotación, opresión y privación que sufren tantas personas justifican una expansión mucho mayor de la incumbencia moral y política extra republicana, se ha cuestionado si es apropiado referirse a este objetivo con el término solidaridad. Este artículo desarrolla una respuesta positiva a dicho interrogante constatando, frente a la insistencia de algunos pensadores políticos y sociales en que existe una única concepción de este valor (la que llamaré social o comunitaria), cómo el mismo ha experimentado una transformación que permite hablar también de una concepción global. La defensa de este nuevo modo de entender la solidaridad precisa de un estudio más detallado de sus diferencias con el modelo social, así como de las razones que explican que haya logrado incorporarse con tanta fuerza al lenguaje ético y político contemporáneo.

Abstract: Despite the widespread opinion that, particularly in the current context of globalization and growing global interdependencies, the situations of exploitation, oppression and deprivation suffered by so many people justify a much greater expansion of moral and political concern extra republicana, it has been questioned if it is appropriate to refer to this objective with the term solidarity. This article exposes a positive answer to this question when

* Este trabajo se enmarca en los proyectos de investigación UAL-FEDER "Control de Fronteras y Derechos Humanos en el Mediterráneo" UAL18-SEJ-C004-B y "Fronteras, democracia y justicia global. Argumentos filosóficos en torno a la emergencia de un espacio cosmopolita" (PGC2018-093656-B-100).

verifying, against the insistence of some political and social thinkers that there is a single conception of this value (what I will name social or communitarian), how it has undergone a transformation that allows us to speak also of a global conception. The defense of this new way of understanding solidarity requires a more detailed study of its differences with the social model, as well as the reasons that explain how it has achieved to incorporate itself so strongly into the contemporary ethical and political language.

Palabras clave: solidaridad, modelo comunitario, modelo global
Keywords: solidarity, social model, global model

1. INTRODUCCIÓN: DOS MODELOS DE SOLIDARIDAD

En su severa crítica a las políticas migratorias y de asilo puestas en marcha en los últimos años por la Unión Europea, Javier de Lucas insiste en reivindicar como contrapartida a sus principales déficits éticos, políticos y jurídicos (obsesión por la seguridad, extranjerización de los migrantes, creación de espacios de infraderecho, etc.), la recuperación de la relación entre el Estado de Derecho, la democracia y el principio de solidaridad, a propósito de los deberes jurídicos correlativos al reconocimiento de los derechos humanos. Propone, por tal motivo, un salto en el tercero de estos valores que, entendido como un principio jurídico y no un simple desiderátum moral, la conciba como una solidaridad inclusiva y tendencialmente universal, adaptada al contexto de globalización, interdependencia, pero también de crisis en el que vivimos, que no se cierra en el ámbito del nosotros y que no utiliza la referencia excluyente de los otros desde la exacerbación de la diferencia¹. En una línea muy próxima, recientemente el Consejo Constitucional francés ha consagrado el “principio de fraternidad” como valor constitucional para anular la condena de 2017 de cuatro meses de prisión al conocido agricultor Cédric Herrou, por ayudar a migrantes que atraviesan la frontera entre Italia y Francia. Este pedía la abolición del llamado “delito de solidaridad”, que sin bien no existe formalmente, se aplicaría a quienes transporten o alberguen a los extranjeros en situación irregular.

Somos muchos los que, con más o menos matices, compartimos el diagnóstico que realiza De Lucas de las principales patologías de la gestión española y europea de los flujos migratorios, así como la necesidad de imprimir

¹ J. DE LUCAS, *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª edición, 2014, pp. 50 y 68 y ss.

cambios profundos en la misma que la sitúe en la órbita de valores tan esenciales de nuestra cultura jurídica y política como el principio de legalidad o el respeto de los derechos humanos más básicos. Otro tanto cabe decir de la decisión del *Conseil constitutionnel* de despenalizar el altruismo con los migrantes recuperando, para ello, la retórica revolucionaria de la fraternidad. La conclusión podría resultar, no obstante, menos rotunda respecto al valor que cabe reconocer a la solidaridad en la consecución de dichos objetivos. Mis dudas, conviene dejarlo claro, van más allá de las referencias a la solidaridad como principio estrictamente jurídico, incorporado desde hace tiempo a las Constituciones de algunos Estados, al Derecho de la UE (art. 2 del Tratado de Lisboa y 1 bis, 2 et al. de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea y artículo 80 del TFEU) y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos². Se refieren, por el contrario, a la solidaridad entendida como concepto ético, como virtud moral y política, como un cierto tipo de disposición de los individuos y los grupos para actuar con solidaridad hacia los otros. Así entendida, tal y como se ha puesto de manifiesto en los debates sobre la factibilidad de la justicia global³, una concepción de dicho valor que trascienda los límites de las fronteras estatales sería un elemento muy valioso para hacer efectivos, no sólo los derechos de solidaridad de los que habla Vasak, sino también los de primera y segunda generación que, entre otros esquemas institucionales, ponen en peligro las actuales políticas de asilo y refugio. Creo que es en ese contexto donde se situarían las apelaciones a una solidaridad inclusiva a la que se refiere De Lucas o invoca el *Conseil Constitutionnel*. El interrogante que planteo no se refiere, pues, a si resulta exigible expandir en mucha mayor medida nuestra incumbencia (ética, política, jurídica) más allá de ese nosotros formado por la nación o la común ciudadanía, sino a la posibilidad o conveniencia de referirse a este objetivo tan deseable con el término “solidaridad”.

Tal escepticismo responde al hecho de que, en la actualidad, se habla de solidaridad fundamentalmente en dos sentidos diferentes. Por un lado, el término denota la actuación en favor de una persona o conjunto de personas con las que se comparten intereses y proyectos comunes, basada en sentimientos de unión e identificación mutua y expectativas de reciprocidad, y

² R. WOLFRUM, “Solidarity” en D. SHELTON (ed), *The Oxford Handbook of Human Rights International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 401-418.

³ Vid. P. GILBERT, *From Global Poverty to Global Equality. A Philosophical Exploration*, Oxford University Press, Oxford, 2013, capítulos 4 y 7.

que, en muchos casos, exige sumarse a una acción colectiva. Por otro lado, cada vez es más frecuente emplear el término para expresar la empatía o apoyo hacia un grupo del que no se forma parte, ni se comparten objetivos o fines, sin que dicha actitud se base en ninguna previsión de acciones recíprocas. Mientras el primer sentido conforma lo que llamaré modelo *doméstico* o *comunitario* (que no comunitarista) de solidaridad, el segundo viene recibiendo la denominación de solidaridad *abierta* o *global*. Un destacado grupo de teóricos sociales y políticos sostiene que la solidaridad únicamente puede ser comunitaria ya que este valor remite, de modo intrínseco, a una comunidad o sociedad más o menos local, no global y, menos aún, universal o que abarque al conjunto de la humanidad. Además, las actitudes y virtudes que tratan de presentarse como manifestaciones de una solidaridad global constituyen, en realidad, expresiones de otros valores, como el altruismo o la empatía, cercanos a la solidaridad, pero diferentes de ella. Otros pensadores estiman, por el contrario, que ambos tipos de actitudes son manifestaciones diferentes, pero no excluyentes de la solidaridad y, por tanto, expresiones de una misma idea⁴.

En este trabajo sostendré que la comunitaria y la global son formas de solidaridad, que, al menos en abstracto, son compatibles entre sí, lo cual no significa, sin embargo, que entre ambas no existan diferencias muy significativas. En realidad, la solidaridad global constituye la última gran transformación de una idea que ha experimentado numerosos cambios a lo largo de su historia⁵. Considero que se trata de una evolución que, en consonancia con su uso en el lenguaje de las asociaciones, ONGs y demás colectivos que la

⁴ Vid. A. TAYLOR, "Solidarity and Obligations", *The Journal of Political Philosophy*, núm. 23, vol. 2, 2015, pp. 128-145.

⁵ Las transformaciones anteriores serían, principalmente, la transición desde una solidaridad *afectiva* a otra *instrumental* (Dean); el paso de una *mecánica* y basada en la semejanza y la homogeneidad social a otra *orgánica* basada en las interdependencias que genera la división del trabajo en la sociedades industrializadas (Durkheim); la evolución desde una solidaridad preferentemente *descriptiva*, basada en la identidad común o a las interdependencias señaladas, a otra *normativa* concebida como una disposición para participar en acciones colectivas basada exclusivamente en el autointerés o el altruismo racional; el salto desde una solidaridad que expresa el compromiso mutuo entre los miembros de un *grupo social que persigue un interés común* (principalmente, los trabajadores), a otra que abarca *todos los miembros de una misma comunidad política* y permite sostener un esquema de justicia social. Sobre las transformaciones del concepto de solidaridad Vid. A. WILDT, "Solidarity: Its History and Contemporary Definition" en K. BAYERTZ, (ed) *Solidarity*, Kluwer, Dordrecht, 1999, pp. 209-220.

invocan sistemáticamente, resulta necesaria también en el plano normativo ético-político. Probablemente, su principal atractivo reside en haber logrado conservar parte del elemento social y afectivo característico del modelo comunitario en la apertura de la incumbencia moral y política que demandan las situaciones de explotación, opresión y vulneración de los derechos humanos que han cobrado especial fuerza en el marco de un mundo globalizado. En particular, el tipo de respuestas que merecen tanto los demandantes de asilo y refugio como los migrantes económicos que tratan de cruzar las fronteras del primer mundo. Creo, no obstante, que la defensa de este nuevo modo de entender la solidaridad debe ir acompañada de un análisis más exhaustivo de sus diferencias con el modelo social, que permita profundizar en la lógica de dicha transformación y en las razones que explican que este valor haya logrado incorporarse con tanta fuerza al vocabulario ético y político de nuestro tiempo. Con tal propósito, trataré, en primer lugar, de identificar los principales rasgos conceptuales del modelo doméstico o comunitario (que no comunitarista) de solidaridad. En segundo lugar, a partir del examen de las características del modelo comunitario cuya modificación ha permitido que la solidaridad pueda convertirse en ese valor abierto e inclusivo que se ha señalado, profundizaré en las razones que justifican desarrollar una concepción global de la misma.

2. EL MODELO COMUNITARIO DE SOLIDARIDAD

Como he adelantado, un grupo muy relevante de pensadores sociales y políticos sigue considerando la solidaridad un valor estrechamente vinculado a una comunidad o sociedad más o menos local, pero nunca global. Con ello se pone de manifiesto el peso que el elemento descriptivo y social sigue jugando a la hora de perfilar el significado de la solidaridad como valor. Conviene recordar al respecto que el concepto de solidaridad, tal y como cobrará vida en el siglo XIX, aparece en primer lugar en un sentido *descriptivo* antes que *normativo*. Aunque no ignoren completamente su dimensión axiológica, los utopistas franceses y los filósofos sociales (Loreaux, Bourgeois, Durkheim, etc.) emplean el término solidaridad como un concepto que denota las actitudes y relaciones caracterizadas por la simpatía recíproca entre los miembros de una misma comunidad. Para estos, la solidaridad es vinculación social, un cierto tipo de conexión, una especial forma de entender los vínculos identitarios, sentimentales o afectivos que unen a los miembros de

un grupo y, en un sentido más amplio y débil, a otras personas y grupos. En definitiva, la conciben como una relación más social que política.

Entre las dimensiones descriptiva y normativa existe una relación compleja. Aunque la solidaridad no es sólo cohesión, identificación e interdependencia entre individuos y grupos, no cabe duda de que, de alguna manera, el valor de la solidaridad opera a partir de ellas⁶. Como veremos a continuación, quienes abogan por servirse del mismo para referirse a las responsabilidades que han cobrado vida en el marco de un mundo globalizado, consideran que, también en el plano trasnacional, existen esas dependencias y vinculaciones *de facto* que caracterizan a la solidaridad descriptiva. Quienes rechazan esta posibilidad, si bien reconocen que tales relaciones y conexiones han ido extendiéndose a individuos y colectivos cada vez más amplios, estiman que la solidaridad solamente opera como valor moral y político allí donde la comunidad de intereses y la interdependencia entre los miembros del grupo alcanza una especial intensidad. Así sucedería, entre otros, en los vínculos entre conciudadanos o entre regiones y Estados que, como sería el caso de la UE, comparten también políticas y objetivos en materias muy relevantes.

Como señalé al comienzo, hablaré de un modelo comunitario o doméstico de solidaridad para referirme al modo de entenderla que no considera posible lograr un equilibrio aceptable entre los componentes descriptivo y normativo si ésta no se refiere a grupos de individuos unidos en empresas basadas en objetivos compartidos, de manera especial, los ciudadanos interesados en hacer viable el *Welfare State*. Dicho modelo viene a coincidir, en gran medida, con lo que Taylor denomina “robust solidarity” y, en el mismo, la solidaridad se caracterizaría por los tres siguientes rasgos: a) intereses compartidos y reciprocidad parcialmente instrumental; b) emoción reflexiva, horizontal y simétrica; c) parcial y no universal.

2.1. Intereses compartidos y reciprocidad parcialmente instrumental

Como se ha señalado, en su significado más básico o esencial, la solidaridad exige a los integrantes de un grupo preocupación, ayuda o cooperación

⁶ De ahí que la clave para entender la estructura formal del concepto sea identificar el modo en que los usos funcionales reclaman una vinculación entre las dimensiones normativa y descriptiva G. KHUSHF, “Solidarity as a Moral and Political Concept” en K. BAYERTZ (ed), *Solidarity*, Kluwer, Dordrecht, 1999, p. 64.

mutua, y, por tanto, reciprocidad. Como ya denotaba el concepto jurídico romano de las *obligatio in solidum*, todos los participantes en un proyecto o causa se sitúan en una posición de igualdad que, al mismo tiempo que les exige estar dispuestos a asumir costes significativos para su bienestar, también conlleva una expectativa de *fair return*, de comportamientos similares o equivalentes por parte del resto de miembros del grupo. Por tal razón, alguien que, al apoyar una causa, solo esté dispuesto a asumir un coste menor y a abandonarla cuando las cosas se ponen difíciles, no puede decirse que actúa con solidaridad hacia sus socios⁷.

Esa reciprocidad es, en gran medida, el resultado de que quienes actúan solidariamente son individuos que forman un grupo unido en torno a un proyecto, causa u objetivo común⁸, por lo que, en el modelo de solidaridad al que nos referimos, los elementos *asociativo* y *teleológico* aparecen estrechamente unidos. Así entendido, el concepto excluye la posibilidad de actuar en solidaridad con aquellos con los que no se comparten objetivos. Por ejemplo, si alguien generosamente proporciona comida a una persona pobre, pero ésta considera que no la necesita, o prefiere que sea otra persona la que se la proporcione, no cabe afirmar que la primera ha sido solidaria con la segunda⁹. De ahí que, allí donde no resulta posible esperar reciprocidad, como sería el caso de las generaciones futuras, no pueda hablarse de solidaridad¹⁰.

Al exigir una unión y reciprocidad basadas en la persecución de intereses compartidos ¿cabe considerar a la solidaridad un valor completamente instrumental, basado exclusivamente en razones prudenciales y no morales? Parece evidente que, como enseña la historia de su concepto, la solidaridad cobra vida como un valor ético y político que impone límites a la persecución de los intereses individuales en contextos en los que existe una potencial divergencia entre éstos y el bien de la comunidad. En los mismos, tal y como apunta Peces-Barba, la solidaridad sería el principio que ofrece el contrapeso

⁷ A. SANGIOVANNI, "Solidarity as Joint Action", *Journal of Applied Philosophy*, núm. 32, vol. 4, 2015, p. 346.

⁸ J. SCHWARTZ, "From Domestic to Global Solidarity: The Dialectic of the Particular and Universal in the Construction of Social Solidarity", *Journal of Social Philosophy*, núm. 38, 2007, 1, p. 132; A. TAYLOR, "Solidarity and Obligations", cit. pp. 131-133.

⁹ A. SANGIOVANNI, "Solidarity as Joint Action", cit. pp. 344-345.

¹⁰ A. WILDT, "Solidarity: Its History and Contemporary Definition", cit., p. 217. Si bien es cierto que, en los últimos tiempos, se ha recurrido a la noción de "reciprocidad indirecta" como fundamento de las mismas. Vid. C. LEMA, "La reciprocidad indirecta y las generaciones futuras", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 31, 2015, pp. 203-226.

al prejuicio egoísta¹¹. Sin ese potencial conflicto, el concepto perdería la tensión entre los componentes descriptivo y normativo, y no pasaría de ser más que la descripción de la reciprocidad natural entre el individuo y la comunidad¹².

Existe, no obstante, una visión de la solidaridad basada en el interés individual, que alcanzó su desarrollo más sofisticado en las interpretaciones de la «escuela de la elección racional», que ha presentado la cooperación solidaria como una forma indirecta o encubierta de egoísmo. Definida como la conducta que beneficia a otros con un coste que no es inmediatamente compensado, la solidaridad no toma en consideración otro móvil para sumarse a una acción colectiva dirigida a la producción de determinados bienes públicos que el interés propio, el “*tit-for-tat*”¹³. Esta visión insiste en la fuerza incentivadora de las sanciones institucionalizadas para adoptar comportamientos cooperativos que eviten al *free rider* y permitan que la superación del dilema del prisionero se produzca en el equilibrio de Nash y el óptimo de Pareto, esto es, donde se obtiene el resultado mejor para el conjunto y no sólo para el individuo¹⁴. Muy próxima esta concepción de la reciprocidad y la solidaridad se encontraría la teoría del *reciprocal altruism* desarrollada por Trivers y que se corresponde, en gran medida, con la noción de “*weak solidarity*”¹⁵.

Aunque una visión exclusivamente estratégica resulte incompatible con la consideración de la solidaridad como un valor moral, lo cierto es que, en el modelo social que venimos refiriendo se mezclarían los elementos prudentiales y los morales. Aunque la solidaridad no se reduzca a ello, ésta conlleva inexorablemente un componente de reciprocidad o cooperación, de compartir intereses. Por lo tanto, tan cierto es que aquella no puede reducirse a la prudencia o el autointerés, como que no brota únicamente del puro altruis-

¹¹ G. PECES-BARBA, “La solidaridad” en G. PECES-BARBA, E. FERNÁNDEZ, E y R. DE ASÍS, *Curso de Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995, p. 278. En un mismo sentido V. CAMPS, “La solidaridad” en *Virtudes públicas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1993, pp. 35-54.

¹² A. KOLERS, “Dynamics of Solidarity”, *The Journal of Political Philosophy*, núm. 20, vol. 4, 2012, p. 3; KHUSHF, G., (1999) “Solidarity as a Moral and Political Concept” en K. BAYERTZ (ed), *Solidarity*, Kluwer, Dordrecht, p. 65; S. SCHOLZ, “Political Solidarity and Violent Resistance”, *Journal of Social Philosophy*, núm. 38, vol. 1, 2007, pp. 18-20.

¹³ R. AXELROD, *The evolution of cooperation*, Basic Books, Nueva York, 1984.

¹⁴ En esta línea vid M. HETCHER, *Principles of Group Solidarity*, University of California Press, Berkeley, 1987.

¹⁵ Vid. S. LINDENBERG, “Contractual relations and weak solidarity: The behavioral basis of restraints on gain maximization”, *Journal of Institutional and Theoretical, Economics*, 1988, 144, 39-58.

mo¹⁶. La explicación para esta última tesis se encontraría en el tipo particular de empatía, o de disposición a la empatía, que conlleva la solidaridad.

2.2. Emoción reflexiva, horizontal y simétrica

Parece claro que la solidaridad contiene un componente racional o cognitivo sin el que no puede operar como una actitud moral basada en un cierto grado de universalización ¿Cabe afirmar algo similar respecto a las emociones y la empatía? *Prima facie*, la presencia en la solidaridad de un componente emocional parecería algo propio de lo que Dean llama una solidaridad afectiva, característica de las relaciones basadas en el amor o la amistad. No obstante, aunque distinta de la compasión o el altruismo, la solidaridad comparte con estas virtudes un destacado componente emocional. Vetlesen cuestiona, por tal razón, la visión habermasiana de la *solidarität*, no porque el profesor de Frankfurt la considere el revés o complemento de la justicia¹⁷, sino porque, al presentarla como una alternativa a la benevolencia por la que aboga Kohlberg, elimina las emociones en su ética discursiva. A juicio de Vetlesen, cuando decimos que somos solidarios con alguien, esa relación está determinada y acompañada por algún tipo de sentimiento hacia esa persona. Más aún, la solidaridad necesariamente evoca el recuerdo de experiencias que son más emocionales que cognitivas o intelectuales. De ahí que una persona incapaz de sentir afecto, identificación o empatía por otras personas no podría convencernos de que ha sido solidario con ellas¹⁸. En esta línea, Taylor señala que una de las condiciones de la *robust solidarity* sería la disposición a la empatía, que implica que a uno le afecte (emocionalmente) la situación de otros individuos o, como mínimo, la disposición para que esto suceda¹⁹.

¿Genera por sí sola la empatía una respuesta afectiva o emocional como la señalada? Para Nussbaum el término designa solamente una reconstrucción imaginativa de la experiencia de otra persona, sin ninguna evaluación

¹⁶ K. BAYERTZ, "Four uses of 'solidarity'" en K. BAYERTZ (ed), *Solidarity*, Kluwer, Dordrecht, 1999, p. 18; A. WILDT, "Solidarity: Its History and Contemporary Definition", cit., p. 217

¹⁷ J. HABERMAS, "Justicia y solidaridad. Una toma de posición en la discusión sobre la etapa 6" en *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. de J. Mardomingo, Trotta, Madrid, p. 76.

¹⁸ A.J. VETLESEN, *Perception, Empathy, and Judgement. An Inquiry into the Preconditions of Moral Performance*, Penn State University Press, Pennsylvania, 1994, p. 322.

¹⁹ A. TAYLOR, "Solidarity and Obligations", cit. pp. 135-136.

de tal experiencia. Sí lo hace la compasión, pero la empatía no es suficiente para la compasión, ya que, por ejemplo, un sádico puede ser bastante empático con la situación en la que se encuentra otra persona y usarlo para hacerle daño²⁰. Sin embargo, la opinión más extendida considera que la presencia de algún tipo de emoción compartida es un componente esencial de la empatía²¹. Por tanto, ésta combina la reconstrucción imaginativa de la experiencia de una persona con el juicio de que esta se encuentra angustiada y de que su angustia es mala.

Así definida, la empatía equivaldría a emociones como la simpatía y la compasión, esto es, sería una emoción dolorosa que tiene por objeto el sufrimiento no trivial de otras personas o criaturas. Su estructura cognitiva se compone de los tres siguientes elementos: a) el juicio de la *magnitud* o *seriousness* (a alguien le ha ocurrido algo malo y grave o no trivial); b) el juicio del *inmerecimiento* (normalmente no experimentamos compasión si creemos que esa persona ha provocado o elegido su propio sufrimiento) y el juicio *eudaimonista* (esa persona o criatura es un elemento valioso en el esquema de objetivos y planes de la persona que experimenta compasión). Entre los elementos de la estructura cognitiva de la compasión era frecuente encontrar también el llamado juicio de *posibilidades similares* (para que haya compasión, las personas deben reconocer que sus posibilidades y vulnerabilidades son parecidas a las de quien sufre, que uno podría encontrarse en esa misma adversidad). Sin embargo, aunque Nussbaum reconoce que para la mayoría de los seres humanos la semejanza en la vulnerabilidad de la que habla Rousseau constituye un camino importante hasta la respuesta compasiva²²,

²⁰ M. NUSSBAUM, *Political Emotions. Why Love Matters for Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2013, p. 146.

²¹ A. COPLAN and P. GOLDIE, *Empathy. Philosophical and Physiological Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. XXIII. Eisenberg y Strayer la definen como "an affective response that stems from the apprehension or comprehension of another's emotional state or condition, and that is identical or very similar to what the other person is feeling or would be expected to feel". N. EISENBERG & J. STRAYER, "Critical Issues in the Study of Empathy" en N. EISENBERG & J. STRAYER (eds), *Empathy and its Development*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, p. 5.

²² "No acostumbréis, pues, a vuestro alumno a mirar desde lo alto de su gloria las penas de los infortunados, los trabajos de los miserables, ni esperéis enseñarle a compadecerlos, si los considera como extraños a él. Hacedle comprender bien que la suerte de esos desgraciados puede ser la suya, que todos sus males están bajos sus pies, que mil acontecimientos imprevistos e inevitables pueden sumirlo en ellos de un momento a otro". J.J. ROUSSEAU, *Emilio o De la educación*, trad. de M. Armiño, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 331-332.

no lo considera parte necesaria del concepto de solidaridad: en principio, podemos sentir compasión por otros sin contemplar su situación como algo que resulta probable que podamos experimentar²³.

Lo característico de la solidaridad o empatía solidaria propia del modelo comunitario es que, en gran medida, el *juicio eudaimonista* está alimentado por los sentimientos de unión e identificación con quien sufre basados en la persecución de intereses y proyectos comunes. Heyd ofrece la conexión más clara de esta vinculación entre el aspecto emocional y grupal de la solidaridad. A su juicio, nos sentimos solidarios con algunos de nuestros semejantes, pero en virtud de lo que cabría denominar una *emoción reflexiva*, es decir, determinada por la creencia en compartir un proyecto común. Por tal motivo, la solidaridad posee un fuerte componente ideológico, lo que, a su juicio, la sitúa “a medio camino entre sentimientos como el amor o la compasión y el reconocimiento kantiano puramente racional del valor moral de otros seres humanos dotados de dignidad y derechos”²⁴. La solidaridad sería una emoción en la que, además del modo particular en el que se produce el juicio eudaimonístico, se diferencia de la compasión porque:

- a) no sugiere un nivel de sufrimiento tan intenso, no tanto por parte de la persona afligida, como de quien se solidariza con ella;
- b) designa una mayor exigencia de comprensión de la situación en que se encuentran las víctimas de un sufrimiento inmerecido y de sumarse a acciones colectivas e iniciativas de actuación para acabar con ella.

Creo que estos dos últimos rasgos específicos de la solidaridad respecto a la empatía o la compasión forman parte de su significado central y, aunque no funcionen exactamente del mismo modo en uno y otro, son comunes a los modelos social y global de solidaridad. Retomaré esta cuestión más adelante, al analizar las transformaciones del concepto de solidaridad en el segundo de dichos modelos. Lo que me interesa destacar ahora, en relación con la respuesta a la pregunta anterior de si la solidaridad es un valor basado en razones prudenciales y no morales, que el *eudaimonismo* en general (seguramente en menor medida el propio de la solidaridad) no es egoísmo. Como expresa con lucidez Jaeggi, el rasgo más desafiante de la solidaridad es que,

²³ M. NUSSBAUM, *Upheavals of Thought: The Intelligence of Emotions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 304-326; M. NUSSBAUM, *Political Emotions...*, cit., p. 144.

²⁴ D. HEYD, “Justice and Solidarity”, *Journal of Social philosophy*, núm. 38 vol. 1, 2007, p. 20; D. HEYD, “Solidarity: A Local, Partial and reflective emotion”, *Diametros*, núm. 43, 2015, p. 59.

de cierto modo, parece “trascender” la oposición entre motivaciones basadas en el altruismo y en el egoísmo²⁵.

Como vemos, la búsqueda de elementos diferenciadores entre la solidaridad y otras emociones y/o valores próximos como la empatía, la compasión o la simpatía es un objetivo legítimo en cualquier análisis filosófico tanto de su concepto como de su papel en los debates sobre la justicia social. En el modelo comunitario, la búsqueda de esa diferencia se traduce en la insistencia en considerar la igualdad y la simetría u horizontalidad como rasgos esenciales de la solidaridad. Los primeros desarrollos de ésta como un valor moral y político estuvieron animados por el objetivo de convertirla en un principio diferente de la caridad cristiana señalando, con tal propósito, la relación de igualdad que existe entre quien (solidariamente) ayuda o asiste y el beneficiario de esa acción. Esta noción de igualdad, ya presente en su original acepción jurídica antes señalada, también es una de las claves de su primera definición sistemática por parte de Leroux. Como expresará en *Le Humanité* (1840) y *La Grevé de Samarez* (1863), su propósito de secularizar a través de la solidaridad la virtud cristiana de la caridad exige no confundirla con la piedad, conmiseración o compasión, que connotan un rebajamiento del otro, sino convertirla en un sentimiento de amor y amistad entre iguales. También en sus primeros desarrollos como valor que expresa las obligaciones mutuas entre los miembros de grupos unidos por una causa común, particularmente en la solidaridad de la clase trabajadora propugnada por el pensamiento marxista, las responsabilidades solidarias contienen un fuerte componente de igualdad y reciprocidad entre los individuos que cumplen sus deberes solidarios y los beneficiarios de dicho cumplimiento.

La concepción de la solidaridad defendida por Heyd es una versión refinada de esta visión que considera la igualdad entre el que ejerce la solidaridad y el que se beneficia de ella como uno de los principales signos distintivos de este valor o virtud. La solidaridad es una relación horizontal, a diferencia de la compasión y el altruismo, que se dirigen a personas que ocupan una posición de inferioridad. La compasión y el altruismo marcan la relación entre no iguales, entre los que necesitan ayuda y quienes se la pro-

²⁵ Para Jaeggi esto significa que “despite its reciprocity, the motivation for solidarity cannot be reduced to the enlightened self-interest of rationally calculating individuals. Seeing ‘one’s own fate in the fate of the other’ not only refers to the possibility that one is or could be confronted with the same situation as the other, it means that his fate affects me in a significant way”. J. JAEGGI, “Solidarity and Indifference” in R. MEULEN, W. ARTS, R. MUFFELS (eds), *Solidarity in Health and Social Care in Europe*, Kluwer, Dordrecht, 2001, p. 292.

porcionan, creando, de esta forma, una relación de dependencia unilateral y, por lo tanto, de asimetría. Por el contrario, la solidaridad es, por definición, una relación simétrica, basada en el beneficio mutuo y la reciprocidad. A diferencia de esta última, que presupone cooperación en el marco de alguna empresa o misión común, la simpatía únicamente exige comprender el dolor o necesidad de otras personas. En este sentido, es indiscriminada e independiente tanto de las creencias como de la identidad de su objeto. Por tal motivo, “experimentamos solidaridad y no simpatía por nuestros colegas académicos, pero sentimos simpatía, en lugar de solidaridad, por las víctimas de un terremoto en un país lejano”²⁶.

2.3. Parcial, no universal

En la solidaridad conviven elementos que, en principio, permiten convertirla en un valor o razón moral capaz de abarcar, tanto a grupos reducidos de seres humanos, como a otros más amplios²⁷. La solidaridad ha mostrado su capacidad para no operar únicamente en grupos basados en la semejanza sino expandirse también a otros mucho mayores, en los que las relaciones entre sus miembros no surgen de la cercanía y la intimidad, sino que son completamente anónimas: clase social, profesión, género, nación, ciudadanía, etc. ¿Se detiene esa dinámica expansiva aquí, o puede la solidaridad unir a personas que viven o proceden de lugares muy lejanos e hipotéticamente a todos los seres humanos?

Heyd, Bayertz, Wildt o Lenard²⁸, entre otros pensadores claramente no cosmopolitas sino estatistas, consideran que, por razones intrínsecas o conceptuales,

²⁶ D. HEYD, “Solidarity: A Local, Partial and reflective emotion”, cit, p. 58.

²⁷ Lo cierto es que, con ella puede estar haciéndose referencia a cuatro formas de vinculación social bastante diferentes, tal y como se pone de manifiesto en los cuatro usos que atribuye Bayertz al término: a) la relación entre los seres humanos concebidos como una gran comunidad moral; b) el “cemento interno” que mantiene unida a una sociedad. Este comprende tanto el tipo de amistad cívica de la que hablaba Aristóteles, como las formas más anónimas de interconexión características de las sociedades modernas; c) el vínculo derivado de la defensa de intereses comunes. En este caso, el término abarca desde manifestaciones negativas (bandas de criminales) a otras más positivas (movimientos sociales de trabajadores, mujeres, ecologistas, etc.); d) los vínculos entre compatriotas que permiten sostener los programas redistributivos y asistenciales del *Welfare State*. K. BAYERTZ, “Four uses of ‘solidarity’”, cit, pp. 3-4.

²⁸ Vid. P. LENARD, “What is solidaristic about global solidarity?” en T. LENARD, C. STRAEHLE & L. YPI, “Global solidarity”, *Contemporary Political Theory*, núm. 9, 2010, pp. 99-110.

la solidaridad remite a una comunidad más o menos local, no global y, menos aún, universal o que abarque al conjunto de la humanidad. Aunque, como se ha señalado, no deba basarse en la identidad o la semejanza, la solidaridad tiene como referencia a un grupo definido por la posesión de determinadas características, encontrarse en cierta situación o realizar una clase de actividad. Habría dos elementos del significado de la solidaridad, tal y como se ha venido entendiendo hasta ahora, que la convierten en un valor no global o universal. En primer lugar, para hablar de solidaridad no basta con la existencia de un grupo que comparta un mismo objetivo o interés, sino que es precisa, además, la *identificación mutua* entre los miembros del grupo así definido. Tal identificación es *bidireccional*, ya que no es sólo el individuo el que necesita identificarse con el grupo, sino que, en cierta medida, es el grupo el que necesita reconocer y admitir al individuo²⁹. En segundo lugar, a diferencia de la relación con las personas que forman el círculo de familiares y allegados, la solidaridad conlleva sentimientos de *confianza* entre sus miembros no basados en la intimidad o la cercanía, sino determinados por un compromiso con una idea o causa. Cuanto más intensa sea la comunión de intereses, la identificación mutua y la empatía, mayor será la confianza entre los miembros del grupo³⁰. Al exigir estas condiciones, la solidaridad sería siempre grupal, local, pero nunca universal³¹. Si el fundamento de toda forma de solidaridad es el yo y sus identificaciones³², la hipótesis de un yo que se identifique, en un sentido no puramente racional sino también emocional, con todos los seres humanos escapa a las posibilidades de la condición humana.

Por tal motivo, la solidaridad implica cierto tipo de lealtad³³, en concreto, es una lealtad particularista y excluyente³⁴. *Particularista*, dado que privilegia

²⁹ A. TAYLOR, "Solidarity and Obligations", cit., p. 133.

³⁰ Y es que, como señala Heyd, la solidaridad opera de modo dialéctico: nos comprometemos en una cooperación justa con las personas que nos preocupan y, a su vez, la cooperación misma refuerza nuestra solidaridad con ellos. D. HEYD, "Justice and Solidarity", cit., p. 121.

³¹ Bayertz señala, en tal sentido, que existe una dimensión particularista en el uso del término solidaridad por la cual ésta no se refiere al vínculo que une a la humanidad en su conjunto, sino a la cohesión de un grupo más reducido y limitado, incluidos los deberes resultantes del mismo. K. BAYERTZ, "Four uses of 'solidarity'", cit., p. 9.

³² S. STJERNØ, *Solidarity in Europe: The History of an Idea*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 16.

³³ D. HEYD, "Solidarity: A Local, Partial and reflective emotion", cit., p. 56.

³⁴ A. CALSAMIGLIA, *Cuestiones de Lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Paidós, Barcelona, 2000, pp. 53-55. J. KLEINIG, "Loyalty", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter Edition, E. ZALTA (ed.), 2017. dirección web: <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/loyalty> (fecha de consulta: 10/09/2018).

a ciertos grupos o individuos, ya que no brota de la común humanidad, sino de la importancia autorrealizadora de los vínculos asociativos, de su carácter constitutivo de la identidad personal en tanto que ingredientes básicos del florecimiento humano³⁵. *Excluyente*, ya que, como veremos a continuación, *A* actúa en solidaridad con *B* únicamente si hay un tercer grupo *C*, que se sitúa como un competidor potencial de *B*³⁶. Hay otros rasgos de las lealtades que, por el contrario, no cabe predicar de la solidaridad. En primer lugar, ésta no posee una estructura jerárquica, que exija una dedicación incondicional al grupo, incluso cuando el mismo está equivocado (el famoso “*Deutschland, Deutschland über alles*” o el “con la patria se está, con razón o sin ella” pronunciado por Cánovas). Las lealtades encuentran justificación, en tales casos, en la medida en que los vínculos especiales así promovidos tienen más peso o excusan el disvalor de la acción incorrecta. La exigencia de consideración mutua entre los miembros de un grupo característica de la solidaridad no exige tanto, sino sólo a otorgar a sus respectivos intereses algún peso no instrumental en su razonamiento práctico³⁷. La lealtad solidaria respecto al grupo dependerá, finalmente, de un conjunto de factores, fundamentalmente, de lo que la persona que ejerce la solidaridad entienda por “éxito” en la consecución de sus intereses por parte del grupo, y del lugar que asigne a los mismos en su escala de valores³⁸.

La explicación para que la solidaridad sea conceptualmente local y parcial debe buscarse también en su carácter *artificial* y *agónico*. Tanto si se refiere a grupos que comparten tradiciones y valores, como a quienes persiguen intereses comunes, la solidaridad no se desarrolla naturalmente, sino que, en

³⁵ En este sentido S. SCHEFFLER, *Boundaries and Allegiances*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 94-96.

³⁶ G. FLETCHER, *Loyalty. An Essay on The Morality of relationships*, Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 8.

³⁷ A. MASON, *Community, Solidarity & Belonging: Levels of Community & Their Normative Significance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 27.

³⁸ A. KOLERS, “Dynamics of Solidarity”, cit., pp. 1-19; A. TAYLOR, “Solidarity and Obligations”, cit., p. 134. ¿Significa ello que los deberes solidarios no constituyen auténticas exigencias morales? Algunos estiman que la expresión “deber ético” únicamente debería ser empleada para referirse a lo que se debe hacer, consideradas todas las circunstancias. Es decir, antes de establecer lo que debe concluyentemente hacerse, no habría genuinos deberes. Frente este planteamiento kantiano, en lugar de afirmar que las responsabilidades solidarias únicamente poseen valor moral una vez constatado que no violan o traspasan otros valores últimos y superiores (derechos humanos básicos, dignidad humana, etc.) defenderé que las poseen valor ético, no en el sentido de que representen deberes que establecen concluyentemente lo que debe hacerse, sino en el de ser *razones morales pro tanto*.

gran medida, es una conexión artificial entre individuos que no se encuentran unidos de forma espontánea o irreflexiva. Son las creencias o intereses lo que, más allá de la interconexión realmente existente entre ellos, les hace considerarse miembros de un mismo grupo que se deben apoyo y preocupación entre sí. En cierta manera, la solidaridad, como la nación (Anderson), es un vínculo imaginado que, al mismo tiempo que aglutina al grupo, también sirve para delimitarlo, esto es, para cerrarlo³⁹. Por otro lado, al desarrollarse como una forma particular de acción colectiva dirigida a la consecución de un objetivo compartido por un grupo más o menos amplio pero limitado de personas, la solidaridad sería un concepto *relacional*, en el sentido de que presupone una causa común que nunca es universal sino siempre perseguida en competencia, o al menos en oposición, con otras causas y grupos. Que la identificación con el grupo sea de alguna manera excluyente y relacional no significa, no obstante, que resulte hostil hacia los demás grupos, o que incurra en la dialéctica amigo-enemigo sino, como señala Mouffé, que la solidaridad sea *agonista* en lugar de *antagonista*⁴⁰.

3. LA SOLIDARIDAD GLOBAL

Como hemos podido apreciar, la noción moderna de solidaridad, alumbrada a partir de la Revolución Francesa e impulsada fundamentalmente por el pensamiento socialista y anarquista, posee una dimensión principalmente política, lo que ha permitido que termine abarcando a todos los nacionales de un Estado⁴¹. Aunque la redistributiva no sea la única dimensión de la solidaridad en el marco de los Estados nación⁴², no hay duda de que, en par-

³⁹ Como escribe Dean, “these goals and beliefs that serve to bind the group together present themselves as delimiting the self-understanding of the group and provide limits beyond which one as a member cannot go”. J. DEAN, *Solidarity of Strangers. Feminism after Identity Politics*, University of California Press, Berkeley, 2002, p. 115.

⁴⁰ C. MOUFFÉ, “Politics, Democratic Action, and Solidarity,” *Inquiry. An Interdisciplinary Journal of philosophy*, núm. 38, 1995, pp. 99-108.

⁴¹ Como explica Habermas, en la Europa del siglo XIX, la nación funda nuevos lazos de solidaridad entre personas que hasta entonces había sido extrañas unas para otras. J. HABERMAS, *La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política*, trad. J.C. Velasco, Paidós, Barcelona, 1996, p. 88.

⁴² En contra de la que, a su juicio, representa la visión europea tradicional de la solidaridad, Banting y Kymlicka defienden que, en el marco de los Estados nación, la solidaridad no posee únicamente una dimensión *redistributiva*, sino también *cívica* (caracterizada por la tolerancia mutua, la ausencia de prejuicios, el compromiso de vivir juntos en paz, la acep-

ticular en las últimas décadas del siglo pasado, la solidaridad se convertirá en un valor fundamental en la justificación y puesta en marcha del constitucionalismo del Estado Social⁴³. Los derechos que lo caracterizan representan, sin duda, “la institucionalización de la solidaridad”⁴⁴. Entendida como *la comunidad en los deberes correlativos a los derechos fundamentales*⁴⁵, el artículo 2 de la Constitución italiana vinculará su protección a los «deberes inderogables de solidaridad política, económica y social» (art.2) y, más recientemente, el Capítulo IV de la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión europea ha englobado bajo el título de “Solidaridad” derechos de la segunda generación como la protección de la salud, al acceso a las prestaciones de seguridad social, a unas condiciones laborales dignas, etc.

¿Se detiene en las fronteras de los Estados la lógica expansiva que animó, a través del concepto de ciudadanía nacional, la evolución desde una solidaridad derivada de la semejanza a otra basada en proyectos políticos de amplio alcance? ¿Es posible dar un impulso universalista al concepto de solidaridad para dar cuenta mediante el mismo, tanto de los sentimientos de

tación de personas de diferentes etnias, lenguas y religiones como miembros legítimos de la comunidad, como miembros del “nosotros” y una apertura a los recién llegados de diversas partes del mundo) y *democrática* (caracterizada por el apoyo a los derechos humanos e igualdades básicas, como la igualdad de hombres y mujeres, el apoyo al Estado de Derecho y a las normas y procesos democráticos, incluida la necesidad de promover posiciones razonadas en los debates públicos, la participación equitativa de los ciudadanos de todos los orígenes, y la tolerancia respecto a la expresión política de diversos puntos de vista culturales compatibles con los derechos e igualdades básicas). K. BANTING & W. KYMLICKA, “Introduction. The Political Sources of Solidarity in Diverse Societies”, en K. BANTING & W. KYMLICKA, (eds.), *The Strains of Commitment. The Political Sources of Solidarity in Diverse Societies*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p.4.

⁴³ En ese sentido C. DE CABO, *Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Madrid, 2006. Por tal motivo, SanGiovanni considera que el propósito de ofrecer un análisis filosófico del concepto de solidaridad es identificar los rasgos que mejor explican su papel en los debates en torno a las ambiciones y límites de la justicia socioeconómica en el marco del *Welfare State*. A. SANGIOVANNI, “Solidarity as Joint Action”, cit. p. 343. Acerca de las relaciones entre el principio de solidaridad y derechos sociales vid. KOHN, “Solidarity and social rights”, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, núm. 21, vol. 5., 2018, pp. 616-630.

⁴⁴ J. DE LUCAS, “La polémica de los derechos de solidaridad. El ejemplo del deber de defensa y su concreción en un servicio civil”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm.19, 1994, p. 26; F. FERNÁNDEZ SEGADO, “La solidaridad como principio constitucional”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 139-181.

⁴⁵ L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia. 1 Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2013, p. 679.

unión y mutualidad entre los seres humanos, como de la necesidad de generar actitudes de ayuda frente a quienes somos cada vez más interdependientes? ¿Puede el significado de la solidaridad soportar su expansión cosmopolita manteniendo una cierta coherencia interna y, tanto o más aún, suficiente autonomía conceptual frente a otros valores muy próximos?

Existe, sin duda, una paradoja en la noción de solidaridad: la expresión connota unidad y universalidad, pero únicamente se hace efectiva en el curso de luchas que implican antagonismo y parcialidad⁴⁶. Sin embargo, también es cierto que, de una u otra forma, una lógica inclusiva y potencialmente universalista también ha animado algunas de las principales líneas de pensamiento que han contribuido a dar vida a este concepto. Tanto la noción cristiana de la caridad, como la revolucionaria de la fraternidad (política y no exclusivamente ética además de laica), constituyen antecedentes importantes de la dimensión cosmopolita que cabe reconocer actualmente a la solidaridad. El propio Durkheim, aunque tenía en mente una construcción social cuya escala era el estado-nación, también deja en claro que algún día podría lograrse la solidaridad al nivel de una “sociedad humana única”, por muy lejana que resultara esa posibilidad a fines del siglo XIX⁴⁷.

De ahí que, en contra de la posición defendida por Heyd o Lenard, una importante y heterogénea nómina de pensadores venga abogando por una redefinición de la solidaridad en clave global, transnacional o cosmopolita⁴⁸, para referirse a las actitudes de reconocimiento y ayuda que demandan tanto las conexiones e interdependencias cada vez más visibles y profundas, como las nuevas formas de injusticia y explotación, que ha propiciado la economía globalizada. Como señala la *Declaración del Milenio*, la tarea fundamental a la que nos enfrentamos hoy es conseguir que la mundialización se convierta en una fuerza positiva para todos los habitantes del mundo. Y, entre los valores esenciales para lograrlo, incluye a la solidaridad, a la que define en los siguientes términos: “Los problemas mundiales deben abordarse de manera tal que los costos y las cargas se distribuyan con justicia, conforme a los principios fundamentales de la equidad y la justicia social. Los que sufren, o los que menos se benefician, merecen la ayuda de los más beneficiados”⁴⁹.

⁴⁶ L. WILDE, *Global Solidarity*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2013, p. 15.

⁴⁷ E. DURKHEIM, *La división del trabajo social*, trad. C. Posada, Akal, Madrid, 1995, p. 475.

⁴⁸ En este sentido O. PEREZ DE LA FUENTE, “Algunas estrategias para la virtud cosmopolita”, *Derechos y Libertades*, 15, 2006, p. 98.

⁴⁹ *Declaración del Milenio*, Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 8 de Septiembre de 2000, A/RES/55/2.

Estamos, pues, ante un valor que denota la exigencia de una incumbencia moral y política mucho más incluyente⁵⁰, que nos permita pasar definitivamente de una solidaridad *entre nosotros* a una solidaridad *hacia los otros*⁵¹, de una solidaridad *dentro de un grupo* a otra *entre grupos*⁵², de una *affective solidarity* (en la que las relaciones se basan en la cercanía y las responsabilidades morales se limitan a los otros concretos a los que se está emocionalmente conectado) y una *conventional solidarity* (basada en intereses comunes que surgen de tradiciones y valores que unen a un grupo o comunidad y suelen estar basados en luchas o esfuerzos comunes), a una *reflective solidarity* (fundada en una comunidad universal de diálogo, definida como una expectativa mutua de orientación responsable hacia relaciones basadas en el reconocimiento de nuestra interdependencia y vulnerabilidad compartida)⁵³. En definitiva, como señala Rorty, la solidaridad exigiría que extendamos nuestro sentido del “nosotros” a personas que antes hemos considerado como “ellos”⁵⁴.

En lo que sí coinciden quienes defienden la posibilidad de una solidaridad transnacional con quienes la conciben en los términos domésticos antes señalados es en la imposibilidad de hablar de una solidaridad mundial o universal. La solidaridad, tal y como señala Camps, debe ser selectiva no frente a quién, en relación con qué grupo o grupos de personas deberíamos hacer nuestros sus intereses, sino, más bien, por lo que se refiere al tipo de carencias y necesidades ajenas que demandan esa incumbencia: “hay que tender los brazos de la solidaridad –afirma esta autora– a los más desposeídos, a los que no ven reconocida su categoría de ciudadano o persona”⁵⁵. Un principio que exigiera sentir o expresar solidaridad hacia todos y cada uno de los seres humanos, además de absolutamente vago, sería imposible de aplicar. Por consiguiente, que la dimensión transnacional que impone la globalización no pueda dejar de proyectarse sobre la noción de solidaridad no significa que el complemento o la alternativa al modelo comunitario deba ser

⁵⁰ Sobre la evolución desde una solidaridad *excluyente* a otra *incluyente* Vid. M.E RODRÍGUEZ-PALOP, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 432 y ss.

⁵¹ I. ZUBERO, “Solidaridad: recuperar su sentido fuerte” en A. GARCÍA INDA y C. MARCUELLO SERVÓS, *Conceptos para pensar el siglo XXI*, Los libros de la Catarata, Madrid, pp. 249-279.

⁵² A. TAYLOR, “Solidarity and Obligations”, cit., p. 129.

⁵³ J. DEAN, *Solidarity of Strangers. Feminism after Identity Politics*, cit. pp 136 y ss.

⁵⁴ R. RORTY, *Contingency, irony and solidarity*, Cambridge University Press, 1989, p. 192.

⁵⁵ V. CAMPS, “La solidaridad”, cit., p. 48; J. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, “Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad”, *Sistema*, 101, 1991, p. 127.

una solidaridad universal y no otra que, pese a su carácter expansivo, denota la relación con grupos más pequeños que el universo abstracto de los seres humanos⁵⁶. En todo caso, la idea de una *general human solidarity* podría funcionar como una noción límite, como un ideal u horizonte de posibilidad⁵⁷.

Como he señalado, una solidaridad cosmopolita o global ofrece diferencias, algunas de ellas muy significativas, respecto al modelo social. Basándome en los trabajos de Stjernø, Wilde, Vargas-Machuca, Ypi, Taylor y, en especial, Gould, trataré de desgranar las principales transformaciones que deben imprimirse al concepto de solidaridad para, sin reducirlo por ello a un mero inventario de sus nuevos usos comunes, lograr explicar satisfactoriamente las funciones prácticas *amplio sensu* que ha adquirido en el contexto de un mundo globalizado.

3.1. La solidaridad como conciencia de vínculos y dependencias

En el modelo de solidaridad social o comunitaria, especialmente cuando el grupo no es muy amplio, persigue intereses relativamente concretos o el criterio que lo delimita es muy objetivo (raza, género, edad, etc.), las conexiones y dependencias, las cadenas de cooperación, así como la percepción de que los mejor situados deben cierta ayuda y asistencia a los menos aventajados (en tanto que participan en una acción colectiva mutuamente provechosa, pero no siempre equitativa), no resultan difíciles de apreciar. Esto último

⁵⁶ De ahí que, como señala De Lucas, “no es posible entender la noción de solidaridad sin la de comunidad, lo que no significa necesariamente que sólo desde una concepción holista (o comunitarista en el sentido de colectivista) se pueda mantener la solidaridad como principio fuerte”. J. DE LUCAS, “La polémica de los derechos de solidaridad...”, cit., p. 11.

⁵⁷ Para Gould, “it is useful to retain a concept of general human solidarity as a limit notion, or what might be called a horizon of possibility, where it refers to a disposition that each can have to act in solidarity with some others. Additionally, it could plausibly designate a willingness to acknowledge need in everyone else and to act in general ways to support their human rights, especially by working toward the construction of transnational institutions that can allow for their fulfillment worldwide, or by participating in social movements that take such egalitarian rights fulfillment as a goal. C. GOULD, “Transnational Solidarities”, en C. GOULD, *Interactive Democracy: The Social Roots of Global Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 109. Como señala también Scholz, la solidaridad trasnacional está unida a la lucha, la protesta y la resistencia. Por tal razón, “is not likely to be universal; however, it might be possible to imagine a quasi-universal political solidarity in response to pollution, environmental degradation, global warming or other human-in origin threats that endanger all human beings. Nevertheless, as with solidarity to all humanity, universal political solidarity remains a normative ideal rather than an actualized phenomenon”. S. SCHOLZ, “Solidarity” en D. CHATERJEE, (ed), *Encyclopedia of Global Justice*, Springer, Dordrecht, vol. 2, 2012, p. 1024.

no parece tan fácil en la esfera internacional. Ciertamente, con la globalización se ha diluido en gran parte la distinción entre lo cercano y lo lejano, lo interno y lo externo, y ha aumentado la posibilidad de que, voluntaria o involuntariamente, las acciones de unos y otros repercutan positiva o negativamente en muchas personas que se ignoran o desconocen por completo. Sin embargo, la percepción por quienes participan en ellas de tales conexiones e interdependencias es aun relativamente débil y, más aún, el deber de asumir equitativamente sus costes y cargas.

Son muchas las personas que, seguramente, desconocen, entre otras, las cadenas de producción transnacionales que hay tras gran parte de los productos que consumen (alimentos, ropa, calzado, productos electrónicos, etc.). Más allá de la curiosidad cosmopolita que puede animar a realizar un viaje mental por todos los eslabones de esas cadenas, la toma de conciencia de esa realidad puede terminar mostrándonos que no sólo en el plano doméstico sino también en el global existe una relación entre el bienestar de los más aventajados y el sufrimiento y la explotación de los peor situados, una realidad que merece una corrección en términos de justicia distributiva (suficientista o igualitarista), pero también respuestas solidarias individuales y grupales que contribuyan a acabar con esta situación⁵⁸. Un consumidor bien informado de nuestro tiempo puede descubrir cómo, muy probablemente algunas de las cosas que come, viste o use han sido producidas en condiciones de explotación y/o de esclavitud: el chocolate si ha sido elaborado con cacao cultivado en Costa de Marfil, la ropa económica si está confeccionada en *sweatshops* de Asia, los neumáticos de su vehículo en el caso de haber sido fabricados con caucho de Liberia, los cosméticos cuando utilizan leche de palma de Indonesia, Borneo o Sumatra, etc. A la vista de todo ello, cabría preguntarse si, en un mundo cada vez más interconectado y globalizado, la conexión advertida por Adam Smith entre la libertad y el bienestar del que disfrutaban los más aventajados en el seno de una sociedad y la opresión de los esclavos dentro de esa misma sociedad⁵⁹, no resulta extrapolable al conjunto del planeta; si la viabilidad del estilo de vida occidental, basado en la

⁵⁸ I. YOUNG, "From Guilt to Solidarity; Sweatshops and Political Responsibility", *Dissent*, núm. 50, vol. 2, 2003, pp. 39-47.

⁵⁹ Para éste, "la libertad del libre era la causa de la gran opresión de los esclavos. Jamás ningún país dio mayor libertad a los hombres libres que Roma; hasta el punto de que ningún hombre libre podía ser conducido a la muerte por crimen alguno, mientras que un esclavo lo sería por el más pequeño". A. SMITH, *Lecciones de Jurisprudencia*, trad. de M. Escamilla y J.J. Jiménez, Comares, Granada, 1996, p. 218.

generación incesante de necesidades de bienes y servicios a muy bajo coste, únicamente resulta viable mediante la explotación de tantas personas. De ahí que la solidaridad exija, como primer paso, la comprensión práctica de estar asociados, la habilidad para establecer una relación entre ciertos males y determinados hechos o situaciones entre los que, a primera vista, no parece existir conexión alguna⁶⁰, y terminar con la falsa sensación de total independencia entre el bienestar del que disfrutaban unos y la privación y explotación de otros, aún dominante entre muchos habitantes del primer mundo.

3.2. Una solidaridad construible

Existe una opinión muy extendida que considera que la solidaridad doméstica brota, de modo natural y espontáneo, de la identificación mutua y de los intereses compartidos entre conciudadanos y que, por tal motivo, constituye una motivación fuerte para asumir deberes de justicia distributiva en favor de los menos aventajados de cierta sociedad. Frente a ella, la solidaridad global es una realidad muy débilmente existente, ya que no existe en las relaciones entre extranjeros, ni las percepciones, ni los sentimientos de unión, identificación y necesidad mutua que caracterizan a los vínculos entre los miembros de una misma comunidad política. Si, como señalan Bayertz y Held, la solidaridad contiene no sólo un elemento cognitivo sino también otro emocional o sentimental significativo, especialmente este último parecería perder fuerza si no estamos unidos por vínculos nacionales o políticos con quienes precisan de nuestra ayuda, o no nos unen a ellos interdependencias o intereses fáciles de apreciar y si, además, se encuentran muy alejados de nosotros⁶¹.

⁶⁰ J. JAEGGI, "Solidarity and Indifference", cit., p. 301.

⁶¹ Como han insistido Rorty y Miller, a la hora de solidarizarnos con quienes no forman parte de nuestra comunidad política, el reconocimiento racional de la común humanidad o del igual valor moral de las necesidades de todos los seres humanos solo puede resultar persuasivo para una élite ilustrada y racionalista, pero no es una fórmula capaz de motivar a la gran mayoría de seres humanos que no disponen del tiempo, el ocio y los recursos suficientes para generar una visión totalmente desencantada y racional tanto de su identidad como del origen de los deberes hacia los otros. En este sentido, tal y como señala Pensky, la "solidaridad cosmopolita" sería la una respuesta a la cuestión relativa a si existe alguna razón, al margen del reconocimiento abstracto de los deberes morales, que pueda motivar a las personas a comprometerse con acuerdos redistributivos radicalmente diferentes de aquellos que maximizan el interés propio. M. PENSKY, "Two Cheers for Cosmopolitanism: Cosmopolitan Solidarity as Second-Order Inclusion", *Journal of Social Philosophy*, núm. 38, vol. 1, 2007, p. 168.

Sin embargo, conviene no perder de vista que la solidaridad es una emoción reflexiva, determinada por ideas y creencias⁶². Por consiguiente, ninguna solidaridad es algo natural, que brote espontáneamente de la vida social, sino una realidad que debe ser social y políticamente construida, incluso en el seno de los Estados-nación, a través de la actuación de diferentes agentes: individuos, asociaciones, organizaciones profesionales y sindicales, partidos políticos, confesiones y redes nacionales e internacionales. De esta forma, las *relaciones solidarias* no son necesariamente anteriores al reconocimiento de *deberes* morales entre conciudadanos, sino que también pueden ser el resultado de procesos políticos que conforman institucionalmente dichos deberes⁶³. De lo anterior se desprende que, aunque no exista ciertamente una disposición a asumir como propios los intereses de los extranjeros equiparable a la que mostramos hacia los miembros de nuestra comunidad política, no se trata de una realidad inamovible. Para lograr cambiar este escenario, es necesario adoptar una perspectiva dinámica, que estime factible y realista abogar por una solidaridad global, tal y como ha asumido la Asamblea General de Naciones Unidas al declarar el 20 diciembre como el “día de la solidaridad humana internacional”. De un modo similar a lo que ocurre con la idea de los derechos humanos, existiría en la solidaridad una lógica interna expansiva que, con inteligencia e imaginación, permitiría avanzar desde una solidaridad únicamente doméstica a otra también global.

Se han señalado distintas estrategias para lograr esta transformación cosmopolita de la solidaridad conducente a extender el círculo de incumbencia moral. Unas se centran en fomentar su expansión emocional o sentimental, convirtiendo a la solidaridad en un concepto clave para lograr superar la insuficiente capacidad persuasiva de un cosmopolitismo ético de corte racionalista. La construcción de la solidaridad humana que defiende Rorty, concebida como la habilidad para percibir con cada vez mayor claridad las diferencias tradicionales (de la tribu, la religión, la raza, las costumbres y otras similares) como carentes de importancia cuando se las compara con las semejanzas respecto a la humillación y el sufrimiento, y concebida en términos de progreso moral, es uno de los exponentes más conocidos de esta vía sentimental⁶⁴. A su juicio, la difusión de la cultura de los derechos huma-

⁶² D. HEYD, D, “Solidarity: A Local, Partial and reflective emotion”, cit., p. 59.

⁶³ S. STJERNØ, *Solidarity in Europe: The History of an Idea*, cit., p. 325; L. YPI, “Politically constructed solidarity: The idea of a cosmopolitan avant-garde” en T. LENARD, C. STRAEHLE & L. YPI, “Global solidarity”, *Contemporary Political Theory*, 2010, p. 121.

⁶⁴ R. RORTY, *Contingency, irony and solidarity*, cit., p. 192.

nos responde mucho más a un progreso de los sentimientos que a un mayor conocimiento de las exigencias de la ley moral. De ahí, que la suerte de las víctimas de las violaciones de los derechos humanos dependa “de que los periodistas de la televisión sean capaces de hacer que nosotros, los espectadores de los países seguros, sintamos que las víctimas son hombres o mujeres como nosotros, seres humanos reales, mucho más de lo que nos habíamos dado cuenta”⁶⁵. Por esta razón, los relatos periodísticos y las imágenes televisivas pueden propiciar en la actualidad una función de expansión de la empatía similar a la que, como explica Hunt, realizaron algunas novelas del siglo XVIII de cara a lograr la “invención de los derechos humanos”⁶⁶.

No conviene, sin embargo, exagerar la entidad moral de este efecto. El constante bombardeo de imágenes del sufrimiento termina anestesiándonos e inmunizándonos de sus beneficios emocionales y generando una “fatiga de la compasión”⁶⁷. Además, conviene llamar la atención sobre lo injusta o arbitraria que puede llegar a ser la acción moral resultante de una empatía que, en gran medida, sea el resultado de una atención selectiva de los medios de comunicación, que a veces es más resultado del azar que de una decisión calculada. Como advierten Woods y Pogge, el foco de la preocupación solidaria no tiene por qué recaer necesariamente en los más necesitados, tampoco en aquellos con quienes existe una relación basada en el daño que haya podido haberseles causado en el pasado, sino que la atención puede terminar dirigiéndose hacia quién grita más fuerte o tiene la historia más atractiva que contar a los medios de comunicación. El resultado es que se nos termina permitiendo ayudar a un extraño necesitado y no a otro, incluso cuando las necesidades del último son mayores, simplemente “porque nos agrada su rostro o la historia que nos cuenta”⁶⁸.

⁶⁵ R. RORTY, “Human rights, rationality and sentimentality” en S. SHUTE and S. HURLEY, *Human rights. The Oxford Amnesty Lectures*, Basic Books, Nueva York, 1993, pp. 129-130 (p. 132 trad. cast. Trotta, 1993).

⁶⁶ L. HUNT, *La invención de los derechos humanos*, Tusquets, Barcelona, 2010, cap. I.

⁶⁷ S. MOELLER, *Compassion fatigue. How the media sell, disease, famine and death*, Routledge, Nueva York, 1994. Como señalaba Susan Sontag, “sufrir es una cosa; muy otra es convivir con las imágenes fotográficas del sufrimiento, que no necesariamente fortalecen la conciencia ni la capacidad de compasión. También puede corromperlas. Una vez que se ha visto tales imágenes, se crea la incitación a ver más y más. Las imágenes transfiguran. Las imágenes anestesian”. S. SONTAG, *Sobre la fotografía*, trad. de C. Gardini, Alfaguara, Barcelona, 2006, p. 36.

⁶⁸ K. WOODS, “Whither Sentiment? Compassion, Solidarity and Disgust in Cosmopolitan Thought”, *Journal of Social Philosophy*, núm. 43, vol. 1, pp. 33-49; T. POGGE,

De ahí que resulte necesario completar esta estrategia emocional con otras formas más políticas que morales de generar solidaridad global. Una de las más interesantes es la basada en lo que Ypi denomina una “vanguardia cosmopolita” (*cosmopolitan avant-garde*). Con dicha expresión se refiere a aquellos agentes políticos responsables de construir solidaridad en el seno de las comunidades políticas particulares introduciendo, con tal propósito, cuestiones transnacionales en la agenda de los Estados e imperativos cosmopolitas o de justicia global en los compromisos morales de los ciudadanos. Esta autora destaca el papel de las organizaciones de base y las redes de defensa transnacionales (asociaciones gubernamentales y no gubernamentales) en la educación de las opiniones públicas nacionales de cara a la expansión de la esfera pública democrática y la ampliación de los vínculos solidarios. Al igual que los movimientos abolicionistas y en defensa de los derechos de los trabajadores y las mujeres durante el siglo XIX, o los contrarios a la colonización y el *apartheid* durante el XX, la vanguardia cosmopolita puede desarrollar campañas de protesta (manifestaciones contra los acuerdos comerciales internacionales, boicots a productos producidos en condiciones de explotación, etc.), iniciativas políticas y prácticas discursivas que evidencien los contrastes entre el reconocimiento formal de los principios universales de igualdad y justicia y la opresión real de ciertos grupos. Su propósito es doble. Por un lado, volver a los ciudadanos progresivamente más receptivos a las campañas públicas de sensibilización sobre los problemas mundiales más acuciantes. Por otro lado, conseguir que las instituciones introduzcan cambios que permitan que las relaciones entre los ciudadanos y los extranjeros se hagan más receptivas a consideraciones políticas. De esta forma, puede lograrse que las reformas institucionales necesarias para luchar contra los efectos injustos del proceso de globalización gocen del apoyo popular y de las actitudes solidarias necesarias para sostenerlas con eficacia⁶⁹.

3.3. Altruismo político y verticalidad

Como señalábamos al comienzo, la solidaridad es, muy probablemente, el valor más invocado a la hora de señalar el sentido ético y político de las respuestas que, más allá del papel que podamos estar desempeñando en su causación,

“Cosmopolitanism: a defence”, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, núm. 5, vol. 3, 2002, p. 90.

⁶⁹ L. YPI, “Politically constructed solidarity: The idea of a cosmopolitan avant-garde” en T. LENARD, C. STRAEHLE & L. YPI, “Global solidarity”, cit, pp. 125-130.

debemos a quienes padecen la pobreza extrema y sus terribles consecuencias: enfermedad, muerte o necesidad de fugarse⁷⁰, a través de migraciones en las que deben muchas veces arriesgar sus vidas. El aumento de la ayuda exterior, la puesta en marcha de políticas de codesarrollo, el respeto de la integridad y dignidad de quienes tratan de atravesar nuestras fronteras, así como unos criterios de adquisición de la ciudadanía más inclusivos para quienes aspiran a establecerse tras ellas, serían algunas medidas que, además de en la justicia distributiva, podrían ser vistas como respuestas basadas en la solidaridad con la vulnerabilidad y el sufrimiento. No parece, sin embargo, que las mismas puedan tener cabida en una concepción de este último valor como la percepción de las obligaciones mutuas o recíprocas entre los individuos que persiguen un objetivo común.

Así, por ejemplo, en lo referente a las políticas migratorias y de asilo a las que hacíamos referencia al comienzo, la concepción doméstica de la solidaridad permitiría denotar con este término el deber de cooperación y ayuda mutua, de reparto equitativo de la responsabilidad, entre los veintiocho (arts. 67.2 y 80 TFUE). Una respuesta solidaria a la crisis iniciada en 2015 sería aquella que exige que todos los socios comunitarios estén dispuestos a asumir una cuota equitativa de refugiados. Sin embargo, no cabría hablar de solidaridad propiamente dicha para referirse a la disposición emocional, a los sentimientos, responsabilidades o actitudes de ayuda o asistencia hacia los demandantes de asilo o los que huyen de la pobreza extrema. Esto es, el concepto comunitario permite hablar solo de solidaridad *horizontal* entre los Estados europeos, pero no de solidaridad *vertical* con esos migrantes⁷¹. Otro tanto cabe decir de la ayuda que debemos a quienes sufren situaciones de explotación. En la concepción comunitaria, al concebirse la solidaridad como una disposición de actuación y preocupación mutua entre los miembros de un grupo, estas situaciones no ocupan un lugar central en la comprensión de los vínculos solidarios. Ciertamente, el grupo (como habría ocurrido con el proletariado víctima del

⁷⁰ Sirviéndose de una expresión acuñada por Medrazza para referirse a la irreducible individualidad de los migrantes, se viene hablando del derecho a migrar, del *ius migrandi*, como un derecho de fuga, de abandono de condiciones de vida apremiantes que dificultan la existencia, tales como la pobreza, los desastres ambientales y las persecuciones políticas, religiosas o étnicas, en busca de mejoras en la calidad de vida. Vid. E. VITALE, "Derecho a emigrar. El cumplimiento de la edad de los derechos" en L. PEÑA, (ed), *Pasando fronteras. El valor de la movilidad humana*, Plaza y Janés, Madrid, 2015, p. 75.

⁷¹ En este sentido V. MORENO LAX, "Solidarity's reach: Meaning, dimensions and implications for EU (external) asylum policy", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 24 num. 5, 2017, pp. 740-762.

capitalismo o las mujeres que sufren diversas formas de dominación y opresión por parte de los hombres) puede encontrarse en una situación de explotación. Sin embargo, como la solidaridad es simétrica y entre iguales, únicamente es posible hablar de solidaridad interna, *entre* los explotados u oprimidos, pero no de solidaridad externa, *hacia* los explotados u oprimidos.

Por lo tanto, una de las redefiniciones de la solidaridad necesaria para poner en consonancia su concepto con las situaciones que, desde hace tiempo, demandan una respuesta “solidaria” por parte de quienes vivimos en el primer mundo, pasa por cuestionar que la relación entre quienes proporcionan y reciben la ayuda deba estar anclada en el interés y la confianza compartidas. Ahora, en lugar de *compartido*, el interés de quien actúa solidariamente es *paralelo* al interés común de un grupo, y la confianza mutua se transforma en una demostración de que alguien merece la confianza del grupo hacia el cual uno es solidario. La solidaridad deja así de ser *bidireccional* para convertirse en *multidireccional*.⁷²

Tampoco puede la solidaridad presentarse como una relación basada en la simetría, la igualdad y la reciprocidad. Aunque, como apunta Gould, aquella implique una cierta expectativa de reciprocidad, a menudo es solo una posibilidad implícita, especialmente cuando la relación solidaria se produce entre personas o grupos acomodados y otros desaventajados⁷³. En una solidaridad global, el elemento de reciprocidad puede faltar por completo, ya que, por un lado, es posible que el sentimiento de identificación o empatía esté presente únicamente en la persona que expresa solidaridad, que puede sentir que tiene algo en común con la persona que requiere asistencia y considerarse unida a ella de cierta manera, y, por otro lado, el destinatario de esta solidaridad puede ser completamente ajeno al acto de ayuda, e incluso carecer de la capacidad cognitiva para desarrollar una relación basada en la reciprocidad⁷⁴. Por lo tanto, es necesario huir de la trampa que supone creer

⁷² A. TAYLOR, “Solidarity and Obligations”, cit., p. 140.

⁷³ C. GOULD, “Transnational Solidarities”, cit., p. 111. Conviene insistir en que la asimetría es fáctica, referida a las condiciones de vida, y nunca en sentido ético, entre otras razones porque algunas definiciones de la solidaridad se centran precisamente en la relación de simetría moral entre dos personas como un elemento esencial de su significado. En este sentido A. HONNETH, *The Struggle for Recognition. The Moral Grammar of Social Conflicts*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1995, pp. 121-130.

⁷⁴ K. RIPPE, “Diminishing solidarity”, *Ethical Theory and Moral Practice*, num. 1, 1998, p. 358. Por tal motivo Stjerno señala que debemos atenuar el énfasis en la reciprocidad, y tal vez enfatizar la existencia de un sujeto en dificultades (*struggling subject*). Sin embargo, reconoce que “if we require a struggling subject, then we cannot talk about solidarity with nature or coming generations, and hardly when we see groups in need that do not constitute themself-

que la solidaridad no puede ser asimétrica ya que, de lo contrario, la relación entre quien la ejerce y el que se beneficia de ello conlleva la superioridad del primero y la inferioridad del segundo. En lugar de exclusivamente horizontal y simétrica, la solidaridad puede ser también *vertical* y *asimétrica*, entre desiguales (en sus condiciones de vida, nunca obviamente en sentido moral), lo que, a la postre, exige reconocer un peso a las razones morales frente a las prudenciales aún mayor que en el modelo comunitario.

Las conexiones e interdependencias globales no ofrecen únicamente el tipo de satisfacciones culturales tan del gusto de los espíritus cosmopolitas. También revelan la existencia de miles, de millones de seres humanos que sufren el azote del hambre, la falta de satisfacción de sus necesidades más básicas, la esclavitud y la explotación por parte de otros seres humanos. En un contexto como éste, caracterizado tanto por el sufrimiento como por una escandalosa desigualdad de recursos y oportunidades entre ricos y pobres, diferentes autores abogan por definir la solidaridad como un valor intrínseco, basado en la identificación altruista con los valores de la humanidad y la responsabilidad con nuestros congéneres humanos necesitados, que no pueden valerse por sí solos y cuya existencia se encuentra amenazada por circunstancias que escapan a su control, en particular, cuando ello responde al destino natural o es el resultado de estructuras sociales injustas⁷⁵. Por consiguiente, en la solidaridad global, la empatía con el sufrimiento provocado por la privación absoluta, la explotación o la opresión, ocupa un lugar central. No estamos ante una respuesta ética basada en una lógica reparativa (y, por tanto, en la reciprocidad) característica de la visión poggeana de la justicia global, sino ante otra que considera un valor intrínseco acudir en ayuda de quienes sufren males de los que no son responsables.

De esta forma, además de no continuar basándose en la confianza mutua, la reciprocidad y la simetría, tampoco el compartir intereses o proyectos puede seguir siendo un elemento determinante de la empatía en una solidaridad global. Esta también sería una solidaridad reflexiva, pero no determinada por creencias

ves as struggling individuals or groups, such as immigrants and the poor, and in some cases Third World nations. If, on the other hand, we abandon criteria of reciprocity and struggle, the distinction between solidarity and compassion becomes blurred". S. STJERNØ, *Solidarity in Europe: The History of an Idea*, cit., p. 324.

⁷⁵ R.T. MEULEN, "Solidarity and Justice in Health Care. A Critical Analysis of their relationship", *Diametros*, núm. 43, 2015, pp. 4-5; R. VARGAS-MACHUCA, "Solidaridad" en P. CERESO, (ed), *Democracia y virtudes políticas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1995, pp. 311-336; S. SCHOLZ, "Political Solidarity and Violent Resistance", cit., p. 40.

o ideas referidas a un proyecto común de un cierto grupo, sino por la conciencia creciente de que vivimos en una comunidad global. En esta resulta cada vez más difícil aceptar, en contra de lo que propugnaba Adam Smith⁷⁶, que nuestro deber no estribe en cargar con la congoja de quienes sufren muy lejos de nosotros, y que podamos buscar la felicidad propia sin que nos afecten las condiciones de privación y explotación de tantos seres humanos. Todos estos factores contribuyen a que las preocupaciones de la persona asistida terminen estando relacionados con los intereses, valores y objetivos de quien le asiste, o que esto termine sucediendo en el curso del proceso solidario. Como señala Rippe, si un estudiante de Göttinguen ayuda a un recolector de café en Nicaragua ello responde, en gran medida, a su propia aversión por la injusticia en el mundo⁷⁷.

Aunque, como he señalado, la necesidad de establecer una frontera muy nítida con el altruismo o la compasión no debe seguir constituyendo una obsesión en la construcción de una solidaridad transnacional, la necesidad de reconocer a ésta una cierta autonomía conceptual justifica, no obstante, buscar algún elemento adicional que, si bien en un sentido más débil, siga distinguiéndola de esos valores. Descartadas la reciprocidad, la simetría y la horizontalidad en la relación entre quien actúa solidariamente y el destinatario de la acción, dicho factor debe buscarse, como en el modelo comunitario, en la necesidad de entender la solidaridad como algo más que una emoción o, si se prefiere, en la consideración de ésta como una emoción reflexiva, pero en un sentido diferente a como lo entiende Heyd.

Además de ser una forma de empatía que mueve a actuar en apoyo de los otros, la solidaridad global posee también una especial exigencia de comprensión de la situación en que se encuentran las víctimas de un sufrimiento no trivial e inmerecido⁷⁸. Precisamente esta actitud de comprensión de la realidad de quienes sufren evita la idealización del sufrimiento ajeno característica de algunas visiones de la compasión⁷⁹. La solidaridad, especialmente en el con-

⁷⁶ Cuando afirmaba que “el que estemos escasamente interesados en la suerte de aquellos que no podemos ni ayudar ni perjudicar y que se hallan en todos los aspectos tan lejos de nosotros, parece sabiamente ordenado por la Naturaleza, y si fuera posible alterar en este aspecto la configuración original de nuestro ser no ganaríamos nada en el cambio”. A. SMITH, *Teoría de los sentimientos morales*, trad. C. Rodríguez Braun, Alianza, Madrid, 2004, p. 257.

⁷⁷ K. RIPPE, “Diminishing solidarity”, cit., p. 357.

⁷⁸ Como señala Gould, la solidaridad conllevaría un elemento *afectivo* combinado con un esfuerzo por entender la especificidad de la situación de los otros y construir imaginativamente sus sentimientos y necesidades. C. GOULD, “Transnational Solidarities”, cit., p. 110.

⁷⁹ P. HOGGET, “Pity, Compassion and Solidarity” en S. CLARKE, P. HOGGETT & S. THOMPSON (eds), *Emotion, Politics and Society*, Palgrave MacMillan, Londres, 2006, p. 146.

texto global o internacional, añadiría, a la emoción dolorosa que nos provoca el sufrimiento ajeno, el énfasis en comprender la perspectiva social de los otros y construir lazos de acción entre múltiples individuos y grupos. De esta forma, la solidaridad global o transnacional asumiría la perspectiva cosmopolita por la que vienen abogando, entre otros, Benhabib o Beck, de superar la visión monista de la humanidad y de la ética característicos del punto de vista racionalista, a través de una apertura emocional, imaginativa, dialógica y cultural a aquellos con quienes aspiramos a formar –en algún sentido– una misma comunidad moral. Para lograrlo, lo que la primera llama la perspectiva del «otro generalizado» debería combinarse con el punto de vista del «otro concreto», esto es, con aquél que no reconoce a los individuos por lo que es común a toda la humanidad sino, al contrario, por lo que los diferencia y los hace protagonistas de una narrativa particular: su identidad, su historia, su contexto⁸⁰.

El mayor peso del elemento cognitivo frente al puramente expresivo atribuible, pues, a la solidaridad frente a la caridad, la compasión o el humanitarismo, exigiría también que, a diferencia de estos últimos, se adopte una actitud crítica frente a las estructuras sociales y políticas de cara a lograr que las acciones de asistencia resulten efectivas. Esto obligaría a tomar mucho más en consideración las causas de las situaciones que generan la necesidad de ayuda, así como los cambios en las estructuras sociales e institucionales necesarios para eliminarlas⁸¹. De ahí que, en el modelo global se refuerce el convencimiento de que la solidaridad posee una dimensión político-institucional esencial. En primer lugar, porque es una virtud que exige una disposición a participar en acciones colectivas y no sólo individuales y privadas. Este último sería el criterio decisivo para diferenciarla de la compasión sin más, de la caridad o la beneficencia por la que aboga Singer⁸². En segundo lugar, porque debe mostrarse como una disposición a hacer uso de instrumentos de carácter jurídico y de agencias públicas para compartir y redistribuir recursos. En el plano global, este último objetivo exigiría a los ciudadanos de los países más prósperos, no sólo reivindicar a sus gobiernos el cumplimiento de los compromisos internacionales en la financiación de la ayuda exterior (el famoso 0,7% del PIB), sino también apoyar la institucionalización de impuestos globales y

⁸⁰ S. BENHABIB, "The Generalized and the Concrete Other" en E. FRAZER, J. HORNSBY, & S. LOVINBOD, *Ethics: A Feminist Reader*, Blackwell, Oxford, 1992, pp. 267-303.

⁸¹ C. GOULD, "Transnational Solidarities", cit., p. 116; S. SCHOLZ, "Political Solidarity and Violent Resistance", cit., p. 39; K. WOODS, "Whither Sentiment? ...", cit., p. 37.

⁸² A. KOLERS, "Dynamics of Solidarity", cit. p. 5; J. DE LUCAS, *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 1993, pp. 29-30.

reformas profundas en el actual orden económico mundial de cara a favorecer la redistribución de la riqueza entre países y mejorar, tanto en términos absolutos como comparativos, la situación de quienes demandan ayuda. En ese sentido, la solidaridad podría ser uno de los valores impulsores de una ciudadanía trasfronteriza o global, idealmente por razones democráticas⁸³, y, en un sentido más realista, concebida como una idea regulativa expresiva del punto de vista ético que los individuos globalmente comprometidos deben adoptar con el fin de evaluar la justicia o injusticia de las condiciones globales actuales y de lo que nos debemos unos a otros a nivel mundial⁸⁴. También exigiría traducir la preocupación por los menos aventajados en el reconocimiento de derechos a través, fundamentalmente, de la defensa de una ciudadanía mucho más expansiva, que permita que ésta funcione como clausula, no de cierre, sino de apertura de las comunidades políticas nacionales⁸⁵.

4. CONCLUSIÓN FINAL

Aunque la solidaridad ha experimentado numerosas transformaciones a lo largo de su historia, ninguna es comparable a la evolución analizada desde una concepción social o comunitaria a otra abierta o global. Además de un gran potencial simbólico y una fuerte emotividad favorable, o quizás precisamente por ello, ha demostrado poseer también una sorprendente flexibilidad para lograr convertirse en *una solidaridad compleja para una globalización compleja*⁸⁶. Fundamentalmente, se ha erigido en un valor que aglutina la

⁸³ “La democracia para el nuevo milenio –asevera Held– exige ciudadanos cosmopolitas capaces de poder acceder y hacer controlables procesos y flujos sociales, económicos y políticos que atraviesan y transforman sus fronteras comunitarias tradicionales”. D. HELD, “The Changing Contours of Political Community” en H. BARRY (ed), *Global Democracy: Key Debates*, London, Routledge, 2000, p. 30.

⁸⁴ K.C. TAN, “Cosmopolitan Citizenship” en A. SACHAR, R. BAUBOCK, I. BLOEMRAAD, M. VINK, (eds), *The Oxford Handbook of Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 705.

⁸⁵ En este sentido R. BAUBOCK, “Solidarity in Diverse Societies: Nationhood, Immigration and the Welfare State: Comment on Will Kymlicka’s article: ‘Solidarity in Diverse Societies’”, *Comparative Migration Studies*, núm. 4, vol. 10, 2016p. 1-6. J. VELÁSICO ARROYO, *El azar de las fronteras. Políticas migratorias, ciudadanía y justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2017, pp. 147-153.

⁸⁶ P. WATTERMAN, “Social Movements, Local Places and Globalized Spaces: Implications for ‘Globalization from Below’” en B. GILLS (ed), *Globalization and The Politics of Resistance*, Palgrave MacMillan, Londres, 2000, pp. 140-142.

diversidad de dimensiones cognitivas y afectivas, individuales y colectivas, éticas y políticas, necesarias para impulsar la disposición de los mejor situados para expandir el círculo y responsabilizarse individual y colectivamente de ayudar a quienes sufren la explotación, la opresión, la privación o desgracia que, hace poco, no hubieran considerado de su incumbencia. La solidaridad ha sabido transformarse e incorporar (quizás sólo reincorporar) nuevos significados con los que elevar nuestras responsabilidades hasta el nivel que nuestra interdependencia e interacción han alcanzado⁸⁷.

Aunque la solidaridad comunitaria y global comparten un significado común, en el modelo global se diluyen algunos de los elementos centrales de la solidaridad grupal. El interés compartido, la simetría, la reciprocidad, la bidireccionalidad y la verticalidad entre las personas que ejercen y reciben la solidaridad son sustituidos por una relación ética asimétrica, multidireccional, vertical, mucho más cercana a la compasión bien entendida, en la que las razones morales prevalecen claramente sobre las prudenciales y que, en lugar de como un tipo especial de lealtad, aparece como un valor que termina superponiéndose a la justicia⁸⁸. El examen de estas diferencias resulta inexcusable para, en consonancia con sus usos en el lenguaje de las asociaciones, ONGs y movimientos sociales, dar cuenta a través de la solidaridad de parte de las actitudes y responsabilidades que demandan la situación en la que se encuentran millones de seres humanos que padecen el lado más oscuro de la globalización económica. Desde hace tiempo, nos une a ellas no solo la común humanidad, o la semejanza respecto al sufrimiento, sino también el participar en estructuras de interacción, cooperación e interdependencia cada vez más intensas, muchas veces en el marco de unas instituciones de gobernanza mundial que adoptan decisiones que afectan seriamente a nuestras vidas.

FEDERICO ARCOS RAMÍREZ
Facultad de Derecho
Universidad de Almería
La Cañada de San Urbano.
Carretera de Sacramento s/n.
04120 Almería
e-mail: farcos@ual.es

⁸⁷ Z. BAUMANN, *Retrotopía*, Paidós, Barcelona, 2017, p. 55. O, como diría Beck, de complementar la *cosmopolitanización* con una *perspectiva cosmopolita* U. BECK, *The Cosmopolitan vision*, Polity Press, 2006, pp. 18 y ss.

⁸⁸ R. VARGAS-MACHUCA, "Solidaridad", cit., p. 320.

LA INFLUENCIA DE LA IMAGINACIÓN LITERARIA FEMENINA EN LA CONSTRUCCIÓN DE SUJETOS COMPASIVOS Y SU PROYECCIÓN EN LA CULTURA JURÍDICA

THE INFLUENCE OF FEMALE LITERARY IMAGINATION
IN THE CONSTRUCTION OF COMPASSIVE SUBJECTS
AND ITS PROJECTION IN LEGAL CULTURE

CRISTINA MONEREO ATIENZA
Universidad de Málaga

Fecha de recepción: 18-9-18

Fecha de aceptación: 12-3-19

Resumen: *En este texto defiendo la importancia de la emoción compasiva y la capacidad de los textos literarios para generar sujetos compasivos. En particular, sostengo que la imaginación literaria femenina contribuye muy especialmente a la construcción de sujetos compasivos por tres razones: primero, por los valores que transmite de diferencia, reciprocidad, tolerancia, afecto, cuidado, etc.; segundo, por generar una identificación empática con personajes femeninos que se encuentran en una situación de injusta discriminación, o mostrar las incoherencias de los roles patriarcales para mujeres y hombres; y tercero, y muy especialmente, por su acento en la necesaria construcción relacional de la idea del bien y la vida buena del propio sujeto, que yo conecto con la noción de dignidad. Entiendo que esta perspectiva del otro la tuvieron y la tienen mujeres escritoras, a lo que se añade ahora además otro tipo de literatura de hombres que se ha feminizado y que igualmente cuestiona los cánones masculinos del sistema patriarcal. La cuestión es que la tendencia a una escritura femenina no es fruto de un esencialismo, y la raíz está en el cuestionamiento del sistema patriarcal en relación con ambos sexos, abriéndose la ventana a múltiples posibilidades. Finalmente, considero que los sentimientos compasivos pueden contribuir a conformar juicios morales de los individuos que pueden extenderse y complementar en última instancia a la idea del bien y de la Justicia a nivel público.*

Abstract: *In this text I defend the importance of the compassionate emotion and the ability of literary texts to generate compassionate subjects. In particular, I argue that*

the female literary imagination contributes especially to the construction of compassionate subjects for three reasons: first, for the values that transmits difference, reciprocity, tolerance, affection, care, etc.; second, to generate an empathic identification with female characters that are in a situation of unjust discrimination, or to show the inconsistencies of the patriarchal roles for women and men; and third, and particularly, because of its emphasis on the necessary relational construction of the idea of good and the good life of the subject, which I connect with the notion of dignity. I understand that this perspective of the other is a characteristic of women writers, but I add now that it is also distinctive of another type of literature of men that has been feminized and that also questions the masculine canons of the patriarchal system. The point is that the tendency to a female writing is not the result of essentialism, and the root is in the questioning of the patriarchal system in relation to both sexes, opening the window to multiple possibilities. Finally, I believe that compassionate feelings can contribute to shaping moral judgments of individuals that can extend and ultimately complement the idea of good and justice at the public level.

- Palabras clave: Derecho y literatura, literatura femenina, feminista y de mujeres, emociones, compasión, sujeto jurídico, justicia, solidaridad, autonomía relacional, vulnerabilidad
- Keywords: Law and literature, feminine, feminist, and women's literature, emotions, compassion, legal subject, justice, solidarity, relational autonomy, vulnerability

Esta investigación está inspirada en el libro de Martha Craven Nussbaum *Justicia Poética*¹. Su lectura hace reflexionar acerca del valor de los textos literarios, especialmente en lo que concierne a la materialización de la noción de dignidad humana y, sobre todo, al valor de igualdad.

En el texto desarrollaré varias tesis. En primer lugar, defiendo que la obra literaria puede tener valor moral y político-jurídico, posicionándome en la línea de un *autonomismo moderado* en lo que concierne al valor del arte, y al papel cognitivo de las emociones.

En segundo lugar, considero la importancia de la emoción compasiva y la capacidad de los textos literarios para generar sujetos compasivos. Explico que la compasión no se identifica necesariamente con otros conceptos como el de simpatía o empatía. Estos conceptos tienen relación cuando son entendidos como tendencias naturales que surgen también como reflexión racio-

¹ M. C. NUSSBAUM, *Justicia poética*, trad. de Carlos Gardini, Editorial Andrés Bello, Barcelona, Buenos Aires, México D.F., Santiago de Chile, 1995.

nal después de que la persona se ponga en el lugar del otro y sienta su alegría o desgracia. El sujeto, por tanto, juzga sobre la adecuación de esa emoción teniendo en cuenta las circunstancias, de manera más exterior (en el caso de la simpatía) o más interior (en el caso de la empatía). La compasión suscita, además, el daño inmerecido. El individuo se sabe claramente diverso y en otra situación. No se quiere acompañar al otro en los sentimientos. Lo que genera compasión no son los sentimientos de los demás que el sujeto revive. El sujeto se siente a salvo de la adversidad del semejante y siente compasión hacia el daño injusto sufrido por las propias personas cuya conducta se entiende al revivir sus experiencias. Defiendo, además, que la compasión no es opuesta a la solidaridad (tradicionalmente asociada a la idea de Justicia), sino más bien un elemento más que puede promoverla.

En tercer lugar, sostengo que la imaginación literaria femenina contribuye a la construcción de sujetos compasivos por tres razones: primero, por los valores que transmite de diferencia, reciprocidad, tolerancia, afecto, cuidado, etc.; segundo, por generar una identificación empática con personajes femeninos que se encuentran en una situación de injusta discriminación, o mostrar las incoherencias de los roles patriarcales; y tercero, y muy especialmente, por su acento en la necesaria construcción relacional de la idea del bien y la vida buena del propio sujeto, conectada directamente con la dignidad.

Para sustentar esta afirmación es preciso, además, realizar varias aclaraciones. Inicialmente, se puede diferenciar entre literatura femenina, feminista y de la mujer. Entiendo que en todo caso pueda hablarse de una literatura femenina y feminista que plasma las experiencias, los roles, los valores y temas considerados femeninos, pero su existencia se debe sobre todo a los factores históricos contextuales de invisibilización y discriminación, y no a razones biológicas y/o esencialistas. De ahí que, sin la crítica a las estructuras patriarcales, el aporte de este tipo de literatura es parcial. Por eso voy a poner el foco especialmente en las obras literarias *a partir* del siglo XVIII y XIX, que es cuando se produjo la concienciación femenina. Esto quiere decir que desde entonces y sobre todo en los siglos XX y XXI puede existir otro tipo de literatura de hombres capaz de generar esos valores asociados tradicionalmente a la mujer, y también que hay otros textos literarios masculinos generadores de compasión.

Creo que la literatura desde el punto de vista del *otro* ha favorecido la construcción de la identidad moral y político-jurídica de los sujetos lectores

(sean mujeres u hombres), a partir de la generación de sentimientos compasivos de justicia hacia los personajes femeninos discriminados o marginados, o también hacia personajes masculinos encerrados en unos cánones sociales y culturales propios del sistema patriarcal. Esta perspectiva del *otro* la tuvieron y la tienen mujeres escritoras, a lo que se añade ahora otro tipo de literatura de hombres que se ha *feminizado*, y que igualmente cuestiona los cánones femeninos y masculinos del sistema patriarcal.

En particular, la literatura femenina o feminizada, desde ese *otro* punto de vista, favorece la compasión por los valores que transmite, pero sobre todo porque al empatizar con la injusta definición y discriminación de las mujeres y los estrechos discursos sobre la masculinidad, promueve el preciso diálogo interno y externo del sujeto sobre su propio concepto del bien y la vida buena, o sea, sobre lo que entienda por dignidad humana.

En cuarto y último lugar, considero que estos sentimientos compasivos pueden contribuir a conformar juicios morales de los individuos que pueden extenderse en última instancia a la idea del bien y de la Justicia a nivel público. Asimismo, la imaginación femenina va a contribuir a la reconstrucción del sujeto de derechos.

1. INTRODUCCIÓN. EL VALOR MORAL Y POLÍTICO-JURÍDICO DE LA IMAGINACIÓN LITERARIA. VÍNCULOS ENTRE DERECHO Y LITERATURA

Empiezo con la primera de las tesis, que a pesar de no ser tan novedosa, es esencial aclarar para ocuparse del imaginario literario femenino. El escepticismo al examinar los vínculos entre Derecho y Humanidades es propio de la educación formalista recibida por el jurista, siempre tendente a la racionalidad y la autorreferencialidad de lo jurídico.

En sí mismo, el escepticismo no es una actitud negativa. De hecho, escepticismo proviene de la palabra griega *skepsis* que significa “observación cuidadosa o examen”. Así pues, la persona escéptica es aquella que analiza con cautela desde una postura crítica cualquier fenómeno antes de pronunciarse sobre el mismo.

Richard Posner es un ejemplo de este escepticismo cuando explora las relaciones entre Derecho y Literatura. En su libro, mal traducido al español, *Ley y Literatura*, Posner examina las ventajas de la literatura para el jurista en

general, y para el juez en particular. Piensa que la obra literaria ayuda a formar opiniones acerca de cuestiones como la religión, la política, la economía o la moralidad; que puede mejorar la capacidad lectora a través de textos con dificultades debidas a las diferencias culturales o la complejidad de la escritura; estimula las percepciones o el conocimiento de los seres humanos, las instituciones político-sociales, la historia o la moralidad; favorece la habilidad de captar y efectuar analogías, paralelismos, antítesis, ironías, etc.; incluso permite aprender de maestros.²

No obstante, Posner termina colocándose de parte de la tradición filosófica *esteticista* al concluir que la literatura es solamente un arte con valor estético, y al negar definitivamente que los textos literarios puedan contener enseñanzas morales o contribuir de alguna manera a formar juicios morales de los individuos.³ De este modo, se adhiere a la posición *esteticista* que defiende que lo bello y lo bueno no están vinculados necesariamente. Aquella que mantiene que la obra de arte es buena principalmente por su valor estético y no moral. Desde esta perspectiva, el arte encuentra justificación en sí mismo, por el placer desinteresado que provoca. De ahí, como afirmaba Immanuel Kant, que atienda a la forma y no a los contenidos.⁴

Al exponer sus tesis, Posner se muestra visiblemente contrario a la versión moralista del arte (también llamada *eticista*), que se remonta a Platón. Para el moralismo, la obra de arte debe reflejar las normas, ideales y la bondad. El arte no moral no es en sí mismo bueno, y puede ser perjudicial. En consecuencia, Posner es contrario también a la versión del moralismo denominada *utopismo*, defensora del lugar relevante del arte en la vida moral, y de su finalidad ética o política, o función social. Desde esta perspectiva, existen obras de arte perversas, pero traicionan por ello el sentido del arte. Es decir, las obras de arte que no son moralmente buenas, no serían *buenas* obras de arte.⁵

El esteticismo de Posner es patente cuando afirma que la literatura es un vehículo ideológico que no siempre se acerca al concepto moral del bien que

² R. A. POSNER, *Ley y Literatura*, trad. de Pilar Salamanca y Marina Muresán, Colegio de Abogados de Valladolid/ Cuatro y el gato, Valladolid, 2004, pp. 342-343.

³ *Ibid.*, pp. 323 y ss.

⁴ I. KANT, *Crítica del juicio* (1790), trad. de Manuel García Morente, Espasa-Calpe, Madrid, 1977. Esto empobrece enormemente el juicio estético, y desde el autonomismo se ha intentado enriquecer la experiencia estética teniendo en cuenta propiedades materiales o relacionales de representación, aunque siempre negando cualquier instrumentalidad del arte.

⁵ Para todo ello véase el artículo de F. PÉREZ CARREÑO, "El valor moral del arte y la emoción", *Crítica. Revista Hispano-americana de Filosofía*, núm. 38 vol.114, 2006, pp. 69-92.

poseen previamente los individuos. Según Posner, se genera empatía al leer un texto literario, pero ésta no es más que una actitud amoral. Algo que es de agradecer, afirma, porque las obras clásicas están llenas de atrocidades morales; el mundo de la literatura es una anarquía moral, así que en todo caso lo que se aprende es el relativismo moral. Desde esta perspectiva, la obra literaria no hace éticamente mejor al individuo, si así lo hiciera muchas serían censurables. En todo caso, enseña a las personas a ser ellos mismos, ni mejores ni peores. Es más, declara Posner, aunque algunos utilicen la literatura como instrumento de conocimiento de la realidad, no significa que otras personas deben hacerlo al existir otros modos de aprehenderla, como por ejemplo la Historia o la Sociología.

Tiene razón Posner cuando afirma que la elección de las obras literarias con pretendido carácter moral puede estar basada en una idea preconcebida sobre la Justicia que viene a confirmar juicios morales propios. Esta es la crítica dirigida a Nussbaum y su libro *Justicia poética*. No obstante, la crítica de Posner no está suficientemente justificada, porque Nussbaum nunca ha negado el carácter ideológico de la literatura, ni tampoco ha pretendido ser neutral en un sentido abstracto y objetivo. Esta filósofa parece mostrarse partidaria, en realidad, de una perspectiva distinta que no niega el valor estético de las obras de arte, pero considera que ciertos textos literarios pueden ser valorados además por su contenido moral. Es decir, es posible considerar la existencia de una tercera vía frente al moralismo y al esteticismo. Esta vía implica pensar que el arte no es, ciertamente, instrumental, pero de hecho tiene diferentes funciones y también entre ellas puede tener interés moral. La fuerza moral de una obra de arte expresada a partir de las emociones puede servir para valorarla, sin que tenga que representar por ello un sistema concreto de moralidad.

Dentro de esta tercera vía, se incluye el que puede denominarse *moralismo moderado*, que acepta el valor moral del arte porque contribuye a la clarificación de las emociones y así del entendimiento moral. Y también un *autonomismo moderado*, que es más crítico con el mero intelectualismo de las emociones, y proclive a considerar que las obras de arte tienen valor moral aunque las emociones no siempre tienen como respuesta la clarificación del entendimiento moral o al menos no por sí solas. El valor moral reside en sorprender, atrapar al lector en la imaginación y la reflexión en situaciones y estados a veces de dudosa calificación ética. El valor estético es previo al valor moral, porque la obra de arte persigue evocar emociones e ideas ficcionales,

no reales, que son atractivas, originales, intensas, es decir, estéticas. La obra de arte a través de las emociones contribuye al entendimiento moral y también a sus opuestos (porque en todo caso son ficticias). Esto es, las emociones tienen un papel cognitivo esencial, aunque por sí solas no conformen los juicios éticos. Considero que Nussbaum ejemplifica este tipo autonomismo moderado, y yo misma soy proclive a sostenerlo.

Las posturas escépticas como la del abogado y juez Posner se corresponden precisamente con las actitudes positivistas tan comunes en el ámbito jurídico, es decir, posiciones defensoras del relativismo moral del *todo vale*, exaltadoras de la *forma* frente a los *contenidos*. Sin duda, el valor formal (estético) de la obra de arte (literaria) es esencial para definirla⁶. La buena literatura es aquella con valor estético, sin duda, pero es necesario añadir algo más. No basta con afirmar que la literatura tenga efectos políticos o morales (como es evidente). Estoy de acuerdo con Nussbaum en que los textos literarios tienen contenidos, historias y personajes, que generan empatía y sentimientos en nosotros. La empatía o amistad generada con los personajes literarios no es amor. Despierta variadas emociones, positivas (bondad, compasión, amor...) y negativas (asco, vergüenza, miedo...). Esas emociones, fomentadas en la imaginación, concurren dinámicamente a la hora de realizar los propios juicios morales.

Los textos literarios pueden clarificar el entendimiento moral, aunque más bien ayudan a revivir escenarios moralmente diversos que amplían el marco de las decisiones y juicios morales de los individuos. Esto es posible porque, ciertamente, hay una idea, aunque sea vaga, del bien que los individuos tienen o asimilan por el hecho de vivir en un contexto determinado. Pero, además, la concepción propia acerca del bien y la vida buena se va configurando continuamente a través de las relaciones con los demás seres humanos. Las críticas del relativismo moral no están fundadas, porque los individuos parten necesariamente de una idea previa del bien y la vida buena, si bien ésta no es cerrada y está abierta al diálogo exterior e interior, y a la autocrítica sincera. La teoría del reconocimiento recíproco explica muy bien esta idea⁷.

⁶ Otra discusión sería quién se encarga de definir los valores estéticos (¿el mercado del arte, la sociedad, las instituciones del arte?), pero esto es un debate que no voy a discutir aquí.

⁷ A. HONNETH, *La lucha por el reconocimiento*, trad. de Manuel Ballester, rev. Gerard Vilar, Crítica Barcelona, 1997, pp. 13 y ss. También Id., *El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática*, trad. de Graciela Calderón, Clave intelectual, Madrid, 2014, pp. 64 y ss.; J. ANDERSON and A. HONNETH, "Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice", in

Los textos literarios pueden contribuir a ese diálogo con uno mismo, reviviendo experiencias a veces reprochables para la moral del individuo, e incluso disfrutando estéticamente de esas experiencias inmorales. Además, es preciso afirmar que “la compasión y el temor no son sólo instrumentos de una clarificación en y del solo intelecto; reaccionar con esas pasiones es valioso y, a la vez, un factor de clarificación de lo que somos.”⁸

Teniendo en cuenta esto, analizar y dialogar acerca de las relaciones entre Derecho y Literatura, como sucede entre Derecho y Cine (u otras disciplinas artísticas y de creación), amplía de hecho el espacio de lo moral y lo jurídico, precisamente porque lo que le falta en muchas ocasiones al jurista es la imaginación ficcional para conformar juicios morales, políticos y jurídicos⁹. La falta de escenarios utópicos en torno al mundo jurídico lo restringe enormemente.

Por lo demás, hay que recordar que el movimiento Derecho y Literatura tiene como objetivo la afirmación de la mente individual en su búsqueda de una aproximación con los otros. La literatura permite tomar una postura que profundiza en el interés por el bienestar de personas desconocidas y distantes de nosotros. Por esa razón puede tener valor político o jurídico, lo cual no anula cualesquiera otros procedimientos y reglas formales dirigidos a ese mismo fin. Los textos literarios estimulan las emociones de las que carecen habitualmente los formulismos. Y las emociones, como tan certeramente ha defendido Martha C. Nussbaum, poseen un papel cognoscitivo imprescindible, aunque sea limitado, especialmente en cuestiones relacionadas con la Justicia, la dignidad y los derechos. Así, como mantendré más adelante, el aporte de la literatura puede extenderse a la idea de Justicia común de las instituciones públicas.

2. SIMPATÍA, EMPATÍA Y COMPASIÓN

La segunda de las tesis que quiero defender se refiere a la importancia de la compasión para la generación de juicios morales y político-jurídicos de los

J. CHRISTMAN; J. ANDERSON (eds.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism: New Essays*, Cambridge University Press, New York, 2005, pp. 127-149, especialmente p. 131.

⁸ M. NUSSBAUM, *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y filosofía griega*, trad. de Antonio Ballesteros Jaráiz, Visor, Madrid, 1995, p. 483.

⁹ En relación a esto, se habla de un nuevo enfoque de lo jurídico: el enfoque cultural del Derecho. Véase este enfoque, por ejemplo, en P. HÄBERLE, “La Constitución como cultura”, *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, núm. 6, 2002, pp. 177-198.

sujetos. La compasión es substancial al mundo del Derecho¹⁰. Para entender esa relevancia, es preciso diferenciar concisamente las nociones de simpatía, empatía y compasión.

La *simpatía* deriva del griego *sin-pathos*, que significa comunidad de sentimientos. Para David Hume, Jean Jacques Rousseau o Adam Smith es un sentimiento moral natural, base de la ética. Se trata de una actividad reflexiva e imaginativa y, por tanto, media el intelecto. El ser simpático puede si acaso acompañar en los sentimientos, pero no los revive interiormente. Con su actitud simpática busca la aprobación de los demás. No quiere decir que sea egoísta, pero el simpático es prudente al considerar que lo sensato es cooperar y reciprocarse ante aquel semejante que es vulnerable como el mismo.

Hume se refiere a la simpatía como la tendencia natural de las personas a participar y revivir las emociones de los demás¹¹. Desde su punto de vista, la simpatía encuentra su justificación en la naturaleza humana semejante. Sin embargo, no es la semejanza o la igualdad lo que conduce a la simpatía. La simpatía es únicamente una tendencia a comunicar con los demás inclinaciones y sentimientos. Es ajena a toda cualidad moral compartida; no es cercana a la benevolencia, o la generosidad. Para este filósofo, la naturaleza humana incluye razón y emociones, y sobre todo es más apreciable en éstas últimas. La Moral encuentra su justificación en las emociones y no en la razón. De esta manera pierde su objetividad. Los sentimientos subjetivos son el verdadero empuje de las acciones humanas. La simpatía es, por tanto, una inclinación natural que, a través de la imaginación, refuerza la identidad individual en la confirmación de la analogía o semejanza con los demás, y consolida las afecciones propias. Se simpatiza más con los sentimientos y afecciones que con las personas.

El problema es que la simpatía de Hume solamente se basa en la semejanza, y no explica el surgimiento de todas las afecciones del individuo. La imaginación activa los mismos sentimientos que se perciben en los demás si la persona estuviera en la misma situación, pero no trata las *reacciones* frente a esos sentimientos¹². Por eso, la simpatía de Hume no explica la compasión. Hume vacía de intencionalidad benevolente a la compasión, y elimina el sen-

¹⁰ J. CALVO GONZÁLEZ, "Cervantismo en Derecho. Panorama de la investigación en España, 2004-2013", *Revista de Educación y Derecho. Education and Law Review*, núm. 9, 2013, pp. 1-30, p. 12.

¹¹ D. HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, Félix Duque (ed.), Tecnos, Madrid, 2005, II, I, XI, §316, p. 439.

¹² F. INFANTE DEL ROSAL, "Simpatía, naturaleza e identidad en Hume", *Eikasia. Revista de Filosofía* núm. 51, 2013, pp. 179-204, p. 193.

timiento *ex novo* que genera la situación miserable de los demás. No es que solamente se asimile los sentimientos del que está en esa situación, sino que se genera una reacción sentimental distinta.

Considero que Smith tiene una propuesta más interesante, y su concepción puede comprender a la compasión. Opina que la simpatía no es un sentimiento egoísta, está mezclado con la generosidad. La persona siente alegría o pesar por el otro, aunque conozca que no está en la misma situación¹³. Se *acompaña* al otro en su alegría o su dolor. La simpatía, por tanto, en este autor está también basada en la imaginación, no es algo inmediato o intuitivo (que sería más bien la idea romántica); surge tras la reflexión¹⁴. Se simpatiza con el placer o el dolor ajeno, no porque se perciban los sentimientos ajenos, sino al alcanzar a entender y colocarse en la situación de otro juzgando los sentimientos adecuados de esa persona. Simpatizar es entender el motivo de tal emoción (al juzgarla adecuada al objeto).

El *espectador imparcial* es aquel que puede tomar distancia de la situación y, por tanto, tiene más elementos de juicio. Además, el individuo puede entender los motivos y reacciones del resto de sujetos en función de la doble dirección de la simpatía directa con el actor e indirecta con el resto de sujetos afectados.¹⁵ La valoración moral tiene en cuenta la adecuación del comportamiento del primero con sus motivos, y también la reacción del segundo o implicados hacia éste. La simpatía puede adquirirse por madurez psicológica (*self-command*, lo llama Smith). De esta manera, su propuesta mezcla rasgos de la ética kantiana y la aristotélica. La simpatía permite un esquema objetivo de la moral a partir de las acciones y sentimientos subjetivos. No es concebible una razón sin sentimientos, y tampoco los sentimientos son completamente libres e irracionales al corresponder a las relaciones humanas y ser previos aunque no ajenos a la razón¹⁶.

Por su parte, la *empatía* es la capacidad de identificar lo que otra persona siente, y abrigar esa misma emoción¹⁷. A menudo se identifica con una actividad pre-reflexiva, y espontánea. Esto quiere decir que presume *resonar* los

¹³ A. SMITH, *Teoría de los sentimientos morales*, trad. de Edmundo O’Gorman, Fondo de Cultura Económica, México, 2010 (edición electrónica), p. 19.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 22 y ss.

¹⁵ J. C. SUÁREZ VILLEGAS, “La simpatía como concepto moral”, *Anuario filosófico*, núm. 42 vol. 94, 2009, pp. 159-178, en especial p. 165.

¹⁶ *Ibid.*, p. 177.

¹⁷ S. BARON-COHEN, *Empatía Cero. Nueva teoría de la crueldad*, trad. de Emma Santoyo Martín, Alianza, Madrid, 2012.

sentimientos ajenos. El sujeto participa en el sentimiento del otro al evocar experiencias ya sentidas previamente. La empatía es profunda e interior por lo que puede forjar una conexión más fuerte y reveladora. Es más, la empatía puede ser también una actividad reflexiva e imaginativa y, en este sentido, coincide con la simpatía de Smith, incluso es preferible a ella al aumentar la idea de conexión con el otro. El empático entiende lo que los otros sienten y, de manera más clara, no busca darle seguridad ni confort, ni ofrece un consejo o una solución. No busca aprobación, sino comprensión. La empatía también puede adquirirse con el tiempo por madurez psicológica.

La *compasión* no es simpatía ni empatía; añade un elemento nuevo. Se trata de sentir lástima o preocupación por el otro debido a un daño inmerecido que ha sufrido. Coincide con la simpatía de Smith en cuanto el que siente compasión se siente a salvo, al menos de momento, de esa adversidad del semejante, y no desea compartir su suerte. Sin embargo, esta ambivalencia sucede todavía de manera más clara que en la simpatía.¹⁸ Por supuesto, coincide con la empatía, pero más bien la empatía resulta psicológicamente importante como guía de la compasión.

Para Nussbaum, siguiendo a Aristóteles, la compasión tiene tres elementos cognitivos: el juicio de *magnitud* (a alguien le ha ocurrido algo malo y grave); el juicio del *inmerecimiento* (la persona no ha sido responsable de su propio sufrimiento); y el juicio *eudaimonista* (la persona es un elemento valioso en el esquema de objetivo y planes del que siente la compasión, y un fin en sí mismo a promover).¹⁹ Estos juicios son complementados con otros dos, que son contingentes para la autora: el juicio aristotélico de las *posibilidades parecidas* (es decir, que el sujeto encuentra que tales circunstancias puedan sucederle a él mismo). Este juicio ayuda a formar el juicio eudaimonista sin ser estrictamente necesario, es decir, es posible, por ejemplo, sentir compasión por criaturas cuya experiencia si sabe que no se va a compartir nunca. Y también añade el *asombro*, un elemento no *eudaimonista* aunque da forma al juicio del mismo nombre.

Normalmente, la compasión se asocia con la acción benévola. Desde luego, sentir la propia vulnerabilidad es importante para desarrollar esta emo-

¹⁸ T. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, "Empatía, Simpatía y Compatia (Compasión). Tres disposiciones afectivas fundamentales en el vínculo terapéutico", *Clínica e Investigación relacional. Revista de Psicoterapia*, núm. 8 vol. 3, 2004, pp. 434-451, p. 440.

¹⁹ M. C. NUSSBAUM, *Paisajes del pensamiento. La inteligencia de las emociones*, trad. de Araceli Maira, Paidós, Barcelona, 2008, p. 361. Véase también Id., *La fragilidad del bien*, cit., pp. 476 y ss.

ción, pero la distancia del que siente compasión hace que inspire igualmente la solidaridad hacia otros. Ciertamente, autores como Hannah Arendt prefieren hablar de solidaridad y no de compasión, que para ella es un sentimiento más empático y subjetivo. En sus reflexiones sobre la revolución francesa, concluye que la solidaridad es una virtud pública que no exige empatía con el otro, sino solamente pensar que el otro es igualmente digno y tiene iguales derechos.²⁰ Según defiende Arendt, la solidaridad puede estar movida por el padecimiento, pero no está guiada por él y gracias a la distancia pasional puede servir mejor de guía. Estoy de acuerdo con Arendt en que la compasión no puede ser la única fuente de solidaridad y derechos, y que es preferible hablar de Justicia que de caridad. No obstante, la compasión no es mera caridad basada en la asimetría del sujeto que siente compasión y el receptor de ese sentimiento. El destinatario de compasión no puede ser considerado un mero sujeto pasivo; tiene agencia sobre su situación, y esta agencia o autonomía puede (y debe) incentivarse. En este sentido, creo que la compasión puede cultivarse públicamente y complementar la idea de Justicia.

3. LA LITERATURA Y LA CONSTRUCCIÓN DEL FEMENINO

Para analizar la tercera de mis tesis sobre la imaginación literaria femenina, quiero comenzar afirmando que el intentar conectar el Derecho con el Arte en general y la literatura en particular conlleva ya defender la tesis tradicionalmente feminista sobre la manera particular que tienen los sujetos de construir su identidad moral y jurídica, que es relacional y no autosuficiente²¹. Comporta asociar la literatura al mundo de las emociones, y el Derecho a ese mundo particular. El Derecho no es mera unión racional y abstracta, sino también continua relación subjetiva y concreta. Esa es la razón principal para tratar los lazos existentes entre Derecho y literatura en femenino.

²⁰ H. ARENDT, *Sobre la revolución*, trad. de Pedro Bravo, Alianza Editorial, Madrid, 2013. Véase también, F. BIRULÉS BERTRÁN, *Una herencia sin testamento: Hannah Arendt*, Herder, Barcelona, 2007, pp. 211 y ss.

²¹ Si bien de manera simplificada, es ilustrativa la contraposición realizada por Robin West en cuanto a la construcción del sujeto, entre la tesis de la separación propiamente masculina, y la tesis de la unión relacional propiamente femenina. R. WEST, *Género y Teoría del Derecho*, trad. P. De Lama Lama, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Santafé de Bogotá, 2000. Esta tesis es luego matizada por ella misma en *Caring for Justice*, New York University Press, New York/London, 1997.

Asimismo, para examinar la imaginación literaria femenina es útil partir de una triple diferenciación entre literatura femenina, feminista o de la mujer²². La literatura *femenina* se define como aquella referente a las experiencias, sentimientos, roles propios del mundo femenino. Se trata del punto de vista del *otro* femenino, que conlleva el interés por ciertos temas como la maternidad, el cuerpo, las pasiones y experiencias personales y sexuales. La literatura *feminista* es la que conlleva la crítica y lucha feminista frente a los cánones patriarcales. Finalmente, por la literatura *de la mujer* suele hablarse de aquella que reivindica una esencia propia de la mujer derivada de su diferencia biológica, que influye en la manera de ser y ver el mundo y la vida, de comunicarse y relacionarse. Esta distinción es útil a la hora de discutir sobre literatura y mujeres.

En su libro *Una habitación propia*, Virginia Woolf afirmaba que la literatura tiene su base en las condiciones materiales: “La obra de imaginación es como una tela de araña: está atada a la realidad, leve, muy levemente quizá, pero está atada a ella por las cuatro puntas. A veces la atadura es apenas perceptible; (...) Pero al estirar la tela por un lado, engancharla por una punta, rasgarla por medio, uno se acuerda de que estas telas de araña no las hilan en la aire criaturas incorpóreas, sino que son obra de seres humanos que sufren y están ligadas a cosas groseramente materiales, como la salud, el dinero y las casas en que vivimos.”²³

Virginia Woolf se preocupó por esa literatura hecha por mujeres, y reveló las limitaciones sufridas históricamente por las mujeres en este campo, al verse privadas de formación y acceso. En los contados casos en los que las mujeres habían escrito, la escritura había sido considerada un mero juego o entretenimiento *de* mujeres de alta clase social hecha *para* mujeres de la misma clase. Además, las temáticas estaban relegadas al mundo privado del hogar y la familia, que era lo que estas escritoras conocían. Según Woolf, los dos obstáculos principales eran la imagen de la mujer como ese *ángel del hogar* tan convenientemente descrito por María Pilar Sinués o Concepción Arenal,²⁴ y la imposibilidad de hablar sobre las experiencias propias de su cuerpo,

²² E. SHOWALTER, *A Literature of their Own. British Women Novelist from Brontë to Lessing*, Princeton University Press, New Jersey, 1977. También Id. (ed.), *Feminist Criticism*, Virago, London, 1986.

²³ V. WOOLF, *Una habitación propia*, trad. de Laura Pujol, Seix Barral, Barcelona, 2008, p. 32.

²⁴ Respecto a la expresión “ángel del hogar” se podría hablar extendidamente. Véase M. P. SINUES DE MARCO, *El ángel del hogar. Estudios morales acerca de la mujer*, Imprenta espa-

de la sexualidad y el inconsciente. La mujer era fundamentalmente esposa y madre, entregada y sumisa, cuidadora y relegada a las tareas domésticas y cotidianas del mundo privado del hogar. Woolf se estaba refiriendo a la *literatura femenina* dentro de esa clasificación hecha anteriormente, referente a las experiencias, sentimientos, roles propios del mundo femenino, que afloran temas asociados a ese mundo privado. Esta literatura no deja de ser relevante al crear nuevos espacios de conformación del sujeto.²⁵ Fue esencial durante esos siglos XVIII y XIX, donde es posible distinguir más claramente (y no sin excepciones) entre una literatura masculina (donde predominan narradores omniscientes y tramas extensas temporal y espacialmente), y una femenina (más subjetiva y cercana a lo cotidiano y al hogar).²⁶

Otra distinta es la *literatura feminista*, que ha criticado las discordancias en la definición patriarcal de las mujeres. En la historia de la literatura, las mujeres han sido muchas veces retratadas por escritores varones como fuertes y en ocasiones heroicas: *Madame Bovary* (1856) de Gustave Flaubert, *Lady Macbeth de Mtsensk* de Nikolái Leskov (1865), *Anna Karenina* (1877) de Leon Tolstoi, etc. Pero esta era un tipo de mujer ficcional, que solía tener un final fatal. La mujer real, la que debía aparecer en los libros de Historia, era invisible porque las mujeres estaban sometidas y confinadas al mundo doméstico. Así aparecían en muchas novelas, especialmente, concluyentes en el siglo XVIII y XIX como la *Pamela* de Samuel Richardson (1740) o la Carlota y la Otilia en *Las Afinidades Electivas* de Johann Wolfgang von Goethe (1809). Estas novelas estaban en la línea de las tesis de Jean Jacques Rousseau y su *Emilio o De la Educación* (1762), en el que se excluía a las mujeres de la condición de sujetos, y se les desterraba a la pasividad del hogar y, al mismo tiempo, al mundo irracional de los afectos y emociones. El modelo era el de la “mujer-ángel del hogar”.

Sin embargo, de vez en cuando resurgía una voz, la voz del *otro*, la femenina, denunciando su situación y reconstruyendo su identidad atacando viejos mitos y costumbres acerca de la mujer ideal, cuyo lugar estaba en el hogar y cuya

ñola de Nieto y comp., Madrid, 1862. C. ARENAL, *La mujer del porvenir*, Eduardo Perié/Félix Perié, Sevilla/Madrid, 1869.

²⁵ Véase J. E. FERNANDES GIRAUDO, *Poética da Memória. Uma leitura de Toni Morrison*, Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1997, pp. 60, 65.

²⁶ L. LÓPEZ MONDÉJAR, “La feminización de la literatura escrita por hombres”, https://www.infolibre.es/noticias/los_diablos_azules/2017/05/05/la_feminizacion_literatura_escrita_por_hombres_garcia_marquez_moehringer_64634_1821.html (última consulta 17 de noviembre de 2017).

función era esencialmente el cuidado. Mito acerca de esa supuesta feliz sumisión. Esta literatura fue posible tras la conciencia feminista. Por eso, cuando en la actualidad se examina la literatura del medievo y algo posterior (la de los siglos XV al XVII) se advierten ecos de esta conciencia en mujeres que desafiaron los límites impuestos a su género.²⁷ Sin embargo, será a partir de esos siglos XVIII y fundamentalmente XIX, cuando surgen ejemplos claros. Escritoras como Mary Shelley con *Frankenstein* (1818), Emily Brönte con *Cumbres Borrascosas* (1847), Charlotte Brönte con *Jane Eyre* (1847) o *Villette* (1853), o en España más tardíamente *Insolación* (1889) de Emilia Pardo Bazán. Aún con todo, las contradicciones en sus personajes femeninos eran todavía evidentes. Muchas veces derivaban en un modelo de *mujer-loca* o también de *mujer-fatal* incontrolable y movida por impulsos sexuales, o en muchas ocasiones los personajes femeninos eran tan avanzados que se intuye desde el principio su fin fatal.²⁸

Más tarde, en el siglo XX y XXI, la complejidad aumenta cuando algunas escritoras se “masculinizan” por los temas y la expresión tradicionalmente atribuidos a los hombres. Esto ha sucedido, por ejemplo, con autoras de novela negra como Patricia Highsmith con la serie de *Ripley*²⁹. Y, todavía aumenta más la dificultad cuando muchos hombres se *feminizan* como J. R. Moehringer cuando en *El bar de las grandes esperanzas* (*The Tender Bar*, 2005) habla de experiencias juveniles.

En tercer lugar, está la *literatura de mujeres*. Estoy de acuerdo con Woolf en que los textos de mujeres no son solamente obras de mujeres enojadas³⁰, su escritura aporta algo nuevo. La literatura de las mujeres del siglo XIX era una literatura distinta, por los temas y también por el lenguaje y las evocaciones que sugieren. Ahora bien, pienso que esto era cierto de *aquella* literatura y que fue fruto del contexto, y no tanto debido a una diferencia biológica. Existen elementos comunes en los textos de mujeres, por ejemplo, que son obras ciertamente

²⁷ VV.AA., *Literatura y feminismo en España (s. XV-XXI)*, Lisa Wollendorf, (ed.), Icaria, Barcelona, 2005, p. 22. Sobre esos ecos véase J. LEWANDOWSKA, “Est virgo hec penna, meretrix est stampificata: autoría y autoridad literaria en las escritoras de la alta Edad Moderna”, *A medio camino. Intertextos entre la literatura y el derecho*, Diego Falconí Trávez (ed.), Tirant Humanidades, Valencia, 2015, pp.165-195.

²⁸ R. GARCÍA RAYEGO, *Mujeres, arte y literatura: imágenes de los Femenino y Feminismo*, Cuadernos de Trabajo de la Universidad Complutense de Madrid/ Instituto de Investigaciones feministas, Madrid, 2002, *passim*, p. 5.

²⁹ La primera publicada en 1955: *The Talent Mr. Ripley*, 1995; *Ripley Under Ground*, 1970; *Ripley's game*, 1974; *The Boy Who Followed Ripley*, 1980; *Ripley Under Water*, 1991.

³⁰ Han sido muchos los intentos de banalizar la literatura de mujeres. Véase J. Russ, *Cómo acabar con la escritura de mujeres*, trad. G. Fortún, Dos Bigotes, 2018.

muy íntimas. El imaginario de las mujeres ha supuesto una aportación indudable para hablar de aquellos valores como la tolerancia, la reciprocidad, el cuidado, etc..., relegados al sexo femenino, y de aquellas vivencias o experiencias que por una u otra razón son propiamente femeninas. La cuestión es compleja, especialmente cuando nos centramos en las experiencias corporales que pueden ser evidentemente diferenciadas. Sin embargo, no hay que olvidar que están también socialmente mediatizadas; incluso aunque se considere que la experiencia sea construida y también construya, es difícil llegar a un acuerdo unánime sobre lo que sea “la experiencia de una mujer.”³¹ Poner la literatura al servicio de las diferencias entre mujeres y hombres basadas fundamentalmente en el cuerpo y las experiencias generadas por éste puede ser determinante para respetar esa diferencia particular (entre las muchas existentes) que ha sido invisibilizada e infravalorada. No obstante, esto último no puede ser efectivamente objeto de un nuevo esencialismo sobre lo que sea una mujer.

A la hora de realizar un análisis crítico de la literatura hay que tener en cuenta que la literatura puede entenderse tanto como un vehículo para la ideología (en este caso, la ideología patriarcal) o como un instrumento para desarmarla³².

Esta dualidad está presente en las diversas aproximaciones feministas al análisis de la cultura popular (estudios culturales con perspectiva de género). Los estudios culturales en perspectiva de género tuvieron desde el principio varios objetivos: el análisis de las imágenes de la mujer producidas por la cultura popular; recuperación y relectura de la cultura popular creada por mujeres; estudio de la recepción y consumo de la cultura popular por parte de mujeres; y la formulación de una cultura feminista³³. Entendiendo que los estudios literarios forman parte de los estudios culturales³⁴, la crítica literaria

³¹ Sobre la problemática en torno a la idea de “experiencia femenina” véase D. FUSSELL, “Leer como una feminista”, en N. CARBONELL CAMÓS Y M. Á. TORRAS FRANCÉS (comps.), *Feminismos literarios*, Arco Libros, Madrid, 1999, pp. 127-146, p. 130. También en el mismo J. W. SCOTT, “La experiencia como prueba”, pp. 77-112.

³² J. CULLER, *Breve introducción a la teoría literaria*, trad. G. García, Crítica, Barcelona, 2000, p. 52. De la literatura como ideología, se ocupa T. EAGLETON, *Una introducción a la teoría literaria*, trad. J. Esteban Calderón, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1988, p. 37. Sobre la evolución de la teoría literaria desde el formalismo ruso, las teorías marxistas, estructuralistas y postestructuralistas, a la teorías de la recepción véase R. SELDEN, *La teoría literaria contemporánea*, trad. J. Gabriel López Guix, Ariel, Barcelona, 1987.

³³ I. CLUA, “¿Tiene género la cultura? Los estudios culturales y la teoría feminista” en *Género y cultura popular*, Bellaterra, Edicions UAB, 2008, pp.10-30, pp. 20 y ss.

³⁴ Esto es en realidad algo controvertido como bien explica J. CULLER, *Breve introducción a la teoría literaria*, cit., pp. 57 y ss.

anglosajona y europea se marcaron objetivos similares. La crítica literaria de feministas americanas desde Kate Millet, Mary Ellman, Elaina Showalter o Ellen Moers denunciaron la opresión machista reflejada en los estereotipos presentados en los textos literarios³⁵, tratando de seguir el proyecto iniciado por *The Feminine Mystique* de Betty Friedan. Para ello valoraron la creación literaria de nuevos arquetipos de mujer, más cercanos a la realidad, que sustituyesen las imágenes negativas por imágenes más reales³⁶. Esta tarea tenía, no obstante, un inconveniente: la tendencia para algunas inevitable a clasificar los temas propios de la subjetividad femenina (como el matrimonio o la maternidad), o incluso a veces la defensa de un lenguaje propiamente femenino distinto, calificado de más sensible, reduciendo “la mujer” a un único modelo³⁷. El peligro fue reproducir los mismos estereotipos masculino-femenino que se criticaban, generando identidades esencialistas y olvidando además cuestiones de raza o clase³⁸. En otro sentido distinto, la crítica feminista francesa desde Simone de Beauvoir³⁹, Hélène Cixous, Luce Irigaray o Julia Kristeva (las últimas influenciadas por el psicoanálisis y la deconstrucción de Derrida y Lacan) también atacaron la estructura patriarcal considerando que la mujer al expresarse en los textos literarios se describe física y psíquicamente por su voz y su cuerpo, por lo que su literatura es única y reflejo de su identidad.⁴⁰ En este caso se defendía la multiplicidad, pero de nuevo se corría el peligro de acabar en definiciones esencialistas.

³⁵ B. SÁNCHEZ DUEÑAS, *Literatura y feminismo. Una revisión de las teorías literarias feministas en el ocaso del siglo XX*, ArCiBel Editores, Sevilla, 2009, pp. 111 y ss. Obviamente, en este punto se podrían estudiar más atentamente los propios textos de los autores como L. IRIGARAY, *Espéculo de la otra mujer*, trad. R. Sánchez Cedillo, Akal, Madrid, 2007.

³⁶ J. HOLLOWES, “Feminismo, estudios culturales y cultura popular”, *Lectora. Revista de dones i textualitat*, 11, 2005, p. 17. Disponible en RACO (Revistes catalanes amb accés obert): <http://www.raco.cat/index.php/Lectora/article/view/205524>

³⁷ Elaine Showalter acuñó el término de “gynocriticism”, crítica literaria dirigida a buscar la esencia de la escritura de mujeres frente a la de los hombres (MILLS, L. PEARCE, S.SPAULL, E. MILLARD, *Feminist Reading*, Harvester Wheatsheaf, London, 1989, p. 84).

³⁸ No es que olvidaran las diferencias raciales o clasistas, pero pensar que en primer lugar estaba la opresión patriarcal. En este sentido lo hizo Kate Millet en *Sexual Politics* (S. MILLS, L. PEARCE, S.SPAULL, E. MILLARD, *Feminist Reading*, cit., p. 21).

³⁹ El antecedente más claro es la obra de Simone de Beauvoir *El segundo sexo*, que inicia con la frase “No se nace mujer, se llega a serlo”, realiza un extenso análisis de las categorías hombre y mujer como construcciones culturales y no como hechos de la naturaleza. Esta obra sienta las bases para el debate entre esencialismo y construcciónismo.

⁴⁰ D. FUSS, “Leer como una feminista”, cit., p. 152.

La crítica literaria feminista, entendida como “crítica de sabotaje”⁴¹, parece que tiene que ir dirigida a demoler una ideología al dismantelar la metáfora y el silogismo literario, si bien en un intento por reconstruir el sujeto más allá de identidades cerradas. Por eso fueron tan esenciales, por ejemplo, las críticas del feminismo afroamericano y latinoamericano a la visión feminista americana centrada en una idea de mujer blanca, heterosexual y occidental.

La objeción fundamental es que la mujer no es una categoría que se contenga una esencia femenina inalterable, entre otras cosas porque existen múltiples vectores identitarios como la clase, la raza o la sexualidad. Es preferible pensar que las teorías feministas de la diferencia sexual quieren hacerse eco de la perspectiva crítica de las teorías del sujeto, entendiendo que el cuerpo no tiene una esencia ni un destino biológico prefijado, como afirmaban las ciencias biológicas y psicológicas, es decir, que el cuerpo está situado en el mundo y en un contexto determinado. Por eso, la cuestión para reconstruir al sujeto no es romper con la diferencia entre los sexos, sino en todo caso encontrar la manera de afirmar la diferencia sexual poniendo en valor a ese *otro femenino*, nunca como identidad esencialista, y también teniendo en cuenta los múltiples vectores que atraviesan la subjetividad.

Por eso, si quiere hablarse de igualdad es preciso tener en cuenta que todos somos iguales en la diferencia, hombres y mujeres son diferentes, pero también mujeres entre sí y hombres entre sí. Esto es lo que defiende el denominado “feminismo de la igualdad en la diferencia”:

Por lo demás, lo que parece estar sucediendo es que esa manera tradicionalmente femenina de hacer literatura ya no es necesariamente propia de las mujeres escritoras, ni la manera masculina lo es de los hombres escritores. Como afirma Lola López: “Al final, las características de un cierto tipo de escritura, intimista, cotidiana, del yo, que se ha dado en llamar femenina, se dan tanto en hombres como en mujeres y dependen, sobre todo, de la posición de poder que adopte el narrador de la historia”⁴².

⁴¹ M. ASENSI, “Crítica, sabotaje y subalternidad”, *Lectora*, 13, 2007, pp. 133-157.

⁴² L. LÓPEZ MONDÉJAR, “La feminización de la literatura escrita por hombres”, cit. Véase también Id., “El sexo de los ángeles ¿Hay marcadores de género en los textos literarios?”, *Quimera. Revista de literatura*, núm. 397, 2016, pp. 47-51.

4. LA COMPASIÓN Y LA CONSTRUCCIÓN RELACIONAL FEMENINA DE LA IDENTIDAD MORAL. LA CUESTIÓN SOBRE LA MORAL FEMENINA EN LA LITERATURA

Siguiendo con la tercera de las tesis que planteo, opino que ciertamente la literatura está asociada al mundo emocional. A través del texto, se forman vínculos de empatía y compasión hacia otros seres humanos, que hacen experimentar al lector toda clase de sentimientos. Hablar, entonces, de los vínculos entre Derecho y Literatura ofrece una visión relacional sobre la construcción de la identidad moral y jurídica del sujeto.

En primer lugar, la literatura contribuye a la construcción de la identidad moral a través de la relación lector-personaje y, especialmente, a través de la relación compasiva. Nussbaum concede gran importancia al tema de la compasión en la literatura. Estudia este sentimiento extensamente a la hora de analizar las tragedias griegas.⁴³ La tragedia griega es protagonizada por personas buenas que son arrastradas hacia situaciones deplorables y reprochables como resultado de sucesos fuera de su control. Esta circunstancia mueve la compasión de los lectores ante personajes cuyos actos han sido reprobables moralmente pero que se han comportado de ese modo debido a las circunstancias. En situaciones normales, habrían rechazado ese comportamiento. La coerción al sujeto no viene de sí mismo, viene de las circunstancias que plantean un conflicto ético entre dos o más opciones éticamente válidas que los sucesos hacen incompatibles.

La relectura de ciertas obras clásicas evidencia la complejidad de las apariencias en las elecciones⁴⁴. Nussbaum explica que, en la evitación del conflicto práctico, algunos han optado por una respuesta racional según la cual, en lugar de abandonar el valor irreductible, únicamente se cede una cantidad menor de la misma cosa, es decir, se ofrece como solución conmensurar los bienes en conflicto. Sin embargo, la conmensurabilidad es compleja, y la evitación del conflicto no es una cuestión meramente racional. En la elección, el agente va a necesitar algo más que el intelecto en sentido estricto. Los afectos y sentimientos intervienen y no siempre oscureciendo el juicio, como

⁴³ M. C. NUSSBAUM, *La fragilidad del bien*, cit.

⁴⁴ Kant retomó la tradición antigua que niega que un principio moral puede entrar en conflicto con otro, ya que la moral es coherente y el choque no es aparente. Sin embargo, la relectura de obras permite afirmar lo contrario. *Ibid.*, p. 86.

entendía el primer Platón⁴⁵. Aristóteles hablaba del *prudente*, como aquel que tiene un criterio de elección correcta, que es en cualquier caso íntegramente humano⁴⁶. Existe un *logo*, una regla o razón, pero en el ámbito de la ética esa regla es la del prudente, quien está directamente influido por las circunstancias. Por ello, las reglas universales son flexibles y no son siempre justas en los casos concretos. El prudente utiliza las reglas como orientaciones, y en su razonamiento la pasión es un elemento imprescindible de buena deliberación. Me uno a Nussbaum al afirmar que “la obra dramática puede contribuir a nuestra comprensión de un problema ético *motivando* la discusión y la reflexión”⁴⁷. Con ello, estoy afirmando que las obras literarias pueden contribuir a la construcción de la identidad moral del individuo. La literatura, a través de la identificación empática y la compasión, permite el diálogo con uno mismo y con los demás; un diálogo que es esencial para la propia configuración del bien y la vida buena.

Esto presume una crítica a la concepción clásica de la autonomía, identificada con la autosuficiencia. Los individuos no son autosuficientes en la elaboración de su identidad moral, como defendían Kant y otros liberales. La autosuficiencia no es real, en cuanto su identidad moral se constituye gracias a las relaciones recíprocas con otros individuos. La intersubjetividad no es meramente instrumental, es decir, no es que los individuos se vean únicamente influenciados por su entorno a la hora de tomar decisiones. El centro no es el individuo que por sí solo examina las 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 en el proceso de validación de las distintas demandas de Justicia⁴⁸. 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 dilucidar la propia concepción del sujeto. En todo caso, es el individuo el que decide en última instancia sobre la corrección argumentativa y sobre su propia concepción. La concepción indi-

⁴⁵ Nussbaum opina que con Fedro, Platón cambia su planteamiento sobre el papel de los sentimientos, las pasiones y al amor presentan en la vida buena. *Ibid.*, pp. 271, 285, 286 y 291.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 374.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 184.

⁴⁸ G. PEREIRA, *Elements of a Critical Theory of Justice*, Palgrave MacMillan, Hampshire (UK), 2013, p. 62.

vidual 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. De este modo, la autonomía no es autosuficiencia, pero sí un acto libre, racional y reflexivo⁴⁹.

En la labor de crítica al concepto de autonomía liberal clásico el feminismo ha tenido una particular relevancia. No se debe olvidar que el sistema *sexo-género* vertebró el sistema liberal moderno y *subordiscrimina* a las mujeres⁵⁰. Los sujetos autónomos han sido los varones. Ellos eran los sujetos racionales e independientes. Toda alusión a lo irracional, afectivo, emotivo, o vulnerable fue excluido y desplazado hacia el sujeto femenino pasivo y dependiente.

Desde el feminismo se ha criticado la noción de sujeto y el concepto de autonomía modernos, y se ha buscado introducir la dimensión social y relacional. Esta dimensión es fundamental a la hora de entender los lazos entre Derecho y Literatura femenina. Las tesis feministas y, con cierta similitud las tesis comunitaristas en general (aunque no de la misma manera⁵¹), han defendido la visión relacional y son atractivas siempre y cuando no conjeturen la defensa de identidades cerradas.

Es preferible una perspectiva crítica de las teorías del sujeto, a partir de la idea de que el cuerpo no tiene una esencia ni un destino biológico prefijado. Hay que encontrar la manera de afirmar la diferencia sexual, como una diferencia más entre otras, poniendo en valor a través de la literatura a ese *otro femenino*, y nunca sosteniendo una identidad esencialista de mujer.

Actualmente, la literatura *de género* no es sino un *género de literatura* que refleja las experiencias, sentimientos, roles propios del mundo femenino, pero realizando una crítica fuerte a la noción clásica del sujeto femenino, a veces deconstruyendo esos mitos, a veces creando nuevos arquetipos de mujer, o incluso también nuevos modelos de hombres, que indagan en su sensi-

⁴⁹ C. MACKENZIE, "Three Dimensions of Autonomy: A Relational Analysis", en M. PIPER, A. VELTMAN (ed.), *Automy, Oppression and Gender*, Oxford University Press, New York, 2014, pp. 15- 41, pp. 17-18.

⁵⁰ B. RODRÍGUEZ RUIZ, "¿Identidad o autonomía? La autonomía relacional como pilar de la ciudadanía democrática", *AFDAUM*, núm. 17, 2013, pp. 75-104, p. 77. El concepto de subdiscriminación lo ha tomado muy acertadamente de M. Á. BARRÈRE UNZUETA y D. MORONDO TARAMUNDI, "Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una Teoría de Derecho antidiscriminatorio", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 15-42.

⁵¹ Desde luego no han sabido ver que la autonomía como autosuficiencia se corresponde con una visión tradicionalmente masculina.

bilidad, y que son conscientes de las incoherencias de los roles patriarcales. En este sentido estoy de acuerdo en valorar esa *otra* mirada en femenino.

Esto significa que la literatura femenina ha contribuido a la construcción de la Moral o Ética del Cuidado, aquella preocupada por la reciprocidad, la relacionalidad, la compasión, la solidaridad. Muchos personajes femeninos creados por mujeres, con los que el lector puede empatizar y puede aprehender para construir su propia identidad moral, ofrecen una visión basada en el amor y la solidaridad hacia los demás. Las mujeres desde su imaginario, han creado personajes que rompen con las reglas sociales establecidas, creando lazos relacionales extrínsecos. Son muchos los ejemplos que pueden esgrimirse, aunque me gustaría citar a una autora española. Se trata de la novela *La desertora* (1932) de Halma Angélico (pseudónimo de María Francisca Clar Margarit). En ella una mujer, tras ser rescatada de Marruecos, acaba renegando de los valores occidentales, volviendo al mundo islámico en busca del amado sultán que la tenía presa, y escapando del maltrato sufrido por su cuñado en España. Se expresa amor, tolerancia y solidaridad hacia el otro culturalmente distinto. Hay otros ejemplos, de la literatura extranjera transoceánica, como es el caso de a voz emocional de Clarice Lispector con la crónica *Mineirinho* (1962)⁵².

Desde luego, de los valores transmitidos por los personajes femeninos se extraen enseñanzas positivas⁵³, aunque no tendrían sentido sin la crítica feminista hacia el sistema que relega esos valores a las mujeres y al ámbito privado donde se encuentran, y sin la crítica del propio concepto de sujeto femenino naturalmente considerado irracional y pasivo. Sin esa crítica no se podría evitar que el sujeto inserto en la sociedad asuma valores y creencias que comprometan su capacidad de decidir y actuar libremente. De hecho, esto es lo que les ha ocurrido a muchas mujeres fieles promotoras del sistema patriarcal, o que en sus tesis incorporan sin quererlo la defensa de las estructurales patriarcales. Este riesgo puede evitarse con la toma de conciencia femenina y el reconocimiento de ese sujeto como agente participativo en el

⁵² Sobre ella véase J. CALVO GONZÁLEZ, "Salir al otro. Afectividad y Justicia en *Mineirinho*, de Clarice Lispector", *Anamorphosis. Revista Internacional de Direito e Literatura*, num. 2 vol. 1, 2016, pp. 123-145.

⁵³ Para ello véase I. COMINS MINGOL, *La ética del cuidado como educación para la paz*, Tesis doctoral, Universidad Jaume I, Valencia, 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", *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.

diálogo interpersonal y social. 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 poder.⁵⁴

En suma, mi tercera tesis es que los textos literarios femeninos pueden infundir en el lector los valores tradicionalmente considerados femeninos, cuestionando el centro moral y político-jurídico y ampliando su horizonte. Sin embargo, esos valores no son solamente de las mujeres. La aportación de la imaginación femenina es que su lectura provoque una emoción compasiva como acto empático comprensivo de su injusta situación. Y, además, este acto es una contribución, aunque no la única, en la construcción dialogante del sistema moral individual, ya que permite reinterpretar y valorar la propia experiencia y la de los demás desde la igualdad y la diferencia, buscando referentes comunes de dignidad, ni masculinos ni femeninos. Voy a centrarme a continuación en esta idea.

5. LA COMPASIÓN COMO HERRAMIENTA COMPLEMENTARIA PARA LA IDENTIDAD JURÍDICA. EL SUJETO DE DERECHOS Y LA VULNERABILIDAD HUMANA COMÚN A TRAVÉS DEL IMAGINARIO FEMENINO

La última de las tesis que defiendo se refiere a la posibilidad de extender la emoción compasiva del imaginario femenino al ámbito jurídico, contribuyendo teóricamente a la noción de sujeto de derechos, y a la idea de Justicia común.

En la esfera del Derecho, la compasión es frecuentemente considerada una fuerza no cognitiva, alejada por tanto de la razón y el razonamiento. En general, las emociones han sido tachadas de irracionales y, por tanto, inadecuadas para ser guía de lo jurídico. Esto está alejado de la realidad. La persona que siente está percibiendo y juzgando la situación (física y psíquicamente). Como defiende el estoicismo, el individuo está teniendo respuestas corporales y también generando creencias y juicios acerca de esa realidad y los objetos que la componen. Al estar basadas en creencias que pueden ser falsas son irracionales en el sentido normativo, pero no están alejadas de la cognición y el juicio.⁵⁵

⁵⁴ J. BUTLER, *Mecanismos psíquicos del poder. Teorías sobre la sujeción*, trad. de Jaqueline 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*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 73.

⁵⁵ M. C. NUSSBAUM: *Justicia poética*, cit., p. 96. También Id., *Paisajes del pensamiento*, cit., pp. 397 y ss.

La emoción de compasión requiere la creencia de que otra persona está sufriendo gravemente sin tener culpa, aunque no necesariamente está basada en las posibilidades de los que se compadecen sean similares a la de los sufrientes. Esta es, en realidad, la base de la beneficencia. La compasión añade algo importante. Desde la compasión se mira al ser humano en su vulnerabilidad común, como ser necesitado de los demás. La compasión presume negar, como lo hace el feminismo, la autosuficiencia humana.⁵⁶

El concepto de vulnerabilidad puede ayudar a entender lazos comunes entre todos, dejando de lado la simple reciprocidad interesada en las relaciones humanas, y desmontando las connotaciones negativas del concepto de dependencia y necesidad en el pensamiento liberal. Es decir, no se trata de oponer la vulnerabilidad a la autonomía. Desde el feminismo se propone el concepto de autonomía relacional, la aceptación y reconocimiento de la vulnerabilidad como elemento esencial para alcanzar también la autonomía.⁵⁷

La compasión aflora el sentimiento de vulnerabilidad humana común y ello permite fijar contenidos mínimos de dignidad común. La idea de vulnerabilidad común atañe a cuestiones de Justicia social, al generar responsabilidad hacia las situaciones vulnerables.⁵⁸ Tener en cuenta la vulnerabilidad a la hora de hacer un análisis de la Justicia social puede ayudar a prestar una atención adecuada a las desigualdades y desventajas sociales sufridas por ciertos colectivos históricamente discriminados como el de las mujeres.

Existen algunas tesis feministas como la Martha Albertson Fineman o Anne Gear que construyen la idea de sujeto en base a la vulnerabilidad como condición humana común. Según Fineman, la vulnerabilidad tiene una triple dimensión.⁵⁹ Es universal y una condición humana inevitable y constante en el ser humano (vulnerabilidad inherente); se experimenta de forma diferente

⁵⁶ Sobre vulnerabilidad véase A. HONNETH, *Reification: A New Look at an Old Idea*, Oxford University Press, New York, 2007. Sobre todo, C. MACKENZIE, "The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for the Ethics of Vulnerability", en C. MACKENZIE, W. ROGERS, S. DODDS (eds.), *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, New York, 2014, pp. 33-59, en especial p. 33.

⁵⁷ C. MACKENZIE, "The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for the Ethics of Vulnerability", *Vulnerability*, cit., p. 33.

⁵⁸ Véase M. A. FINEMAN, "Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics", en M.A. FINEMAN; A. GREAR (eds.), *Gender in Law, Culture, and Society: Vulnerability: Reflexions on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Ashgate Publishing Ltd, Surrey, (England)/Burlington (USA), 2013, pp. 13-27, p. 13.

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 20 y ss. Otros autores retoman, aunque con ciertas diferencias, esta división de Martha Albertson Fineman. Véase C. MACKENZIE, "The Importance of Relational

por cada individuo dependiendo de su contexto (vulnerabilidad contextual); y puede ser provocada por la estructura socio-política y económica, y no depender directamente de la condición humana (vulnerabilidad patogénica).

El imaginario literario, empático y compasivo, es útil para aflorar la vulnerabilidad humana.⁶⁰ Los textos literarios femeninos en su forma y contenido activan la compasión hacia situaciones de desigualdad, dando cuenta a la vez de la vulnerabilidad y necesidades de todo ser humano. El juego entre lo general-común y lo diferente-concreto es imprescindible en el juego identificativo literario. Esto significa que el viaje de la identificación compasiva es un doble viaje, de ida y vuelta. El lector participa y siente de la vida de estos personajes, para luego retornar a su propia vida, recordándole quién es y qué puede hacer para el mejoramiento de la vida humana.⁶¹

Por eso los propios juicios morales individuales aportan a la idea de bien o Justicia común. Como afirma Nussbaum: “la visión de una calidad de vida individual que presentan las novelas resulta compatible con críticas institucionales y políticas serias, e incluso las motiva.”⁶² El lector participa y siente de la vida de estos personajes, y luego regresa a su propia vida, recordándole quién es y qué es *justo*.

Entiendo que la compasión y la vulnerabilidad son conceptos que aportan a la construcción de la idea de Justicia común y de sujeto. Sin embargo, esto no puede conducir a la negación de la necesaria conciencia igualitaria para valorar las diversas situaciones vulnerables y transformar las relaciones e instituciones existentes. Las tesis sobre la vulnerabilidad y la compasión son complemento que enriquecen la idea de dignidad e igualdad, siempre y cuando se atienda a las causas de las vulnerabilidades. De esta manera se puede promover la transformación de las estructuras y relaciones de poder que deciden de manera desigual sobre la vulnerabilidad creando indefensión o marginalización de algunos seres humanos⁶³.

Autonomy and Capabilities for the Ethics of Vulnerability”, cit. También Id., “Three Dimensions of Autonomy: A Relational Analysis”, cit., pp. 15- 41.

⁶⁰ M. C. NUSSBAUM, *Justicia poética*, cit., pp. 18-20.

⁶¹ Ibid., p. 83. Véase también J. CALVO GONZÁLEZ, “Apólogos sobre identidad moral como heteronimia”, *Contrastes. Revista Interdisciplinaria de Filosofía*, vol. II, 2002, pp. 167-176.

⁶² M.C. NUSSBAUM, *Justicia poética*, cit., p. 105.

⁶³ D. MORONDO TARAMUNDI, “¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016, pp. 205-221, especialmente p. 211. En este mismo sentido crítico, M. Á. BARRERE UNZUETA, “Martha Albertson Fineman y la igualdad jurídica: ¿vul-

6. A MODO DE CONCLUSIÓN. EL ENRIQUECIMIENTO DE LA PERSPECTIVA JURÍDICA A TRAVÉS DE LA IMAGINACIÓN LITERARIA FEMENINA

A modo de conclusión se puede afirmar que, frente al escepticismo, las emociones son elementos esenciales de la inteligencia humana, aunque supongan efectivamente un reconocimiento de las necesidades, la falta de autosuficiencia humana y un concepto de autonomía relacional. Esta concepción de las emociones, la consideración de la común vulnerabilidad, la falta de autosuficiencia y la autonomía relacional proceden de una visión tradicionalmente femenina, y esta perspectiva es la que admite plantear precisamente las conexiones entre el Derecho y las Artes, entre el Derecho y la literatura en particular.

Las emociones permiten la conexión con la imaginación y con la representación de acontecimientos en la mente del sujeto, lo que influye en su conocimiento del mundo y en la construcción de su identidad moral, política y jurídica.

Al empatizar con los personajes, el lector de una obra literaria lee la obra y, a la vez, así mismo y al mundo.⁶⁴ La compasión es una emoción dolorosa al empatizar con el sufrimiento inmerecido de otros. Obviamente, conlleva en sí una idea implícita sobre el bien y la vida buena, pero a la vez esta idea se va construyendo a partir del diálogo interno y externo. Al sentir compasión por el personaje, el individuo se hace vulnerable en el otro, entiende y también genera juicios acerca de su propia situación vulnerable y de situaciones parecidas en el mundo.

Esta afirmación se puede trasladar a la esfera jurídica, del jurista en particular y de las instituciones en general. La reflexión identificativa no se consigue plenamente con generalidades y reglas abstractas. De ahí que lo común y general requiera asimismo de lo particular y concreto. Este camino es el que el jurista tiene que recorrer habitualmente, concretando en la realidad las ficciones del Derecho.

Un buen jurista es aquel capaz de distanciarse respecto a las realidades sociales, imaginando sobre esas realidades y sintiendo o emocionándose como un espectador que recorre un camino de ida y vuelta; empatiza con los

nerabilidad vs. subordiscriminación?", *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016, pp. 17-34, esp. pp. 30 y ss.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 279.

seres humanos y su contexto, pero no está inmerso en su vida. De ahí, que sea mejor hablar de la compasión como camino que vuelve al propio ser espectador que es quien finalmente evalúa esos sentimientos y sus implicaciones.

En concreto, la imaginación literaria femenina, y también aquella *feminizada*, es importante porque valora las emociones, genera compasión ante injustas situaciones de discriminación, permite generar juicios morales individuales y construir la identidad moral del individuo en particular. Esos juicios pueden extenderse a nivel público conformando una idea igualitaria de sujeto, y concretando la noción de igualdad y dignidad humana común, entre otras cosas porque la esfera individual no está separada de la pública.

La interconexión entre esfera pública y esfera privada es otra aportación de la crítica feminista a la estructura patriarcal. Lo privado y lo público son espacios contiguos dentro de una comunidad basada en la solidaridad. El individuo no es un ser aislado, necesita del afecto, del cariño y del cuidado de otros. La razón, por tanto, no puede ignorar emociones como el amor, el cariño, la simpatía y, sobre todo, la compasión.

Ciertamente, es discutible que las mujeres por esencia biológica sean más proclives al cuidado y a las emociones, y que los hombres se decanten más hacia la razón y la beneficencia. Afirmar esto no cambiaría mucho las cosas, es decir, el problema no es tanto los contenidos de la moral o ética del cuidado, que por supuesto deben tener en cuenta el papel cognitivo de las emociones, cuanto que ello por sí solo no permite un cambio estructural del sistema.

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

EXPERIENCIA HUMANA Y DERECHO: REFLEXIONES SOBRE LA INTEGRALIDAD DE LO JURÍDICO*

HUMAN EXPERIENCE AND LAW:
THOUGHTS ON THE ENTIRITY OF THE LEGAL PHENOMENON

AUGUSTO ROMANO
Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Fecha de recepción: 10-09-2019

Fecha de aceptación: 12-11-2019

Resumen: El Derecho no coincide con la normatividad positiva, sino que expresa un marco mucho más amplio y profundo; no puede ser considerado abstractamente, aislado de la actividad humana en la que se forma, por separado de los hechos –de los acontecimientos, de los comportamientos, de las acciones– permaneciendo externo y superpuesto al fluido proceso de lo real. El Derecho, al contrario, ha de ser detectado en las tramas de la experiencia, en lo concreto de la historia. La valorización del "hecho" como génesis del proceso de construcción de lo jurídico no puede, por tanto, prescindir de un análisis meticuloso del concreto dinamismo del experimentar existencial y de la causalidad del comportamiento humano, que estructuran la experiencia jurídica constituyendo su propia condición de posibilidad. Reflexionar sobre el hombre en su relacionalidad ontológicamente estructurada en el espacio-tiempo es, por consiguiente, ineludible para una comprensión integral del Derecho que sólo es alcanzable en el continuum de ciencia y filosofía.

Al concepto newtoniano absoluto del tiempo y del espacio se sustituye ahora el continuum espacio-temporal einsteiniano. De hecho, no es que el hombre vive en el tiempo, sino que vive el tiempo. El Derecho, por lo tanto, no está relacionado o conectado al hombre por efecto del tiempo, sino que se expresa en el tiempo vivido por el hombre, que viviéndolo lo historifica. El experimentar existencial en la dimensión espacio-temporal que estructura el hecho pone de relieve, entonces, una significativa criticidad del formalismo jurídico y el reco-

* La traducción al castellano es de Michele Zezza.

nocimiento que la ciencia jurídica, por mucho que pura, deba y quiera quedarse en los confines de sus métodos rigurosos, no puede evitar el contacto con el hecho expresado en el tiempo vivido por el hombre, que produce el Derecho y estructura el ordenamiento.

Abstract: *The law does not coincide with positive normativity, but expresses a much broader and deeper framework; it cannot be considered abstractly, isolated from the human activity in which it takes form, separated from the facts –from the events, from the behaviours, from the actions– external and superimposed on the fluid process of the real. The law, on the contrary, has to be detected in the tissue of experience, in the concreteness of history. The valorisation of the “fact” as the genesis of the building process of the legal phenomenon, therefore, cannot prescind from a meticulous analysis of the concrete dynamism of the existential experience and from the causality of human behaviour, that structure the legal experience and constitute its condition of possibility. Reflecting on man in his ontologically structured relationship in space-time is, consequently, unavoidable for an integral understanding of law that is only attainable in the continuum of science and philosophy.*

The absolute Newtonian concept of time and space is now replaced by the Einsteinian space-time continuum. In fact, it's not that the human being lives in time, but rather that he lives the time. The law, therefore, is not related or connected to man as a consequence of time, but is expressed in the time lived by the human beings, who by living it also historicise it. The existential experience in the space-temporal dimension that structures the fact highlights, then, a relevant criticality of legal formalism and the recognising that legal science, although pure, should and wants to remain within the confines of its rigorous methods, cannot avoid contact with the fact expressed in the time lived by the human beings, who produces the law and structures the legal order.

Palabras clave: experiencia jurídica, hecho y derecho, cuatrimensionalidad de lo real, *continuum* espacio-tiempo, hermenéutica jurídica.

Keywords: legal experience, fact and Law, four-dimensionality of the real, space-time *continuum*, legal hermeneutics.

La complejidad social y la actual crisis de las fuentes de producción jurídica ponen de manifiesto como el derecho no coincide con la normatividad positiva, sino que exprese un ámbito mucho más amplio y articulado.

La reducción del derecho a ley –esto es, suponer que el derecho esté básicamente constituido por normas– resulta, de hecho, inadecuada para dar cuenta de la experiencia jurídica en su globalidad como vida y acción real

expresada por los seres humanos en el incesante *continuum* histórico¹. El derecho no puede ser considerado abstractamente, aislado de la actividad humana en la que se forma, por separado de los hechos –de los acontecimientos, de los comportamientos, de las acciones–, permaneciendo externo y superpuesto al fluido proceso de lo real.

Suscitan, por tanto, perplejidades aquellos planteamientos doctrinales de corte dualista orientados a separar el “hecho” del derecho, según una concepción de la juridicidad que desciende de arriba hacia abajo, de la fuente a los sujetos y no al revés².

¹ Sigue siendo válida, al respecto, la contribución especulativa de Giuseppe Capograssi, con arreglo a la cual la experiencia jurídica “non è altro che l’azione umana rivelata nella sua sostanza, realizzata nella sua profonda volontà unitaria e coerente con tutta la vita del soggetto, sviluppata concretamente ed esplicitamente in tutto il movimento delle sue esigenze e dei suoi fini vitali, in tutta quella perenne spinta del soggetto verso la comunione e l’unione con tutte le realtà, che la coscienza ha scoperto con la conoscenza concreta” (G: CAPOGRASSI., *Analisi dell’esperienza comune*, Athenaeum, Roma, 1930, p. 109).

A este respecto, Riccardo Orestano, unos años después, observaba nítidamente que “la maggior parte delle dottrine tradizionali intorno al diritto si sono sforzate di presentare il reale –mi si consenta l’immagine– come costituito da tre mondi separati o separabili e che si è ritenuto fosse compito dei ‘veri’ giuristi distinguere sempre più nettamente. Il primo, il mondo dei ‘comportamenti umani e con essi delle relazioni, delle strutture, delle istituzioni cui danno vita. Il secondo, il mondo delle ‘norme’ di ogni genere e produzione che seguendo o precedendo i comportamenti sono rivolte a disciplinarli, a riplasmarli, a convogliarli entro canali formalizzati e canonizzati, o a determinarne e stimolarne di nuovi. Il terzo, il mondo delle attività di riflessione, di analisi, di elaborazione sui comportamenti, sulle norme o su entrambi, nonché delle attività di riflessione sulla riflessione: sono le attività che nell’insieme comprendiamo sotto la dizione di *scientia iuris*. E ciascuno di questi mondi viene sezionato e suddiviso e compartimentato in un numero crescente di articolazioni.

Mi sembra invece que l’impiego della nozione de experiencia jurídica permita de guardar a tutto questo non più como a ‘mundi’ distintos e en cierta guisa –per restare nell’immaginerotanti in orbite diverse, bensì quali componenti de un unico e más vasto ‘mondo’, entro cui possono e debbono essere concepitos e ‘visti’ fra loro correlatos e interagenti en un rapporto solidale, compenetrati en un ‘insieme’, attratti tutti da uno stesso campo gravitazionale: ‘il mondo del giuridico’, un mundo calato interamente nella experiencia, un mundo que è experiencia, anche quando sembra ne sia dato distaccarsi o distaccarlo da essa. Un mundo que ‘è’ quanto siamo soliti dire la ‘storia’” (R. ORESTANO, “Introduzione allo studio del diritto romano” [1987], *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, núm. 4, 2013, pp. 70-71).

² Sobre la inadecuación del hecho para producir efectos jurídicos en el ordenamiento ha recientemente insistido, entre otros, N. IRTI, “*Nomos e Lex* (Stato di diritto come Stato di legge)”, *Rivista di diritto civile*, núm 3, 2016, pp. 589 ss.

Naturalmente,

en la ciencia del derecho los hechos nunca están presentes de por sí, en su realidad efectuar, sino a través de su reducción y “traducción” en palabras y conceptos.

Estos últimos desarrollan una función “vicarial” con respecto a la realidad, pero no coinciden con la realidad. Aun si destinados a operar, a ejercer una influencia, a incidir en la realidad, incluso a incorporarse en ella bajo la forma de normas, y pues en cierto sentido a remoldearla, no son la realidad. Esta es y siempre seguirá siendo inconmensurablemente más rica, más compleja, más heterogénea, más dramáticamente viva de lo que pueda parecer y ser representada a través de cualquier concepto.

Para tratar de remediar a esta imposible coincidencia, en ocasiones, la ciencia del derecho ha caído en otra ilusión, es decir, la idea de que dotando de cada vez mayor generalidad a los conceptos aumentara el quantum de realidad que con ellos se pudiera subsumir. No obstante, el resultado es inverso a la expectativa, porque cuanto más se generaliza un concepto tanto más pierde de poder de concreción a la hora de determinar, de “dar razón” de la realidad.

De ello se deriva la necesidad de moldear una y otra vez conceptos no sólo idóneos para ser aplicados a la realidad que se pretende identificar y conocer, del pasado y del presente, sino incluso funcionalmente vinculados a lo que, de esa realidad, en su infinita complejidad, se pretende detectar y poner de relieve, para el tipo de discurso que se piensa desarrollar³.

Al superar generalidad y abstracción de la disposición normativa, el derecho ha de ser, de hecho, detectado en las tramas de la experiencia, en lo concreto de la historia. La valorización del “hecho” como génesis del proceso de construcción de lo jurídico⁴ no puede, por tanto, prescindir de un análisis meticuloso del concreto dinamismo del experimentar existencial y de la causalidad del comportamiento humano, que estructuran la experiencia jurídica constituyendo su propia condición de posibilidad.

³ R. ORESTANO, *Concetto di ordinamento giuridico e storia del diritto*, en Id., *Diritto: incontri e scontri*, Il Mulino, Bologna, 1981, p. 404, énfasis en el texto.

⁴ Sobre el tema, véanse, *ex multis*, las recientes contribuciones de F. ALCARO, “Una riflessione su ‘fatto’ e ‘diritto’ (ed ‘effettività’)”, *Rassegna di diritto civile*, núm. 3, 2018, pp. 773-789 y P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017; Id., *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015; así como de G. CARCATERRA, “Quando la norma incontra il fatto”, *Rivista del notariato*, núm. 3, 2005, pp. 448 ss.; B. PASTORE, “Costruzioni e ricostruzioni. I fatti nel ragionamento giuridico”, *Ars interpretandi*, núm. 1, 2013, pp. 73-81; M. VOGLIOTTI, *Fra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007.

Reflexionar sobre el hombre en su relacionalidad ontológicamente estructurada en el espacio-tiempo es, por consiguiente, ineludible para una comprensión integral del derecho que “sólo es alcanzable en el *continuum* de ciencia y filosofía”⁵.

No es posible trazar una neta separación entre filosofía natural y cultura humana. Las ciencias físicas, en realidad, forman parte integrante de nuestra civilidad porque han notablemente contribuido a clarificar los fundamentos de nuestra propia existencia, especialmente en referencia a las dimensiones del espacio y del tiempo⁶.

Con la teoría einsteiniana, de hecho, la ciencia contemporánea ha tomado el tiempo de la filosofía y lo ha puesto en el corazón de la física, revelando su naturaleza relativa –al depender del movimiento y de la gravedad– y cómo pueda deformarse, con una maleabilidad vinculada a la materia y a la gravitación. Un siglo después, nuestra comprensión del tiempo ha enormemente evolucionado e, incluso si obstaculizada por los grandes bloques conceptuales de la praxis y del pensamiento modernos, ya no puede prescindir de su inescindible cuatrimensionalidad espacio-temporal.

Al investigar el problema del dinamismo causal –cuya posibilidad de comprensión gira en torno a los dos pilares constituidos por la acción causal y por la temporalidad–, la física ofrece conocimientos epistemológicos e implica consideraciones gnoseológicas indispensables en el ejercicio de la democracia y del derecho⁷.

⁵ S. COTTA, “Diritto e tempo. Linee di una interpretazione fenomenologica”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, núm. 1, 1981, p. 120.

⁶ Cfr. N. BOHR, *Filosofía natural e culture umane* [1938], en Id., *I quanti e la vita*, trad. it., Bollati Boringhieri, Torino, 1999, p. 48. Al respecto, útiles reflexiones se encuentran también en M. DORATO, *Filosofía della fisica*, trad. it., en N. VASSALLO (a cura di), *Filosofie delle scienze*, Einaudi, Torino, 2003.

⁷ F.S.C. NORTHROP, filósofo del derecho en la Universidad de Yale, observa que “quando una tale filosofia del vero nelle scienze naturali, empiricamente verificata, si identifica con il criterio del buono e del giusto nelle scienze umane e sociali, si hanno leggi etiche naturali e la giurisprudenza. In altre parole si ha un criterio conoscitivo scientificamente significativo per giudicare sia le norme verbali, personali e sociali della legge positiva, e l’ethos vivente incorporato nei costumi, sia gli usi e le tradizionali istituzioni culturali dei popoli e delle civiltà del mondo come sono *de facto*. È l’avvento contemporaneo di questa nuova filosofia della fisica e delle corrispettive filosofie della civiltà umana che costituisce l’evento più grandioso nel mondo di oggi e di domani” (*Introducción* al volumen de W. HEISENBERG, *Física e filosofía*, trad. it., Il Saggiatore, Milano, 1994, pp. 34-35).

Al concepto newtoniano absoluto del tiempo y del espacio⁸ se sustituye ahora el *continuum* espacio-temporal einsteiniano.

El conocimiento físico ha verificado el tiempo relativo, revelando que en el bloque cronotópico la moldeabilidad del espacio expresa la diacronicidad del tiempo histórico.

Toda determinación espacio-temporal funda la libertad dinámica que conecta, entre ciencia y filosofía, la legalidad natural y aquella histórica, eliminando la fractura entre el mundo de la materia y aquella del pensamiento⁹.

La *instantanea*, esto es, el cronotopo, la inescindible cuatrimensionalidad del instante, debido a su particular condensación y concentración de los rasgos del tiempo en determinadas partes del espacio, realiza los eventos.

Al privar a la física del concepto de tiempo absoluto, al convertir el concepto de simultaneidad en el de relatividad de la simultaneidad, al considerar el flujo del tiempo como una persistente ilusión, el pensamiento científico contemporáneo ha detectado, en el *continuum* cuatrimensional del ser humano, una compenetración espacio-temporal que ya no es estática, pasiva e irreversible, sino vivida en el instante conectado al lugar y de este a su vez determinado. En el marco de la esfera personal del ser humano, considerado desde una óptica relativista como un autónomo sistema de referencia, es artífice de su tiempo y como tal libremente condiciona los

⁸ “Il tempo assoluto, vero, matematico, in sé e per sua natura senza relazione ad alcunché di esterno, scorre uniformemente, e con altro nome è chiamato durata [...]. I tempi e gli spazi sono come i luoghi di se stessi e di tutte le altre cose. Tutte le cose sono collocate nel tempo quanto all'ordine della successione, nello spazio quanto all'ordine della posizione” (I. NEWTON, *Principi matematici della Filosofia naturale* [1687], trad. it., Utet, Torino, 1977, pp. 101, 106).

⁹ Al respecto, véanse las observaciones de M. SCHLICK, *Spazio e tempo nella fisica contemporanea*, trad. it., Bibliopolis, Napoli, 1984, quien, además, destaca que “la conoscenza fisica si è elevata ad un tale grado di generalità nei suoi principi primi ed a una tale autentica altezza filosofica nei suoi punti di vista, che essa supera largamente in ardimento tutti i precedenti risultati del pensiero nel campo delle scienze naturali. La fisica ha raggiunto vette alle quali, in altri tempi, levava lo sguardo soltanto il teorico della conoscenza. [...] Attraverso la teoria generale la chiarificazione dei concetti viene condotta a termine. Per quanto grande possa apparire la rivoluzione che è stata già provocata dalla teoria speciale, la richiesta che *tutti* i movimenti, senza eccezione, debbano avere carattere relativo e che quindi nelle leggi della natura possano intervenire soltanto i movimenti *mutui* dei corpi, dell'uno rispetto all'altro, porta a conseguenze così ardite e costruisce un'immagine del mondo così straordinaria e di una natura così nuova, che in confronto a ciò le nuove costruzioni concettuali che ci sono richieste dalla teoria della relatività speciale appaiono moderate e parziali” (pp. 19, 35, énfasis en el texto).

eventos, generándolos intencionalmente como causa a partir de una realidad preordenada.

A una causalidad trascendental y determinista del macrocosmo se acompaña, en el microcosmo del sistema individual autónomo de referencia, una causalidad conectada al propio tiempo que conlleva un componente de autodeterminación en el proceso creativo individual, en el que la corporeidad, que estructura una espacialidad de implicación en su motilidad intersensorial –al ser una concatenación dinámica y vital de significados– expresa la síntesis perceptiva como síntesis temporal en el espacio.

En el principio de la unidad espacio-temporal de la vivencia humana el cuerpo es el *hic et nunc* del Yo, que conecta el sujeto a un marco espacial y temporal, dentro de una apertura perceptiva al mundo.

La dinamicidad vital, sin embargo, no puede realizarse en el horizonte estable e inmutable del tiempo matemático –que es un fenómeno intencional y semántico, una construcción artificiosa de la naturaleza– pero debe traducirse en un auténtico sentido de magnitudes perceptivas, que naturalmente se realizan en el *campo relativista* individual, en el que la especificidad del hombre, en la fuerza dinámica de su existir, se caracteriza por una relación natural con los demás para expresar la tensión vital del *Nomos* que, en la realidad colectiva, permite una reciprocidad vivida proporcionalmente a las pretensiones de cada uno y a las expectativas de todos.

En el campo relativista de lo real, nada pertenece, sino que todo es dinámicamente abierto a la posibilidad de ser vivido a través de las tensiones siempre actuales del acto individual, que concretan la vital expresión de la corporeidad a través de la acción intencional de la relación/comunicación en el plano social e histórico. Relacionándose ontológicamente con una realidad cronotópica, el ser humano, de hecho, vive su tiempo culturalmente involucrado en un proceso de consciente disponibilidad “que autoriza a sentirse legítimamente libres, ya que la libertad no es arbitrio absoluto, ni espacio vacío, en el que hay la posibilidad de moverse como dentro de una monada sin puertas ni ventanas. La libertad es relación, es construcción consciente de otras relaciones, administración y medida de estas relaciones, codeterminación de la forma, del ser individual y del estar juntos”¹⁰.

“ Toda la experiencia no es sino una comunicación del sujeto con otro sujeto, una puesta en común de algo (hasta la propia vida) entre dos sujetos. Toda

¹⁰ P. BARCELLONA, *Lo spazio della politica: tecnica e democrazia*, Editori Riuniti, Roma, 1993, p. 123.

*la experiencia, pues, no es más que un enorme proceso y sistema de conocimiento entre sujetos*¹¹.

La relatividad existencial de las personas, natural y libremente, se abre así a la consiguiente integración espacio-temporal, a través de una relación real, para aportar, dentro de una peculiar ontología del “*Dasein*”, una creación de significado que establece autónomamente lo jurídico en la reciprocidad coexistencial. El experimentar que define la acción, lleva la filosofía del derecho a una especulación ulterior sobre el significado del ser, dentro de una conciliación entre ontologismo e historicismo.

De hecho, no es que el ser humano vive en el tiempo –como en la realidad newtoniana–, sino que vive el tiempo, realizándolo de forma propia y peculiar y según una causalidad justificada por su exigencia relacional que, en la experiencia de la acción, involucra las raíces de la existencia individual y colectiva, anula la inquietante inexorabilidad del tiempo en la libre aventura de la vida y concretan continua y espontáneamente el derecho, erigiéndose automáticamente como sujeto de derecho.

Corresponde al ordenamiento jurídico la no fácil actividad de conectar la interrogación sobre la experiencia jurídica con la experiencia del ser humano que, justamente, no debe deducirse de abstractos principios, sino detectada en su histórica dinamicidad.

Atribuir una dimensión normativa a la naturaleza relativistamente entendida significa comprender la ipseidad del tiempo de vida dentro de un orden social, que requiere la natural relación dinámica entre creatividad y socialidad, entre efectividad y proyectualidad, en el *campo* einsteiniano en el que interactúan libremente las fuerzas vitales de cada uno con aquellas de la colectividad.

El derecho, al articularse en un tiempo ontológica e indisolublemente vinculado a las otras dimensiones existenciales, adquiere un valor significativo solamente cuando reconstruye jurídicamente lo real a través de una hermenéutica de la efectividad, que salvaguarda el principio de identidad del hombre que no vive en el tiempo, sino que lo vive y lo produce.

En este sentido, la norma, si interpretada y referida a un derecho contingente, en una abstracta y sincrónica dimensión temporal, resulta dogmática, formal e inadecuada, al constituir una magnitud heterogénea, no compara-

¹¹ G. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica* [1932], en Id., *Opere*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1959, p. 226.

ble con la acción, que en cambio es diacrónicamente expresada por el hombre en su real *continuum* existencial.

La cuatrimensionalidad de lo real –a través de la cual siempre y solamente perceptible el ser del hombre– vive en el derecho, que no puede utilizar el tiempo aisladamente si no para constituir, en una implicación meta-antropológica, un estatuir arbitrario de quien detenga el poder.

Las teorías jurídicas normativistas se encuentran en una relación distante y divergente con el tiempo y con el espacio en el derecho y la existencia real y dinámica de los individuos es meramente observada con vistas a la calificación deóntica según cánones preordinados y abstractos, en razón de un esquema interno a un procedimiento puramente normativo.

Una temporalidad, padecida y socialmente manipulada, tiene por tanto que ser sustituida por la singularidad de la vida individual, dentro de una relación coexistencial: cada sujeto, portador de su propio e irrepetible tiempo, diferente de aquello de los demás, al interferir con lo real se abre y participa, de manera única, dentro de su situación existencial, realizándose en continuos relativos presentes.

El derecho no está relacionado o conectado al hombre por el tiempo, sino que se expresa en el tiempo vivido por el hombre que, en el marco de su existencialidad física, y al mismo tiempo social e intelectual, viviéndolo lo historifica¹².

Justamente por ser intrínseca a la experiencia existencial humana, la juridicidad, al coexistir, acompaña el acontecer en su proceso de desarrollo y, por tanto, no se limita exclusivamente a detectar una coincidencia con un determinado caso, como ocurre en el ámbito normativista en el que ser y deber ser, hecho y derecho se configuran como dimensiones aisladas, autónomas y distintas. Y, por lo tanto, el caso abstracto, como hipótesis esquemática de un posible fenómeno real, no puede asumir un valor reconstructivo y exhaustivo de la juridicidad.

El hecho, en cambio,

está en la base misma del proceso de producción del derecho, que expresa así la dimensión funcional del dato social, que constituye su génesis: esto, por otra parte, no se produce mecánica e indistintamente, de acuerdo con un mero reflejo de cualesquiera acaeceres, dado que aquel hecho expresa un valor or-

¹² Al respecto, permítaseme hacer referencia a mis trabajos *Continuum spazio-tempo, diritto e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2013, y *Causalità giuridica e fisica contemporanea*, Giappichelli, Torino, 2005.

ganizativo, al configurarse la juridicidad como dato selectivo, en términos de actitud ordenante.

Entre los “hechos” –además de los materiales– hay que incluir sobre todo las acciones y los comportamientos de los sujetos, que expresan intereses y determinaciones, orientadas programáticamente a realizar en la efectividad ordenaciones relevantes desde el punto de vista jurídico.

Si cada uno –como se afirma– es portador de intereses y programas, como autor de elecciones y determinaciones de vida, ello ocurre y se traduce a través de acciones medidas y eficientes. Y, por tanto, estos no son puros “hechos” –piénsese en particular a la costumbre– que esperan para su reconocibilidad social la atribución de una cualificación normativa, de acuerdo con el modelo de la “condicionalidad”, puesto que estas elecciones ya expresan una dimensión ordenante de los intereses.

Por tanto, la “conversión” del hecho en derecho, o, si se quiere, su conjunción, aunque en la relatividad de las visiones, no puede ser configurada en los términos de un irreducible hiato o separación entre “esencias” independientes. Es más bien su presunta división que hace estática y predeterminada la visión normativista, y no simplemente el reconocimiento de una íntima dualidad de lo “jurídico”, que se expresa, en sus desarrollos, en un proceso unitario.

El “ser” y el “deber ser”, en lo concreto de la vida, no operan distintamente en áreas aisladas, sino que se integran dinámicamente en un “procedimiento” unitario impulsado conjuntamente por “hechos” y “valores”¹³.

Por tanto, el experimentar existencial espacio-temporal que estructura el hecho ya no puede, con arreglo a un esquemático procedimiento de sub-sunción, ser entendida como mero fundamento vinculado a la norma, sino que tiene que ser reconocida como elemento característico del *continuum* de la experiencia jurídica, al constituir la efectividad el criterio dinámico de legitimación del ordenamiento¹⁴. En este sentido, el criterio de la efectividad

¹³ F. ALCARO, “Una riflessione su ‘fatto’ e ‘diritto’ (ed ‘effettività’)”, cit., pp. 775-776.

¹³ Sobre este tema, relevante y complejo, véase también, más recientemente, P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., pp. 28 ss., así como las contribuciones de G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 47; A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 500 ss.; P. PIOVANI, “L’intuizione del diritto come attività”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, núm. 5, 33, 1956, pp. 583 ss.; Id., “Effettività (principio di)”, en *Enciclopedia del diritto*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 429 ss.; y el ya clásico estudio de A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del “fatto” nell’esperienza giuridica* [1929], en Id., *Formalismo e sapere giuridico: studi*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 247 ss.

¹⁴ Al respecto, véanse las consideraciones de P. PIOVANI, “Effettività (principio di)”, cit., y G. GAVAZZI, “Effettività”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, XII, Roma, 1989. Desde

destaca una notable criticidad del formalismo jurídico y el reconocimiento de que la ciencia jurídica, por mucho que pura, deba y quiera quedarse en los confines de sus métodos rigurosos, no puede evitar el contacto con el hecho expresado en el tiempo vivido por el hombre, que produce el derecho y estructura el ordenamiento.

En virtud de una efectiva apreciación de la naturaleza de lo real, el derecho positivo podrá considerar plenamente la no arbitrariedad de las normas jurídicas, abandonando su actual estatus funcional y utilitario. La separación entre derecho y justicia coloca la normatividad en el plano empírico de los hechos y la justicia en el del valor, conforme a una juridicidad obscura y ambigua, formalista y constrictiva, originando de este modo una contradicción entre el derecho subjetivo y el derecho entendido como conjunto de reglas.

De hecho, la ciencia dogmática del derecho prescinde completamente del momento causal de la transformación temporal, ya que considera el derecho positivo estáticamente, como cristalizado en un determinado fragmento histórico, ocasionando aquellas laceraciones debidas a disposiciones jurídicas no definidas por valores esenciales sino por un tiempo inamovible, que no se disuelve en un flujo perennemente presente, vivido y adecuado a exigencias existenciales. La superación de los límites de la temporalidad tiene que ser buscada en aquel proceso continuo de la vida que emerge del mundo ideal de la historia, cuyo valor espiritual y cuya esencia se basan en la duración; “la cual, justamente por ser duración, exige los momentos del tiempo (pasado, presente, futuro) no como sucesivos el uno al otro, de modo que se cancele un momento cuando el otro sobreviene, sino como intensivos el uno en el otro, así que el uno no sea anulado sino requerido por el otro. El tiempo, pues, es intensión y no sucesión”¹⁵, no duración infinita sino intemporalidad y, finalmente, encuentra su dimensión espacial en su vivir.

una perspectiva crítica, ha sido observado que la efectividad no puede ser evaluada por una “consciencia normativa”, fundada en un criterio de juicio externo y en una “medida”, y no simplemente comprobado en su histórico manifestarse: esta consciencia esencial normativa mira “non verso il passato ma verso il futuro, non alle azioni già compiute ma alle azioni da compiere” y atribuye significado jurídico a hechos midiéndolos con un criterio externo, resultante de la comparación entre ser y deber ser (N. IRTI, “Verità effettuale e politeismo giuridico”, *Rivista di diritto civile*, núm. 55, vol. 6, 2009, pp. 647 ss.).

¹⁵ P. CARABELLESE, “Problemi filosofici della storia”, en VV. AA., *Il problema della storia*, Bocca, Milano, 1944, pp. 128-129.

Una interpretación orgánico-evolutiva del ordenamiento valoriza las reales exigencias político-sociales, al realizar una oportuna integración entre ciencia del derecho y sociología, política, economía, historia y cualquier otro instrumento idóneo para apreciar la vivencia continua del ser humano.

De hecho, “valores, sociedad, concreción, historia, acción, experiencia, complejidad dibujan un nuevo horizonte cultural para la ciencia jurídica”¹⁶, en el que ya no puede haber espacio para una juridicidad moldeable según un calco preconfeccionado, rígido y abstracto. Por el contrario, emerge de esta forma la importancia del empeño interpretativo del jurista a la hora de considerar la concreción de la realidad de la experiencia jurídica, incluso a la luz de una hermenéutica de la efectividad y sabiendo que el derecho es expresión de una práctica social y que a la misma siempre regresa para extraer nuevos significados por medio de la interpretación¹⁷.

Para aquella necesidad de comprender las razones del existir de la juridicidad y por tanto la condición de validez de toda proposición teórica y deóntica, la hermenéutica jurídica, al reconocer y tutelar la peculiaridad del experimentar existencial de cada uno, tenderá a desalentar la tensión entre *φύσις* y *νόμος*.

La inevitable brecha entre disposición normativa y real multiplicidad existencial, por lo tanto, no puede sino ser colmada por una sensibilidad interpretativa que reconozca la abstracción no como carácter inmune a la contaminación con la efectiva realidad coexistencial, sino como elemento cognoscitivo de la multiforme riqueza de la concreta y continua novedad del experimentar subjetivo con sus propios derechos.

En el *continuum* espacio-temporal de lo real, en el que encuentra su propia razón de ser la condición de la vida, está involucrada la comprensión

¹⁶ M. VOGLIOTTI, *Fra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, cit., p. 187.

¹⁷ Cfr. *ibid.*, p. 216. Sobre el tema, véanse también F. ALCARO, “Una riflessione su ‘fatto’ e ‘diritto’ (ed ‘effettività’)”, cit.; B. PASTORE, *Interpreti e fonti dell’esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 2014, pp. 41 ss.; M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari, 2009; G. TUZET, *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Carocci, Roma, 2010; G. UBERTIS, “La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia”, *Cassazione penale*, núm. 46, 2006, pp. 1206-15; F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2001, *passim*; G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

unitaria y diacrónica de la experiencia jurídica y se puede por tanto detectar aquí la trama de la juridicidad.

AUGUSTO ROMANO
*Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Napoli "Federico II"
Via Porta di Massa, 32
80133 Napoli, Italia
e-mail: augusto.romano@unina.it*

EL IUSPOSITIVISMO POLÍTICO-IDEOLÓGICO DE UBERTO SCARPELLI Y LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO

THE POLITICAL-IDEOLOGICAL LEGAL POSITIVISM OF UBERTO SCARPELLI AND THE PRINCIPLES OF LAW

ADRIÁN RENTERÍA DÍAZ
Università degli studi dell'Insubria

Fecha de recepción: 26-6-18

Fecha de aceptación: 11-12-18

Resumen: Mi finalidad en este artículo es examinar las tesis de Uberto ScarPELLI acerca del iuspositivismo a la luz del debate acerca de la distinción de Dworkin entre reglas y principios. Como primer paso, reconstruyo el pensamiento de ScarPELLI en ¿Qué es el positivismo jurídico? y otros escritos, a partir de un análisis detallado del contexto histórico en el que se va formando, inmediatamente antes y después de la Segunda Guerra. Para ello, tomo en consideración, sobre todo, las conocidas tesis de Norberto Bobbio sobre el iuspositivismo, que constituyen –junto con las ideas de Herbert Hart– el núcleo central hacia donde se dirigen las críticas de ScarPELLI, y que le conducen a postular su tesis de un iuspositivismo político. Un iuspositivismo político que se presenta, ésta es la idea que sugiero, como un iuspositivismo ideológico extremo, es decir válido para dar cuenta no solo del ordenamiento de un Estado democrático y constitucional sino de cualquier ordenamiento, con cualquier contenido.

Abstract: My aim in this paper is to examine Uberto ScarPELLI's thesis about Legal Positivism in light of the debate about Dworkin's distinction between rules and principles. As a first step, I reconstruct ScarPELLI's thought in ¿Qué es el positivismo jurídico? and other writings, from a detailed analysis of the historical context in which it is being formed, immediately before and after the Second War. For this, I take into account, above all, the well-known Norberto Bobbio's theses on Legal Positivism, which constitute –together with the ideas of Herbert Hart– the central nucleus where ScarPELLI's criticisms are directed, and which lead him to postulate his thesis of a Political Legal Positivism. A Political Legal Positivism that is presented, this is the idea I suggest, as an

extreme Ideological Legal Positivism, that is, valid to account not only for the legal order of a democratic and constitutional State but for any legal order, with any content.

Palabras clave: iuspositivismo político, iuspositivismo ideológico, principios y reglas
 Keywords: political legal positivism, ideological legal positivism, principles and rules

1. *La cuestión.* Persigo aquí un objetivo muy sencillo: explorar el pensamiento de Uberto Scarpelli en *¿Qué es el positivismo jurídico?*¹ y un par de otros estudios suyos a la luz del debate actual acerca de la distinción reglas-principios. Este propósito se justifica, en mi parecer, porque la obra de Scarpelli podría arrojar una nueva luz en un contexto en donde el debate da la impresión de inclinarse excesivamente, casi monopolizando la agenda iusfilosófica², hacia la distinción entre reglas y principios que, a partir de Ronald Dworkin³, sobre todo a raíz de las obras de Robert Alexy⁴ y de sus epígonos más o menos críticos⁵. El debate al que ha dado lugar tal distin-

¹ Editorial Cajica, Puebla, 2001 (*Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965. De ahora en adelante ¿QPJ?). De sus ensayos utilizo sobre todo: "Dalla legge al codice dal codice ai principi", *Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino*, núm. 1, 1987, pp. 13-20 (ahora en *Il positivismo giuridico contemporaneo. Un'antologia*, a cargo de A. SCHIAVELLO y V. VELLUZZI), Giappichelli, Turín, 2005, pp. 96-103; las citas provienen de esta fuente), e "Il positivismo giuridico rivisitato", *Rivista di filosofia*, núm. 3, 1989, pp. 461-475 (ahora en *Il positivismo giuridico contemporaneo. Un'antologia*, cit., pp. 104-113).

² Al respecto véase, entre otros, G. PINO, "I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica", *Diritto & Questioni Pubbliche*, núm. 11, 2012, pp. 75-110.

³ Cfr. R. DWORKIN, "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1967, pp. 14-46. Trabajo después incorporado en *Taking Rights Seriously* (Harvard. P., Cambridge (Mass.), 1977. La versión castellana *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984 proviene de la edición de 1978.

⁴ Cfr. *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993 (trad. de E. Garzón Valdés, *Theorie der Grundrechte*, 1986); Id., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, C.E.C., Madrid 1991 (trad. de M. Atienza e Isabel Espejo, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 1978).

⁵ Al respecto Manuel Atienza constituye la referencia obligatoria: *Las razones del Derecho*, C.E.C., Madrid, 1991; *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, C.E.C., 1996; *El Derecho como Argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006; *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2012.

ción⁶ ha tomado dos direcciones, distintas aunque no contrastantes entre ellas. Una es la que siguió a las críticas de Dworkin a Hart, según las cuales los operadores jurídicos utilizan con frecuencia estándares resolutivos que no son reglas sino principios, no susceptibles de ser identificados mediante la regla de reconocimiento hartiana. Esta línea del debate es muy extensa, sobre todo en el contexto anglosajón; sobre ella haré referencias sólo marginalmente, sin que ello implique una subestimación de mi parte⁷. La otra dirección concierne de manera más específica la distinción reglas-principios y ha generado una extensa literatura sobre el concepto de ponderación y en general acerca de las teorías de la argumentación en el ámbito luso-hispanoamericano: a ésta dedicaré mi atención, consciente sin embargo que entre ambas líneas no existe una neta separación siendo que tienen un origen común en la propuesta dworkiniana.

Cuando Scarpelli publica *¿QPJ?*, en 1965, tiene 41 años de edad, en el pleno de una madurez intelectual que le lleva a alejarse definitivamente del ambiente cultural, en el que se había formado, dominado por el idealismo de Benedetto Croce y de Giovanni Gentile, una de las coperturas ideológicas del fascismo mussoliniano. Abandono, como recuerda Norberto Bobbio⁸, iniciado ya en su primera obra de amplio aliento, *Marxismo ed essenzialismo* (1948), y que mediante la incorporación de corrientes como la teoría pura del derecho de Hans Kelsen y el análisis del lenguaje, le llevarán a la “creación”, con Bobbio, de la escuela italiana de filosofía del derecho de inspiración analítica⁹. *¿QPJ?* constituye un punto parcial de arribo en el pensamiento

⁶ Aunque en una de sus últimas obras se percibe un cierto rechazo hacia ella, como bien sostiene A. SCHIAVELLO (“Ronald Dworkin e il positivismo giuridico: un bilancio provvisorio”, *Rivista di filosofia del diritto*, núm. 1, 2014, pp. 19-40, p. 26), Dworkin admite que la distinción es discutible cuando: “la idea del derecho como un conjunto de estándares distintos, que podemos en línea de principio individuar y contar me parece una ficción escolástica” y en una nota al texto (*La giustizia in toga*, Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. 285-286), “puedo haber contribuido a este error. En un ensayo anterior he sugerido que el derecho contiene no solo reglas sino también principios [...]. De cualquier modo me corregí rápidamente”. (trad. mía de la versión italiana, *La giustizia in toga*, Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. 285-286, de R. DWORKIN, *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 2006. Hay trad. cast. de M. Iglesias e I. Ortiz de Urbina Gimeno, *La justicia con toga*, Marcial Pons, Barcelona, 2007).

⁷ Cfr. R. M. JIMÉNEZ CANO, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2008. En inglés, véase al menos S. J. SHAPIRO, “The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed”, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=968657> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>.

⁸ N. BOBBIO, “Ricordo di Uberto Scarpelli”, *Diritto e Cultura*, 1993, lug-dic, pp. 3-8.

⁹ Cfr. U. SCARPELLI, “La filosofía. La filosofía dell’etica. La filosofía del diritto di indirizzo analitico in Italia”, en Id., *Diritto e analisi del linguaggio* (Comunità, Milán, 1976, pp. 7-35).

de Scarpelli, después de un periplo a través del idealismo actualista y de su transformación en el existencialismo para llegar finalmente al puerto seguro del análisis del lenguaje y el empirismo lógico¹⁰, pero que le llevará aún más lejos, como se verá más adelante.

2. *Un iuspositivismo en crisis.* En 1965 también se publica *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* de Norberto Bobbio, en la misma casa editorial que hospeda el libro de Scarpelli. De poco antes es *The Concept of Law* de H. L. A. Hart¹¹, y de 1959 es *On Law and Justice* de Alf Ross¹². Además, en 1964, al interno de su conocido debate con Hart¹³, de Lon Fuller aparece *The Morality of Law*. Lo que tienen en común estas obras es que ven la luz en un momento del todo particular en la historia reciente –los años inmediatamente después de la segunda guerra mundial– y, además, que en ellos se observa de alguna manera la finalidad de arrojar luz acerca del significado de la expresión ‘positivismo jurídico’.

El nazi-fascismo en Alemania e Italia, y su corolario trágico, hicieron que retomara fuerza el interminable debate entre quienes sostenían que es derecho aquello que es establecido por una autoridad y quienes, al contrario, tenían la convicción de que más allá, en una posición superior, se encuentra el derecho natural, el derecho justo, universal e inmutable. Después de la guerra, después de Auschwitz¹⁴, era imposible prestar oídos sordos a las severas críticas que se dirigían al iuspositivismo, “culpable” de no haber creado instrumentos para distinguir la norma justa de la norma injusta¹⁵. Son bien conocidas, a este respecto, las severas críticas de Gustav Radbruch, con sus ya célebres palabras:

“El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por la promulgación y la fuerza tenga también preferencia cuando sea injusto en cuanto al con-

Sobre la escuela analítica italiana véase M. A. BARRÈRE UNZUETA, *La Escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, Tecnos, Madrid, 1990.

¹⁰ Cfr. U. SCARPELLI, “Ética, linguaggio, ragione”, *Atti del XXV Congresso Nazionale di Filosofia*, Pavia, 1975. Societa Filosofica Italiana, vol 1, 133-157.

¹¹ Cfr. *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961 (trad. cast. de G. R. CARRIÓ, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963).

¹² Stevens, Londres (orig. danés *Om ret og retfærdighed*, de 1953).

¹³ Cfr. *Harvard Law Review*, vol. 71.

¹⁴ Al respecto cfr. M. BARBERIS, “Il giusnaturalismo: tendenze e problemi attuali” en G. PINO – A. SCHIAVELLO – V. VILLA (coords.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Turín, 2013, pp. 21-31.

¹⁵ Y se habría limitado a distinguir la norma válida de la norma no válida.

*tenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan intolerable que la ley deba ceder como 'Derecho incorrecto'". "Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido incorrecto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no solo es Derecho incorrecto, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica"*¹⁶.

La fórmula de Radbruch ha corrido con mucha fortuna no solo entre algunos autores con "simpatías" iusnaturalistas (o con "antipatías" iuspositivistas)¹⁷ sino además que en Alemania ha sido utilizada como instrumento resolutivo para afrontar cuestiones espinosas donde la frontera entre ley justa y ley injusta parecía ser intangible. Eso hizo el Tribunal Constitucional Federal, pero también la jurisdicción ordinaria, después de la caída del nacional-socialismo frente a "la necesidad imperiosa de la justicia alemana de justificar la urgencia absoluta de la declaración de nulidad de determinadas leyes y resoluciones judiciales nacionalsocialistas desde el punto de vista jurídico e iusfilosófico"¹⁸. Su fortuna, tanto práctica como teórica se funda en que aparece en un momen-

¹⁶ Cfr. G. RADBRUCH, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en *Süddeutsche Juristenzeitung*, núm. 1, 1946, pp. 105-108. Uso la traducción castellana que aparece en el ensayo "Ley y justicia en conflicto. La fórmula de Radbruch en la jurisprudencia del Tribunal constitucional federal" (de C. Bäcker, en http://www.fundacionmgimenezabad.es/images/Documentos/2015/20150324_epp_backer_c_es_o.pdf consultada el 20 mayo 2018); la versión publicada en Buenos Aires (G. RADBRUCH, G., *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962) no evidencia con claridad la contraposición entre la ley positiva y la ley moral.

¹⁷ Entre los primeros R. ALEXY, "Una defensa de la fórmula de Radbruch", en R. VIGO, (comp.) *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, La Ley, Buenos Aires, 2004, pp. 227 a 251. Id., *La natura del diritto: per una teoria non-positivistica*, E.S.I., Napoli, 2015. Entre los segundos Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, en "Dejemos atrás el positivismo jurídico", *Isonomía*, núm. 27, 2007, pp. 7-28. De Atienza, véase Cfr. M. ATIENZA, "Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista" <https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091>; Id., "Tesis sobre Ferrajoli", *Doxa*, núm. 31, 2008; Id., "Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico", en L. FERRAJOLI-J. J. MORESO-M. ATIENZA, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008.

¹⁸ Cfr. B. SCHUMACHER, *Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel*, Univ.-Diss., Göttingen, 1985, pp. 69-102, y G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Giuffrè, Milano, 2001, § 6. Ambas obras citadas por C. BÄCKER, "Ley y justicia en conflicto...", cit. Sobre el pensamiento de Radbruch véase también B.H. BIX, "Radbruch's Formula and Conceptual Analysis", *American Journal of Jurisprudence*, núm. 56, vol. 1, 2011, pp. 45-57.

to, inmediatamente después de la guerra, en el que más abiertas están las heridas producidas en Europa por el nacional-socialismo alemán y el fascismo italiano, y sobre todo por el modo, irreprochable según la idea iuspositivista de la validez de la ley, en el que tomaron y ejercieron el poder. De aquí, entonces, que las severas críticas al iuspositivismo pudieran no parecer extravagantes, y pusieran en discusión la idea iuspositivista según la cual aunque el derecho y la moral tienen un común su pertenencia a la esfera normativa no por eso constituyen sub-esferas indistinguibles.

Se entiende así que por parte de algunos de los principales exponentes del iuspositivismo haya madurado de alguna manera la idea de una propuesta defensiva, a través de la cual se distingue esta corriente en varias componentes, para evitar así que se le considerara como un bloque único, una entidad compacta. Es precisamente lo que hacen Hart y Bobbio, y un poco menos Ross, pero sin “renegar” la tesis central, o sea que el derecho positivo, creado por una autoridad, constituye el objeto de estudio de una teoría que pretenda exclusivamente describir sus características distintivas. En *The Concept of Law*, pero de manera más decidida en “Positivism and the Separation of Law and Morals”¹⁹, Hart defiende la tesis de la separación entre derecho y moral de las críticas de parte de Radbruch; y lo hace desde una perspectiva analítica, tratando de evidenciar diferentes posturas iuspositivistas. Lo mismo hace Bobbio tanto en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* donde reúne una serie de ensayos ya publicados acerca de las relaciones entre estas dos corrientes de pensamiento, y también en *Il positivismo giuridico*²⁰.

A las tesis de Hart y Bobbio, sobre todo a las de este último, se dirigen las observaciones que encontramos en ¿QPJ?²¹, donde Scarpelli plasma ideas que ha venido desarrollando en el curso de los años²². De cualquier manera,

¹⁹ *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1958, pp. 593-629 (trad. cast. de G. Carrió, en H. L. A. HART, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962).

²⁰ *Lezioni di filosofia del diritto* (raccolte da N. Morra), Editrice cooperativa universitaria, Turín, 1961. De las tesis de Hart y Bobbio hago un resumen más adelante (Infra, pp. 12 y ss.)

²¹ A decir verdad Scarpelli se detiene brevemente también en el pensamiento de M. A. CATTANEO (*Il positivismo giuridico inglese - Hobbes, Bentham, Austin, Giuffè*, Milán, 1962), si bien, probablemente, en virtud de las simpatías de éste hacia el iusnaturalismo (y en virtud sobre todo porque su interés es examinar el concepto de iuspositivismo), no le dedica más que pocas páginas.

²² Subraya BOBBIO (“Ricordo di Uberto Scarpelli”, cit., p. 4), que ya en 1953 frente a la disyuntiva iusnaturalismo-iuspositivismo Scarpelli toma partido por el segundo, con la reseña crítica intitulada “Diritto naturale vigente” (*Occidente*, vol. IX, pp. 99-123) del libro homónimo (Editrice studium e Iustitia, Roma, 1951 a cargo dell’Unione giuristi cattolici italiani). Se deben

se puede afirmar que esta obra²³ recibió un fuerte impulso durante los trabajos que se desarrollaron en el seminario sobre el positivismo jurídico, la *Bellagio Conference on Legal Positivism*, que tuvo lugar en Bellaggio, cerca de Como en los días del 4 al 17 de septiembre 1960, organizado por Norberto Bobbio y Alessandro Passerin d'Entrèves con el patrocinio de la Rockefeller Foundation. Ahí se reúnen estudiosos que habrán de marcar el desarrollo sucesivo de la filosofía y de la teoría del derecho²⁴, y discuten con gran seriedad y rigor, en un ambiente caracterizado por la lealtad y la amistad sobre las relaciones entre derecho y moral, o sea, entre juspositivismo y jusnaturalismo.

3. *Llegando a ¿Qué es el positivismo jurídico?* Es en ese contexto en el que maduran y toman finalmente cuerpo las ideas que Scarpelli plasmará en *¿QPJ?* Una ojeada rápida a sus cuatro principales obras anteriores nos permitirá evidenciar un progresivo acercamiento de su parte a los temas que constituirán el núcleo central de *¿QPJ?* y de las temáticas que desarrollará en los últimos años de su vida. Con *Filosofía analítica e giurisprudenza* (1953) Scarpelli había realizado un resumen crítico de la discusión acerca de las relaciones entre ciencia jurídica y filosofía analítica, siguiendo y profundizando el artículo de Bobbio de 1950²⁵. Poco después, con *Il problema della definizione e il concetto di diritto* (1955), él se propone demostrar que no existe ni la definición ni el concepto de derecho, sino solamente la posibilidad de varias definiciones “de un concepto abstracto y empírico de derecho”²⁶. A través de una indagación realizada con los instrumentos de la semiótica preparados por autores como Morris, Carnap y C. L. Stevenson, Scarpelli propone una teoría analítica de la definición, dis-

recordar, en este sentido, *Filosofía analítica e giurisprudenza* (1953); *Il problema della definizione e il concetto di diritto* (1955); *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (1959); *Filosofía analítica, norme e valori* (1962), y “Scienza del diritto e analisi del linguaggio” (1948), cuyo título después retomará Bobbio, en el ensayo considerado el manifiesto de la corriente iusfilosofica analítica italiana (*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, núm. 2, pp. 342-367).

²³ Lo reconoce el mismo Scarpelli en la Introducción.

²⁴ Entre ellos: Herbert Hart, Alf Ross, Renato Treves, Arduino Agnelli, Enrico di Robilant, Antonio Negri, Renzo Piovesan, Giovanni Bognetti, Mario Cattaneo, Giacomo Gavazzi, Richard A. Falck, Samuel. I. Shuman, además del mismo Scarpelli y los organizadores naturalmente. Una reseña detallada del evento se puede leer en R. A. FALK y S. I. SCHUMAN, “Bellagio Conference on Legal Positivism”, *J. Legal Education*, vol. 14, núm. 2, 1961, pp. 213-228.

²⁵ “Scienza del diritto e analisi del linguaggio”, cit. Véase N. BOBBIO, “Ricordo di Uberto Scarpelli”, cit., p. XLIV.

²⁶ Vid. p. 5 de la *Prefazione*.

tinguiendo entre la definición lexical y la definición estipulativa (y dentro de ésta la definición explicativa). Sucesivamente, con *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (1959)²⁷, “sostenía la distinción entre el principio de significación y el principio de verificación de modo de superar la dificultad del no-significado del lenguaje normativo”.²⁸ Finalmente, con el ya mencionado *Filosofia analitica, norme e valori* (1962), Scarpelli continúa con sus «estudios de acentuado carácter técnico relativos principalmente al lenguaje normativo y valorativo», pero declara en la *Premessa* que lo hace “en perspectivas nuevas y con nuevas intenciones” tratando de poner en evidencia la “importancia del análisis filosófico del lenguaje en orden a fundamentales problemas de la vida moral, el horizonte, mundado y supramundano, donde los hombres tienen que elegir, la libertad y la responsabilidad, la fundación y la justificación de las normas y de los valores”.

La visión, si bien rápida y necesariamente sumaria, de las principales obras scarpellianas precedentes a *¿QPJ?* demuestra sin lugar a dudas un esquema lineal del pensamiento de nuestro autor, que lo ve, primero, preparar los instrumentos teórico-metodológicos generales y, después, configurar su concepción del derecho. Esta última obra, en efecto, puede ser considerada como la conclusión de un recorrido con vistas de la preparación y la “afinación” de un método de investigación; Scarpelli evidencia aquí su visión general juspositivista del derecho a la que llega con el uso del instrumental metodológico que había ido madurando desde 1953; pero esta obra puede ser además considerada, y con buenas razones, como una nueva plataforma de trabajo que le conduce, a través de un largo itinerario, a balancear sus investigaciones teórico-jurídicas con sus reflexiones en el campo de la filosofía moral, un terreno que la escuela analítica “original” había sido poco incline a explorar: me refiero a la filosofía moral, a la meta-ética, y en modo particular a la bioética²⁹.

En *¿QPJ?* Scarpelli persigue el objetivo de aportar un esclarecimiento en el debate de ese tiempo acerca del derecho y del método jurídico que evi-

²⁷ Publicado en las “Memorie dell’Accademia delle Scienze di Torino”, Serie III, tomo 5, pp. 1-153 (reimpr. del mismo título en 1985, Giuffrè, Milán, con una óptima introducción de Anna Pintore).

²⁸ Vid. N. BOBBIO, “Ricordo di Uberto Scarpelli”, cit., p. XLIII.

²⁹ Aquí es de rigor mencionar *L’etica senza verità* (Il Mulino, Bolonia, 1982) y el póstumo *Bioetica laica* (Dalai editore, Milán, 1998). Ambos volúmenes reúnen diversos artículos y notas. En el primero se delinea claramente el no-objetivismo (y el no-cognitivismo) scarpelliano por lo que concierne su meta-ética, mientras que en el segundo se afrontan, desde la perspectiva mencionada, diversas problemáticas surgidas en el ámbito de la bioética.

dencia su crisis³⁰. En el centro del debate, dice Scarpelli, está el iuspositivismo, que, sobrevivido al nazi-fascismo, refleja todavía la mentalidad y la técnica de los juristas pero recibe ataques por todos lados: del jusnaturalismo católico y laico, del marxismo, del empirismo y del realismo anglosajones. ¿Sabemos qué es este iuspositivismo, sujeto a fuertes exigencias de transformación social, en cuya defensa participan pocos filósofos del derecho liberales y laicos? ¿Sabemos acerca de qué se debate y se combate? ¿Sabemos qué se desea conservar de él y qué se pierda si se le rechaza?³¹ Frente a esta batalla jurídica, cultural e ideológica, en cuyo centro se encuentra el iuspositivismo, Scarpelli trata de realizar un examen crítico de la noción de positivismo jurídico, con la finalidad de hacer las cuentas con las reflexiones que le veían como una concepción del derecho al servicio de los intereses del Estado. Si la intención, como en realidad podríamos imaginar, era proponer elementos en favor del positivismo jurídico, a final de cuentas la investigación, conducida sin juicios preconcebidos, lleva a Scarpelli a colocarse en una posición del todo original, como veremos más adelante.

No es ésta la sede oportuna para seguir paso por paso el iuspositivismo así como lo plantearon Bobbio y Hart: sobre ambos existe una amplísima literatura de la que no se puede ni siquiera intentar seriamente aquí una reseña. Lo que sí se debe decir es que el primer objeto de polémica para Scarpelli consiste precisamente en el método que ellos han seguido en su intento por esclarecer el concepto de iuspositivismo, o sea dividiéndolo en varios elementos.

Los significados que Bobbio y Hart le atribuyen al positivismo jurídico, afirma Scarpelli, descomponen esta noción en varias partes, y haciendo ésto ellos van escogiendo unas y rechazando otras, sosteniendo una posición y abandonando otras.³² Esta tarea filosófico-crítica, de distinciones, construcciones y reconstrucciones, ha dado como resultado una descomposición del iuspositivismo en varias piezas, y Scarpelli se pregunta si ello es inevitable. Él mismo se responde, considerando, contrariamente a las estrategias de los autores en cuestión, que es posible una definición que restituya la unidad de pensamiento al concepto de positivismo jurídico. Y es así que, retomando algunos elementos relativos a la teoría de la definición, Scarpelli dirige su atención a la determina-

³⁰ Cfr. U. SCARPELLI, *¿QPJ?*, p. 45.

³¹ *Ibid.*, pp. 45-46.

³² U. SCARPELLI, *¿QPJ?*, cit., p. 68. En realidad Scarpelli examina también, aunque sin profundizarlo, el pensamiento de M. A. CATTANEO (*Il positivismo giuridico inglese...*, cit.).

ción de una definición explicativa del positivismo jurídico, que pueda unir en un todo unitario las “piezas” a las que habían conducido las reflexiones de Bobbio y Hart. La definición de positivismo jurídico que busca Scarpelli tiene las características de una definición explicativa no solo porque aspira a proponerse como instrumento refinado en la comunicación entre estudiosos, sino también porque trata de reunir en una sola las propuestas definitorias de los autores a quienes dedica su atención. Bobbio y Hart han colocado, según Scarpelli, el problema de la definición del positivismo jurídico en dos planos diferentes, en relación a los elementos en que le han distinguido. Uno es el plano factual, de una estricta descripción de posiciones de autores y de corrientes, donde se relevan los elementos que se pueden adscribir a unos y otros. El otro es el plano lógico, donde se trata de verificar cuáles son las relaciones posibles entre los diversos elementos; en tal sentido, en efecto, tanto Hart como Bobbio, sostienen que los elementos de sus tesis son interdependientes³³. Para nuestro autor, empero, ambos han descuidado otro plano, el plano teleológico. Para Scarpelli, en efecto, “las posiciones y las actitudes [los elementos distinguidos por Bobbio y Hart] están conectados en modo teleológico, en el sentido de que se forman y se transforman, se asocian y se separan, encuentran razones, justificaciones y funciones en el curso de una labor cultural a la que es posible señalar una dirección común, una intención o algunas intenciones dominantes, un valor o algunos valores-guía”.³⁴ Es a partir de este plano que Scarpelli sostiene como posible la tarea de identificar una definición unitaria, explicativo-crítica, que reúna las piezas en las que los autores mencionados han “descompuesto” el positivismo jurídico. Definición que, a su vez, puede tomar dos direcciones. La primera es aquella que toma en consideración el juspositivismo como una actividad científica y que tiende a la realización de una ciencia del derecho independiente de cualquier contaminación valorativa. Esta dirección corresponde al primer sentido de positivismo jurídico en la distinción de Bobbio. La segunda dirección, contrapuesta a la primera, puede denominarse, según Scarpelli, interpretación política del juspositivismo: “la interpretación que convierte el positivismo jurídico en algo que está en estrecho contacto con la formación y el desarrollo de un cierto tipo de organización política, la organización política que se suele llamar moderna”.³⁵

La propuesta de identificar una definición unitaria, contraria a aquellas que dividen el iuspositivismo en varios fragmentos, no solo es más útil des-

³³ U. SCARPELLI, *¿QPJ?*, cit., pp. 73-78.

³⁴ U. SCARPELLI, *¿QPJ?*, cit., p. 81.

³⁵ U. SCARPELLI, *¿QPJ?*, cit., p. 99.

de el punto de vista metodológico, sino que además, dado el sendero innovativo que toma, casi revolucionario con respecto a la que resulta del análisis realizado por Norberto Bobbio, lleva a final de cuentas al rechazo de un iuspositivismo visto como una actividad científica, y, de consecuencia, al abandonar la idea de que es posible pensar a la jurisprudencia como una ciencia inmune a cualquier contaminación valorativa: el iuspositivismo metodológico bobbiano. A tal interpretación científica del iuspositivismo Scarpelli opone su interpretación política.

Retomemos en modo sintético lo que sostienen Bobbio y Hart, agregando también, para comprender mejor el pensamiento de Scarpelli, a Cattaneo. Según Bobbio el iuspositivismo se puede distinguir, lo hemos visto, en tres elementos: (a) en primer término uno que corresponde a un iuspositivismo metodológico, que constituye un modo determinado de abocarse al estudio del derecho; (b) en segundo término, un iuspositivismo teórico a través del cual se evidencia una determinada teoría o concepción del derecho; (c) en tercer término, constituye una determinada ideología de la justicia. El primer elemento, el así llamado iuspositivismo metodológico se caracteriza por el hecho de aceptar una neta distinción, que no completa separación, entre derecho real y derecho ideal, entre el derecho como es y el derecho como debe ser, señalando que el jurista se debe interesar por el primero y no por el segundo. Característica de este aspecto es la actitud no-valorativa, es decir aquella según la cual para distinguir un precepto jurídico es suficiente considerar como criterio los hechos empíricamente verificables, que haya sido emanado, el precepto, por determinados órganos con determinados procedimientos.³⁶ En el segundo aspecto, se conecta el positivismo jurídico al complejo fenómeno de la formación del estado moderno a través de la monopolización del poder de producción jurídico-normativa. Se trata, como es fácil ver, de la identificación del juspositivismo con la teoría estatalista del derecho y la formación de un

³⁶ “O –agrega Bobbio– el que haya sido efectivamente seguida por un cierto período de tiempo por un determinado grupo de personas”. ¿Qué esta frase de Bobbio, casi siempre poco considerada, pueda considerarse una pequeña indicación del Bobbio empírico-realista que algunos estudiosos han identificado en sus últimos trabajos, después de haber tomado conciencia de la crisis del juspositivismo? A favor de esta interpretación del pensiero bobbiano, E. PATTARO, (“Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi”, cit., p. 480), M. JORI (*Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, cit., pp. 40, 60) y R. GUASTINI (“Norberto Bobbio teorico del diritto (III) 1966-1980”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1980, pp. 483-507, a p. 483); contra P. BORSELLINO, *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, Giuffrè, Milán, 1991, pp. 131-189, 178 y ss.

poder soberano capaz de aplicar la coacción. En tercer lugar, el juspositivismo como ideología “representa la creencia en determinados valores, y en base a esta creencia confiere al derecho como es, por el único hecho de que existe, un valor positivo, independientemente de cualquier consideración acerca de su correspondencia con un derecho ideal”.³⁷ Sigue, como consecuencia, que las disposiciones que forman el ordenamiento jurídico positivo deben ser obedecidas *por sí mismas*, y no por el temor de las sanciones ya que expresan un deber moral interno o de conciencia.

Bobbio, como es conocido, se declara dispuesto a aceptar sin condiciones, y a reconocerse en, el primer sentido positivismo jurídico, es decir como actitud no-valorativa, científica, del derecho como es. Rechaza, por otro lado, el segundo aspecto, el juspositivismo como teoría, si se le atribuye el significado de “codicismo” o sea conectándole a una teoría de la interpretación mecánica de la ley; rechaza también el tercer aspecto, el juspositivismo como ideología, si mediante él se entiende la infatuación estatalista para la que el Estado es todo y el individuo nada. Aceptando, en todo caso, una versión moderada mediante la cual se considere el derecho como un medio y no como un fin en sí mismo.

Hart, por otra parte, identifica en el positivismo jurídico las siguientes cinco tesis: (a) el derecho está formado por órdenes emanadas por seres humanos; (b) no existe ninguna conexión necesaria entre el derecho y la moral, o entre el derecho como es y el derecho como debe ser; (c) el estudio del significado de los conceptos jurídicos debe realizarse distinguiéndolo de las investigaciones históricas acerca de los orígenes del derecho, de las indagaciones sociológicas sobre las relaciones entre el derecho y otros fenómenos sociales y de las valoraciones del derecho en términos morales o fines sociales; (d) el sistema jurídico es un conjunto lógico cerrado donde las decisiones pueden deducirse con medios lógicos a partir, exclusivamente, de normas predeterminadas; (e) los juicios morales no pueden establecerse, o defenderse racionalmente, de igual manera que los juicios de hecho. Como ya Bobbio, también Hart subraya que entre estas tesis no existe ninguna relación necesaria, siendo que es posible aceptar una tesis y rechazar las demás, formando varias combinaciones.³⁸

³⁷ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 110.

³⁸ H. L. A. HART, *The Concept of Law* (cito de la traducción italiana de M. A. CATTANEO, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Turín, 1965, p. 300) e Id., “Positivism and the Separation of Law and Morals” (en la traducción italiana de V. FROSINI, “Il positivismo e la separazione tra diritto e morale”, en H. L. A. HART, *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milán, 1964, pp. 105-166, a pp. 119-120 en las notas).

Cattaneo, por su parte, toma como punto de partida precisamente el análisis realizado por Hart, aceptándolo en sus líneas generales. Pero, si para Hart no existe ninguna relación necesaria entre los cinco significados de positivismo jurídico, para Cattaneo –en éste consiste su aportación– sí se da una relación de necesidad entre (b) y una parte de (c); Cattaneo, en otras palabras, pone en discusión el significado de positivismo jurídico que mantiene distintos el derecho como es del derecho como debe ser, el derecho de la moral³⁹.

4. *Bobbio criticado por Scarpelli*. Scarpelli tiene de frente este panorama⁴⁰, y con él que hace las cuentas para proponer su propia perspectiva, concentrando su atención en las tesis de Bobbio, como ya se ha dicho, o sea a la dirección que éste asume para sostener la única forma de iuspositivismo a la que está dispuesto a adherir sin reservas, es decir aquella que considera el positivismo jurídico como una actividad científica y no valorativa: el iuspositivismo metodológico. Scarpelli somete a crítica esta dirección en el modo siguiente. Bien, dice Scarpelli, en la cultura moderna se han ido elaborando y realizando dos líneas fundamentales que conducen a dos modelos de ciencia: el modelo de las ciencias empíricas y el modelo de las ciencias abstractas.⁴¹ ¿En cuál de estos dos modelos cabe insertar a la “ciencia” jurídica? Una ciencia empírica se basa en construcciones teóricas formadas por datos observables, que se registran por medio de expresiones lingüísticas, y se desarrolla mediante la formulación de leyes generales que tratan de encuadrar y explicar los eventos observados, prever otros eventos, controlando las previsiones de las teorías y sus leyes: “la verdad característica de esta especie de ciencia es la verdad empírica”.⁴² Una ciencia abstracta, por su parte, nace a partir de postulados iniciales (verdades autoevidentes o convenciones) que, mediante reglas determinadas de formación y transformación, fijadas o estipuladas por aquellos postulados, se desarrollan en modo riguroso y

³⁹ M. A. CATTANEO, *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin, cit., passim*.

⁴⁰ Y que es sintetizado en manera particularmente clara en E. GARCÍA MÁYNEZ, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, Fontamara, México, 1993. (las tesis de Hart y Cattaneo en las pp. 42-44; las de Bobbio pp. 9-15 con un amplio comentario crítico en las páginas sucesivas).

⁴¹ U. SCARPELLI, *¿QPJ?*, cit., pp. 89-90. Aquí se puede ver clara la orientación neopositivista y empirista de Scarpelli.

⁴² *Ibid.*, p. 90.

coherente: “la verdad característica de este especie de ciencia es la verdad lógica”.⁴³ Una ciencia empírica del derecho, afirma Scarpelli, ya existe y tiene una fortuna notable y un grande futuro: la sociología del derecho. Esta disciplina jurídica, en efecto, consiste en una actividad de reconocimiento empírica, ya que estudia los eventos que forman parte de una definición del concepto de derecho, y mediante instrumentos teóricos y la formulación de leyes explicativas, trata de explicarlos y preverlos. Por otro lado, también existe ya una ciencia abstracta del derecho, aquella, señala Scarpelli, que “nos la dan, cuando y con los límites en que su discurso es riguroso y coherente, los jusnaturalistas, quienes consideran precisamente que es posible individualizar en el campo del derecho los principios jurídicos de los que se desprenda todo el discurso jurídico”⁴⁴.

Scarpelli tiene la firme convicción de que no es posible incluir a la ciencia jurídica ni en el modelo de las ciencias empíricas ni en el modelo de las ciencias abstractas, dado que su objeto de estudio y sus operaciones son peculiares. Por un lado, cuando toma como objeto de estudio el derecho positivo, al conjunto de normas emanadas por la voluntad humana, la ciencia jurídica se comporta como una ciencia empírica; solo que la ciencia jurídica no trabaja con ese material para encuadrarlo bajo leyes generales, ni tampoco trata de prever algún tipo de evento. El material, las normas del derecho positivo, que la ciencia jurídica toma como objeto de estudio, son vistas como un *quid unicum*, como un dato “absolutamente privilegiado, que se halla en un plano diverso del de los otros datos, y no en espera de que se le explique a través de su conexión con ellos. En realidad tiende a dar forma y a calificar los hechos, para servirles de guía o criterio de juicio; y la tarea que se nos propone en relación con ese dato privilegiado no es explicar y prever, sino –fundamentalmente– entender las normas que lo constituyen, a fin de derivar de ellas una orientación para la conducta y una pauta para juzgarla”⁴⁵. Del modo en que se desarrolla la ciencia jurídica en este sentido resulta fácil compararla ya no con las ciencias empíricas sino con la teología, y en modo particular con la teología moral, el ramo de la teología que estudia las normas de conducta establecidas por la voluntad divina. De manera que así como de frente al teólogo moral se encuentra un conjunto normas que descienden de una supre-

⁴³ Idem. (“una proposición se considera verdadera cuando es recabada en el sistema con procedimientos de formación y de transformación admitidos en el sistema mismo”).

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Ibid., p. 91.

ma voluntad, del mismo modo de frente al jurista positivista se encuentra un conjunto de normas análogo, con la única diferencia que aquí no descienden de una voluntad inmutable y eterna sino de la voluntad efímera y voluble de los hombres. “Dos palabras del legislador –afirma Scarpelli– o la caída de éste mandan en escombros, o por lo menos hacen inutilizables, enteras bibliotecas juspositivistas: extraña selección de su objeto, de verdad, la del positivismo jurídico, si la finalidad de la elección hubiese sido hacer posible una ciencia del derecho”.⁴⁶

Podría parecer, una vez que Scarpelli ha de alguna manera establecido los puntos anteriores, que de ciencia jurídica no es el caso de hablar; pero nuestro autor no se detiene aquí. Por el contrario, él sostiene que a pesar de todo podemos hablar de una ciencia del derecho si tomamos la noción de ciencia en su sentido amplio, según el cual es científico cualquier discurso que tienda a la precisión, al rigor y a la coherencia. En este sentido, en efecto, la ciencia jurídica es ciencia en cuanto que su espíritu científico se manifiesta en la interpretación y en la reconstrucción de sistemas de normas positivas; el jurista iuspositivista se esfuerza por pasar de lo incierto a lo cierto, de lo vago y de lo equívoco a lo unívoco y a lo preciso, produciendo al final un sistema reconstruido con rigor y coherencia donde las normas interpretadas pueden encontrarse con mayor facilidad. “La materia [de la ciencia jurídica] –afirma Scarpelli– es efímera, pero el aparato conceptual de los juristas las trasciende: si las normas y los sistemas de normas tomados como objeto de estudio se extinguen y son suplantados por otros, aquel aparato constituye la herencia que deja quien ha trabajado sobre ciertas normas a quien trabajará con las normas nuevas”.⁴⁷ De modo que aquello que parece verdaderamente científico del trabajo jurídico es la elaboración del aparato conceptual empleado para estudiar el derecho positivo, en su decurso histórico. Scarpelli, de esta manera, concluye en manera crítica acerca del carácter científico de la ciencia jurídica, considerando paradójica la situación que se configura, dado que este carácter científico se identifica de alguna manera con la comprensible preocupación del jurista juspositivista por encontrar o producir un aparato teórico que dure en el tiempo, que ha dado lugar a la búsqueda las formas de lo jurídico, a las estructuras: de ahí el paso al formalismo es muy corto, con todos los aspectos críticos que supone. Hasta aquí la crítica scarpelliana.

⁴⁶ Ibid., p. 92.

⁴⁷ Ibid., p. 93.

La segunda dirección hacia donde se puede mover una definición del juspositivismo que desee ser unitaria es la dirección del juspositivismo de naturaleza política, como ya se decía antes: se trata, para Scarpelli, de la interpretación que establece una estrecha conexión entre el positivismo jurídico y la formación y el desarrollo de un cierto tipo de organización política: el estado moderno. Este sentido del juspositivismo se puede encuadrar *grosso modo* en el segundo sentido de la clasificación de Bobbio, el positivismo jurídico como teoría; solo que mientras Bobbio considera la conexión en propósito como el resultado del hecho de que los juristas juspositivistas se encuentran de frente el derecho positivo moderno como un dato construido, para Scarpelli, por el contrario, la conexión consiste en el hecho de que “el positivismo jurídico, sus concepciones y los modos de operar determinados por ellas, han tenido, en las vicisitudes de la organización política del Estado moderno, una parte activa, han contribuido a realizarla y defenderla y han sido un momento o aspecto de dicha organización”.⁴⁸ Es ésta la absoluta novedad del pensamiento scarpelliano, que pone en entredicho la idea de Bobbio de un jurista juspositivista que de frente a la historia del nacimiento del estado moderno, a la monopolización por parte de éste de la coacción y de la fuerza, se comporta como un simple espectador que no interviene. En la interpretación política del juspositivismo de Scarpelli el carácter científico de la ciencia jurídica está en una relación de dependencia con el aspecto político; si el jurista positivista realiza una labor científica acerca del derecho positivo, y si se preocupa por comprenderlo y precisarlo para insertarlo en un sistema riguroso, realiza de esta manera una actividad que es funcional a la voluntad política que se ha manifestado mediante ese derecho positivo. Y es ésta, también, la dirección que ha de tomar una definición explicativa y crítica del juspositivismo para ser unitaria. Y es ésta la definición de positivismo jurídico que acepta Scarpelli, considerándola más oportuna y mejor fundada; el propósito de su libro, él nos dice abiertamente, “es precisamente sostener una interpretación política del positivismo jurídico y también sugerir la idea de que es en este terreno político, bajo ciertas condiciones, que se pueden aducir en favor del positivismo jurídico óptimos argumentos, los argumentos mejores”. “De cualquier manera –él agrega– es en este terreno,

⁴⁸ U. SCARPELLI, *¿Qué es el positivismo jurídico?*, cit., p. 99. (utilizo la traducción de García Máñez, *op. cit.*, pp. 53-54.

en mi juicio, donde el positivismo jurídico debe ser estudiado y donde puede ser considerado el problema de su acetación o su rechazo”.⁴⁹

Para entender mejor la interpretación política del positivismo jurídico que ScarPELLI propone como definición unitaria se hace necesario evidenciar un nexo entre las ideas de éste con las de Hart. Dice ScarPELLI, hemos dicho que de frente al jurista juspositivista el derecho positivo no se presenta como un simple hecho factual, sino como un dato privilegiado, que no debe ser simplemente examinado para prever estados de cosas; al contrario, de este dato privilegiado a él le interesa obtener una guía para la conducta y un criterio para juzgar esta conducta, cuando no corresponda a la guía. Tal tarea se puede comprender mejor pensando a la distinción que propone Hart entre el punto de vista *interno* y el punto de vista *externo* en relación a las normas de comportamiento.⁵⁰ No creo sea el caso de reproducir aquí las ideas de Hart al respecto, que ScarPELLI examina en modo detallado. Basta decir, en efecto, que el punto de vista *interno* consiste no, como el punto de vista *externo*, en la *descripción* de las actitudes que consisten en comportarse o no comportarse según lo señalado por determinadas normas de conducta, sino, por el contrario, en la *asunción* y en la *actuación* del comportamiento indicado por tales normas, mediante la actividad de conocimiento de ellas, y en la crítica de los comportamientos de los demás cuando se desvíen de las normas. “La experiencia –sostiene ScarPELLI–, los comportamientos, se ven ahora a través de una trama normativa que les atribuye valores o desvalores en función de su correspondencia o no con las mismas normas”.⁵¹ De manera que el punto de vista interno es la perspectiva mediante la cual se define el derecho, según la definición de juspositivismo político que propone ScarPELLI. Como afirma García MáyneZ, exponiendo las ideas de ScarPELLI, “dentro de esta dirección [del positivismo jurídico scarpelliano], tanto la práctica como la ciencia jurídica se desenvuelven sobre planos paralelos, que tienen en común ese punto de vista [interno] frente a las normas de derecho positivo: aquélla parte de la identificación de dichas normas y llega hasta su aplicación o imposición; ésta prepara al identificación y la aplicación o imposición que la práctica habrá de realizar”⁵².

⁴⁹ U. SCARPELLI, *¿Qué es el positivismo jurídico?*, cit., pp. 101-102.

⁵⁰ H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 68-70, 105-108, 120-122.

⁵¹ U. SCARPELLI, *¿Qué es el positivismo jurídico?*, cit., p. 108.

⁵² E. GARCÍA MÁYNEZ, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, cit., pp. 55-56.

Sin embargo, a pesar de todo, para Scarpelli existe una condición necesaria para que sea vistas las normas de derecho positivo desde el punto de observación interno: considerar también desde esta perspectiva los criterios regulativos del sistema, es decir los procedimientos que disciplinan el reconocimiento o el desconocimiento de una norma como parte del sistema mismo: en suma, su existencia dentro de, su pertenencia a, él. De manera que si una norma, examinada desde el punto de vista interno, satisface todos los criterios que regulan la pertenencia de una norma al sistema entonces se le podrá considerar como válida dentro de tal sistema. Es obvio, y Scarpelli lo reconoce abiertamente, que este concepto de validez se interta en la tradición jurídica que parte de Kelsen y se extiende a Hart y Ross.⁵³ Según la nota construcción a grados del orden jurídico propuesta por Kelsen, una norma es válida si su emanación ha seguido los criterios contenidos en la norma de rango superior, y ésta, a su vez, lo será si ha sido emanada según los criterios de otra de rango superior, y así sucesivamente. La cuestión problemática, como se sabe, reside en el hecho de que no se puede proceder al infinito, en una concatenación de la validez, siendo necesario detener el proceso. Kelsen propone la solución de la norma fundamental, cuya validez confiere validez a todas las normas que de ella descienden, mediante un proceso sucesivo de delegación de poderes, productivo de normas mediante criterios puramente formales, propios de un sistema dinámico como el derecho.⁵⁴ No me detengo aquí a exponer las críticas que suscita la noción kelseniana de norma fundamental, presupuesta y no positiva, cuya validez se debe dar por sentada *a priori* pero que confiere validez a todas las demás normas del sistema, siendo extremadamente conocidas por los juristas.⁵⁵ Es un hecho, de cualquier manera, que el análisis de las condiciones que hacen de una norma del sistema una norma válida, conducen necesariamente Scarpelli a la consideración, además, de las condiciones de “existencia” del sistema en su conjunto. En efecto, la cadena de la validez, sin detenernos a considerar el aspecto

⁵³ U. SCARPELLI, *¿Qué es el positivismo jurídico?*, cit., pp. 116 y ss.

⁵⁴ En los sistemas estáticos, como la moral, las normas del sistema descienden de la norma fundamental que se encuentra en la cúspide mediante un proceso meramente intelectual, y no de voluntad, de deducción lógica; están concatenadas con la norma fundamental a través de una relación material. *Vid.*, H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Verlag Franz Deuticke, Viena, 1960 (a pp. 219-222 de la traducción italiana *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Turín, 1966, reimpr. 1990).

⁵⁵ Me limito a señalar, en lengua italiana un crítica conducida con instrumentos particularmente adecuados. Cfr. R. AGO, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Giuffré, Milán, 1950, pp. 38 y ss.

problemático de la norma fundamental, implica la necesidad de detenerse a examinar las razones que determinan la aceptación de la norma fundamental, es decir, la aceptación del mismo sistema. Estas razones coinciden, según Scarpelli, con el principio de efectividad, mediante el cual se reconoce como efectivo un ordenamiento jurídico en relación a su realidad de hecho, a su existencia objetiva independientemente de las preferencias políticas individuales. Una definición del juspositivismo, como señala Scarpelli, llama en causa un concepto determinado de derecho. Y el juspositivismo político scarpelliano concibe el derecho “como un conjunto de normas emanadas por la voluntad humana, y asigna como tarea a la ciencia del derecho el estudio, y a la práctica del derecho la aplicación del derecho así entendido”⁵⁶.

5. *El iuspositivismo político de Scarpelli.* La concepción del positivismo jurídico en clave política, en los términos que se han visto, tiene algunas repercusiones en los modos en que el jurista, teórico y práctico, se acerca al fenómeno jurídico. Para comenzar, no hay duda de que el material de estudio que forma el punto de partida es el derecho positivo vigente en una realidad determinada: el de los modernos estados democráticos, donde el estado ha asumido el monopolio de las fuentes del derecho y de la aplicación y de la coacción. Hay que distinguir, sin embargo, entre las modalidades con las que nos acercamos al derecho. Una es la ciencia jurídica, o dogmática o jurisprudencia,⁵⁷ actividad que se concretiza en la sistematización y en el estudio que se realizan en vías de la aplicación del contenido normativo del derecho. Otra es la meta-ciencia jurídica, o meta-dogmática o meta-jurisprudencia, que tiene como objeto de estudio los discursos que se producen en el nivel de la ciencia jurídica. La novedad al respecto es que la reflexión de Scarpelli muestra como aquello que llamamos ciencia jurídica en realidad no es una ciencia, ya que sus actividades están impregnadas de juicios de valor y valoraciones éticas. El único sentido en que se podría considerar científica una operación de este tipo tendría que ver con un significado lato de ciencia, donde el rigor y la coherencia fuesen los caracteres determinantes. Si no es ciencia, ¿es cuando menos a-valorativa, neutral? Lo es –dice Scarpelli– pero sólo una vez que haya aceptado como suyo el material de indagación –el de-

⁵⁶ U. SCARPELLI, *¿QPJ?*, cit., p. 167.

⁵⁷ No se le debe confundir con el conjunto de sentencias judiciales pronunciadas en las sedes jurisdiccionales.

recho positivo— mediante una opción valorativa: de hecho una vez que se ha aceptado, desde el punto de vista interno, el derecho positivo.

La meta-ciencia jurídica, por su parte, o consiste simplemente en una mera actividad cognoscitivo-descriptiva, y entonces se limita a registrar las operaciones que se efectúan en el nivel de la ciencia jurídica, o bien, por el contrario, asume características de actividad normativa, prescriptiva, indicando caminos y senderos a la ciencia jurídica. Cuando se interpreta una norma jurídica se realiza un trabajo típico de la ciencia jurídica; cuando se describe esa interpretación o cuando se dice cómo se debe interpretar se realiza una labor característica de la meta-ciencia jurídica. En qué medida la ciencia jurídica y la meta-ciencia jurídica sean neutrales y a-valorativas es una cuestión bastante compleja, en efecto; por un lado, una vez que se acepta, mediante un juicio valorativo, el sistema de derecho positivo, en la tesis de Scarpelli, parecería no existir la posibilidad de ningún otro juicio valorativo *dentro* del sistema. Pero, ¿es así? En realidad, la complejidad emerge con fuerza no apenas pensamos en el modo en que interactúan ciencia y meta-ciencia jurídicas. Si ésta puede ser o descriptiva o normativa ello significa, de alguna manera, que aquélla puede tomar direcciones diferentes de las que debería, una vez aceptado con un juicio político el sistema. Una vez colocados los cimientos del “edificio” jurídico no es posible, según Scarpelli, someter a juicio ninguna de las partes, so pena de ver derrumbarse toda la construcción que con fatiga se ha erigido.

El “edificio”, el sistema jurídico, se fundamenta, en tanto resultado de un juicio valorativo, en un juicio político en favor del estado moderno, en la aceptación de determinados valores. Los valores que Scarpelli pone a la base de su defensa política del positivismo jurídico son, repitiendo, los que han permitido la formación del estado moderno. Y, entre ellos, en modo particular, los de la integración democrática del positivismo jurídico, en los procedimientos democráticos de formación de las leyes o de formación de los órganos legislativos, en su integración constitucionalista, en la distinción entre leyes constitucionales, donde se fijan los principios del derecho y leyes ordinarias, en la previsión de mecanismos de cautela para la modificación constitucional y en garantías precisas para asegurar el respeto de las normas constitucionales por parte del legislador ordinario. Aceptados estos valores a través de una opción de valor, dice Scarpelli, expulsamos los juicios de valor internos al sistema.

La originalidad de la defensa del iuspositivismo político realizada por Scarpelli conlleva algunas consecuencias, que tal vez han determinado su

-relativamente- poca discusión crítica. Entre los teóricos del derecho aún cercanos a la tradición analítica porque una consecuencia de las tesis de Scarpelli puede “declarar la muerte” del positivismo jurídico en la acepción clásica. Y entre los juristas positivos porque la defensa política de Scarpelli, del carácter cognoscitivo de la ciencia jurídica les parece peor que cualquier otro ataque: es una teoría que mina las bases de una pretendida objetividad tanto del derecho como de la actividad de quien lo estudia y, sobre todo, lo aplica⁵⁸. No era, y no es sencillo, en efecto, asumir plenamente la posición scarpelliana, ni desde el punto de vista teórico ni desde el punto de vista práctico, ya que hacerlo implica abandonar los lugares en los que los juristas se sienten seguros, protegidos frente a toda elemento que les haga ver que su actividad no tiene nada de científico y sí mucho de político.

Me parece que el mismo pensamiento de Scarpelli, posterior a *¿Què es el positivismo jurídico?*, se vió notablemente influenciado por los resultados a los que llega en este libro. A Scarpelli, no podía escapar la percepción de que la conjunción en la filosofía analítica de los presupuestos empiristas del neopositivismo y del normativismo kelseniano conducían a una crisis del positivismo jurídico⁵⁹, y de consecuencia a la necesidad de abrir a la teoría del derecho, y también a la filosofía del derecho por supuesto, espacios a los que no habría podido llegar si hubiera permanecido dentro de las rígidas fronteras formalistas decimonónicas. Quien inmediatamente se dió cuenta de la crisis fue Norberto Bobbio, quien en un seminario donde se discutían sus tesis y las de Scarpelli, afirma que es paradójico el resultado al que han llegado, ya que habiendo sido convocados para declarar la muerte del jusnaturalismo en realidad han establecido, o al menos es lo que él reconoce, la crisis del juspositivismo: “doy acta -dice Bobbio- que el positivismo jurídico se encuentra en crisis no solo como ideología y como teoría, [...] sino también como modo de aproximarse al estudio del derecho”.⁶⁰ Scarpelli, en esa misma sede reitera su adhesión a su versión política del positivismo jurídico, en los términos que aquí hemos visto. Bobbio, tomando conciencia en manera profunda de la crisis comienza en esos años su conversión de una meta-ciencia jurídica de carácter descriptivo a una de naturaleza prescriptiva, y de un modo esencialmente

⁵⁸ Cfr. M. JORI, “Uberto Scarpelli e il giuspositivismo”, páginas introductivas a U. SCARPELLI, *¿QPJ?*, cit., pp. 23-43, p. 25.

⁵⁹ A este propósito E. PATTARO, “Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi”, cit., p. 483.

⁶⁰ El encuentro era la *Tavola rotonda sul positivismo giuridico (Pavia, 2 maggio 1966)*, Cuadernos de la Revista *Il politico*, 1, 1967, “Intervento di Norberto Bobbio”, p. 73.

estructural de entender y estudiar el fenómeno jurídico a un método de análisis funcional del derecho;⁶¹ recorrido que, como se sabe, se concluye en modo ideal con el cambio de cátedra de filosofía del derecho a la de filosofía política en los primeros años 70. Casuales o no, estas conversiones, si es posible llamarles así, indican cuando menos la insatisfacción de Bobbio en relación a una teoría del derecho alejada de la teoría política. En Scarpelli, por el contrario, no se asiste a una conversión explícita, a una abjura abierta de su iuspositivismo político. Es extremadamente significativo, sin embargo, que *¿QPJ?* haya sido su última obra orgánica, de “amplio aliento” como se suele decir⁶².

A partir de 1965, en efecto, Scarpelli inicia –o más bien profundiza con mayor vigor– temas e inquietudes que parecen más cercanas al campo de la filosofía moral y/o a la filosofía política. No pudo, por obvias cuestiones de salud, terminar su teoría general del derecho, empresa que ocupó su mente por muchos años⁶³. No deseo afirmar, lo digo claramente, que se haya dedicado en modo exclusivo a campos que excluían su empeño jurídico; por el contrario, basta leer sus últimos escritos para ver en ellos el espíritu de quien se ha formado culturalmente en un ambiente de juristas. No deja de sorprender, sin embargo, lo que afirma en 1986 cuando dando acto de la presencia irreductible de los principios en el derecho, a partir de los trabajos de Dworkin, se declara dispuesto a dar la mano a los jusnaturalistas a quienes en tiempos pasados la había negado⁶⁴. ¿Todo ello nos indica la presencia en el pensamien-

⁶¹ Vid. U. SCARPELLI, “La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato”, en Id., (coord.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Comunità, Milán, 1983, pp. 281-340, pp. 281-82. Un sugerente examen rico del Bobbio funcionalista lo realiza P. BORSELLINO, *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, cit., pp. 191-244. Más que “vuelta” del pensamiento bobbiano, Borsellino identifica una profundización de los últimos trabajos de KELSEN (sobre todo en la segunda edición, 1960, de la *Reine Rechtslehre* y en la póstuma *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979) donde parecen encontrarse algunos gérmenes de este método) uno de los autores donde Bobbio encuentra las bases de su teoría general del derecho.

⁶² Al menos en relación a temas de teoría general del derecho, y exceptuando el pequeño volumen dedicado al pensamiento hobbesiano intitulado *Thomas Hobbes. Linguaggio e leggi naturali. Il tempo e la pena*, Giuffrè, Milán, 1981. Desde los primeros años de los 80 –pero posiblemente aún desde más atrás– Scarpelli estaba dedicado a un trabajo que hubiera debido ser su monumental teoría general del derecho; la enfermedad que lo habría de llevar prematuramente a la desaparición, sin embargo, no le permitió terminarla, si bien disponemos del programa de ella en “La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato”.

⁶³ Y de la que, como ya se dijo, dejó constancia en su “La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato”, cit.

⁶⁴ Cfr. “Dalla legge al codice dal codice ai principi”, cit., p. 100.

to de Scarpelli de algunas tendencias que lo alejaban del iuspositivismo? ¿su iuspositivismo político? En mi parecer, en ausencia de datos incontrovertibles, la respuesta es bastante incierta. Un serio estudioso del pensamiento scarpelliano como Jori, por ejemplo, quien fué alumno de Scarpelli, probablemente daría una respuesta negativa al respecto. Jori reconoce que Scarpelli, en un ensayo tardío⁶⁵ considera positivamente –si bien con reservas y limitado a un Tribunal constitucional– el valor del precedente producido en sede jurisprudencial; sin embargo, para Jori, el cuadro general juspositivista no se modifica en la sustancia⁶⁶. En mi juicio, y con las debidas cautelas, es posible notar en el Scarpelli posterior al 1965 una suerte de “incomodidad” intelectual, resultado de la toma de conciencia de la posibilidad de la ciencia jurídica de configurarse no solamente como actividad meramente declarativa, eximida de todo juicio de valor, sino también, y quizá sobre todo, como actividad normativa que no agota su función valorativa en la (meta)opción por el derecho positivo que la funda. Yo creo, que lo que Scarpelli escribió en los últimos años de su vida y, particularmente, lo que no escribió, generan de algún modo la idea de un Scarpelli que está dispuesto a aceptar que las operaciones que se realizan en nivel de la ciencia jurídica pueden, en determinadas ocasiones, tomar una clara dirección valorativa, sometiendo a consideraciones de valor el producto de la legislación. ¿En base a cuál valor, probablemente, Scarpelli estaría dispuesto a admitir el juicio sobre las normas producidas por el legislador? La respuesta la da el mismo Scarpelli: los valores implícitos en el estado democrático moderno, en el estado constitucional de derecho, en la separación de poderes, en el constitucionalismo rígido que substraer a las mayorías de turno la legislación que concierne los derechos de las personas, en la distinción entre norma constitucional y ley ordinaria. Si los valores representados en estas ideas, patrimonio del constitucionalismo moderno, no se reflejan en la actividad legislativa, ni, consecuentemente, en la interpretación y aplicación del derecho, entonces se justificaría un juicio valorativo de naturaleza político-normativa de la ciencia jurídica, que indicase –a quien corresponda: el legislador sobre todo– el sendero a seguir para obtener la armonía entre los juicios de valor que fundan el derecho positivo y el juicio particular que se genera dentro de éste. No se trata, entonces, de cualquier opción, de cualquier juicio, acerca del derecho positivo, sino –por el contrario– de una buena opción⁶⁷.

⁶⁵ Se trata de “Il positivismo giuridico rivisitato”, cit.

⁶⁶ M. JORI, “Uberto Scarpelli e il giuspositivismo”, cit., pp. 41-42.

⁶⁷ Al respecto véase también A. PINTORE, “Il divisionismo di Scarpelli”, en M. JORI – L. GIANFORMAGGIO (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milán, 1997, pp. 743-757, es-

¿Cómo evitar pensar, una vez llegados a este punto, al nexo que parece unir el iuspositivismo scarpelliano con la discusión, y con los resultados de ésta, acerca de la distinción de las normas en reglas y principios, hecha popular a partir de la publicación de *Taking Right Seriously*? ¿Cómo no notar de alguna manera la cercanía entre los valores del estado democrático constitucional que Scarpelli tiene en mente y la idea de Robert Alexy que al derecho le es inmanente una pretensión de corrección moral de justicia, cuya función corre a cargo de los principios⁶⁸? No voy absolutamente aquí a examinar en sus detalles el recorrido a través del cual Alexy llega a estas consideraciones, que son ampliamente conocidas. Lo que sí me interesa es tratar de evidenciar el nexo que, me parece, existe entre ellas y el iuspositivismo scarpelliano y, de pasada, subrayar el hecho, para mi irrefutable, que una difusión más amplia, fuera de los estrechos límites de (pocos) estudiosos de lengua italiana y (aún menos) estudiosos de lengua española y portuguesa, hubiera sin duda sido útil en relación no solo al debate pos-hartiano –conducido sobre todo por estudiosos anglosajones– sino también por lo que concierne las teorías de la argumentación (en primer lugar la del mismo Alexy).

6. *La crisis del iuspositivismo: de la política a la ideología.* Hemos visto que las posiciones asumidas por Scarpelli conducen a Norberto Bobbio a constatar que la insostenibilidad teórica del iuspositivismo no solo en sus versiones teórica e ideológica sino inclusive en la versión a la que él (Bobbio) había declarado su total adhesión, el iuspositivismo metodológico. El iuspositivismo político scarpelliano, según Bobbio, termina por evidenciar que a final de cuentas toda la labor del jurista positivista está impregnada –determinada se podría decir– por una opción política de fondo, una opción en favor de la norma fundamental del ordenamiento jurídico. Y así, según Bobbio, se hace necesario poner en duda la estructura central del iuspositivismo, o sea la idea de que es posible conocer de manera neutral, priva de “contaminaciones” valorativas, el material normativo producido por los órganos competentes. Eso es posible, diría Scarpelli, solamente si de manera previa

pec. p. 752, quien reconstruye en forma por demás clara las facetas del pensamiento de Scarpelli, introduciendo una síntesis entre sus ideas ético-filosóficas y jurídicas.

⁶⁸ Los trabajos en los que Alexy presente su concepción del derecho en este sentido son muchos. Emblemático R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho* (trad. de J. Malem) Gedisa, Barcelona, 2008 (Orig. alemán *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992).

se ha asumido un juicio de valor acerca del ordenamiento jurídico. En otras palabras, solamente si se asume como propio, mediante un juicio de valor (del que se puede ser conscientes o no) el conjunto de valores que conforman un orden jurídico –para Scarpelli el orden jurídico del Estado democrático constitucional– podemos “cerrar los ojos” frente a la ley para prescindir de cualquier juicio de valor acerca de ella.

Acerca de la palabra ‘principios’, y aún sin considerar el uso quizá exagerado que de ella se ha hecho en los últimos decenios, hay más que buenas razones para sostener que Scarpelli nutre una profunda desconfianza: “cuando se habla de principios del derecho de inmediato los iusnaturalistas piden que se les paguen derechos”, sostuvo en una de las pocas ocasiones en las que la utiliza⁶⁹. En *¿QPJ?* la palabra ‘principios’ brilla por su ausencia, si la entendemos como hoy se hace habitualmente; pocas veces la usa, en efecto⁷⁰, y siempre para referirse a “los valores, las opciones, los programas y las prescripciones de comportamiento que, expresados de cierto modo, pueden, bajo ciertas condiciones, imputarse a la sociedad entera, pueden considerarse como la voluntad general de la sociedad políticamente organizada”⁷¹. No se trata ya, para Scarpelli, de una concepción de la voluntad política “como la voluntad del contenido de las normas, por parte de uno o varios individuos que detentan y ejerzan un poder soberano en la sociedad”⁷²; en esta idea, en efecto, él identifica las características del iuspositivismo ideológico del que habla Bobbio en su versión extremista, o sea en la obediencia incondicionada a cualquier contenido que provenga de una autoridad normativa. Su orientación, es otra: un ordenamiento jurídico, en cuanto tal objeto de estudio del iuspositivismo scarpelliano, es un sistema cuyas normas estructurales deter-

⁶⁹ Cfr. “Dalla legge al codice, dal codice ai principi”, cit., p. 100 (traducción mía). Pero véase también Idem, “Un modello di ragione giuridica: il diritto naturale razionale”, en C. FARALLI e E. PATTARO (eds.), *Reason in Law. Proceedings of the Conference Held in Bologna 12-15 december 1984*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 247-262. Aquí Scarpelli aborda en modo más articulado el tema de los principios, a la luz de un modelo de derecho natural racional, al que rechaza por considerar poco plausibles los postulados sobre los que se funda: la existencia de los principios, susceptibles de ser conocidos intuitivamente, y la posibilidad de utilizarlos en forma deductiva para derivar normas en un ordenamiento. Un panorama más completo al respecto se puede ver en F. MORALES LUNA, *La filosofía del derecho de Uberto Scarpelli. Análisis del lenguaje normativo y positivismo jurídico*, Dyckinson, Madrid, 2014.

⁷⁰ Siguiendo a Alexy, por ejemplo, como mandatos de optimización, realizables cuando se den las condiciones, empíricas y legales.

⁷¹ Cfr. *¿QPJ?*, cit., p. 210.

⁷² Idem.

minan las modalidades mediante las cuales los valores, las opciones, los programas y las prescripciones que toman forma como derecho positivo han de ser consideradas como expresión de la voluntad general de manera tal que puedan constituir la voluntad política de una sociedad:

“la aceptación del principio fundamental de un sistema de derecho positivo implica ante todo la aceptación de ciertos procedimientos de formación y ciertas condiciones de reconocimiento de la voluntad política. De acuerdo con la concepción propia del positivismo jurídico, constituye una característica fundamental de un sistema de derecho positivo el hecho de que la voluntad política se manifieste en los niveles más elevados del sistema en forma de normas generales y abstractas. Podemos, entonces, afirmar que de acuerdo con la concepción del derecho que hemos puesto en evidencia, el positivismo jurídico toma partido a favor de una técnica particular de formación y expresión de la voluntad política: aquella técnica en virtud de la cual la voluntad política se forma mediante procedimientos regulados por normas jurídicas positivas de índole estructural y se expresa a través de normas generales y abstractas”⁷³.

Que para Scarpelli los principios consistan en el contenido, cualquier que sea, de los valores y opciones característicos de un ordenamiento jurídico, es aún más claro si consideramos la siguiente observación:

*“La definición iuspositivista del concepto de derecho orienta la ciencia y la práctica del derecho –una ciencia y una práctica del derecho que actúan desde un punto de vista interno– a ponerse al servicio del derecho positivo como sistema de normas establecidas mediante actos de voluntad emanados por seres humanos, al servicio de la voluntad política que se plasma en el derecho positivo. Esta orientación política general se especificará posteriormente a través de la **aceptación del principio fundamental del sistema derecho positivo de que se trate**, dentro del cual, caso por caso, la ciencia y la práctica del derecho de orientación iuspositivista procederán a sus juicios de valor y cumplirán sus operaciones”⁷⁴.*

El iuspositivismo scarpelliano dista mucho de presentarse como una concepción ingenua y simplista, es decir como si fuera el reflejo exclusivo de la adhesión de su autor por el Estado democrático y constitucional. Es ésta, en efecto, una posible clave de lectura de ¿QPJ? Pero es una clave de lectura parcial, que se funda en la declaración personal de Scarpelli por la opción iuspositivista acorde con el contexto específico de Italia, y de otros países, en la posguerra. Es evidente que si el iuspositivismo político estuviera circunscrito a un contexto específico sería una propuesta con escasa capacidad heurística. El iuspositivismo político, es del todo obvio, es mucho

⁷³ Idem.

⁷⁴ Ibidem, pp. 209-210. El subrayado es mío.

más que una propuesta teórica idónea para reflejar los ordenamientos jurídicos democrático y rígidos así como se conformaron después de la segunda guerra mundial; es una propuesta teórica, al contrario, que trata de dar cuenta de cualquier sistema de derecho positivo y no sólo de los sistemas de derecho positivo democrático-constitucionales. El papel que Scarpelli asigna a los principios, sin ignorar por supuesto que otra cosa son las reglas (para usar el léxico dworkiniano-alexiano), es entonces el de guiar la producción normativa, el de colocarse en el ápice de un ordenamiento jurídico y desde ahí, a través de determinados procedimientos establecidos, concretizarse, precisamente, en las reglas (normas) que habrán de guiar la conducta de las personas.

Será más adelante, en trabajos “menores”, cuando Scarpelli examinará con mayor detenimiento los principios. En el ensayo “*Gli orizzonti della giustificazione*”⁷⁵ es clara su posición acerca del modo de proceder en cualquier esfera normativa (la ética, la política y el derecho). Aunque el trabajo tiene como objetivo principal confutar las pretensiones de fundar los juicios de valor en metafísicas axiológicas⁷⁶, se le puede considerar también a la luz de su idea acerca de los principios. En extrema síntesis, según Scarpelli, los juicios de valor, y entre ellos quizá podríamos incluir las operaciones realizadas por los juristas teóricos y prácticos, no son susceptibles de ser demostrados sino solamente de ser argumentados racionalmente. En una cadena argumentativa un juicio de valor se funda en otro jerárquicamente superior, hasta que no se llega a un juicio de valor que no puede ser fundado (y justificado) en otra cosa que no sea una opción de carácter subjetivo, que, sin embargo, no necesariamente conduce a la irracionalidad. En otro trabajo, ya mencionado⁷⁷, Scarpelli aborda con apenas un poco más de profundidad la cuestión de los principios. Y lo hace dándose cuenta del estado actual de cosas por cuanto concierne uno de los elementos clave del concepto de derecho presente en su iuspositivismo. Me refiero a lo que él llama la crisis de la ley, que se expresa a través de códigos, de modo tal que no queda otra opción que abandonar tanto la fe iluminista en un lenguaje sincero y simple como también “la fe codicista de un lenguaje aristotélicamente articulado”⁷⁸. En este

⁷⁵ En: L. GIANFORMAGGIO - E. LECALDANO (coords.), *Etica e diritto. Le vie dell'argomentazione razionale*, Laterza, Roma-Bari, 1986, pp. 3-41.

⁷⁶ En modo particular sus críticas se dirigen a S. COTTA (*Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milán, 1982).

⁷⁷ “Dalla legge al codice dal codice ai principi”, cit.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 99.

ensayo a Scarpelli constata la crisis del movimiento surgido con las codificaciones racionalizadoras, a partir de 1804 en Francia, debido al desorden en las fuentes de derecho, la generalización de la tendencia a legislar mediante normas generales y abstractas; lo que ha terminado por producir “el venir a menos de la centralidad de los códigos, la siempre mayor importancia de las leyes especiales, la formación de micro-sistemas normativos lógicamente autónomos, el multiplicarse de leyes y leyecitas de contenido concreto y contingente, la abundancia de disposiciones que con frecuencia son modificadas antes de entrar en vigor, etc.”⁷⁹.

7. *Scarpelli y los principios del derecho: hacia un derecho de los jueces.* A tal crisis, afirma Scarpelli, se le suele buscar una salida indicando el derecho jurisprudencial, el derecho de los jueces; y aquí él recuerda que en Italia, a mediados de los años ‘70 del siglo pasado, se vivió una experiencia que en algún sentido se relaciona con ella, la idea de utilizar la jurisdicción no como la instancia en la cual se interpreta y se aplica la ley sino como el lugar en donde se resuelve el conflicto social mediante el uso del derecho cual instrumento emancipador, de justicia social⁸⁰. De esta vía, dice Scarpelli, ya ha hecho justicia el tiempo. De mayor importancia teórica, y porque tiene que ver con su iuspositivismo, es otro sendero, otra vía para salir de la crisis: aquella que pone en un plano privilegiado los principios del derecho. Aparece aquí quizá una de las pocas ocasiones en las que Scarpelli menciona a Ronald Dworkin⁸¹, indicándolo como uno de los exponentes de una iusfilosofía laica que, sin caer en una fundamentación objetiva de matriz iusnaturalista, al contrario de aquellos iusnaturalistas que pretender de inmediato cobrar derechos cuando se usa la palabra ‘principios’, habla de los principios como instrumentos para llegar allá donde las normas no llegan. Mencionar a Dworkin no significa para Scarpelli, sin embargo, caer en la ilusión -dworkiniana y alexyana y de algunos más- de que los principios constituyen la panacea de las patologías producidas por la crisis de las fuentes jurídicas. Los principios, para él son el producto de un pro-

⁷⁹ Ibid., p. 99. Un texto que Scarpelli cita en ese sentido es *L’età della decodificazione* (Giuffrè, Milán, 1979) de N. IRI.

⁸⁰ Supongo que Scarpelli se refiere al movimiento nacido dentro de Magistratura Democratica, una corriente, de la Associazione Nazionale Magistrati. Cfr. P. BARCELLONA (coord.), *L’uso alternativo del diritto. Vol. I Scienza giuridica e analisi marxista. Vol. II Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, Bari, 1973.

⁸¹ “Dalla legge al codice, dal codice ai principi”, cit., p. 99.

ceso mixto de interpretación y de creación, y podrían encajar tal vez en la idea de Alexy, de un modelo débil⁸².

El recorrido que conduce Scarpelli a hablar de principios se concretiza parcialmente en *¿QPJ?* y prosigue asumiendo formas más visibles en obras sucesivas. Su simpatía hacia el uso de los principios, es una simpatía, es evidente, en la cual se manifiesta su predilección hacia la tradición del *Common Law*, pero, mirando hacia la experiencia estadounidense, y no a la inglesa. Se trata de una simpatía bajo ciertas condiciones, que son las únicas que podrían justificar el uso de los principios haciendo de ellos instrumentos de racionalización dentro del caos jurídico. Una condición, fundamental, es que su uso se haga en la sede de las altas cortes y no, podríamos decir, en los tribunales ordinarios. Podemos pensar, en este sentido, que la desconfianza de Scarpelli hacia la jurisdicción ordinaria se funda en la convicción, no del todo errada, que el uso de los principios en esa sede podría llevar a un contexto en el cual las decisiones más descabelladas serían susceptibles de pasar por decisiones racionales, ocultando de plano las amplias posibilidades discrecionales que tal uso supone; quizá, en este sentido, no es del todo forzado llamar en causa el tinte negativo que parece, o al menos a mí me parece, acompañar las ideas de Riccardo Guastini cuando habla de la constitucionalización⁸³ de los ordenamientos jurídicos. El derecho jurisprudencial de Scarpelli es el derecho de los jueces de las altas cortes, los únicos capaces de ir más allá de la razón artificial de un legislador para llegar, mediante un complejo proceso racionalizador, a una razón histórica quizá también artificial pero formada por la mente de muchos hombres doctos y serios. Una razón histórica que, por supuesto, no es el lugar en donde encuentren su patente de ciudadanía ideas cercanas a una respuesta correcta ni tampoco a una decisión racional, sino que, más simplemente, constituye la sede en la que es posible encontrar una respuesta plausible a los defectos de la ley y de

⁸² Que, a diferencia de un modelo fuerte (que Alexy parece identificar en Dworkin), no contiene ni una lista exhaustiva ni una lista jerárquica de ellos, con un valor asignado *a priori* a cada uno. Es por ello que para Alexy es necesaria una adecuada teoría de la argumentación, en grado de dar cuenta de los procedimientos a través de los cuales se llega a la respuesta racional mediante la ponderación. No es el caso, obviamente, de detenerse a examinar el pensamiento de Alexy al respecto.

⁸³ Cfr. R. GUASTINI, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en M. Carbonell (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 49-74. Trad. del orig. "La 'costituzionalizzazione' dell'ordinamento", en T. MAZZARESE (coord.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Turín, 2002.

los códigos; que no se deben solamente a la estulticia humana y a los defectos de las instituciones, sino que tienen raíces que llegan al modo de ser de las personas, a sus mutaciones y transformaciones⁸⁴, la cuales, necesariamente, se reflejan en las estructuras jurídicas de una sociedad. Lo anterior no significa, en el pensamiento de Scarpelli, una renuncia al iuspositivismo político; es verdad que con su adhesión al derecho de los jueces, aunque sean los jueces constitucionales o en todo caso de las altas corte, le lleva a declararse un iuspositivista algo arrepentido (“*alquanto pentito*”)⁸⁵, pero, me parece, más que un arrepentimiento en relación al iuspositivismo en cuanto tal se trata de un arrepentimiento en relación al normativismo y al legalismo. Podría parecer, a decir verdad, arriesgado sostener lo anterior, que supondría no un acercamiento al iusnaturalismo sino más bien al iuspositivismo realista⁸⁶, dadas las ásperas disputas entre iusrealismo y normativismo dentro de la iusfilosofía analítica italiana⁸⁷. No es una afirmación excéntrica, en realidad, ya que un ensayo tardío, no por ello irrelevante Scarpelli habla abiertamente de un iuspositivismo ideológico⁸⁸. Quizá por el fin que persigue ¿*QPJ*? –de proponer una definición unitaria, y no fragmentaria del iuspositivismo– su propuesta es de una interpretación política, sin usar la (¿comprometedora?) expresión ‘iuspositivismo ideológico’. Es en “*Il positivismo giuridico rivisitato*” donde afirma explícitamente que su propuesta va hacia esa dirección, de un iuspositivismo ideológico, y denuncia el hecho de no haber profundizado suficientemente este aspecto⁸⁹. A decir verdad en realidad la lectura minuciosa de algunos pasajes evidencian que el sendero estaba trazado, como lo demuestra su afirmación de que “esta orientación política [su iuspositivismo político] general se especificará posteriormente a través de la aceptación del

⁸⁴ “Dalla legge al codice, dal codice ai principi”, cit., pp. 99-100.

⁸⁵ Ibid., pp. 101.

⁸⁶ Asumo, sin discutirlo, que el iusrealismo no constituye una concepción del derecho autónoma y que forma parte, con el normativismo, del iuspositivismo. Al respecto, véase: M. JORI, “*Concezioni del diritto vecchie e nuove. Il positivismo giuridico rivisitato sullo sfondo del neocostituzionalismo*”, p.31. Ponencia presentada al I Congreso de filosofía del derecho para el mundo latino” (Alicante, 26-28 mayo 2016). Documento consultado el 31.5.2018 (<http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponencia%20Jori.pdf>)

⁸⁷ Acerca del estatuto epistemológico de las normas. Véanse los números del año 1977 de la revista *Sociologia del diritto*.

⁸⁸ Cfr. “*Il positivismo giuridico rivisitato*”, cit., p. 110: “Mi defecto en la discusión sobre el positivismo jurídico”, dice Scarpelli, “no fue ... ver en el positivismo jurídico mismo una ideología, sino, al contrario, no haber proseguido suficientemente en esa dirección”. “*Il positivismo giuridico rivisitato*”, cit., pp. 110.

⁸⁹ Cfr. nota 99 (Infra).

principio fundamental del sistema derecho positivo de que se trate, dentro del cual, caso por caso, la ciencia y la práctica del derecho de orientación iuspositivista procederán a sus juicios de valor y cumplirán sus operaciones”⁹⁰. No se trata de una versión “endulzada” del iuspositivismo ideológico, aquél que Bobbio llama moderado, sino de su versión extrema, y que, sin embargo, Scarpelli no enuncia en modo explícito, tal vez por no haber ido, un tanto paradójicamente, aun más profundamente en el análisis del factor político de su propuesta⁹¹. Puede parecer un tanto forzada esta lectura de Scarpelli como iuspositivismo ideológico extremo; pero no lo es tanto, creo, si se considera lo que afirma Mario Jori, o sea que el gran mérito, habitualmente ignorado, del iuspositivismo scarpelliano es que contiene los instrumentos idóneos para dar cuenta no solo de un ordenamiento democrático y constitucional, respetuoso de los derechos y libertades de las personas, sino de cualquier ordenamiento⁹². Un iuspositivismo ideológico extremo, el de Scarpelli, que, personalmente, no le lleva, sin embargo, a adherirse a cualquier ordenamiento; su intención, más bien, es precisamente desvelar la ideología iuspositivista extrema que suele esconderse detrás de la aparente neutralidad de la labor del jurista teórico. Es evidente, aquí, su distancia con la posición de Bobbio (su defensa del iuspositivismo basada en su significado de opción metodológica)⁹³. Distancia que, a decir verdad, parece venir a menos cuando Bobbio reconoce abiertamente que su opción por, su defensa de, el iuspositivismo metodológico se funda en una exigencia política: “Políticamente el iuspositivismo es la aceptación del *Status quo*. En cuanto tal está sujeto como toda opción a sufrir los altos y bajos de la historia. Fassò [Guido Fassò] me hizo notar, correctamente, que yo dije en el prefacio de mi libro [*Giusnaturalismo e positivismo giuridico*] que en un determinado momen-

⁹⁰ Cfr. *¿QPJ?*, cit., p. 210.

⁹¹ Véase nota 88, supra.

⁹² “Concezioni del diritto vecchie e nuove. Il positivismo giuridico rivisitato sullo sfondo del neocostituzionalismo”. P. ej. «Me parece ... que puede ser útil considerar también la teoría del derecho desde este punto de vista (un punto de vista interpretativo, si se desea): existen concepciones del derecho que tratan de alejarse lo más posible de la adoración de lo contingente y de lo positivo, cuyos sostenedores se resisten a usar argumentos potentes y conclusiones fuertes. Es la posición de los Kelsen, Bobbio, Hart y de los Scarpelli (p. 35).

⁹³ Y que evidencia a todas luces la profunda crisis del iuspositivismo como ideología, como teoría y también como modo de estudiar el derecho, conclusión a la que llega Bobbio en su *Intervento* en la Tavola Rotonda sul Positivismo Giuridico (Pavia, 2 maggio 1966). Quaderni della Rivista “Il político”. Istituto di Scienza Politiche dell’Università di Pavia - Giuffrè, Milano, 1967, pp. 69-73, p. p. 73.

to de nuestra historia habíamos aceptado el positivismo porque nos permitía defendernos contra las mutaciones de un sistema que considerábamos bueno, mientras que en otro momento lo habíamos rechazado porque nos obligaba a aceptar un sistema que considerábamos malo". No veo, tomando en serio las palabras de Bobbio, una gran diferencia con el iuspositivismo de Scarpelli; más aún cuando agrega que "visto que la concepción positivista implica la aceptación del Status quo, es buena o mala según que se considera buena o mala la situación a mantener"⁹⁴. Es claro, a pesar de todo, que hasta el final de su vida intelectual Bobbio siguió declarándose un convencido iuspositivista, del mismo modo que Scarpelli nunca reniega el normativismo si bien puede no ser arriesgado evidenciar un cierto acercamiento al iusrealismo de la escuela genovesa. Veamos de qué manera. Se dijo antes que él lamenta en "Il positivismo giuridico rivisitato", no haber profundizado el aspecto ideológico de su iuspositivismo. En ese ensayo, en efecto, comentando un libro de Carnelutti⁹⁵, afirma que "el jurista no conoce normas sino que hace normas, recabándolas por vía interpretativa a partir de signos y entramados de signos que contienen, en la cultura que los emite y que los recibe, significados", y, enseguida, "las normas jurídicas, en conclusión, no son, en la perspectiva del jurista, objetos de un conocimiento jurídico, sino que son productos de una actividad comunicativa y de una recepción activa de la comunicación, en las que el jurista intérprete deviene con sus opciones interpretativas un colaborador y continuador de la producción normativa"⁹⁶. Es en este contexto en el que Scarpelli sostiene que no prosiguió, en *¿QPJ?*, hasta las últimas consecuencias, habiendo concentrado su atención en el examen de la metodología interpretativa, integrativa y reconstructiva del iuspositivismo, a la luz, sí, de un elemento político pero a final de cuentas sin que éste ocupara una posición central. Quien sí tomó este sendero fué Giovanni Tarello, afirma Scarpelli, para reconocer en el iuspositivismo una ideología no solo "en el sentido de proponer, justificar y quizá ocultar (*mascherare*) la opción de una norma fundamental, sino en el sentido de proponer, justificar y quizá ocultar métodos plenos de valores"⁹⁷.

Es aquí, en este nexo entre el iuspositivismo de Scarpelli y las agudas observaciones de Tarello, que quizá se puede observar un acercamiento a

⁹⁴ N. Bobbio, *Intervento*, cit., p. 73 (la traducción de los citas de Bobbio es de quien escribe).

⁹⁵ F. CARNELUTTI, *Discorsi intorno al diritto*, Cedam, Padua, 1953.

⁹⁶ "Il positivismo giuridico rivisitato", cit., p. 110.

⁹⁷ Idem.

una declinación del iusrealismo para la cual el derecho tiene sí su punto de partida en el material jurídico creado por el legislador, pero que de alguna manera incluye además, en ocasiones de manera determinante dadas las características del lenguaje de la ley y la evolución social⁹⁸, las decisiones de los jueces, sobre todo los jueces constitucionales. Un Scarpelli iusrealista, si así se le puede considerar, que es tal porque no subestima el papel que las decisiones de los jueces tienen en la experiencia jurídica; y que, sobre todo, mas no exclusivamente, en las altas cortes se construyen alrededor de bases que van más allá de la ley escrita. En este sentido él no ignora que los principios, y aquí reside una diferencia fundamental en su posición acerca de ellos con las posiciones de Dworkin y de Alexy (los principios conducen a una respuesta correcta, aunque un poco “enmascarada” en la versión racional de este último), que orientan y justifican las decisiones de los jueces se extraen partiendo de la interpretación de disposiciones constitucionales muy vagas, o bien derivan de convicciones subjetivas cercanas al derecho natural o surgen de la cultura, de la costumbre, de la evolución social⁹⁹. El acercamiento de Scarpelli al iusrealismo no le lleva a abrazar la causa de su versión extrema, sobre todo en su declinación interpretativa escéptica, ya que si es inevitable que la jurisdicción asuma un papel central en los procesos de dilucidación del significado prescriptivo del derecho, el derecho jurisprudencial de las altas cortes debe ser orientado de alguna manera por la idea de que la tarea de los jueces, “si no debe, a su vez, constituir una contribución a la fragmentación del mundo, presupone un aparato judicial guiado por la firme autoridad de una corte suprema y sostenido y basado en factores fuertemente unificantes”¹⁰⁰.

Sigue vigente, creo, la convicción de Scarpelli de que el iuspositivismo ideológico, constituye un instrumento metodológico precioso, porque:

“Quienquiera que haya penetrado y asimilado el espíritu de la cultura moderna, compartirá el juicio según el cual la condición primordial y esencial del valor moral y político de una opción, cualquiera que sea su orientación, es la conciencia, la conciencia de las posibles alternativas –mientras que es mala

⁹⁸ U. SCARPELLI (Ibid., p. 112) señala en este sentido el importante libro de N. IRTI, *L'età della decodificazione* (Giuffrè, Milán, 1999) y provocatoriamente sostiene que habría que hablar también de una “età della delegificazione”.

⁹⁹ Cfr. “Il positivismo giuridico rivisitato”, cit., p. 112.

¹⁰⁰ Cfr. “Dalla legge al codice dal codice ai principi”, cit., p. 102. Sobre la postura de Scarpelli acerca del iusrealismo es también útil, de él mismo: “Filosofia e diritto”, en AA. VV., *La cultura filosofica italiana del 1945 al 1980 nelle sue relazioni con altri campi del sapere. Atti del Congresso di Anacapri. Giugno 1981*, Guida Editori, Nápoles, 1982, pp. 173-199.

toda posición que implique el ocultamiento y la desnaturalización de una elección. Y el ocultamiento y la desnaturalización de la elección inherente al positivismo jurídico pueden acarrear consecuencias graves desde el punto moral y político: puede suceder que quienes se comprometen sin saber que realizan una toma de posición, se comprometen aun cuando no se comprometerían si tuvieran conciencia de la alternativa, o mantengan su compromiso aun cuando no lo conservarían si tuvieran conciencia de la alternativa”¹⁰¹.

El iuspositivismo ideológico de Scarpelli¹⁰² es tal no en el sentido de que como teoría termina por ocultar las opciones de valor de los juristas teóricos y prácticos¹⁰³, sino porque, al contrario, contribuye a esclarecer tales operaciones, éstas sí ideológicas en el sentido habitual del término. Y no es, no puede serlo, por eso mismo, muy popular, ya que es más fácil o esconderse en la idea de la respuesta correcta o bien dejar el terreno al escéptico desilusionado¹⁰⁴. Considerar el elemento normativo en cuanto imprescindible en las tareas del jurista nos podría evitar no fingir que describimos cuando en realidad tratamos de prescribir¹⁰⁵. Los principios, cuando no son normas disfrazadas¹⁰⁶, constituyen instrumentos que si no conducen, porque es imposi-

¹⁰¹ Cfr., *¿QPJ?*, cit., pp. 227-228.

¹⁰² Me doy cuenta, perfectamente, de las implicaciones de este modo de referirme al pensamiento de Scarpelli acerca del iuspositivismo, habitualmente llamado simplemente ‘iuspositivismo político’. Creo, sin embargo, que a lo largo de este trabajo se presentan argumentos que si no definitivos, sí pueden ser cuanto menos orientativos hacia esta interpretación de sus ideas, y de su enorme, creo, distancia con el iuspositivismo ideológico moderado de Bobbio, aceptado por éste bajo determinadas condiciones. Un vasto panorama del pensamiento scarpelliano en F. MORALES LUNA, op. cit. Y también P. BORSELLINO, S. SALARDI, M. SAPORITI (a cargo de), *L’eredità di Uberto Scarpelli*, Giappichelli, Turín, 2014; L. GIANFORMAGGIO, M. JORI (a cargo de), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milán, 1997, en particular P. BORSELLINO, “Morale diritto e positivismo giuridico nel pensiero di U. Scarpelli”, pp. 105 ss.

¹⁰³ Bajo el amparo de las teorías de la argumentación, fórmula del peso y la idea del siglogismo judicial. Al respecto C. LUZZATI, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, Giappichelli, Turín, 2016, Cap. IV.

¹⁰⁴ “El escéptico ante las reglas es a veces un absolutista desilusionado”, sostiene HART. Cfr. *El concepto de derecho*, cit., p. 173.

¹⁰⁵ Cfr. M. JORI, “Concezioni del diritto vecchie e nuove. Il positivismo giuridico rivisitato sullo sfondo del neocostituzionalismo”, cit., p. 30.

¹⁰⁶ Aquí la referencia obligada es a Luigi Ferrajoli, quien no niega que existan normas que no son reglas en cuanto no imponen, o no prohíben, perentoriamente un comportamiento: a tales normas él les llama directivas o principios directivo, pero criticando a Alexy sostiene que disposiciones como la que se refiere al principio de igualdad, y en general las que consisten en derechos fundamentales, no son en realidad principios sino reglas, porque en ellas es posible

ble, a decisiones unívocas, de cualquier forma son una guía no indiferente en la jungla en la que se han convertido nuestros sistemas normativos.

ADRIÁN RENTERÍA DÍAZ
Università degli studi dell'Insubria
Facoltà di Giurisprudenza
Via S. Abbondio 9,
22100 Como, Italia
e-mail: adrian.renteriadiaz@uninsubria.it

identificar la conducta que puede constituir su violación. Cfr. "Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy", *Rivista di filosofia del diritto*, núm. 1, 2015, pp. 37-52.

ROBÓTICA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL: RETOS PARA EL DERECHO*

ROBOTICS AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE: OPEN CHALLENGES FOR THE LAW

SILVIA SALARDI

Università degli Studi di Milano-Bicocca

Fecha de recepción: 2-8-18

Fecha de aceptación: 4-2-19

Resumen: El trabajo pretende abordar las cuestiones ético-jurídicas que surgen como consecuencia de los avances en Robótica e Inteligencia Artificial. Se centrará en los desafíos de dichas cuestiones bioéticas a ciertas categorías e instituciones jurídicas, con especial atención a la propuesta de atribución de e-personality (personalidad electrónica) a los robots con capacidades autónomas y de autoaprendizaje. Así, destacará la relación entre la institución de la personalidad jurídica del derecho civil y el concepto de ser humano desarrollado por el constitucionalismo moderno. Además, argumentará que la atribución de personalidad jurídica a los robots requiere un profundo análisis conceptual del significado de los diferentes y entrelazados conceptos jurídicos de persona, autonomía, libertad, responsabilidad e igualdad, así como de los valores que sustentan el sistema jurídico basado en los derechos fundamentales.

Abstract: The paper deals with ethical-legal issues arising from advances in Robotics and Artificial Intelligence. It will investigate the challenges that those bioethical frontier issues pose to legal categories and institutions focusing on the proposal of attributing e-personality to robots with autonomous and self-learning abilities. It will highlight the relation between the legal institution of legal personality in civil law and the meaning and understanding of the concept of person as developed by modern

* Traducción de Alessandro Di Rosa. [Para las citas, en caso de que se haya encontrado la versión española oficial, se han traducido a partir de ella; en aquellos casos en los que dicha versión no se haya encontrado, la traducción es del traductor].

constitutionalism. It will argue that attribution of legal personality to robots requires an in-depth conceptual analysis of the meaning of different intertwined legal concepts like person, autonomy, freedom, responsibility, and equality as well as of the values underpinning the European legal system based on fundamental rights.

Palabras clave: robótica, inteligencia artificial (IA), bioética, bioderecho, personalidad electrónica

Keywords: robotics, Artificial Intelligence, bioethics, biolaw, e-personality

1. INTRODUCCIÓN

Desde que la Bioética hizo su entrada en la reflexión ético-filosófica alrededor de los años setenta del siglo pasado¹, ha ido caracterizándose tanto por su imprescindible relación con el Derecho (Bioderecho)² como por una ampliación del número de las cuestiones a analizar, de ahí que hoy en día es generalizada la distinción entre cuestiones bioéticas “tradicionales”³ y cuestiones “de frontera” (llamadas *frontier issues*). Entre éstas, figuran no solo los avances en el campo de la genética, como el *gene editing*, sino que también tienen particular relevancia, por su centralidad en el acalorado debate institucional a nivel europeo, las cuestiones ético-jurídicas planteadas tanto por

¹ Como es sabido, la bioética como disciplina surge en el contexto estadounidense entre finales de los sesenta y principios de los setenta. El término se difundió gracias a algunos trabajos del biólogo V.R. Potter, entre los cuales: V.R. POTTER, “Bioethics science of survival”, *Biology and Medicine*, 14, 1970, pp. 127-153.

² Véase P. BORSELLINO, *Bioetica tra ‘morali’e diritto*, Raffaello Cortina, II ed., Milano, 2018. La autora define el Bioderecho como “la reflexión crítica sobre los criterios *propriamente* jurídicos de las elecciones y de las prácticas médicas y biogenéticas, considerados y analizados en sus relaciones con criterios disponibles en otros sistemas regulativos de las conductas individuales y sociales”, p. 79. El Bioderecho no es alternativo a la bioética, sino que constituye un elemento esencial de ella, y la prueba de ello es el debate europeo sobre la relación entre análisis empírica y filosofía en bioética: de hecho, el Bioderecho permite encontrar una mediación entre la necesidad de mantener vivo un análisis filosófico-teórico y su posibilidad de llevar a soluciones prácticas y aplicables. Al respecto, con particular referencia al tema del mejoramiento humano, véanse las conclusiones del EPOCH Report summary del proyecto FP7-SIS, disponible en https://cordis.europa.eu/result/rcn/153896_it.html, en la sección Project ID 266660, United Kingdom (último acceso: julio 2018).

³ Entre ellas, las cuestiones de fin de vida, la relación de cuidado y los correlativos institutos del consentimiento informado, disposiciones anticipadas de tratamiento, las temáticas de inicio vida etc.

los desarrollos en el ámbito de la robótica y de la Inteligencia Artificial (IA) como por el mejoramiento humano (*human enhancement*)⁴.

Estos temas “de frontera” son particularmente delicados para el Derecho, en la medida que, por un lado, el propio debate a nivel ético está muy acalorado y es bastante reciente, y por otro lado, los temas desafían el Derecho con respecto al mantenimiento de sus categorías tradicionales. No es novedoso que las cuestiones sensibles desde un punto de vista bioético representan un reto para el Derecho. Desde su nacimiento, la Bioética ha “revelado” la no-fijeza e inalterabilidad de las categorías jurídicas⁵ y, por consiguiente, la necesidad de remodelar, cuando se considere adecuado, las categorías existentes para adaptarlas a nuevas situaciones, o la de crear nuevas categorías, en caso de que las existentes, aun remodeladas, no permitan al Derecho asumir adecuadamente el principal cometido de “calificar comportamientos como obligatorios, prohibidos o permitidos y, por tanto, de atribuir derechos y deberes”⁶.

Con particular referencia al ámbito de la robótica y de la IA, los retos a las categorías jurídicas, así como a los principios inspiradores del sistema jurídico europeo, se derivan de la cuestión no secundaria de la individuación de razonables formas de atribución de responsabilidad por daños producidos a personas o cosas por robots con capacidades autónomas (*autonomous*), de autoaprendizaje (*self-learning*) y por consiguiente cuyas acciones son do-

⁴ Se hace referencia a la utilización de tecnologías de varia naturaleza, tanto de tipo farmacológico como no-farmacológico, como chip, terapia génica, estimulación transcraneal etc. a fines no terapéuticos, sino de mejora o aumento de capacidad existentes o creación de nuevas capacidades, tanto físicas como cognitivas. Véase STOA, *Human Enhancement. Study*, (IP/A/STOA/FWC/2005-28/SC35, 41 & 45), 2009, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/stoa/en/document/IPOL-JOIN_ET\(2009\)417483](http://www.europarl.europa.eu/stoa/en/document/IPOL-JOIN_ET(2009)417483) (último acceso: julio 2018). Aunque el debate sobre el mejoramiento humano está confinado entre un horizonte semántico bastante definido a nivel institucional europeo, sin embargo, se cruza en algunos casos con cuestiones relacionadas con el ámbito de la robótica y de la IA, en particular cuando se utilizan estos avances para mejorar o modificar de manera directa capacidades o habilidades humanas. Pero en este trabajo no se trata este tema, que he analizado en otras ocasiones.

⁵ Véase P. BORSELLINO, *Bioetica tra 'moralì' e diritto*, cit., pp. 82 ss. La autora señala que tanto la noción de capacidad como la de persona han sido cuestionadas a la luz de las posibilidades en campo biomédico por las nuevas tecnologías, que han generado situaciones en las que ya no es obvio utilizar la categoría de la capacidad de obrar o el concepto de persona definido ontológicamente (estados vegetativos, demencias, formas progresivas de pérdida de capacidad natural etc.).

⁶ N. BOBBIO, “Ser y deber ser en la ciencia jurídica”, en Id., *Contribución a la teoría del derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pp. 197-218, p. 206.

tadas de cierto grado de imprevisibilidad (*unpredictable*)⁷. En este trabajo se investiga en particular sobre la cuestión del estatus jurídico a atribuir a los robots definidos según los adjetivos que se han citado⁸ a la luz de la propuesta del Parlamento Europeo de utilizar la categoría de la personalidad jurídica, en su versión de *e-personality* o personalidad electrónica, que sigue siendo objeto de acalorado debate a nivel institucional europeo e internacional.

A tal efecto, se contextualizará la cuestión en el marco del debate que tiene como principales actores las instituciones europeas, para luego abordar más detenidamente –y en perspectiva filosófico-jurídica– el tema de la personalidad jurídica y de su conexión con otras categorías y principios a nivel jurídico, para demostrar la inoportunidad de su aplicación a los robots incluso más avanzados en cuanto a autonomía y autoaprendizaje. El tema en cuestión se abordará dentro del marco más amplio de las relaciones entre ciencia, tecnología y Derecho.

Finalmente, se tratará de mostrar como por detrás de algunas propuestas jurídicas se esconden precisas visiones del hombre, con fundación ontológica y de carácter reduccionista, basadas en una excesiva confianza en el progreso tecnológico, considerado como única y primaria fuente de innovación. El trabajo se concluirá con una breve propuesta para un debate realmente abierto sobre el tema de la difusión de los robots y de la IA en la sociedad europea, dirigiéndose a un espacio de discusión público en el que los presupuestos no parecen todavía haberse realizado: correcta información

⁷ Véase PARLAMENTO EUROPEO, *Normas de derecho civil sobre robótica*. Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103 (INL)).

⁸ Hay que tener en cuenta la grande incertidumbre sobre la definición de robot y sobre ulteriores clasificaciones sobre la base de capacidad y habilidad: véase el Report del Rathenau Institut titulado *Human rights in the robot age*, encargado por el Consejo de Europa, disponible en <https://www.rathenau.nl/en/digital-society/human-rights-robot-age>, (último acceso: julio 2018). Sin embargo, parece consolidarse una distinción entre los llamados *deterministic* y *cognitive robots*. En el primer caso, se trata de máquinas cuyo comportamiento es totalmente determinado por el programa que controla sus acciones y la responsabilidad por las acciones de dichas máquinas es claramente imputable según los medios jurídicos tradicionales de la responsabilidad por los daños causados por productos. En el segundo, las decisiones del robot pueden ser determinadas gracias a previsiones estadísticas y, por lo tanto, hay un azar de imprevisibilidad. En estos casos, el problema de la atribución de responsabilidad no puede fácilmente subsumirse bajo la categoría de la trazabilidad de la concatenación de eventos. Véase World COMMISSION ON THE ETHICS OF SCIENTIFIC KNOWLEDGE AND TECHNOLOGY (COMEST) Unesco, *Report of COMEST on Robotics Ethics*, 2017, disponible en: <http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/comest/robotics-ethics/>, (último acceso: julio 2018).

sobre el estado de la técnica; requisitos mínimos para la admisión en el debate público, es decir, control de la comprensión de la información; posibilidad de expresar una opinión sobre líneas y estrategias de la innovación europea.

2. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS ROBOTS AUTÓNOMOS Y LA IA: UN BREVE EXAMEN DEL ESTADO ACTUAL DEL DEBATE INSTITUCIONAL EUROPEO

En febrero de 2017, el Parlamento Europeo aprobó una resolución que establece recomendaciones a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica⁹. El Parlamento Europeo, de hecho, aspira a la elaboración de una normativa sobre robótica e IA capaz de enfrentarse tanto a las cuestiones éticas como a las jurídicas (*RoboLaw*)¹⁰ planteadas por las nuevas tecnologías. En ese texto, entre las cuestiones abordadas, un rol central es el que se ha atribuido a los retos planteados por las máquinas con capacidades “autónomas” y de “autoaprendizaje”, los cuales, por consiguiente, implican “cierto grado de imprevisibilidad”, en particular en términos de riesgo de daño para el ser humano. El documento recomienda a la Comisión que individúe reglas para la asignación de responsabilidad por daños causados por máquinas dotadas de autonomía y autoaprendizaje en el campo civil, arrancando de la elaboración de una definición compartida de máquinas con las mencionadas características. Las cuestiones abordadas en el documento son varias, y se cruzan con ámbitos disciplinares muy diferentes: por lo tanto, es necesario avisar al lector que la intención de este trabajo no es la de analizarlas, lo que acabaría por alejar de sus finalidades; por lo tanto, se remite a su lectura para profundizar muchos otros aspectos relevantes¹¹.

⁹ Véase PARLAMENTO EUROPEO, *Normas de derecho civil sobre robótica*, cit. El documento había sido adelantado ya en 2015 por un proyecto de relación propuesto por Mady Delvaux. De hecho, hace ya años a nivel europeo se financian proyectos con vistas a encontrar una posible vía para una adecuada regulación jurídica de robots e IA: véase el proyecto *RoboLaw*, financiado en el Programa Cuadro FP7-SIS, Project ID 289092, finalizado en 2014, coordinado por Italia, cuyo *summary* es disponible en https://cordis.europa.eu/result/rcn/161246_en.html (último acceso: julio 2018).

¹⁰ Así el documental sobre el tema de *RoboLaw* en la web del Parlamento Europeo: <http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20170210IPR61808/robots-and-artificial-intelligence-meps-call-for-eu-wide-liability-rules>, (último acceso: julio 2018).

¹¹ Se hace referencia a la cuestión de la protección de datos, al tema del apego emocional de personas frágiles a robots con fines de asistencias, al tema de los vehículos autónomos, etc.

El documento del Parlamento Europeo remite el camino para la regulación de la responsabilidad civil por daños producidos por un robot y por la IA a una categoría jurídica particular: la llamada personalidad electrónica (*e-personality*)¹². En torno a dicha categoría se ha desatado un interesante debate, incentivado por una “carta abierta”¹³ dirigida a la Comisión europea, firmada por más de 150 expertos, investigadores, especialistas de IA y robótica. El texto de la carta hace explícita referencia a la solicitud del Parlamento Europeo de crear un estatuto jurídico para los robots, en particular de utilizar la categoría jurídica de la personalidad, en su versión revisitada de personalidad electrónica. Los signatarios de la carta mantienen que la atribución de un estatuto jurídico de persona a máquinas autónomas no se puede fundar ni en el modelo de persona física ni en el de persona jurídica. En el primer caso, los robots –se mantiene– serían titulares de derechos humanos, lo cual contravendría a los contenidos de la Carta de derechos fundamentales y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. En el segundo, se asumiría que por detrás de la acción del robot hay individuos que lo representan y lo guían, lo cual no sería el caso de los robots con capacidades autónomas y de autoaprendizaje. Finalmente, no podría funcionar tampoco el llamado modelo anglosajón del *Trust*, en la medida que se trata de un modelo complejo que no resolvería la

¹² PARLAMENTO EUROPEO, *Normas de derecho civil sobre robótica*, cit. Al punto 59, “Pide a la Comisión que, cuando realice una evaluación de impacto de su futuro instrumento legislativo, explore, analice y considere las implicaciones de todas las posibles soluciones jurídicas, tales como: [...] f) crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente”. La propuesta es compartida por John Frank Weaver en su libro, donde el autor mantiene que: “Even when AI is not capable of free will, the law should recognize that limited rights and responsibilities are awarded to weak AI in order to protect the actual people who interact with them and, ideally, to put humanity in a better position to benefit from it. How the law should change to recognize AI robots and programs as limited ‘persons’ in this way is the focus of this book”, véase J. F. WEAVER, *Robots are people too. How Siri, Google Car, and Artificial Intelligence Will Force Us to Change Our Laws*, Praeger Pub Text, California, 2014, p. 5.

¹³ El texto integral se puede leer en <http://www.robotics-openletter.eu/>, (último acceso: julio 2018). También la prensa se ha interesado al debate, véase, por ejemplo, el artículo publicado en Panorama titulado *E se l’Europa attribuisse una ‘personalità elettronica’ ai robot?*, por Stefani Medetti, 24 abril 2018, <https://www.panorama.it/economia/europa-valuta-se-attribuire-personalita-elettronica-robot/> (último acceso: julio 2018).

cuestión de la responsabilidad, además de implicar en cualquier caso la presencia de un ser humano responsable para la gestión del robot.

Además de las posiciones expresadas en la carta abierta, hay quien mantiene que la atribución de personalidad jurídica, aun limitada en la forma de la personalidad electrónica, no forma parte de las competencias jurídicas de la Unión Europea y de sus instituciones, sino que es asunto de los Estados miembros¹⁴. Por detrás de dicha objeción está la búsqueda de una respuesta a la cuestión sobre el organismo más adecuado para resolver el problema de la personalidad jurídica de los robots: es decir, afirmar que la Unión Europea no es competente para decidir no implica afirmar que ninguna otra institución lo sea. Por lo que tiene que ver con la competencia, todavía cabe la posibilidad de una utilización del modelo de la personalidad jurídica: basta con individuar el sujeto competente, por ejemplo el Estado, a la atribución de dicha cualificación jurídica.

Ni en la respuesta oficial de la Comisión europea a la Resolución del Parlamento Europeo emitida en junio de 2017¹⁵, ni en las medidas presentadas por la propia Comisión en abril de 2018 “encaminadas a poner la inteligencia artificial (IA) al servicio de los ciudadanos europeos e impulsar la competitividad de Europa en este campo”¹⁶, hay alguna referencia al tema de la personalidad electrónica. No se ha tomado posición ni en contra ni a favor, y tampoco se ha comunicado la intención de tomar tiempo y considerarla en el futuro. Las motivaciones de tal silencio son quizás implícitamente deducibles del hecho de que la Comisión parece confiar mucho en el marco jurídico existente sobre responsabilidad civil, el cual, aun con ajustes y modificaciones, parece ofrecer sugerencias útiles a la resolución de problemas planteados por las tecnologías digitales emergentes. Las consideraciones en

¹⁴ Es lo que mantiene Thomas Burri, véase T. BURRI, *The EU is right to refuse legal personality for Artificial Intelligence*, 2018, disponible en <https://www.euractiv.com/section/digital/opinion/the-eu-is-right-to-refuse-legal-personality-for-artificial-intelligence/> (último acceso: julio 2018). Véase también L. AZOULAI, S. BARBOU DES PLACES, E. PATAUT, “Being a Person in the European Union”, en *Constructing the Person in EU Law. Rights, Roles, Identities*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2016, pp. 3-11, donde se aclara que “Personhood lies beyond the traditional reach of EU law. EU law has a regulative and not a constitutive role [...]. It is not meant to constitute its own legal subjects” p. 9.

¹⁵ Disponible en <https://www.eu-nited.net/robotics/news-events/robotics-news/european-commissions-response-to-the-european-parliaments-resolution-on-civil-law-rules-on-robotics.html> (último acceso: julio 2018).

¹⁶ Disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3362_es.htm (último acceso: julio 2018).

esta dirección se plantean de manera bastante clara en el documento *Liability for emerging digital technologies* de abril de 2018¹⁷.

Sin embargo, este trabajo no se propone analizar las intenciones tácitas de la Comisión europea sobre el tema. Como ya se ha adelantado en la introducción, la intención es la de avanzar consideraciones filosófico-jurídicas sobre los retos a las categorías jurídicas de las nuevas tecnologías. Para dicha reflexión, es preciso enmarcar, en términos generales, la compleja relación entre ciencia, tecnología y Derecho, lo cual es el objetivo del párrafo siguiente.

3. CIENCIA, TECNOLOGÍA Y DERECHO: UNA RELACIÓN CONTROVERTIDA, PERO IRRENUNCIABLE

El debate en torno al posible estatuto jurídico de máquinas con capacidades autónomas, de autoaprendizaje y, por lo tanto, dotadas de cierto margen de imprevisibilidad en las acciones pone de relieve dos aparentes “debilidades” del Derecho, que siempre han sido objeto de acaloradas discusiones: su dificultad a seguir el ritmo de los avances científicos y tecnológicos, así como la supuesta fijeza de sus categorías, dadas una vez por todas y capaces de resolver toda situación. De estas dos premisas, se derivaría la imposibilidad para el Derecho de proporcionar soluciones normativas adecuadas para guiar la innovación científica y tecnológica. Estas “debilidades” del Derecho se plantean de manera constante en la reflexión en torno a la relación entre ciencia y Derecho¹⁸, que hoy podemos replantear como reflexión en torno a

¹⁷ Commission Staff Working Document, 25 abril 2018, *Liability for emerging digital technologies. Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Artificial intelligence for Europe* [COM(2018) 237 final], disponible en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/european-commission-staff-working-document-liability-emerging-digital-technologies> (último acceso: julio 2018).

¹⁸ Mario Calderoni señala que “Dos han sido siempre las vías por las que el hombre intentó aumentar su conocimiento: a veces en posición introspectiva, sacando desde las profundidades de su propia mente y desde la contemplación de las ideas la mayor parte del conocimiento; a veces al contrario concentrando la mirada atenta al desarrollarse de los hechos en el mundo real, registrándolos con observaciones pacientes y con comparaciones, para reducirlos a fórmulas [...]. Estas dos tendencias siempre se han repartido el campo del pensamiento filosófico [...] pero ha habido épocas en las que pareció que la una o la otra tomara el control”, véase M. CALDERONI, “I postulati della scienza positiva ed il diritto penale”, en *Scritti di Mario Calderoni*, vol. 1, Società Anon. Editrice ‘La Voce’, Firenze, 1924.

la relación entre el “tiempo de los derechos”¹⁹ y el tiempo de la tecnología y la ciencia. Tal y como se decía, el problema de la individuación de condiciones cuya presencia permite hablar de relación entre ciencia y Derecho se remonta hace tiempo; pero en la Edad Moderna, entre ciencia y Derecho también se pone la tecnología, entendida aquí como el conjunto de los aspectos técnicos del conocimiento científico aplicado de manera concreta a distintas áreas de la vida humana. De hecho, en algunos casos se habla casi solo de innovaciones tecnológicas no directamente relacionadas con avances científicos, en la medida que “la llegada de la investigación digital, en donde todo se transforma en datos numéricos, lleva a la capacidad de estudiar el mundo según nuevos paradigmas gnoseológicos: lo que importa es solo la correlación entre dos cantidades de datos y ya no una teoría coherente capaz de explicar dicha correlación. En efecto, hoy en día asistimos a desarrollos tecnológicos (capacidad de hacer) que no se corresponden con ningún desarrollo científico (capacidad de conocer y explicar)”.²⁰

El problema de la relación entre ciencia, tecnología y Derecho se refiere a la individuación de formas adecuadas de balance entre los intereses a la investigación científica y tecnológica libre y los de individuos y sociedades a que dicha libertad no dañe sus intereses, derechos y libertades fundamentales. En la búsqueda de dicho balance, dos cuestiones especulares guían la reflexión teórica a nivel institucional europeo: ¿es el Derecho el que tiene que “dar forma” (*shape*) a las tecnologías o son estas las que “modelan” al Derecho?²¹

Por detrás de estas cuestiones, interesantes por la sencillez con las que son formuladas, se esconden en realidad cuestiones teóricas muy complejas que aquí solo se pueden mencionar: ante todo, la autonomía de la ciencia en la construcción del conocimiento científico basada en el método riguroso de control intersubjetivo que permite determinar el grado de veracidad de los resultados obtenidos. El elemento central del método científico es justo su rigor, determinado por la coherencia de las proposiciones del sistema

¹⁹ Se toma la expresión del título de la obra de N. BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, traducción de Rafael de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991.

²⁰ P. BENANTI, *The Cyborg: Corpo e Corporeità nell'Epoca del Post-Umano*, Cittadella Editrice, Assisi, 2012, pp. 47-48.

²¹ Véanse dos trabajos de la Scientific Foresight Unit (STOA), autor Mihalis Kritikos, titulados: *What if law shaped technologies?* y *What if technologies shaped the law?* 2018, disponibles en: [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_ATA\(2018\)614572](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_ATA(2018)614572); [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_ATA\(2018\)614567](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_ATA(2018)614567) (último acceso: julio 2018).

científico, lo cual garantiza que la ciencia sea un ámbito del conocimiento en el que hay el menor riesgo posible de malentendidos. En este sentido, no hay cuestiones prejudiciales de naturaleza ética que puedan interferir en la construcción del conocimiento científico, y es en este sentido que es correcto afirmar que la ciencia vive de vida autónoma. Sin embargo, la cuestión de la autonomía no debe interpretarse erróneamente, en la medida que la decisión sobre los fines a los que destinar la utilización de las conversiones en el plano técnico requiere la necesaria referencia a valores éticos y la posibilidad de su realización. Entonces, a la hora de elaborar una regulación jurídica sobre las aplicaciones científicas no es la ciencia como “universo cultural autónomo justificado plenamente por sus valores internos de verdad”²² la que se pone en entredicho, sino los fines y los valores a los que inspirar la utilización práctica de sus aplicaciones.

Estas consideraciones son preliminares a la comprensión de la influencia de la ciencia y de la tecnología sobre los sistemas normativos como el Derecho.

Ciencia y tecnología, ampliando a través de los aspectos técnicos los ámbitos de lo que es posible hacer, abren opciones inesperadas e/o inesperables hasta cierto momento histórico, las cuales plantean problemas éticos (*licere*) y no solo de viabilidad técnica (*posse*).

Basta con pensar que “leer el libro de la vida”²³ ha cambiado no solo la relación con la salud y la enfermedad, sino también “las cosas en las que creemos poder esperar y los fines a los que aspiramos”²⁴.

Los descubrimientos genéticos han obligado el Derecho a crear nuevos derechos con cobertura jurídica, como el derecho del individuo a no conocer sus datos genéticos y el derecho a no ser discriminado por su patrimonio genético. Los nuevos escenarios planteados por los descubrimientos científicos y tecnológicos modifican de manera indirecta, pero profunda, los criterios que orientan los comportamientos humanos.

Aceptar la posibilidad de valoraciones políticas, morales o jurídicas de lo que la ciencia y la tecnología facilitan no significa poner en entredicho el

²² U. SCARPELLI, “La ‘grande divisione’ e la filosofia della politica”, en Id., *L’Etica senza Verità*, Il Mulino, Bologna, 1982, 115-139, p. 122.

²³ L. KAY, *Who wrote the book of life? A history of the genetic code*, Stanford University Press, Stanford, 2000.

²⁴ N. ROSE, *The Politics of Life Itself. Biomedicine, Power, and Subjectivity in the Twenty-First Century*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2007, p. 25.

contexto de control interno a la ciencia que tiende a realizar el ideal de la intersubjetividad. En cambio, significa valorar las “utilizaciones de las ciencias en sus conversiones técnicas”²⁵, en la medida que estas no son determinadas por objetividad, sino que dependen de preferencias e iniciativas fundadas en valores morales, políticos y jurídicos. Apuntar esta cuestión es importante en relación con los avances en robótica e IA, especialmente en la elección de atribuir un estatuto jurídico a las máquinas, en la medida que dicha operación implica decisiones no meramente técnicas, sino destinadas a incidir *de manera performativa* sobre la realidad y sobre la manera en que los seres humanos consideran a si mismos y su relación con los demás.

Al salir del perímetro del riguroso método de control interno al proceso científico, se entra en el campo de la innovación, en relación con la cual, como veremos más adelante, no hay buenas razones para sustraerla a valoraciones políticas, morales y jurídicas.

Hablando de ‘innovación’, el término que mejor resume los progresos en el marco de la robótica y de la IA es ‘innovación tecnológica’. Si bien en el lenguaje común ‘progreso’ e ‘innovación’ tienden a ser utilizados como sinónimos, en realidad no lo son. El primero, ‘progreso’, indica un avance o evolución gradual y continua, y es propio del ámbito científico y tecnológico, pero es menos adecuado para definir el ámbito de la moral y del Derecho, en donde avanzar hacia estándares más virtuosos de comportamiento no es un proceso lineal y constante. A la moral y al Derecho mejor se adecúan expresiones como ‘mejoramiento de los estándares de comportamiento’. El segundo, ‘innovación’, por el contrario, no se aplica solo a las invenciones tecnológicas, si bien en el lenguaje común el término progreso e innovación tecnológica se utilizan a menudo de manera intercambiable. Pero innovación es un término que no incluye solo la mejora de las condiciones de vida a través del progreso tecnológico, sino que indica el conjunto de aquellas modalidades de mejoramiento del bienestar de la humanidad²⁶ de las que el progreso tecnológico es uno de los factores –sin duda principales– pero no el único. Las iniciativas que pueden contribuir a la innovación son tanto de carácter tecnológico como social, cultural, económico etc. Hoy en día, cuando

²⁵ U. SCARPELLI, “La ‘grande divisione’ e la filosofia della politica”, cit.

²⁶ Véase A. STIRLING, “Driving forces in emerging technologies: issues of social justice and democracy in innovation governance”, en *Emerging Technologies and Human Rights*, Proceedings Council of Europe, 2015 p. 10, disponible en [https://www.coe.int/en/web/bioethics/international-conference-on-emerging-technologies-and-human-rights#%2228741880%22:\[0\]](https://www.coe.int/en/web/bioethics/international-conference-on-emerging-technologies-and-human-rights#%2228741880%22:[0]) (último acceso: julio 2018).

se habla de la relación entre ciencia y Derecho, o, mejor dicho, entre ciencia, tecnología y Derecho, no se hace referencia solo, como antes, a la relación controvertida entre disciplinas con métodos y fines diferentes, tema sobre el cual se ha escrito mucho en términos de exclusión recíproca o, al contrario, posibilidades de diálogo²⁷. Este aspecto sigue siendo importante en el fondo de la discusión, pero la relación entre ciencia, tecnología y Derecho se puede entender mejor con referencia al mencionado concepto de innovación. Decir que la innovación tecnológica requiere una intervención para ser regulada significa no solo expresarse en el plano procedimental, sino también tomar posición, a través del Derecho, a favor de estrategias políticas que incidan en las direcciones de la innovación, salvaguardando (o no) la diversidad de los caminos viables, la pluralidad de las perspectivas. En pocas palabras, significa establecer reglas que decidan las prioridades del proceso innovador a la luz de valores. Por lo tanto, individuar la vía jurídica adecuada para guiar la innovación tecnológica hacia la sostenibilidad ética, social y cultural supone no solo individuar métodos y procedimientos jurídicos más adecuados a resolver los problemas concretos que pueden surgir con los productos tecnológicos. Al contrario, implica mucho más. Significa elegir, entre los modelos de Derecho, el que más cumple la capacidad de equilibrar visiones y valores prevalentes en una determinada sociedad²⁸. En este sentido, a través del Derecho se puede decidir cuál innovación incentivar, superando la reducción del concepto de innovación a la meramente tecnológica, a través de un uso *performativo* del Derecho, es decir, de su capacidad para influir en las conductas individuales y sociales, elevando los estándares comportamentales. Decir que el tiempo de la ciencia y la tecnología se encuentra con “el tiempo de los derechos” significa enfrentarse al tema de las repercusiones de aquellas sobre estos, en términos de influencia indirecta sobre los comportamientos humanos a través la ampliación de las opciones disponibles, es decir, de elección entre estas opciones. Pero también –y sobre todo– significa confrontarse con las elecciones relacionadas con las formas de innovación y con la prioridad que se quiere dar a cada una, a través de un juicio no solo

²⁷ Se trata de la *vexata quaestio* de la contradicción irresoluble entre resultados de la ciencia y postulados del Derecho: determinación causal c. libertad.

²⁸ Hace ya tiempo, tres enfoques jurídicos sobre desarrollo tecnológico son objeto de investigación: los llamados *advisory*, *adaptive* y *anticipatory*. Para un análisis de ellos, véase H. ARMSTRONG, J. RAE, *A working model for anticipatory regulation*, 2017, disponible en <https://www.nesta.org.uk/report/a-working-model-for-anticipatory-regulation-a-working-paper/>, (último acceso: julio 2018).

económico, sino más bien relativo a valores y principios que se quiere seguir promoviendo: autonomía de los individuos, salud, igualdad, dignidad etc.

En el actual tiempo de los derechos, un hecho jurídico innegable es la emancipación del concepto de igualdad de referentes ontológicos-descriptivos²⁹ y su afirmación como igual libertad en los derechos³⁰. Esta manera de entender la igualdad jurídica también afecta al concepto de persona. La persona ya no es el individuo en sentido biológico, puesto que las diferencias biológicas no importan en la definición jurídica de quién es persona y quiénes son iguales en derechos. Persona en sentido jurídico es la que como todas las demás goza de igual tratamiento en la medida que sus diferencias como individuo no cuentan en la repartición de beneficios, dado que dichas diferencias no deben tener relevancia como fuente de discriminación³¹. El proceso de “constitucionalización de la persona”³², comenzado con las constituciones de posguerra y continuado con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, subraya esta relación entre igualdad entre las personas y valoración de las diferencias individuales en la importancia asignada a la libre construcción de la personalidad y la identidad. Como subraya Stefano Rodotà: “Podría decirse que se pasa de la consideración kelseniana del sujeto como ‘unidad personificada de normas’, de la persona física resuelta en ‘unidad de deberes y de derechos’, a la persona como vía para la recuperación integral de la individualidad y para la identificación de los valores fundadores del sistema, esto es, de una noción que predicaba indiferencia y neutralidad a otra que exige atención por la manera con que el derecho entra en la vida y lo hace mediante un diferenciado conjunto de criterios de referencia”³³.

Si extendemos estas consideraciones al Derecho de la Unión Europea, nos damos cuenta de que, si bien el Derecho de la Unión no atribuye personalidad

²⁹ Véase N. BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, cit.

³⁰ Véase L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011. Véase también D. THYM, “Ambiguities of Personhood, Citizenship, Migration and Fundamental Rights in EU Law”, EN. LAZOULAI, S. BAILBOU DES PLACES, E. PATAUT (eds.), *Constructing the person in EU Law*, cit., pp. 111-131, p. 111. El autor subraya que: “Historically, not all human beings were considered equal persons before the law, although most jurisdictions in Europe moved towards the principled recognition of legal personality, within domestic legal orders at least, during the nineteenth century”.

³¹ Véase L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit.

³² S. RODOTÀ, *El derecho a tener derechos*, traducción de José Manuel Revuelta, Trotta, Madrid, p. 146.

³³ S. RODOTÀ, *El derecho a tener derechos*, cit., p. 146.

jurídica (*personhood*), se ocupa de elaborar “*statuses*”³⁴, es decir, instrumentos que permiten a los individuos ejercer sus derechos. Siguiendo esta lectura, los “*statuses*” representan “an ‘*underlying idea*’ of what it means to be a citizen, a student or a child in relation to others within society. Such idea informs the legal regimes of these individuals. It creates identities carrying with them ideas about modes of being-in-society. This involves the production of axiological assessments on what it means to live a life of dignity in Europe and a decent life within society. As a result, values are entered in EU law’s discourse”³⁵. En la elaboración de estos diversos “*statuses*”, el Derecho de la Unión contribuye, junto con el sistema de protección del Consejo de Europa, a consolidar la noción de persona en sentido jurídico como exclusivamente relacionada, en última instancia, a comportamientos y actos realizados por seres humanos. La evolución del concepto de persona a nivel constitucional subraya la tensión entre las dos concepciones existentes en la doctrina jurídica sobre personalidad: la concepción firmemente técnica de ‘persona’ en sentido kelseniano, y la opuesta, dirigida a construir la persona sobre rasgos naturales en sentido iusnaturalista. Este conflicto no del todo resuelto se representa con referencia al debate sobre robot e IA. La atribución de *status personae* a las máquinas en el Derecho Civil es una operación que no puede ser separada de la cuestión más amplia de la persona en el sistema jurídico constitucional.

Hay que tener en cuenta esta realidad jurídica en todo campo de intervención del Derecho, desde el civil hasta el penal. Si la definición de persona, tal y como se desprende de los valores del constitucionalismo contemporáneo, se considera no solo aceptable, sino también merecedora de ser mantenida como instrumento de distinción entre seres humanos y máquinas, habrá consenso sobre la necesidad de elaborar categorías diversas para estos. Por el contrario, si el modelo de Derecho fundado en la dignidad y libertad de la persona humana ya no resulta compatible, no habrá que operar a través de la deformación de sus categorías, sino a través de un honesto cuestionamiento del sistema de derechos fundamentales y del concepto “constitucional” de persona. Solo así podrán establecerse nuevas reglas más adaptas a nuevos valores explícitamente expresados a través de nuevas categorías jurídicas.

Pero ¿por qué el modelo de personalidad jurídica ha llamado tanto la atención en relación con los robots? ¿Cuáles categorías más pone en juego?

³⁴ Véase L. AZOULAI, S. BARBOU DES PLACES, E. PATAUT, *Being a Person in the European Union*, cit., p. 10.

³⁵ *Ibid.*, p. 10.

¿Y con qué consecuencias? En los apartados siguientes, sin pretensión de exhaustividad, se tratará de individuar los puntos centrales del desafío que las tecnologías emergentes y “morales” presentan para el Derecho.

3.1. Robots e IA: ¿un reto para las categorías jurídicas y el Derecho en su conjunto?

Según se ha señalado con anterioridad, la reflexión bioética desde sus orígenes ha contribuido a mostrar límites y desafíos de categorías jurídicas que tienen una historia incluso muy antigua. Por ejemplo, con referencia a la capacidad de obrar, es desde la bioética que se ha cuestionado la rígida oposición entre capacidad e incapacidad, tras la problematización ética de aquellas condiciones de incapacidad debidas a condiciones patológicas, como el estado vegetativo, consecuencias no previstas de los aciertos tecnológicos. Aceptando el desafío, el Derecho ha creado nuevas instituciones jurídicas. Piénsese por ejemplo en la *'amministrazione di sostegno'* en el contexto italiano³⁶. Sin embargo, entre las cuestiones “tradicionales” y las “de frontera” analizadas hasta ahora, hay algunas importantes diferencias que hay que tener presentes. A diferencia de las cuestiones bioéticas “tradicionales”, que requerían una adaptación de categorías e instituciones jurídicas pero en relación con seres humanos o niños no nacidos –por ejemplo la *vexata quaestio* de la personalidad del embrión planteada por la introducción de la reproducción médicamente asistida–, las cuestiones bioéticas “de frontera” y, en particular, las relacionadas con la robótica y la IA, requieren una adaptación de categorías jurídicas en relación con “entidades” no humanas, pero creadas por el hombre. El desafío, entonces, no se pone solo para algunas categorías o instituciones jurídicas, sino posiblemente para todo el Derecho en su conjunto, en la medida que el sistema de derechos fundamentales surge como sistema de tutela y protección de seres humanos más débiles contra la tiranía de seres humanos más fuertes, ya sean mayorías o minorías. Manteniendo

³⁶ Institución introducida por la Ley 6 de 2004, que ha modificado el código civil italiano, cuya finalidad es la de proteger, con la menor limitación posible a la capacidad de obrar, las personas privas del todo o parcialmente de autonomía en el desempeño de las actividades de la vida cotidiana, a través de intervenciones de apoyo temporáneo o permanente. La persona a la que, como resultado de una enfermedad o una discapacidad física o psíquica, le resulta imposible –incluso parcial o temporáneamente– atender a sus propias necesidades, puede contar con la asistencia de un *amministratore di sostegno*, nombrado por el tribunal tutelar del lugar donde ella tiene su residencia o hogar.

la tesis por la que se pueden atribuir algunos derechos y deberes limitados a los robots, como sería el caso si se siguiera la vía indicada por la Resolución del Parlamento Europeo y por sus partidarios, se sientan las bases para modificar en futuro a los sujetos de Derecho, pidiendo la extensión de derechos y deberes en el supuesto de que el sistema jurídico, tal y como actualmente configurado, permite dicha operación sin deformaciones excesivas.

El problema no es solo el de una deformación a través de una adaptación forzada de categorías en su aplicación procedimental y técnica, sino también el de un cuestionamiento subrepticio de los asuntos axiológicos a la base de dichas categorías.

3.2. El problema de la no neutralidad del sentido de ‘personalidad jurídica’

La propuesta de utilizar el esquema calificativo de la personalidad jurídica para repartir responsabilidad por daños de robots e IA ha surgido en el marco de una cultura científica y tecnológica fuertemente condicionada por una forma específica de mirar a los robots y a la IA, que se ha difundido a nivel sociocultural por los medios de comunicación³⁷, por la literatura y la cinematografía³⁸. Los robots, especialmente los avanzados con capacidades autónomas y de autoaprendizaje, incluso a veces con apariencia humanoide, hace tiempo que son presentados al gran público utilizando una terminología que suele describir actividades o acciones de seres humanos y no de productos o, en su caso, de animales³⁹. Esta manera de tratar los robots y relacionarse con ellos, en particular si humanoides, no es nueva, sino que

³⁷ En 1982, el *Time* titulaba *Machine of the Year. The Computer moves in*, y al describir el producto no se utilizaba el pronombre ‘it’, sino ‘he’, identificando de esta manera al ordenador con el sujeto humano, además de que adjetivos y modalidades descriptivas dejaban entender que se trataba de un verdadero ser humano: “He is young, reliable, quiet, clean and intelligent. He is good with numbers and will teach or entertain the children without a word of complaint”.

³⁸ UNESCO, *Report of COMEST on Robotics Ethics*, cit.

³⁹ Se remonta a hace algunos meses la noticia titulada *Despedido el primer robot de la historia*, véase https://www.huffingtonpost.it/2018/01/22/licenziato-il-primorobot-della-storia_a_23340186/ (último acceso: julio 2018).

⁴⁰ También hay iniciativas en las que se define a los robots ‘amigos’, por ejemplo AmigoRobot <http://amicorobot.net/>; se habla de robot ayudante, robot cuidador, ‘Erica’ se ha definido ‘el robot más humano del mundo’, <https://www.internazionale.it/video/2017/10/16/erica-robot-umano-mondo> (último acceso: julio 2018).

ha ido de la mano con la creación de estos productos y se ha consolidado en el marco de una visión *posthumana* de la historia y de la antropología humana. En este marco, atribuir personalidad jurídica a los robots parece, entonces, casi obligatorio. De hecho, en esta perspectiva, los robots no son comparables con los animales, pero tampoco con otros productos del intelecto humano, son creaturas con características parecidas a las del hombre como autonomía y autoaprendizaje. A nivel jurídico, por lo tanto, la personalidad jurídica parece la categoría que mejor responde a las exigencias de atribución de personalidad, sobre todo si la personalidad jurídica se entiende en sentido técnico. Sin embargo, siguiendo la interpretación más técnica de ese concepto, es obligado considerarlo dentro del sistema en el que opera, es decir, no desconectado de relaciones con otros conceptos a los que se les llama a intervenir cuando se habla de personalidad jurídica. Se trata de los conceptos de autonomía, libertad y responsabilidad. La historia jurídica de estas nociones es muy antigua, no lineal desde el punto de vista semántico, y por eso las operaciones necesarias a individuar sus sentidos son primariamente definitorias. Las definiciones de esos conceptos no pueden ser meramente lexicales, sino que requieren una limitación de su sentido a través de la individuación de aquellas normas morales o jurídicas que califican los actos referidos como autónomos, libres, responsables etc. La Filosofía del Derecho analítica ha puesto de relieve que estos conceptos se utilizan “cuando ciertos hechos recaen bajo ciertas normas”⁴⁰. En otras palabras, estos conceptos son “conclusiones normativas”, es decir, forma parte de su significado una comparación entre norma jurídica o moral y un hecho real o hipotético⁴¹.

Como se verá más adelante, cada uno de estos conceptos se presta, por su intrínseca ambigüedad y vaguedad, a una utilización ideológica y persuasiva. Con referencia al concepto de persona, su significado jurídico, aun pudiendo considerarse definible en vista de la redefinición kelseniana, según la cual el concepto de persona requiere cierta disciplina jurídica, es decir, cierto trato normativo de hechos o comportamientos, no puede sin embargo reducirse solo a dicha redefinición formal. Como se ha observado con anterioridad, el proceso de “constitucionalización de la persona” obliga a considerar también la valoración axiológica que a través de dicho concepto se

⁴⁰ U. SCARPELLI, “La definizione dei concetti impiegati nel linguaggio normativo”, en A. PINTORE (ed.), *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*. Giuffrè, Milano, 1985, pp. 133- 221, *ibid.* p. 189.

⁴¹ Véase A. PINTORE, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Jovene, Napoli, 1990.

opera hacia todos los seres humanos. Tener en cuenta dicha dimensión sustancial del significado jurídico de persona no implica necesariamente apoyar la tesis iusnaturalista de la persona como sujeto que preexiste al Derecho, que le debe necesariamente reconocer ciertos derechos naturales. Considerar junto a la definición formal de persona también los aspectos sustanciales y axiológicos del proceso de constitucionalización permite subrayar juicios de valor que han acompañado la definición moderna de persona. Como subraya Luigi Ferrajoli: “el principio del igualdad *en droits* ha permitido fundar el concepto moderno de ‘persona’, en el sentido de que dicho principio, por un lado, ha suprimido todas las anteriores diferencias de estatus vinculadas a la identidad personal [...] y, por otro lado, ha extendido normativamente el *status personae* a todos los seres humanos como presupuesto universalista de la titularidad, por parte de todos ellos, de iguales derechos fundamentales llamados por eso “de la persona”⁴².

Por último, abordar el tema de la personalidad jurídica de las máquinas autónomas y capaces de autoaprendizaje pone en juego cuestiones de valores de fondo que no pueden dejarse de lado en esta fase preliminar del debate institucional. Con respecto a la categoría jurídica de la persona de cuyo *status personae* se habla, a pesar de que se pueda compartir la opinión que en su definición formal es un estatus producido “por un acto como presupuesto de la posibilidad de ser autores de actos o titulares de situaciones, dichas tesis resultan verdaderas para cualquier ordenamiento, sea cual sea el criterio de distribución de la personalidad y de las capacidades y derechos que se conectan a ella”⁴³, cuando se pide la extensión a máquinas producidas por el hombre no se puede mantener esta definición formal. No se puede ignorar el hecho de que por detrás de las elecciones sobre el momento a partir del cual un ser humano se convierte en persona, como por ejemplo en el sistema jurídico italiano el nacimiento, hay elecciones de valor. La consecuencia de dichas elecciones es la graduación en la protección que el Derecho asegura a sujetos como el embrión. Por lo tanto, si esto es verdad, se puede decir que por detrás de la propuesta de atribuir personalidad electrónica a los robots está el reflejo de visiones del hombre y de valores que se investigarán a continuación. Lo que se puede adelantar es que la atribución de personalidad electrónica no es neutral, como podría parecer a una mirada superficial de la cuestión. Ella oculta la opción moral de equiparación o semi-equiparación

⁴² L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., tomo I, p. 332.

⁴³ Ibid.

entre máquinas y seres humanos. Precisamente por esta razón, hay que examinar con detenimiento las consecuencias de dicha atribución a través de una reflexión sobre lo que significan para el hombre autonomía y libertad: dos conceptos íntimamente relacionados con el de persona.

Esto resultará útil para entender las razones subyacentes a la *Open Letter* a la Comisión Europea citada con anterioridad, que de lo contrario podría inducir a confusión. Pero sigamos con orden y consideremos las nociones llamadas en juego con la decisión de atribuir ‘personalidad electrónica’ a los robots más desarrollados.

3.2.1. Autonomía y libertad

La decisión de utilizar la categoría de la personalidad electrónica se deriva de la consideración que los robots y las diversas formas de IA tendrían márgenes de autonomía en la acción que los hacen parecidos a los seres humanos y ya no vinculados a los confines del objeto-producto. Por detrás de esta elección está una visión muy antropomorfizada de las máquinas, de la que quizás el gran público no es del todo consciente. Exigir el reconocimiento del estatus jurídico de persona de productos del intelecto humano supone que ya se haya resuelto la cuestión ético-filosófica de la autonomía de los seres humanos. Para no entrar demasiado en los detalles de un debate antiguo como el hombre, que merecería más espacio, es mejor restringir el sentido de autonomía que entra en juego en el debate sobre los robots autónomos. La autonomía de la que se habla es la “libertad para”, es decir, no la ausencia de vínculos, constreñimientos o impedimentos físicos o psíquicos, sino la capacidad o el poder para hacer algo. En este sentido de “libertad para”, la autonomía se expresa en la posibilidad de elegir entre el hacer y el no hacer, asumiéndose la responsabilidad de la decisión. Esta autonomía incluye no solo la libertad de acción, es decir, del comportamiento físico que realiza un objetivo, sino también la libertad de elección, es decir, la deliberación mental que permite elegir el objetivo. Está claro que no siempre la libertad de acción coincide con la libertad de elección⁴⁴. Sin embargo, el sentido profundo de autonomía reconocido a la persona en el contexto jurídico europeo no admi-

⁴⁴ Como es sabido, Alf Ross ha analizado detenidamente las condiciones de la acción que sirven para explicar qué quiere decir que X habría podido actuar de manera diferente. Él individúa tres grupos de condiciones: constitucionales, ocasionales y motivacionales. Para que un sujeto pueda considerarse responsable de una acción, debe tener capacidad, ocasión y motivo para realizar el acto: véase A. ROSS, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, University

te la interferencia de una moral heterónoma que guíe las acciones individuales, es decir, una moral no elegida por el propio sujeto. Por consiguiente, la libertad de elección, con la que puede coincidir o no una libertad de acción, se reconoce a todo ser humano en los varios ámbitos en los que se expresa su personalidad, y esto también en el Derecho penal, donde la plena responsabilidad es reconocida en virtud de la libertad de actuar o no contra el sistema, conociendo con antelación las consecuencias a las que nos enfrentamos con nuestras decisiones⁴⁵. Por lo tanto, la libertad de elección, a la que puede coincidir una libertad de acción, es reconocida a todo ser humano en los varios ámbitos en los que se expresa su personalidad, y también en el Derecho penal, donde se reconoce plena responsabilidad en virtud de la libertad de acción o no acción contra el sistema, conociendo con antelación las consecuencias a las que se enfrenta el sujeto con sus decisiones. La autonomía de una persona, estrechamente vinculada con las opciones de elección, se expresa no solo en la posibilidad de realizar acciones a partir de meras preferencias de conveniencia o de oportunidad, sino también en la de tomar decisiones sobre la base de valores cuya definición se remite a los individuos, en particular cuando entra en juego el '*making life plans*'.

Making life plans no ha de ser entendido solo como hacer elecciones emotivamente orientadas, a partir de sensaciones. *Making life plans* implica asumir obligaciones y responsabilidades sobre la base de actitudes crítico-reflexivas "frente a ciertos modelos de comportamiento en tanto que pautas o criterios de conducta comunes"⁴⁶. Las elecciones autodeterminadas en este sentido, entonces, son el resultado de procesos deliberativos muy comple-

of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1975, p. 161 (versión original *Skyld, ansvar og straf*, Berlingske Forlag, Kobenhavn 1970).

⁴⁵ Herbert Hart ha hablado de Derecho como *choosing system*. En esta perspectiva, el Derecho se compromete a garantizar la posibilidad de prever las consecuencias jurídicas de los comportamientos propios y de otros, atribuyéndole al individuo la capacidad de elegir si violar o menos las normas que le protegen a él y a la colectividad. La idea de *choosing system* es muy relevante en el Derecho penal, en donde la responsabilidad personal en sentido estricto (en relación con la culpabilidad, según la cual ningún hecho o comportamiento humano tiene el valor de una acción si no es el resultado de una elección; ni puede sancionarse si no es intencional, es decir, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz en el pleno uso de sus facultades mentales), representa uno de los principios fundamentales para su conservación. Véase H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1968.

⁴⁶ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 72.

jos, de los que ni siquiera el agente, en ocasiones, se da cuenta, que pueden desembocar en acciones no necesariamente correspondientes a las que están socialmente aceptadas.

Hablar de autonomía de los robots más desarrollados, que a través de la capacidad de autoaprendizaje tienen capacidad para tomar decisiones no determinadas por instrucciones proporcionadas por su inventor, ¿es hablar de libertad de elección en los sentidos hasta aquí analizados? ¿Se puede realmente decir que dichas elecciones son el resultado de la existencia de un “punto de vista interno”⁴⁷? Es decir, el robot no se limitaría a combinar todas las soluciones en su conocimiento para producir una adecuada, en el sentido funcional, a la situación, sino que ¿en dichas operaciones habría elecciones de valor?⁴⁸

El hecho de que el significado del término ‘autonomía’ en el lenguaje común tiene cierto margen de interpretación discrecional se debe a la naturaleza del concepto: es un concepto sin referente semántico en la realidad, cuya definición es de tipo convencional. Sin embargo, a nivel jurídico el concepto se conecta con específicas formas de *agency* e implica diversos conjuntos de disposiciones personales todas necesarias para la calificación de persona. En otras palabras, su significado jurídico es menos ambiguo y vago que en el lenguaje común.

En el caso de los robots con capacidad de autoaprendizaje, cabe siempre la posibilidad, para quien los diseña, de limitar el autoaprendizaje a acciones no arriesgadas y no peligrosas, es decir, de limitar la autonomía del robot desde su diseño. La decisión de no hacerlo no puede ser motivo para que la responsabilidad de las acciones recaiga en quien los utiliza o en el propio robot. Es decir, en el caso de los robots, la autonomía puede llegar hasta donde la factibilidad técnica lo permita en un determinado momento histórico, pero sobre todo hasta donde su “creador” quiere que llegue. La pregunta que constituye la base de la cuestión de la autonomía se pone una vez más no tanto a nivel jurídico procedimental, sino a nivel de valoración o desvaloración axiológica: ¿por qué deberíamos querer junto a nosotros estas má-

⁴⁷ Ibid., p. 111.

⁴⁸ En la actualidad de los desarrollos en la robótica no parece que se pueda admitir capacidades de las máquinas como para poderlas configurar según el complejo sistema deliberativo que lleva un ser humano a adherir a normas y a realizar acciones que se derivan de dichas normas. Véase R. CINGOLANI, G. METTA, *Umani e Umanoidi. Vivere con i robot*, Il Mulino, Bologna, 2015; C. M. CHIARA, *I Robot e noi*, Il Mulino, Bologna, 2017.

quinas?, ya que no solo realizan tareas mejor que los humanos en términos de eficiencia productiva, sino que son equivalentes a nosotros, o incluso nos superan, por autonomía y libertad de elección.

La pregunta no tiene una respuesta exacta. Las respuestas dependen de las visiones del hombre propias de cada individuo. Sin embargo, desde un punto de vista filosófico-jurídico esta pregunta cuestiona otro concepto relacionado con los ya analizados de autonomía/libertad y persona, es decir, el concepto de responsabilidad: de hecho, si los robots de verdad son autónomos, deben considerarse responsables de sus acciones.

3.2.2. Responsabilidad

También el concepto de responsabilidad, tal y como el concepto de persona, tiene una larga historia semántica que hace delicada la operación de su definición. No solo es un término que se utiliza en diversos ámbitos discursivos con diversos matices, sino que también es un concepto general que se puede repartir en tres especies principales: moral, jurídica, política⁴⁹. La responsabilidad jurídica se puede repartir en civil y penal. Si bien la atribución de personalidad electrónica en campo civil implicaría una responsabilidad solo en este campo, para razonar sobre el significado performativo de dicha operación es preciso considerar la definición del concepto general.

De lo que se trata es dar una definición condicional a través de la cual se establecen las condiciones de utilización, entre las que es imprescindible el hecho de que el término se utiliza cuando ciertos hechos recaen bajo ciertas normas. Una propuesta definitoria interesante para la argumentación es la de Uberto ScarPELLI. Según el autor: "De un sujeto digo que tiene o tenía responsabilidad si tiene, o tenía, un deber de comportamiento; si, en su caso, a él se puede referir, o es actualmente referido, un comportamiento en sí mismo o en cuanto que productivo de ciertos efectos, en contraste con el deber, y por lo tanto objeto de valoración negativa, es, en su caso, imputable a él, o actualmente imputada, una consecuencia, a su vez objeto de valoración negativa"⁵⁰.

Dicha definición de responsabilidad como concepto general, oportunamente modificada, podría en teoría extenderse a ulteriores categorías ade-

⁴⁹ U. SCARPELLI, "La responsabilità politica", en R. ORECCHIA (ed.), *La Responsabilità Politica Diritto e Tempo*, atti del XIII congresso nazionale, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 43-95.

⁵⁰ U. SCARPELLI, "La responsabilità politica", cit., p. 47.

más de los seres humanos. Todo depende hacia cuál de los elementos de la definición se inclina el “péndulo semántico”: deber o consecuencia.

En efecto, si se mueve el “péndulo” semántico hacia las consecuencias, el significado del término tiende a resaltar un aspecto de cálculo probabilístico de las consecuencias antes de realizar el comportamiento. En esta perspectiva, los robots y la IA pueden considerarse quizás ya dotados de semejantes capacidades. Su responsabilidad civil, sin referencia a elementos subjetivos, se configuraría como una especie de responsabilidad objetiva. Mientras que, si se hace hincapié en el elemento del deber, las cosas cambian. Esta atención al deber se requiere precisamente a partir de los adjetivos con los que se definen IA y robots: autónomos, con capacidades de autoaprendizaje y, como tales, capaces de realizar comportamientos imprevisibles.

Si el “péndulo” semántico de responsabilidad se mueve hacia el deber, no se puede prescindir de una serie de consideraciones sobre este concepto que recuerdan algunas de las cuestiones subrayadas con anterioridad, es decir, el llamado punto de vista interno sobre el respeto de las normas de comportamiento. La existencia de un deber o obligación jurídica, cuya violación implica responsabilidad por la acción realizada, implica una adhesión de los sujetos desde un punto de vista interno a la norma que establece la obligación. Dicha adhesión implica también valoraciones de diversa naturaleza, de utilidad, de oportunidad, de justicia, etc. La decisión de cumplir con una obligación jurídica, de hecho, es independiente de sensaciones coercitivas o del miedo a la amenaza de la sanción. Estos elementos pueden formar parte de la decisión de un sujeto de cumplir con una obligación; sin embargo, su elección implica considerar “aquel comportamiento como un criterio general de conducta, un modelo de comportamiento, de todo el grupo, y al mismo tiempo un punto de referencia para criticar el comportamiento de aquellos que no le den cumplimiento”⁵¹.

En este contexto, podemos preguntarnos si la acción del robot al estado de la técnica en este campo y la llamada autonomía de su acción pueden rastrearse de alguna manera hasta el punto de vista interno y la mencionada reflexión sobre la obligación jurídica. En falta de elementos subjetivos útiles a rastrear la decisión de actuar hasta el punto de vista interno, podríamos decidir para la atribución de responsabilidad objetiva, pero quedaría por in-

⁵¹ N. BOBBIO, “Norma”, en Id., *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 177-214, p. 181.

dividir quién sufriría las consecuencias de la acción del robot (y a partir de cuáles razones): ¿el robot? ¿Su creador? ¿El productor? ¿El vendedor?

En definitiva, después de un largo recorrido histórico, que ha llevado a superar las antropomorfizaciones, tal y como se ha llegado a afirmar que por detrás de la persona jurídica hay comportamientos humanos que son consecuencia de decisiones humanas –si bien según modalidades específicas y que necesitan de modelos de sanción *ad hoc*⁵², de la misma manera, a partir de la constatación que los robots son productos del intelecto humano que solo contienen lo que su creador decide, su disciplina debería modelarse a medida, y no necesariamente tomando en préstamo categorías jurídicas ya existentes, sino creando nuevas. Si seguimos la distinción de Ferrajoli entre persona, sujeto jurídico y sujeto, nos damos cuenta de que los robots no se pueden calificar como personas: “En efecto, mientras que es un sujeto todo aquel a quien le son imputables incluso simples comportamientos o modalidades, ‘sujeto jurídico’ es todo aquel a quien le son imputables, específicamente, actos o situaciones. ‘Persona’, a su vez, es todo aquel que, en virtud de su *status personae* o personalidad, puede ser no simplemente centro de imputación de actos o de situaciones sino más específicamente autor de los primeros o titular de las segundas. Por eso todas las personas son sujetos jurídicos y todos los sujetos jurídicos son sujetos, pero no viceversa”⁵³. Como mucho, podrían considerarse sujetos de Derecho. De considerarlos personas, no solo deberían tener capacidad jurídica, sino también capacidad de obrar. Ésta se caracteriza por la “actitud psicofísica a actuar consciente y voluntariamente”. A la luz de dicha propiedad, cabe preguntarse cuán voluntarias y conscientes serían las acciones de los robots en los sentidos utilizados para los seres humanos.

Finalmente, se acabaría por deformar de manera excesiva, más allá de las fronteras del significado de los conceptos de autonomía, responsabilidad y personalidad, con decidir de aplicarlos a los robots, sin mencionar que se corre el riesgo de hacer confusión sobre el sentido del principio de igualdad jurídica.

⁵² Las referencias son muchas: a continuación, solo se indican algunas: J. C. COFFEE, “No soul to damn. Nobody to kick. An unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment”, *Michigan Law Review*, núm 79, 1981, pp. 386-459; C. De MAGLIE, *L’etica e il mercato*, Giuffrè, Milano, 2002; F. Di GIOVANNI, “*Persona Giuridica*”: *Storia recente di un Concetto*, Giappichelli, Torino, 2005; S. SALARDI, “La responsabilità penale delle persone giuridiche: problemi vecchi e nuovi”, *Cassazione Penale*, núm 11, 2005, pp. 3584-3598.

⁵³ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., tomo I, p. 328.

3.3. El desafío a la igualdad jurídica

Como se ha observado con anterioridad, la persona en sentido jurídico en el contexto constitucional europeo es estrechamente vinculada con el principio de igualdad. La persona, de hecho, ha extendido su significado hasta incluir todo ser humano titular de iguales derechos fundamentales. Esta definición de igualdad jurídica, que se ha mantenido alejada de los rasgos ontológicos de las perspectivas iusnaturalistas, es reflejo de la concepción de la igualdad como método⁵⁴ para establecer cierta relación entre las entidades de una totalidad, y de la regla de justicia⁵⁵, según la cual “se deben tratar los iguales de manera igual y los desiguales de manera desigual”, y supone que se hayan solucionado los problemas de los criterios para establecer en qué hay que ser iguales y entre quiénes la igualdad deba garantizarse. Si se razona en términos de igualdad jurídica, la declinación de persona es no solo la técnica entendida en sentido kelseniano, sino la más ampliada, producto del proceso de constitucionalización de la persona humana. Además, tanto la capacidad jurídica como la de obrar, entendidas como categorías generales no limitadas al campo civil, y estrechamente conectada con el concepto de persona, expresan “los dos sentidos en los que podemos entender la noción de *igualdad jurídica*: la igualdad *en droits*, es decir, en el ser *titulares*” de derechos fundamentales y la igualdad de estatus, es decir, “de *llegar a ser titulares* de situaciones no fundamentales y de ser autores de los actos que los producen o que disponen de las mismas”⁵⁶.

Desde la reflexión desarrollada hasta aquí se desprende algo interesante, sobre lo que será preciso seguir reflexionando en el debate institucional actual, es decir, que la atribución de personalidad jurídica a los robots cuestio-

⁵⁴ N. BOBBIO, *Igualdad y libertad*, introducción de Gregorio Peces-Barba, Ediciones Paidós, Barcelona, pp. 53 ss.

⁵⁵ N. BOBBIO, *Igualdad y libertad*, cit. El autor subraya que la regla de justicia, la llamada justicia formal, prescindiendo del contenido, sirve para garantizar el orden preestablecido hasta su sustitución. También para Letizia Gianformaggio es el criterio del orden, cfr. L. GIANFORMAGGIO, “L’eguaglianza di fronte alla legge: Principio logico, morale o giuridico?”, en A. FACCHI, C. FARALLI, T. PITCH (ed.), *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 63-84, p. 63. Norberto Bobbio añade que: “En un universo en el que todos los elementos pertenecen a la misma categoría, la regla de justicia ‘hay que tratar los iguales de manera igual’ agota el problema de la justicia”, cfr. N. BOBBIO, “Sulla nozione di giustizia”, en L. BONANTE (ed.), *Giustizia, democrazia, rivoluzione: tre saggi di teoria politica*, Aragno, Torino, 2009, pp. 8-26, p. 20.

⁵⁶ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., tomo I., pp. 340-341.

na los presupuestos de la igualdad jurídica como definida con anterioridad y, más en general, el destino de los derechos fundamentales, no por casualidad identificados históricamente como “derechos del hombre”. Atribuir personalidad jurídica a los robots requiere una reformulación del principio de igualdad, en ausencia de la cual surgen fuertes dudas sobre la existencia de intereses a mantener una zona gris en torno al alcance real de la autonomía de los robots. Esta zona gris es útil para aprovechar, para fines diversos, la confusión ya existente a nivel de sabiduría común inducida por la antropomorfización de las máquinas a través del lenguaje, de la que se ha tratado con anterioridad.

4. ROBOT, IA Y VISIONES DEL HOMBRE

Por detrás de las diversas cuestiones relacionadas con la atribución de la personalidad jurídica a los robots, si bien en la forma reducida de personalidad electrónica, está el reflejo de la valoración axiológica que la atribución de dicho estatus implica. En otras palabras, si por un lado el Derecho parece haber resuelto, a través de la distinción entre sujeto, sujeto jurídico y persona, la cuestión de la graduación en el reconocimiento y atribución de derechos, deberes, poderes y responsabilidades al ser humano en sus diversas expresiones bio-psicológicas (desde el embrión, al menor, al adulto capaz o incapaz), dejando de lado seres vivientes non humanos, por otro lado, la cuestión moral está por detrás de cada una de estas elecciones.

La cuestión moral reaparece en el caso específico de robots e IA: ¿qué implica considerar los robots tanto como los seres humanos desde un punto de vista jurídico?

Para responder a esta pregunta, hay que recordar la posición filosófica surgida hacia finales del siglo pasado en relación con los progresos tecnológicos y científicos: el transhumanismo⁵⁷ como corriente del más amplio mo-

⁵⁷ Se trata de una corriente que surge dentro de las fronteras del posthumanismo, movimiento difícilmente definible, por el hecho de que nació en torno a varios círculos de pensamiento. El transhumanismo, en cambio, se configura de forma estructurada, con un papel de muestra. Nick Bostrom, uno de los principales pensadores, definió el transhumanismo como “the intellectual and cultural movement that affirms the possibility and desirability of fundamental improving the human condition through applied reason, especially by using technology to eliminate aging and greatly enhance human intellectual, physical and psychological capacities” in N. BRONSTOM, *The Transhumanist FAQ*, disponible en <https://nickbostrom.com>, (último acceso: julio 2018).

vimiento posthumano. En esta perspectiva, la frontera entre lo que es humano y lo que es máquina se hace extremadamente lábil. La naturaleza humana aparece totalmente maleable por la tecnología y la transición de la condición humana a la posthumana, ya en marcha, es representada por el híbrido que se designa como *cyborg*⁵⁸. En la visión transhumanista, éste es una especie de auto-evolución del hombre, resultado del progreso tecnológico. La naturaleza humana, según el transhumanismo, es completamente maleable y transformable a través de la intervención tecnológica, hasta tal punto que dejan de existir líneas divisorias entre hombre y máquina. En esta fase de transición del humano al posthumano, el *cyborg*, organismo cibernético en el que cohabitan elementos humanos y elementos sintéticos, representa el punto de llegada y de partida para futuras transformaciones. El transhumanismo se concentra particularmente en las posibilidades de mejora de la condición humana a través de la utilización de las nuevas tecnologías, el llamado *human enhancement*. Por lo tanto, la superación de las fronteras entre humano y máquina es un postulado de esta corriente filosófica. No se trata solo de conseguir una equiparación entre hombre y máquina, pero algún día ésta prevalecerá sobre aquél por capacidad y habilidad. En la perspectiva posthumana, de hecho, no hay “essential differences or absolute demarcations between bodily existence and computer simulation, cybernetic mechanisms and biological organisms, robot teleology and human goals”⁵⁹.

La ausencia de una nítida delimitación entre hombre y máquina, junto con la obsesión por el límite de la condición humana, ocultan, de manera ni siquiera tan velada, una visión reduccionista del hombre, tanto desde un punto de vista físico como cognitivo. Siguiendo esta línea de pensamiento, la humanidad sin tecnología está destinada a la derrota. El hombre, en la visión transhumanista, no tiene medios, a causa de sus límites naturales, para hacer frente a los desafíos tecnológicos que él mismo ha creado⁶⁰, por eso debe

⁵⁸ P. BENANTI, *The Cyborg: Corpo e Corporeità nell'epoca del Post-Umano*, cit.

⁵⁹ K. HAYLES, *How We Became Posthuman*, University of Chicago Press, Chicago-London, 1999, p. 3.

⁶⁰ I. PERSSON, J. SAVULESCU, “The perils of cognitive enhancement and the urgent imperative to enhance the moral character of humanity”, *Journal of Applied Philosophy*, núm. 25, 2008, pp. 162-177; “Unfit for the future? Human nature, scientific progress, and the need for moral enhancement”, en J. SAVULESCU, R. TERMEULEN, AND G. KAHANE (ed.), *Enhancing human capacities*, Wiley-Blackwell, Oxford, 2011, pp. 486-500; *Unfit for the future: The need for moral enhancement*, Oxford University Press, Oxford, 2012; “Getting moral enhancement right: The desirability of moral bioenhancement”, *Bioethics*, núm. 27, 2013, pp. 124-131.

equiparse con herramientas capaces de crear nuevas capacidades y mejorar las que ya existen.

Las posiciones dentro del movimiento que mantienen esta visión extrema nunca abordan explícitamente la cuestión de la visión moral de la naturaleza humana, que en realidad su posición toma como postulado. Es una visión del hombre y de su inteligencia con rasgos deterministas y reduccionistas. Estas posiciones extremas tienen una idea precisa de la utilización del Derecho para resolver el problema de la limitación y la inadecuación del humano frente a los retos planteados por la utilización incontrolada de la tecnología: a través de la herramienta jurídica es posible exigir una mejora de todos, obligando a utilizar todos los medios a disposición a tal efecto. Otras posiciones dentro del transhumanismo, en cambio, tienen una relación diferente con el Derecho, manteniendo que es suficiente un Derecho débil que, sin interferir en las elecciones individuales, deja que sean las reglas del mercado a ajustar demanda y oferta, puesto que lo que hay que garantizar es el libre acceso a todos los medios biotecnológicos para el mejoramiento de los individuos y de la sociedad.

Tanto en su versión extrema como en la más cercana al liberalismo económico, con las debidas diferencias, la relación con el Derecho aparece siempre instrumental a la realización de la sociedad posthumana, en cuanto que medio no útil para equilibrar diferentes posiciones éticas, pero herramienta funcional a la imposición de una clara visión ética del hombre.

A la luz de estas consideraciones, no es difícil encontrar una respuesta a la pregunta formulada con anterioridad, es decir, si debe ser el Derecho el que oriente la innovación tecnológica o, al contrario, si es la tecnología la que modela al Derecho: el voto decisivo será el segundo. Para los transhumanistas, nada se opone a la atribución de personalidad jurídica a robots e IA, que representan el último nivel en la evolución de la sociedad humana en posthumana.

5. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS Y PROPUESTAS PARA UN DEBATE ABIERTO

El debate surgido en torno a la propuesta de atribuir personalidad electrónica a los robots autónomos es un observatorio interesante para la Filosofía del Derecho analítica, puesto que plantea varias cuestiones definitorias sobre diversos conceptos del mundo jurídico junto con el de persona.

Sin pretensiones de exhaustividad, se han planteado los posibles problemas que la operación de extensión de la personalidad implicaría para el concepto de autonomía y libertad, así como para el concepto de responsabilidad. Pero el debate también es muy interesante para la Bioética y el Bioderecho, porque estimula la reflexión sobre el rol del Derecho en la regulación de los desarrollos tecnológicos, llevándola a su extremo, es decir, la frontera del comportamiento humano que hay que regular, para entrar en el campo desconocido de máquinas que realizan acciones cada vez más parecidas a las de los hombres.

Precisamente porque los desarrollos en el ámbito de la robótica abren nuevos escenarios, que se han planteado hasta la fecha solo en las películas de ciencia ficción, pero que van a incidir en la vida de todos los individuos, es oportuno que la opinión pública tome parte al proceso informativo en un espacio institucional dedicado y también en ciertas formas decisionales sobre innovación tecnológica.

Lo que se necesita es un juicio político y social sobre la garantía de mantenimiento de una diversidad de las posibles direcciones y estrategias para mantener una pluralidad de perspectivas y evitar distorsiones en el proceso de innovación solo a fines económico-financieros. Por supuesto, dicha participación pública no implica un poder decisional frente a cuestiones técnicas, ni en campo científico-tecnológico ni mucho menos en campo jurídico.

Pero cuando se trata de modificar radicalmente la vida y las relaciones entre los individuos, porque éste es el efecto que tendrá la introducción de robots sociales, de IA en procesos productivos, de decisiones en campo financiero (y no solo), una sociedad democrática debería esforzarse concretamente para entender la posición del público.

La Unión Europea tiene programas dedicados, pero evidentemente no suficientes. Cuando entran en juego cambios estructurales como “construir” el humano, muchas opciones morales deben tomarse en cuenta y ponderarse para delimitar dicha construcción a través de un balance entre las distintas posiciones éticas en juego. El Derecho es una herramienta útil en este proceso de construcción, puesto que en los derechos fundamentales se pueden individuar los límites al poder tecnológico, que por algunos se pretende absoluto. Razonando a partir de los derechos fundamentales, que protegen a los más débiles frente al poder, no se considerarán límites los que se ponen a la innovación, sino estrategias más coherentes e idóneas para garantizar a todos el acceso a los progresos tecnológicos. Además, manteniendo una

idea de igualdad como igual libertad en los derechos de la persona humana, se podrá evitar que quien tiene el poder sobre la tecnología pueda imponer su visión personal del hombre, en detrimento de la pluralidad ética y de la diversidad cultural. Hay que debatir sobre cuáles instrumentos jurídicos utilizar y dentro de cuál marco, a fines de gobernar el proceso de innovación tecnológica, porque, como se ha demostrado en este trabajo, los problemas no son solo técnicos, sino también éticos. Las decisiones sobre qué concepción del Derecho se adapte mejor a guiar el desarrollo tecnológico a menudo esconde elecciones sobre cuestiones relacionadas con los valores a los que queremos inspirar el conjunto de reglas para la convivencia común: cuáles son los espacios de libertad que queremos mantener y cuáles herramientas queremos utilizar para seguir ejerciendo dicha libertad.

SILVIA SALARDI
Università degli Studi di Milano-Bicocca
Dipartimento di Giurisprudenza
Piazza dell'Ateneo Nuovo, 1
20126, Milán - Italia
e-mail: silvia.salardi@unimib.it

**DIGNIDAD HUMANA Y DERECHOS FUNDAMENTALES.
CONSIDERACIONES EN TORNO AL CONCEPTO
DE DIGNIDAD EN LA RECIENTE DOCTRINA
DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA***

*HUMAN DIGNITY AND FUNDAMENTAL RIGHTS.
CONSIDERATIONS ON THE CONCEPT
OF DIGNITY IN THE LATEST DOCTRINE OF THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE*

CIRO MILIONE
Universidad de Córdoba

ALICIA CÁRDENAS CORDÓN
Universidad de Córdoba

Fecha de recepción: 7-5-18

Fecha de aceptación: 9-10-18

Resumen: *La dignidad humana constituye un valor destacado en los derechos reconocidos tanto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Tras una breve introducción sobre la relevancia jurídica de la dignidad humana, este artículo se centra en el análisis de este concepto en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos*

* El presente estudio se enmarca en el ámbito del proyecto I+D “Desafíos del Proceso de Construcción de un Espacio Europeo de Derechos Fundamentales” (DER-2017-83779-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad); además, en parte, el presente estudio constituye una ampliación del siguiente trabajo: C. MILIONE, “La dignidad humana en el TJUE: valor superior, canon interpretativo, derecho fundamental”, en A. CARMONA CONTRERAS (Dir.), *Construyendo un estándar europeo de protección de los derechos fundamentales. Un recorrido por la jurisprudencia del TJUE tras la entrada en vigor de la CDFUE*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 12-27. Los autores quisieran agradecer las aportaciones del Prof. Agudo Zamora que enriquecen ahora este trabajo y su amable labor de revisión. Cualquier error, omisión o imprecisión es exclusivamente imputable a los autores.

Humanos sobre el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, etc. A continuación, los autores examinan la dignidad humana desde la perspectiva del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, analizando la implementación de este valor antes y después de la entrada en vigor del Tratado de Niza. Este estudio concluye con algunas consideraciones sobre la importancia de la dignidad humana como derecho fundamental, valor fundacional de la Unión Europea y criterio interpretativo de los demás derechos reconocidos en el ámbito europeo.

Abstract: *Human dignity constitutes a value recognized in the rights enshrined in both the European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union. After a brief introduction on the legal relevance of human dignity, this article focuses on the analysis of this concept in the doctrine of the European Court of Human Rights in relation to the right to life, the prohibition of torture, the prohibition of slavery and forced labor, the right to respect for private and family life, etc. The authors then analyze human dignity from the perspective of the Court of Justice of the European Union, examining the implementation of this value before and after the entry into force of the Treaty of Nice. This study concludes with some considerations on the importance of human dignity as a fundamental right, as a founding value of the European Union and as an interpretative standard for the other rights granted in the European territory.*

Palabras clave: dignidad, Tribunal Europeo, derechos, justicia.
Key words: dignity, European Court, rights, justice.

*“¿Qué es la dignidad?
 La medida de la libertad.”*

G. Braschi¹

1. INTRODUCCIÓN: LA CONSTRUCCIÓN FILOSÓFICA DEL CONCEPTO DE DIGNIDAD HUMANA Y SU RELEVANCIA JURÍDICA

La existencia de una estrecha relación entre la dignidad humana y el Derecho supone una realidad difícil de ignorar. Desde la segunda mitad del siglo pasado, tras la conclusión de la II Guerra Mundial, numerosos tra-

¹ G. BRASCHI, *Yo-yo boing*, Latin American Literary Review Press, Pittsburgh, PA, 1998, p. 161.

tados internacionales y constituciones han hecho alusión a la dignidad en partes destacadas de su articulado. La reflexión en torno al carácter vinculante de este concepto comenzó a plantearse tras la entrada en vigor de la Constitución de Weimar² de 1919 y, posteriormente, con las Constituciones de los Länder³ de 1945 y la Ley Fundamental de Bonn⁴ de 1949. Esta misma naturaleza obligatoria o necesaria de la dignidad ha sido sostenida, además, en multitud de resoluciones dictadas por tribunales nacionales e internacionales a lo largo de estos decenios.

Cierto es que la configuración actual de la dignidad como un valor inherente al ser humano y como fundamento de los derechos humanos, constituye un fenómeno relativamente reciente⁵. Gutiérrez Gutiérrez señala que cualquier aproximación constitucional al concepto de dignidad humana no puede prescindir del método jurídico ni de las aportaciones que, desde la filosofía, han contribuido a la construcción de ese mismo concepto⁶. Efectivamente, a lo largo de la historia, la idea de dignidad ha ido evolucionando de manera constante, siendo objeto de estudio e interpretación por parte de numerosos filósofos. Entre estos, los que se enmarcan dentro de la filosofía clásica⁷, fuertemente ligada a la naturaleza social del individuo y a su autonomía, aportan elementos especialmente interesantes para llevar a cabo una moderna construcción jurídico-constitucional del concepto de

² Art. 151. "1. La organización de la vida económica debe responder a principios de justicia, con la aspiración de asegurar a todos una existencia digna del hombre. Dentro de estos límites, se reconoce al individuo la libertad económica".

³ P. HÄBERLE, "La dignidad como fundamento de la comunidad estatal", en F. FERNÁNDEZ SEGADO, (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia Constitucional*, Dykinson, 2008, p. 200.

⁴ Art. 1. "1. La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. 2. El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. 3. Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable".

⁵ A. PELÉ, "La dignidad humana: modelo contemporáneo y modelos tradicionales", *Revista Brasileira de Direito*, núm. 11 vol. 2, 2015, p. 9.

⁶ I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, 2005, p. 195.

⁷ Algunos filósofos cristianos, como Severino Boecio o Tomás de Aquino, se ocuparon también de este concepto. Para parte de la doctrina cristiana, los seres humanos somos creaciones de Dios a su imagen y semejanza. Todos formamos parte de una misma familia, y como hermanos, poseemos los mismos derechos.

dignidad humana⁸. Sin duda, la Ilustración jugó un papel determinante en la conformación del sentido actual de dignidad humana. Es precisamente durante este periodo, tal y como señala Peces-Barba⁹, cuando la noción de dignidad *tout court* se torna en base de la moralidad pública de las sociedades democráticas modernas, transformándose en dignidad *humana*. Procesos como el retroceso en el poder de la nobleza, la crisis y el fin del feudalismo y la extensión del mercado¹⁰, fueron algunas de las condiciones históricas que hicieron posible que la dignidad humana pasara a constituir un fundamento de las nuevas organizaciones políticas, de nuevos sistemas jurídicos y, en definitiva, de nuevas sociedades que supieron otorgar un papel central y fundamental al ser humano y al individuo¹¹.

En este contexto, Kant, considerando la capacidad crítica y la autonomía de la razón humana como instrumentos imprescindibles para abandonar el estado *minoría de edad culpable* que ata al ser humano, interpretó la idea de dignidad¹² como la condición en virtud de la cual un individuo puede ejercer su libertad de pensamiento y su libertad de actuación sin ser instrumentalizado.

⁸ Recomendamos, para comprender cuáles son las aportaciones de la filosofía clásica al concepto de dignidad, el trabajo de A. PELÉ, *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*, Dykinson, 2010, al que complementan también las obras de L. C. SÁNCHEZ CASTRO, "La relación entre el "conocimiento de sí" y el "cuidado de sí" en el Alcibíades de Platón, en *Literatura: teoría, historia y crítica*, núm. 11, 2009; A. PELÉ, "Modelos de la dignidad del ser humano en la Edad Media", *Derechos y Libertades*, núm. 21, 2009; y M. FERNÁNDEZ GALIANO, "De Platón a Diógenes. Diógenes y el cinismo primitivo", *Cuadernos de la Fundación Pastor*, núm. 8, 1964, entre otros.

⁹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Boletín Oficial del Estado, 1999, pp. 115-138.

¹⁰ M. KRIELE, "Libertad y dignidad de la persona humana", *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derecho*, núm. 9, 1982, p. 44.

¹¹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Dykinson, 2003, p. 22.

¹² Para el filósofo de Königsberg la dignidad del ser humano consiste en su capacidad de darse a sí mismo normas para gobernarse. En este sentido, es el único ser capaz de crear valores, razón por la cual el ser humano no puede ser concebido como un medio, sino como un fin. Así, para Kant la dignidad es la capacidad de actuar o elegir las leyes morales que uno mismo ha aceptado obedecer. Todos los seres humanos son dignos aunque no se comporten de manera moral, porque en ellos existe la capacidad para hacerlo. Por ello, ni a los hombres menos virtuosos se les puede negar el respeto, pues eso significaría que no se les puede corregir y ese desprecio es inconciliable con la idea de *hombre*. En definitiva, negar ese respeto a cualquier individuo supone su degradación a la condición de mero medio. J. C. VALBUENA ESPINOSA, *Una defensa kantiana de los derechos humanos*, Universidad del Rosario, 2008, pp. 36-38.

zado¹³ y, por tanto, sin ser degradado a objeto o medio¹⁴. Para la mayor parte del pensamiento político de la Ilustración, la dignidad constituye un valor de todos aquellos que tengan rostro humano. Así, queda constancia de que el ser humano es algo netamente distinto al animal o a los objetos, pues el ser humano puede proponerse fines, ideales o leyes morales en su búsqueda de la libertad y de la autonomía¹⁵.

Estas ideas, fruto de la Ilustración, permean hoy los fundamentos de los derechos humanos reconocidos y protegidos en numerosas normas, declaraciones y constituciones aprobadas a lo largo del último siglo. A tal propósito, Häberle considera que uno de los fundamentos de los Estados constitucionales radica en la noción misma de dignidad humana. Para este jurista, el Estado constitucional posee un fundamento doble: la soberanía popular por un lado y la dignidad humana por otro. La protección de la dignidad humana como principio jurídico y su irradiación hacia los derechos fundamentales recogidos en constituciones y tratados internacionales son previas al Estado y al pueblo, así como a cualquier forma de gobierno que pudiera derivarse. De esta manera, la dignidad humana es premisa del Estado constitucional y las democracias son consecuencias organizativas del mismo¹⁶.

Sin embargo, a pesar de la proliferación de textos jurídicos que contemplan la dignidad humana, en ninguno de ellos se ofrece una definición de la misma. Chueca Rodríguez habla, al respecto, de la existencia de un “doble acuerdo” sobre la dignidad humana: la dignidad humana se asemejaría a una fórmula mágica que es invocada para reducir la tensión entre valores o derechos fundamentales, sin por ello suponer una solución del conflicto jurídico que provoca esa tensión¹⁷.

¹³ A. PELÉ, *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*, Dykinson, 2010, pp. 706-708.

¹⁴ La prohibición de instrumentalizar al ser humano, en la que se traduce el imperativo categórico de Kant, condujo a este a la definición de un gobierno conforme a la dignidad del hombre. Sus pilares se pueden sintetizar en: la libertad de cada miembro de la sociedad, en cuanto hombre; la igualdad de estos, en cuanto súbditos; y la independencia de cada miembro de la comunidad, en cuanto ciudadano. I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ., *Dignidad...*, cit., pp. 196 y 197.

¹⁵ M. KRIELE, “Libertad...”, cit., p. 44.

¹⁶ P. HÄBERLE, *El estado constitucional*, trad. de H. Fix Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 169-174.

¹⁷ Chueca Rodríguez señala que *esta singular mixtura o combinación de capacidad resolutoria e indefinición constitutiva alimenta su contundente función de placebo, lo que permite asegurar la permanente apertura del interminable debate sobre su contenido y función en los ordenamientos*

Lo que sí resulta claro es el carácter dinámico de la dignidad humana, cuyo contenido es dado por cada cultura jurídica de manera diferente¹⁸, encontrándose ligado a los valores de una determinada sociedad en un contexto espacio-temporal concreto¹⁹. Esta caracterización de la dignidad es clave para comprender que la relación establecida entre los derechos fundamentales y la dignidad humana es consecuencia de una cierta concepción cultural²⁰ y no un binomio necesario²¹. Por lo tanto, no todo sistema de derechos fundamentales necesita de una teoría o concepción del ser humano basada en la dignidad o en otro fundamento a la que deba ajustarse²². Es más, en la concepción occidental de la dignidad como fundamento de los derechos humanos, no toda lesión de un derecho fundamental va a constituir una violación de la dignidad humana, ni todo derecho fundamental es inherente *per se* a esta²³.

No obstante, la frágil relación que puede existir entre dignidad humana y los derechos fundamentales ha dado pie a reconocer “la dignidad como status objetivado”, a partir de la tesis que Chueca Rodríguez denomina y que entiende “*como un conjunto de poderes y elementos jurídicamente formalizados –derechos– que adquieren un singular orden y coherencia cuando se ordenan por relación a una idea de naturaleza humana acorde a las reglas jurídicas de construcción de la voluntad política*”²⁴.

jurídicos de los sofisticados estados de derecho. R. CHUECA RODRÍGUEZ, “La marginalidad jurídica de la dignidad humana”, en R. CHUECA RODRÍGUEZ (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, pp. 30 y 31.

¹⁸ Sin embargo, para Häberle la dignidad recoge ciertos componentes fundamentales de la personalidad humana que son tenidos en consideración por todas las sociedades, a pesar del carácter cultural y dinámico de la noción. P. HÄBERLE, *El estado...*, cit., p.182.

¹⁹ R. CHUECA RODRÍGUEZ, “La marginalidad...”, cit., p. 38.

²⁰ Existen otras teorías de la fundamentación de los derechos de las personas que no se encuentran ancladas en la dignidad humana. Entre otros, Locke, Bentham, Mill, Hegel, Spencer, Kelsen, Rawls, etc.

²¹ Con el final de la II Guerra Mundial y con la intención de luchar contra los totalitarismos, los derechos fundamentales comienzan a integrarse en los ordenamientos estatales, adoptándose, por tanto, una versión kantiana de la dignidad humana. R. CHUECA RODRÍGUEZ, “La marginalidad...”, cit., p. 37.

²² El sistema de derechos fundamentales se ajustará exclusivamente a la voluntad formal del poder constituyente. No obstante, debemos tener presente que son las luchas sociales y políticas las que consiguen el reconocimiento de derechos en enunciados jurídico-constitucionales. G. BOGNETTI, “The concept of human dignity in European and US constitutionalism”, en *European and US constitutionalism*, 2003, p. 104 *Apud*. R. CHUECA RODRÍGUEZ, “La marginalidad...”, cit., p. 43.

²³ *Ibidem*, p. 46.

²⁴ *Ibidem*, p. 47.

En todo caso, es fácil constatar cómo dentro de nuestra cultura constitucional, la dignidad humana adopta un papel dinamizador o vertebrador de los sistemas jurídicos en los que se integra²⁵. En las constituciones de nuestro entorno, la dignidad guarda una relación muy estrecha con los derechos fundamentales, que ocupan un lugar clave y determinante en estas. En la práctica, esta concepción se traslada a las sentencias de los distintos órganos jurisdiccionales, cuya labor consiste a menudo en realizar asociaciones entre la dignidad y el conjunto de derechos indisponibles²⁶, asociaciones que se nutren de valores concretos que se desprenden de los distintos sistemas culturales en los que se insertan los tribunales y jueces²⁷.

No obstante, en unas sociedades que se encuentran cada vez más globalizadas, los distintos tribunales supranacionales están adoptando unas posiciones más homogéneas con respecto al papel de la dignidad humana en la protección de ciertos derechos fundamentales. Así, tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se refieren a la dignidad humana para condenar los actos que atentan contra la vida de las personas, las torturas y los tratos inhumanos, o las desapariciones forzadas, entre otras. Por ello, las siguientes páginas constituyen un análisis de la concepción de dignidad humana en Europa a partir del estudio de la jurisprudencia de los tribunales europeos más involucrados en la defensa de los derechos humanos.

2. LA DIGNIDAD HUMANA EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (CEDH)

El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales²⁸, también conocido como Convención Europea

²⁵ Ibidem, p. 30.

²⁶ Ibidem, p. 39.

²⁷ D. MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Giappichelli, Turín, 2012, p. 43. *Apud.* R. CHUECA RODRÍGUEZ, "La marginalidad...", cit., p. 42.

²⁸ El CEDH fue aprobado por el Consejo de Europa en 1950 y constituye uno de los instrumentos jurídicos más relevantes de la región. Desde su entrada en vigor, en 1953, se han aprobado 17 Protocolos que lo modifican o amplían. A lo largo de sus 59 disposiciones se recogen una serie de derechos y libertades de carácter, fundamentalmente, civiles y políticos. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH o Tribunal de Estrasburgo, en adelante) considera que el carácter del Convenio es, más bien, mixto, porque numerosos dere-

de Derechos Humanos (CEDH o Convenio, en adelante), supone una excepción con respecto a otros instrumentos jurídicos internacionales contemporáneos. Sin duda, uno de los elementos más relevantes que incorpora el Convenio es el diseño de un sistema de garantías para la defensa internacional de los derechos humanos. Para asegurar el cumplimiento del Convenio por los Estados parte, se constituye el TEDH y se regula su funcionamiento²⁹. Como hemos visto anteriormente, a lo largo del siglo XX, numerosos instrumentos jurídicos han incluido la dignidad humana entre sus normas. Sin embargo, en el CEDH no es posible encontrar referencias a ese concepto ni en su considerando ni en su articulado³⁰.

No obstante, es posible hablar de una incorporación *per relationem* del concepto de dignidad humana al Convenio³¹. Efectivamente, el Convenio alude, en su parte introductoria, a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH), en cuyo ámbito sí existen menciones explícitas a la dignidad como base de la libertad, de la igualdad y de la paz en el mundo (Preámbulo DUDH), como valor intrínseco de la persona humana (Art. 1 DUDH), como justificación para la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales (Art. 22 DUDH), y como base del derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria (Art. 23 DUDH).

En este mismo sentido se ha pronunciado el TEDH en su extensa jurisprudencia, no solo vinculando la dignidad con la interpretación de determinados derechos, sino reconociendo en ese mismo concepto y en la libertad humana las bases esenciales del Convenio. En esta dirección, por ejemplo, el

chos en él recogidos “*tienen prolongaciones de orden económico y social*” que no pueden obviarse, pues la protección del Convenio debe ser efectiva y no ilusoria (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante STEDH de 6 de febrero de 1981, caso *Airey v. Irlanda*).

²⁹ Este Tribunal fue modificado en 1998 cuando entró en vigor el Protocolo n° 11 del CEDH.

³⁰ La única referencia expresa a la dignidad humana podemos encontrarla en el preámbulo del Protocolo Adicional al Convenio (a partir de ahora Prot. Ad.) n° 13, sobre la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, del año 2002. Concretamente ese texto establece que los Estados miembros del Consejo de Europa están “*convencidos de que el derecho de toda persona a la vida es un valor fundamental en una sociedad democrática, y de que la abolición de la pena de muerte es esencial para la protección de este derecho y el pleno reconocimiento de la dignidad inherente a todo ser humano*”.

³¹ Cfr. C. DE ORY ARRIAGA, “La noción de dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en M. HINOJO ROJAS (coord.), *Liber Amicorum profesor José Manuel Peláez Marón: Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea*, Universidad de Córdoba, 2012, p. 253.

Tribunal establece en la STEDH de 11 de julio de 2002, caso *Christine Goodwin v. Reino Unido* y en la STEDH de 29 de abril de 2002, caso *Pretty v. Reino Unido*, que “la dignidad y la libertad del hombre son la esencia misma del Convenio”. En idénticos términos se pronuncia la STEDH de 13 de diciembre de 2012, caso *El-Masri v. Ex-República Yugoslava de Macedonia*.

Por lo tanto, la dignidad constituye uno de los pilares fundamentales del Convenio, se encuentra en la base del mismo y, a la vez, recorre cada uno de los derechos y de las libertades en él reconocidos. Y por eso mismo, el acatamiento del CEDH por parte de los Estados firmantes supone un requisito necesario para el respeto de la dignidad humana, por constituir un elemento crucial de las sociedades verdaderamente democráticas y pluralistas (STEDH de 12 de julio de 2005, caso *Müslüm Gündüz v. Turquía*).

En términos generales, para estudiar, analizar y comprender el contenido del CEDH podemos agrupar los derechos en él reconocidos en tres categorías distintas³²:

- Los derechos cuyo cumplimiento por parte de los Estados es obligatorio en cualquier circunstancia, incluidos los estados de excepción contemplados en el Art. 15 CEDH³³. A estos efectos, es posible hablar de la existencia de un núcleo duro de derechos protegidos por el Convenio³⁴,

³² J. CASADEVALL, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 35 y 36) distingue, por su parte, entre el bloque compacto de derechos inderogables, el bloque de los derechos mínimos y el bloque de los derechos restringidos. Los estudios relativos al CEDH son numerosos. Entre todos señalaríamos las obras de I. LASAGABASTER HERRARTE (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático*, Civitas, Madrid, 2015; y J. CASADEVALL, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

³³ Este precepto habilita a las autoridades nacionales para que, “en caso de guerra o de peligro público que amenace a la nación”, puedan derogar las obligaciones que les corresponden en virtud del CEDH. En todo caso, esta limitación debe hacerse “en la medida estricta en que lo exija la situación, y siempre que estas medidas no se opongan a las demás obligaciones que resultan del Derecho internacional”, tal y como recoge la STEDH de 18 de enero de 1978, caso *Irlanda v. Reino Unido*. No obstante, esta disposición, que ofrece un margen de apreciación a los Estados parte, no es aplicable frente al derecho a la vida (Art. 2), la prohibición de la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes (Art. 3), la prohibición de los trabajos forzados (Art. 4.1), ni al principio *nulla poena sine lege* (Art. 7), tal y como lo recoge el apartado 2 del Art. 15 del CEDH.

³⁴ Cfr. J. A. PASTOR RIDRUEJO, “La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: temas escogidos.”, en *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, núm 1, 2007, p. 250.

- como el derecho a la vida (Art. 2)³⁵, la prohibición de la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes (Art. 3), la prohibición de los trabajos forzosos (Art. 4.1), o el principio *nulla poena sine lege* (Art. 7).
- Los derechos cuyo contenido no puede ser sujeto a restricciones y que, no obstante, deben ser ponderados a la hora de su cumplimiento con otros valores como la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, etc.
 - Los derechos de creación pretoriana, es decir, fruto del desarrollo jurisprudencial del TEDH.

En esas tres categorías, como veremos a continuación, es posible encontrar referencias a la dignidad humana como fundamento de las situaciones jurídicas protegidas por el Convenio.

2.1. El núcleo duro del CEDH y la dignidad humana en la jurisprudencia del TEDH: el derecho a la vida (Art. 2 CEDH)

El primero de los derechos consagrados en el CEDH es el derecho a la vida. Se encuentra protegido en el Art. 2 y supone uno de los preceptos esenciales del Convenio, como el mismo TEDH ha señalado, reconociendo que esa norma “*es una de las disposiciones más fundamentales del Convenio, de la que no se permite ninguna derogación*” (entre otras, STEDH de 18 de mayo de 2000, caso *Velikova v. Bulgaria*, párr. 68; STEDH de 20 de julio de 2004, caso *Makaratzis v. Grecia*³⁶, párr. 56).

Esta disposición se traduce, fundamentalmente, en dos grandes obligaciones para el Estado. La primera de ellas, de carácter negativo, consiste en la

³⁵ El Art. 15.2 CEDH señala que el derecho a la vida del Art. 2 CEDH puede ser suspendido solo en aquellos casos en los que la muerte derive de actos lícitos de guerra.

³⁶ En septiembre de 1995, la policía griega intentó detener un vehículo conducido por una persona que se había saltado un semáforo en rojo, muy cerca de la embajada estadounidense. El conductor, en vez de detenerse, aceleró, provocando la persecución por parte de agentes de policía. Durante la persecución, el vehículo chocó con otros coches, poniendo en riesgo la vida de personas. Finalmente, el vehículo se detuvo en una gasolinera, pero el conductor se negó a salir de él, a lo que la policía respondió con disparos. Un agente detuvo finalmente al conductor, trasladándolo al hospital. El TEDH consideró en su fallo que se había producido la violación del Art. 2 CEDH porque, aunque la policía había valorado razonablemente el riesgo (si bien el sujeto no iba armado, sí estaba en vigor una alerta por atentados terroristas), el Estado no había hecho el esfuerzo legislativo necesario en materia de protocolos y actuación por parte de los agentes de policía en casos similares, lo que tuvo por resultado un caos organizativo del operativo.

prohibición de atentar contra la vida de las personas de manera ilegítima. La segunda, de carácter positivo, supone la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida de las personas, tanto frente a agresiones de terceros como frente a otras amenazas (por ejemplo, el riesgo de contraer enfermedades que puedan poner en peligro sus vidas, STEDH de 28 de octubre de 1998, caso *Osman v. Reino Unido*, párr. 115-122).

Ahora bien, el párrafo segundo de este artículo recoge una serie de circunstancias que excluyen una violación del derecho a la vida cuando se produzca la muerte: en defensa de una persona contra una agresión ilegítima, para realizar una detención de una persona conforme a derecho, para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente, o para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

La vulneración del Art. 2 CEDH ha sido invocada en diversas ocasiones ante el TEDH, quien ha encontrado en la dignidad humana la respuesta para tratar numerosos de estos casos. Entre ellos, el Tribunal ha recurrido a ese concepto para resolver asuntos relativos a la aplicación de la pena de muerte, a la protección al feto y a la muerte digna.

Como es sabido, la pena de muerte está contemplada por el Convenio como una excepción al derecho a la vida, pues el Art. 2 CEDH establece que *“nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena”*. Desde muy temprano, la doctrina del TEDH ha tomado acta de la tendencia abolicionista que se ha venido afirmando en los países de nuestro entorno. Ello determinó que, en el año 2003, entrara en vigor el Protocolo nº 13 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias. Este instrumento considera que *“el derecho de toda persona a la vida es un valor fundamental en una sociedad democrática”*, y además vincula la abolición con la protección de la dignidad humana, pues *“la abolición de la pena de muerte es esencial para la protección de este derecho y el pleno reconocimiento de la dignidad inherente a todos los seres humanos”*. Ahora bien, antes de la entrada en vigor de este Protocolo, el TEDH ya había señalado que las circunstancias relativas a la aplicación de la pena de muerte (por ej., las condiciones de detención previas a la ejecución) podían ser constitutivas también de una lesión del Art. 3 del Convenio y, por ende, de la dignidad humana³⁷.

³⁷ STEDH de 7 de julio de 1989, caso *Soering v. Reino Unido*.

Por otro lado, los diversos casos relacionados con la protección del feto en un sentido amplio (desde la posibilidad del aborto hasta la conservación y donación de óvulos) han sido resueltos en ocasiones por el TEDH apelando a la dignidad humana. Las sentencias del TEDH parten de la inexistencia de consenso sobre este asunto en los países europeos, aunque sí resulte común en ellos la consideración de que el feto pertenece a la raza humana (entre otras, STEDH de 16 de diciembre de 2010, caso *A, B y C v. Irlanda*, párr. 198). Por lo tanto, el feto tiene capacidad para convertirse en persona, razón por la que se exige su protección en nombre de la dignidad humana. No obstante, esto no convierte al feto o embrión en una persona con derecho a la vida a los efectos del Art. 2 CEDH (STEDH de 8 de julio de 2004, caso *Vo v. Francia*, párr. 84). Asimismo, la Corte señala que el artículo examinado parece otorgar protección a las personas solo una vez que estas hayan nacido, correspondiendo más bien apelar al Art. 8 CEDH para las cuestiones relativas a la protección del feto (STEDH de 13 de febrero de 2003, caso *Odièvre v. Francia*, párr. 29 y 54).

Por último, y en torno al debate existente sobre la denominada *muerte digna*³⁸, el TEDH opta por otorgar un amplio margen de apreciación a los Estados parte³⁹. Son estos quienes deben evaluar si las peticiones de los pacientes son o no compatibles con el derecho interno aplicable en cada caso. Las cuestiones que se plantean ante el TEDH resultan extremadamente complejas. Para su valoración, el Tribunal considera necesario examinar si el Estado en cuestión cumple o no con las obligaciones positivas que se derivan del Art. 2 CEDH. No obstante, pese a la falta de consenso entre los Estados sobre cuestiones ligadas a la *muerte digna*, el TEDH ha reconocido el derecho de toda persona a negarse a aceptar un tratamiento que pudiera prolongar su vida, recurriendo a conceptos como el de dignidad humana y de libertad individual. Sin embargo, este reconocimiento se ha llevado a cabo desde las perspectivas del Art. 8 CEDH, es decir, tomando en consideración el derecho al respeto de la vida privada y familiar y, particularmente, el concepto de “calidad de vida”, ya utilizado por el mismo Tribunal en los supuestos relativos a la protección del feto (STEDH *Pretty v. Reino Unido*, párr. 63 y 65; STEDH de 5 de junio de 2015, caso *Lambert y otros v. Reino Unido*, párr. 136-139).

³⁸ El término *muerte digna* incluye cinco escenarios distintos: la eutanasia y el suicidio asistido, la limitación del esfuerzo terapéutico, el rechazo de tratamiento, la sedación paliativa y la suspensión de la atención médica por fallecimiento.

³⁹ A. ELVIRA PERALES, “La dignidad...”, cit., pp. 202 y 203.

2.2. El núcleo duro del CEDH y la dignidad humana en la jurisprudencia del TEDH: la prohibición de la tortura⁴⁰ (Art. 3 CEDH)

El Art. 3 del CEDH es la norma que con más frecuencia resulta apelada ante el TEDH en conjunción con el concepto de dignidad humana. El Tribunal de Estrasburgo ha señalado, en el mismo sentido que lo hizo con el Art. 2 del Convenio, que el contenido de este precepto constituye un valor fundamental en las sociedades democráticas (entre otras, STEDH *Selmouni v. Francia*, párr. 95; STEDH *El-Masri v. Antigua República Yugoslava de Macedonia*, párr. 195; o más recientemente, STEDH de 15 de diciembre de 2016, caso *Khlaifia y otros v. Italia*, párr. 158). Del mismo modo, ha señalado que su contenido “es un valor de civilización estrechamente ligado al respeto de la dignidad humana, que forma parte de la esencia misma de la Convención” (STEDH de 28 de septiembre de 2015, caso *Bouyid v. Bélgica*, párr. 89-90; STEDH *Khlaifia y otros v. Italia*, párr. 158). Así mismo, la existencia de un fuerte vínculo entre este precepto y el respeto a la dignidad humana ha sido confirmada por la jurisprudencia del TEDH en multitud de ocasiones⁴¹.

Su carácter absoluto ha sido subrayado en numerosas sentencias. El Tribunal de Estrasburgo ha insistido en la irrelevancia de la conducta del interesado a la hora de examinar la violación o no del presente artículo, de modo que un Estado no puede, bajo ninguna circunstancia, justificar o amparar los malos tratos o la tortura infringida a una persona sobre la base del comportamiento mantenido por la misma (STEDH de 3 de julio de 2014, caso *Georgia v. Rusia*, párr. 192, STEDH de 6 de abril de 2000, caso *Labita v. Italia*, párr. 119, entre otras).

En todo caso, los daños recibidos deben revestir un cierto grado de severidad y la evaluación de este extremo debe ser subjetiva, es decir, debe tener en cuenta las circunstancias del maltrato, la duración del mismo, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima, los efectos físicos y mentales, e incluso el ámbito social y cultural del lugar donde se ha producido. La valoración del caso concreto permite que el TEDH adopte un mayor grado de protección cuando la persona que recibe el maltrato se encuentre en una situación de especial vulnerabilidad (entre otras, STEDH *Selmouni v. Francia*, párr. 100; STEDH *Soering v. Reino Unido*, párr. 100-110; STEDH de 3 de abril de 2001, caso *Keenan v. Reino Unido*, párr. 109-110).

⁴⁰ Ante la ausencia de definición de tortura y de trato inhumano o degradante en el CEDH, el TEDH adopta las nociones elaboradas por el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Tortura, de 1987.

⁴¹ Entre otras, en las STEDH de 25 de abril de 1978, caso *Tyrer v. Reino Unido*; STEDH de 26 de octubre de 2000, caso *Kudla v. Polonia*, párr. 94; STEDH de 24 de junio de 2001, caso *Valasinas v. Lithuania*, párr. 102, o la ya citada STEDH *Bouyid v. Bélgica*, párr. 90.

En la práctica, el TEDH ha valorado la existencia de vulneración del Art. 3 CEDH sobre la base de la dignidad humana, entre otros, en asuntos relativos a la detención de personas, las condiciones y la finalidad de los sistemas penitenciarios, el trato a inmigrantes en situación irregular y en lesiones físicas y psicológicas propiciadas por agentes y fuerzas de seguridad del Estado.

Por un lado, el Tribunal de Estrasburgo reconoce que la detención de una persona conlleva, intrínsecamente, un sufrimiento para ella y que, en mayor o menor grado, ese estado genera o puede generar sentimientos de humillación. No obstante, la detención exige que la situación de la persona sea compatible con el respeto a la dignidad humana, sin provocar en ella un sufrimiento o un daño superior al inherente a esa situación (STEDH de 26 de octubre de 2000, caso *Kudla v. Polonia*, párr. 94; STEDH de 10 de marzo de 2009, caso *Paladi v. Moldavia*; STEDH *Khlaifia y otros v. Italia*, párr. 160).

Es más, resulta una obligación del Estado asegurar que su sistema penitenciario esté organizado de tal manera que se garantice el respeto de la dignidad de los detenidos, independientemente de las dificultades financieras o logísticas del país (STEDH de 10 de marzo de 2015, caso *Varga y Otros v. Hungría*, párr. 103; STEDH de 27 de enero de 2015, caso *Neshkov y otros v. Bulgaria*, párr. 229; STEDH de 1 de junio de 2006, caso *Mamedova v. Rusia*, párr. 63). Así lo ha establecido el Tribunal de Estrasburgo en numerosas sentencias en las que se ha reconocido que las condiciones de detención constituían un claro atentado a la dignidad humana, aunque no fuera posible probar una evidente voluntad del Gobierno de humillar o prostrar al detenido (STEDH de 7 de abril de 2005, caso *Karalevicius v. Lituania*, párr. 36-40; STEDH de 4 de mayo de 2006, caso *Kadikis v. Letonia*, párr. 52-56). En la misma dirección la Corte se ha manifestado ante casos en los que la administración penitenciaria ha negado el tratamiento médico oportuno a presos que lo hubieran necesitado (STEDH 23 marzo 2016, caso *Blokhin v. Rusia*, párr. 146).

Sobre asuntos en los que se produce la detención de inmigrantes que se encuentran en situación irregular, el Tribunal ha manifestado que, en los casos de hacinamiento, falta de higiene, falta de contacto con el mundo exterior y detenciones de menores no acompañados, el Estado puede incurrir en violación del Art. 3 CEDH. En efecto, la Corte considera que estas condiciones socavan la esencia de la dignidad humana independientemente de la duración del periodo de detención (STEDH 5 de abril de 2011, caso *Rahimi v. Grecia*, párr. 63-86).

Asimismo, el TEDH considera que la afluencia creciente de migrantes hacia un país no exime a los Estados de las obligaciones que se derivan del Art.

3 CEDH, debiendo garantizarles en todo momento condiciones que sean compatibles con el respeto de su dignidad humana. De hecho, aunque el trato infligido fuera consecuencia de una crisis migratoria masiva y no existiese la clara intención por parte del Estado de humillar o degradar a la víctima, un trato no conforme a los estándares exigidos por el concepto de dignidad humana supone una violación del Art. 3 del Convenio (STEDH *Khlaifia y otros v. Italia*, párr. 184).

Otra de las responsabilidades derivadas del respeto a la dignidad humana consiste en el esfuerzo que las autoridades penitenciarias de los distintos Estados parte deben hacer en materia de rehabilitación y reinserción social. El Tribunal considera que todos los detenidos deben tener esta oportunidad, incluso los condenados a cadena perpetua (STEDH de 17 de enero de 2017, caso *Hutchinson v. Reino Unido*, párr. 43; STEDH de 26 de abril de 2016, caso *Murray v. Países Bajos*, párr. 103-104).

Por otra parte, el Tribunal de Estrasburgo señala que el exceso en el uso de la fuerza física por las fuerzas y agentes de seguridad del Estado hacia personas que se encuentren privadas de libertad constituye un atentado contra la dignidad humana y una violación del Art. 3 CEDH (STEDH *Bouyid v. Bélgica*⁴², párr. 100). De hecho, para el TEDH nos encontramos ante un ámbito de aplicación de esa norma incluso cuando no existen indicios de lesiones corporales reales o de un intenso sufrimiento físico o mental, pero el trato es igualmente humillante, denigratorio, falta de respeto y dirigido a disminuir la dignidad humana o a generar sentimientos de inferioridad para quebrantar la resistencia moral y física del individuo (STEDH de 15 de diciembre de 2016, caso *Khlaifia y otros v. Italia*, párr. 169).

Recientemente, el Tribunal de Estrasburgo (STEDH de 13 de febrero de 2018, caso *Juanenea y Sarasola Yarzabal v. España*), ha condenado a España por violar el Art. 3 CEDH, vistas las circunstancias en las que se produjo la detención de dos hombres de nacionalidad española, en ese momento supuestos miembros de la organización terrorista ETA. En el trayecto desde su detención hasta el puesto de la Guardia Civil, recibieron numerosos golpes, patadas y puñetazos y fueron introducidos en un río para producirles sensación de ahogo y obligarles a tragar agua. Estos tratos generaron en cada uno de los detenidos lesiones de diversa naturaleza. La versión sostenida por los

⁴² En el caso *Bouyid v. Bélgica*, el TEDH considera violada la dignidad de unos detenidos que recibieron bofetadas por parte de unos agentes de policía durante un control realizado en una comisaría, todo ello por no considerar dicho recurso a la violencia como estrictamente necesario (Párr. 111).

agentes que participaron en la detención consiste en que la causa de dichas lesiones se originó con la propia detención, a la que los sujetos ofrecieron resistencia. En su fallo, el TEDH recuerda que el Art. 3 del CEDH consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas, así como un derecho absoluto e inalienable estrechamente vinculado con el respeto a la dignidad humana. Asimismo, recuerda que en aquellos casos en los que una persona es privada de libertad o, en general, se enfrenta con los agentes y cuerpos de seguridad del Estado, el recurso a la fuerza física que estos pueden hacer debe ser el estrictamente necesario para no atentar contra la dignidad humana. Por todo ello, el Tribunal concluye que los denunciantes, aunque no sufrieron torturas, sí fueron víctimas de un trato inhumano y degradante, por lo que se produjo una clara violación del Art. 3 del CEDH.

Sin embargo, la sentencia de la Sección III del Tribunal se acompaña de un voto particular, parcialmente concordante y parcialmente disidente, de los jueces Keller, Pastor Vilanova y Serghides que consideran que los hechos debieron ser calificados como tortura. Estos jueces señalan que los malos tratos fueron, entre otras cosas, impuestos de manera deliberada, con el fin de provocar sufrimientos graves y crueles y para obtener información de las víctimas. Además, en este voto particular se advierte que no pueden pasarse por alto las circunstancias en las que ocurrieron los hechos. Tan solo un mes antes de estos acontecimientos, dos Guardia Civiles fueron asesinados a manos de ETA. Por ello, resulta más evidente que el ánimo con el que los agentes implicados actuaron en este caso fue el de castigar e intimidar a los demandantes por el hecho de pertenecer a ETA.

2.3. El núcleo duro del CEDH y la dignidad humana en la jurisprudencia del TEDH: la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (Art. 4 CEDH)

Otro de los preceptos del CEDH en los que la dignidad humana adquiere relevancia significativa es el Art. 4. De igual manera que con los derechos analizados anteriormente, esta norma⁴³ viene a consagrar uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas. Su apartado primero no admite restricciones de ningún tipo ni excepciones en virtud del Art. 15 CEDH,

⁴³ Para la interpretación de este precepto, el TEDH ha tomado en consideración los Convenios aplicables sobre la materia, especialmente los de la Organización Internacional del Trabajo que vinculan a la práctica totalidad de los Estados miembro del Consejo de Europa.

incluso en caso de guerra o peligro público que amenace la vida de la nación (entre otras, STEDH 26 de octubre de 2005, caso *Siliadin v. Francia*, párr. 112, STEDH de 7 de enero de 2010, caso *Rantsev v. Chipre y Rusia* párr. 283, STEDH de 7 de julio de 2011, caso *Stummer v. Austria*, párr. 116).

En este ámbito el TEDH ha recurrido al concepto de dignidad humana para resolver asuntos relacionados con la trata de seres humanos. Así, por ejemplo, el Tribunal de Estrasburgo ha manifestado que “*la trata de personas amenaza la dignidad humana y las libertades fundamentales, y no puede considerarse compatible con una sociedad democrática y los valores expuestos en la Convención*” (STEDH *Rantsev v. Chipre y Rusia*, párr. 282).

2.4. Los derechos ponderables del CEDH y la dignidad humana en la jurisprudencia del TEDH: el derecho al respeto a la vida privada y familiar (Art. 8 CEDH)

Se debe evitar el error de considerar que nos encontramos ante derechos de segunda categoría si, en determinadas circunstancias, la violación de un derecho debe ser ponderada con las circunstancias o el contexto en la que esta se ha producido. El TEDH ha señalado, en varias ocasiones, que todo el conjunto del CEDH constituye un estándar mínimo de obligado cumplimiento para todos los Estados contratantes, en concordancia con su tradición política y democrática.

Ahora bien, el Convenio introduce en su Art. 15 una cláusula de derogación en caso de excepción, en virtud de la cual, en caso de guerra o de peligro público que amenace la vida de una nación, los Estados contratantes pueden derogar algunas de las obligaciones derivadas del CEDH bajo la observancia de ciertos requisitos. Sin embargo, como ya se ha señalado, este precepto no es de aplicación respecto de determinados artículos que constituyen *el núcleo duro* del Convenio.

Dentro de las garantías que pueden verse afectadas por la derogación contemplada en el Art. 15 encontramos el derecho al respeto a la vida privada y familiar (Art. 8 CEDH) que, en distintas ocasiones, ha sido interpretado por el TEDH en conjunción con el concepto de dignidad humana.

El Art. 8 de la CEDH se sitúa fuera de lo que parte de la doctrina ha denominado *el núcleo duro* de los derechos del Convenio. No obstante, como veremos, también este precepto guarda una relación estrecha con la dignidad humana. El primer párrafo se refiere al derecho a la vida privada y fa-

miliar, al domicilio y a la correspondencia, mientras que el segundo contiene una cláusula por la que esos derechos no pueden ser objeto de injerencia por parte de la autoridad pública, salvo lo que esté previsto en la ley para proteger, en una sociedad democrática, “la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa 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”. La amplia lista de supuestos exige, en todo caso, que la injerencia sea proporcionada con el objetivo legítimo de las autoridades. Esta posibilidad de limitación constituye, por tanto, una diferencia significativa con los artículos anteriormente analizados cuya restricción, como se ha indicado, no es admisible bajo ninguna circunstancia.

Ahora bien, el contenido del precepto resulta profundamente extenso. Sobre el concepto de vida privada⁴⁴, el TEDH ha señalado que su alcance va más allá del ámbito privado del individuo y que, por lo tanto, también goza de una dimensión pública. Además, el Tribunal de Estrasburgo ha considerado conveniente no aportar una definición acotada de la vida privada para que, de esta manera, no se restrinja o limite el alcance del derecho correspondiente. Así, dentro de ese concepto se incluyen la protección de la integridad física y moral, el derecho a un nombre y a una identidad, el registro, uso y control de datos personales, así como de los sistemas de vigilancia y control de personas, el secreto médico profesional, el alcance de la protección de la correspondencia y de las telecomunicaciones, la orientación sexual del individuo y la decisión de este de reproducirse o procrear.

Por su parte, dentro de la vida familiar⁴⁵ se incluyen asuntos relativos a la guarda y custodia de menores y discapacitados, así como el derecho de visita a los menores, la expulsión de extranjeros y la reagrupación de familias, y las vi-

⁴⁴ Para comprender el alcance de la vida privada pueden consultarse, entre otras, la STEDH 16 de diciembre de 1997, caso *Raninen v. Finlandia*, párr. 63 (protección de la integridad física y moral); la STEDH 22 febrero de 1994, caso *Burghartz v. Suiza*, párr. 24 (derecho a un nombre y a una identidad); la STEDH 16 febrero 2000, caso *Amann v. Suiza*, párr. 69 (sistemas de vigilancia y control de las personas, alcance de la protección de la correspondencia y las telecomunicaciones); la STEDH 25 de febrero de 1997, caso *Z. v. Finlandia*, párr. 96 y 113 (secreto médico profesional); la STEDH de 22 de octubre de 1981, caso *Dudgeon v. Reino Unido*, párr. 41 (orientación sexual del individuo); la STEDH de 16 de diciembre de 2010, caso *A, B y C v. Irlanda*, párr. 212 y la STEDH de 24 de enero de 2017, caso *Paradiso y Campanelli v. Italia*, párr. 161-164 (decisión del individuo de reproducirse o procrear).

⁴⁵ En el sentido anterior, pero referido al concepto de vida familiar, pueden consultarse la STEDH de 5 de febrero de 2004, caso *Kosmopoulou v. Grecia*, párr. 45 (guarda y custodia de menores discapacitados); la STEDH de 28 de noviembre de 1996, caso *Ahmut v. Holanda*, párr.

sitas a las personas privadas de libertad. Por último, dentro de la protección del domicilio se han incluido cuestiones diversas, por ejemplo, asuntos medioambientales que pueden afectar a la vida de las personas en sus domicilios⁴⁶.

La prohibición de injerencia de las autoridades públicas en los derechos garantizados en este artículo, con la excepción de los casos justificados, no implica la ausencia de obligaciones de carácter positivo para los Estados parte del Convenio. De hecho, el Art. 8 CEDH establece que los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar el respeto de la vida privada, de la integridad física y moral de una persona, y de la dignidad humana y la calidad de vida (STEH, de 11 septiembre 2007, caso *L. v. Lituania*, párr. 56; STEDH de 26 de julio 2011, caso *Georgel y Georgeta Stoicescu v. Rumanía*, párr. 48-49).

La relación entre los derechos protegidos en esta norma y la dignidad humana se ha puesto de relieve en la amplia jurisprudencia del Tribunal. Entre todos los asuntos que han encontrado su solución al amparo del Art. 8 CEDH, podemos destacar dos.

Por un lado, en relación a las personas transexuales, la doctrina del Tribunal ha ido evolucionando constantemente, hasta reconocer que estas tienen derecho a vivir conforme a la identidad sexual que elijan y, por lo tanto, a vivir dignamente. De esta manera, el Estado tiene la obligación de garantizar esa dignidad, adoptando los cambios legislativos necesarios para ello (entre otras, STEDH *Christine Goodwin v. Reino Unido*, párr. 91).

Por otro lado, el Tribunal de Estrasburgo recurre a la dignidad humana también para garantizar determinados derechos colectivos. En este sentido, se ha señalado que tanto la protección de la identidad étnica como la protección de la reputación de los antepasados de una determinada comunidad, encuentran amparo dentro del concepto de vida privada y de dignidad de las personas que aporta el Art. 8 CEDH (STEDH de 15 octubre 2015, caso *Perinçek v. Suiza*, párr. 227).

2.5. La dignidad humana en la jurisprudencia del TEDH: derechos de creación pretoriana y otros supuestos

Sobre la base de la dignidad humana el TEDH ha estimado necesario proteger ciertos derechos de carácter más social. Así ha ocurrido en el caso

67 (expulsión de extranjeros y reagrupación de familias); y la STEDH de 28 de septiembre de 2000, caso *Messina v. Italia*, párr. 61-74 (visita a las personas privadas de libertad).

⁴⁶ STEDH 9 diciembre 1994, caso *López Ostra v. España*.

del derecho la vivienda, como demuestra la STEDH de 18 enero 2001, caso *Chapman v. Reino Unido*, párr. 99, con la que el Tribunal ha recordado que *“es deseable que todo ser humano disponga de un lugar en el que vivir en dignidad y que pueda llamar casa”*, sin por ello afirmar que, del Convenio o que de su propia doctrina, puedan derivarse la obligación para los Estados contratantes de reconocer el derecho a la vivienda, pues *“que los Estados provean fondos para permitir que cada uno tenga una casa es un asunto de naturaleza política y no judicial”*.

La dignidad humana ha sido invocada para fundamentar los fallos del TEDH también en otras ocasiones y en relación a ámbitos materiales completamente ajenos a la tutela de bienes jurídicos como la vida, la seguridad, la privacidad etc.

Un ejemplo es, indudablemente, la STEDH de 17 de julio de 2014, caso de *Svinarenko y Slyadnev v. Rusia*, párr. 131-138, en la que el Tribunal analiza el caso de unos acusados que acudieron al acto del juicio encerrados en una jaula. En su fallo el TEDH sostiene que dicha exposición pudo lesionar el principio de inocencia de los acusados, afectando a los jueces en la valoración sobre la peligrosidad de los sujetos. Por esas razones, el TEDH concluye que esas circunstancias habían provocado una violación clara del Art. 3 CEDH y, por ende, de la dignidad humana.

La STEDH de 17 de diciembre de 2012, caso *M. y otros v. Italia y Bulgaria*, párr. 175, aborda, por su parte, una cuestión relativa a la violencia racial o étnica. En la misma el Tribunal argumenta claramente que *“la violencia racial es una afrenta especial a la dignidad humana y, en vista de sus peligrosas consecuencias, requiere de las autoridades una vigilancia especial y una reacción enérgica. Por esta razón, las autoridades deben utilizar todos los medios disponibles para luchar contra el racismo y la violencia racista, reforzando así la visión de la democracia de una sociedad en la que la diversidad no se perciba como una amenaza, sino como una fuente de enriquecimiento”*.

En relación con la discriminación por razones de género, la STEDH de 16 de noviembre de 2004, caso *Ünal Tekeli v. Turquía*, párr. 67, señala que la implementación en el país otomano de un sistema que permite a las parejas casadas conservar su propio apellido o elegir libremente un apellido común para registrar los nacimientos, matrimonios o defunciones supone *“[para] las personas vivir dignamente y con dignidad, de acuerdo con el nombre que hayan elegido”*.

Por último, en otras circunstancias se observa cómo el Tribunal de Estrasburgo interpreta el concepto de dignidad en un sentido cercano al de *honor*, resolviendo conflictos con otros bienes jurídicos como, por ejemplo,

la libertad de expresión. Así, por ejemplo, en la STEDH de 5 de octubre de 2016, caso *Ziemiński v. Polonia*, párr. 32, el Tribunal, tras definir las injurias (*abusive speech*) como una preocupación generalizada, afirma que estas “*duelen y pueden incluso matar [de modo que] es necesario encontrar el equilibrio adecuado entre la libertad de expresión y los demás derechos y valores fundamentales que puedan entrar en conflicto con ella, incluidos los derechos de la personalidad. La larga jurisprudencia del Tribunal ha aceptado incluso declaraciones muy duras en la prensa, al hacer hincapié en la libertad de información en caso de conflicto con otros derechos y valores fundamentales, incluido el derecho a la dignidad humana*”.

3. LA DIGNIDAD HUMANA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE)

El preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (a partir de ahora, simplemente, Carta) señala entre los valores indivisibles, universales y constitutivos del proyecto político común la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la solidaridad, los principios democráticos y el Estado de Derecho⁴⁷. El mero hecho de que el Capítulo I de la Carta esté rubricado “*Dignidad*” constituye una prueba más que evidente de la preponderancia que ese valor adquiere en el contexto de este tratado. El catálogo de derechos protegidos por esta parte de la Carta arranca con una norma explícitamente dedicada a la dignidad humana (Art. 1) que “*es inviolable. Será respetada y protegida*”. El Art. 2, sin embargo, se centra en el derecho a la vida del que toda persona es titular y que supone, además, la abolición de la pena de muerte. Los restantes artículos del 3 al 5, respectivamente, están dedicados al derecho a la integridad de la persona en su vertiente física y psíquica⁴⁸, a la

⁴⁷ Del resto, cabe recordar que el concepto mismo de dignidad se halla consagrado en el Art. 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE), por el que “*La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres*”. Asimismo, el Art. 21 TUE establece que la acción internacional de la Unión, “*se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional*”.

⁴⁸ La norma abunda, además, en aspectos relativos a la investigación biomédica, estableciendo una serie de principios que deben ser respetados por los Estados miembros, entre ellos,

prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes y, por último, a la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (Art. 5).

Esta circunstancia que hace de la dignidad un valor común a otros derechos y, además, un derecho ella misma, no constituye una simple redundancia, fruto de un descuido del legislador europeo. Es más bien la consecuencia de un dato incontrovertible: la dignidad humana no constituye solo un derecho individual de dilatado alcance, es sobre todo la base de los demás derechos fundamentales y, a la vez, su propio límite. Así lo han evidenciado las Explicaciones del Presidium de la Convención, por las que *“ninguno de los derechos inscritos en la presente Carta podrá utilizarse para atentarse contra la dignidad de otras personas y que la dignidad de la persona humana forma parte de la esencia de los derechos inscritos en la presente Carta. Por lo tanto, no podrá atentarse contra ella, incluso en el caso de limitación de un derecho”*⁴⁹.

3.1. La dignidad humana en la doctrina del TJUE antes de la entrada en vigor de la Carta de Niza

Requejo Pagés señala que, antes de la entrada en vigor de la Carta, los tratados constitutivos de la Unión no incluían referencias expresas a la dignidad humana. Sin embargo, el Derecho derivado y, por ende, la doctrina del Tribunal de Justicia sí contemplaban ese concepto desde mucho antes⁵⁰.

el consentimiento libre e informado, la prohibición de prácticas eugenésicas, la prohibición de lucrarse a partir del cuerpo humano o de sus partes y la prohibición de la clonación humana.

⁴⁹ Del resto, el mismo legislador constituyente español señala en el Art. 10 de la Constitución de 1978 que: *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*. Cabe recordar O. ALZAGA VILLAMIL, (Comentario Sistemático a la Constitución Española de 1978, II Ed., Marcial Pons, 2016, p. 128) por el que la idea de la dignidad como fundamento del orden político y de la paz social constituye una fórmula muy conocida en el constitucionalismo comparado que *“no deja de ser un tanto aparente y de limitada o nula eficacia práctica, salvedad hecha de su valor didáctico”*.

⁵⁰ J. L. REQUEJO PAGÉS, “La dignidad de la persona como categoría conceptual en el Derecho de la Unión. Experiencias, posibilidades y perspectivas”, en R. CHUECA RODRÍGUEZ (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 279 y 280. El autor hace referencia al 5º considerando del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, por el que el ejercicio del derecho de circulación debe realizarse en *“condiciones objetivas de libertad y dignidad”*. Otro ejemplo, igualmente relevante de Derecho derivado en el que se menciona la dignidad humana lo encontramos en el Art. 12.a) de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, relativa a la

Como veremos a continuación, hasta el año 2009 –momento en el que se produce la efectiva entrada en vigor de la Carta– la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo recurre al concepto de dignidad humana en un número relativamente escueto de resoluciones. En todas ellas –salvo algunas excepciones⁵¹– la Corte europea pone en relación ese valor con otros principios, como el derecho a la igualdad y a la no discriminación, y de manera meramente instrumental al buen funcionamiento del mercado común.

Así, por ejemplo, el párr. 25 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 7 de mayo de 1986, asunto 131/85, *Gül/Regierungspräsident Düsseldorf*, sobre la interpretación del Reglamento n° 1612 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, señala que “*para que el derecho de libre circulación pueda ejercitarse en condiciones objetivas de libertad y de dignidad, como lo recuerdan los considerandos del Reglamento n° 1612/68, debe garantizarse la igualdad de trato “de hecho y de derecho”*”. En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal con la STJUE de 13 de noviembre de 1990, asunto C-308/89, *Di Leo/Land Berlin*, párr. 13, en la que la protección de la libertad y de la dignidad se consideran como condiciones necesarias para la libre circulación e integración del trabajador comunitario y de su familia en el país de acogida⁵². Asimismo, la STJUE de 30 de abril de 1996, asunto C-13/94, *P/S y Cornwall County Council*, párr. 22, relativa a la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, sobre el principio de igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, reconoce que es contrario al respeto a la dignidad y a la libertad individual despedir a un trabajador solo por haberse sometido a una intervención quirúrgica para conseguir un cambio de sexo.

coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, por el que “*La publicidad televisada no deberá atentar contra el respeto a la dignidad humana*”.

⁵¹ Seguramente menos relevantes para una construcción dogmática del concepto de dignidad. Un ejemplo es la STJUE de 26 de abril de 1993, asunto T-59/92, *Caronna/Comisión*, con la que el Tribunal emplea el concepto de dignidad como complemento del derecho al honor.

⁵² Y así también en la STJUE de 11 de julio de 1985, asunto 137/84, *Ministère public/Robert Heinrich Maria Mutsch*, (vd. párr. 15); en la STJUE de 13 de julio de 1983, asunto 152/82, *Sandro Forcheri y Marisa Marino, señora de Forcheri, de Linkebeek/Etat belge*, (vd. párr. 12); en la STJUE de 3 de julio de 1974, asunto 9/74, *Donato Casagrande/Landeshauptstadt München*, (vd. párr. 3); en la STJUE de 11 de abril de 1973, asunto 76/72, *Michel S./Fonds national de reclassement social des handicapés*, (vd. párr. 13).

La STJUE de 9 de octubre de 2001 y la STJUE de 14 de octubre de 2004 constituyen dos excepciones dignas de consideración a esta interpretación de la dignidad humana que, antes de la entrada en vigor de la Carta de Niza, el Tribunal realiza en conexión con el principio de igualdad y de no discriminación.

Con la STJUE de 9 de octubre de 2001, asunto C-377/98, *Países Bajos/ Parlamento y Consejo*, sobre la interpretación de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, el Tribunal de Luxemburgo va más allá de la configuración de la dignidad humana como mero principio general del Derecho comunitario, enfatizando la relevancia de este concepto entre todos los valores que conforman el ordenamiento jurídico europeo⁵³. Con esta resolución, el Tribunal, en su labor de control de la conformidad de los actos de las instituciones con los principios generales del Derecho comunitario, aboga a sí mismo la competencia sobre la protección del derecho fundamental a la dignidad humana y a la integridad de la persona (párr. 70). Del mismo modo, evocando estos mismos derechos, la Corte niega la patentabilidad de cualquier materia viva de origen humano para garantizar que el cuerpo humano permanezca indisponible e inalienable y, por ende, para ofrecer una protección real y efectiva de la dignidad humana (párr. 77).

La STJUE de 14 de octubre de 2004, C-36/02, *Omega*, constituye igualmente una importante reivindicación de la dignidad humana como valor superior del ordenamiento jurídico europeo. En palabras del Tribunal “*el ordenamiento jurídico comunitario trata innegablemente de garantizar el respeto de la dignidad humana como principio general del Derecho [...por lo que...] es indudable que el objetivo de proteger la dignidad humana es compatible con el Derecho comunitario*” (párr. 34). Sin embargo, cabe destacar que la alusión al concepto de “compatibilidad” produce el efecto de condicionar la tutela de la dignidad humana a la defensa de prerrogativas y libertades de naturaleza prevalentemente económica, reconocidas por el Derecho derivado. Esta interpretación es corroborada por las palabras que la Corte europea emplea en el párr. 35 de la sentencia: “*al imponerse el respeto de los derechos fundamentales tanto a la Comunidad como a sus Estados miembros, la protección de tales derechos constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligacio-*

⁵³ Como señala J. L. REQUEJO PAGÉS, (“La dignidad...”, cit., p. 281) dicha sentencia “*ha sido de una importancia capital para la suerte de la dignidad en el Derecho de la Unión*”, como del resto justifica su mención en las Explicaciones del Presidium relativas al Art. 1 del Tratado de Niza.

nes impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre prestación de servicios”⁵⁴.

3.2. La dignidad humana en la doctrina del TJUE tras la entrada en vigor de la Carta de Niza

La entrada en vigor de la Carta de Niza ha supuesto un paso importante hacia la constitucionalización de un espacio común de derechos y libertades. Con este tratado Europa reconoce la existencia de una realidad sustantiva de valores y principios que trascienden lo meramente económico y que halla en las llamadas “tradiciones constitucionales comunes”⁵⁵ su base y fundamento. Así, a partir de ese momento, el Tribunal de Luxemburgo pasa a aplicar el contenido de la Carta sin ninguna rémora, impregnando su doctrina de valores básicos como el de la dignidad humana, no solo adoptándolo como un criterio interpretativo del Derecho primario y del Derecho derivado de la Unión, sino reconociendo su esencia de verdadero derecho fundamental. Lo demuestra, como veremos a continuación, un *corpus* de sentencias en las que el Art. 1 de la Carta es invocado y objeto de aplicación directa por parte de

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 284 y 285.

⁵⁵ Del resto, cabe recordar que el Preámbulo de la Carta indica que la misma “reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Más adelante, el Art. 52.4 señala que “en la medida en que la presente Carta reconozca los derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones”.

Por último, el Art. 6.3 TUE establece que “Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”. Por su parte, el art. 6.1 se refiere al reconocimiento de los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta, que “tendrán el mismo valor jurídico que los Tratados”.

Sobre este argumento, señalamos entre otros S. RUIZ TARRÍAS, “Las “tradiciones constitucionales comunes” en el ordenamiento Europeo. Su valor jurídico en el Tratado de Lisboa”, en F. J. MATIA PORTILLA, (coord.), *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, 2009, pp. 95-112; F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Derechos fundamentales y “tradiciones constitucionales comunes” en la aplicación del Derecho Europeo”, en M^a. C. BARRANCO AVILÉS *et. al.* (coord.), *Perspectivas actuales en la aplicación del Derecho*, 2014, pp. 241-259.

la suprema Corte europea. Merece la pena señalar que un buen número de estas resoluciones trata del espacio de libertad, seguridad y justicia y, particularmente, de los derechos y garantías que asisten a los solicitantes de asilo en territorio europeo.

En efecto, la primera sentencia con la que el Tribunal aplica el concepto de dignidad humana tras la entrada en vigor de la Carta es la STJUE de 21 de diciembre de 2011, asuntos acumulados C-411/10 y C-497/10, *N.S. y otros*, que analiza el funcionamiento del sistema europeo común de asilo y la aplicación del Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país. Con esta resolución el Tribunal de Luxemburgo niega que los Arts. 1, 18 (derecho al asilo) y 47 (tutela judicial efectiva) de la Carta confieran un mayor ámbito de protección a una persona solicitante de asilo del que sería posible deducir de la aplicación del Art. 3 CEDH (prohibición de la tortura). De esta manera, la Corte europea reprueba que sea de aplicación en el Derecho de la Unión la presunción *juris et de jure* según la cual un Estado miembro, designado como responsable de la solicitud de asilo por el Art. 3.1 del citado Reglamento n° 343/2003, deba considerarse, siempre y en todos casos, respetuoso de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

Con la STJUE de 27 de septiembre de 2012, asunto C-179/11, *Cimade y GISTI*, el Tribunal vuelve a pronunciarse sobre esta misma materia, afirmando tajantemente que es contrario a *“las exigencias del artículo 1 de la Carta, según el cual la dignidad humana será respetada y protegida [...] que un solicitante de asilo sea privado, aunque sea de manera temporal, tras la presentación de la solicitud de asilo y antes de su traslado efectivo al Estado miembro responsable”*⁵⁶.

En la STJUE de 18 de julio de 2014, asuntos acumulados C-148/13, C-149/13, C-150/13, *A, B y C*, el Tribunal de Justicia resuelve algunas cuestiones planteadas por el *Raad van State* (Consejo de Estado neerlandés) sobre las Directivas 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 y 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005, relativas a los requisitos y a los procedimientos que los Estados miembros de la Unión deben implementar para la concesión o el retiro de la condición de refugiado. En esa labor de interpretación, la Corte europea nos ofrece una lectura actualizada del concepto de dignidad humana. Más precisamente, el Tribunal, analizando los meca-

⁵⁶ Vd. también STJUE de 27 de febrero de 2014, asunto C-79/13, *Saciri y otros*, párr. 35.

nismos probatorios necesarios para enjuiciar la credibilidad del relato de las personas que soliciten asilo, considera que es contrario a la dignidad humana y al marco dogmático de valores establecidos por sendas directivas⁵⁷ que un Estado admita como fuente de prueba la práctica de actos homosexuales, la realización de exámenes pseudomédicos⁵⁸ o la presentación de grabaciones en videos de actos íntimos. En palabras de la Corte (pár. 65) *“aparte de que tales elementos no tienen necesariamente valor probatorio, pueden menoscabar la dignidad humana, cuyo respeto está garantizado en el artículo 1 de la Carta”*. Además, la Corte europea señala que *“autorizar o aceptar tal tipo de pruebas supondría un efecto incentivador respecto de otros solicitantes y equivaldría, de facto, a imponerles a éstos tales pruebas”* (párr. 66).

Por todas estas razones, a la luz de los principios consagrados en las directivas antes citadas y en el respeto de los derechos a la vida privada y familiar y, más en general, del derecho a la dignidad de la persona humana establecidos en la Carta, resulta incompatible con el Derecho de la Unión que un Estado miembro niegue la condición de refugiado a una persona solo porque ésta se haya negado a contestar a determinadas preguntas que, de hecho, afectan a su intimidad personal. De modo que, cualquier interrogatorio que vierta esen-

⁵⁷ Ambas fuentes normativas hacen referencia al marco dogmático de valores, principios y derechos establecido por la Carta. Concretamente, la Directiva nº 2004/83 en su considerando nº 10 recuerda la obligación de respetar los derechos fundamentales reconocidos por el Tratado de Niza, matizando que *“en especial la presente directiva tiene por fin garantizar el pleno respeto de la dignidad humana”*. Más genéricamente, la Directiva nº 2005/85 indica en su considerando nº 8 que la misma respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos por la Carta.

⁵⁸ Del resto, desde el año 1990, la Organización Mundial de la Salud ha dejado de considerar la homosexualidad como una enfermedad, por lo que no se alcanza a entender el porqué de dichas pruebas. Por otra parte, también tiene sentido recordar el contenido nº 18 de los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (*“Principios de Yogyakarta”*), por el que *“Ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un centro médico, con motivo de su orientación sexual o identidad de género. Con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no son, en sí mismas, condiciones médicas y no deberán ser tratadas, curadas o suprimidas”*. No obstante, la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, establece en sus Arts. 18 y 25.5 que la realización de pruebas médicas para acreditar la credibilidad del relato es posible si: el solicitante presta su consentimiento de manera libre y voluntaria; se respeta la dignidad del individuo y sus derechos fundamentales; el examen médico es llevado a cabo por profesionales cualificados; la prueba médica es gratuita. Vd. J. DÍAZ LAFUENTE, *Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2016, pp. 326 y 327).

cialmente en la descripción de los hábitos sexuales del solicitante de asilo debe considerarse contrario al contenido del Art. 7 de la Carta y, por eso mismo –añadiríamos nosotros– al contenido del Art. 1 de ese mismo tratado⁵⁹.

La STJUE de 5 de abril de 2016, asunto C-404/15, *Aranyosi*, sin embargo, aborda la materia relativa a la cooperación policial y judicial y al funcionamiento de la orden de detención europea. Más concretamente, esta resolución interpreta el alcance del Art. 4 de la Carta (prohibición de las penas o de los tratos inhumanos o degradantes) reconociendo el carácter absoluto de este derecho en razón de su indisociabilidad con el respeto de la dignidad humana (párr. 85)⁶⁰. La Corte, de este modo, llega a sostener (párr. 87) que ninguna circunstancia, ni la lucha contra el terrorismo o la delincuencia organizada, “*sea cual sea el comportamiento de la persona de que se trate*”, puede justificar el recurso a la tortura o a los tratos inhumanos o degradantes pues dicha prohibición, y el respeto a la dignidad humana que la impone, constituyen unos valores fundamentales para la Unión y sus Estados miembros. Por todo ello, el Tribunal de Luxemburgo, adoptando el criterio del TEDH (Sentencia de 8 de enero de 2014, asunto *Torreggiani y otros c. Italia*), concluye que el respeto de la dignidad humana exige que los Estados miembros velen sobre las modalidades de ejecución de las medidas de privación de la libertad, para que las mismas “*no expongan al recluso a una angustia o a dificultades cuya intensidad supere el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la reclusión, y*

⁵⁹ Sobre esta misma materia, es interesante señalar el voto particular de Power-Forde a la STEDH de 26 de junio de 2014, caso *M. y E. v. Suecia*, en el que este magistrado considera que la denegación del asilo por motivos de orientación sexual, fundada en la idea de que las amenazas temidas por el solicitante en su país de origen disminuirían si esa persona decidiera ocultar su condición de homosexual, constituye un quebrantamiento del Art. 3 CEDH. Entre sus argumentos, el magistrado recurre a las tesis expuestas en la STJUE de 7 de noviembre de 2013, asuntos acumulados C-199/12 a C-201/12, *X y otros*, párr. 70, para matizar que pedir a los miembros de un grupo social con una misma orientación sexual que oculten su condición, no solo es incompatible con el reconocimiento de una característica tan fundamental para la identidad de una persona, sino que es además un requerimiento contrario a los principios del Derecho internacional y europeo que otorgan “*igual valor y dignidad a todas las personas independientemente de su identidad de género u orientación sexual*”. Para este magistrado, el ocultamiento de un aspecto central de la identidad personal no debe considerarse como una simple molestia tolerable, sino más bien como “*una ofensa a la dignidad humana - un ataque a la autenticidad personal*”, de modo que “*ese requerimiento de obligada discreción y moderación dirigido a ocultar la identidad de una persona, es corrosivo de la integridad personal y de la dignidad humana*”.

⁶⁰ Concepto que la misma Corte europea reitera en la reciente STJUE de 16 de febrero de 2017, asunto C-578/16 PPU, *C. K. y otros*, (vd. párr. 59).

de que, dadas las limitaciones prácticas del encarcelamiento, se vele adecuadamente por la salud y el bienestar del recluso” (párr. 90).

Por último, con la STJUE de 10 de diciembre de 2015, asunto T-512, *Front Polisario/Consejo*, la Corte europea utiliza el concepto de dignidad humana en relación a los principios inspiradores de la política exterior de la Unión. Así, interpretando los Arts. 2, 6 y 21 del TUE, el Tribunal de Luxemburgo concluye (párr. 228) afirmando que, a la luz de esas normas, es competencia del Consejo garantizar que las actividades de producción de los productos destinados a la exportación no se lleven a cabo en países externos a la Unión en detrimento de la población del territorio en cuestión, ni impliquen violaciones de sus derechos fundamentales incluyendo, en particular, los derechos a la dignidad humana, a la vida y a la integridad de la persona pues, si la Unión actuara de esta forma negligente, podría estar fomentando indirectamente tales violaciones o beneficiarse de ellas (párr. 231).

4. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos podido constatar hasta qué punto el concepto de dignidad humana es objeto de interpretación y aplicación por parte de las dos Cortes europeas más directamente involucradas en la tutela de los derechos y libertades fundamentales en el continente europeo: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sin embargo, tras el estudio y el análisis de numerosas resoluciones de esos Tribunales, debemos rendirnos ante la evidencia de que no existe en la doctrina de estos dos órganos jurisdiccionales una descripción en positivo –clara, contundente y definitiva– de lo que es la dignidad humana desde una perspectiva puramente jurídica.

Hemos visto que, aunque este concepto tiene raíces antiguas, es a partir de la Ilustración cuando la noción de dignidad se va reforzando y ampliando, abarcando diversas ideas que tienen en el ser humano su núcleo esencial: el ser humano como sujeto indisponible, sus facultades autonormativas y, por lo tanto, su capacidad de ser autónomo, de asumir obligaciones y de disponer de derechos, todos ellos principios que contribuyen, en último análisis, a la construcción misma del concepto de persona desde un punto de vista jurídico⁶¹ e incluso cultural.

⁶¹ L. CABRERA CARO, “Autonomía y dignidad: la titularidad de los derechos”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 3, 2003, pp. 18-27.

El rechazo producido por las guerras y las masacres que sacudieron a Europa en la primera mitad del siglo pasado fue determinante para apuntalar el trinomio Derecho, persona y dignidad. La conclusión de esos conflictos y el convulso panorama político internacional que siguió a esa época, vieron en el concepto de dignidad humana un recurso esencial para el desarrollo de distintas ramas jurídicas como el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional Público, el Derecho de la Unión, el Derecho Humanitario, etc. En todos esos ámbitos, la dignidad humana sirvió para provocar un sentimiento de repudio hacia el darwinismo social y la violencia ideológica del pasado, y actuó como instrumento insoslayable para la consolidación de sistemas políticos y de gobierno inspirados en valores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo.

Así, desde entonces, la dignidad humana ha estado presente en el panorama europeo en una pluralidad de dimensiones jurídicas: la nacional, la internacional y la comunitaria. Como señala Chueca Rodríguez⁶², a partir del concepto de dignidad han ido germinando nuevos derechos y nuevas situaciones jurídico-subjetivas merecedoras de protección y tutela.

Como hemos comprobado, la misma jurisprudencia del TEDH permite corroborar esa tesis. No obstante el Convenio no recoja en el coacervo de situaciones jurídicas protegidas un derecho a la dignidad humana *tout court*, el Tribunal de Estrasburgo ha recurrido a ese valor de manera constante, recordando su relevancia como fundamento insoslayable de las sociedades democráticas de nuestro entorno, como criterio justificativo de una garantía reforzada de los derechos del CEDH y como razón para ampliar y extender dicha garantía a otras circunstancias no directamente contempladas por ese tratado.

Todo esto ha sido posible principalmente porque el Convenio concibe la dignidad humana y la libertad como su propia esencia. En este sentido, cobra valor la cita literaria de Braschi con la que hemos empezado nuestro estudio, pues realmente la dignidad humana es la medida de la libertad. En otras palabras, la dignidad y la libertad atraviesan cada uno de los preceptos de ese tratado, aunque su presencia resulta más evidente en relación a la protección de esos derechos que gozan de carácter absoluto: el así llamado *núcleo duro* del Convenio.

Así lo hemos visto en relación con algunos de los supuestos que se enmarcan dentro del Art. 2 CEDH como la protección del feto, o la definición

⁶² R. CHUECA RODRÍGUEZ, "La marginalidad...", cit., p. 49.

del alcance del derecho a la vida en relación a la aplicación de la pena de muerte o al reconocimiento del derecho a una muerte digna. Problemáticas todas ellas que, constituyendo verdaderos retos para la ciencia jurídica, han sido abordadas por el TEDH desde la perspectiva de la dignidad humana.

En el caso del Art. 3 CEDH (prohibición de las torturas y de los tratos inhumanos y degradantes), el Tribunal de Estrasburgo ha considerado ese mismo valor como el fundamento necesario para asegurar la protección de la persona humana ante un número muy amplio de circunstancias: las detenciones policiales, las condiciones de vida en el sistema penitenciario y su finalidad, el trato reservado a los inmigrantes indocumentados, etc.

En cuanto al Art. 4 CEDH (prohibición de trabajos forzados), la dignidad humana ha operado para el TEDH como una línea roja infranqueable que justifica la inadmisibilidad absoluta de situaciones como la esclavitud o la trata de seres humanos.

En relación con el Art. 8 CEDH (protección de la vida privada y familiar), el Tribunal de Estrasburgo ha considerado que, desde el respeto de la dignidad humana, los Estados deben reconocer el derecho de cualquier individuo a vivir conforme a la identidad sexual que este haya elegido, o que es conforme a los estándares del Convenio proteger la reputación de los antepasados de un determinado conjunto étnico.

Por ello, es posible afirmar que, a la luz de la doctrina del TEDH, la dignidad constituye una cláusula abierta, un verdadero margen de apreciación que permite e impone a este Tribunal el deber de extender el umbral del Convenio y de sus preceptos a todas esas circunstancias de la vida humana que requieren tutela y protección. Asimismo, las resoluciones de esa Corte nos indican que la dignidad actúa también como un límite, como una barrera infranqueable que los Estados parte no deben sobrepasar si no quieren contribuir a la autodestrucción del ser humano.

En lo que atañe a la dignidad humana en la doctrina del TJUE, hemos podido constatar que ese concepto se configura como uno de los valores inspiradores de la Unión y de las tradiciones constitucionales de los países miembros, como criterio interpretativo y como verdadero derecho fundamental consagrado en la Carta. Si en las fases anteriores a la entrada en vigor de ese Tratado, la Corte europea implementaba ese concepto casi exclusivamente en relación con el principio de igualdad y no discriminación y, en todo caso, para asegurar el buen funcionamiento del mercado común; a partir de la STJUE de 21 de diciembre de 2011, asuntos acumulados C-411/10

y C-497/10, N.S. y otros, el mismo Tribunal pasa a interpretar la dignidad como el Derecho primario y el Derecho derivado de la Unión y, sobre todo, a reconocer su naturaleza de verdadero derecho fundamental. De este modo, como hemos constatado, la Corte europea ha recurrido a la dignidad para resolver numerosos casos relacionados con el espacio de libertad, seguridad y justicia, y particularmente con el sistema de garantías que asisten a los solicitantes de asilo en territorio europeo o con los límites legales en la lucha contra el terrorismo o la delincuencia organizada.

Al margen de todo esto e independientemente del momento en el que la Carta de Niza entró en vigor, es interesante constatar que el número total de resoluciones del TJUE en el que este Tribunal cita la dignidad humana es, particularmente, reducido⁶³.

¿A qué se debe dicha circunstancia?

En primer lugar, carece de sentido pensar que una de las causas pueda consistir en la escasa atención de esa Corte hacia el valor de la dignidad humana. Por el contrario, del análisis de esas resoluciones, resulta evidente que este concepto constituye un elemento esencial de todo el sistema de tutela construido en torno a ese Tratado, un elemento que, por su basicidad, impregna todos los derechos consagrados en la Carta como demuestran todas esas resoluciones en las que el Tribunal de Justicia ha examinado el derecho a la vida, la integridad física o psíquica de la persona, la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, o la prohibición de la esclavitud, etc.

En segundo lugar, debemos recordar que la verdadera naturaleza del Tribunal de Luxemburgo no es la de un Tribunal llamado, en primera instancia, a tutelar los derechos fundamentales. Se trata de un órgano jurisdiccional importantísimo cuya función principal es la de enjuiciar la aplicación del Derecho primario y derivado de la Unión Europea, un derecho que solo desde la entrada en vigor del Tratado de Niza y del Tratado de Lisboa se ha abierto, con más vigor y más aliento, a la realidad de los derechos humanos.

De cara al futuro, cabe esperar que el diálogo que se ha instaurado entre el TJUE y el TEDH en torno a esta realidad siga avanzando y produciendo sus resultados: unos frutos que, desde la dignidad humana como medida de

⁶³ De los más de 14.500 pronunciamientos disponibles en el portal de la suprema Corte europea, solo 55 citan literalmente la expresión “*dignidad humana*” y solo 9 lo hacen en un contexto en el que el Tribunal de Justicia interpreta los contenidos del Art. 1 de la Carta.

la libertad, contribuirán a la construcción, a la ampliación y al fortalecimiento de un estándar común de protección de los derechos en Europa.

CIRO MILIONE
e-mail: z42mifuc@uco.es

ALICIA CÁRDENAS CORDÓN
e-mail: d12cocoa@uco.es

*Area de Derecho Constitucional
Departamento de Derecho Público y Económico
Facultad de Derecho y CC. EE. y EE.
Universidad de Córdoba
c/ Puerta Nueva s/n
14071 Córdoba (España)*

LA POLÉMICA SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL. ROBERT ALEXY Y EUGENIO BULYGIN*

THE DEBATE ABOUT THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND
MORALITY. ROBERT ALEXY AND EUGENIO BULYGIN

NATALINA STAMILE
Università degli studi di Bergamo

Fecha de recepción: 8-1-18

Fecha de aceptación: 24-7-19

Resumen: *Uno de los objetivos de este estudio es analizar la polémica sobre las relaciones entre Derecho y moral de Eugenio Bulygin y Robert Alexy, considerados dos de los mayores teóricos y filósofos del Derecho. Primero, en el estudio se considera las características de los aspectos fundamentales de la controversia entre el Derecho y la moral. Luego, el enfoque se dirige a la tesis no positivista de Alexy sobre el argumento de la pretensión de corrección como un elemento necesario del Derecho y sus argumentos a favor de una conexión entre Derecho y moral. A continuación se analiza la tesis positivista de Eugenio Bulygin, que sostiene la concepción contraria, es decir, enfatiza la separación entre el Derecho y la moral, y sus críticas basadas en la afirmación de la concepción del Derecho como una ciencia puramente descriptiva y no evaluativa, con un escepticismo ético. Ciertamente algunas de las características de la filosofía de Alexy y de Bulygin y algunos de sus escritos sobre la filosofía jurídica han provocado frecuentes cuestionamientos.*

* Estas notas reproducen, con variaciones y adiciones, el texto presentado al Congreso IVR Washington 2015, Especial Workshop: Bulygin's Philosophy of Law/La filosofía del Derecho de Eugenio Bulygin. Agradezco a todos quienes han intervenido en este debate, a los organizadores y a los participantes por los comentarios que hicieron. Especialmente a Juan Pablo Alonso, Pablo E. Navarro, Fco. Javier Ansuátegui Roig y Valerio Maria Cuteri, les agradezco la oportunidad de desarrollar reflexiones y de debatir sobre el tema. A Rosana Gatto y a Myriam Janeth Silva Pabón por sus consejos sobre estilo. La autora desea agradecer también al Centro de Asesoramiento a la Publicación académica, CAPA (<http://www.capa.ufpr.br>) de la Universidade Federal do Paraná (UFPR) por la asistencia en la edición en lengua española.

Abstract: *One of the aims of this study is to analyze the relationship between Law and morality through Eugenio Bulygin and Robert Alexy who could be considered two of the most important legal theorists and legal philosophers. First, the paper considers characteristics of the fundamental features of the controversy between Law and morality. Then, the focus turns to Alexy's non-positivist thesis about the argument of the claim of correctness as a necessary element of the Law and his arguments in favor of a connection between Law and morality. Next, on the contrary, Bulygin, a positivist, emphasizes the separation between Law and morality. Criticisms formulated by Eugenio Bulygin affirm the conception of the Law as a purely descriptive and non-evaluative science, in addition to an ethical skepticism. Undoubtedly some of the characteristics of Alexy's and Bulygin's philosophies and some of their writings on legal philosophy have caused frequent questioning.*

Palabras clave: Derecho y moral, pretensión de corrección, Teoría de la argumentación jurídica, positivismo jurídico, justicia

Keywords: Law and morality, claim of correctness, Theory of legal argumentation, legal positivism, justice

1. INTRODUCCIÓN

Para introducir y desarrollar el análisis sobre el diálogo entre Robert Alexy y Eugenio Bulygin se podría reportar la afirmación de Jürgen Habermas sobre el positivismo jurídico, es decir que este no garantizaría la corrección sino sólo la seguridad jurídica¹. Con el fin de entender mejor el diálogo entre ellos es necesario hacer una pequeña introducción a sus distintos antecedentes culturales. Es así que, con referencia a Alexy, por un lado es necesario introducir, sucintamente, el debate sobre algunas reflexiones formuladas por Ronald Dworkin que junto a Habermas elabora una visión deontológica pero no axiológica de la teoría sobre los derechos². Según Dworkin, en el discurso jurídico no hay sólo razones jurídicas, sino también razones que tienen una naturaleza extrajurídica, especialmente la moral y ética, y su propio consumo puede ser capaz de superar la visión de separación formulada por el positivismo jurídico. De hecho, si pensamos en la decisión que un juez toma en relación con un caso en particular, él mues-

¹ J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado de Derecho en términos de teoría del discurso*, traducción de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2010, p. 249.

² G. BONGIOVANNI, "La teoria "costituzionalista" del diritto di Ronald Dworkin", en G. ZANETTI, (ed.), *Filosofi del diritto contemporaneo*, Raffaello Cortina editore, Milano, 1999, pp. 247 ss.

tra que ha sido influenciado también por instancias teleológicas y principios morales. Así que el discurso jurídico parece abierto a razones de carácter extrajurídico. Por lo tanto, esta visión parece adaptarse perfectamente a la distinción entre principios y reglas de las que hablan tanto Dworkin, Alexy y Habermas. El positivismo jurídico parece aceptar con recelo la presencia de los principios y por eso admite sólo las reglas, como ha notado Habermas

“[...] el positivismo llega a una falsa tesis de autonomía, porque entiende el Derecho como un sistema cerrado de reglas que vienen ya determinadas pensando en su aplicación específica, las cuales harían menester en caso de coalición, una decisión todo-o-nada, dejada a la discreción del juez. Y es sólo esta concepción unidimensional del Derecho, como un sistema de reglas exento de principios, el que obliga a sacar la conclusión de que las colisiones de reglas traen consigo una indeterminación de la situación jurídica, que cabe sólo eliminar ya en términos decisionistas. En cuando se admiten los principios, y se admite que cabe una justificación superior de las aplicaciones de normas, efectuada a la luz de principios, y se reconocen, por tanto, los principios como ingredientes normales del discurso jurídico, desaparecen tanto el carácter cerrado del sistema jurídico, como la irresolubilidad de los conflictos entre reglas”³.

Sin embargo, pensar en la validez de la norma (o la regla), como es entendida por parte de los positivistas, no dice nada sobre su contenido, es decir que una norma (o una regla), no obstante haya sido promulgada de manera imparcial, podría realizar cualquier contenido. Por lo tanto, como señala Habermas, no es suficiente que la norma sea válida para garantizar la justicia en cada caso⁴. Tal consideración, así formulada, también podría valer con respecto a los principios, de hecho la validez de un principio no tiene nada que ver con su correcta o imparcial aplicación. Pero para Dworkin los principios tienen un significado deontológico y no podrían ser interpretados como valores de la que deriva su validez universal. Sin embargo, definir un principio como carácter deontológico significa atribuirle un espacio de indisponibilidad y esto se traduce como una irreductibilidad de las razones extrajurídicas al Derecho positivo.

Por ello, Dworkin esboza la llamada “Comunidad de principio”, donde nace y florece la “interpretación constructiva” y el juez, el moderno

³ J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 279.

⁴ *Ibidem*.

Hércules, en este contexto, será capaz de tomar la única respuesta correcta sobre la base de los principios que son el resultado tanto de un desarrollo histórico específico como de una concepción unitaria de una constitución. Dworkin, de este modo, intenta argumentar que los precedentes tienen un peso diferente en las decisiones hodiernas, por lo que al final Hércules también puede “dejar como errónea cualquier parte de la historia institucional”⁵. Procediendo de esta manera constructiva, la teoría jurídica debe ser tan selectiva como para ser capaz de autorizar cada vez “la única solución correcta”⁶.

No obstante, Habermas que reconoce la importancia de los principios, entra en polémica con Dworkin, sosteniendo que la única seguridad posible es una seguridad jurídica producto de un procedimiento, en cuanto

“la formulada teoría del Derecho da la posibilidad de cambiar las decisiones correctas (para cada caso concreto “la única solución correcta”) que garantizan la seguridad jurídica en un plano distinto. Los derechos procedimentales garantizan a toda persona jurídica la pretensión de un procedimiento fair, el cual no garantiza seguridad de resultado, pero sí la clarificación discursiva de todas las cuestiones de hecho y de Derecho que resultan pertinentes”⁷.

Por lo tanto, la presencia de los principios admite la concepción procedimentalista del Derecho y

“al contrario de lo que supone la exigencia de coherencia ideal del Derecho vigente, la interpretación coherente de un caso dentro de un paradigma jurídico fijo permanece esencialmente infradeterminada; pues tal interpretación ha de competir con otras interpretaciones asimismo coherentes del mismo caso en paradigmas jurídicos alternativos. Y por esta razón habrá de ser una comprensión procedimentalista del Derecho la que señale el nivel o plano en el que los

⁵ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, traducción de M. Guastavano, Ariel, Barcelona, 1984, passim.

⁶ Ibidem.

⁷ J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 291, el cual precisa que: “así, los afectados pueden contar con que en el procedimiento no resulten decisorias para el fallo del juez cualesquiera de las razones, sino sólo razones relevantes. Si consideramos el Derecho vigente como un sistema normativo idealmente coherente, esta seguridad jurídica dependiente del procedimiento puede satisfacer las expectativas de una comunidad jurídica preocupada por su integridad, orientada por principios, de suerte que a cada uno le queden garantizados los derechos que le asisten”.

paradigmas jurídicos, convertidos en reflexivos, se abran los unos a los otros y puedan acreditarse en la diversidad, movilizada en cada caso, y que representen las distintas interpretaciones posibles de la situación”⁸.

Entonces, es claro cómo las múltiples interpretaciones, de las cuales habla Habermas, no pueden ser atribuidas a un sólo y único juez, contrariamente a cuanto sostiene Dworkin, como hemos visto antes. Tales consideraciones son necesarias para Habermas, vale aquí sólo a modo indicativo, para introducir la interpretación procedimental del Derecho en la teoría de la democracia, porque en su opinión sólo una concepción procedimental del Derecho es capaz de legitimar la democracia⁹. A través de tales interpretaciones procedurales se pueden obtener argumentaciones jurídicas que hacen aceptar los juicios normativos de manera racional. Entonces, son los argumentos a fundar las “pretensiones de validez” precedidos por enunciados descriptivos o normativos en los que Habermas desarrolla su teoría del discurso del Derecho. Por tanto, como algunos estudiosos han comentado, la teoría del discurso hace depender la aceptabilidad racional de las normas o de las decisiones judiciales del cumplimiento de las condiciones de validez, y esto se hace a través de motivaciones producidas mediante argumentos¹⁰. Sin duda, también, la tesis formulada es susceptible de una serie de críticas y objeciones, *in primis*: ¿cómo hacen las condiciones procedurales para permitir decisiones justas y correctas? Frente a esta crítica Habermas toma una posición de integración entre cuestiones jurídicas y morales, y afirma que

[...] el principio de discurso, que tiene por fin asegurar un consenso sin coerciones, sólo puede hacerse valer en este caso indirectamente, a saber, mediante procedimientos que regulen las negociaciones de suerte que estas resulten ser fair. [...] Pues, las condiciones procedimentales bajo las que los

⁸ Ivi, pp. 292 y 293. El autor afirma que «los paradigmas se consolidan formando ideologías en la medida en que se cierran sistemáticamente contra todas las nuevas interpretaciones de la situación, y contra otras posibles interpretaciones pertinentes de los derechos y de los principios, efectuadas a la luz de nuevas experiencias históricas [...] Paradigmas “cerrados”, que a través de monopolios profesionales o jurisprudencialmente institucionalizados de interpretación se estabilizan ellos mismos y sólo pueden ya revisarse internamente, es decir, recurriendo a sus propios criterios, se exponen además a una objeción metodológica mediante la cual vuelve a hacerse valer el escepticismo del realismo jurídico».

⁹ G. GOZZI, “Jürgen Habermas e Robert Alexy: morale, diritto e democrazia discorsiva” en G. ZANETTI, *Filosofía del diritto contemporanei*, cit., pp. 305 ss.

¹⁰ Ivi, p. 290.

compromisos a que fácticamente se llegue pueden tener también a su favor la presunción de ser fair, tienen que ser justificadas en un discurso moral. Además las negociaciones sólo pueden ser admisibles o necesarias cuando están en juego intereses particulares, es decir, intereses que por principio no sean susceptibles de universalización, lo que a su vez ha de comprobarse en discursos morales. Las negociaciones fair no destruyen, el principio de discurso, sino que lo presuponen”¹¹.

Además, parece que la tesis de la conexión entre Derecho y moral llamada “argumento de la mera existencia” se acerca a la posición de Habermas en cuanto sostiene que el Derecho tiene la función de sanar los defectos típicos de la moral haciéndola llegar a ser cierta y eficaz¹². Entonces, parece claro cómo la relación de integración y de complementariedad entre el Derecho y la moral es una relación que se caracterizaría por ser peculiar, en el sentido de que el consenso moral conduciría a una forma de integridad política¹³. Por tanto, volviendo a dirigir nuestra atención al pensamiento formulado por Alexy y al diálogo con Bulygin, porque la intención es la de incluirlos en el debate, es necesario señalar que Alexy comparte la postura sobre la conexión entre Derecho y moral no obstante ofrece argumentos distintos con respecto a Dworkin. Por ejemplo, Alexy comparte la distinción entre reglas y principios pero contrasta con Dworkin justo en este aspecto, es decir, cuando Dworkin sostiene que entre un contexto institucional, los jueces virtuosos, como Hércules, pueden encontrar la “única respuesta correcta” para cada caso de colisión entre principios. Alexy rebate diciendo que hay sólo respuestas procesalmente racionales, compatibles también con respuestas absoluta y totalmente contradictorias.

¹¹ J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., pp. 234 y 235.

¹² Véase: M. LA TORRE, *Norme istituzioni valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Laterza, Roma - Bari, 1999, p. 306, el cual sostiene que el Derecho se justifica por el hecho de que los principios de la moral sufren de una elevada indeterminación y vaguedad cognitiva y normativa, es decir que son vagos en sus contenidos y sin una fuerte capacidad de motivación de las conductas. El Derecho, con sus procedimientos públicos de accertamiento, deliberación y ejecución, ofrece una brillante solución a ambos problemas de indeterminación.

¹³ Para una mayor profundización véase: M. LALATTA COSTERBOSA, “Diritto e Potere”, en M. LA TORRE - A. SCERBO (eds.), *Una introduzione alla filosofia del diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003, pp. 163 ss; Sobre el concepto de democracia, véase: M. LA TORRE, “Democrazia”, en M. LA TORRE - G. ZANETTI (eds.) *Seminari di Filosofia del diritto. Categorie dal dibattito contemporaneo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2000, p. 177 ss; también, J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., passim.

Bulygin, en cambio, tiene un antecedente cultural diferente y en la base de su concepción de la filosofía del Derecho están sobre todo la filosofía analítica y la lógica y la teoría pura del Derecho, debido en buena medida a la influencia de dos grandes lógicos y filósofos. Por un lado, Georg Henrik von Wright, cuya obra fue un modelo de análisis conceptual, y por otro lado Carlos E. Alchourrón. Los dos han dejado una profunda huella en su actividad filosófica¹⁴. Bulygin es uno de los mayores exponentes del positivismo jurídico y observa, a este respecto, que el mismo consiste en la distinción entre la descripción del Derecho positivo y su valoración como justo o injusto. Esto implica varias consecuencias: el Derecho, siendo un producto de la actividad humana, puede ser bueno o malo, justo o injusto y consecuentemente no existe algo llamado Derecho natural. Además, si se considera la fórmula de Radbruch, es decir una norma injusta no puede ser una norma jurídica, todo Derecho sería justo porque “[...] no hay posibilidad de criticarlo por injusto, pero la crítica del Derecho es una parte muy importante del quehacer de los juristas. Para poder valorar y criticar el Derecho hay que conocerlo, pues el conocimiento de un objeto es lógica-

¹⁴ Véase: E. BULYGIN, “Mi visión de la filosofía del Derecho”, *Doxa*, núm. 32, 2009, p. 86; para una mayor profundización véase también: P. E. NAVARRO, “Prólogo. Eugenio Bulygin y la filosofía del derecho contemporánea” en J. J. MORESO - M. C. REDONDO (eds.), *Un dialogo con la teoría de Eugenio Bulygin*, Marcial Pons, Madrid, 2007, el cual subraya las importantes contribuciones a la filosofía del derecho contemporánea por “un mítico ser filosófico: Carlos Eugenio Bulyrrón” y señalando también los aportes individuales. Además, el autor precisa que “aunque estas últimas reflexiones no pretenden desdibujar la importancia de su obra conjunta con Alchourrón ni matizar la enorme influencia que él tuvo en la obra independiente de Bulygin”, p. 17. Véase también: P. E. NAVARRO, *Laudatio de Eugenio Bulygin*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 20 de octubre de 2011. El autor reporta que el trabajo conjunto de Alchourrón y Bulygin “ha fluido a lo largo de 35 años con tal homogeneidad que -como recuerda David Mackinson en tono de broma- “[...] una generación de estudiantes en Buenos Aires creció bajo la ilusión de que el autor de la versión española del libro, publicada en 1975, bajo el título *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, fue un tal Alchourrón-Bulygin”, p. 4; y C. ALCHOURRÓN - E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. XVII, donde los autores precisan que “aunque algunos artículos aparecen firmados por Alchourrón, otros por Bulygin y muchos por Alchourrón y Bulygin, esto ocurre tan sólo para preservar la verdad histórica; en la realidad la coincidencia entre los enfoques teóricos es tan grande que no sería demasiado exagerado considerar que todos esos trabajos hayan salido de la misma pluma empuñada -según algunas malas lenguas “Alchourron-Bulygin”- por Carlos Eugenio Bulyrrón un personaje mítico, que sólo realiza actividades filosóficas”.

mente previo a su valoración”¹⁵. Y siempre Bulygin subraya que, sin duda alguna, el Derecho se compone también de valoraciones y que estas últimas sin embargo se pueden describir sin valorarlas. De esta manera, se puede afirmar que la “ciencia no valorativa” es un pleonasma y la “ciencia valorativa” una contradicción en los términos¹⁶. Bajo estas premisas el filósofo argentino considera el caso de que el Derecho no contiene una respuesta unívoca a un problema jurídico. Por ejemplo, en el caso de las antinomias o contradicciones normativas, se supone la existencia de más de una respuesta pero que son incompatibles; mientras que cuando no hay respuesta se delinean las lagunas normativas; además, considéranse los casos de penumbra y de lagunas de reconocimiento, es decir, cuando el lenguaje se presenta vago generando dudas si el caso cae o no dentro del ámbito de aplicación de la norma¹⁷. Por último, siempre en la perspectiva de Bulygin, la hipótesis más interesante se configura cuando el Derecho ofrece una solución clara y unívoca pero el juez la considera injusta o inconveniente¹⁸. A pesar de esta discrepancia, “si el juez encuentra una solución clara y unívoca, debe aplicarla. Pero si no la encuentra, igualmente tiene que resolver el caso y es aquí donde los caminos de la ciencia descriptiva del Derecho y la función del juez se bifurcan”¹⁹.

En definitiva, el presente estudio se compone de una breve reseña sobre las tesis más importantes a favor y en contra de una relación entre Derecho y

¹⁵ E. BULYGIN, “Mi visión de la filosofía del Derecho”, cit., pp. 87-88. El autor destaca también que “[...] Sostener que un Derecho injusto no es Derecho se reduce en el fondo a un mero cambio de nombre: en vez de llamar ‘Derecho’ a las normas injustas, le ponemos otro rótulo, pero el cambio de nombre no cambia las cosas y no elimina las injusticias. Es cierto que el positivismo jurídico parece estar a la defensiva en la actualidad. Así piensan no sólo sus adversarios, sino también muchos positivistas”.

¹⁶ Ivi, p. 88.

¹⁷ Ibidem. Bulygin señala que «tanto en el caso en que hayan más de una respuesta y éstas sean incompatibles (antinomias o contradicciones normativas), como cuando el Derecho no contenga ninguna respuesta (lagunas normativas). También puede suceder que la solución que ofrece el Derecho esté formulada en términos vagos, de modo que no se sepa si el caso individual que tiene que resolver el juez está dentro o fuera del ámbito de aplicación de una norma general (casos de penumbra o lagunas de reconocimiento)». Además, para una crítica a la distinción entre lagunas de conocimiento y reconocimiento en *Normative Systems*, formuladas por Alchourrón y Bulygin, véase P. E. NAVARRO, “Lagunas de conocimiento y lagunas de reconocimiento” *Análisis Filosófico XXVI*, núm. 2, 2006, pp. 190-228.

¹⁸ Ivi, p. 89.

¹⁹ Ivi, p. 90.

moral y un análisis detallado sobre la polémica entre Alexy y Bulygin junto a algunas reflexiones conclusivas.

2. BREVE INFORME SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

Como sostiene Francisco Laporta: “Todo aquél que se aventura por los vericuetos de la filosofía del Derecho se topa antes o después con el tema de las relaciones entre Derecho y moral. Parece ser una aduana ineludible, un precio que hay que pagar por el viaje”²⁰. Una de las cuestiones más discutidas en el Derecho, no sólo en el ámbito de la filosofía del Derecho, es la relación que existe entre Derecho y moral, un asunto que parece estar inevitablemente condenado a la polémica. Por lo tanto, el problema central de ella, parece relacionarse con el concepto mismo de Derecho, por lo que ocupa un lugar fundamental en la filosofía del Derecho. Aunque los autores no siempre estén de acuerdo sobre cómo caracterizar este concepto, ni sobre cómo explicarlo, se entiende que la relación entre Derecho y moral constituye una base para la caracterización y descripción del Derecho en general. Por ejemplo, se ha señalado que “toda discusión acerca del concepto de Derecho, por compleja y aparentemente novedosa que pueda ser, deviene, tarde o temprano, en una discusión acerca de la relación entre Derecho y moral; se trata, en definitiva, de dilucidar si existe entre ambos algún tipo de conexión ineludible en algún sentido”²¹.

Por consiguiente, de manera sencilla y no exhaustiva, se pueden individualizar tesis y tipos de argumentos posibles a favor tanto de la separación, como también de la conexión entre Derecho y moral. Sin ninguna pretensión de agotar o enumerar por completo a las mismas, aquí se discuten de manera crítica las más importantes. Por un lado, en el primer caso, en el ámbito de la separación, se puede individualizar una tesis clásica, basada sobre la distinción entre la convicción (convencimiento) o conciencia y acción o conducta, es decir, el Derecho regula la conducta externa (acción) mientras que la moral se refiere a la actitud interna de cada persona (conciencia). Dicho de otra manera, la moral tiene que ver con los *finés* de una conducta y el Derecho se ocupa de los medios adecuados para lograr esos objetivos y fines. Además,

²⁰ F. LAPORTA, *Entre el Derecho y la moral*, Fontamara, México, 1993, p. 7. El autor argumenta sobre la separación entre Derecho y moral y sus problemas.

²¹ Véase: J. M. CABRA APALATEGUI, “La concepción no positivista del Derecho de Robert Alexy”, *Anuario de filosofía del Derecho*, núm. 22, 2005, p. 131.

un criterio podría estar identificado con la idea de sanción, es decir que el Derecho necesita utilizar la fuerza por medio de la sanción, pero la moral no está garantizada desde cualquier mecanismo sancionatorio ni puede realizarse por medio de una utilización externa de la fuerza. Así que si el Derecho es coercible, la moral no lo es, pero se puede rebatir que algunas normas jurídicas no incluyen o formalizan siempre sanciones. Otro criterio podría ser la universalidad, es decir, la moral tiene una validez universal, contrariamente al Derecho, que tiene validez sólo en un determinado sistema jurídico, y su pretensión de validez tiene límites temporales y espaciales²². Cerca de esta consideración está la tesis formulada por Klaus Günther, discípulo de Jürgen Habermas, que ha criticado la teoría del caso especial de Alexy. El autor afirma que es necesario distinguir en el discurso práctico-moral un discurso de justificación y un discurso de aplicación. El primero se refiere solamente a la esfera del discurso moral y el segundo al discurso jurídico, entonces implicaría también la aplicación de la norma²³. Con respecto a la tesis de Günther, Habermas nota que dentro del discurso práctico-moral se distingue un aspecto de fundamentación y uno de aplicación, entendiendo, por un lado, la argumentación jurídica como un caso especial del discurso moral de aplicación y, por otro, que el discurso jurídico queda descargado de cuestiones de fundamentación²⁴. Aunque Günther hace esta distinción, él mismo admite que en el ámbito de la moral están presentes tanto un momento típicamente de justificación cuanto otro de aplicación y la consecuencia de esta consideración es evidente: no se obtiene más una distinción homogénea.

Una distinta pero más conocida tesis a favor de la separación, es aquella formulada por Hans Kelsen. Es evidente la referencia a la teoría pura del Derecho, donde la moral representa el deber ser (*sollen*) contrariamente al Derecho, que se refiere a la esfera del ser (*sein*). Por lo tanto detrás de esta concepción está la descripción del Derecho como un sistema de normas que tienen un contenido de coacción, es decir, sanción²⁵. La distinción entre *sollen* y *sein* se encuentra también en la base de la tesis lógica defendida por Hart, “El Derecho así como es” determina el punto de vista jurídico y “el Derecho

²² Para una mayor profundización véase: L. L. FULLER, “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958, pp. 630 ss.

²³ Véase: K. GÜNTHER, “Ein normativer Begriff der Kohärenz. Für eine Theorie der juristischen Argumentation”, *Rechtstheorie*, núm. 20, 1989, pp.163-190.

²⁴ J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 304.

²⁵ Véase: H. KELSEN, *La teoría pura del Derecho*, traducción de R. J. Vernengo, UNAM, México, 1982, *passim*.

así como debería ser” implica el punto de vista de la moral. La tesis lógica reclama la distinción entre enunciados descriptivos y enunciados prescriptivos, porque la moral, desde esta perspectiva, sería puramente subjetiva y sin posibilidad de un momento de conocimiento²⁶.

Por último, se señala la tesis formulada por el institucionalismo, es decir que sólo el Derecho es institucional porque es heterónomo y la moral es autónoma porque no puede ser institucional. La afirmación de que las normas jurídicas son casi siempre regulativas, es decir que se refieren solamente a conductas posibles, no tiene en cuenta que las normas jurídicas se componen tanto de normas regulativas como de normas constitutivas, que producen ámbitos posibles de acciones²⁷. Abreviadamente, utilizando las palabras de Bulygin, se puede resumir que el positivismo jurídico define el Derecho como un fenómeno social:

“un artefacto creado por el hombre, basado en hechos sociales complejos y fundado en última instancia en convenciones sociales. Una consecuencia directa de esta posición es una clara separación entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser (Bentham, Austin), entre descripción y valoración (Kelsen), entre Derecho y moral (Hart, Raz). Esta es la famosa tesis de separación (Trennungsthese, como se la llama en la literatura alemana) que consiste en sostener que no hay una conexión necesaria (conceptual o lógica) entre Derecho y moral y que es considerada habitualmente (y con razón) una característica definitoria del positivismo jurídico”²⁸.

Por otro lado están las tesis formuladas a favor de cualquier tipo de conexión entre Derecho y moral. Un primer argumento, conocido como “argumento de la injusticia”²⁹, se mueve en torno a la fórmula de Radbruch, es decir que cuando hay un conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica, se solucionaría atribuyendo prioridad al Derecho positivo, garantizado por el ordenamiento, y también cuando su contenido sea injusto e irracional; excep-

²⁶ Véase: H. L. A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983, passim y también véase: Id., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961, passim.

²⁷ Véase: J. R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969, passim.

²⁸ E. BULYGIN, “¿Está (parte de) la filosofía del Derecho basada en un error?”, *Doxa*, núm. 27, 2004, p. 16.

²⁹ Ralf Dreier y Robert Alexy hablan de *Unrechtsargument*, véase: M. LA TORRE, *Norme istituzionali valori*, cit., p. 304.

to en el caso en que el contraste entre el Derecho positivo y la justicia resulte ser tan intolerable que “el Derecho injusto” debe ceder ante la justicia³⁰. Por ello, al comentar esta fórmula, Robert Alexy señala que consta de dos partes:

“En la primera parte se dice que las leyes positivistas pierden validez jurídica si su contradicción con la justicia alcanza una “medida insostenible”. Esto puede ser designado como “la fórmula de la intolerancia”. En la segunda parte, se niega la naturaleza jurídica a las leyes positivas si en su establecimiento “es negada conscientemente” la igualdad, que según Radbruch representa el núcleo de la justicia. Esto se puede denominar “la fórmula de la negación””³¹.

Por lo tanto, mientras la fórmula de la intolerancia parece tener un carácter objetivo, por el contrario, la fórmula de la negación parece implicar un carácter subjetivo. Dicha fórmula de Radbruch no es así de simple como parece tras una primera lectura y, no obstante, lo característico es que no exige una perfecta coincidencia entre Derecho y moral, porque permite la existencia de un Derecho promulgado, eficaz y válido pero injusto, que ha creado una serie infinita de críticas y polémicas³².

El segundo argumento a favor de una vinculación entre Derecho y moral es llamado “argumento de la mera existencia”. Se trata de un argumento que se compone de dos variantes, una débil y otra fuerte. La primera versión es adoptada, por ejemplo, por Aleksander Peczenick, que ha señalado que la moral no es arbitraria y que es nuestra cultura la que nos obliga a aceptar algunas razones morales *prima facie*³³.

De esta manera, él elabora una teoría sobre la existencia de algunas razones a favor de la obligación moral *prima facie* general de obedecer al Derecho y propone la siguiente justificación de relaciones entre el Derecho y los deberes o pretensiones morales *prima facie*:

³⁰ G. RADBRUCH, “Gezetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht” en Id., *Gesamtausgabe*, A. KAUFMANN (HG), Heidelberg, C. F. Müller, 1990, v. 3, p. 89. La versión sucinta de la fórmula de Radbruch es la siguiente: “las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas [...] La extrema injusticia no es Derecho”, p. 121 y p. 154.

³¹ R. ALEXY, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *Anuario de la Facultad de Coruña*, núm. 5, 2001, p. 76.

³² Al respecto véase la infinita cantidad de referencias bibliográficas sobre este tema.

³³ A. PECZENICK, “Dimensiones morales del Derecho”, *Doxa*, núm 8, 1990, p. 100.

“El razonamiento moral es relativamente indeterminado, como consecuencia de su dependencia última de la intuición y la voluntad. [...] Sin embargo, la moral consiste, ante todo, en principios que uno debe sopesar y equilibrar entre sí. Distintas personas pueden estar de acuerdo acerca de cuáles son los principios relevantes para el problema moral en cuestión, y sin embargo, discrepar al sopesarlos y equilibrarlos. Un caos moralmente objetable podría darse en una sociedad moderna, si ésta ya no tuviera un ordenamiento jurídico, es decir, un sistema normativo que esté bien determinado y hecho público. Es, por tanto, moralmente mejor tener una sociedad que posea un ordenamiento jurídico que en algunos casos conduce a decisiones moralmente incorrectas, que forzar a los individuos a confiar en sus propios juicios morales en todos los casos”³⁴.

La versión fuerte del argumento de la mera existencia es representada por Lord Devlin, que sostiene, sucintamente, que el Derecho tiene la función de proteger la vida y la continuidad de una comunidad o de una sociedad y por eso tiene el deber de implementar la moral positiva independientemente de la moral crítica³⁵.

Por último, pero no menos importante, se señala “el argumento hermenéutico trascendental”³⁶, es decir que cualquier tipo de toma de decisión jurídica por parte de un juez implica también una decisión moral. Como se señalaba antes en la introducción, una versión de este tipo de argumentación a favor de la conexión es formulada por Ronald Dworkin, es decir “el argumento de los principios”³⁷. A lado de eso está “la tesis del caso especial” defendida por Rober Alexy. La conexión entre Derecho y moral es basada sobre la descripción que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general y del discurso moral en particular, así que el Derecho sería dotado de una pretensión de corrección. Este último aspecto es muy controvertido y no faltan polémicas. Más allá, se atenderá al diálogo sobre este punto entre Alexy y Bulygin.

³⁴ Ibidem, todavía Peczenick precisa que “Razones todavía más fuertes apoyan nuestro deber de obedecer al Derecho en una sociedad *democrática*. La autoridad de los Derechos democráticamente creados se apoya, *inter alia*, en el principio de la mayoría. Este principio es una aproximación de un cálculo de preferencias humanas, aproximándose él mismo a la idea de lo moralmente bueno”.

³⁵ Véase: L. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1959.

³⁶ Véase: M. LA TORRE, *Norme istituzioni valori*, cit., p. 306.

³⁷ Por ejemplo véase: R. DWORKIN, *Law's Empire*, Fontana Press, London, 1986.

En conclusión, citando Alexy, se pueden individuar dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista.

“La primera sostiene la tesis de la separación, es decir que el Derecho debe ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral. Así que entre Derecho y moral no existe ninguna conexión. Por otro lado la posición no positivista sostiene la tesis de la vinculación, es decir que el Derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales. Tanto en las teorías positivistas como en las teorías no positivistas se encuentran diversas interpretaciones y acentuaciones”³⁸.

Dicho de otra manera, sería considerar la relación entre Derecho y moral, como un mero resultado de la inevitable polémica entre iuspositivismo e iusnaturalismo. Así, brevemente, y dirigiéndose a los fundamentos, se puede afirmar que la primera posición básica, la positivista, sostiene en general la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral aunque no excluye que podría existir una cualquier otra forma de establecer relación o relaciones. Se suele distinguir un positivismo exclusivo y un positivismo inclusivo³⁹. Para el primer tipo de positivismo, defendido sobre todo por Raz, la moral es necesariamente excluida desde el concepto de Derecho⁴⁰. Por el contrario, el positivismo inclusivo, por ejemplo en la versión adoptada por Jules Coleman, asume que la moral no necesariamente se excluye o incluye en el concepto de Derecho: la inclusión de la moral es una cuestión contingente y convencional dependiendo de lo que el Derecho positivo afirma⁴¹. Como nota Bulygin el positivismo inclusivo destaca que la moral no es nece-

³⁸ R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, traducción de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 13-14.

³⁹ En la opinión de Robert Alexy, dentro el iuspositivismo la distinción entre positivismo jurídico exclusivo y positivismo jurídico inclusivo es la distinción más importante con referencia a la relación entre Derecho y moral. Véase: R. Alexy, *La natura del diritto. Per una teoria non - positivista*, trad. it. de N. Stamile y P. Chiarella, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015, p. 6. También vease: Id., “Law, Morality, and the Existence of Human Rights”, *Ratio Juris*, núm. 25, 2012, p. 4. Sobre el papel dominante que ha desempeñado el positivismo en la filosofía contemporánea véase también: P. E. NAVARRO, “Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico”, *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 133-163; VV. AA. “Positivismo giuridico e oggettività dei valori”, *Diritto&Questioni pubbliche*, núm. 1, 2001.

⁴⁰ J. RAZ, *The authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, en particular p. 47.

⁴¹ Véase, J. COLEMAN, “Authority and Reason”, en R. P. GEORGE (ed), *The Autonomy of Law. Essay on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1996, en particular, p. 316.

saría, sino contingente. al Derecho, al menos en las democracias constitucionales modernas⁴², aún más subrayando que:

*“los intentos de muchos positivistas y de casi todos los anti positivistas de dar cuenta de la normatividad del Derecho están basados en un malentendido. Mi tesis principal es que el problema de la normatividad del Derecho, entendido como el de su valor moral, no es un problema jurídico, sino moral y que, por lo tanto, su solución pertenece al campo de la filosofía moral y no al de la filosofía jurídica”*⁴³.

Por ello, las respuestas anti positivistas calificadas como iusnaturalistas se distinguen porque sostienen que, aunque el Derecho se refiere a hechos sociales, esto no agota el mismo concepto de Derecho, que se compone también de valores morales, especialmente el de la justicia⁴⁴. Así, por otro lado, la segunda posición básica, la no positivista, sostiene *la tesis de la vinculación*, es decir, que el Derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales. Tanto en las teorías positivistas como en las teorías no positivistas se encuentran diversas interpretaciones y se resaltan distintos rasgos fundamentales, por ejemplo, las influencias que ejercen sobre algunos conceptos básicos, como la noción misma de Derecho, el Estado de Derecho, la democracia, y la discusión problemática sobre la relación entre Derecho y moral).

⁴² E. BULYGIN, “¿Está (parte de) la filosofía del Derecho basada en un error?” cit., pp. 16-17. El autor reporta que Jules Coleman sostuvo que el Derecho no sólo no impone deberes morales, sino que es un error pensar que una teoría jurídica adecuada debe explicar la fuerza normativa del Derecho. El Derecho sólo tiene valor instrumental y su autoridad depende del hecho de que es una manera convencionalmente aceptada de producir consecuencias sociales deseables. Si hay un deber moral de hacer lo que el Derecho ordena, el hecho de que esa conducta es requerida por el Derecho no desempeña ningún papel en una teoría defendible que pretenda dar cuenta de ello. La conclusión de Coleman es que en vez de sentirse molestos sobre las implicaciones de la tesis de la separación, los positivistas deberían festejar el hecho de que ellos no pueden dar cuenta de la obligatoriedad del Derecho. La regla de reconocimiento no es más que una regla social y no proporciona ningún fundamento para la obligación.

⁴³ Ivi, p. 16.

⁴⁴ Ibidem. Al respecto Bulygin explícitamente afirma que “Las teorías jusnaturalistas sostienen que la referencia a hechos sociales en los que se origina el Derecho no agota el concepto de Derecho, que contiene, además, otro aspecto relacionado a valores morales y muy especialmente al valor justicia. Así, por ejemplo, Alexy habla de una dimensión ideal del Derecho, consistente en su pretensión de corrección moral; Nino considera que el Derecho es parte de la moral; otros autores como Dworkin o Garzón Valdés, sostienen que la moral necesariamente forma parte del Derecho”.

Precisamente, en este estudio se analiza la polémica sobre las relaciones entre Derecho y moral, de Eugenio Bulygin y Robert Alexy, que representan dos de los máximos teóricos y filósofos del Derecho. A partir de estas premisas, es decir, de una caracterización general y de una exposición breve de los rasgos fundamentales de la polémica entre Derecho y moral, se considera en detalle, a continuación, la discusión sobre el argumento de la corrección o de la pretensión de corrección, como un elemento necesario del Derecho para argumentar a favor de una relación entre Derecho y moral, así como la pretensión de que la corrección en el Derecho es una pretensión de justicia, propuesta por Robert Alexy, y las críticas formuladas por Eugenio Bulygin, que sostiene la concepción contraria, de la ciencia jurídica como ciencia puramente descriptiva y no valorativa, con escepticismo ético y de acuerdo totalmente con Coleman que los filósofos del Derecho deberían dejar de tratar de dar respuestas a preguntas que carecen de sentido⁴⁵. Ciertamente, algunas de las características de la filosofía de Alexy y de Bulygin y también algunos de sus escritos sobre la filosofía jurídica han provocado frecuentes cuestionamientos.

3. LA POLÉMICA SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL: ROBERT ALEXY Y EUGENIO BULYGIN

Se procede, en esta sección, a una reconstrucción de los puntos más relevantes para una comprensión clara de lo que Alexy ha sostenido en sus escritos, sobre todo respecto a su defensa de una cierta versión del concepto no positivista del Derecho, es decir, de la tesis de la conexión entre Derecho y moral formulada por medio de la pretensión de corrección del Derecho, y sucesivamente, se reconstruyen las críticas más eficaces que ha formulado Eugenio Bulygin.

3.1. Alexy y la pretensión de corrección del Derecho

Robert Alexy introduce la idea de la pretensión de corrección con el fin de argumentar a favor de la relación conceptual entre el Derecho y la moral. Tal pretensión de corrección es definida como una pretensión de justicia, elemento necesario del mismo concepto de Derecho para que se establezca una

⁴⁵ Ivi, p. 17.

conexión entre el Derecho y la moral⁴⁶. Alexy, junto a Dworkin, parece representar una de las expresiones más significativas del neoconstitucionalismo⁴⁷, en cuanto entiende tratar “la recuperación de las tendencias antipositivistas al lado de las teorías iuspositivistas orientadas”⁴⁸. La teoría de Alexy se caracteriza por la elaboración de la “doble naturaleza del Derecho” o “institucionalización de la razón práctica”⁴⁹. De hecho, el Derecho es compuesto necesariamente tanto por una dimensión real o fáctica –«se refleja en los elementos definitorios de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social»⁵⁰– como por una dimensión ideal o crítica, es decir, la corrección argumentativa es el presupuesto de la producción jurídica y se refleja en una corrección moral.

Y es justamente este aspecto de la pretensión de corrección que parece evocar una dimensión iusnaturalística que, al mismo tiempo, se traduce en una posición intermedia entre las necesidades del Derecho de la razón y las perspectivas más realistas. De esto se sigue que el Derecho es definido como un proceso argumentativo que tiene un trato peculiar, es decir de la corrección, que lo distingue de una definición iuspositivista. Por esto Alexy afirma que para el no-positivista

⁴⁶ R. ALEXY, “On Necessary Relations Between Law and Morality”, *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 2, 1989, p. 177. El mismo Alexy destaca claramente que “This claim to correctness is a necessary element of the concept of law. The connection between law and morality is established by it”.

⁴⁷ La bibliografía sobre el debate acerca del significado y utilización del término “neoconstitucionalismo” es enorme. Aquí vale para todos: M. BARBERIS, “Neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto”, *Rivista di filosofia del diritto*, núm. 1, 2012, pp. 153-164; S. POZZOLO, “Apuntes sobre el “neocostitucionalismo”” en J. L. FABRA ZAMORA, Á. NUÑES VAQUERO (eds.), *Enciclopedia de filosofía del Derecho*, UNAM, México, vol. 1, 2015, pp. 363-405; R. GUASTINI, “A proposito del neocostituzionalismo”, *Teoria Politica*, Nuova serie, Annali I, núm. 1, pp. 147-158.

⁴⁸ L. DI CARLO, “Presentazione” en R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it. de L. Di Carlo, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 13 ss. Véase también la reflexión formulada por Habermas: “la tesis que considera el discurso jurídico como caso especial del discurso moral, defendida en una u otra versión, resulta plausible desde puntos de vista heurísticos, pero sugiere una subordinación errónea del Derecho a la moral, no liberada del todo aún de las connotaciones del Derecho natural. La tesis pierde todo su interés en cuanto se toma en serio esa diferenciación paralela de Derecho y moral, que se produce en el nivel postconvencional de fundamentación”, cfr.: J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 305.

⁴⁹ Ivi, pp. 14 ss.

⁵⁰ R. ALEXY, “Los principales elementos de mi filosofía del Derecho”, *Doxa*, núm. 32, 2009, p. 68.

*"[...] el concepto de Derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales. Ningún no positivista que merezca ser tomado en serio excluye del concepto de Derecho los elementos de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social. Lo que lo diferencia de los positivistas es más bien concepción de que el Derecho debe ser definido de forma tal que, a más de estas características que apuntan a hechos, se incluyan también elementos morales"*⁵¹

y es evidente cómo contrasta con los autores que apoyan la separación conceptual entre Derecho y moral⁵².

De esta manera, el filósofo alemán intenta formular su teoría de la conexión entre Derecho y moral por medio de tres argumentos: el de la corrección, el de la injusticia y el de los principios⁵³. Dicho de otra manera, Alexy defiende la tesis de la conexión conceptual y normativamente necesaria entre Derecho y moral, simplemente recurriendo a estos tres argumentos. Además, el primero y el tercero de los tres argumentos refutan las tesis positivistas desde un punto de vista analítico, el segundo, desde un punto de vista normativo.

El primero, el argumento de la corrección, es a la base de los argumentos de la injusticia y de los principios, y es también el más criticado. Alexy define este argumento como aquel argumento que "afirma que tanto las normas aisladas y las decisiones judiciales aisladas como así también los sistemas jurídicos en tanto un todo formulan necesariamente una pretensión no son sistemas jurídicos"⁵⁴. De hecho los sistemas jurídicos que no tienen alguna pretensión de corrección no se pueden considerar como tales y «en este sentido, la pretensión de corrección tiene relevancia clasificatoria»⁵⁵. Por el contrario, la pretensión de corrección tiene relevancia de cualidad cuando los sistemas jurídicos que formulan esta pretensión no la satisfacen. En este

⁵¹ R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, cit., p. 14.

⁵² Ivi, p. 13. Especialmente, Alexy sostiene que: "Todas la teorías positivistas sostienen la tesis de la separación. Según ella, el concepto de Derecho debe ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral. La tesis de la separación presupone que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre Derecho y moral, entre aquello que ordena el Derecho y aquello que exige la moral o entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser".

⁵³ Ivi, p. 41.

⁵⁴ Ivi, pp. 41-42. "En el caso de las normas aisladas y de las decisiones judiciales aisladas, la pretensión de corrección tiene una relevancia exclusivamente cualificante. Son jurídicamente deficientes si no formulan o no satisfacen la pretensión de corrección".

⁵⁵ Ibidem.

último caso los sistemas jurídicos son considerados jurídicamente deficientes⁵⁶. Sin duda, el argumento de la corrección ha planteado y todavía plantea muchas cuestiones; una primera objeción podría ser que el no cumplir con la pretensión no parece conducir siempre a la pérdida de la juridicidad de un sistema. Así, para evitar este rasgo, se recurre al argumento de la injusticia, mientras que la otra objeción basada sobre la obviedad de que la corrección no tendría implicaciones morales, Alexy la rebate por medio del argumento de los principios.

El más importante e influyente argumento de la injusticia, como ha subrayado el mismo Alexy, es la fórmula de Radbruch que, como hemos ya comentado, considera la hipótesis de conflicto entre Derecho y moral. Frente a este conflicto, un juez debe elegir a favor del Derecho, ya que el contraste entre Derecho y moral es tan insoportable que no se puede justificar la aplicación del Derecho en flagrante violación de los principios morales⁵⁷.

Por tanto, el argumento de la injusticia es utilizado para afirmar que el carácter jurídico se pierde, inevitablemente, cuando la injusticia alcanza una "medida insostenible" y, al contrario, el argumento de los principios, por su parte, se refiere a la cotidianidad⁵⁸. Utilizando las palabras de Alexy "el argumento de la injusticia apunta a una situación excepcional: la ley extremadamente injusta. En el argumento de los principios se trata de la vida jurídica cotidiana. Su punto de partida está constituido por un conocimiento de la metodología jurídica con respecto al cual existe acuerdo entre positivistas y no positivistas"⁵⁹. Por una parte, este último argumento conduciría a la afirmación de que el juez estaría vinculado a la ley en el sentido de una conexión entre Derecho y moral. Por otra parte, lo que caracteriza al Estado democrático es la existencia de los principios y sus propias incorporaciones dentro de una Constitución. Lo dice claramente Alexy cuando afirma que "la tesis de incorporación dice que todo el sistema jurídico mínimamente desarrollado contiene necesariamente principios. Una incorporación es fácilmente constatable cuando se trata de un sistema jurídico plenamente desarrollado. El sistema jurídico de la República Federal de Alemania ofrece un ejemplo instructivo"⁶⁰. Esto se comprende bien si se hace una clara referencia al con-

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Véase: G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, cit., passim.

⁵⁸ G. GOZZI, "Jürgen Habermas e Robert Alexy: morale, diritto e democrazia discorsiva", cit., p. 298.

⁵⁹ R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, cit., p. 73.

⁶⁰ Ivi, p. 76.

cepto de la doble naturaleza del Derecho, indeterminado y formal, que, sin embargo, “adquiere un contenido concreto y una estructura clara cuando se despliega en un sistema. La idea rectora de este sistema es la institucionalización de la razón cuya forma política es el constitucionalismo democrático”⁶¹. Así, Alexy utiliza la llamada “*tesis de incorporación*” para llegar a afirmar que:

*“La ley Fundamental ha incorporado [...] al sistema jurídico [...] los principios fundamentales del Derecho natural y racional y de la moral moderna del Derecho y del Estado como principios del Derecho positivo. Lo mismo vale para todos los sistemas de Estado de Derecho democráticos, cualesquiera que sean las técnicas de incorporación y el peso relativo que se les otorgue a estos principios”*⁶².

La tesis de la incorporación implica la idea de que un sistema dotado de un mínimo de evolución debe contener necesariamente los principios, de modo que dicha incorporación será aceptada con más facilidad si el sistema jurídico ha evolucionado y se ha desarrollado completamente. Por eso un nivel mínimo de evolución es dado y determinado de las constituciones, expresiones de un pluralismo ideológico traducido en principios. Además es también importante señalar que el argumento de los principios implica la distinción entre reglas y principios. Las primeras son definidas como “normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto, pueden ser llamadas “*mandatos definitivos*”.

⁶¹ R. ALEXY, “Los principales elementos de mi filosofía del Derecho”, cit., p. 68.

⁶² R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, cit., p. 76. El autor afirma claramente que “Ningún positivista discutirá esto siempre que admita que, además de las reglas, también los principios pertenecen al sistema jurídico. Pero, no admitirá que de aquí resulta alguna conexión conceptual necesaria entre Derecho y moral. Para ello dispone de varios argumentos. El primero de ellos sostiene que es exclusivamente una cuestión de Derecho positivo la de si determinados principios están incorporados o no. Si esto fuera correcto, entonces el argumento de los principios fracasaría ya en la primera grada. Podría, cuando más, sostener una conexión entre Derecho y moral fundamentada a través del Derecho positivo, algo que sería conciliable con el positivismo jurídico ya que el positivismo no niega que el Derecho positivo [...] pueda ‘garantizar que se tome en cuenta la moral’. Tan sólo insiste en que es el Derecho positivo el que decide si ello debe hacerse o no. La cuestión no es pues saber si sólo algunos sistemas jurídicos, en virtud del Derecho positivo, poseen normas con estructura de principios sino si todos los sistemas las poseen necesariamente”.

Su forma de aplicación característica es la subsunción⁶³. Contrariamente, los principios son “mandatos de optimización”, es decir “[...] son normas que [...] pueden ser realizadas en diferente grado y que la medida de su realización depende no sólo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas”⁶⁴. Si embargo, los principios se determinan por medio de la técnica de la ponderación, que representa la forma característica de sus aplicaciones. La distinción entre reglas y principios, además de las estructuras relativas a la ponderación, generó una polémica con Habermas y otros autores, como se verá más adelante⁶⁵.

Por último, Alexy explica de manera original la diferencia entre la perspectiva de un observador y la de un participante. La tesis positivista de la separación entre Derecho y moral podría parecer sustancialmente correcta, pero los límites emergen en caso de que el sistema jurídico no satisfaga ninguna pretensión de corrección. Por el contrario, si se cambia la perspectiva y se adopta la de un participante los resultados son distintos⁶⁶. La distinción entre las dos perspectivas es incorporada por Alexy con la finalidad de defender un concepto no positivista. Por eso, la perspectiva del observador se refiere a la circunstancia en que el observador plantea cuestiones y propone argumentos a favor de una posición que refleja el modo en el que las cuestiones jurídicas son tomadas de hecho en un sistema jurídico. Distinta es la perspectiva de un participante, porque él también plantea cuestiones y propone argumentos, pero la respuesta, que él cree que es la correcta, atiende a la cuestión jurídica propuesta. Así, se puede resumir con las siguientes preguntas la perspectiva del observador y la del participante, respectivamente: ¿Cómo se toman de hecho las decisiones jurídicas? y ¿cuál es la respuesta jurídica correcta?⁶⁷

⁶³ Ivi, p. 75.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Véase: J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., passim.

⁶⁶ R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, cit., p. 41. Expresamente se lee que “se ha mostrado que, desde la perspectiva del observador, la tesis positivista de la separación es esencialmente correcta. Tan sólo en el caso extremo fácticamente improbable de un sistema normativo que ni siquiera formule una pretensión de corrección, tropieza con un límite. Una imagen totalmente distinta resulta cuando se considera al Derecho desde la perspectiva de un participante, por ejemplo, del juez. Desde esta perspectiva, la tesis de la separación es inadecuada y la tesis de la vinculación es correcta. Para fundamentarlo, habrán de considerarse tres argumentos: el de la corrección, el de la injusticia y el de los principios”.

⁶⁷ Cfr.; R. ALEXY, *La natura del diritto. Per una teoria non-positivista*, cit., p. 18; También véase: R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, cit., p. 31, donde se afirma que adopta la

El positivismo jurídico refleja bastante bien la perspectiva del observador, porque en tal perspectiva el Derecho depende exclusivamente de lo que es efectivamente establecido o estatuido y que resulta socialmente eficaz, mientras que la perspectiva del participante es adoptada por parte del no-positivismo. El Derecho, en este último matiz, es lo que ha sido correctamente establecido y eso depende no solamente de hechos sociales, sino también de razones morales, y de tal modo ingresan los argumentos normativos. Además, la perspectiva del participante, según Alexy, tiene que ser aceptada porque el Derecho es posible sin observadores, pero no es posible sin participantes. Esta última afirmación, en particular, representa una respuesta a las críticas de Joseph Raz⁶⁸.

3.2. Algunas críticas de Eugenio Bulygin

La tesis de la pretensión de corrección del Derecho formulada por Robert Alexy ha planteado, y plantea todavía, frecuentes cuestionamientos. Ciertamente no es inmune a las críticas como las realizadas por Eugenio Bulygin, que se intentan analizar a continuación.

3.2.1. Una primera observación de Bulygin es que quienes defienden una posición orientada hacia el Derecho natural sostienen que entre Derecho y moral existe una conexión necesaria y conceptual, a diferencia de quienes defienden una posición orientada hacia el positivismo jurídico, que sostienen una separación entre Derecho y moral porque “el Derecho es conceptualmente independiente de la moral, existiendo entre estos dos fenómenos sociales sólo relaciones empíricas, es decir, contingentes”⁶⁹. Bulygin, así como todos los positivistas, formula la tesis de la separación, y en general él pone en evidencia que no existe una conexión necesaria entre la validez jurídica y

perspectiva del participante “quien en un sistema jurídico participa en una argumentación acerca de lo que en este sistema jurídico está ordenado, prohibido y permitido o autorizado”; mientras que adopta la perspectiva del observador “quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico, sino cómo se decide de hecho en un determinado sistema jurídico”.

⁶⁸ Véase: R. ALEXY, *The Argument from Injustice. A Replay to Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 2002; y también, J. RAZ, “On the Nature of Law”, *Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie*, núm. 82, 1996, pp. 1-25.

⁶⁹ R. ALEXY - E. BULYGIN, *La pretensión de corrección del Derecho. La polémica sobre la relación entre Derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 41-42.

la corrección moral. De hecho, todas las teorías positivistas para determinar el concepto y la naturaleza del Derecho se caracterizan por dos elementos: la promulgación por parte de una autoridad y la eficacia social, contrariamente a las teorías que no son positivistas, que proporcionan un tercer elemento, el de la corrección del contenido⁷⁰. Bulygin nota como la pretensión de corrección tiene un papel central y fundamental en toda la filosofía de Alexy. Eso es bastante evidente cuando Alexy aclara que “tanto las normas jurídicas y las decisiones judiciales aisladas, como así también los sistemas jurídicos en tanto un todo, formulan necesariamente una pretensión de corrección”⁷¹. La consecuencia es que para el argumento de la corrección es necesario establecer una conexión entre Derecho y moral, pero en la opinión de Bulygin parece ser insuficiente. Por un lado, Alexy elabora su tesis “con el fin de establecer una conexión necesaria entre Derecho y moral, no es suficiente que la pretensión de corrección sea necesariamente solicitada a través del Derecho. Además de esto es necesario que su contenido se refiera necesariamente a la moral”⁷². Por eso, “los sistemas normativos que no formulan explícita o implícitamente esta pretensión de corrección, no son sistemas jurídicos. En este sentido, la pretensión de corrección tiene relevancia clasificatoria. Los sistemas jurídicos que formulan esta pretensión de corrección no la satisfacen, son sistemas jurídicos jurídicamente deficientes. [...] la pretensión de corrección tiene relevancia cualificatoria”⁷³. La conexión entre Derecho y moral puede ser de dos tipos: clasificatoria y cualificatoria. Alexy afirma que

“se trata de una conexión clasificatoria, cuando se sostiene que las normas o los sistemas normativos que no satisfacen un determinado criterio moral no son, por razones conceptuales o normativas, normas jurídicas o sistemas jurídicos. Se trata de una conexión cualificatoria, cuando se sostiene que las normas o sistemas normativos que no satisfacen un determinado criterio moral, si bien puede ser normas o sistemas jurídicos, pero por razones conceptuales o normativas son normas o sistemas jurídicamente deficientes”⁷⁴.

A partir de la lectura de la obra de Alexy, Bulygin elabora algunas reflexiones importantes y deduce que la conexión clasificatoria parece ser una

⁷⁰ Para una mayor profundización véase: R. ALEXY, “On the Concept and the Nature of Law”, *Ratio Juris*, núm. 21, 2008, pp. 284-285.

⁷¹ R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, cit., p. 64.

⁷² R. ALEXY, *La natura del diritto. Per una teoria non-positivistica*, cit., p. 12.

⁷³ R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, cit., p. 64.

⁷⁴ *Ivi*, pp. 48 y 49.

mera conexión conceptual, es decir, una conexión de significados, y que la conexión cualificatoria parece ser descrita simplemente como conexión fáctica. Por consiguiente, se obtendría que la pretensión de corrección moral se requiere sólo en la conexión clasificatoria, pero no en la cualificatoria y se sigue que “si la satisfacción de un criterio moral no es necesaria, entonces la conexión no es analítica sino sintética, es decir, fáctica”⁷⁵.

Bulygin pone en evidencia como, en su opinión, Alexy caería en una contradicción y resume de esta manera la tesis alexiana:

“la pretensión de corrección es una característica definitoria (y por consiguiente necesaria) de los sistemas jurídicos, pero no es una característica definitoria de normas jurídicas y decisiones judiciales aisladas y, por tanto, no es necesaria. Un sistema normativo que no formule una pretensión de esta naturaleza, no es un sistema jurídico; por el contrario, una norma o una decisión judicial pueden ser consideradas jurídicas, aunque no formulen ninguna pretensión de corrección. Tampoco la satisfacción de esta pretensión de corrección es una característica definitoria de la expresión “sistema jurídico”: un sistema normativo que formule esta pretensión pero que no la satisfaga es, sin embargo, un sistema jurídico aun cuando jurídicamente deficiente”⁷⁶.

Además, a este respecto y aún más clara e incisivamente, Bulygin explica que:

“esta explicación sugiere que satisfacer la pretensión de corrección no es una característica definitoria de “sistema jurídico”, y que formular la pretensión no es, igualmente, una característica definitoria de “norma jurídica”. Si no es una característica definitoria, entonces no es necesaria sino contingente [...] Así [...] en esta interpretación, Alexy incurre en una contradicción cuando dice que las normas jurídicas necesariamente formulan una pretensión de corrección, pues si tal pretensión no es definitoria de “norma jurídica”, entonces no es necesaria”⁷⁷.

Sin duda, no ha faltado la respuesta de Alexy, que precisa que no hay contradicción y que tanto la conexión clasificatoria como la conexión cualificatoria son necesarias. De hecho, un sistema jurídico o una norma jurídica que no satisfacen la pretensión de corrección son deficientes. Sin embargo,

⁷⁵ R. ALEXY - E. BULYGIN, *La pretensión de corrección del Derecho. La polémica sobre la relación entre Derecho y moral*, cit., p. 44.

⁷⁶ Ivi, pp. 45 y 46.

⁷⁷ Ivi, p. 90.

Bulygin subraya que describir un sistema jurídico deficiente y norma jurídica deficiente, respectivamente, como un sistema o como una norma que no satisfacen la pretensión de corrección, significa asignar a ellos características definitorias y descriptivas, pero «no definitorias de “un sistema jurídico” o “norma jurídica”, sino de “sistema jurídico deficiente” y de “norma jurídica deficiente”. Por supuesto, una vez que adoptamos estas definiciones, es analíticamente verdadero (y, por tanto, trivial), que las normas jurídicas que no formulan la pretensión de corrección son deficientes, pero es exactamente como decir que las normas jurídicas deficientes son deficientes»⁷⁸. Y agrega “sólo las características definitorias son necesarias, y las características cualificatorias de Alexy son efectivamente definitorias, pero no definitorias de “sistema jurídico” o “norma jurídica”, sino de “deficiencia”⁷⁹. Bulygin concluye con un ejemplo: existe una conexión cualificatoria necesaria entre las mujeres y la belleza, es decir las mujeres necesariamente pretenden ser hermosas. Si una mujer no satisface la pretensión de belleza se obtendría una falacia conceptual porque la mujer quedaría mujer pero mujer fea. Por lo tanto, sin duda la belleza confiere una dimensión ideal a la mujer, pero este argumento sería lógicamente defectuoso. Finalmente, Bulygin concluye que “Alexy podría decir, quizás, que la necesidad de las características cualificatorias es otro tipo de necesidad: no es una necesidad lógica sino una *necesidad normativa*”⁸⁰.

⁷⁸ Ivi, p. 91.

⁷⁹ Ivi, p. 92.

⁸⁰ Ibidem. Véase también, J. A. GARCÍA AMADO, “Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas”, *Eunomía*, núm. 7, 2015, p. 15. El autor avanza un ejemplo de las esculturas y la belleza y afirma que: “La tesis de la relación conceptual necesaria entre escultura y belleza llevaba a que fuera lógicamente contradictorio afirmar ‘Esta escultura es fea’, y performativamente contradictorio afirmar ‘Pretendo hacer una escultura fea’. Si esta tesis conceptual no va unida a la tesis objetivista de que la belleza objetivamente existe, la tesis conceptual pierde toda razón de ser o desemboca en un relativismo exactamente contrario a lo que con ella se quiere. Subamos un peldaño en la abstracción y en lugar de hablar de esculturas hablemos de arte, asumiendo que una de las artes es la escultura, el arte escultórico. Según la tesis conceptual, existiría una relación conceptual necesaria entre arte y belleza, de manera que toda obra de arte encierra una pretensión de belleza (de su autor). Así puestas ahora las cosas, podemos replicar a algo que antes nosotros mismos dijimos. Se afirmó que no carecía de sentido pensar en un escultor que en ciertas circunstancias quisiera hacer una escultura fea. Si la pretensión de belleza es constitutiva del arte, ese autor quiso hacer una escultura, pero no una escultura que sea arte, una escultura artística. Como el legislador que quisiera hacer una norma muy injusta, que querría, por las razones que sean, hacer una norma e imponerla, pero no estaría pretendiendo que esa norma

3.2.2. Bulygin critica nuevamente la afirmación de Alexy: “que algo es normativamente necesario no significa otra cosa que decir que es obligatorio”⁸¹, porque lo que es necesario es distinto de lo que es obligatorio, y entonces la necesidad normativa no es ni necesidad lógica ni necesidad empírica. Sin embargo, parece que la definición de Alexy implicaría una dimensión ideal de la pretensión de corrección y que la misma se despliega en una doble naturaleza. Por ello, Bulygin se interroga sobre cuáles son las razones que expone Alexy para afirmar que todos los sistemas jurídicos formulan una pretensión de corrección, y examina los ejemplos formulados por Alexy. De hecho, para Bulygin los ejemplos “X es una república soberana, federal e injusta” y “X es un Estado justo”, deben ser considerados defectuosos por razones totalmente diferentes a las proporcionadas por Alexy.

Los enunciados de los dos ejemplos no pueden considerarse descriptivos porque, podrían haber sido aprobados por una asamblea constituyente y entonces serían prescriptas u ordenadas o promulgadas por un órgano constituyente y, por tanto, no tendrían sentido para ordenar que un Estado es justo o injusto, así como no tiene sentido ordenar que un Estado sea rico o que los árboles sean verdes. Sin embargo, es posible que cualquier Estado sea justo, que sea rico o que los árboles sean verdes, pero esto es sólo un estado de cosas, y no se puede prescribir, ordenar o promulgar. Además, si una asamblea constituyente prescribiera una constitución justa, podría ser políticamente incorrecta, y no sería una directiva para sus autores⁸². Estos enunciados, siempre según Bulygin, también podrían interpretarse como declaraciones políticas, no como órdenes (normas) ni como descripciones⁸³. De este modo la falla no sería conceptual, sino política,

sea Derecho, pues si lo pretendiera incurriría en contradicción. Hemos llegado a algo importante. ¿Verdaderamente es razonable y defendible el paralelismo que en el párrafo anterior acabamos de trazar, el paralelismo entre obra artística y norma jurídica, por un lado, y entre arte y Derecho, por otro? La respuesta, me parece, sólo puede ser una: depende de cómo definamos arte y de cómo definamos Derecho”.

⁸¹ Ivi p. 93.

⁸² Ivi, p. 48: “Naturalmente, una asamblea constituyente, y aún más sus miembros, pueden prescribir u ordenar producir una constitución justa o injusta, una orden de este tipo sería quizás políticamente incorrecta, pero ciertamente significativa. Pero la Constitución no puede ser entendida como una directiva dirigida a sus autores”.

⁸³ Para la definición de declaraciones políticas véase: C. ALCHOURRÓN - E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975, donde los autores explican que las declaraciones políticas pertenecen a un tipo de enun-

“como los artículos de una Constitución no son contradictorios (tampoco en un sentido amplio de contradicción performativa) ni redundantes. Como órdenes carecen simplemente de sentido, porque no se refieren a ninguna acción ni a estados de cosas que puedan ser el resultado de acciones. Si ellos se entienden como declaraciones que expresan las intenciones del órgano constituyente, entonces el enunciado es seguramente un error político; pero no hay aquí ninguna falla conceptual”⁸⁴.

Así Bulygin llega a la conclusión de que el argumento de la corrección no puede considerarse suficientemente sólido como para justificar la conexión entre Derecho y moral. Además, como reporta Cabra Apalategui comentando la tesis no positivista de Alexy, el ejemplo “X es una república soberana, federal e injusta”, representa un hipotético artículo defectuoso, por distintas razones técnicas (funcionales), convencionales o morales, pero sobre todo por razones conceptuales⁸⁵. Lo que se intenta afirmar no está lejos de las críticas que se pueden formular a la aserción “el gato está sobre el felpudo, pero yo no lo creo”⁸⁶.

Otra objeción planteada por Bulygin se refiere a la contradicción performativa que él caracteriza como “obscura”. Utilizando siempre el mismo ejemplo “X es una república soberana, federal e injusta”, Alexy sostiene que sí generaría una contradicción performativa «porque el contenido del acto constituyente niega esa pretensión, mientras que la formula con la misma ejecución de ese acto»⁸⁷. Bulygin rebate que “la contradicción performativa es una falla conceptual”⁸⁸. De hecho, Bulygin se pregunta cuál es la verdadera naturaleza de la pretensión de corrección, ya que Alexy no fue suficientemente claro en su definición, considerando que es apropiado, a través de la pretensión de corrección, llegar a sostener una conexión conceptual y necesaria entre Derecho y moral. De este modo, para emitir una norma jurídica cada autoridad jurídica tendría que formular tal pretensión de corrección, es decir las normas impuestas tienen que ser moralmente correctas y justas, pero Bulygin se pregunta qué tipo de garantía tenemos

ciados que no influyen sobre las consecuencias normativas del sistema, en cuanto carecen de toda relevancia normativa.

⁸⁴ Ivi, p. 49.

⁸⁵ Cfr.: J. M. CABRA APALATEGUI, “La concepción no positivista del Derecho de Robert Alexy”, cit., p. 134.

⁸⁶ Para una mayor profundización sobre la contradicción performativa véase: J. L. AUSTIN, *How to do things with words*, Clarendon Press, Oxford, 1982.

⁸⁷ Ivi, p. 86.

⁸⁸ Ibidem.

para que todos tomen el mismo concepto de “corrección moral” o “justicia”⁸⁹. Entonces él señala que «la tesis de vinculación necesaria entre Derecho y moral implica que hay una conexión conceptual entre todo el sistema jurídico, por una parte, y una y la misma moral, no cualquier sistema moral, por otra parte. En el caso de Alexy, es una moral universal, basada en una ética procedimental del discurso”⁹⁰; y subraya también que la pretensión de corrección no demostraría ninguna conexión necesaria entre sistemas jurídicos y una moral específica, es decir que no sólo se debe demostrar la existencia de una moral objetiva sino también que esa sea compartida por todos. Dicho de manera más clara, se puede resumir en una única consideración: la pretensión de corrección transforma los defectos morales en defectos jurídicos.

3.2.3. Bulygin critica, también, la distinción entre participante y observador en la manera formulada por Alexy. Alexy define que la perspectiva del observador plantea cuestiones sobre cómo las decisiones son realmente tomadas en un determinado sistema jurídico. Para Bulygin, de esa definición se sigue –como han notado algunos estudios–, una caracterización muy estricta de lo que es realmente la perspectiva de un observador, que representaría un punto de vista descriptivo acerca del Derecho⁹¹. Sobre este punto, la postura de Alexy parece ser la misma, “adopta la perspectiva del observador quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico sino cómo se decide de hecho en un determinado sistema jurídico”⁹². Entonces, la tesis de la conexión no puede ser sostenida por una conexión conceptualmente necesaria entre Derecho y moral, pero desde el punto de vista de un observador, la tesis positivista de la separación es correcta. Como ha comentado Oliveira: “De eso sigue que cualquier versión posible de la tesis no-positivista sólo podría ser sostenida a través del punto de vista de un participante del sistema jurídico. El argumento central que Bulygin tiene como punto de partida es la idea de que la mayor parte de los observadores son al mismo tiempo participantes y todos los participantes son también observadores”⁹³. Eso es confirmado por el mismo Bulygin, que en sus distin-

⁸⁹ Ivi, p. 88.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ F. OLIVEIRA, “Entre el no-positivismo y el positivismo jurídico: notas sobre el concepto de Derecho en Robert Alexy”, *Lecciones y Ensayos*, núm. 88, 2010, p. 125.

⁹² R. ALEXY, *El concepto y la validez*, cit., p. 31.

⁹³ F. OLIVEIRA, “Entre el no-positivismo y el positivismo jurídico: notas sobre el concepto de Derecho en Robert Alexy”, cit., p. 126.

tos escritos subraya siempre que una distinción tajante entre punto de vista de un participante y de un observador deja muchas dudas. Por ejemplo, él sostiene que:

“algunos autores importantes distinguen entre dos perspectivas: la del observador y la del participante y, en consecuencia, hablan de dos conceptos del Derecho. No comparto esta distinción tan tajante. Creo que tanto el dogmático jurídico que describe el Derecho (el típico observador), como el juez (el participante por excelencia en el «juego» del Derecho), usan el mismo concepto de Derecho. Un juez cuya función es resolver un caso aplicando el Derecho existente, tiene que determinar cuál es la solución suministrada por las normas jurídicas y en esto su actividad es muy parecida al del científico jurídico. Si el juez encuentra una solución clara y unívoca debe aplicarla. Pero si no la encuentra, igualmente tiene que resolver el caso y es aquí donde los caminos de la ciencia descriptiva del Derecho y la función del juez se bifurcan. El juez tiene que dar una solución y si ésta no se encuentra en las normas jurídicas existentes o es, a criterio del juez, muy injusta, entonces tiene que modificar el Derecho. En esto consiste la actividad política del juez. Lo que el juez modifica en tales casos no es el concepto del Derecho, sino las normas que aplica, usando el mismo concepto del Derecho”⁹⁴.

Tampoco parece variar mucho la afirmación de que «mientras que el del participante es un concepto normativo (moral) de Derecho referido a valores, el del observador es un concepto descriptivo referido a hechos. El par observador/participante conduce así a una pseudo disputa acerca del concepto de Derecho en el plano analítico o conceptual. La perspectiva del participante no prueba nada, sino que, más bien, presupone ya un concepto normativo de Derecho⁹⁵.

En la postura de Bulygin, la perspectiva del participante tampoco es entendida como la descripción del Derecho, sino como aplicación del Derecho para resolver problemas prácticos. De hecho parece que para Bulygin, “el punto de vista del participante no excluye el punto de vista del observador, ni el punto de vista del observador excluye el punto de vista del participante”⁹⁶.

Si se considera, por ejemplo, la hipótesis de que un juez (perspectiva de un participante), tiene que resolver un caso jurídico, para Bulygin antes que

⁹⁴ Cfr.: BULYGIN, “Mi visión de la filosofía del Derecho”, cit., p. 89.

⁹⁵ Cfr.: J. M. CABRA APALATEGUI, “La concepción no positivista del Derecho de Robert Alexy”, cit., p. 137.

⁹⁶ F. OLIVEIRA, “Entre el no-positivismo y el positivismo jurídico: notas sobre el concepto de Derecho en Robert Alexy”, cit., p. 126.

todo él tendría que cumplir tres exigencias para llegar a la solución, que son: decir todos los casos que en la esfera de su competencia le son sometidos; justificar su decisión y fundamentarla en el Derecho vigente. Aunque, «cada una de esas exigencias es muy razonable, pero en ciertas situaciones las tres juntas resultan incompatibles. Esto ocurre cuando el Derecho no determina únicamente una solución para un caso dado»⁹⁷. En esta última hipótesis la referencia es a situaciones de laguna normativa o laguna axiológica, contradicción normativa o antinomias, laguna de reconocimiento o vaguedad en el lenguaje⁹⁸. Se puede afirmar que el juez, aunque encuentre la solución posible en el sistema jurídico, puede no compartir el juicio valorativo del legislador, por ejemplo porque considera el contenido de la norma extremadamente injusta. Para Bulygin, en este caso, el juez aplicaría una norma distinta eventualmente creada por él con la consecuencia de que no puede ser descrito como una modificación del concepto de Derecho, sino como simplemente de una modificación de la(s) norma(s) o regla(s) del sistema jurídico⁹⁹. En conclusión, sencillamente, se puede rebatir que el argumento de la pretensión de corrección pretende llamar la atención sobre la insuficiencia regulativa del Derecho positivo que también plantea, sin duda, problemas de indeterminación. Según Alexy, cuando se comprueban casos que el Derecho positivo no ha colmado, el juez tiene que solucionarlo pero no utiliza la pretensión de corrección sino “de forma que su decisión será puramente estratégica y simple ejercicio de poder que no necesita justificarse”¹⁰⁰.

4. CONCLUSIÓN

Alexy y Bulygin, dos de los mayores teóricos y filósofos del Derecho, representan dos posiciones diferentes y extremas de entender la filosofía del Derecho o el concepto de Derecho en general, pero parece que también existen algunos puntos de convergencia entre las posiciones positivista y no-positivista que ellos caracterizan. Nos referimos a cuando Alexy afirma

⁹⁷ E. BULYGIN, “Alexy y el concepto de Derecho” en L. CLERICO, J. R. SIECKMANN, D. OLIVER LALANA (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Comares, Granada, 2011, p. 274.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ Ibidem y también cfr.: F. OLIVEIRA, “Entre el no-positivismo y el positivismo jurídico: notas sobre el concepto de Derecho en Robert Alexy”, cit., p. 126.

¹⁰⁰ J. A. GARCÍA AMADO, “Sobre la idea de la pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas”, cit., p. 7.

que el punto de vista del positivismo defiende la perspectiva del observador y, entonces, que la tesis de la separación entre Derecho y moral es correcta. Alexy y Bulygin comparten la postura de que “el Derecho injusto (o el Derecho extremadamente injusto) debe ser moralmente criticado, y de eso sigue que hay, necesariamente, una pretensión moral a ser cumplida por el Derecho (no necesariamente, como se ha visto, una pretensión de corrección moral)”¹⁰¹. El punto de divergencia se encuentra en la justificación, es decir, Bulygin (así como Raz) sostiene que el juez no aplica el Derecho injusto por razones morales, sino por razones jurídicas; por el contrario, Alexy dice que el juez no aplica el Derecho injusto por razones jurídicas que son al mismo tiempo razones morales¹⁰². Con eso, sin embargo, Alexy no comparte la idea de que puede existir un único concepto de Derecho que es válido tanto para el observador como para el participante. Él subraya que el participante y el observador usan dos conceptos distintos de Derecho. Contrariamente, es Bulygin quien repite muchas veces cómo el concepto de Derecho es único para ambos, porque evidentemente no se puede negar que la mayor parte de los observadores son al mismo tiempo participantes y que todos los participantes son también observadores. No obstante, este punto representa lo más curioso de toda la polémica, quedan muchas divergencias irresolutas entre el positivismo de Bulygin y el no-positivismo de Alexy. Todo puede resumirse a la relación controvertida entre Derecho y moral. El argumento conceptual de la pretensión de corrección como justicia le sirve a Alexy para demostrar una conexión necesaria entre Derecho y moral, y lanzar un ataque frontal al positivismo jurídico y a su tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. Bulygin tiene el mérito de dirigirse críticamente a los argumentos

¹⁰¹ F. OLIVEIRA, “Entre el no-positivismo y el positivismo jurídico: notas sobre el concepto de Derecho en Robert Alexy”, cit., p. 132. El autor precisa que “El consenso va aún más allá, ya que el Derecho injusto (o extremadamente injusto), debe ser moralmente criticado, y eso es algo que, resáltese, los jueces pueden o deben hacer para justificar sus decisiones”.

¹⁰² *Ibidem*. Oliveira, sobre este punto, es muy claro: “El punto de divergencia es que, en cuanto Raz y Bulygin sostienen que los jueces pueden o deben no aplicar leyes (extremadamente) injustas por razones morales (y no por razones jurídicas), Alexy sostiene que los jueces pueden o deben no aplicarlas por razones jurídicas (que serían, al mismo tiempo, también razones morales). En ese punto, es posible afirmar que los tres autores, dos de ellos formando un ‘foco de resistencia’ del positivismo jurídico, y uno intentando refutar esa resistencia con una tesis ‘no-positivista’, curiosamente, están de acuerdo en lo que es esencial. El propio Raz admite que, paradójicamente, ‘[...] el tono general de crítica [...] es más un resultado de convergencia que de divergencia’”. Cfr.: J. RAZ, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, en *The Authority of Law*, 2a ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 313-35.

de Alexy con la finalidad de demostrar «una circularidad en el razonamiento cuando Alexy defiende que la noción de “defectuosiad jurídica” (*legal faultiness*) contribuye para la necesidad de la pretensión de corrección [...]» y que «hay una ambigüedad en la inferencia de la proposición “si la pretensión de corrección jurídica es necesaria, y ella implica corrección moral” para la proposición “entonces, sigue que el Derecho necesariamente incluye elementos morales”»¹⁰³. Tal circularidad, diagnosticada por Bulygin, ha sido adoptada también por otros autores como por ejemplo, García Amado, que recientemente ha subrayado cómo Alexy:

*“comienza por un concepto de Derecho en el que se integran requisitos morales de validez y aplicabilidad de las normas jurídicas, luego insiste en que la esencia del Derecho (y de los operadores jurídicos) consiste en pretender eso que él al Derecho le metió, seguidamente proclama que se contradice el que no pretenda lo que cualquiera en su lugar pretendería si se diera cuenta de que en el Derecho está la moral antes introducida, y, para acabar, la pretensión de corrección (que en términos lógicos es pura consecuencia de que Alexy ha sentado apodícticamente la tesis de la conexión entre Derecho y moral) la trae como prueba de aquella conexión entre Derecho y moral y como base para imputarle contradicciones al positivista que indique cómo entró el conejo en la chistera del mago de Kiel”*¹⁰⁴.

Esta afirmación formulada por García Amado está sustentada por la crítica de Bulygin de que la pretensión de corrección es necesaria porque los sistemas y las normas que la formulan o no la cumplen son jurídicamente deficientes, y esta deficiencia está propiamente basada en la necesidad de esa pretensión¹⁰⁵. Además, llamar la atención sobre un concepto como la contradicción performativa desde un punto de vista exactamente positivista no aportaría nada al debate y, sobre todo, no representaría una razón suficiente para justificar lo que se quiere demostrar. Con esos presupuestos parece casi imposible salir de la circularidad del razonamiento de Alexy.

Una última consideración se refiere a la objeción formulada por Bulygin de que en la tesis de Alexy se presupone una moral objetivamente correc-

¹⁰³ F. OLIVEIRA, “Entre el no-positivismo y el positivismo jurídico: notas sobre el concepto de Derecho en Robert Alexy”, cit., p. 129.

¹⁰⁴ J. A. GARCÍA AMADO, “Sobre la idea de la pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas”, cit., p. 16.

¹⁰⁵ Véase: E. BULYGIN, “Alexy y el concepto de Derecho”, cit., p. 275.

ta y válida para cualquier legislador. Bulygin en realidad adopta, desde un punto de vista moral, una posición típica del escéptico, como dice Gaido “en este sentido, su escepticismo no es meramente cognoscitivo –es decir, que no puede conocer verdades morales–, sino también ontológico –es decir, que no hay verdades morales– [...]”¹⁰⁶. Entonces se puede comprender mejor la pregunta de Bulygin con respecto a cuál es la moral a la que se refiere la pretensión de corrección. Alexy, en cambio, es un teórico de la argumentación jurídica, así que elabora la tesis de que el Derecho es un caso especial del discurso práctico general¹⁰⁷. De este modo, la pretensión de corrección implica una pretensión de justificabilidad, es decir que implica que todos los hablantes sean iguales y se acepta que la otra persona es igual. Entonces se puede afirmar “una pretensión de defender lo que se afirma no sólo frente al adversario sino frente a cualquiera. Estas pretensiones de igualdad y de universalidad constituyen la base de una ética procedimental, sobre la que se basa Alexy, y que toma fundamentalmente de Habermas”¹⁰⁸. Sin embargo, Alexy parece ser claro sobre a qué tipo de moral se refiere y rebate a Bulygin de la siguiente manera:

“ciertamente no hay ninguna duda de que sistemas jurídicos diferentes expresan concepciones de justicia bastante diferentes. Si uno agrega a esta tesis de Bulygin que una conexión necesaria entre Derecho y moral solamente es posible si existe una moral objetiva efectivamente compartida por todos los hacedores de Derecho, entonces la conclusión es clara: no hay ninguna conexión entre Derecho y moral. Afortunadamente, sólo la inferencia es válida, no su segunda premisa. Una conexión entre Derecho y moral no presupone

¹⁰⁶ P. GAIDO, “Introducción” en R. ALEXY - E. BULYGIN, *La pretensión de corrección del Derecho*, cit., p. 29. Se precisa que el escepticismo de Bulygin “se basa en tres pilares. Primero, asume la definición de verdad por correspondencia, que dice que una expresión es verdadera si, y sólo si, corresponde al hecho que describe. Para Bulygin la verdad de una proposición depende del objeto referido, y no de los sujetos que la afirman. Si algo es verdadero o falso lo es para todo el mundo. Segundo, asume la tesis ontológica, que dice que no existen hechos normativos: no existen razones objetivas para actuar. Y por último, asume la tesis semántica que dice que las normas no son descriptivas sino prescriptivas. Para Bulygin si no hay una moral objetiva no se puede hablar de una relación necesaria entre Derecho y moral”. Véase también: R. CARACCILO, “Entrevista a Eugenio Bulygin”, *Doxa*, núm. 14, 1993, p. 509.

¹⁰⁷ Véase: R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, *passim*.

¹⁰⁸ P. GAIDO, “Introducción”, cit., p. 29.

*una moral efectivamente compartida por todos. Es compatible con la disputa moral*¹⁰⁹.

Así que resulta claro que “la pretensión de corrección formulada en el Derecho no es idéntica a la pretensión de corrección formulada en la moral”¹¹⁰. Es necesario subrayar que la aplicación del Derecho requiere argumentos morales, sobre todo cuando se deben solucionar casos difíciles. Entonces:

*“Un juicio moral que es justificado con base en una moral que no es justificable no es correcto. Podría oponerse que la noción de una moral justificable es una ilusión. A eso uno tiene que contestar que los argumentos a favor y en contra de las morales específicas son posibles, y que algunas morales tienen una posibilidad mínima de sobrevivir en un proceso de libre argumentación. Esto es suficiente. En orden a obtener una relación necesaria entre Derecho y moral no se necesita una moral objetiva efectivamente compartida por todos los que hacen Derecho. La idea de una moral correcta, la práctica de la argumentación racional sobre lo que es moralmente correcto y la posibilidad de construir, sobre esa base, racionalidad práctica, es suficiente”*¹¹¹.

Por lo tanto, lo que subyace es la idea de la razón práctica como base de la ética discursiva, como sostiene García Amado, “lo correcto, en el plano normativo, será aquello en lo que pudiera llegar a estar de acuerdo una comunidad de hablantes que debatan buscando el acuerdo y lo hagan con plena asunción de las salvaguardias de la imparcialidad de cada uno y de todos, que son las reglas de la argumentación racional”¹¹². En definitiva, serían correctas y jurídicamente válidas las normas que en un discurso ideal serían estimadas correctas por todos.

A modo de cierre podemos concluir utilizando las solemnes palabras pronunciadas en la Universidad de Alicante durante la *Laudatio* como doctores *honoris causa* de los profesores E. Garzón Valdés, E. Bulygin, E. Díaz y R. Alexy: “uno puede estar en el constitucionalismo (Alexy) sin renunciar al

¹⁰⁹ R. ALEXY, “Sobre la tesis de una conexión necesaria entre Derecho y moral: la crítica de Bulygin”, en R. ALEXY - E. BULYGIN, *La pretensión de corrección del Derecho*, cit., p. 107. Véase también: R. ALEXY, “Law and Correctness”, *Current Legal Problems*, núm. 51, 1998, pp. 205-221.

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ Ivi, p. 109.

¹¹² J. A. GARCÍA AMADO, “Sobre la idea de la pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas”, cit., p. 36.

rigor conceptual en la forma (Bulygin), debiendo elaborar filosóficamente su sustancia moral (Garzón), y sin perder la mordiente crítica y la perspectiva social y política (Díaz)”¹¹³.

NATALINA STAMILE
Università degli studi di Bergamo
Dipartimento di Giurisprudenza
Via Moroni, n. 255
24127 Bergamo, Italia
e-mail: natalinastamile@yahoo.it

¹¹³ VV. AA., “Laudatio”, *Doxa*, núm. 32, 2009, p. 58.

LA TENSION ENTRE LA LIBERTAD IDEOLÓGICA Y LA LIBERTAD DE EMPRESA

THE TENSION BETWEEN IDEOLOGICAL FREEDOM AND FREEDOM OF ENTERPRISE

MARC-ABRAHAM PUIG HERNÁNDEZ
Universidad de Barcelona

Fecha de recepción: 20-9-18

Fecha de aceptación: 4-2-19

Resumen: *Por sus ideas o creencias, el trabajador puede resultar objeto de un trato desigual y perjudicial, esto es, ser víctima de un trato discriminatorio por motivos ideológicos. Este trabajo pretende dibujar el marco jurídico de la protección frente a este trato a través de la tensión entre el ejercicio de la libertad ideológica y la de empresa, configuradas por un contenido propio garantizado y un alcance delimitado por las obligaciones de la relación laboral. Este análisis debe contemplar la posibilidad de que la empresa adopte un ideario propio que pretenda alcanzar a través de sus facultades empresariales, imponiendo obligaciones de carácter ideológico al trabajador.*

Abstract: *Because of own ideas or beliefs, the worker may be treated unequal and harmfully, that is, be victim of a discriminatory treatment. This work aims to draw the legal framework of the protection against this type of treatment through the tension between the exercise of ideological freedom and the freedom of enterprise. The exercise of both freedoms is set by an own guaranteed content and a scope delimited by the rights and obligations of the employment relationship. This analysis must contemplate the possibility that a company would take its own ideas or ethical standards that it would try to achieve by entrepreneurial power, imposing ideological obligations on the worker.*

Palabras clave: libertad ideológica, libertad de empresa, trato discriminatorio, ideas y creencias

Keywords: ideological freedom, freedom of enterprise, discriminatory treatment, ideas and beliefs

1. INTRODUCCIÓN

En el marco de una relación laboral, el conflicto entre el ejercicio de la libertad ideológica y el de la libertad de empresa puede generar una diferencia de trato para el trabajador. La tensión entre ambas libertades se acentúa cuando la empresa es abiertamente declarada ideológica o de tendencia. En estos casos, ¿la empresa tiene la facultad de imponer su ideología al trabajador? De ser afirmativo, ¿cómo se justifica ante las garantías del derecho fundamental a la libertad ideológica? De lo contrario, ¿cuáles son los límites de difundir el ideario de la empresa cuando los trabajadores tienen garantizado el suyo propio? Así, ¿qué respuesta ofrece nuestro ordenamiento jurídico a los casos donde las ideologías del trabajador y de la empresa son contradictorias?

El principal objetivo de este trabajo consiste en determinar el marco normativo y doctrinal que permite dar respuesta a estos interrogantes. Ahora bien, a tenor de dicho objetivo deben advertirse dos cuestiones, una en referencia a la metodología y otra en relación a la estructura del trabajo. En primer lugar, la perspectiva adoptada en la exposición depende de delimitar las garantías de la libertad ideológica tanto en el ejercicio del derecho fundamental como en su posible manifestación: en este sentido, el ideario del trabajador configura el motivo de un trato discriminatorio. En segundo lugar, la problemática se plantea en torno a diversos elementos, como el de diferencia de trato, el de libertad ideológica o el de relación laboral, sobre los que debe precisarse su sentido previamente a la exposición. Por esta razón, el orden del trabajo queda estructurado de la siguiente manera:

En la primera parte del trabajo se manifiesta el contexto jurídico resultante de la tensión entre ambas libertades, en otras palabras, se establecen qué derechos y obligaciones caracterizan este conflicto y, asimismo, sus límites, ya en una segunda parte. En la tercera se detallan las garantías de las dos dimensiones de la libertad ideológica en dicho contexto. En la cuarta se plantea el hecho de que una empresa tenga la facultad de adoptar un ideario propio, que exponemos a través de los denominados centros docentes. Finalmente, se analiza la justificación de la diferencia de trato a través de los denominados «requisitos profesionales».

2. LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA TENSIÓN ENTRE LA LIBERTAD IDEOLÓGICA Y LA DE EMPRESA

La temática de nuestro estudio viene delimitada en torno al conflicto entre los intereses legítimos de trabajador y empresario, que focalizamos particularmente en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad ideológica por parte del trabajador y del derecho a la libertad de empresa por parte del empresario. Del ejercicio de ambos derechos nace la tensión que planteamos y, de ahí, resulta la diferencia de trato para el trabajador; en función de motivos ideológicos.

Para realizar este análisis es preciso determinar, previamente a la exposición de cualquier ejemplo, los elementos que la componen, a saber: la diferencia de trato, los conceptos de libertad ideológica y de empresa y la relación jurídica de carácter laboral. A continuación, observaremos estos elementos según las coordenadas de nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, destacaremos su aspecto normativo.

1. La diferencia de trato y el trato discriminatorio. La diferencia de trato padecida por el trabajador refiere al trato desigual, injustificado y perjudicial motivado en alguna característica personal. En el artículo 14 de nuestra constitución se recoge este mandato, bajo la prohibición de toda forma de discriminación. Se prohíbe cualquier diferencia de trato por alguna característica personal como las ideas, las creencias o la opinión del individuo. La diferencia puede resultar tanto «de un trato igual de lo diferente como de un trato diferente de lo igual»¹. En ambos tipos de trato, las características personales no pueden ser la razón que justifique la diferencia de trato, que en nuestro caso serán los motivos de carácter ideológico o, en sentido lato, la ideología².

¹ STEDH de 6 de enero de 2005, *Hoogendijk vs. Países Bajos*. Esta es la definición aristotélica de justicia. A diferencia de la igualdad formal de trato, que por así decir la igualdad en la ley exige solo la mitad de la justicia, esto es, el trato igual de lo igual (*vid.* A. RUÍZ MIGUEL, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, 1996, pp. 53 y ss. y R. GARCÍA MANRIQUE, “La semántica confusa de la igualdad”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33., 2010, pp. 615-616), al prescribir el trato igual de lo diferente y el trato diferente de lo igual, con la prohibición de discriminación se garantizan en nuestro ordenamiento jurídico los tipos de trato que se siguen de la definición de justicia.

² Un estudio previo de la jurisprudencia del TC nos lleva a concluir que «ideología» es un concepto amplio que comprende una gran diversidad de términos y acepciones, tales

En efecto, la ideología del trabajador puede resultar el motivo, la razón, de este tipo de tratos y nuestro ordenamiento jurídico la garantiza a través de diversos «motivos protegidos». Entre los motivos protegidos vinculados con la ideología encontramos: en la CE, en su artículo 14, la «religión» y la «opinión»; en la LO 15/1999, los datos de carácter personal como la pertenencia a un sindicato o a un partido político; o en los artículos 17 ET y 14 CEDH, las «creencias», «ideas» y, en definitiva, cualquier «pensamiento» de la persona.

2. El ejercicio de la libertad ideológica. El punto anterior ha sugerido un concepto amplio de «ideología», pues se identifica con cualquier posicionamiento intelectual del individuo respecto al mundo que le envuelve. En tanto que libertad, dicho posicionamiento viene acompañado de la facultad para que el individuo adopte la conducta de acuerdo con el mismo y que manifieste, de esta manera, su ideología sin ser, reprimido o sancionado por ello³. Pese a esta concepción genérica, la libertad ideológica se caracteriza por presentar una dimensión interna, la actividad racional del pensamiento y la conciencia, y otra externa, sus diversas manifestaciones. Cada una de ellas presenta sus propias garantías.

Vemos que la ideología del trabajador queda protegida, por un lado, a través de las garantías frente al trato desigual, perjudicial e injustificado y, por otro, mediante las garantías propias del derecho fundamental a la libertad ideológica.

3. El ejercicio de la libertad de empresa frente a la libertad ideológica. La libertad de empresa consta de dos aspectos esenciales, los cuales podemos sintetizar del siguiente modo: por un lado, el libre acceso al mercado; y, por otro, el libre ejercicio de actividades empresariales, personificándose en el empresario la figura, o sujeto, que toma las decisiones en la empresa⁴. La

como: ideas, creencias, opiniones, pensamientos, convicciones personales del mundo de la axiología, posicionamiento intelectual ante la vida o las opciones que suscita la vida personal o social. Al respecto, *vid.* G. ROLLNERT, "Ideología y libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-1990)", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 99, 1998, pp: 236-242.

³ L. Díez-Picazo Giménez, *Sistema de derechos fundamentales*, 4ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2013, p. 230.

⁴ F. Valdés Dal-Ré, "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador", en J. Aparicio Tovar y A.P. Baylós Grau (eds.), *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 31 y ss.

tensión con la libertad ideológica se genera principalmente a través de este segundo aspecto, esto es, en la facultad de realizar actividades empresariales, como tomar decisiones, controlar la producción o gestionar la empresa.

Si prestamos atención a la primera jurisprudencia del TC, en principio no cabe ningún tipo de limitación «injustificada» al ejercicio de un derecho fundamental como el de la libertad ideológica, a través del ejercicio de los derechos contenidos en los artículos 33 y 38 CE, relativos a la libertad y las facultades empresariales, pues las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo no le comportan al trabajador la privación o inoperancia de sus derechos fundamentales. Es más, junto con la garantía de respetar las ideas del trabajador, la protección de los derechos fundamentales del trabajador se extiende a la facultad para expresar y manifestar libremente ideas y opiniones. Aparecen entonces las garantías propias del derecho a la libertad de expresión previsto en el artículo 20.1 CE⁵. Lo que constituye una verdadera frontera para los derechos del empresario.

Al respecto, el TC ofreció una explicación acorde al discurso garantista de los derechos fundamentales. Se da una «adecuación» del poder de dirección empresarial frente a la libertad ideológica del trabajador: en caso de conflicto, los derechos fundamentales del trabajador prevalecerían sobre los del empresario, al erguirse como derechos que no pueden dejar de ser respetados en ninguna situación⁶.

Ahora bien, el ejercicio del derecho fundamental a la libertad ideológica no constituye una causa de exención del cumplimiento de las obligaciones legalmente contraídas. Dicho cumplimiento resulta exigible aun cuando las obligaciones sean contradictorias al ideario, creencias, ética o filosofía del trabajador, puesto que lo pactado contractualmente prima sobre el eventual conflicto con el ideario del trabajador⁷. La posibilidad de hacer cumplir lo pactado al trabajador procede del consentimiento de buena fe de los contratantes. Sin embargo, esta obligación no supone que la ética o la ideología de la empresa deba ser asumida por el trabajador, sino que se cuestionará la relevancia de ésta última en el correcto desempeño de su labor⁸.

4. La relación laboral. El binomio «trabajador-empresario» nos sitúa ante una relación jurídica en la que existe un régimen de derechos y obliga-

⁵ STC 88/1985, de 19 de julio.

⁶ SSTC 292/1993, de 18 de octubre y 49/2003, de 17 de marzo.

⁷ STC 19/1985, de 13 de febrero.

⁸ STC 47/1985, de 27 de marzo.

ciones específicas para ambas partes⁹, derivados principalmente del negocio jurídico contractual que reúne las características de relación de trabajo personal, voluntario, dependiente, por cuenta ajena y retribuida¹⁰.

Tal y como ha sido avanzado, la entrada del trabajador en la empresa condiciona el ejercicio de su libertad ideológica a través del cumplimiento de las obligaciones laborales contraídas. Se produce una «contextualización» de las posibles manifestaciones de este derecho. Ya podemos advertir que el derecho a la libertad ideológica se ponderará con otros derechos, en este caso, los relativos a la libertad de empresa que tengan encaje dentro de las obligaciones asumidas por el trabajador¹¹.

En síntesis, hemos observado que, en la relación laboral, de una parte, al ejercicio de la libertad ideológica se le exige una contextualización y, de otra, a la libertad de empresa una adecuación, con el fin de garantizar el respeto de lo convenido entre ambas.

3. LOS LÍMITES AL EJERCICIO DE AMBAS LIBERTADES

La relación laboral impone una contextualización y una adecuación en el ejercicio de los derechos legítimos de trabajador y de empresario, respectivamente. A continuación, vamos a profundizar en los límites que recaen sobre estas libertades, pues en ambos casos requieren ser detallados con mayor precisión.

1. De la libertad ideológica. En relación al límite que puede imponerse a la libertad ideológica, el TC estableció dos criterios por los que en el ejercicio de la libertad de empresa se justifica una cierta limitación de los derechos fundamentales del trabajador: la naturaleza del trabajo y la causa de necesidad. Ambos parámetros se encuentran determinados en la STC 99/1994, de 11 de abril.

Sobre la «naturaleza del trabajo», el TC explicó que, en virtud de la labor desempeñada por el trabajador, se presupone una limitación al ejercicio de

⁹ M.D. SANTOS FERNÁNDEZ, *El contrato de trabajo como límite al poder del empresario*, Bomarzo, Albacete, 2005, p. 31.

¹⁰ B. GARCÍA GIL, "Significado del derecho del trabajo", en A. CEBRIÁN y P. NÚÑEZ-CORTÉS (ed.), *Lecciones de contrato de trabajo*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2014, p. 12.

¹¹ SSTC 99/1994, de 17 de mayo y 199/1999, de 8 de noviembre.

sus derechos y ello viene justificado por su propia voluntad, expresada con el consentimiento para obligarse mediante el contrato de trabajo:

“las tareas encomendadas al trabajador implicaban la necesaria restricción de su derecho de tal suerte que pudiera entenderse que era la propia voluntad del trabajador –expresada al celebrar el contrato– la que legitimaba las que pudieran exigírsele en el futuro, dentro de los márgenes que se acaban de exponer”.

En cuanto a la «causa de necesidad», el TC anunció que la persecución de un fin legítimo por parte de la empresa puede suponer la eventual limitación de derechos de los trabajadores, pero en ese caso, deberá ser la única forma posible de lograrlo. Es decir, de existir una forma menos gravosa de alcanzar el fin para los derechos fundamentales del trabajador, la empleada por el empresario no estaría justificada:

“Los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquéllos (al margen de los conectados de forma necesaria con el objeto mismo del contrato) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar –por parte de quien pretende aquel efecto– que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra”.

Es necesario advertir que la causa de necesidad no justifica cualquier tipo de resultado. El propio TC habla de la medida menos gravosa para los derechos fundamentales y no de lesión de los mismos, pues explica que la persecución de un fin legítimo por parte de la empresa nunca puede producir un resultado inconstitucional, sino una modulación de los derechos del trabajador tal que no constituya lesión de sus derechos fundamentales¹².

2. De la libertad de empresa. De igual modo que sucede con la libertad ideológica, la libertad de empresa no significa un poder absoluto del empresario dentro del ámbito de su empresa, pues encuentra un límite principalmente en la persona del trabajador: de carácter genérico, el respeto de su dignidad, y específico, su intimidad. Definir el alcance de esta libertad es motivo de una constante actualización para la dogmática laboral. Ejemplo

¹² STC 173/1994, de 7 de junio.

de ello es el avance de la tecnología ha supuesto la introducción de nuevos mecanismos de control del empresario sobre la actividad de los trabajadores, como el uso «aparatos audiovisuales»¹³ o el manejo de sus datos ideológicos en la «creación de perfiles»¹⁴. Es una potestad enmarcada dentro de sus facultades.

Si bien los mecanismos de control suscitan intromisiones en la intimidad, la afrenta a la dignidad del trabajador puede degenerar en una situación de acoso laboral, situación que cuando lidia alguno de los motivos protegidos se concibe como un tipo agravado de trato discriminatorio y, en este caso, se denominaría acoso discriminatorio, el cual puede concursar con otros tipos como, por ejemplo, el acoso sexual¹⁵.

4. LA DOBLE DIMENSIÓN DE LA LIBERTAD IDEOLÓGICA

La libertad ideológica presenta dos ámbitos de protección diferenciados: la dimensión interna, donde tiene lugar la actividad intelectual del individuo, y la dimensión externa, por la que resulta posible exteriorizarla. Se configuran dos elementos indisolubles de esta libertad, pues ni tiene sentido la expresión, la manifestación o la exteriorización de ideas sin que de algún modo haya pasado el filtro del pensamiento del individuo, ni tiene sentido afirmar que el individuo tiene ideas, creencias o pensamientos propios sin que a los mismos les acompañe la facultad de exteriorizarlos. Sin embargo,

¹³ Al respecto, Aida Llamosas analizó la intromisión que suponen los medios audiovisuales para los derechos de los trabajadores. La autora atendió a las razones de eficacia técnica y de seguridad que justifican el uso de estos medios en contraste con los problemas que dicho uso puede suscitar para los trabajadores. Por ejemplo, la necesidad de monitorizar los movimientos o acciones de los trabajadores o la conservación de los archivos de imágenes y sonido. Vid. A. LLAMOSAS TRAPAGA, *Relaciones laborales y nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 139 y ss.

¹⁴ A través de las redes sociales como Facebook o Twitter, los empresarios pueden obtener información de los trabajadores y crear un perfil ideológico de los mismos. El manejo de este tipo de datos permite al empresario tener conocimiento de comportamientos habituales de la vida privada del trabajador, lo que supone la revelación de su opinión y sus ideas, en ocasiones, sin su conocimiento. Cfr. E. BAKSHY, S. MESSING y L. ADAMIC, "Exposure to ideologically diverse news and opinion on Facebook", *Science*, núm. 6239, vol. 348, 2015, pp. 1131-1132.

¹⁵ E. M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN y P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, "El acoso laboral como fuente de responsabilidad patrimonial de la Administración. Criterios de actuación y valoración", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 38, 2016, pp. 4-5.

si bien el ejercicio de la libertad ideológica supone la determinación conjunta de ambas dimensiones, el Derecho las diferencia según su naturaleza íntima o social para establecer el régimen adecuado de garantías¹⁶.

La dimensión interna de esta libertad configura una esfera que ningún poder o actividad puede traspasar. Dicha dimensión está protegida frente a toda injerencia, sin que el cumplimiento de las obligaciones contractuales acordadas le suponga un límite: las ideas, creencias, convicciones o filosofía del trabajador se sitúan en el objeto de protección del artículo 16.2 CE, relativo a las garantías de no declarar sobre las propias ideas ni de acogerse a un ideario contrario al propio.

De acuerdo con la interpretación del TC, desempeñar un trabajo no implica la adopción del ideario de la empresa, sino realizar efectivamente las obligaciones contraídas en el contrato de trabajo, sin que ello signifique tener que profesar la ética o el ideario de la empresa. Si consideramos además que el conocimiento o manejo de los datos de carácter ideológico del trabajador requerirá siempre el consentimiento expreso del trabajador, como requisito para el empresario, (art. 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal¹⁷), podemos afirmar que la dimensión interna constituye el margen de inmunidad de la libertad ideológica.

En tanto que las garantías de la esfera íntima del individuo configuran la protección de la dimensión interna, la libertad ideológica será observable de tres maneras, según las divisiones propias de esta esfera: en primer lugar, en relación a la esfera «íntima» en sentido estricto, que se refiere a lo más secreto de la persona, a sus opiniones, decisiones y acciones más íntimas; en segundo lugar, de acuerdo con la esfera «individual», se hace referencia a los aspectos vinculados al honor, la imagen personal y la personalidad, por los que puede construirse una imagen del individuo según un determinado

¹⁶ Una distinción conceptual entre ambas dimensiones puede verse en el Auto del TC 1227/1988, Sección 2ª, de 7 de noviembre, en referencia al derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto. Anteriormente a este Auto, la jurisprudencia había reflejado esta distinción a través de la libertad de conciencia, en la STC 15/1982, de 23 de abril.

¹⁷ A pesar de las obligaciones definidas para el empresario acerca de la protección de datos de carácter ideológico, cierto sector doctrinal recuerda la falta de especificación de las obligaciones de los trabajadores relativas a la protección de sus datos personales. Así, según Helena MONZÓN, el "deber de protección de los datos personales" de los trabajadores está pendiente de desarrollo legal. Cfr. H. MONZÓN PÉREZ, "El deber de protección de datos personales de los trabajadores y su transgresión", *Revista de Información Laboral*, núm. 2, 2017, pp. 37-40.

perfil ideológico; y, por último, por esfera 'privada' entendemos la vinculada con la privacidad, vida privada e intimidad personal y familiar asegurada frente a terceros, de la persona humana¹⁸. El vínculo de la libertad ideológica con la esfera íntima del individuo se recoge en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en donde se destaca que, en su esfera íntima, el individuo elabora "una visión propia de ideas y concepciones de la existencia"¹⁹.

No observamos las mismas garantías en la manifestación de ideas, creencias, opiniones o convicciones de cualquier índole, pues puede limitarse su ejercicio en función del orden público definido por ley, según el artículo 16.1 CE. Por norma general, las garantías de la dimensión externa de la libertad ideológica comprenden la protección contra injerencias tanto de poderes públicos como de terceros. El límite de orden público se caracteriza, en nuestro ordenamiento, por las normas imperativas que rigen la relación laboral²⁰.

De esta noción general, constituye una discriminación el trato desigual en función de las ideas, convicciones, creencias, o cualquier otro rasgo ideológico que se haya exteriorizado. Claro que las manifestaciones de la ideología del trabajador están asimismo limitadas cuando cran un perjuicio a la empresa, especialmente en el supuesto de las empresas ideológicas, al desprenderse la obligación mutua de respetar el ideario de la otra parte. Según el TC, la obligación de respeto mutuo resulta exigible incluso en situaciones extracontractuales y aunque la actividad del trabajador consista en representar y transmitir un ideario de empresa contrario al propio²¹.

El ejercicio de esta libertad debe ser pacífico con los derechos y obligaciones propios de este ámbito, pues son asumidos contractualmente. De igual modo, no cabe su limitación fuera de estas coordenadas.

¹⁸ La concepción de la esfera íntima compuesta por tres esferas procede de la doctrina alemana. A partir de la noción genérica de intimidad que refiere al espacio ligado "a las diferentes esferas por las que el individuo manifiesta sus intereses personales y la voluntad de estructurar su vida", se explica que la intimidad está compuesta particularmente de la esfera íntima (*Intimsphäre*), la esfera privada (*Privatsphäre*) y la esfera individual (*Individualsphäre*). Vid. J. MARTÍNEZ DE PISÓN, "El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXXII, 2016, pp. 413-414.

¹⁹ STC 120/1990, de 27 de junio.

²⁰ M. SERRANO MAÍLLO, "Libertad ideológica, religiosa y de culto", en S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coord.), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 156 y ss.

²¹ STC 5/1981, de 13 de febrero.

El contexto general es el definido a partir de la CE y la jurisprudencia del TC: no injerencia en la dimensión interna de la libertad ideológica del trabajador, pero la posibilidad de encontrar un límite en la dimensión externa. El TEDH también ha establecido una doctrina similar sobre el artículo 9 CEDH. Esta jurisprudencia resulta de especial interés en lo relativo a la dimensión interna, puesto que finalmente conecta con la objeción de conciencia en virtud del derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia o, en otras palabras, del derecho equivalente a nuestro derecho fundamental a la libertad ideológica. Veámoslo en el siguiente orden:

1. En lo relativo a la «dimensión externa» de la libertad ideológica, cabe cuestionarse por las garantías genéricas de ideas, opiniones o convicciones establecidas por el TEDH. Para algunos autores, no caben excesivas limitaciones a este derecho por parte del Estado²², y los límites son los estrictamente necesarios para no menguar el ejercicio de las libertades en una sociedad democrática²³.

Según se desprende del TEDH, las pocas limitaciones para las libertades del artículo 9 CEDH se justifican en su carácter público, al tratarse de libertades públicas garantizadas por Estados Constitucionales de Derecho. Ahora bien, debemos considerar que su ejercicio también se desenvuelve en contextos específicos, o negocios jurídicos concretos.

En nuestra constitución se garantiza la “libertad de empresa en un contexto de economía de mercado”, en su artículo 38. En los estudios jurídicos inmediatamente anteriores a la promulgación de la Constitución de 1978, Miguel Boyer entendió que la expresión “economía de mercado” es un sinónimo del liberalismo puro²⁴. Pese a esta concepción, lo cierto es que el modelo constitucional español combina la economía en su vertiente liberal con elementos que introducen correctivos sociales, como puede verse, por

²² N. SAURA FREIXES, “La protección de la libertad de expresión en internet. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en J.C. GAVARA DE CARA, J. de MIGUEL BÁRCENA y S. RAGONE (dirs.), *El control de los cibermedios*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2014, pp. 17-21.

²³ D. CAPODIFERRO, “Los límites a las libertades de expresión e información”, en J.C. GAVARA DE CARA, *El control judicial de los medios de comunicación*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2014, pp. 105 y ss.

²⁴ M. BOYER, “El sistema económico de la futura Constitución española”, en VV.AA., *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pp. 261 y ss.

ejemplo: en el límite que imprime el respeto de los derechos fundamentales, en la cláusula del Estado Social del artículo 1 CE, o en la función social de la propiedad del artículo 33 CE²⁵. Así, la protección de la ideología del trabajador se traslada a ámbitos privados, y resulta posible concluir que las únicas limitaciones posibles a la dimensión externa de la libertad ideológica residen en el orden público configurados por las normas imperativas, el cual identificamos como el régimen jurídico de la relación laboral, donde coexisten la libertad de empresa y la libertad ideológica, entre las exigencias del principio de igualdad y de no discriminación, junto con el máximo respeto a los derechos fundamentales del trabajador²⁶.

2. En cuanto a la “dimensión interna”, el TEDH ha establecido un idéntico margen de inmunidad al realizado por nuestro TC. Ha quedado patentizado, por ejemplo, respecto al uso de las nuevas tecnologías.

De la esfera íntima del trabajador, allí donde se forma sus ideas y una concepción propia del mundo, nace la expectativa de respeto por parte del empresario; se configura un límite a su poder de dirección. Dicho límite se extiende al uso de la tecnología y guarda su justificación en la facultad del empresario para controlar al trabajador. En función de la jurisprudencia del TEDH, sobre la esfera íntima del trabajador resulta necesario distinguir entre los derechos que son propios de la relación laboral y los derechos que proceden de esta esfera, esto es, la propia de la dignidad y la intimidad del trabajador.

El TEDH ha explicado que los derechos y obligaciones de la relación laboral no despojan al trabajador de la protección de su esfera íntima y privada, que alcanza aquellos supuestos donde éste haga un uso particular de los medios habilitados por el empresario. Un ejemplo paradigmático es el uso del correo electrónico de la empresa para fines privados²⁷. El control del empresario amenaza el secreto de comunicaciones²⁸, especialmente notorio en aquellas situaciones que derivan de la creación de un perfil del trabajador, el cual derive en un trato diferenciado en función de motivos ideológicos²⁹. El

²⁵ Vid. voto particular de Luís Díez-PICAZO en la STC 37/1981, de 16 de noviembre.

²⁶ De acuerdo con la postura de J.M. GOIG MARTÍNEZ, “Artículo 38: La libertad de empresa”, en VV.AA., *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo III, Edersa, Madrid, 2006, p. 744.

²⁷ STEDH de 12 de enero de 2016, *Barbulescu vs. Rumanía*.

²⁸ STEDH de 3 de abril de 2007, *Copland vs. Reino Unido*.

²⁹ A. VILLALBA SÁNCHEZ, “Los derechos fundamentales del trabajador frente a los nuevos instrumentos de control empresarial”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 6, 2016, pp. 89-90.

uso del correo electrónico es una instancia del acceso a información privada del trabajador por medios telemáticos y redes sociales, al que ya hicimos referencia.

La dimensión interna se define como una libertad negativa, una frontera para cualquier poder o actividad, sea por no ver menoscabada la ideología del trabajador, sea por no manifestar una adhesión a cualquier opinión, convicción, idea, religión, ética, etc., contraria a la del trabajador, como así ha especificado el propio TEDH³⁰ (interpretación equivalente a la del TC sobre el art. 16.2 CE). Para el TEDH resultó discriminatorio exigir al trabajador una titulación superior para justificar su despido, cuando dicho trabajador había sido objeto de un trato desigual y de acoso por su afiliación a un grupo minoritario religioso. En ese supuesto, el TEDH entendió que el requisito formal ocultaba la realidad del despido, un trato discriminatorio producido al tener conocimiento de las creencias religiosas del trabajador; por invadir el límite impuesto por el artículo 9 CEDH³¹.

3. La jurisprudencia en torno a la dimensión interna de la libertad ideológica encauza con el posible ejercicio de la objeción de conciencia. Cabe señalar que la objeción de conciencia no constituye un derecho contenido en el CEDH ni tampoco en el sentido que ha establecido nuestro TC. Como explicó Guillermo ESCOBAR ROCA, de nuestra Constitución se desprenden dos supuestos explícitos de objeción, de acuerdo con los artículos 30.2 y 20.1.d CE, y un supuesto implícito de derecho general a la objeción de conciencia que se da en el ejercicio del derecho a la libertad ideológica del artículo 16 CE³².

En el CEDH no está expresamente regulado este derecho en alguna de las tres modalidades. En un principio, el TEDH dio cabida a la tutela de las convicciones de manera equiparable al derecho a la objeción de conciencia al servicio militar que se recoge en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, esta protección no pivotaba expresamente sobre las libertades del artículo 9 CEDH, aunque tampoco el TEDH se mostrara reticente a tutelar las convicciones del individuo bajo las libertades proclamadas en este precepto³³. Al no delimitar excesivamente el ámbito material de esta protección,

³⁰ STEDH 18 de diciembre 1996, *Valsamis y Efstratiou vs. Grecia*.

³¹ STEDH de 14 de abril de 2007, *Ivanova vs. Bulgaria*.

³² G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 203 y 217-218.

³³ Decisión de inadmisibilidad del TEDH de 10 de marzo de 2009, *Lang vs. Austria*.

terminó por establecer un doble requisito para garantizar la objeción de conciencia en virtud del artículo 9 CEDH: el «grado de fuerza» y la «consistencia» de las convicciones profundas del individuo en su conciencia. Este doble criterio ha resultado de aplicación en aquellos conflictos que no pueden resolverse de otra manera que respetando la conciencia de la persona frente a los demás derechos y obligaciones presentes en un negocio jurídico, cuando el cumplimiento del deber implica una grave vulneración del respeto de la conciencia exigido por el CEDH³⁴. El grado de fuerza de las convicciones exige que estén arraigadas en el trabajador de tal modo que el cumplimiento del deber le genere un conflicto moral grave. Y en cuanto al requisito de la consistencia, o solidez, de las creencias, éste resulta de la incompatibilidad entre la adecuación de la conducta del trabajador a las mismas y de la realización del deber, esto es, que se le plantee como un conflicto insuperable.

Con lo expuesto hasta este punto puede afirmarse que la principal limitación para el ejercicio de la libertad de empresa reside en el marco de la esfera personal o íntima del trabajador³⁵. Las intromisiones en la esfera de libertad individual topan con la inmunidad de las ideas, las creencias o los pensamientos de la persona que también impera en el ámbito laboral³⁶. Esta garantía permite catalogar tal que “obligación de no hacer” aquella actividad del empresario que colisione con la esfera íntima del trabajador. Por norma general, la inmunidad de la esfera íntima se articula con una magnitud suficiente para proteger determinadas formas de exteriorización, como el conocimiento de datos personales del trabajador, y asimismo las ideas u opiniones, sin exponerse a padecer, en principio, un perjuicio en su contra.

³⁴ STEDH de 17 de enero de 2012, *Feti Dermittas vs. Turquía*.

³⁵ Una esfera personal que debe identificarse con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, debido al vínculo de la dignidad humana con los derechos fundamentales. Explica el TC que de la dignidad se desprende el derecho a que el resto de los derechos fundamentales sean respetados por cualquiera (STC 208/2013, de 16 de diciembre), y se extiende al ámbito del uso de nuevas tecnologías o la “nueva sociedad digital”, vid. 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, pp. 57-59.

³⁶ Explicó Ignacio Albiol que “hay determinadas esferas de la persona que se desenvuelven en ámbitos sociales, y uno de ellos es el trabajo. Los derechos individuales y particulares que reconoce nuestra Constitución (...) son el exponente de una concepción de la persona con una esfera inviolable, que, si en los ámbitos impersonales de la sociedad se preservan frente a toda agresión, son igualmente tutelables dentro de aquellos vínculos y relaciones que en los ámbitos propios de los roles sociales se adoptan por las personas, y uno de ellos es el trabajo”. Vid. I. ALBIOL MONTESINOS, *Extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 962-965.

La garantía de inmunidad de la dimensión interna de la libertad ideológica proviene del derecho fundamental a la intimidad recogido en el artículo 18 CE. Ha expresado la doctrina laboral que la tutela de este derecho se comprende como el principal «escudo» ante las intromisiones del empresario³⁷. La dimensión interna de la libertad ideológica procede de la esfera íntima del trabajador, y en la proyección externa de su intimidad, el trabajador expone elementos privados propios de su esfera personal, ante los que existe la expectativa, como se afirma, de ser respetados por el empresario³⁸. En otras palabras, este respeto se presume como una manifestación de la buena fe del empresario hacia el trabajador en la relación laboral³⁹.

Pero estas manifestaciones deben constituir un elemento desvinculado del cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato laboral: su exteriorización no puede crear un perjuicio al empresario o a la empresa. Lo que nos lleva a observar que el trato del trabajador debe producirse en función de su aptitud profesional, sin que su ideología, manifestada de algún modo, pueda considerarse relevante para tal fin⁴⁰.

Entre las facultades empresariales encontramos poder monitorizar al trabajador, respetando las garantías de la dignidad recogidas expresamente en el ET⁴¹. El empresario está facultado para adoptar las medidas de vigilancia que considere oportunas, como se ha expuesto a través del uso de nuevas tecnologías⁴², y se aplican como mecanismos de control de la actividad

³⁷ R. SERRANO OLIVARES, "El derecho a la intimidad como derecho de autonomía personal en la relación laboral", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 103, 2001, pp. 99-102.

³⁸ B. VALDÉS DE LA VEGA, "El derecho a la intimidad y su expectativa de respeto en el uso personal de las tecnologías de la información y comunicación en el trabajo. Un comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007 y a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Social*, núm. 42, 2008, pp. 144-148.

³⁹ E. CONDE MARÍN, *La buena fe en el contrato de trabajo*, La Ley, Madrid, 2007, p. 360.

⁴⁰ La vida privada del trabajador no puede formar parte de la valoración de su aptitud profesional, a excepción de aquellos casos donde sea necesaria la compatibilidad entre los intereses, ética o ideología del trabajador y de la empresa. Cfr. F. PÉREZ DE LOS COBOS, *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pp. 23-25.

⁴¹ El artículo 20.3 ET establece que «el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso».

⁴² El uso de la tecnología en la relación laboral es, sin duda, un tema sensible y complejo. El límite de la esfera íntima no queda ceñido a la persona del trabajador y puede verse

del trabajador⁴³. En síntesis, dicho poder de control queda justificado en el marco de la «actividad laboral»; se ejerce en cualquier caso ceñido al mismo ámbito laboral y al respeto de la dignidad humana⁴⁴.

Al tener conocimiento de datos de carácter ideológicos de un trabajador, el empresario puede dispensarle un trato desigual. La obligación de no hacer del empresario comporta el deber de abstenerse a realizar una acción sin el consentimiento del trabajador cuando se conoce su ideología. Debe ser entendido como un «principio de neutralidad» derivado de la dimensión interna de la libertad ideológica del trabajador⁴⁵. Dicho principio de neutralidad se configura como un mandato en virtud de la prohibición de discriminación: el empresario debe cargar con la demostración de no haber dispensado un trato discriminatorio por motivos ideológicos en el ejercicio de su poder de dirección. En otras palabras, de la prohibición de discriminación nace la inversión de la carga de la prueba para supuestos de decisiones empresaria-

en sentido contrario. El empresario es titular de idénticos derechos fundamentales, pues son atribuidos universalmente, y deben protegerse igualmente en la relación de trabajo. La protección de la esfera íntima del empresario ha quedado reflejada en la jurisprudencia. Sirva de ejemplo la STS 678/2014, de 20 de noviembre, donde se discutió la licitud de la grabación al «jefe» mientras sancionaba a una trabajadora. En este supuesto se declaró haber derecho a realizar la grabación, en tanto se justificó que no supuso una intromisión ilegítima en la intimidad del demandante.

⁴³ Al respecto, el TC acepta el uso de mecanismos audiovisuales (STC 186/2000, de 10 de julio), incluso acceder al correo electrónico de la compañía (STC 170/2013, de 7 de octubre), siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos. Entre estos requisitos se encuentra que el empresario brinde la información previa de cómo utilizar los ordenadores de la empresa y qué uso darle a Internet, además de eliminar cualquier atisbo de intimidad de la persona del trabajador cuando quiera utilizarlo como medio probatorio. Para un análisis más extenso de los elementos que configuran esta cuestión, *cfr.* A.V. SEMPERE NAVARRO y C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, *Nuevas Tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, Navarra, 2002 y M. SEPÚLVEDA GÓMEZ, “Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso de correo electrónico en la relación laboral. Límites y contra límites”, *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 122, 2013.

⁴⁴ Como explica Joaquín Aparicio, en la conexión entre intimidad y dignidad se “debe empezar aceptando la doctrina constitucional de que la intimidad, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana, consistiendo en un poder jurídico para imponer a los demás el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima”. *Vid.* J. APARICIO TOVAR, “Los derechos fundamentales y el juicio de proporcionalidad degradados a mera retórica”, *Revista de Derecho Social*, núm. 64, 2013, p. 140.

⁴⁵ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia”, *Persona y Derecho*, núm. 50, 2004, p. 364.

les motivadas en la ideología del trabajador o cualquier otra característica personal⁴⁶.

En resumen, las garantías de la dimensión interna se traducen en la inmunidad de las propias ideas, una facultad de *agere licere* con plena inmunidad de coacción tanto para el TC como para el TEDH.

Ambos tribunales incluyeron, en esa inmunidad, ciertos aspectos relativos a la dimensión externa de la libertad ideológica, principalmente en relación a los poderes públicos, aunque la extendieron, en cierto manera, a la relación jurídica entre trabajador y empresario, bajo el imperativo de manifestar la ideología respetando las obligaciones contraídas⁴⁷. Ello nos ha llevado a precisar las garantías de la dimensión externa. En una relación laboral, la manifestación de las ideas, las creencias o los pensamientos del individuo coexiste con los derechos propios del empresario y de la propia empresa. De ahí hemos observado que se produce una modulación, o «contextualización», de los derechos constitucionales desde que el trabajador entra a trabajar en una organización, siendo posible tal modulación en la medida de lo estrictamente imprescindible para desenvolver la actividad profesional⁴⁸. Y en caso de conflicto de derechos, garantizada la inmunidad de la dimensión interna de la libertad ideológica del trabajador, deberán ser ponderados aquellos otros derechos e intereses legítimos de trabajador y de empresario, de acuerdo con las circunstancias concurrentes del conflicto entre derechos⁴⁹. En palabras de María José Rodríguez Crespo, se requiere una “correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental en juego y de las obligaciones laborales que pueden modularlo”⁵⁰.

⁴⁶ SSTC 38/1981, de 23 de noviembre y 125/2007, de 10 de mayo.

⁴⁷ J. JIMÉNEZ CAMPO, “Voz ‘Libertad ideológica’” *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995, p. 4057.

⁴⁸ A.V. SEMPERE NAVARRO “Apuntes sobre la libertad de conciencia en el ámbito laboral”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2015, pp. 13-22.

⁴⁹ De la jurisprudencia constitucional asentada, entre otras sentencias, *vid.* SSTC 99/1994, de 11 de abril de 1994; y 204/1997, de 25 de noviembre de 1997.

⁵⁰ M.J. RODRÍGUEZ CRESPO, “El ejercicio de la libertad ideológica en el ámbito empresarial: doctrina general y últimos pronunciamientos judiciales”, *Revista de Información Laboral*, núm. 8, 2015, pp. 47-48.

5. LAS EMPRESAS IDEOLÓGICAS O DE TENDENCIA

La temática que hemos observado hasta el momento es objeto de una especificación con las denominadas «empresas ideológicas o de tendencia»⁵¹. Las empresas ideológicas están dotadas de un ideario: una filosofía de empresa o una ética particular. Con la presencia de este tipo de empresas se nos presenta una cuestión en torno a la compatibilidad entre la ideología del trabajador y la de la empresa.

En primer lugar, destaca la diferencia en la actividad desempeñada en las empresas de tendencia y en el resto. Como explicó el TC, la «tarea neutra»⁵² es el trabajo sin carga ideológica que debe llevar a cabo el trabajador, al contrario de aquellas tareas de «tendencia», por las que el trabajador realiza una actividad consistente en representar y transmitir el ideario de la misma⁵³.

Autores como Ángel Luis de Val Tena califican la ideología o el fin ideológico de la empresa como el concepto que integra la actividad de la misma⁵⁴. De esta premisa se valió el autor para diferenciar dos tipos de empresas ideológicas. Por un lado, aquellas en las cuales la ideológica representa un concepto amplio o global, las que dirigen su actividad hacia fines políticos, educativos, artísticos, etc., y suponen la adhesión a una determinada concepción

⁵¹ El término «empresa ideológica» tiene la primera referencia en la doctrina jurídica española en J. APARICIO TOVAR, «Relación de Trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas», en VVAA, *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los Profesores Bayón Chacón*, Universidad Complutense, Madrid, 1980, pp. 269-306.

⁵² Término contrario al de «tareas de tendencia», por las cuales el trabajador, como explicó Blasco Jover, «contribuye al desarrollo, mantenimiento y difusión del planteamiento ideológico de la organización». Vid. C. BLASCO JOVER, *El derecho a la cláusula de conciencia de los profesionales de la información*, Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 223-224.

⁵³ STC 106/1996, de 12 de junio. Cfr. el comentario de esta sentencia realizado por Alfredo MONTOYA sobre la frontera entre la libertad de expresión del trabajador, las ofensas al empresario y la posible vulneración de sus derechos fundamentales. Vid. A. MONTOYA MELGAR, «Comentario a la STC 106/1996, de 12 de junio», en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, tomo XIV, Aranzadi, Madrid, 1997, p. 196.

⁵⁴ A.L. DE VAL TENA, «Las empresas de tendencia ante el derecho al trabajo. Libertad ideológica y contrato de trabajo», *Proyecto Social. Revista de relaciones laborales*, núm. 2, 1994, pp. 178-179. En efecto, aunque fuera necesario un desarrollo legislativo para precisar el contenido y alcance de los derechos de estas organizaciones, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional evidenció el conflicto entre derechos fundamentales de la empresa con los del trabajador. Vid. STC 15/1982, de 23 de abril.

del mundo, la denominada “tendencia”. Y por otra parte, se situarían aquellas empresas que se hacen valer de un concepto rígido de ideología para llevar a cabo su actividad, en la que estrictamente se englobarían los partidos políticos, los sindicatos y las confesiones religiosas.

En el aspecto normativo, por lo que respecta a las empresas ideológicas sucede que, ante los primeros casos que se plantearon en nuestros tribunales, éstos no disponían de una regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto, no existía un marco normativo de referencia en el que situarlas adecuadamente. El TC dio origen al desarrollo jurisprudencia del concepto de empresa ideológica en los años noventa⁵⁵, pero poco después se aprobó la Directiva 2000/78/CE, sobre discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación. En su artículo 4.2 se incorporó la expresión «respecto a la ética de la organización», relativo a la compatibilidad entre la ética de la empresa y los motivos protegidos frente a discriminación, entre ellos la ideología del trabajador. Se estableció la ética empresarial como un requisito profesional para optar al puesto de trabajo. Si bien el primer precedente normativo sobre las empresas de tendencia se encuentra en la citada directiva comunitaria, la referencia al concepto de empresa ideológica en una norma no impidió la compatibilidad con las explicaciones ya realizadas por el TC y reflejadas en la doctrina jurídica.

En segundo lugar, aun con un ideario o ética declarados por la empresa, la dimensión interna de la ideología del trabajador resulta protegida frente a cualquier intromisión y, asimismo, frente a una posible diferencia de trato. El límite que puede imponerse a la libertad ideológica reside en su manifestación, y en el supuesto de una empresa de tendencia, en su compatibilidad con el ideario de la organización. Como hicimos referencia, el límite al ejercicio de la libertad ideológica se produce en función de la naturaleza del puesto de trabajo, y ahí el ideario empresarial puede establecerse como un auténtico requisito. La manifestación de la ideología del trabajador debe crear efectivamente un perjuicio para la empresa, al entrar en conflicto con los intereses legítimos empresariales encarnados en dicho ideario.

Al respecto, un tema de actualidad para la doctrina laboral consiste en portar símbolos religiosos, una de sus posibles manifestaciones. Portar este

⁵⁵ Al respecto, la STC 106/1996, de 12 de junio, destacaba la ausencia de una normativa estatal por entonces acerca de empresas y organizaciones ideológicas, para diferenciar que, a diferencia de un centro educativo, un hospital religioso no entraría dentro de esta categoría debido a que la principal función de este centro sería la sanitaria por encima de la función ideológica o religiosa.

tipo de símbolos constituye una manifestación externa de las creencias del trabajador, y en los casos que no haya declarada una ideología o ética empresarial o que no exista una normativa del sector que prohíba la exhibición de símbolos en el lugar de trabajo, una decisión empresarial tomada en función de tales símbolos puede constituir una diferencia de trato injustificada, esto es, un trato discriminatorio, pues las empresas deben atender a los elementos de «neutralidad» del puesto de trabajo⁵⁶. Si el símbolo que manifiesta la ideología del trabajador no perjudica el desempeño de las funciones laborales, no resulta un impedimento para su ejercicio y no podrá constituirse en objeto de alguna restricción: la causa o el motivo que justifica tomar una decisión determinada es la aptitud o competencia del trabajador para llevar a cabo la actividad laboral y no así el ejercicio de un derecho fundamental.

Este escenario lleva a preguntarse por el alcance de la protección de la manifestación de las ideas, del pensamiento o de las creencias del trabajador. Su protección alcanza al supuesto de no querer declarar sobre la propia ideología, o facilitar datos de carácter ideológico, como los relativos a la afiliación sindical del trabajador ante requerimiento por parte del empresario. La afiliación del trabajador a un sindicato manifiesta una opción de contenido ideológico y, en consecuencia, la decisión de no declarar al respecto configura uno de los supuestos protegidos⁵⁷. En efecto, la información ideológica se protege frente a terceros, de acuerdo con el artículo 7 LOPD, con figuras como la ideología, la afiliación sindical, la religión o las creencias representan tipos de datos protegidos frente al conocimiento del empresario, puesto que potencialmente dan lugar a un trato discriminatorio⁵⁸.

⁵⁶ Para un análisis extenso de la cuestión, *vid.* J.M. CONTRERAS MAZARÍO, “Símbolos religiosos y principio de no discriminación en las relaciones laborales: el caso del velo islámico (Comentario a las ‘conclusiones’ emitidas por las Abogadas Generales en dos cuestiones prejudiciales presentadas ante el TJUE)”, *Revista de Derecho Social*, núm. 77, 2017, pp. 125-150.

⁵⁷ Hecho reconocido, asimismo, en las leyes autonómicas. La afiliación sindical presenta un dato que puede crear un perjuicio para la «intimidad y los demás derechos privados legítimos», como refleja el artículo 21.1.f) de la Llei 19/2014, de 29 de desembre, del Parlament de Catalunya, sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Al respecto, *vid.* I. GARRÓS FONT, “La intimidad y los demás derechos privados legítimos”, en VV.AA., *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017, pp. 277-296.

⁵⁸ Para Pérez Luño hubiera sido más efectivo proteger datos a través del artículo 14 de la Constitución y no del 16, al entender que de esta manera se prevendría cualquier tipo de discriminación y no solamente los datos especificados en el artículo de la LOPD. *Vid.* A.E. PÉREZ LUÑO, “La tutela jurídica de los datos personales en España”, *La Toga*, n° 131, 2001, p. 7.

Pasemos a observar la compatibilidad entre ideologías, ambas objeto de protección. Para un sector doctrinal, la empresa ideológica es otra posible manifestación del derecho fundamental a la libertad ideológica. Según Jorge Otaduy⁵⁹, la empresa ideológica se configura como un instrumento del ejercicio colectivo de la libertad ideológica y, como explicó Blat Gimeno, se ejerce de acuerdo con principios como el pluralismo, la libertad de asociación y la igualdad⁶⁰. De ahí que se haya considerado a la empresa ideológica tributaria de una tutela jurídica acorde al artículo 16 CE⁶¹. En este tipo de empresas, la ideología, un ideario propio, cierta ética, constituye y sostiene la actividad de la organización. Se ha explicado que el derecho de las empresas a difundir su ideología se establece como un límite para el ejercicio de los derechos de los trabajadores relacionados con su ideología, religión o creencias. Por esta razón, es un ejemplo paradigmático la creación de centros docentes, que observaremos a continuación, y su derecho a crear los medios materiales necesarios para difundir la ideología adoptada. En estos supuestos se observa el conflicto entre la ideología del docente-trabajador frente al centro de tendencia, habitualmente representado por un colegio religioso⁶².

De acuerdo con la doctrina expuesta, el respeto del ideario de la empresa debe exigirse mediante el derecho a la libertad ideológica. Como expresó Raquel Poquet, la libertad ideológica debe “compaginarse con el derecho de la empresa a difundir fielmente su mensaje moral o ideológico”⁶³. Lo cierto es que con la ideología empresarial se crean requisitos contractuales porque aparece *de facto* un vínculo de obligaciones negativas recíprocas para empresario y trabajador. Dicho vínculo se configura por el mutuo respeto de cada ideología y su compatibilidad con los requisitos para desempeñar el trabajo⁶⁴. Ahora bien, a pesar de este vínculo, resulta innecesario tanto compartir

⁵⁹ J. OTADUY, *La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados*, EUNSA, Pamplona, 1985, p. 281.

⁶⁰ F.R. BLAT GIMENO, “Relaciones laborales en empresas ideológicas”, *Relaciones Laborales*, Madrid, 1986, pp. 19-21.

⁶¹ F.J. CALVO GALLEGO, *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 1995, p. 74.

⁶² A.I. GARCÍA SALAS, *Necesidades empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores*, Lex Nova, Pamplona, 2016, pp. 202-203.

⁶³ R. POQUET CATALÀ, “El despido ideológico en empresas de tendencia”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2015, p. 233.

⁶⁴ Sirva de ejemplo la STSJ de Cataluña 1148/2007, de 9 de febrero, donde se declaró haber causa de discriminación en el despido colectivo realizado por la empresa de automóvi-

la propia ideología con la de la empresa como adherirse a la misma⁶⁵, pues el artículo 16.2 CE constituye una garantía para el trabajador incluso en un contexto ideológico delimitado como el caso de las empresas de tendencia.

Centrémonos ahora en observar el caso de los centros docentes, probablemente el ejemplo que mejor expone la tensión entre la libertad ideológica y la de empresa, aunque también serían dignos modelos de estudio los ámbitos público o cooperativo.

Una empresa de tendencia se configura a partir de una ética corporativa, un ideario propio. Su primeriza previsión normativa la hemos identificado en la Directiva 2000/78/CE (que traspuso la Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y de orden social). Claro que, al respecto de la adopción de un ideario particular, el derecho fundamental a la libertad ideológica debe decir algo al respecto. Hasta el momento hemos sido testigos de que la adopción de un ideario propio o una ética particular configuran la ideología del individuo y que la doctrina laboral aboga por que la empresa era igualmente titular del derecho fundamental.

De igual modo que el individuo, los centros docentes pueden adoptar una ideología, que habitualmente es de contenido religioso. Nos situamos ante uno de los posibles ejercicios colectivos del derecho fundamental. En la STC 46/2001, de 15 de febrero, encontramos un resumen de la doctrina sobre el ejercicio colectivo de las libertades ideológica y religiosa de la siguiente manera:

«El art. 16.1 CE garantiza la libertad religiosa y de culto (...), el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, 120/1990, de 27 de junio, y 63/1994, de 28 de febrero, entre otras), pues cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades, tales como las que enuncia el art. 2 LOLR y respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos

les SEAT. En aquel despido, los trabajadores afectados fueron “desproporcionadamente” los afiliados al sindicato CFG.

⁶⁵ M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo XIV, 1996, Aranzadi, Madrid, 1997, pp. 191-194.

llamar asistencial o prestacional, conforme a lo que dispone el apartado 3 del mencionado art. 2 LOLR, según el cual “Para la aplicación real y efectiva de estos derechos [los que se enumeran en los dos anteriores apartados del precepto legal], los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros, bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos”».

Vemos que en el aspecto normativo al ejercicio colectivo del derecho fundamental le acompaña la norma que habilita a recibir e impartir enseñanza e información religiosa, el art. 2.1.c) de la LO 7/1980, de libertad religiosa. En efecto, la creación de centros docentes religiosos constituye una de las principales manifestaciones colectivas del derecho fundamental⁶⁶. La libre creación de un centro, acto que incluimos en el ejercicio de la libertad de empresa, encuentra las garantías de la libertad religiosa al adoptar un ideario religioso con la finalidad de impartirlo.

La tensión de este acto, que se garantiza con la protección del artículo 16.1 CE y 2 LO 7/1980, con la libertad ideológica acontece en distintos supuestos, entre los que resulta de interés destacar:

En primer lugar, el derecho de los padres a elegir el centro docente según su religión y moral, esto es, a escoger la educación de sus hijos respecto a sus propias convicciones. Derecho que encuentra acomodo en el artículo 27.3 CE y se ampara por el mismo artículo 2.1.c) de la LO 7/1980. En la STC 5/1981, de 13 de febrero, se explicó que este derecho se lleva a la práctica especialmente frente a los centros públicos. Se manifiesta respecto a la configuración de la asignatura de religión y la exigencia de que la prestación sea ideológicamente neutra, «alejada del adoctrinamiento, a lo que contribuye la libertad de cátedra» del docente. Dicha exigencia procede de la inexistencia de una doctrina o ciencia de carácter oficial.

Ahora bien, la neutralidad puede exigirse solamente a los centros públicos, pues los centros docentes privados tienen el derecho a impartir el

⁶⁶ Esto es, la normativa refleja que las entidades religiosas, entre ellas los centros docentes, tienen un papel importante en la divulgación del contenido religioso y asimismo en la promoción del derecho a la libertad religiosa. Ejemplo de lo segundo es la participación de las entidades establecida en el marco de la denominada “laicidad positiva”. Al respecto, cfr. SUÁREZ PERTIERRA, G.; “La Ley Orgánica de Libertad Religiosa 25 años después”, en *La nueva realidad religiosa española: 25 años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2006.

ideario adoptado. Encontramos en la jurisprudencia (STC 77/1985, de 27 de junio), al menos, dos motivos para ello: el primero, que los padres no están obligados a escolarizar a sus hijos en un centro docente de tendencia, de hacerlo, se presume cierta afinidad con el ideario del mismo. En todo caso, el derecho se ejercería antes de la escolarización, mientras que en el caso de los centros públicos cabría el ejercicio después de este momento; y el segundo, que el centro tiene potestad para imponer la enseñanza religiosa en su contenido docente.

Sobre esta potestad, cabe señalar que en ambas sentencias (SSTC 5/1981, de 13 de febrero y 77/1985, de 27 de junio) se reflejan los límites, que podemos resumir en los siguientes puntos: 1) el derecho a impartir enseñanza religiosa no es sinónimo de adoctrinamiento ideológico; 2) frente a una enseñanza científicamente falsa cabe oponer el derecho a recibir la científicamente solvente; y 3) la enseñanza opera dentro de la libertad de cátedra del docente, que no está obligado a adherirse al ideario del centro ni a convertirse en propagandista, según las garantías del artículo el artículo 16.2 CE, sino que deberá solamente respetarlo, como evaluaremos más adelante.

En segundo lugar, la tensión entre libertades aparece a propósito del contenido docente, en las asignaturas que allí se imparten. Ejemplo de esta tensión fue la incorporación de la asignatura denominada “Educación para la ciudadanía”, que provocó un debate doctrinal por incurrir en adoctrinamiento⁶⁷. Según las críticas, la asignatura imponía un determinado posicionamiento ideológico. Más allá de la doctrina, el debate se trasladó a los tribunales. La asignatura dio lugar a que padres y profesores buscaran acogerse al derecho a la objeción de conciencia en vía judicial, todos ellos negados por cuatro sentencias de 11 de febrero de 2009, que llegaron a acumular hasta 10 votos particulares⁶⁸.

Cabe señalar que en este ejemplo el contenido de la materia vino impuesto por los poderes públicos, a diferencia del contenido religioso que puede

⁶⁷ Pueden verse posiciones contrapuestas, por ejemplo: de un lado, la crítica, en el estudio de la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación y de los RR.DD. 1513/06, 1631/06 y 1467/07 de desarrollo de la misma en diferentes autonomías competentes en la tesis doctoral de A. ESCUDERO RODRÍGUEZ,, *Ciudadanía y Educación para la ciudadanía*, Universidad de Castilla La Mancha; y, de otro, la promoción de la asignatura, en el artículo de B. MARCO,, “Educación para la ciudadanía en el ámbito escolar”; *Revista de Educación*, nº Extra 1, 2003, pp. 339-358.

⁶⁸ Puede consultarse una crítica rigurosa de estas sentencias en NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 287 y ss.

incluir el centro como parte de sus enseñanzas. A pesar de esta notable diferencia, este ejemplo nos es de utilidad para señalar que el trasfondo ideológico de una asignatura puede resistir judicialmente diversas objeciones al contenido de la misma sin necesidad de ampararse en el derecho a impartir y difundir una determinada religión, que garantiza el contenido religioso de las asignaturas del programa de un centro docente de tendencia.

En tercer lugar, tal y como se desprende de la propia Ley Orgánica 7/1980, las creencias religiosas no pueden ser el motivo “para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad” (art. 1.2), cuya relevancia se proyecta especialmente frente al trato discriminatorio. Con estas garantías, ahora observaremos qué impedimento describe la norma para proteger la figura del trabajador-docente.

En el caso de la STC 51/2011, de 12 de mayo, una docente de la asignatura de religión no fue incluida como profesora para el siguiente curso escolar a decisión de la Junta de Andalucía, decisión adoptada sobre la propuesta de profesores a instancia del Obispado de Almería. El motivo fue que había contraído matrimonio civil y no se ajustaba a las normas de Derecho canónico.

Cabe recordar que el procedimiento anual de selección de profesores de religión generó un número relevante de disputas judiciales hasta la entrada en vigor del Real Decreto 696/2007, por el cual los profesores de religión pasaron a tener automáticamente una relación laboral indefinida. Dicho procedimiento se dividía en dos momentos. En el primero de ellos, el Obispado proponía la relación de profesores para el siguiente curso académico mediante la emisión de un certificado de idoneidad para el puesto de trabajo y la Declaración Eclesiástica de Competencia Académica (DECA). En el segundo momento, se celebraban los contratos laborales de acuerdo con la relación de profesores propuesta desde el Obispado⁶⁹.

El TC explicó que la decisión de la profesora de contraer matrimonio civil no justifica el requisito de idoneidad sobrevenida del docente para impedirle enseñar religión y moral católicas, sino que es un acto circunscrito a su

⁶⁹ El sistema de elección de profesores se estimó constitucional en relación al Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales entre España y la Santa Sede de 1979 (*vid.* Comentario a la sentencia 51/2011 en J. SANTOS VARA; A. GARRIDO MUÑOZ, “Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público en España. Enero-junio 2011”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales. REEL*, núm. 22, 2011). Con este procedimiento, el certificado de idoneidad se realizaba a través consideraciones morales y religiosas, sin embargo, el TC asentó la doctrina del posible control judicial de dicha decisión. *Cfr.* STC 38/2007, de 15 de febrero.

intimidad y acorde a su ideología. De ahí, en el fallo se reconoció el derecho a no padecer un trato discriminatorio por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), y el de su libertad ideológica en su variante de conexión con contraer matrimonio en la forma legalmente establecida (art. 32 CE) y con su intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).

En esta misma línea jurisprudencia encontramos el caso de la STSJ de Las Palmas de Gran Canaria 1858/2009, de 18 de diciembre de 2009. Un profesor de religión católica constaba como afiliado al Sindicato CCT (Confederación Canaria de Trabajadores) y, además, este trabajador pasó a ser Secretario Nacional de la Federación de Profesores de Religión. En el ejercicio de este cargo rector, el trabajador se adhirió a una huelga indefinida de profesores de religión, siendo, además, miembro del Comité de Huelga. Desde ese momento, al trabajador no se le renovó anualmente el contrato de profesor de religión mediante la decisión de la Consejería de Educación sobre la propuesta del Obispado, llevándole a impugnar cada una de las decisiones de los órganos selectivos. Obtuvo siete resoluciones judiciales favorables consecutivas, y en todas ellas se evidenció discriminación por motivos ideológicos en su vertiente de afiliación sindical.

En esta decisión destaca la confirmación de la sanción impuesta en la sentencia que recurrió el Obispado ante el TSJ. Sistemáticamente, a las sentencias estimatorias para el trabajador se las acompañaba de una sanción de 3000 euros al Obispado que no disuadieron las reiteradas decisiones negativas para contratar al docente. En la sentencia recurrida ante el TSJ la sanción se elevó hasta los 90000 euros y se justificó en la vulneración de la garantía de indemnidad del trabajador por represalias.

Se explicó que la sanción resultó ser idónea y proporcional porque se respetaron los cinco criterios de preservación de la garantía de indemnidad del docente cuando lidian motivos discriminatorios: 1) el artículo 16 CE debe ser ejercido dentro de los parámetros constitucionales, de ahí que “la libertad de las confesiones (...) debe respetar tanto las exigencias inexcusables de indemnidad del orden constitucional como las previsiones legales sobre el proceso de selección”; 2) por esta razón, la decisión del Obispado puede constituir objeto de conocimiento de los tribunales, al no haber “aceptado que los efectos civiles de una decisión eclesiástica puedan resultar inmunes a la tutela jurisdiccional de los órganos del Estado”; 3) debe justificarse debidamente la decisión, “en caso de no renovación de una habilitación otorgada anteriormente, deben motivar que la decisión está basada en razones

de índole religiosa o moral”; 4) la motivación debe ser igualmente acorde a las coordenadas constitucionales, pues “una vez verificada la motivación estrictamente religiosa, la causa invocada de inhabilitación ha de ser, además, compatible con los derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo”; y 5) la decisión final es igualmente susceptible de control judicial en el orden laboral, dado que “el control de legalidad y de constitucionalidad de la contratación de estos trabajadores (...) se atribuye a los órganos del orden social de la jurisdicción y, en vía de amparo, al Tribunal Constitucional”.

En cuarto lugar, la tensión entre libertades se produce también en el ejercicio de la libertad de cátedra del docente, libertad reconocida como derecho fundamental en el artículo 20.1.c) CE. Como explicó el TC, la libertad de cátedra es una manifestación de la libertad ideológica, al encarnar:

“una proyección de la libertad ideológica y del derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones de los docentes en el ejercicio de su función. Consiste, por tanto, en la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias en relación a la materia objeto de su enseñanza, presentando de este modo un contenido, no exclusivamente pero sí predominantemente negativo”⁷⁰.

El origen de la jurisprudencia acerca de la tensión entre la libertad de cátedra y la ideología o ética del centro se remonta a principios de los años ochenta y en ella se establecieron diversos puntos de interés para la delimitación conceptual de este conflicto. Según el TC, los requisitos por los que no puede limitarse la libertad de cátedra son:

“en primer lugar, la enseñanza en estos niveles tiene exigencias propias que son incompatibles con una tendencia expansiva de estas libertades y que, en segundo lugar, el profesor ni está obligado a convertirse en apologista del ideario propio del centro o a transformar su enseñanza en adoctrinamiento, ni facultado, por su propia libertad, para dirigir ataques directos o solapados contra el mismo, sino sólo para desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo, no resulten contrarios a aquél”⁷¹.

De acuerdo con esta jurisprudencia, se observan dos tipos de obligaciones, unas de carácter positivo y otras de carácter negativo: el rigor objetivo

⁷⁰ STC 217/1992, de 1 de diciembre.

⁷¹ STC 5/1981, de 13 de febrero.

de la enseñanza, donde los idearios del centro no pueden abarcar el total del contenido de la enseñanza impartida; y la facultad de los docentes para no incorporar la orientación ideológica específica del centro⁷². Esta última obligación no es más que el derecho de no adherirse a un ideario contrario al propio que se garantiza en el artículo 16.2 CE reflejado en el ejercicio del derecho a la libertad de cátedra y que, en otro orden, pone de manifiesto las diferentes maneras de exteriorizar dicha libertad.

Finalmente, la relación entre el docente y el centro exige apreciar el alcance de la manifestación externa de la libertad ideológica del profesor, esto es, hasta qué punto resulta compatible manifestar una opinión contraria al ideario del centro en el que éste imparte docencia. Recordemos que el marco general viene configurado por el respeto mutuo de la ética o ideología de cada parte contratante. Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia del TC, el límite que ahora señalamos radica en la «hostilidad» de las opiniones del trabajador contra el ideario de la empresa.

Para el TC, la hostilidad configura el presupuesto necesario para justificar el despido por motivos ideológicos. Sin embargo, la disconformidad del centro con la ideología del docente no resulta en sí misma motivo suficiente para justificar este tipo de despido “si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades educativas del Centro”⁷³. Esto es, que se haya efectuado dentro de la actividad laboral del docente.

6. LOS REQUISITOS PROFESIONALES

Hasta el momento, hemos prestado mayor atención a las garantías del derecho a la libertad ideológica que a las referentes al trato discriminatorio, pues éstas últimas han aparecido a propósito de las normas o del vínculo entre la ideología del trabajador con los motivos protegidos. Sin embargo, estas referencias han resultado suficientes para poder sintetizar la protección ofrecida por nuestro ordenamiento jurídico acerca de la discriminación por caracteres ideológicos. No obstante, habíamos dejado señalado que en

⁷² E.M. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La libertad de cátedra y el profesorado universitario ante el Espacio Europeo de Educación Superior”, *REJIE. Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, núm. 2, 2010, pp. 70-71. La autora planteó, además, las implicaciones del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) sobre la libertad de cátedra estudiando, para ello, el alcance y límites de esta libertad en el seno de la Ley Orgánica de Universidades.

⁷³ STC 47/1985, de 27 de marzo.

la Directiva 2000/78/CE se estableció que la ética empresarial configura un requisito profesional para optar al puesto de trabajo. Ahora lo retomamos para explicar las razones que diferencian un trato discriminatorio de un trato desigual justificado por razones ideológicas.

En el artículo 4 de la Directiva se estableció que la justificación de una diferencia de trato por razones ideológicas en una relación laboral pasa por los denominados «requisitos profesionales». Según el texto normativo, los requisitos son de aplicación a la religión. La propia Directiva prevé esta justificación en aquellos casos en donde la empresa haya declarado un ideario, una ética o, en definitiva, una ideología. En efecto, la justificación despoja a la diferencia de trato del carácter discriminatorio, pues una diferencia de trato

“no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”.

La justificación mediante los requisitos profesionales nos lleva, por consiguiente, a determinar en qué consisten tanto la naturaleza de la actividad profesional como el contexto donde se lleva a cabo el trabajo.

En primer lugar, la “naturaleza de la actividad profesional” se traduce en una exigencia ideológica o ética para trabajar en la empresa. En otras palabras, que la esencia del trabajo es de índole ideológica. Por la naturaleza de la actividad advertimos que la ideología o la religión son elementos propios de una aptitud cualificada para realizar la actividad profesional. En este sentido, el TC ha configurado la naturaleza de la actividad profesional como un requisito de «competencia» para desempeñar un trabajo determinado⁷⁴.

Dicho requisito resulta de aplicación para los centros docentes religiosos a través de la adecuación de la ideología del docente a la religión o ideología del centro, como explican Santiago Català Rubio y Agustín Motilla⁷⁵. La normativa comunitaria habilita a que las confesiones religiosas, siempre legal-

⁷⁴ STC 128/2007, de 4 de junio.

⁷⁵ S. CATALÀ RUBIO y A. MOTILLA, “Empresa, trabajo y factor religioso. El fenómeno religioso en el ámbito laboral y empresarial”, *Editorial Académica Española*, Madrid, 2012, pp. 85 y ss.

mente establecidas según el ordenamiento jurídico estatal, actúen como si de un empresario se tratara⁷⁶.

De acuerdo con la Directiva 2000/78/CE, y asimismo con la Ley 62/2003 que la traspuso, la norma general es que el trabajador no puede padecer un trato discriminatorio por razón de ideología. Sin embargo, si bien los requisitos para el puesto de trabajo dan lugar a la justificación de un trato desigual pero que deja de ser discriminatorio, en cualquier caso, las razones para realizar efectivamente este trato deberán someterse a las reglas del “principio de proporcionalidad”⁷⁷. En virtud de este principio, la lógica imperante en la relación entre la causa, ejemplificada por decisiones y actos del empresario que dan lugar a un trato discriminatorio por motivos ideológicos, por un lado, y su efecto sobre la libertad ideológica del trabajador, por otro, lleva a considerar una interpretación restrictiva de la justificación del uso del requisito de la naturaleza de la actividad profesional. En el conflicto generado por la tensión entre la ideología del trabajador con la ética, el ideario o la religión declarada preceptivamente por la empresa, la ideología del trabajador será relevante para aplicar este requisito en cuanto cree un daño manifiesto para la ética o ideario empresarial.

Ahora bien, difícilmente podrá recurrirse a este requisito si el trabajador no ha manifestado su ideología en alguna situación vinculada con su actividad profesional. La manifestación de un ideario contrario al de la empresa en el ámbito privado constituye un límite protegido bajo la intimidad personal, a través de la protección de la esfera íntima del individuo. En consecuencia, el requisito de la naturaleza del trabajo debe ser comprendido: particularmente, según el daño producido con la manifestación de la ideología durante la actividad laboral, la ya referida hostilidad; y, genéricamente, según la competencia para desempeñar la actividad laboral, esto es, la capacidad del trabajador para cumplir con sus obligaciones de acuerdo con los términos empleados por el TC.

En segundo lugar, la justificación del trato puede resultar del «contexto» del lugar de trabajo, al que podemos referirnos por medio laboral cargado de la ideología de empresa. El contexto ideológico puede ilustrarse a través del

⁷⁶ F.J. CALVO GALLEGO y M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario”, *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 59, 2001, pp. 145-146.

⁷⁷ Entendiendo la relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Al respecto, *vid.* STC 22/1981, de 2 de julio.

siguiente ejemplo hipotético. Un centro docente de religión judía publica un anuncio para contratar a un jardinero y se presentan diferentes personas en condiciones similares, donde algunas de ellas son personas comulgantes con esta religión y otras llevan una filosofía de vida que no adopta ninguna religión en particular. Amparándose en el contexto ideológico, el centro docente religioso, en tanto que empresa ideológica, tiene la potestad de contratar a las personas de religión judía y excluir al resto de candidatos. No constituiría una discriminación si únicamente se alega la religión afín a la del centro. Los trabajadores que comulgan con la misma tienen mejor posición para desempeñar su actividad laboral. El requisito surge por dicha afinidad ideológica entre el trabajador y el medio ideológico del centro, y justifica que, para llevar a cabo la contratación, la empresa de tendencia se decante por las personas que manifiestamente comulguen con su ideario. Ahora bien, del contexto ideológico debemos realizar dos consideraciones.

La primera es que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, la actividad del trabajador en la empresa debe regirse por las reglas de la buena fe y la lealtad. Tanto el trabajador de ideología «neutra» como el trabajador de «tendencia» deben respetar la ideología propia del medio de trabajo. Este respeto debido del trabajador le obliga a realizar una prestación compatible con la consecución, la realización y la determinación de los fines ideológicos de la empresa. Con el contexto ideológico se establece un requisito para ejecutar debidamente la prestación laboral del trabajador al constituir un requisito profesional que puede imponer legítimamente el empresario⁷⁸. Sin embargo, este debido respeto finaliza en el deber de prestación de la actividad laboral y, en consecuencia, no quedan sujetas a la legalidad aquellas decisiones extracontractuales del empresario que no se comprendan dentro de este requisito ideológico determinado para el trabajo; serán estimadas desproporcionadas⁷⁹.

La segunda acaba de dejarse entrever. El contexto ideológico configura un objeto de prestación de carácter ideológico en el negocio jurídico celebrado entre trabajador y empresario. Por tanto, no cabría ningún otro tipo de trato desigual por motivos ideológicos de acuerdo con los parámetros

⁷⁸ F.J. CALVO GALLEGO y M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario”, cit., pp. 150-151.

⁷⁹ F.J. CALVO GALLEGO, *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, cit., pp.153 y ss.

impuestos por la Directiva con los requisitos profesionales. Es menester insistir en que el alcance de la facultad del empresario para realizar un trato desigual se encuentra amparado por ley cuando se limita a las manifestaciones de la ideología del trabajador: siempre que la manifestación impida el efectivo cumplimiento de las obligaciones dispuestas en el contrato laboral y/o creen un daño para la empresa. Este trato desigual nunca procede sin la obtención del consentimiento del trabajador para hacer uso de los datos de carácter ideológico, lo que nos remite de nuevo a su exteriorización en alguna de sus modalidades, pues la dimensión interna constituye un ámbito con inmunidad⁸⁰.

7. CONCLUSIONES

En la relación laboral, el ejercicio de la libertad ideológica por parte del trabajador presenta dos tipos diferentes de garantías. La dimensión interna de la libertad, vinculada con la esfera íntima del individuo, cuenta con plena inmunidad frente a cualquier intromisión producida en el ejercicio de la libertad de empresa. La dimensión externa, o manifestación de la ideología, se comprende en los márgenes establecidos por la relación laboral y, de esta manera, dentro del respeto de las obligaciones imperativas y del ejercicio de otros derechos y libertades fundamentales: en caso de conflicto, las garantías de esta dimensión nos remiten a la clásica ponderación de derechos para determinar cuál debe prevalecer en el caso concreto.

Este marco jurídico general para el conflicto entre las libertades ideológica y de empresa se agudiza con las empresas ideológicas, capaces de adoptar un ideario que puede ser contradictorio al del trabajador. Ante la inmunidad de la dimensión interna de la libertad ideológica, los límites se definen por el deber de cumplir con las obligaciones laborales, incluso aquellas consistentes en difundir el ideario de la empresa, sin que exista un deber para el trabajador de adherirse a dicho ideario o ética empresarial.

Las empresas ideológicas se llevan habitualmente a la práctica a través de los centros docentes, que plantean la compatibilidad entre la religión del centro y la ideología del trabajador en la difusión del ideario. En este caso

⁸⁰ M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Libertad ideológica y prestación de servicios", *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, Wolters Kluwer, vol. I, 1985, p. 427.

nos situaríamos ante los límites necesarios para garantizar la libertad de cátedra y la proscripción del adoctrinamiento ideológico.

La ideología del trabajador puede dar lugar a un trato desigual. Si bien en principio el motivo de la diferencia de trato no puede ser la ideología, existe la justificación del mismo a través de los requisitos profesionales de la naturaleza y del contexto del trabajo. Ahora bien, las garantías de la dimensión interna de la libertad ideológica impiden que la ideología del trabajador sea el motivo del trato desigual en tanto no la haya manifestado expresamente y en cuanto no haya consentido que el empresario tenga conocimiento de sus datos de carácter ideológico.

MARC-ABRAHAM PUIG HERNÁNDEZ

Departamento de Ciencia Política, Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho

Facultad de Derecho.

Av. Diagonal, 680

Barcelona, 08034

e-mail: marcph@icab.cat

**EL “JUSTO PROCESO PENAL DEL MENOR”
EN EL SISTEMA ITALIANO
A LA LUZ DE LA DIRECTIVA 2016/800/UE ***

*THE “CRIMINAL DUE PROCESS FOR JUVENILES” IN THE ITALIAN
SYSTEM IN ACCORDANCE WITH DIRECTIVE 2016/800/EU*

CARLA PANSINI

Università degli Studi di Napoli “Parthenope”

Fecha de recepción: 17-2-18

Fecha de aceptación: 1-6-19

Resumen: *En 2016, el Parlamento Europeo aprobó la Directiva 2016/800/UE relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados de delitos penales. Esta Directiva establece, en el ámbito comunitario, un marco específico e innovador sobre procedimientos penales contra los menores de edad. El artículo analiza las disposiciones aplicables, en Italia, a los procesos penales del menor de acuerdo con la Directiva, a fin de poner de relieve su linealidad, coherencia y sus posibles discrepancias.*

Abstract: *In 2016, the European Parliament adopted Directive 2016/800/EU on procedural safeguards for children suspected or accused of criminal offences. It provides innovating and specific provisions for criminal proceedings involving children. The article analyses the provisions on juvenile criminal proceedings in Italy in accordance with the above mentioned Directive, to highlight their linearity, consistency and discrepancies, if any.*

Palabras clave: Directiva 2016/800 / UE, procedimientos penales de menores, normas mínimas, juicio penal italiano

Keywords: Directive 2016/800/EU, juvenile criminal proceedings, minimum standards, Italian criminal trial

* Traducción del italiano al español: Lic. Patricia Catarina Pribanic, Docente de Lengua Española en la Universidad “Parthenope” de Nápoles.

1. OBSERVACIONES PRELIMINARES

El 9 de marzo del 2016 el Parlamento europeo, en sesión plenaria, aprobó la Directiva 2016/800/UE relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, que decreta en el ámbito comunitario y de manera revolucionaria normas específicas para los procesos penales contra los menores de edad¹. Dicha medida tiene como finalidad elaborar un catálogo resumido pero efectivo de los derechos de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, a través de un modelo bien estructurado de normas “mínimas”, recíprocamente conectadas y calibradas entre ellas sobre las exigencias específicas de los menores de edad durante todo el curso del proceso penal.

Dicha medida se considera de gran importancia, considerando la estimación realizada por la Comisión Europea, donde cada año son más de un millón los menores sometidos a procesos penales en la U.E, lo cual representa prácticamente el 12 % de las personas implicadas en procesos penales en el mismo territorio, aunado a la gran diferencia que existe en el manejo de menores implicados en procesos penales en los estados miembros². Sin embargo, que los sistemas de justicia penal de menores no funcionen correctamente se evidencia con las continuas condenas emitidas por los Estados miembros del Consejo Europeo ante la Corte

¹ La Directiva entra en vigor el siguiente 11 de junio, con la publicación en la Gaceta Oficial de la Comunidad Europea, luego de la adopción por parte del Consejo de Ministros de la misma. Cabe resaltar como los Estados miembros, excepto Dinamarca, Irlanda y Reino Unido (antes de su salida de Europa, ratificada el 23 de junio pasado con la victoria del referéndum c.d. “Brexit”), expresaron su desaprobación a la normativa, y por ende no están vinculados a su aplicación; pero en todo caso tendrán tres años a partir de dicha fecha, para acogerse a las disposiciones en sus propias legislaciones.

² Actualmente solo seis Estados miembros poseen miembros de la Fiscalía especializados para menores de edad: Bélgica, Checoslovaquia, Grecia, Luxemburgo, Eslovaquia e Italia; en nueve no hay ni siquiera Cortes especializadas. Solo en doce Estados se contempla una preparación especializada obligatoria para los jueces y los abogados que operan en contacto con menores, en algunos de los cuales no esta garantizada la asistencia con un abogado; en otros la misma es posible solo ante las Autoridades Judiciales del Tribunal y no, por ejemplo, en caso de interrogatorio de las fuerzas de policiales. Cfr. BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, Torino, 2017, 14 ss.; S. C. CONIGLIARO, “All’origine del giusto processo minorile europeo”, *Dir. pen. cont.*, 2016, en www.penalecontemporaneo.it; A. PE’-A. RUGGIU, *Il giusto processo e la protezione del minore*, 2011; G. SAMBUCCO, “Verso l’attuazione del giusto processo per i minori”, *Arch. pen.*, 2016, p. 2.

de Estrasburgo que prueban cuanto distan los sistemas vigentes de los estándares europeos³.

De hecho, a pesar de los ya difundidos principios internacionales, puede considerarse que no existe definición alguna en común que logre identificar los elementos fundamentales del "justo proceso penal del menor de edad"⁴.

Por lo tanto, creando las bases del justo proceso penal del menor, las pautas representan una verdadera hazaña en la legislación europea y un muy importante resultado, sea desde un punto de vista formal como desde un punto de vista práctico, para una sustancial salvaguarda de los derechos del menor. El *file rouge* que determina lo que dice el texto europeo es mantener la personalidad del menor como punto central, entregando su tutela en manos de un elenco de derechos "mínimos" e "irrefrenables" a su favor, con el fin de hacer valer el derecho del menor a un juicio ecuánime.

Las normas se aplican a los menores de dieciocho años sospechosos o acusados en un proceso penal hasta la decisión definitiva⁵. En dicha norma se precisa que los Estados miembros dotados de instrumentos normativos de tutela más elevados poseen, en todo caso, la facultad de no aplicarla cuando se trate de infracciones leves, con la condición de que no comporten la privación de la libertad.

Estas medidas normativas intervienen, por primera vez en el ámbito europeo, sobre múltiples aspectos del proceso penal de los menores, que abarcan desde la previsión de medidas de garantía particulares para el menor hasta la formación especializada de los sujetos implicados. Cabe resaltar, como veremos, que las normas italianas que regulan el desarrollo del proceso penal a cargo de acusados menores de edad parecen estar desde hace ya tiempo absolutamente en regla con la mencionada Directiva europea. Es más, podemos decir que Italia, con su sistema judicial, tuvo un lugar importante en la armonización lograda por la UE.

³ Respecto a la violación del art. 6 §1 e 3 lett. c) C.E.D.U. v. Corte EDU, 22 septiembre 2009, Halil Kaya c. Turchia; 28 septiembre 2010, A.S. c. Finlandia; 30 mayo 2013, Martin c. Estonia; 23 aprile 2013 Suzer c. Turchia.

⁴ Se debe considerar que en muchos Estados miembros de la UE las normas del CEDH no son directamente aplicables en caso de contraste con las normas internas y, en caso de violación de los derechos fundamentales del niño enjuiciado, sólo se podrá recurrir ante el Tribunal de Estrasburgo una vez agotados los recursos internos. V. S. C. CONIGLIARO, *All'origine del giusto processo minorile europeo*, cit., p. 2.

⁵ La Directiva también se aplica a los menores que se convierten en sospechosos o acusados solamente después de un interrogatorio por parte de las autoridades judiciales o policiales.

2. EL SISTEMA PROCESAL ITALIANO DE LOS MENORES

El d.p.r. 22 del septiembre 1988 n°448, que contiene “*Disposiciones sobre el proceso penal a cargo de menores*” representa el documento legislativo más completo en esta materia. Esta reforma representa el punto final de las medidas en materia de política de menores consagradas ya desde hace tiempo a nivel internacional –en particular en el P.I.D.C.P. (art.14), en la “Reglas mínimas para la administración de la justicia a menores” (c.d. Reglas de Pekin), Dictamen R (87)20 del Comité de los Ministros del Consejo Europeo sobre las reacciones sociales a la delincuencia juvenil (aprobada el 17 de septiembre 1987)– y conectadas con las previsiones constitucionales art. 30,31, punto 2 así como 3,4 y art. 27 Const.⁶

El d.p.r. n°448 del 1988 codifica los principios fundamentales que sobre la materia impone la Corte Constitucional a partir de los años sesenta y setenta, es decir la particularidad y especialización de la justicia para los menores de edad, la toma de conciencia de que el menor tiene derecho a su propio juez y proceso –con el objetivo de reducir al mínimo cualquier intervención inútil o negativa y de valorar los posibles estímulos positivos–, y negar cualquier automatismo, dando ventaja a las soluciones individualizadas, dando prioridad a la re-educación del menor.

A todo esto, se une el ulterior objetivo-necesidad de introducir un sistema compatible con la elección procesal acusatoria prevista para el proceso ordinario. El resultado final es un sistema autónomo y especializado, porque contiene normas peculiares dictadas por la peculiaridad del imputado menor de edad, pero que siguen manteniendo la estructura según los principios generales y las garantías típicas del proceso penal a cargo de un adulto, con las modificaciones y adaptaciones necesarias por la peculiar naturaleza del acusado, sus condiciones psicológicas, su grado de madurez y su desarrollo mental⁷.

⁶ E. ESPOSITO, “La posizione del minore nel processo minorile: l’incompiuta autonomia del processo penale a carico di imputati minorenni”, en F. DINACCI, *Processo penale e Costituzione*, 2010, pp. 667 ss.

⁷ V. L. CARACENI, “Processo penale minorile”, *Enc. del dir., Agg.*, vol. IV, 2000; G. GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile*, Padova, 2016, passim; A. PRESUTTI, “Evoluzione e caratteri fondanti del sistema”, en AA.VV., *Procedura penale minorile*, Torino, 2017, pp. 38 ss.

3. LA ESPECIALIZACIÓN DE LOS ÓRGANOS

El art. 20 de la Directiva afronta el tema de la formación científica de todas las figuras profesionales implicadas en el proceso penal, de manera que se utilicen las técnicas de contacto con el menor más adecuadas. El texto contempla que las Fuerzas Policiales y el personal de los centros de detención sean sometidos a una preparación adecuada según el tipo de relación que tendrán con el menor; que las Autoridades Judiciales tengan competencia y formación especializada; que los defensores presenten una oferta jurídica individualizada; que el personal de las instituciones –que desarrollan actividades de soporte a los menores o están encargados de ejecutar medidas de justicia reparadora ante ellos– reciban una formación continua en materia de psicología infantil y del lenguaje más apropiado para comunicarse con el menor de edad.

Es evidente el interés del legislador europeo hacia la constitución de organismos calificados, con competencias exclusivas, en sintonía con el sistema y las fuentes internacionales, como por ejemplo la Convención de New York sobre los derechos de la infancia, que Italia ratificó con la Ley n°176 del 27 de mayo del 1991.

En este aspecto fundamental cabe resaltar que el sistema italiano *in primis* contempla una Corte apropiada y especializada: junto a los jueces letrados, en las instituciones judiciales colegiadas de menores existen los componentes privados, los "jueces honorarios" que, según lo contempla el art. 50 ord. Jur. deben ser dos, un hombre y una mujer, "beneméritos de la asistencia social" y seleccionados entre estudiosos de psiquiatría, antropología criminal, pedagogía, etc. que hayan cumplido al menos los treinta años (art.2 r.d.l. n. 1404 del 1934)⁸.

Los organismos judiciales en el proceso de menores de edad se encuentran en el art. 2 del d.p.r. N°448/1988.

El Tribunal de Menores es el único juez en el juicio de primer grado⁹. No se trata de un juez especial, sino de un juez especializado, constituido en cada sede del Tribunal de Justicia o sección destacada en dicho Tribunal

⁸ V. CUTRONA, sub art. 3, *Il processo penale minorile*, cit.; C. MORO, "Minorenni (Tribunale per i)", *Enc. del dir.*, Agg., II, Milano, 1998, 542; M. BARGIS, "Organi e soggetti pubblici", en AA.VV., *Procedura penale minorile*, cit., p. 47 ss.; G. RICCIO, "Il filo rosso tra complementarità e specialità nella giurisdizione minorile", *Dir. e giust. min.*, 2013, p. 5.

⁹ V. ampliamente: A.C. MORO, voce "Minorenni (Tribunale per)", *Enc. del dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976.

de Justicia y con jurisdicción sobre cada respectivo territorio (art. 3 r.d.l. n. 1404 del 1934). El Tribunal de Menores tiene competencia general y exclusiva, concerniéndole todos los delitos cometidos por quien, al momento del hecho, no hubiese cumplido aún los dieciocho años (art. 3, d.p.r. 448/1988), incluso aquellos abstractamente enjuiciables por el Tribunal Penal Colegiado¹⁰ (como el homicidio) o por el juez de paz; la eventual incertidumbre de la edad va siempre a favor del menor (art. 67 c.p.p. e 8, d.p.r. n. 448/1988).

Sucesivamente es el mismo Tribunal de Menores el que tiene también un rol como Tribunal de la Libertad, de juez ejecutivo y de Tribunal de Vigilancia¹¹. En el último caso, el legislador contempla que el grado de competencia del Tribunal de Menores (y del Juez de Vigilancia) dure hasta que el menor cumpla los veinticinco años (art. 3, punto 2, d.p.r. n. 448/1988), siempre que el sujeto no sufra otra condena con pena de detención sucesiva al cumplimiento de la mayoría de edad, con el objetivo de extender la intervención del juez especializado en menores.

Las funciones del Juez de Instrucción en lo Penal le competen a un órgano unipersonal, mientras que la Audiencia Preliminar, lugar donde se toman decisiones importantes desde el punto de vista de la responsabilidad penal del menor, le compete a un órgano colegiado que puede estar compuesto por dos jueces laicos (art. 50 bis ord. Jur.).

En la sesión de Sala donde se lleva a cabo la *vista* el Tribunal de Menores se juzga a través de dos Jueces Letrados y dos Honorarios, además de los otros casos previstos por la ley (art.50 ord. Giud.)

Las funciones del Juez de *control* de segundo grado en cuanto a las medidas emitidas por el Tribunal de Menores son, en cambio, desempeñadas por una sección especial del Tribunal, con una formación mixta, constituida por un Ministro de la Corte Suprema, en calidad de Presidente, dos Jueces de apelación y dos Jueces honorarios (art. 5, r.d.l. n. 1404 del 1934, 58 ord. Jur. Y 2, punto 1, d.p.r. n. 448/1988).

Las funciones de investigación las desempeña un Fiscal en el Tribunal de Menores y un Fiscal General en el Tribunal de apelación (art. 2, punto 1, d.p.r. n. 448/1988 e 4 r.d.l. n. 1404 del 1934)¹².

¹⁰ Corte d'Assise (Tribunal Colegiado: no tiene equivalencia en el sistema español).

¹¹ Tribunale della Libertà e di Sorveglianza.

¹² V. CUTRONA, sub art. 4, *Il processo penale minorile*, cit.

La necesaria especialización de los sujetos que giran alrededor del proceso a cargo de menores de edad incluye a los órganos policiales. El artículo 5 d.p.r. n.448/1988 contempla, de hecho, la constitución de una sección especializada de la policía judicial en cada una de las Cortes de los Tribunales de menores “a la cual se le asigna personal dotado de aptitudes y preparación especializada” (art. 6, punto 3, d.lgs. n. 272/1989), con una relación de dependencia funcional con la autoridad judicial. Estos órganos policiales tienen la tarea de recibir información sobre delitos cometidos por menores de edad, impedir que los lleven a sufrir ulteriores consecuencias, efectuar las acciones necesarias para comprobar las fuentes de pruebas y recopilar todo lo necesario para la aplicación de la ley penal¹³.

En cada etapa y grado del proceso, los órganos jurisdiccionales van acompañados durante el ejercicio de sus funciones por los servicios de menores para la administración de la justicia, además de los “otros entes constituidos por las instituciones locales” (artt. 6 e 12, d.p.r. n. 448/1988)¹⁴. También éstos se consideran sujetos “especializados” y su participación es obligatoria. Aunque generalmente se definen como “órganos auxiliares de la autoridad judicial”, representan un rol fundamental porque su tarea no se limita a una mera observación de las condiciones psico-sociales del menor para luego referirla al juez, sino que son consultados sobre las posibles y más adecuadas opciones aplicables en el plano procesal para el sujeto determinado. Los mismos también tienen una función de “asistencia psicológico-judicial” del menor de edad acusado, con el objetivo de atenuar el choque del mismo con el sistema penal, que se aúna a la de los padres durante todo el desarrollo del proceso. En esta óptica, de hecho, el artículo 17 d.lgs. n. 272/1989 impone a la autoridad judicial informar, a través de medios adecuados, a los servicios de menores implicados con la finalidad de asegurar al menor imputado la asistencia necesaria.

El artículo 6 de la Directiva 2016/800/UE sin duda alguna es el punto central de la normativa europea, por ser un supuesto necesario e irrenunciable para poder aplicar todas las garantías que el mismo contiene. Se contempla el derecho de valerse de la asistencia de un defensor, de poder comunicarse con el mismo, de la privacidad de la comunicación y de su presencia durante los interrogatorios y en todas las partes del proceso donde el menor

¹³ V. LAMBERTUCCI, sub art. 5, *Il processo penale minorile*, cit.

¹⁴ Ampliamente D. SPIRITO, “*Servizi minorili*”, *Enc. del dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, pp. 404 ss.

participe¹⁵. Con la finalidad de que la asistencia legal surja efecto –en referencia al artículo 18– los Estados miembros están obligados a garantizar el patrocinio a cargo del Estado¹⁶.

De acuerdo con lo que se contempla en sede comunitaria, un papel de altísima importancia lo juega, dentro del contexto de la disposiciones procesales italianas, el defensor del acusado, no solo porque el mismo debe asegurar la intervención de mecanismos procesales con determinadas modalidades que contribuyan a la construcción de un proyecto educativo idóneo favoreciendo así el adecuado desarrollo de la personalidad aún no formada del menor, sino también porque debe hacer respetar todas las garantías del caso para llevar adelante un correcto desempeño del juicio en el proceso. Desde este punto de vista, el artículo 11 d.p.r. n.448/1988 exige que, al menos por lo que respecta al patrocinio de oficio, el defensor del menor posea una especialización en el campo educativo, en particular “en materia de Derecho de menores y de las problemáticas de la edad evolutiva” (art. 15, d.lgs. n. 272 /1989)¹⁷.

4. LA ESPECIALIDAD DEL PROCESO

El proceso italiano a menores de edad se distingue por algunas peculiaridades significativas que caracterizan el desarrollo y la finalidad procesal.

Ante todo, no se contempla la admisión de una acción civil dentro del proceso penal para reembolsos o indemnizaciones por el daño (art. 10, d.p.r. n. 448/1988). Esta posición nace como consecuencia de la voluntad de hacer prevalecer la protección del individuo adolescente ante las exigencias de tutela jurídica de la víctima; los derechos de la víctima que haya sufrido un daño pueden hacerse valer con un proceso civil.

¹⁵ En particular, se establece el derecho a ser asistido por un abogado desde el momento en que el menor fue informado de su condición de sospechoso o acusado o, en cambio, cuando deba ser interrogado, cuando las autoridades competentes deban llevar a cabo actos de investigación o recopilación de pruebas, o cuando se vea privado de libertad.

¹⁶ Este principio contempla algunos acuerdos a los que se recurre cuando la gravedad del delito, la complejidad del caso o las medidas que deberían adoptarse son tales que justifiquen la imposibilidad de aplicarlas.

¹⁷ Es competencia de cada Consejo del Orden forense (Consiglio dell'Ordine forense) seleccionar profesionales adecuados y disponibles a asumir la defensa de un imputado menor de edad, seleccionados de listas especiales, periódicamente puestas al día y que las autoridades judiciales puedan consultar. V SFRAPPINI, *sub art. 11, Il processo penale minorile*, cit.

Entra también en vigencia la prohibición –a excepción de cuando la vista se lleve a cabo en audiencia pública– de publicar o divulgar, a través de cualquier tipo de medio de comunicación, noticias o imágenes que identifiquen al menor implicado en el proceso (art. 13, d.p.r. n. 448/1988). Además, están excluidas las tomas y transmisiones de imágenes o vistas que se lleven a cabo a puertas cerradas (art. 147 disp. att. c.p.p. e 33, puntos 1 e 2, d.p.r. n. 448/1988).

Otra característica del nuevo proceso de menores es el hacer participar al menor en la actividades procesales: el art. 1, punto 2, d.p.r. n. 448/1998 impone al juez la responsabilidad de ilustrar al imputado menor de edad sobre "el significado de las actividades procesales que se llevan a cabo en su presencia, así como el contenido y las razones ético-sociales de las decisiones tomadas", buscando que las hipótesis judiciales sean comprensibles para el menor y haciéndolo así participe de la situación procesal que lo implica y buscando su responsabilización. La merecida importancia que la legislación italiana ha dado a esta disposición, expuesta justo al inicio del *corpus* de la normativa, como si quisiera resaltar el carácter propedéutico del correcto desarrollo del proceso a un menor, halla una perfecta correspondencia en la Directiva europea. De hecho, la misma, reconoce en el artículo n.4 un verdadero y justo derecho a la información, en base al cual los Estados miembros deben asegurar que el menor acusado o bajo proceso sea informado siempre, y que se le haga llegar siempre y tempestivamente toda la información relativa a sus derechos, así como los "aspectos generales que conciernen el desarrollo del proceso". Esto quiere decir que la Directiva, más allá de la precaución de que el menor sea informado, como en el caso de los adultos, de todos sus derechos "técnicos" estrechamente relacionados con el proceso (derecho a la asistencia legal, a ser informado de las acusaciones en su contra, de las condiciones necesarias para disfrutar de un patrocinio gratuito, derecho a la traducción e interpretación de los documentos, así como a la facultad de no responder), pide a las autoridades competentes que se ilustre brevemente al menor sobre las fases del proceso y el papel de las autoridades comprometidas, como lo exige la consideración n.19. Es decir, que el derecho a la información ejerce una doble función, no solo con la concienciación del menor sobre la participación en un juicio, sino en su bienestar psicológico y su serenidad, contribuyendo a aliviar el estrés ante el hecho de afrontar "un sistema suicida potencialmente intimidatorio y a generar seguridad, confianza y tranquilidad al menor". Con lo dicho, la disposición en base a la cual el juez

ilustra al acusado menor de edad sobre el significado de los actos del proceso y las razones ético-sociales de su decisión, entra plenamente a formar parte del tema que va contra la “desocialización” que atraviesa todo el proceso penal de menores en la legislación italiana, con la finalidad de reducir al mínimo las consecuencias negativas que inevitablemente el proceso penal tiene sobre los menores de edad con una personalidad aún *in fieri*.

Y es también por este motivo y no por casualidad, por lo que, en el proceso penal italiano, el menor, durante todo el curso del proceso, viene acompañado por sujetos que, por su valor afectivo o por una competencia profesional especializada, son capaces de atenuar el impacto traumático del proceso: hablamos respectivamente de los padres u otras personas aptas expresamente indicadas por el menor, y de los servicios para menores. A riesgo de anulación, la información de la garantía y el decreto de fijación de la audiencia deben ser notificados igualmente a quien ejerce la patria potestad (art. 7, d.p.r. n. 448/1988).

Al mismo tiempo, cuando sea necesario tutelar los intereses del menor o las exigencias procesales inderogables así lo exijan, el Juez puede excluir la participación de determinados sujetos en la asistencia del menor (art. 12, punto 3, d.p.r. n. 448/1988).

Una norma fundamental en las disposiciones sobre el proceso italiano a menores la expresa el artículo 9 d.p.r. n. 448/1988 que atribuye a los órganos judiciales de menores, la tarea de efectuar verificaciones sobre la personalidad del menor imputado para adquirir así, en el curso del proceso, “elementos acerca de las condiciones y recursos personales, familiares, sociales y ambientales del menor de edad” para evaluar así “el grado de culpa y de responsabilidad”, “la trascendencia social del hecho así como erogar medidas penales y sentencias civiles adecuadas”. De hecho, de dichas verificaciones nacen el programa procesal y el proyecto educativo individualizado a través de los cuales se decidirá si excluir al menor del circuito penal lo antes posible, adoptando la decisión más adecuada para el desarrollo de su madurez; si suspender temporalmente el proceso y dar disposición a un tratamiento reeducativo con el auxilio de servicios sociales; o si proceder a la emisión de una sanción. Se trata de verificaciones que pueden ser llevadas a cabo “sin ninguna formalidad”, algunas veces con medios diferentes a los ordinarios, y que no son obligatorias, pero constituyen en todo caso una etapa prioritaria en el “iter” procesal de los menores de edad.

Esta disposición es pionera si la comparamos con lo previsto en la Directiva europea en 2016. De hecho, el artículo 7 de la Directiva –que repre-

senta, quizá, uno de los elementos de mayor novedad en la misma- aprueba el derecho a una evaluación individual del menor con el objetivo de verificar cada elemento útil en la óptica de dar siempre prioridad a su interés. El “*best interest of the child*” empieza a ser uno de los primeros aspectos que hay que considerar en todos los casos en los cuales haya menores implicados, también -y, sobre todo- cuando estos violan la ley. Por lo tanto, la evaluación de su situación debe efectuarse con cautela, con métodos multidisciplinarios en una situación a la par y en equilibrio con los intereses de los otros sujetos implicados, como otros menores, padres o víctimas.

5. DISCIPLINA DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

Otro punto fundamental que afronta la Directiva 2016/800/UE se refiere a las medidas restrictivas de la libertad del menor: los artículos 10 y 11 indican cómo se debe tutelar la libertad del menor durante el proceso en curso. Cualquier decisión sobre la privación de la libertad se debe fundar sobre el supuesto de ser una medida de ultima instancia y que quede excluida la posibilidad de aplicar cualquier otra medida alternativa a la detención. El artículo 12 expone los criterios de la detención separada de los adultos, del derecho a la instrucción y a la formación y el poder de ejercer el derecho de preservar una vida familiar en prospectiva de una futura reinserción social del menor.

También en esta materia la disciplina italiana sobre las intervenciones que limitan la libertad del menor respeta completamente las instrucciones de la Directiva. Ante todo, cabe señalar como la legislación del d.p.r. n.448/1988 introduce para los menores un “sistema cautelar autónomo” sea por la particularidad de las medidas aplicables (art.19), sea por el conjunto de normas que la regulan¹⁸. Los puntos claves de la disciplina del *status libertatis* del menor son: tener en cuenta la fragilidad que caracteriza al adolescente y la necesidad de no causar interrupciones graves a la evolución de la personalidad que se presupone en acto; repudiar cualquier automatismo en el tema de limitación personal. Estas medidas precautelares (arresto, detención o acompañamiento) no deben ser nunca obligatorias sino discrecionales y están previstas para un específico, y reducido abanico de delitos particularmente graves. La normativa se encuadra en el marco constitucional de los artículos

¹⁸ V. PEPINO, “Misure cautelari minorili”, *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, VIII, 54 ss.; A. PRESUTTI, “Le misure precautelari”, in AA.VV., *Procedura penale minorile*, cit., pp. 101 ss.

13 y 31 const., y en la normativa comunitaria: la elección de los instrumentos cautelares y precautelares se debe cumplir, para los menores, asegurando siempre la tutela de la personalidad aún no completamente formada del sujeto implicado y evitando la restricción carcelaria, que se considera la *extrema ratio*.

Antes de proceder a la detención, la Policía debe evaluar la gravedad del hecho, la edad y la personalidad del menor (art. 16, punto 3, d.p.r. n. 448/1988).

Junto a la circunstancia de que se esté procediendo por un delito por el cual se puede disponer de una medida de custodia cautelar en cárcel, un supuesto para la detención de un menor es la flagrancia o “cuasi flagrancia” (art. 382 c.p.p.); mientras las presunciones para que la detención sea legítima son el peligro de fuga o que se proceda por un delito para el que la ley establece una pena mínima de dos años.

Los funcionarios y agentes policiales que ejecutan la medida precautelar deben comunicarla inmediatamente al juez, a quien ejerza la patria potestad o al eventual tutor del menor y a los servicios sociales para la administración de justicia al menor (art. 18, punto 1, d.p.r. n. 448/1988). El juez, a su vez, cuando reciba la comunicación del arresto o de la detención, deberá decidir si prescribir que el menor sea conducido inmediatamente a un centro especial de hospitalidad o a una comunidad pública o autorizada, o, en alternativa, cuando la modalidad del hecho, la edad y la situación familiar lo ameriten, podrá decidir que el menor sea conducido a su residencia familiar, quedando, en todo caso, a disposición de las autoridades judiciales. En cambio, si resulta evidente que la detención fue llevada a cabo sin cumplir los procedimientos previstos por la ley o que, transcurrido un lapso de tiempo, la medida precautelar se haya vuelto ineficaz por no haber respetado los tiempos previstos para su validez, o también, si el juez excluye la posibilidad de adoptar una medida precautelar, el menor será puesto inmediatamente en libertad. Además, con el fin de adoptar dichas medidas precautelares, el órgano requirente podrá solicitar que el menor se presente ante él para verificar personalmente la situación¹⁹.

¹⁹ Al arresto o a la detención se agrega otra medida precautelar especial: el acompañamiento del menor a causa de la flagrancia (art. 18 *bis*, d.p.r. n. 448/1988, introducido en el d.lgs. n. 12/1991). El mismo consiste en conducir al menor capturado en flagrancia de un “delito no culposo para el cual se descuenta una pena menor de cinco años” a la sede de la Policía Judicial, retenido solo por el tiempo estrictamente necesario (y en todo caso por no más de

En cuanto a las medidas cautelares personales, los principios fundamentales que guían toda la disciplina del proceso de aplicación son dos: por un lado, la imposición discrecional de cada medida cautelar; por otro, el absoluto carácter marginal de la custodia en cárcel.

En cuanto a la legítima restricción de libertad, en relación a la disciplina ordinaria, ésta se limita a delitos con límites de pena lo suficientemente elevados y se aplica una distinción entre medidas obligatorias (permanencia en casa o en comunidad) y reclusión carcelaria. Las primeras, menos graves, pueden aplicarse cuando se procede por un delito para el cual esté prevista una pena superior a cinco años (art. 19, punto 4, d.p.r. n. 448/1988); la reclusión en cárcel, en cambio, se puede aplicar solo para delitos en los cuales la pena máxima es superior a nueve años, además de una serie de delitos particularmente graves, indicados en el artículo 380, punto 2, letra e), f), g), h), c.p.p.

Para decidir qué medida restrictiva tomar, el juez deberá tener en cuenta la existencia de “graves pruebas de culpabilidad” y que la pena sea aplicable en la práctica (art. 273 c.p.p.). Por lo que concierne, en cambio, a la detención carcelaria, el art. 23, d.p.r. n. 448/1988, punto 2, se refiere a la necesidad de la existencia de elementos probatorios, que deben ser “graves e inderogables”, “referidos al caso y en relación a situaciones que pongan en concreto peligro la adquisición o la veracidad de las pruebas”.

Al disponer las medidas, el juez deberá tomar en cuenta la necesidad “de no interrumpir el desarrollo educativo en marcha” (art. 19, punto 2, d.p.r. n. 448/1988).

La variedad de medidas cautelares que se pueden aplicar en el caso de menores de edad es muy amplia. Las prescripciones, medidas que no privan la libertad, reguladas por el art. 20, d.p.r. n. 448/1988, son, entre las cautelas de me-

doce horas) para luego entregarlo a quien ejercer la patria potestad, a su tutor o a otro sujeto encargado por el Juez. La persona a quien el menor será entregado recibirá una notificación del encargo asignado y una invitación a presentarse en la sede policial para la “entrega” del menor (art. 18 *bis*, punto 2, d.p.r. n. 448/1988). De la medida precautelar tomada también deben ser informados inmediatamente los servicios sociales para la administración de justicia al menor y el Fiscal Supremo, el cual, si la notificación no pudiese llevarse a cabo a la persona encargada o si la misma no se presenta, o no sea el sujeto idóneo para cumplir los requerimientos de la entrega (art. 20 *bis*, d.lgs. n. 272/1989), decidirá conducir al menor a un centro de hospitalidad especial o una comunidad pública o autorizada para el caso (art. 18 *bis*, párr. 4, d.p.r. n. 448/1988). En todo caso se aplica la regla del arresto en flagrancia y de la detención (art. 18 *bis*, párr. 5, d.p.r. n. 448/1988).

nores, las menos graves. Las prescripciones aplicables a los acusados menores de edad –encargando su gestión a los servicios sociales para la administración de justicia al menor (art. 19, punto 3, d.p.r. n. 448/1988)– tienen una finalidad educativa y deben encargarse taxativamente de actividades de estudio o de trabajo, o de otras actividades que sean en todo caso útiles para la educación del menor. Se presupone que, para proceder a la aplicación de las prescripciones, se realice una audiencia con quien ejerce la patria potestad, y que la duración de éstas sea de dos meses a partir de la comunicación de la sentencia que las dispone, renovable solo una vez para salvaguardar así las exigencias probatorias.

En el caso de “graves y repetidas violaciones” de las prescripciones indicadas, el juez puede decidir, como alternativa, la medida inmediatamente más grave, la medida de la permanencia en casa, mediante la cual se le obliga al menor a permanecer en su propia residencia o en algún otro lugar de residencia privado, agregando límites o prohibiciones de comunicación con personas fuera del ambiente de convivencia o personas que lo asisten (art. 21, punto 1, d.p.r. n. 448/1988).

Si el menor se aleja injustificadamente de su morada, puede aplicarse una medida más grave, sustituyendo la permanencia en casa con la retención en una comunidad; con esta medida el menor viene recluido en una comunidad especial pública o autorizada, y se le imponen eventuales prescripciones específicas en materia de actividades de estudio o de trabajo u otras actividades útiles para su educación (art. 22, punto 1, d.p.r. n. 448/1988).

Incluso en relación a la reclusión en una comunidad, en caso de graves y repetidas violaciones de las obligaciones impuestas, el juez podrá sentenciar a cargo del menor responsable, la medida inmediatamente más grave luego de la custodia cautelar, que, en tal caso, podrá durar un máximo de un mes (art. 22, punto 4, d.p.r. n. 448/1988)²⁰.

6. EL DESARROLLO DEL PROCESO

Análogamente a lo expuesto en materia de libertad personal, en el desarrollo del juicio a un menor resalta la intrincada relación entre el derecho a la educación, finalidad de la pena y estructura del juicio, que la UE, aun no acogiénolas plenamente, las hace suyas con el principio de mínima injuria del proceso. De hecho, la legislación exige a los Estados miembros adoptar

²⁰ A. PRESUTTI, “Le misure cautelari”, en AA.VV., *Procedura penale minorile*, cit., pp. 114 ss.

un *modus procedendi* que se adapte a las características y a los requerimientos de cada menor implicado en el susodicho caso judicial. Así, se resalta la importancia de evitar la estigmatización que, sin duda es dañina para un adulto implicado en un proceso judicial, pero es particularmente nociva para un menor que es un sujeto *in fieri*.

Observando el proceso italiano, la audiencia preliminar constituye el “eje central” del proceso a cargo de menores de edad, desenvolviendo además de las típicas funciones de filtro, respecto a los casos en que esta etapa precedente a la vista parece inútil, la función de control jurisdiccional sobre los fundamentos y el grado de sostenibilidad del acusador en el juicio, también la función de lugar generalmente reservado para el cierre anticipado del proceso (art. 32, d.p.r. n. 448/1988). El juez de menores en la audiencia preliminar –que posee una composición colegiada mixta– tiene la facultad de emitir la sentencia (art. 429 c.p.p.), la resolución de sobreseimiento siempre que se presenten las hipótesis previstas en el art.425 c.p.p., o disponer un juicio abreviado, como sucede en el proceso para de adultos. Además puede conceder el perdón judicial, emitir la sentencia de no deber proceder por tratarse de un hecho irrelevante (art. 27, d.p.r. n. 448/1988) o por la extinción del delito como consecuencia de una evaluación positiva de la “puesta a prueba” (art. 28, d.p.r. n. 448/1988), o también condenar al menor a una pena pecuniaria, que se puede reducir a la mitad del mínimo previsto por la ley, o por último condenarlo a una sanción sustitutiva (art. 32, d.p.r. n. 448/1988).

El aviso que fija la audiencia debe ser notificado al imputado y a su defensor, a la víctima, a los servicios sociales para la administración de justicia que hayan llevado a cabo actividades con el menor y a quien ejerce la patria potestad (art. 31, punto 3, d.p.r. n. 448/1988)²¹.

Esta gran variedad de posibilidades que puede tener la audiencia preliminar hace que la vista sucesiva sea sede de verificaciones y definiciones del juicio del todo marginales.

En coherencia con lo que dicta la Directiva en el artículo 14²², para evitar que la curiosidad pública pueda ser nociva para la personalidad del menor, la vista

²¹ Sobre el tema, cfr., si se desea, ampliamente nuestro “*L’udienza preliminare. Il dibattito*”, en AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, vol. V, *Diritto e procedura penale minorile*, Milano, 2002, 475 ss.

²² Resaltar el derecho a la protección de la vida privada del menor, haciendo especial referencia a la necesidad de introducir normas que regulen una correcta relación con los medios de comunicación. De hecho, en este punto la Directiva no parece ofrecer garantías parti-

se efectúa a puerta cerrada (art. 33, punto 1, d.p.r. n. 448/1988). Esta disposición goza de una excepción en caso de que el menor acusado hubiese cumplido los dieciséis años, pero solo bajo una petición especial de su parte a efectuar una audiencia pública; aunque el juez deberá en todo caso evaluar los fundamentos de las razones de esta petición de parte del menor y cerciorarse que la excepción de respetar la publicidad sea en exclusivo interés del imputado (art. 33, punto 2, d.p.r. n. 448/1988). Sucesivamente, el art. 33, punto 3, del d.p.r. n. 448/1988, establece que, con la finalidad de tutelar la personalidad del menor, la vista procesal será llevada a cabo por el Presidente del Tribunal Colegiado, tal, como señala el art. 498, punto 4, c.p.p. Los demás integrantes del Tribunal Colegiado, el Juez y el abogado defensor del menor pueden proponer preguntas y presentar oposiciones al mismo, pero siempre a través del Presidente.

Al final de la vista el Tribunal podrá emitir una sentencia de condena del menor, de absolución o de sobreseimiento según las formulas ordinarias, además de una sentencia de extinción del delito por éxito positivo de las pruebas, de sobreseimiento por inmadurez, conceder el perdón judicial o por considerar el hecho penalmente irrelevante²³.

7. LAS SENTENCIAS DE CARÁCTER DECISORIO

Otra característica del proceso de menores en Italia se refiere a las sentencias de carácter decisorio. A las análogas decisiones del proceso de adultos (art. 530 c.p.p. para las decisiones cognitivas y 533 c.p.p., para la condena, declarable al término de la vista; art. 425 c.p.p. para la audiencia preliminar, con la particularidad de la condena con sanción sustitutiva) se agregan otras más específicas para el proceso de menores, dictadas por la condición del menor-acusado y/o de la exigencia de una salida lo más rápida posible del circuito penal, para lograr reducir las consecuencias negativas²⁴.

culares. En realidad, mientras que en la Propuesta de Directiva COM (2013) 822, en el punto 52 del Informe explicativo, se establece el criterio general de que “el menor debe ser juzgado a puerta cerrada y sólo en casos excepcionales, el juez puede, en el interés superior del menor, decidir admitir al público”, la misma Directiva, en su versión final, confía al legislador nacional elegir entre estas dos opciones, muy diferentes, que no tienen las mismas garantías: a) optar por introducir la regla general de la audiencia a puerta cerrada; b) prever únicamente la posibilidad de que el órgano jurisdiccional decida tratar la vista como tal, si es necesario.

²³ M. BARGIS, “Il dibattito e le impugnazioni”, en AA.VV., *Procedura penale minorile*, cit., 154 ss.

²⁴ PATANE', *Le peculiarità del modello procedimentale minorile*, ZAPPALA' (a cura di), *La giurisdizione specializzata nella giustizia minorile*, cit.

Principalmente el art. 26, d.p.r. n. 448/1988 dispone que el Juez, tras verificar que el imputado sea menor de catorce años, y lo será en todos los estadios y grados del proceso, incluso *ex officio*, debe emitir una resolución de sobreseimiento “tratándose de una persona no imputable”.

Una de las novedades más importantes del proceso a menores es la resolución de sobreseimiento por considerar el hecho irrelevante, que permite alejar en modo tempestivo y definitivo del circuito penal a aquellos menores que hayan cometido comportamientos que, aún siendo delitos, no suponen una alarma social importante (art. 27, d.p.r. n. 448/1988)²⁵.

Las condiciones que, conjuntamente, hacen legítima dicha resolución son tres: dos, objetivas, toman en consideración lo irrelevante del hecho y el carácter ocasional del comportamiento; la tercera, subjetiva, observa el perjuicio a las exigencias educativas del menor si el proceso penal se llevara a cabo. Debe considerarse irrelevante todo hecho que se materializa en un comportamiento criminal no grave o de escasa consistencia, sea bajo el perfil del objeto sobre el que recae, sea por la conducta general del imputado y por las finalidades perseguidas con el hecho. Ocasional, se puede clasificar un comportamiento no reiterativo, por lo que no es una elección precisa y consciente del menor, sino de impulsos momentáneos típicos de la adolescencia.

La resolución de sobreseimiento por la irrelevancia del hecho puede ser decretada aun después de la fase de investigación, es decir en la audiencia preliminar, en el curso de los procesos especiales del sistema de menores y en el juicio²⁶.

Otro componente innovador del sistema a menores es la suspensión del proceso con la “puesta a prueba”, regulado por los art. 28 y 29, d.p.r. n. 448/1988. Representa una especie de *probation* procesal porque interviene antes de la fase ejecutiva, permitiendo interrumpir el proceso y ofreciendo al menor la posibilidad de evitar la condena y de consecuencia la pena, sometiéndose a un periodo de prueba en espera de su arrepentimiento.

Para precisar, cuando el juez de menores reputa que debe evaluar la personalidad del menor para el éxito de la prueba, suspende el proceso y

²⁵ Crítico G. RICCIO, voce “Irrelevanza penale del fatto”, *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2009. V. también, C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005; M. G. COPPETTA, “Il proscioglimento per irrilevanza del fatto”, en AA.VV., *Diritto e procedura penale minorile*, Milano, 2011, pp. 590 ss.; A. MESTIZ-M. COLAMUSSI, *Processo penale minorile: l’irrilevanza del fatto e la messa alla prova. Criteri interpretativi e prassi applicative*, Milano, 1997, *passim*.

²⁶ Corte constitucional, 9 mayo 2003, n. 149.

lo entrega a los servicios especiales de menores. La puesta a prueba puede decretarse en referencia a cualquier delito, aun particularmente grave. El periodo de suspensión no debe superar los tres años en el caso que se proceda por delitos para los cuales está prevista como pena la cadena perpetua o la reclusión por más de doce años, mientras que puede durar máximo un año en todos los otros casos.

El juez deberá sucesivamente verificar que el hecho delictivo subsiste, que implica al acusado y que es imputable.

Con la suspensión del proceso -acompañada de una motivación- el juez entrega el menor a los servicios sociales para la administración de justicia para que lleven a cabo las respectivas actividades de observación, tratamiento y soporte, inclusive con la colaboración de los servicios locales. Las formas de ejecución de la puesta a prueba serán redactadas en un proyecto, conjuntamente por los servicios antes mencionados, los cuales deberán reportar periódicamente al juez el curso de la prueba y aplicar, eventualmente, variaciones al proyecto. El juez, en la misma sentencia con la cual suspende el proceso, tiene la facultad de impartir al menor indicaciones precisas destinadas a reparar las consecuencias del delito y a promover la reconciliación con la persona ofendida o víctima.

En caso de que el menor cometa graves y repetidas transgresiones a las indicaciones dadas por el juez, la suspensión será revocada y el proceso reanuda su curso a partir de la misma fase en la que estaba (audiencia preliminar o juicio) al momento de ser interrumpido.

Superado el periodo de suspensión, el juez fija una nueva audiencia en la cual será evaluado el periodo de prueba, examinando principalmente el informe presentado por los servicios especiales, pero pudiendo también escuchar al acusado. Si éste es juzgado positivamente, el éxito del proceso será una declaración de extinción del delito y la sentencia no será archivada en el archivo judicial. Contrariamente, con un resultado negativo de la evaluación, se procederá a continuar el proceso a partir de la fase donde se había interrumpido.

Otra hipótesis específica del proceso de menores de edad es el perdón judicial (art. 169 c.p.). El mismo podrá concederse al menor -siempre y cuando haya sido comprobada su responsabilidad e imputabilidad- cuando el juez considere justo aplicar, teniendo siempre en cuenta la menor edad, una pena inferior a los dos años de reclusión o una pena pecuniaria, sola o conjuntamente a la pena de detención por un monto inferior a

1.549,37 euros (art. 169, punto 1, c.p.). Es requisito indispensable para la concesión del perdón judicial un pronóstico de futura buena conducta del menor. Este perdón no podrá ser concedido a un menor previamente condenado a una pena de detención por delito, aunque ya la haya descontado, es decir, el menor clasificado como delincuente habitual o profesional (art.169, punto 3, c.p.). La decisión de conceder el perdón judicial trae como efecto concreto e inmediato la extinción del delito; excluye la aplicación de penas adicionales y de medidas de seguridad; y queda registrada en el archivo judicial hasta que el menor cumpla los veintiún años.

En cambio, cuando el menor es reconocido imputable y responsable del hecho-delito y el Estado pretenda aplicar una sanción –a través formulas de absolucón que suponen la comprobación de su responsabilidad– el juez lo condenará a una sanción de detención o pecuniaria. Una vez determinada la sanción, el juez deberá aplicar un descuento de un tercio de la pena, como lo dispone el art. 98 c.p.

Igualmente pueden ser aplicadas sanciones sustitutivas a la pena de detención a los delitos con una cierta gravedad, teniendo siempre en cuenta la personalidad de menor y sus exigencias de estudio o de trabajo, así como las condiciones familiares, sociales y ambientales (art. 30 d.p.r. n. 448/1988): se trata de la semi-detención y de la libertad vigilada.

Todas las sentencias de condena a un menor, junto a aquellas que lo hayan absuelto o que hayan decretado una resolución de sobreseimiento por falta de imputabilidad, quedaran inscritas en el archivo judicial.

8. CONCLUSIONES

Sin duda la disposición 2012/800/UE responde a la necesidad –impos-tergable– de intervenir en este ámbito porque, a pesar de la existencia de un cuadro común de principios y derechos fundamentales expuestos en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, en la CEDU así como en otros instrumentos internacionales, el derecho a recibir un proceso penal justo por parte de sujetos considerados vulnerables (en particular los menores de 18 años) no parece estar suficientemente garantizado en todos los Países miembros ni en todas las fases del proceso. Esta situación mostraba evidentes consecuencias en la confianza recíproca entre las autoridades judiciales de cada nación y, por ende, en el mutuo reconocimiento de las sanciones impuestas. No hay que olvidar, que no en todos los Estados miembros

de la Unión Europea pueden aplicarse directamente las normas de la CEDU sobre todo cuando éstas contrastan con normas internas del país; y que la Corte de Estrasburgo puede ser llamada en causa sólo después de haber agotado las posibilidades solutivas internas.

Por lo tanto, desde este punto de vista, la Directiva constituye un conjunto de normas mínimas conectadas entre ellas, una especie de catálogo de derechos relativamente amplio con la finalidad de delinear, al menos en sus puntos principales, lo que sería un modelo de “juicio justo a los menores de edad” en todos los Países miembros de la UE, objetivo que resultaba hasta hoy inexistente a pesar de la multitud de documentos internacionales en esta materia.

Obviamente, la obligación de reconocer garantías específicas a favor del menor imputado o bajo juicio no puede desvirtuar la función y la estructura del proceso penal, que es y sigue siendo un acto efectuado por parte de las Autoridades Judiciales, única y puramente tendente a verificar los hechos delictivos

Sin embargo, el interés por la tutela del menor y el respeto de la finalidad misma del proceso penal, no son objetivos contrapuestos, sino, por el contrario, se complementan: lograr alcanzar los objetivos de la justicia en estos casos (recuperar y reinsertar en la sociedad a los autores de delitos y, así, reducir el porcentaje de reincidencia) depende, en gran parte, de la correcta estructura del proceso penal, del reconocimiento de las peculiaridades del menor de edad y de los adecuados cuidados hacia él. Pero sobre todo depende de la superación, desde las fases iniciales del proceso, de una lógica meramente represora o autoritaria, a favor de una orientación auténticamente reeducativa como objetivo final del sistema penal.

Esta problemática –con las reflexiones hechas anteriormente– ha sido afrontada (y resuelta) de forma activa por la doctrina italiana hace ya tiempo. Así es que, sin lugar a dudas, la normativa italiana, comparada con los principios expuestos por la directiva europea, parece ser pionera: sosteniendo reiteradamente la posición particular del menor y preocupándose por no interrumpir los procesos evolutivos del mismo, que se encuentran en acto, proponiendo un abanico de epílogos del proceso que consideren residual recurrir a la condena y a la sanción a favor de la acción de instituciones reeducativas.

No obstante, restan, aún, vacíos en las normas, tanto en el contexto de las Directivas EU como en el Derecho italiano.

Queda evidenciar que la Directiva habla muy poco del tema de la imputabilidad, que debería haber tenido una importancia central. Se limita a definir al menor como “una persona con edad inferior a 18 años”, sin considerar ninguna característica político-criminal que discuta el umbral mínimo de imputabilidad, dejando “en el aire” la gran variedad de normas internas de los Estados miembros que fijan una edad mínima mucho más baja.

En cambio, comparado con el Derecho italiano, no encuentra una correspondencia la previsión, contenida en el art. 8 de la Directiva, que menciona la obligación, en este caso impostergable, de someter al menor, privado de su libertad personal, a un examen médico, que sea lo menos invasivo posible. Este examen puede ser requerido por las autoridades competentes, si así lo exigen las indicaciones sanitarias, o bien como exigencia de este menor, de quien ejerce la patria potestad, o por el abogado defensor.

Podríamos decir que el camino hacia un “proceso justo al menor de edad” en Europa aún no ha alcanzado su fin.

CARLA PANSINI
*Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Napoli “Parthenope”
Via Generale Parisi, 13
80132 - Napoli - Italia
e-mail: carla.pansini@uniparthenope.it*

RECENSIONES

Fernando H. LLANO ALONSO,
Homo Excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo
Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 238 pp.

MIGLE LAUKYTE
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: *transhumanismo, ética, inteligencia artificial (IA), derechos humanos*
Keywords: *transhumanism, ethics, artificial intelligence (AI), human rights*

Hay una poesía de Henry Wadsworth Longfellow (1807-1882), traducida por Miguel Antonio Caro en el libro *Traducciones Poéticas* (Bogotá: Librería Americana, 1889), titulada "Excelsior". Cuenta un viaje de un joven que porta un pendón con el lema *Excelsior* a través de los Alpes, y que, aún avisado por algunos campesinos de los peligros del camino, decide seguir adelante. Al día siguiente su cuerpo es descubierto con el pendón en la mano congelada mientras se oye el coro celestial exclamar una única palabra "¡Excelsior!"

Las dos obras –la del Prof. Llano y la del poeta Longfellow– comparten algo más que el título. Aún separadas en el tiempo por más de 150 años, las dos nos hablan y nos advierten de las mismas cosas: Es decir, de la búsqueda de la grandeza, perseverancia, esperanza, ideales, bravura, pero también de la cabezonería, megalomanía, irresponsabilidad, y, (¡lamentablemente muy menudo!) del precio tan alto que tenemos que pagar por querer ser más y llegar más lejos (*Excelsior* traducido del latín quiere decir literalmente *mayor* o *superior*).

Pero empecemos desde el principio y miremos más de cerca el libro "Homo Excelsior", cuyo subtítulo encuadra el objetivo perseguido: "Los límites ético-jurídicos del transhumanismo". El transhumanismo lo describe el autor como "movimiento cultural e ideológico que propone el mejoramiento tecnológico de las capacidades [...] del ser humano hasta el punto de intentar alcanzar la perfección de su especie" (p. 17). Específicamente, las

capacidades humanas que el transhumanismo quiere mejorar son no solo las capacidades físicas y cognitivas, sino también las capacidades sensoriales, morales y emocionales, y ello con la ayuda de la nanotecnología, la biogenética, la informática, las ciencias cognitivas, la inteligencia artificial, la robótica, farmacología, e ingeniería técnica (p. 25).

Desde las primeras páginas el autor señala claramente su posición de iusfilósofo y humanista, persiguiendo con este libro una visión crítica de las promesas de transhumanismo, reflexionando sobre el impacto de Inteligencia Artificial en nuestras vidas, analizando la colisión entre la robótica y los derechos humanos, aclarando el debate entre bioconservadores y bioprogresistas, y siempre teniendo como estrella guía las ideas de humanismo y las de Ilustración.

El libro tiene seis capítulos y es organizado de tal manera que pasamos desde una visión general y más teórica del transhumanismo (capítulo 1) hasta normas jurídicas muy concretas sobre la reproducción humana asistida y las políticas sanitarias de la Unión Europea (capítulo 6). Es uno de los signos distintivos de este trabajo, es decir, la capacidad del autor para hablar tanto en términos muy filosóficos del tema del transhumanismo, como de temas muy prácticos y aplicados. Este pasaje tendría que atraer no solo a los lectores amantes del pensamiento abstracto sino también a los que cada día tratan los aspectos reales de los intentos para mejorarse, renovarse, regenerarse, progresar, adelantar, avanzar, como por ejemplo, médicos y personal sanitario, juristas, antropólogos, sociólogos, psicólogos, políticos y muchos más.

En el capítulo 1 "*El transhumanismo en la era postmoderna*" descubrimos como el transhumanismo interpreta el postmodernismo que "no busca la autodeterminación del individuo a través de la formación integral de su espíritu por medio de la razón y el cultivo de las humanidades, sino que persigue el acrecentamiento de sus cualidades físicas, morales, cognitivas, sensoriales y emocionales a través del uso de la técnica" (p. 34). Eso no quiere decir que la técnica y la ciencia sean cuestiones que hayamos descubierto hace poco, si bien solo en la era postmoderna vivimos tan de cerca la creciente distancia y extrañamiento entre ciencia y tecnología, por una parte, y ética, por otra. Desde este punto de vista el transhumanismo es la transcendencia de un largo proceso que ha empezado hace mucho tiempo, con los fenómenos de especialización, fragmentación extrema del saber, disolución de responsabilidad moral, y transformación de la técnica que ha pasado de ser una herramienta para convertirse en una vocación humana.

Una atención particular dedica el autor al pensamiento de José Ortega y Gasset (1883-1955) quien definió la relación “hombre-técnica” como un proceso continuo donde el hombre auroral llega a ser el centauro ontológico, que, al mismo tiempo, es parte y trasciende a la naturaleza. Siguiendo esta línea de pensamiento, vemos que el hombre y la técnica son inseparables para Ortega y Gasset, o como dice el Prof. Llano, “[...] la técnica es un modo de *ser* del hombre condicionado por el modo en que *está* en la naturaleza, circunstancia o el mundo” (p. 44). Es más, el hombre, la técnica y el bienestar son sinónimos: utilizamos la técnica para estar con más bienandanza en este mundo, y también construir otros mundos individuales.

En este capítulo el autor nos habla de otras ideas de Ortega y Gasset que son interesantes (¡al menos!) desde el punto de vista histórico: los programas vitales de *bodhisatva* hindú (que desarrolla las técnicas del cuerpo y de la mente para abandonar su individualidad y fundirse desapareciendo), la del *gentleman* inglés de la época victoriana (que, al contrario de *bodhisatva*, se concentra en potenciar su individualidad a través de trabajo y la profesión) y la del hidalgo español del siglo XVI (que reduciendo sus necesidades materiales procura vivir sin trabajar). Otra idea no menos interesante es la propuesta de dividir la historia de la técnica en tres periodos: la técnica de azar, la técnica del artesano y la técnica del técnico. Este último –técnica del técnico– que caracteriza la modernidad, es un periodo donde descubrimos la técnica como capacidad ilimitada, que paradójicamente, hace nuestras vidas vacías.

Eso no significa que para Ortega y Gasset la técnica es el enemigo: al contrario, la técnica tiene mucho potencial y por lo tanto la tenemos que desarrollar a la medida de los seres humanos y no a la medida de robots o cyborgs. Solo así podemos rellenar el vacío y lidiar con la crisis del Humanismo. Por lo tanto, Ortega y Gasset nos invita a humanizar la técnica, volvernos neo-humanistas y enfrentarnos al nuevo mundo de las tecnologías de la información y comunicación, nanotecnologías, biotecnologías, y otros inventos científicos.

En el capítulo 2 “*Casi dioses. El sueño de Prometeo y la utopía transhumanista*” el autor nos introduce en la visión del transhumanismo como posible reformador de la naturaleza solo si tal reforma está en línea con el humanismo tecnológico orteguiano. Es decir, que el desarrollo tecnológico resulta aceptable si el mismo contribuye a permitir a los individuos elegir libremente y realizar sus planes de vida.

Entrando en lo concreto, esta idea resulta ilustrada por el debate entre bioprogresistas (partidarios de biomejoramiento humano) y sus detractores, los bioconservadores. El punto de desencuentro es la naturaleza humana: esa naturaleza humana es flexible, como dicen los bioprogresistas, o es inmutable y normativa, como la ven los bioconservadores? Intentar desequilibrar esta naturaleza con la ayuda de biotecnologías sería un intento de jugar a ser dios, dejando de ser *Homo Sapiens* y volviendo ser *Homo Deus*, como lo llama Yuval Noah Harari (autor de libro *Homo Deus*, Debate 2016).

En este sentido, quizás la respuesta más compartida es la de ver la naturaleza humana como una evolución dinámica y sujeta a la perfectibilidad. Es en este punto donde el transhumanismo interviene con su tesis de que no solo podemos, sino que tenemos un deber moral de mejorarnos. La naturaleza humana no es normativa (es la denominada falacia naturalista): lo que es no significa que es lo que debe ser, y los transhumanistas quieren mostrar que desde lo que es podemos alcanzar muchísimas cosas, y combatir el uso de la naturaleza humana como instrumento de marginación y estigmatización. Los transhumanistas se sitúan en contra del apologismo y promueven la idea de la mejoría holística, entendida como mejoría física e intelectual de la persona, de su cultura, de su entorno. En este sentido Yuval Noah Harari habla del *Homo Deus*: *Homo Sapiens* no es el punto de llegada en el desarrollo de la humanidad, sino solo una parada en el camino que continúa. En lugar de estar atados a preservar la idea de la naturaleza humana como algo estático, como argumentan los transhumanistas, tenemos que tomar medidas para estar listos para progresar en dirección de una nueva versión de la misma.

No faltan las voces críticas a este proceso de divinización humana, que avisan que el mismo se paga con la moralidad humana, con los derechos humanos y el aumento de las desigualdades. Y hay más: siguiendo por este camino, corremos el riesgo de volvernos máquinas y, en consecuencia, menos humanos.

La divinización humana pasa a través de la inmortalidad, ya que los dioses, como sabemos, no son mortales. Hay distintas opciones ofrecidas, desde el cerebro artificial creado por millones de nanorobots, posibilidades de conservar nuestras mentes digitalmente aún cuando nuestros cuerpos perecerán, hasta posponer el envejecimiento con ayuda de biotecnologías. Todas estas oportunidades dejan de lado las cuestiones morales y filosóficas, aunque la neurofilosofía intenta tratar algunas de las mismas. Tengo la impresión de que paradójicamente, todas estas tentativas nos hacen más máquinas

(que se pueden ajustar, cambiar piezas, actualizar, etc.), pero no hacen a las tecnologías más respetuosas con los humanos: en este sentido la ética está fallando en defender nuestras libertades y nuestra autonomía.

Pero el problema es otro: no hay respuesta a la pregunta de por qué luchar contra el envejecimiento y lograr la inmortalidad. Parece que es un desafío querer vencer a la muerte sí o sí, pero sin preguntarnos por qué lo queremos: ¿para vivir eternamente? ¿Para mostrarnos superiores a otras formas de vida? ¿Porque la muerte es un mal, y no una parte natural de la vida? Y luego, ¿que hacemos si la muerte no existe? Esta última pregunta parece que no interesa a nadie, porque lo importante es la lucha y la victoria y no las consecuencias. Es más, como justamente nos hace notar Peter Singer en su obra *The Most Good You Can Do: How Effective Altruism is Changing Ideas about Living Ethically* (que en castellano ha sido traducido "Vivir éticamente: Cómo el altruismo eficaz nos hace mejores personas" (Paidós Ibérica 2017)), luchar contra la muerte nos distrae de las realidades del presente, donde sí que hay mucho que hacer para mejorar la condición humana de millones de personas.

El capítulo 3 "*La singularidad tecnológica o el triunfo de la inteligencia artificial sobre la humanidad*" se focaliza, como se entiende en el título, en la inteligencia artificial que, sola o combinada con otras tecnologías, parece ser un excelente ejemplo para ilustrar las posibilidades de una nueva calidad de vida, inmortalidad incluida. Además, entre los años 2035 y 2060 está prevista la llegada de la singularidad, es decir, que la inteligencia artificial superará la inteligencia humana: obviamente la inteligencia artificial nos plantea unas cuestiones éticas, filosóficas y jurídicas demasiado urgentes, aunque el entusiasmo de los tecnófilos las colocan en segundo plano.

Una parte de este capítulo es dedicada exactamente a eso: la singularidad y los términos satélites de la misma, como la Inteligencia Artificial General, la Super Inteligencia Artificial, IBM Watson, "la gran desconexión" y muchos otros. Es importante leer la explicación de por qué IBM Watson se encuentra lejos de tener una inteligencia humana, aunque los expertos digan lo contrario. El autor muestra, objetivamente y sin prejuicios, como la confianza en la inteligencia artificial, en la lógica y las matemáticas, en el cálculo y en el algoritmo está lejos de entender la verdadera naturaleza humana y su complejidad: ¿os parece posible que la inteligencia artificial solucione el conflicto de Medio Oriente? ¿Que la milenaria beligerancia entre los pueblos de esas tierras es una cuestión de programación?

Hay quien piensa que eso es posible y otros que crean instituciones, como *Singularity University* creado por Google y NASA entre otros, para educar a los demás a pensar así. En este punto el autor abre una reflexión muy crítica sobre la educación y nuevos modelos de enseñanza, orientada a adoctrinar a los jóvenes en la fe incondicionada de que el desarrollo tecnológico es lo único que necesitamos y negar la importancia de aquellas materias de estudio como filosofía, arte y humanidades, o de las capacidades como el razonamiento crítico y la creatividad. ¿Para que nos sirve, argumentan los transhumanistas, la memoria si en el futuro tenemos que tratar con las máquinas que se acuerdan absolutamente todo?

Pienso que es la parte del libro donde la posición del autor está en mayor contraposición con la idea de transhumanismo. Como profesor universitario, investigador y persona que ha dedicado muchos años a los jóvenes, su posición es privilegiada para observar las nuevas tendencias educativas y nuevos conocimientos que los jóvenes traen desde los colegios y piden a la universidad. La pregunta retórica de si gracias a esta nueva tendencia educativa, nosotros, los profesores universitarios, tenemos que convertirnos en una mezcla de programadores, animadores sociales y psicólogos infantiles nos haría sonreír si no fuera cierta.

¿Qué hacer entonces? La solución está dentro del problema: si no queremos que la inteligencia artificial, Google o quien sea piensen en nuestro lugar y por nosotros, tenemos que ser nosotros mismos quienes tenemos que conocernos mejor, entendernos, estudiarnos, y razonar sobre nosotros. Y eso nos lleva directamente a los clásicos griegos que nos enseñan a conocernos a nosotros mismos ($\gamma\nu\omega\theta\iota\ \sigma\epsilon\alpha\upsilon\tau\acute{o}\nu$), pero también a pensar como seres mortales ($\Phi\rho\acute{o}\nu\epsilon\iota\ \theta\nu\eta\tau\acute{\alpha}$), desear y buscar sabiduría ($\Sigma\omicron\phi\iota\alpha\nu\ \zeta\eta\lambda\omicron\upsilon$, $\Phi\iota\lambda\acute{o}\sigma\omicron\phi\omicron\varsigma\ \gamma\iota\nu\omicron\upsilon$) y hacer las demás cosas que nos enseñan los aforismos de Delfos. Eso quiere decir que las artes y las humanidades son más importantes que nunca: solo así podemos defender la idea de la persona como fin en si misma, y no como un instrumento para crear una nueva especie humana, cuya mente será parte de una inteligencia artificial superior.

De hecho la mente humana y la idea de su neuropotenciamiento, como siguiente paso después de la neuroeducación, es el argumento final de este capítulo. Es una práctica eugenésica, basada en la selección de los embriones con mejores capacidades intelectivas y cognitivas (en este sentido, y por lo tanto, el neuropotenciamiento es anterior a la neuroeducación). Sin duda, tales prácticas necesitan mucha reflexión: la manipulación genética no es po-

sible si valoramos la dignidad humana, la igualdad, la autonomía, y muchos otros principios que son columnas del humanismo.

El capítulo 4 “*Homo ex machina. Entre robótica y derechos humanos*” nos lleva a profundizar aún más el tema de la inteligencia artificial, esta vez conectándolo con la robótica. Los desarrollos en este ámbito quizás son los más evidentes en la última década, y además su relación con los derechos humanos –la divinidad humana, la intimidad, y otros– sigue siendo poco clara.

En este sentido el autor sale del ámbito filosófico y entra en el derecho positivo, donde hay una vasta gama de normas directa o indirectamente relevantes para la robótica. La naturaleza multifacética de la misma no ayuda a encontrar fácilmente las respuestas normativas: hay muchas aplicaciones por ámbitos y tareas muy distintas. Por ejemplo, es difícil encontrar un nexo entre los coches autónomos y la neuroprótesis, y por lo tanto muchos investigadores miran a cada aplicación de la robótica separadamente, caso por caso. El autor nos da una visión muy completa de los proyectos y de las iniciativas para entender las repercusiones de la robótica en el Derecho, como el proyecto europeo Robolaw, o el informe de la Fundación Rathenau “Derechos humanos en la era robótica” (2017). Este último cita siete derechos humanos que tienen más riesgo por parte de las máquinas inteligentes, es decir, el derecho a la vida privada, el derecho a la dignidad humana, el derecho a disfrutar los bienes personales, el derecho de reparación de daños y la seguridad, el derecho de la libertad de expresión, de conciencia y de libertad religiosa, el derecho a la no discriminación, y el derecho a la justicia. Es más, el informe también destaca nuevos derechos que la inteligencia artificial pone en peligro, como el derecho a no ser medido, analizado y adiestrado electrónicamente mediante técnicas de inteligencia artificial y el derecho a un contacto humano digno. Produce una inmensa tristeza darse cuenta que la libertad individual y las relaciones sociales con los demás deja de ser algo obvio y natural, ¡y se vuelve en algo que en poco tiempo podemos no tener nunca más!

El capítulo sigue con el examen del impacto de la robótica en el ámbito del trabajo y defiende la tesis que llegaremos al mejor aprovechamiento de la robótica no cuando los robots sustituyan a las personas, sino cuando los robots y los seres humanos empiecen a trabajar juntos.

No es posible hablar de derecho y robots sin discutir la idea de la personalidad jurídica de los robots, que solucionaría el problema de la responsabi-

lidad por daños que el robot puede causar. Hay distintas opiniones y el autor las maneja bien para mostrar sus puntos más y menos salientes.

El capítulo acaba con una parte exhaustiva sobre el impacto de la robótica en el deporte, que de nuevo quita de en medio lo que es humano y lo reemplaza (total o parcialmente) con la parte cibernética o robótica. Así están los llamados ciborgatletas, que gracias a los implantes de prótesis, dopaje genético, y otras técnicas poco limpias y aún menos saludables compiten con aquellos que no llevan ni prótesis ni son dopados. La pregunta es si estas tecnologías (sobretudo los implantes de prótesis) ayudan a alcanzar la igualdad de competición entre los deportistas discapacitados (como Oscar Pistorius) y los deportistas sin discapacidad, o al contrario, si a través de tecnologías, los atletas discapacitados tienen más ventajas que no discapacitados y así llegan a alterar la justa competición deportiva. En este último escenario, al final el deportista discapacitado se vuelve “super-capacitado” y altera los equilibrios de juego de modo tal que el deportista sin discapacidad es como si la tuviese.

Este fenómeno forma parte del proceso de deshumanización del deporte: en la antigua Roma la gente pedía *panem et circenses*, en los tiempos en los que vivimos, la cuestión nutritiva está más o menos resuelta, pero la gente continua pidiendo el espectáculo y el deporte lo es. Los atletas se encuentran bajo la presión de sacrificar la caballerosidad y los valores del deporte y empujar sus límites físicos y mentales, que, una vez alcanzados, pueden ser siempre actualizados con ayudas externas.

Se vuelve al interesantísimo debate entre los bioconservadores (definidos como “defensores del mantenimiento del equilibrio entre las mejoras biomédicas y los fundamentos de la moral, la libertad y la dignidad humana”) y bioprogresistas (“partidarios de aprovechar el irreversible progreso tecnológico ... para impulsar la investigación sobre mejoramiento humano” p. 182) en el capítulo 5 “*Transhumanismo, vulnerabilidad y dignidad humana*” que continua el razonamiento sobre los derechos humanos, pero esta vez poniendo el enfoque sobre los derechos de la tercera generación, en particular los de las generaciones futuras y el derecho al desarrollo, entre otros. En esta óptica es muy claro el conflicto entre bioprogresistas y bioconservadores.

Así entre las perspectivas bioprogresistas encontramos los argumentos de Yuval Noah Harari de que el ser humano no quiere mejorarse, sino superarse, que hemos alcanzado los retos de la humanidad del siglo XX (superar la peste, el hambre y la guerra) y ahora tenemos que alcanzar los objetivos

del siglo XXI (conquistar la inmortalidad, la felicidad y la divinidad), y si para hacerlo derivará una nueva casta superhumana, no tenemos que sorprendernos ya que el humanismo liberal será sustituido con la nueva religión del dataísmo según la cual el valor de todo se mide en datos.

Los bioconservadores (como por ejemplo Francis Fukuyama) no pueden aceptar la negación de la dignidad humana, implícita en las ideas bioprogresistas, y hacen bien: el último movimiento que lo ha hecho, el nazismo, ha herido la humanidad profundamente y es aún más increíble la capacidad de algunos autores para ignorar estos hechos (cuanto es verdad el dicho de que quien no conoce su historia está condenado a repetirla!). Los bioprogresistas se defienden detrás de la eugenesia liberal (y no obligatoria de los nazis), pero los adjetivos cambian poco la verdadera naturaleza de las cosas: la eugenesia es, y lo va a ser siempre, una cosificación del ser humano, un producto de la voluntad de los demás (padres en el caso de la eugenesia liberal, gobierno en el caso de la eugenesia obligatoria).

Entre los bioprogresistas y bioconservadores, el autor sitúa el humanismo tecnológico de José Ortega y Gasset: como ya hemos visto, el ser humano es un centauro ontológico, que no es humano sin la técnica. La técnica es necesaria para hacer frente a nuestra marginación en la naturaleza y para crear nos un mundo paralelo, el de la sobrenaturaleza, donde el papel marginal es sustituido por el papel principal: el peligro está en descubrir que si en la naturaleza no somos fundamentales, tampoco lo somos en la sobrenaturaleza.

El último capítulo del libro (capítulo 6 "*Medicina genética y dignidad humana: claves para un debate ético jurídico*") es dedicado no a las cuestiones éticas de la medicina genética en general, sino aquellas que se refieren a un grupo particular de personas: las personas que son portadoras de genes que causan enfermedades graves o incurables. La medicina genética, con todos los beneficios que aporta, también ve el ser humano como un medio, una cosa, y deja de lado su dignidad humana, sobre todo la de los embriones y la de las generaciones futuras.

Los embriones son puestos en cuestión en el caso de una de las muchas técnicas de medicina genética, es decir, el diagnóstico genético preimplantacional (DGP), que permite descubrir y tratar enfermedades que el embrión podría sufrir en el futuro. El caso es que tal diagnóstico viene efectuada antes de implantar el embrión en el útero: si los resultados son positivos, se procede a la implantación, si, al contrario, los resultados son negativos, el embrión es descartado para evitar que nazca un niño con graves enfer-

medades genéticas. Por obvios motivos esta técnica está en el centro de la discusión: el paralelismo con las prácticas eugenésicas es inequívoco, pero también es inequívoca la posibilidad ofrecida a los padres de asegurar a su hijo el bien más importante, la salud.

Por lo tanto, sin duda la intervención del legislador no es solo posible, sino urgente e inevitable. El autor sigue con un análisis del cuadro normativo español, portugués, italiano, francés, británico y alemán, que tienen visiones muy distintas sobre la cuestión y marca aún más fuertemente el abismo entre los distintos valores en el mismo espacio Europeo. La solución más adecuada que podría adoptar un Estado de Derecho parece ser la de Martha Nussbaum y el “enfoque de las capacidades” que protege las libertades sin las cuales la vida humana perdería su dignidad.

El libro termina con un epílogo, que del mismo modo que la introducción, usa el séptimo arte (el cine) para ilustrar la idea principal del libro, es decir la crítica del transhumanismo extremo, que ignora la dignidad humana y usa la humanidad como medio para llegar a la perfección que no existe. El transhumanismo así, es la parte de la sociedad contemporánea donde la diversidad es sinónimo de inferioridad, y si no encajas en los estándares de perfección, o bien te corriges o serás marginado. El libro al final no habla solo de transhumanismo, sino que representa una crítica social más amplia de nuestra sociedad.

No es posible leer este libro y no notar las numerosas referencias que el autor hace al cine, literatura y otras artes: parece que sobre todo en las películas y en las novelas y la literatura en general, los seres humanos, dejando libres sus fantasías, imaginación y pesadillas, ya han tratado distintos problemas y escenarios de nuestro futuro posthumano. Desde *Odisea en el espacio* (1968) de Stanley Kubrik hasta *Blade Runner* (1982) de Ridley Scott; desde *Tiempos modernos* (1936) protagonizado por Charlie Chaplin hasta la mitología griega; desde *Frankenstein* (1818) de Mary Shelley hasta el *Sentido giratorio* (1950) de Isaac Asimov, encontramos en este libro distintas obras utilizadas para sostener argumentos tal vez contradictorios. Al mismo tiempo el autor muestra que estas películas y libros, que muchas veces son percibidos como herramientas para divertirse y pasar el tiempo, en realidad son mucho más. Son herramientas que hemos construido nosotros mismos para hablar del futuro, discutir lo que podemos esperar y también advertir a los demás de lo que puede ocurrir si dejamos el futuro de la humanidad al azar. En este sentido es natural preguntarse si esas obras, en particular me refiero

a las películas, ¿son reflejos de lo que estamos viviendo sin darnos cuenta o somos nosotros reflejos de las mismas, y estamos haciendo discursos y poniéndonos en aquellos problemas que ya hemos visto en las películas?

Acabo la reseña volviendo a la poesía “Excelsior” de Henry Wadsworth Longfellow tan magistralmente traducida por Miguel Antonio Caro: allí el joven protagonista muere porque no escucha los consejos, sigue por su camino aún dándose cuenta de estar equivocándose e ignora los peligros que al final se vuelven fatales para él, porque está cegado por su tarea de seguir adelante, con el pendón *Excelsior*. “Homo Excelsior” de Fernando H. Llano Alonso nos ofrece los argumentos y las razones para no acabar como el joven con pendón: el autor nos da el mapa que si lo seguimos nos llevará al futuro donde el transhumanismo estará al servicio de la humanidad y no al revés.

MIGLE LAUKYTE
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail:mlaukyte@der-pr.uc3m.es

Ana M^a MARCOS del CANO y Javier de la TORRE (eds.),
Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional,
Dykinson, Madrid, 2019

MANUEL RUIZ MARTÍNEZ-CAÑAVATE
UNED

Palabras clave: eutanasia, bioética, derecho a la vida, enfermedad terminal, proceso de muerte
Keywords: euthanasia, bioethics, right to life, terminal illness, end-of-life process

La obra que nos ocupa, coordinada por los profesores Ana María Marcos del Cano y Javier De la Torre Díaz, representa la culminación de un ambicioso proyecto, apasionante por varios motivos.

En primer lugar, la elección de repensar una vez más la eutanasia no es caprichosa, sino que obedece a razones de evidente actualidad. Como explica la profesora Marcos en el capítulo *La Eutanasia: Propuesta de Regulación en España*, el 21 de mayo de 2018, el Grupo Parlamentario Socialista registró para su tramitación una Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia, al objeto –explicitado en su Exposición de Motivos– de ofrecer “una respuesta jurídica, sistemática equilibrada y garantista a una demanda sostenida de la sociedad actual”. Por tanto, la mera identificación de esa demanda social de actualidad en sí misma justificaría el abordaje de la cuestión desde una perspectiva bioética y del análisis de los Derechos Humanos.

En segundo lugar, el atractivo enfoque elegido prevé una triple perspectiva de tratamiento de la cuestión: de un lado, el análisis del marco iusfilosófico y argumental de referencia; de otro, el examen del sistema jurídico español; y, en último término, la descripción de experiencias en otras naciones cuyas tradiciones jurídicas sean representativas para alumbrar las soluciones jurídicas. En este sentido, la perspectiva de análisis que ofrece siempre el Derecho Comparado entraña un enriquecimiento exponencial del

debate, más aún cuando la selección de los sistemas jurídicos analizados en su respuesta jurídica a la eutanasia ha resultado tan variada y significativa. Así, en el desarrollo de la obra, se aborda la regulación de las situaciones de eutanasia y suicidio asistido, además de en España, en Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Suiza, Estados Unidos, Canadá, Colombia, Francia, Alemania, Italia, Uruguay y Australia.

Como prólogo de la obra, el profesor Javier De la Torre propone un recorrido por las *“Razones y Argumentos para pensar”* acerca de la eutanasia y el suicidio asistido. Se trata de una atinada reflexión iusfilosófica y bioética desde el prisma de los argumentos empleados para justificar cada opción legislativa.

Se desarrolla el clásico argumento de la *pendiente resbaladiza* para, a continuación, abordar otros de análogo interés, cuales son los consecuencialistas que afectan a colectivos concretos: el de las consecuencias sociales para las personas vulnerables y de las consecuencias profesionales para el sector médico. Pero, junto a estos, el profesor De la Torre aborda otros como son los que tienen fundamento en parámetros como la autonomía, la dignidad, la responsabilidad o la compasión, al tiempo que suscita una cuestión trascendental: el derecho a la vida es forzosamente preferente a un pretendido *derecho de disposición sobre la propia vida*.

Con propósito conclusivo, De la Torre afirma la necesidad de enmarcar la reflexión acerca de la eutanasia dentro de la vivencia cultural del morir inherente a cada sociedad y claramente cambiante. Complementariamente sostiene que la cuestión de la eutanasia no es, en modo alguno, un asunto privado, sino una *cuestión pública* de primer orden. De ahí que todo debate o propuesta jurídica no debería desconocer las nociones subyacentes de solidaridad y cuidado.

La profesora Marcos ofrece una concisa definición de eutanasia. Es *la acción de procurar la muerte por motivos de piedad a quien, sufriendo una enfermedad terminal, lo solicita para poner fin a sus sufrimientos*. Su claridad permite una adecuada identificación de los elementos constitutivos, subjetivos y objetivos. El Capítulo se completa con un gráfico del que se desprende, que salvo el acto propiamente eutanásico, otras acciones –tales como desconexión del respirador o no reanimación– quedan manifiestamente fuera de esta institución. Existen una serie de valores ético-jurídicos implicados, cuales son la vida y la dignidad humanas, la autonomía individual, el bien común y la igualdad en la relación médico-paciente.

Manifiesta una posición abiertamente crítica con la regulación de la Proposición de Ley Orgánica, enfatizando el grave riesgo que entrañaría la identificación como sujeto pasivo de la eutanasia a la persona que se encuentre en una situación “*discapacidad grave crónica*”, en la medida que supone la desvinculación de una situación de proximidad con la muerte, elemento básico del recurso a la eutanasia. Tal opción legislativa colisionaría frontalmente con el respeto a los derechos de las personas con capacidades diferentes, conforme a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la ONU en 2006, propiciando una situación indeseable de *pendiente resbaladiza*.

Asimismo, la configuración resultante de la Proposición residencia la responsabilidad activa del acto eutanásico en el profesional médico, lo que es abiertamente rechazado por la Organización Médica Colegial de España, además de soslayar el aspecto verdaderamente importante, que es la falta de recurso a los cuidados paliativos integrales y eficaces en España de aquellos pacientes en el proceso de muerte.

La experiencia del sistema jurídico holandés al respecto de la eutanasia resulta siempre de interés por su experiencia pionera en la despenalización, tanto de la eutanasia como del suicidio desde la década de los 70 del siglo XX. Fernando Pinto efectúa un recorrido pedagógico por el recorrido jurisprudencial que llevó a perfilar los requisitos exigidos para la práctica de la eutanasia. La plasmación legislativa de ese camino la encontramos en la denominada *Ley Korthals / Borst* aprobada en 2000, de Verificación de la terminación de la vida a petición propia y auxilio al suicidio. En ella se contempla una modificación del Código Penal –artículos 293 y 294– para introducir una *excusa absolutoria* que ampare los supuestos en que la eutanasia o el suicidio asistido se practicasen por un médico y conforme a ciertos requisitos de cuidado. De esta norma destacan, por un lado, el protagonismo del profesional médico en el control de los requisitos y en la ejecución material del acto de terminación de la vida o auxilio al suicidio, mientras que, por otro, es ciertamente polémico el amplio margen de actuación reconocido a los menores de entre 12 y 16 años. Diferentes aspectos de este sistema son objeto de severas críticas, entre las que descuellan el control a posteriori de los requisitos de cuidado, la discrecionalidad concedida al profesional médico o el supuesto de eutanasia neonatal. Como atinadamente observa Pinto, el sistema ha favorecido un tránsito, en claro ejemplo de pendiente resbaladiza, de la enfermedad terminal al “*cansancio de vivir*”.

Otro ejemplo de interés es el caso norteamericano. Federico de Montalvo nos advierte del influjo de la noción de *privacy* en la interpretación del derecho a la vida. El Estado de Oregón, a partir de la *Death with Dignity Act* aprobada en 1998, ha instaurado un modelo que se ha exportado a otros Estados, caracterizado por permitir exclusivamente la muerte autoadministrada –con expresa prohibición de la eutanasia– y porque es aplicable únicamente a supuestos de *terminalidad* –cuantificada en un pronóstico de vida de hasta 6 meses–, con exclusión de la cronicidad.

Como señala De Montalvo, la fuerte influencia de la doctrina alemana, en los órdenes constitucional y penal, recurrente en el sistema jurídico español invita a asomarse al tratamiento de la eutanasia en dicho país, donde la opción legislativa ha sido la no despenalización, en la reciente reforma del Código Penal operada en 2016 y pese al debate social existente en las últimas décadas. Por ello, resulta de enorme interés la postura adoptada por el Comité Nacional de Ética que rechaza expresamente la implantación de un modelo público eutanásico, esto es la consideración de la eutanasia como prestación pública y la creación de un sistema legal diseñado para propiciar actos eutanásicos repetidos en la esfera pública.

Dentro del mismo contexto europeo, Simone Penasa nos ilustra acerca de la evolución del sistema italiano en el marco de la protección de los derechos fundamentales de la persona al final de la vida. De su análisis se desprende la importancia de la labor jurisprudencial de delimitación progresiva de los supuestos y requisitos aplicables, para alcanzar en el estadio actual una situación en que al paciente se le ofrece un elenco de herramientas legislativas, desde el reconocimiento principal del consentimiento informado.

Finalmente, Javier De la Torre, nos ofrece una visión ciertamente sintética de dos casos singulares. En Uruguay, donde no existe una legislación eutanásica en sentido estricto, sí que se ha reformado el Código Penal para contemplar la oposición o rechazo a tratamientos médicos a partir de la premisa de la voluntad anticipada, al tiempo que se garantiza expresamente la objeción de conciencia del personal médico. Asimismo resulta paradigmático, en Australia, el modelo elegido por el Estado de Victoria. El Parlamento aprobó en 2017 –con entrada en vigor en junio de 2019– la Ley 61/17 de Muerte Asistida Voluntaria. En el artículo 9 se establecen los requisitos para acceder a la eutanasia, con la especificación de que la esperanza de vida no puede ser superior a 6 meses, salvo excepciones, y con expresa exclusión de los supuestos de enfermedad mental o discapacidad.

En suma, la obra *Y DE NUEVO LA EUTANASIA. Una mirada nacional e internacional* nos ofrece ciertamente una mirada global a una cuestión bioética siempre de actualidad, con un notable empeño pedagógico, en orden a desentrañar los problemas jurídicos subyacentes al *buen morir*. Factores como el progresivo envejecimiento de la población, más llamativo en las sociedades avanzadas, y la extensión y desarrollo en la mayoría de los sistemas jurídicos de estrategias de respeto a las voluntades anticipadas, hacen que las cuestiones tratadas en esta obra coral sean de enorme interés hoy e ineludibles en las décadas venideras, tanto para los profesionales del Derecho, de la Filosofía o la Medicina, como para cualquier ciudadano atento a la evolución de planteamientos respecto al *buen morir* y a los derechos de la persona en el proceso de muerte.

MANUEL RUIZ MARTÍNEZ-CAÑAVATE
UNED
e-mail: manolo1005rmc@gmail.com

Patrizia BORSELLINO,
Bioetica tra "morali" e diritto,
Raffaello Cortina Editore,
Nuova edizione aggiornata, 2018, Milano, 509 pp.

FERNANDO H. LLANO ALONSO
Universidad de Sevilla

Palabras clave: bioética, bioderecho, dignidad humana, derecho a la salud, consentimiento informado, ética médica, libertad del paciente
Keywords: bioethics, biolaw, human dignity, right to health, informed consent, medical ethics, patient's freedom

Hay un momento auroral en la historia de la bioética, que se sitúa a caballo entre la década de los '60 y de los '70 del siglo XX, en el que se produce una progresiva afirmación del principio de autonomía o autodeterminación de la persona que modulará e incluso actuará como contrapeso al principio de autoridad. En el ámbito de las ciencias biomédicas y de la sanidad, el reconocimiento de las diversas instancias de autonomía del paciente, más allá de su mera esfera de la privacidad, ha permitido redefinir en términos ético-jurídicos, la tradicional relación entre médico y paciente, abrir un proceso de humanización de la medicina, plantear la idea de "calidad de vida" y ampliar el campo de actuación de la medicina terapéutica más allá de la curación del enfermo, e incluyendo también los cuidados paliativos del enfermo incurable que le eviten el sufrimiento y el dolor en atención (y reconocimiento) a su dignidad humana.

El progresivo arraigo en la cultura jurídica contemporánea de la perspectiva liberal de la autonomía de la voluntad, el reconocimiento jurídico-político de la capacidad de autogobierno de los individuos, y la mayor consideración su derecho a participar (al menos indirectamente) en los procedimientos de producción normativa, ha facilitado considerablemente la sucesiva extensión y la generalización en los países occidentales de la idea

de autodeterminación de las personas como uno de los principios cardinales de las organizaciones políticas democráticas. Este cambio de paradigma ético-jurídico registrado en las sociedades abiertas contemporáneas ha tenido especial repercusión en el mundo de la medicina y de la biología. A diferencia del modo tradicional de afrontar los dilemas éticos-jurídicos y biosanitarios de los que se ocupaban como especialistas exclusivamente los médicos e investigadores científicos, sin tener en cuenta el parecer de los pacientes y sus familias, en la práctica médica y hospitalaria actual este tipo de cuestiones se abordan de forma más compleja e incluyente, es decir, integrando a todas las partes interesadas en participar en los procesos deliberativos y decisionales.

En relación con el entronque de la bioética con la Filosofía del Derecho entendida en su acepción más amplia, es decir, como una concepción iusfilosófica abierta al mundo de la experiencia jurídica que nos es ajena al carácter problemático de la sociedad contemporánea en la era de la revolución digital 4.0, se ha suscitado, tanto en Estados Unidos y Europa, en general, como en España e Italia, en particular, un estimulante debate doctrinal en torno a grandes cuestiones que superan los límites del universo tecnológico-científico por sus múltiples implicaciones ético-jurídicas: desde las prácticas de diagnóstico genética preimplantacional, la selección genética y la fecundación artificial, pasando por la controversia surgida en torno al aborto y la eutanasia, hasta el testamento biológico o la regulación de técnicas dirigidas a la extensión de la vida humana e incluso a la criogenización. Todas estas cuestiones, y otras muchas análogas, constituyen algunos de los ejemplos más representativos de la naturaleza de dilemática de dichos problemas ético-jurídicos planteados tanto a los científicos como a los juristas, politólogos y filósofos de nuestro tiempo.

Nueve años después de publicar la primera edición de *Bioetica tra morali e diritto* (2009), Patrizia Borsellino, una de las principales especialistas en bioderecho y bioética a nivel europeo, que además ha sido pionera en la aplicación del enfoque iusfilosófico en el estudio de las cuestiones ético-jurídicas suscitadas en el ámbito de la biomedicina, se ha decidido a ofrecernos esta segunda edición de su libro, una obra monográfica de referencia en materia de derecho a la salud y autonomía del paciente, a fin de ofrecer al lector una vista panorámica lo más completa posible y actualizada de los modelos normativos reguladores de la práctica biomédica y biotecnológica, así como para sondear las posibles proyecciones que en el futuro desarrollo podría alcanzar el bioderecho en el ámbito nacional italiano, europeo e internacional.

El libro de la Profesora Borsellino se abre con dos capítulos generales sobre el carácter problemático de la bioética y su especial relación con el mundo del Derecho, en los que la autora invita al lector a adentrarse en el universo de la bioética desde un enfoque iusracionalista (*more kantiano*) y teórico-práctico a través del cual va, poco a poco, adentrándose en el estudio particular de las grandes dicotomías y cuestiones de naturaleza deontológica planteadas por el ejercicio práctico de la medicina y su efecto sobre los derechos y libertades, la dignidad y la autonomía de la voluntad de los pacientes. De especial interés resulta el capítulo tercero, en el que la autora aborda la relación médico-paciente en un contexto moral, legal y deontológico que parte del giro copernicano experimentado por la ética médica tradicional. Como es sabido, la relación médico-paciente basada en la aplicación de cuidados terapéuticos a los enfermos (los más débiles) por parte de los galenos (los más fuertes), es analizada y discutida por Sócrates y Trasímaco en el diálogo que tiene lugar en el primer libro de *La República* de Platón.

Para Trasímaco lo justo es lo que conviene al más fuerte, mientras que para su maestro, Sócrates, la justicia perfecta en una relación entre dos partes (como la del gobernante y sus gobernados, o como la que tiene el médico con su paciente) es la que se entiende como una práctica o arte virtuosa en beneficio de todos (no solo del más fuerte). Así pues, de acuerdo con el paradigma clásico que informa la buena práctica de la medicina, la curación de la enfermedad conviene tanto a quien la sufre (el paciente), como a quien la combate (el médico). Sin embargo, advierte la Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Milán-Bicocca, en los últimos tiempos se ha producido una auténtica “revolución terapéutica” en el fondo de la ética médica tradicional que ha servido no solo para reafirmar las diversas instancias de autonomía de la voluntad en cuestiones tan delicadas como la responsabilidad médica, el rechazo de tratamiento médico o la tutela de los pacientes, sino también para humanizar aún más la el ejercicio de la medicina, dándole más visibilidad a los pacientes y reconociéndoles el derecho a estar informados y, en última instancia, a considerar su voluntad a la hora de aplicar una determinada cura o tratamiento médico (especialmente en casos en los que los pacientes están desahuciados y hay riesgo de sufrir distanasia o encarnizamiento terapéutico que solo sirve para prolongar innecesariamente su agonía).

De la relación asimétrica entre médico y paciente que se sostiene sobre un único pilar de apoyo, hemos pasado a una relación simétrica en la que

existen dos centros de valoración y de decisión: de un lado, el operador sanitario, que es la persona competente para identificar las estrategias terapéuticas ante una particular situación clínica; de otro lado, el segundo centro se encuentra representado por el propio enfermo al que se le reconoce la dignidad como sujeto capaz de autodeterminarse y, por ende, el derecho de decidir sobre las intervenciones y tratamientos terapéuticos que el médico le propone aplicarle. A propósito de la tutela jurídica de la intimidad y la garantía del derecho a la participación de los pacientes y del respeto al consentimiento informado de éstos, resulta de especial interés el análisis que hace la autora del libro del complejo marco normativo por el que se regula la tutela de la intimidad del paciente, tanto en Italia (Ley 675/1996) como a nivel de la Unión Europea, con el Reglamento 679/2016. En consonancia con la autonomía de la voluntad del paciente y el reconocimiento de su libertad en el ámbito sanitario, Patrizia Borsellino dedica el capítulo quinto del libro a estudiar a fondo las directivas médicas anticipadas, mediante las que la persona puede anticipar, en pleno uso de sus facultades, directivas a los médicos y conferir mandatos *ad cautelam*, en previsión de futuras enfermedades que el individuo vea mermadas sus facultades o capacidades físicas y volitivas.

Como pone de manifiesto Borsellino, las directivas anticipadas no solamente plantean un conflicto ético entre quienes defienden a ultranza el respeto a la vida y su mantenimiento hasta el final a toda costa (posición adoptada por la Iglesia Católica), y los partidarios de una ética laica en la que se dé mayor importancia a la idea de calidad de vida digna, sino que abren también el debate teórico-jurídico en relación con el reconocimiento de la capacidad jurídica del sujeto diferida en el tiempo y proyectada a una probable situación de incapacidad futura. En este sentido, las directivas médicas anticipadas irán cobrando cada vez una mayor importancia en aquellas sociedades modernas donde se constata un creciente envejecimiento de la población, un aumento de las enfermedades diagnosticadas como degenerativas incluso en individuos jóvenes y la aparición de nuevos factores de riesgo característicos del acelerado ritmo de vida nuestro tiempo (estrés, dieta no saludable, adicciones, etc...). Una de las principales virtudes de este estudio del *status quaestionis* sobre las decisiones anticipadas es que no se circunscribe en el libro tan solo al ámbito normativo italiano, sino al Derecho comparado de otros países de la UE y al marco del Derecho Internacional, ni tampoco se hace una explicación sesgada de las mismas, sino que se exponen objetivamente por parte de la autora tanto los argumentos favorables como

los que están en contra, sin hurtarle al lector la información y los datos necesarios para que pueda extraer su propia lectura y tomar partido por una u otra posición.

En los dos capítulos centrales del libro, el sexto y séptimo respectivamente, Patrizia Borsellino se ocupa de otro de los grandes principios que justifican el sentido de la bioética en el ámbito de la medicina forense: la dignidad humana, y cuya invocación resulta especialmente pertinente invocar tanto en los casos de mutilación genital femenina (donde el ejercicio de la medicina se topa de lleno con el desafío del multiculturalismo), como en el campo de la experimentación e investigación clínica en seres humanos. En relación con la práctica de la ablación del clítoris, la catedrática de la Universidad de Milán-Bicocca sostiene que por muy importante que sea en una sociedad moderna la garantía de la libertad religiosa y el reconocimiento de la diversidad cultural de las convicciones morales, en realidad, *de facto* y *de iure* se puede cuestionar la legitimidad de todas estas prácticas justificadas desde el multiculturalismo radical, pero incompatibles con el respeto de la libertad, la autonomía de la voluntad y la dignidad del individuo. En este punto Patrizia Borsellino coincide con Will Kymlicka al señalar que el reconocimiento de los usos y costumbres de las culturas minoritarias debe observar previamente un requisito o precondition: el respeto de la dignidad y de la libre voluntad del individuo que forma parte de esa pequeña comunidad cultural, pero que también es ciudadano de una sociedad cuyos derechos y libertades son garantizados constitucionalmente por el Estado de Derecho. Sin embargo, hecha esta crítica al multiculturalismo extremo o radical en materia de sanidad, Borsellino se muestra también contraria a cualquier perspectiva ética unilateral que aspire a ser dominante en una sociedad abierta y plural, de ahí su advertencia ante el fenómeno que denomina como “el fantasma del eurocentrismo” (que reprueba la ética de la ablación del clítoris, a la vez que tolera otras prácticas que, salvo que se realicen por motivos terapéuticos, podrían considerarse perfectamente como un tipo de mutilación masculina, por ejemplo, la práctica de la circuncisión).

Por cuanto respecta a la experimentación científica en seres humanos, el debate en torno a la justificación ética y su regulación jurídica se remonta al Código de ética médica de Núremberg de 1949, en el que se recogen una serie de principios rectores de la experimentación con seres humanos y que fue aprobado a partir de las deliberaciones de los juicios de Núremberg (agosto 1945-octubre 1946), en la que fueron juzgados, además de la cúpula

militar y política del nazismo, destacados científicos y médicos afectos al nazismo como el doctor Josef Mengele. El citado código constituye en realidad un decálogo de requisitos de cuyo cumplimiento depende la legitimidad de la investigación médica: 1.- Se tiene que recabar el consentimiento voluntario del sujeto humano sometido a experimentación; 2.- el experimento debe realizarse en aras del provecho y para el beneficio de la sociedad; 3.- todo experimento en seres humanos debe estar precedido y justificado por los resultados de otros experimentos previos practicados sobre animales y en el conocimiento de la historia natural y la etiología de la enfermedad que se quiere eliminar; 4.- la experimentación en seres humanos debe practicarse evitando todo sufrimiento o daño físico y mental que sea innecesario; 5.- no debe realizarse ningún experimento cuando exista una razón *a priori* que haga suponer que de su práctica puede resultar la muerte o un daño que conlleve la incapacitación del sujeto humano sometido a experimentación; 6.- el grado de riesgo asumido nunca debe exceder el grado de importancia humanitaria del problema que se desea resolver mediante el experimento; 7.- deben procurarse todas las cautelas preparatorias y garantías necesarias para proteger al sujeto de experimentación de cualquier posibilidad de muerte, daño o incapacitación, por remota que esta sea; 8.- el experimento debe realizarse estrictamente por personas científicamente cualificadas; 9.- el sujeto sometido a experimentación podrá interrumpir el experimento cuando lo desee, en cualquier momento; 10.- el responsable del experimento científico debe estar preparado para interrumpirlo en cualquier fase del mismo cuando, en el ejercicio de la buena fe, sospeche que la continuación del experimento puede acarrear la muerte, el daño o la incapacitación del sujeto.

Así como el Código de Núremberg confiaba el respeto del decálogo de buenas prácticas en la experimentación científica con seres humanos a la ética médica y la corrección deontológica de los responsables del experimento, la Declaración de Helsinki, adoptada en 1964 por la XVIII Asamblea General de la Asociación Médica Mundial (WMA) introduciría por primera vez el principio de oportunidad de una garantía externa añadida proporcionada por un comité independiente, al que le corresponde la competencia de examinar el protocolo de estudio y aportar eventualmente comentarios y sugerencias al experimentador.

En la actualidad, Borsellino distingue al menos dos modalidades de experimentación: la que implica a personas enfermas (terapéuticas) y la que se lleva a cabo con voluntarios que gozan de buena salud (no terapéutica);

pero, además de estos dos modelos de experimentación, la regulación de las pruebas científicas realizadas en seres humanos debe tener en cuenta también otras condiciones, como la edad (el Reglamento de la UE 536/2014 contempla la participación de los menores en la experimentación clínica), la madurez no solo física, sino mental de los sujetos que se someten a dichas pruebas, el libre consentimiento de los mismos (sin que haya factores o circunstancias externas que minen su capacidad de comprensión o limiten la autonomía de su voluntad, me refiero a situaciones de violencia, dependencia o vulnerabilidad que obligue a los individuos a aceptar someterse a la experimentación científica). Estas indicaciones fueron claramente formuladas en 1992 por el Comité Nacional para la Bioética de Italia en estos cuatro requisitos: 1.- Calidad de la comunicación y de la información; 2.- comprensión de la información; 3.- libertad decisional del paciente; 4.- capacidad de decisión del paciente.

Borsellino también estudia otras proyecciones actuales de la experimentación clínica en el ámbito farmacológico y también en el del embrión humano, en particular en la investigación sobre células madre, cuya práctica se regula y delimita jurídicamente en el Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina, impulsado por el Consejo de Europa y suscrito en la capital asturiana en abril de 1997.

A la relación entre la bioética y la fecundación asistida, la interrupción voluntaria del embarazo, la investigación genética y el Derecho se dedican los capítulos octavo y noveno del libro. En lo que se refiere a los temas de la fecundación asistida y el aborto, Borsellino se detiene en el estudio del problemático marco legislativo italiano, en especial el conformado por la Ley 194/1978, sobre la interrupción voluntaria del embarazo, y la Ley 40/2004 sobre reproducción asistida. La Ley 40/2004 no se refiere expresamente al Diagnóstico Genético Preimplantacional (prueba que consiste en el diagnóstico de alteraciones genéticas y cromáticas en los embriones, antes de su implantación, para lograr que los niños nazcan libres de enfermedades hereditarias), pero prohíbe en términos generales la experimentación sobre cualquier embrión humano (art. 13.3 a). Tan solo autoriza la investigación clínica y experimental con la condición de que se lleven a cabo con una finalidad terapéutica y diagnóstica en aras de la salud y el desarrollo del embrión humano (13.2). Lo más llamativo de esta ley es que, en su art. 13.3 b, alude al DGP cuando prohíbe la aplicación de cualquier técnica de medicina genética. En dicho párrafo el legislador presume la finalidad eugenésica que persigue

la selección, manipulación o cualquier otro procedimiento artificial dirigidos tanto a alterar el patrimonio genético del embrión o del gameto, como a pre-determinar sus características genéticas de manera artificial.

En cualquier caso, advierte Borsellino, la Ley 40/2004 es una ley controvertida que actualmente se encuentra *sub iudice*; en efecto, el 1 de abril de 2009, el Tribunal Constitucional Italiano declaró parcialmente ilegítimos algunos artículos de dicha Ley en los que se limita la producción de embriones; también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a Italia, en agosto de 2012, por impedir con esta Ley que una pareja fértil portadora de una enfermedad genética el acceso al Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP); finalmente, en dos sentencias del Tribunal de Cagliari (2007 y 2012, respectivamente) autoriza la práctica del DGP en el ámbito de la sanidad pública.

En el Capítulo 9 del libro se abordan algunas de las cuestiones más candentes del debate actual en torno a la medicina genética y sus límites ético-jurídicos: el uso de test genéticos, la edición genética (*gene editing*), la utilización de la información genética para fines comerciales o espurios que no redundan en beneficio de la ciencia, la prohibición de la clonación de seres humanos (cuya investigación y desarrollo son contrarios al Convenio de Oviedo). Según se desprende de la tesis defendida por Patrizia Borsellino, con la que coincido sustancialmente, la investigación genética supone una mejora de las perspectivas de vida sana de una persona en cuyo ADN hay un componente genético que les hace susceptibles de desarrollar enfermedades incurables y transmitírsele a sus descendientes. A este respecto el ensayo clínico realizado sobre embriones humanos con fines terapéuticos plantea un evidente dilema ético en el que, de un lado, se trata de proteger la integridad del futuro feto, la vida del embrión incipiente y todo lo que en términos morales conlleva el concepto de dignidad humana, y de otro lado, se intenta garantizar el derecho de los padres a seleccionar genéticamente la composición genética de sus hijos para hacerlos más sanos. Adoptar uno u otro paradigma ético dependerá del concepto que tengamos de la inviolabilidad de la vida humana y de la indisponibilidad orgánica de la persona.

En puridad, no existe en la sociedad contemporánea un *ethos* que permita una interpretación unánime, y esto deja abierto el debate ético condicionado a la decisión que tomen con posterioridad los juristas y los políticos atendiendo al grado de consenso público y las necesidades que plantee la sociedad en un determinado momento. En todo caso, relativizar el sentido

finalista de la dignidad humana como valor supremo puede abrir peligrosamente puertas a nuevas dimensiones éticas (que hoy serían consideradas anti-éticas) en las que se subvierta e instrumentalice el carácter sagrado de la persona como ser moral. A fin de cuentas, como advirtiera John Rawls, la base de la autoestima y la dignidad, en una sociedad justa, no puede ser la parte de los beneficios que correspondan a cada individuo, sino la distribución igualitaria y públicamente confirmada de los derechos y libertades de sus ciudadanos.

Los tres últimos capítulos del libro se ocupan de la fase terminal del ciclo de la vida: la regulación y la compleja casuística relativa al tratamiento del estado vegetativo; el dilema ético-jurídico surgido en torno a la legalización de la eutanasia; y el concepto de vida digna y los tratamientos paliativos aplicados en pacientes desahuciados. Estos tres temas están hilvanados por una idea de fondo que es común a todos ellos: el sentido de la dignidad humana en el tramo final de la vida de las personas. Para Borsellino, la dignidad humana no puede reducirse a un mero artificio retórico para ser utilizado en el debate entablado entre los defensores de posiciones éticas absolutas y/o confesionales y los partidarios de una ética liberal y laica. Más allá del debate entorno a los límites de la intangibilidad e indisponibilidad de la vida humana y de la sacralización de este concepto como término opuesto al concepto de “muerte digna”, la autora del libro objeto del presente comentario propone una redefinición de la idea de “dignidad al final de la vida” que implica estas tres condiciones para el uso apropiado del término: en primer lugar, impedir que el desahucio del enfermo incurable degenera en una situación inhumana de abandono médico (se trata de que los enfermos en estado terminal puedan acceder a tratamientos paliativos que les evite una muerte dolorosa); en segundo lugar, impedir que los cuidados terapéuticos aplicados a los enfermos terminales acaben convirtiéndose en un tratamiento terapéutico cruento e insufrible para ellos; finalmente, en tercer lugar, de acuerdo con la Recomendación n° 1418 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre Protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos de 1999, la consideración al paciente moribundo del derecho a ser considerado persona hasta el final de su vida, un sujeto consciente de sí mismo con capacidad de expresar su voluntad y de elegir entre las opciones que le quedan (lamentablemente hay ocasiones en las que a las personas que se encuentran en el tramo final de su vida se les cosifica privándoles de su status de personas, e incluso se compromete su dignidad

humana por el simple hecho de no ser ya útiles para la sociedad, llegándose a veces a declararles civilmente fallecidas, antes incluso de que se produzca su muerte natural).

En este nuevo escenario médico y bioético, en el que se reconoce la centralidad del enfermo terminal y su derecho a disfrutar hasta el final de su existencia de una calidad de vida aceptable en términos de dignidad humana, resulta fundamental la idea de integración del paciente en el tratamiento paliativo que recibirá hasta el momento postrero de su vida. En este sentido, Borsellino hace el siguiente pronóstico en la premisa de la segunda edición de *Bioetica tra "moralì" e diritto* (2018), en los próximos años, "la bioética continuará representando probablemente el contexto en el que se pueden buscar y encontrar los criterios de elección y de acción para responder a una amplia gama de cuestiones difusamente percibidas como urgentes e ineludibles por su decisivo impacto en la vida de todos los individuos y en la compleja configuración de la sociedad".

FERNANDO H. LLANO ALONSO
Universidad de Sevilla
e-mail: llano@us.es

Hugo SELEME, Guillermo LARIGUET, Oscar PÉREZ de la FUENTE,
René GONZÁLEZ de la VEGA (dirs.),
Democracia. Perspectivas políticas e institucionales,
B d F, Buenos Aires, 2019, 244 pp.

JESÚS MORA
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: democracia, participación, derechos humanos, historia de la democracia, republicanism, crisis de la democracia.
Keywords: democracy, participation, human rights, history of democracy, republicanism, crisis of democracy.

La democracia ha sido históricamente uno de los temas predilectos para la filosofía política. Desde Aristóteles hasta la actualidad no han cesado de aparecer propuestas filosóficas en torno a la naturaleza de la democracia, las razones morales que la justifican, los elementos con los que coexiste y los desafíos a los que se enfrenta. En los dos volúmenes anteriores de esta serie, las carencias de la democracia tuvieron mucho protagonismo, ya fuera en relación con los derechos sociales y la igualdad distributiva o con las formas de participación y deliberación que van más allá de la celebración periódica de procesos electorales. “Democracia. Perspectivas políticas e institucionales” desplaza el foco hacia las relaciones de la democracia –definida en la presentación de la obra como “el gobierno de la mayoría con el respeto de los derechos de las minorías”– con diversos aspectos de las sociedades y los Estados en este tiempo histórico. Entre ellos, podemos mencionar la ciberdemocracia, la multiculturalidad o las tendencias autoritarias que han emergido en Occidente en los últimos años. Pero la obra también aborda cuestiones fundamentales en torno a la democracia desde una perspectiva más independiente del contexto actual, como sus relaciones con la libertad de expresión, el derecho, la religión o el Estado y las instituciones internacionales. Analizar estas últimas es, asimismo, una tarea fundamental porque afectan,

ya sea directa o indirectamente, a desafíos habituales para la democracia en todo tiempo histórico.

En el primer capítulo de la obra, titulado “¿Cuál es la relación entre libertad de expresión y democracia?”, Ricardo Cueva Fernández analiza una de esas cuestiones históricamente fundamentales para la democracia. A partir de la evolución de la libertad de expresión a lo largo del tiempo y de la propuesta para su categorización de David Held, el capítulo la sitúa en una relación ambigua con la democracia. El recorrido histórico de la libertad de expresión refleja una evolución desde sus orígenes en la Grecia Clásica –y el importante impulso que recibió en Europa a partir de la invención de la imprenta– hasta las propuestas académicas más recientes. Si en un primer momento la libertad de expresión emerge conectada a la libertad de conciencia, con Milton y su *Areopagítica*, en una fase posterior pasa a relacionarse con la participación en los asuntos públicos, de la mano de Mill, hasta llegar a los modelos deliberativos de autores como Mannin, Fishkin, Cohen y Elster.

La posición del autor sobre las relaciones entre democracia y libertad de expresión aparece con más claridad, sin embargo, en su aproximación a las ideas de Ronald Dworkin y John Rawls. El aspecto que más destaca Cueva de la visión de Dworkin es que, para este último, la necesidad de tratar a todas las personas con igual consideración y respeto afecta a los límites que pueden imponer las autoridades a la libertad de expresión. Según Dworkin, el derecho a la independencia moral de los ciudadanos impide a las instituciones del Estado fijar límites a la libertad de expresión, pues estas deben permanecer neutrales respecto a las diferentes concepciones del bien presentes en la sociedad. Por tanto, para Dworkin, la neutralidad de las instituciones del Estado es consecuencia del deber de tratar a las personas con igual consideración y respeto, según el cual no cabe establecer jerarquías de concepciones del bien en función de si se consideran nobles o innobles, acertadas o erróneas.

Por el contrario, Cueva –que incluye en el capítulo algunas reflexiones interesantes a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español– opina que la visión de Dworkin es incompleta. Desde el punto de vista del autor del capítulo, la libertad de expresión no puede aislarse nunca de las condiciones para su ejercicio. En especial, Cueva advierte sobre cómo en determinadas situaciones la falta de límites a la libertad de expresión puede afectar al derecho a la participación política de las minorías. Ese es, sin lugar a duda, el elemento de juicio clave que introduce el capítulo en su análisis

de las relaciones entre libertad de expresión y democracia. Más en línea con Rawls que con Dworkin, el autor del capítulo vincula la importancia de la libertad de expresión al derecho de los ciudadanos a participar en la configuración de las leyes. Por ello, aunque la relevancia de la libertad de expresión para la democracia debería ponernos en alerta ante cualquier proyecto que pretenda limitarla, el derecho de las minorías a participar en el debate público en condiciones de igualdad también nos obliga a mantenerla dentro de unos márgenes en los que los miembros de ningún colectivo se vean avasallados por el grupo dominante y, de alguna manera, coartados en su derecho a participar en las discusiones políticas.

En el segundo capítulo, “Derecho y democracia: juntos, pero no revueltos”, Luis Lloredo Alix rebate la idea de que derecho y democracia mantengan una relación armoniosa, como se asume de forma habitual. Más bien al contrario, el autor sostiene que ambos conceptos son representantes de dos tradiciones de pensamiento antagónicas. Esas tradiciones de pensamiento tienen su origen en Grecia y Roma, identificadas por el autor como representativas de la democracia y el derecho, respectivamente. Si bien las civilizaciones griega y romana suelen entenderse como parte de un todo unitario que configura la columna vertebral de la identidad cultural de Occidente, lo cierto es que de cada una de ellas emana una concepción diferenciada de las normas.

Lloredo comienza por acotar el concepto de “derecho” al que se refiere el capítulo. Este es el que el autor denomina “derecho occidental”, que abarca una idea más amplia que la de un conjunto de normas que organizan la vida en comunidad. En esa visión occidental del derecho, además de normas organizadas de determinada manera, este constituye a la vez una ciencia o disciplina, un espacio profesional diferenciado y una práctica social compleja entretejida por relaciones de poder. En definitiva, es una esfera que aspira a separarse de otras que le son próximas, como la política o la filosofía, para ser gestionada exclusivamente por profesionales. Esta visión del derecho está en consonancia con la tradición del *ius* romano que, al contrario que el *nomos* helénico, separa al derecho de su origen en el poder político. En ese apartado, Lloredo critica algunas aproximaciones al derecho como la de Alexy, que asignan un carácter especial al ordenamiento jurídico y a las reglas y principios que lo integran, hasta el punto de entenderlo como una suerte de procedimiento matemático que solo las personas especialistas pueden desentrañar mediante fórmulas fijas.

La separación entre derecho y poder político es problemática para Lloredo porque permite que se codifique el derecho como un cuerpo solo accesible para las personas expertas y que se sitúe en un lugar jerárquicamente superior a la voluntad popular. Esta reflexión afecta también a los derechos fundamentales y a las visiones de autores como Garzón Valdés y Ferrajoli que los definen como un “coto vedado” o una “esfera de lo indecidible”. Si bien Lloredo no ataca en ningún caso el contenido de los derechos fundamentales ni su protección como garantías mínimas para todo ciudadano frente a los abusos de poderes oligárquicos, sí se opone a su consagración en las constituciones en tanto que cúspides del ordenamiento jurídico manejadas por profesionales mediante criterios técnicos. Los derechos fundamentales son, en definitiva, un elemento más de la tensión entre derecho y democracia que es constitutiva de la civilización occidental. El autor afirma que es necesario resaltar y asumir que existe esa tensión para que dejen de enmascararse los conflictos que pueden surgir entre ambos conceptos. En su lugar, el capítulo llama a reconocer que esa tensión está en la base de nuestro sistema político, para evitar que la esfera del derecho fagocite definitivamente a la de la democracia sin que esta aparezca como lesionada.

El tercer capítulo del libro presenta una propuesta para las relaciones entre democracia y religión. Con el título “Razón y religión en el pensamiento postmetafísico de Jürgen Habermas”, Dorando J. Michelini parte de un análisis de la religión, el secularismo y la razón pública basado en los últimos trabajos del filósofo alemán. Una parte importante de ese análisis gira en torno a la capacidad de las religiones para realizar aportaciones interesantes en el debate público, una capacidad que ha sido ignorada por la concepción tradicional de la secularización, que confina a las religiones a la esfera privada. Sin embargo, Habermas entiende que la reciente recuperación del protagonismo de las religiones en las sociedades occidentales hace necesario reevaluar su papel en el debate público. Michelini explica que Habermas atribuye a las religiones una fortaleza motivacional que no encuentra correspondencia en los valores seculares. Esa fortaleza motivacional deriva en parte del hecho de que valores como la solidaridad, la búsqueda del bien común y la cooperación están ligados a actitudes típicamente religiosas. De hecho, para Habermas, valores fundamentales como la libertad y la igualdad derivan de ideas religiosas como la ética judía de la justicia o la ética cristiana del amor. Las críticas seculares a las religiones como instrumentos dogmáticos de dominación son incapaces, desde esta perspectiva, de ofrecer sustitutos

convincentes de esos valores al margen de las religiones, lo cual deja para Habermas un importante vacío.

Esta reivindicación de las religiones que ofrece Habermas lleva a Michelini a poner el foco sobre un modelo de sociedad, propuesto también por el filósofo alemán, denominado “postsecular”. La base de esa sociedad son los esfuerzos de creyentes y no creyentes para el entendimiento mutuo. Estos implican el rechazo del dogmatismo religioso y la voluntad de traducción de los valores religiosos al lenguaje de la razón pública, por parte de los primeros, y el desarrollo de una actitud de comprensión, por parte de los segundos, que vaya más allá de la tolerancia pasiva de los creyentes. Estas actitudes entroncan con el pensamiento postmetafísico de Habermas, que se basa en una disposición activa a aprender de las tradiciones religiosas para promover valores que difícilmente pueden garantizarse en Estados que, como en el modelo liberal, no reivindiquen más que una cierta neutralidad axiológica. Tanto en la propuesta de Habermas como en el análisis que hace Michelini de ella, la filosofía asume un papel fundamental, vinculado al diálogo y la argumentación y, por tanto, que va más allá de la mera rememoración anamnética que aspira al simple recuerdo de los olvidados en el pasado.

De la razón pública y los métodos para la deliberación pasamos a la cuestión de los espacios participativos y, en concreto, a los problemas que presenta Internet como el más novedoso de esos espacios en “Ciudadanía digital y ciudadanía tradicional: más allá de la utopía del ágora electrónica”, de Lucas E. Misseri. El capítulo puede entenderse como un esfuerzo por hacer frente a las diversas paradojas que presenta la participación en Internet y las dificultades que estas plantean para que la red pueda articularse como un mecanismo exitoso para la toma de decisiones sobre los asuntos públicos, tal y como vaticinaban algunas propuestas que Misseri analiza de forma crítica. Una primera paradoja se da por la configuración de Internet como un espacio de mayor libertad para la aparición de contenidos informativos y de opinión pero, a la vez, controlado de forma autoritaria por los gobiernos estatales y algunos organismos privados. Señala Misseri, además, que aunque en Internet las ideas navegan de una forma que desafía las fronteras estatales tradicionales, esas ideas no pueden desconectarse del sustrato material (la provisión de electricidad o las fábricas de dispositivos electrónicos) que hace posible que fluyan a nivel global. Una segunda paradoja aparece vinculada a la idea de ciudadanía digital y a la forma en la que algunos autores entienden que Internet modifica los criterios habituales para el acceso a la

condición de ciudadano. A pesar de que, como señala Doueihi, en Internet el acceso a la ciudadanía no está sometido a requisitos relacionados con el nacimiento, este sí está restringido por problemas como la brecha digital y el analfabetismo digital. Una tercera paradoja surge de la mano del supuesto impulso que da Internet a los mecanismos de democracia directa. A partir de ellos, Internet aparece como un espacio participativo en el que las voces de los usuarios tienen un peso importante. Sin embargo, Misseri apunta al ejemplo de las encuestas online como una herramienta que anula la deliberación y es propensa a manipular las opiniones definiendo de forma dirigista las respuestas de los participantes.

En general, Misseri propone que la defensa de las potencialidades de Internet no oscurezca los sesgos que presenta como espacio de participación. El autor se aparta de las posiciones extremas de tecnófilos y tecnófobos en las que Internet se identifica a partir de la metáfora del *ágora* electrónica, por un lado, y a partir del *panóptico* global que puede surgir de la *cibervigilancia*, por el otro. Las potencialidades de Internet solo podrán aprovecharse de manera virtuosa garantizando los derechos de los usuarios, una tarea que el autor reconoce compleja, pues implica establecer límites en un espacio que por definición es ilimitado. Para llevarla a cabo, Misseri apunta a una ciudadanía digital construida a partir de la educación en los derechos de los ciudadanos en Internet, así como en la creación y modificación de herramientas digitales a través de la programación.

En el quinto capítulo, “Atributo, acción y democracia en la filosofía política aristotélica”, Miguel Ángel Rossi analiza diferentes elementos para construir las identidades y comunidades políticas, tomando como base algunas reflexiones de Aristóteles sobre la ciudadanía en la *polis*. Uno de los puntos clave de la filosofía aristotélica (y también de la de Arndt, como recuerda Rossi) en relación con la identidad es entender que esta se configura a partir de lo que las personas hacen (acción) y no a partir de diferencias en cuanto a lo que son (atributo). Esta idea tiene una importante implicación para la noción aristotélica de ciudadanía pues, desde esta perspectiva, la soberanía –entendida aquí como la capacidad para participar en las decisiones colectivas– no debería depender de atributos concretos como la riqueza o el mérito. En su lugar, Aristóteles vincula la ciudadanía a la acción y, en concreto, a la acción colectiva que tiene lugar mediante la participación en los asuntos públicos.

El análisis que hace Rossi de la noción aristotélica de soberanía incluye la denuncia de una contradicción fundamental. Mientras que para el filósofo

griego la identidad en la esfera política está conectada a la acción, en la esfera doméstica la reviste de un cariz esencialista. En particular, Aristóteles justifica que la esfera doméstica esté subordinada a la política por razones vinculadas a la naturaleza de la mujer y el esclavo. Por ello, Rossi sostiene que, pese a mantener una visión no esencialista de la identidad en el plano político, Aristóteles no escapa al problema inclusión-exclusión en su visión de la esfera doméstica frente a la política. En cualquier caso, la discusión de las ideas de Aristóteles permite a Rossi cuestionar la propia base de las visiones esencialistas de la identidad. Para el autor, dado que los atributos del sujeto son el resultado de las acciones del pasado, la distinción entre acción y atributo es en parte artificial y toda identidad aparentemente primaria es, en realidad, identidad mediada de una u otra forma.

Los argumentos de Rossi acerca de la identidad a partir de Aristóteles pueden resultar muy útiles para analizar cuestiones relacionadas con la ciudadanía y la participación política en las sociedades multiculturales actuales. Este es justamente el tema del sexto capítulo del libro, que firma Ramón Ruiz Ruiz con el título “La democracia inclusiva como propuesta republicana de gestión de la multiculturalidad”. Ruiz recurre al republicanismo para romper con la tradicional división entre liberalismo y multiculturalismo presente en la mayor parte de los análisis de la multiculturalidad desde la filosofía política. El esencialismo y la identidad en torno a la participación democrática aparecen de nuevo, al igual que en el quinto capítulo, en las reflexiones de Ruiz. Desde una perspectiva crítica, el autor señala que la mayoría de los teóricos políticos han imaginado, a lo largo de la historia, un ideal de comunidad integrada solo por sujetos homogéneos en cuanto a sus antepasados, lenguaje y cultura. Frente a esos proyectos que hacen de la homogeneidad identitaria un elemento necesario para construir una comunidad política, Ruiz defiende una visión republicana situada en el marco del patriotismo constitucional, que construye vínculos entre los ciudadanos en términos legales, morales y políticos y, en especial, a partir de las normas comunes. Según esa visión, la condición de ciudadano no depende de que se cumplan ciertos parámetros identitarios, sino de elementos de hecho, como la residencia, que determinan la sujeción a un sistema normativo particular.

Ruiz se refiere a algunas condiciones necesarias para que el republicanismo pueda ayudar a gestionar eficazmente la multiculturalidad. En este punto, cobra importancia la capacidad que el republicanismo atribuye a la participación política para crear vínculos entre los ciudadanos. Por ello, en

las sociedades multiculturales es imprescindible hacer la participación accesible para todos los grupos, con especial atención a las minorías que, en muchas ocasiones, hacen frente a mayores dificultades que el resto para que su voz tenga presencia en los procesos públicos de toma de decisiones. La asistencia a las minorías, matiza Ruiz, no puede en ningún caso implicar la “protección administrativa de las especies”, basada en la adopción de medidas para preservar determinadas tradiciones vinculadas con la identidad original de los distintos grupos. Por el contrario, el autor defiende una serie de medidas para garantizar que la voz de los grupos aparece en los debates públicos, sobre todo cuando estos afectan a cuestiones cruciales para ellos. Aunque Ruiz prefiere una gestión republicana de la diversidad cultural a una multiculturalista, se muestra preocupado por proteger los derechos de las minorías, si bien desde una perspectiva que no pretende hacer de los grupos espacios estancos e impermeables. Por ello, el capítulo se decanta por soluciones como la democracia contestataria de Pettit, que establece mecanismos de control a las mayorías para evitar que se aprueben leyes lesivas para los miembros de determinados grupos. Con su defensa del republicanismo Ruiz aporta, en definitiva, una perspectiva para garantizar la convivencia en sociedades multiculturales basada en la búsqueda del consenso a partir del reconocimiento mutuo y de la interdependencia que existe entre todos los seres humanos.

En el séptimo capítulo, “Democracia interestatal y orden internacional”, Hugo O. Seleme introduce en la obra la cuestión de las relaciones entre democracia y legitimidad y se pregunta por las diferencias entre el ámbito doméstico y el internacional que existen en torno a ella. El principal argumento de Seleme es que la democracia es un requisito para la legitimidad de las instituciones internacionales, pero no de los Estados que estén representados en ellas. A partir de esa idea, Seleme defiende una democracia de Estados democráticos y no democráticos a nivel internacional. Para justificar su posición, el autor parte de una definición de la coacción como el mecanismo intencional que hace más probable que un agente adopte un determinado comportamiento o curso de acción. Desde esta perspectiva, tanto el Estado como las instituciones internacionales coaccionan a los individuos, pero de manera diferente. Mientras que los primeros determinan su comportamiento a través de reglas, la forma principal de coacción de las segundas es la imposición de un sistema de Estados que, a su vez, son esquemas institucionales que coaccionan a sus ciudadanos. Por tanto, mientras que los sujetos prin-

cipales de la coacción del Estado son los individuos, los sujetos principales de la coacción de las instituciones internacionales son los propios Estados, pues estas solo coaccionan indirectamente a los individuos al obligarlos a vivir en un sistema de Estados. A la idea de la coacción añade Seleme una visión normativa particular de las personas, según la cual estas son agentes que aspiran a dirigir su vida a partir de sus propias consideraciones y a que esas consideraciones sean genuinas. Estas dos ideas definen la forma en la que Seleme entiende la cuestión de la legitimidad. Dada su visión particular de las personas, un esquema coactivo solo será legítimo para estas cuando puedan considerarse sus *autoras*. Seleme extrapola esta afirmación al caso de los Estados y las instituciones internacionales, de manera que para que estas últimas sean legítimas, los Estados deberán poder considerarse a sí mismos autores del orden internacional.

Con todos estos elementos presentes, el factor clave que sirve a Seleme para justificar una democracia interestatal de Estados democráticos y no democráticos es que la autoría individual a la que él se refiere no implica necesariamente la participación de los ciudadanos en la esfera pública en términos de igualdad. La idea de autoría en el diseño y la configuración de las instituciones estatales está muy vinculada, en el capítulo, a que las razones que justifican la adopción de las diferentes políticas públicas sean compartidas por todas las personas participantes. En ese sentido, los juicios sobre las razones que justifican una política en lugar de otra son, en todo caso, sensibles a la cultura de las personas involucradas. Desde esta perspectiva, Seleme entiende que la democracia solo será un requisito para la legitimidad de un Estado cuando esta sea parte de su cultura política. Además, afirma Seleme, las obligaciones de autoría y legitimidad pueden satisfacerse en sistemas no democráticos que prevean formas alternativas de representación y participación de los ciudadanos en la toma de decisiones. Dichas obligaciones tienen carácter suficientista, es decir, implican únicamente la necesidad de garantizar a los ciudadanos una representación suficiente, y no necesariamente igualitaria como requiere la democracia.

Esto último afecta, por supuesto, a las obligaciones de las instituciones internacionales hacia los individuos. Si bien Seleme sostiene que, al imponer sobre los individuos un sistema de Estados las instituciones internacionales deben considerarse “garantes de segundo orden” de su autoría a partir de la defensa de los derechos humanos, esto no implica que esas instituciones estén obligadas a garantizar la democracia en todos los Estados, pues esta no

es un elemento de la autoría individual dentro de los propios Estados en primer lugar. Las demandas de autoría individual y legitimidad en el interior de cada Estado contrastan, sin embargo, con las que existen a nivel internacional. Al contrario de lo que ocurre con los individuos en el nivel doméstico, la exigencia de que los Estados sean tratados como libres e iguales sí forma parte de la cultura política del orden internacional para Seleme. Por ello, al ejercer coacción sobre los Estados, la legitimidad de las instituciones internacionales depende del establecimiento de procedimientos democráticos a nivel global. En último término, en la propuesta de Seleme las diferencias entre la cultura política de algunos Estados y la de la comunidad internacional son un factor determinante para definir los elementos que legitiman la coacción que ejercen los Estados hacia los individuos, por un lado, y las instituciones internacionales hacia los Estados, por el otro.

El último capítulo de la obra se titula “Un presente sin horizonte: la democracia en los tiempos de la emergencia”. En él, Pedro Salazar sitúa a la democracia en el centro de una encrucijada entre progreso y regresión que está presente en la mayoría de las sociedades occidentales actuales. Occidente vive, desde el punto de vista del autor, un momento de crisis cuya característica principal es un mayor protagonismo del individualismo en detrimento de lo colectivo, como consecuencia de factores como el aumento de las presiones migratorias, el desprecio hacia los pueblos originarios y el crecimiento de las desigualdades materiales. Estos factores contribuyen, sin duda, a una mayor debilidad de las democracias. Pero si hay un elemento que resalta en el análisis de Salazar es el retroceso de las democracias frente a un estado permanente de excepción que ha traído consigo importantes restricciones de derechos y libertades, como consecuencia de la amenaza del terrorismo a nivel internacional. Salazar remarca la disrupción que esto ha supuesto en una trayectoria histórica que algunos filósofos, como Ferrajoli, anticipaban como de avance imparable en la consolidación y mejora de los derechos humanos y la democracia, tanto en Occidente como más allá de sus confines.

Como hilo conductor para analizar lo que supone en términos históricos ese estado permanente de excepción y el retroceso de la democracia, el autor presenta la perspectiva de María Zambrano sobre los grupos que aparecen de forma característica en las sociedades que atraviesan tiempos de crisis como los actuales. Siguiendo a la filósofa española, Salazar anuncia que en toda crisis existe una mayoría de personas que optan por la parálisis, pero que está acompañada por dos minorías: primero, la de quienes buscan

recuperar el pasado y promueven una regresión en los avances logrados y, segundo, la de quienes son capaces de encaminar los ánimos de la mayoría por “la senda de los grandes ideales”. En nuestro contexto, señala el autor, la cuestión de qué grupo acabará por definir la dirección que toman las democracias en su salida de la crisis actual dependerá, de manera crucial, de la capacidad que tenga la razón para imponerse al miedo y la incertidumbre.

El capítulo de Salazar dibuja un retrato del momento actual para las democracias en el que las tensiones entre progreso y regresión tendrán un peso muy importante. En este contexto histórico, no es aventurado vaticinar que el lugar hacia el que se resolverá esa tensión tendrá mucho que ver con la capacidad de las democracias para hacer frente a las cuestiones relacionadas con la libertad de expresión, el ordenamiento jurídico, las religiones, la identidad, la multiculturalidad, los desafíos que presenta la participación a través de Internet y la ausencia de democracia a nivel global. Todas estas son cuestiones que aparecen en los diferentes capítulos que componen la obra y eso la convierte en una herramienta muy útil para aproximarse a las sociedades democráticas de hoy.

JESÚS MORA
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: jesuspmora14@gmail.com

Massimo LA TORRE, Persio TINCANI (eds.),
La dimensione ideale del diritto. Discutendo con Robert Alexy,
Giappichelli, Torino 2018, 209 pp.

FRANCESCO BIONDO
Università degli Studi di Palermo

Palabras clave: Derecho natural, Teoría dual del Derecho
Keywords: natural Law, dual Theory of Law

El volumen contiene los trabajos presentados en ocasión del Congreso celebrado en la Universidad “Magna Graecia” de Catanzaro en diciembre de 2015 sobre *La dimensione ideale del diritto*, después de la traducción de un importante trabajo de Robert Alexy (“Qualche riflessione sulla *dimensione ideale del diritto* e sulla filosofia del diritto di John Finnis”, publicado originariamente en el *American Journal of Jurisprudence* en 2013).

Todos los textos tratan del pensamiento iusfilosófico del filósofo de Kiel, y en particular de la conexión necesaria entre Derecho y moral y de su teoría del Derecho “no-positivista”. Es una teoría que trata de superar, al hilo de Ronald Dworkin, la antigua dicotomía entre Derecho positivo y Derecho natural. Alexy, de hecho, toma de Dworkin a) una distinción fuerte entre reglas y principios, según la cual reglas y principios tienen una naturaleza distinta y se aplican de manera diferente, y b) la superación de las llamadas teorías “semánticas” del Derecho, que consideran el Derecho un objeto (ej. una norma) conocible por un observador distante (punto de vista externo) y no una práctica social a la que puede atribuirse un sentido a través de la participación en la propia práctica (punto de vista interno). Estas dos tesis, teóricas y metodológicas a la vez, llevan a los dos autores, que se consideran los modelos de las teorías “neoconstitucionalistas”, a poner en crisis la idea de la posibilidad de separación del Derecho y la moral.

Aquí, Alexy, como es sabido, ha insistido en presentar su propia propuesta teórica como un intento de señalar lo que es esencial en *toda experien-*

cia jurídica, y por ende no solo en la experiencia de los modernos Estados constitucionales. Todo Derecho, toda aplicación de una norma, tiene una doble dimensión: una dimensión factual, es decir, la experiencia de la autoridad que pretende ser obedecida y eficaz (y resolver los conflictos, incluso aquellos entre valores), y una dimensión ideal, constituida por la justificación moral de la pretensión de obediencia. Un ordenamiento jurídico que se presente solo como una autoridad arbitraria, sin justificación moral, acaba convirtiéndose en una contradicción performativa, que Alexy presenta en la forma de un artículo de la Constitución que afirme que “el ordenamiento del Estado x es soberano, federal e injusto”. De esta manera, la pretensión, propia de cualquier ordenamiento, de establecer una manera correcta de actuar, chocaría con el reconocimiento de que dicha corrección no es sino un ejercicio de “mero poder”, un albedrío respaldado por la fuerza.

Los positivistas reconocen que cualquier ordenamiento indica una manera correcta de actuar, pero niegan que la corrección jurídica se determine por consideraciones morales. Para determinar qué es el Derecho es suficiente la observación de los hechos sociales, en particular las decisiones de las autoridades eficaces. Por otro lado, Alexy reconoce que la observación del ejercicio de la autoridad permite conocer qué es el Derecho y qué no lo es (la moral, la política, la economía), de ahí que sea funcional al ideal de la seguridad jurídica (certeza del Derecho), que ha de equilibrarse y balancearse con el ideal de justicia. Por lo tanto, a raíz de la necesidad de proteger la seguridad jurídica, el positivismo reduce la dimensión ideal, la crítica de la autoridad por razones morales, a partir de la dimensión factual del ejercicio de la autoridad eficaz. Por consiguiente, se anula la dimensión del participante, otorgando prioridad solo a la perspectiva del observador (y ello aun admitiendo, como lo hace Raz, que en realidad el Derecho siempre es influido por consideraciones morales).

Alexy, como es sabido, reconoce que son posibles conflictos entre la dimensión ideal y la de la autoridad, y, al hilo de Radbruch, entre justicia y seguridad jurídica. A partir de este supuesto, el artículo sobre Finnis que abre el volumen, después de la valiosa introducción de los editores, presenta una tripla acepción de las teorías no positivistas del Derecho (las que mantienen la necesaria conexión entre Derecho y moral): teorías no positivistas excluyentes, incluyentes y superincluyentes. Dicha distinción se basa en dos tipos de conexiones necesarias entre Derecho y moral: conexión clasificatoria y conexión calificativa. Según la conexión clasificatoria, una ley moralmente defectuo-

sa pierde su validez (no es Derecho), mientras según la conexión calificativa la ley injusta sigue siendo válida, aunque incorrecta (es una corrupción del Derecho). El positivismo jurídico, para Alexy, rechazando la conexión necesaria entre Derecho y moral, no considera ni la conexión clasificatoria, ni la calificativa. Al contrario, las teorías no positivistas pueden distinguirse en teorías no positivistas excluyentes (teorías que afirman que en caso de defecto moral, las normas jurídicas pierden de validez, de ahí que no sean siquiera Derecho), incluyentes (teorías que mantienen que solo las normas jurídicas extremadamente injustas, y no cualquier norma injusta, pierden tanto su corrección jurídica como su validez, de ahí que no sean normas jurídica) y superincluyentes (teorías que mantienen que las normas injustas nunca pierden su validez, sino que constituyen un caso, como mantiene Finnis, de “Derecho desviado o defectuoso”).

Según Alexy, el no-positivismo superincluyente acaba por volver a reducir la perspectiva del participante a la perspectiva del observador, de nuevo en nombre del ideal de la certeza del Derecho (38-39). Al contrario, solo la fórmula de Radbruch, como ejemplo de no-positivismo incluyente, permite salvar tanto la conexión calificativa como la clasificatoria. La fórmula mantiene que en caso de normas extremadamente injustas, y no en caso de cualquier norma injusta, la dimensión de la justicia, ineludible en cualquier experiencia jurídica, dada la doble naturaleza del Derecho, resulta ser mejor, en el juicio de balance, que la dimensión de la certeza (admitiendo por consiguiente la desaplicación de la norma injusta). Y mientras que el participante, de alguna manera, está “obligado” a decidir, debiendo dar un resultado al balance, el observador no lo está (y, argumenta Alexy, de ello también es consciente Finnis en su último trabajo).

Los demás textos tienen en común el mismo punto de vista: todos los autores, de alguna manera, reconocen la validez de las principales tesis de Alexy, pero someten a un análisis crítico riguroso los textos del filósofo de Kiel, los “toman en serio”. Aquí no podemos centrarnos en todas las contribuciones (fundamentales para futuros estudios sobre Alexy), que también proceden de estudiosos españoles (Francisco Javier Ansuátegui Roig), franceses (Jean-Yves Chérot, Alexandre Viala) y alemanes (Matthias Kaufmann, Thomas Gutmann), que no solo proceden de la filosofía del Derecho, sino también del Derecho público y civil. A continuación, se indicarán algunos de los temas principales.

En primer lugar, cabe señalar que el tema del posible conflicto entre el ideal de la certeza del Derecho y el ideal de la justicia no puede confinarse a un tema de aséptica teoría del Derecho, ni puede reducirse a algunos episodios trágicos de transición de un régimen dictatorial a un régimen constitucional, como es el caso en la fórmula de Radbruch. Como recuerda Ansuátegui Roig, de manera oportuna, en su trabajo, Alexy parece confiar demasiado en el control de constitucionalidad, de ahí que son acertadas, por lo menos parcialmente, las críticas de Ferrajoli al llamado “constitucionalismo principialista”: las que se centran en el peligro para la seguridad jurídica y la atribución al juez del rol de legislador supremo, y no de analista y garante jurisdiccional de la Constitución. En este caso, el esfuerzo por reconciliar seguridad jurídica y justicia corre el riesgo de legitimar un soberano que no sea siquiera democráticamente responsable. Las mismas consideraciones son avanzadas por Giovanni Bisogni, quien, criticando a Alexy por su prejuicio positivo frente a la herramienta del control de constitucionalidad centralizado, afirma que “si queremos tomar en serio los derechos, también hay que tomar en serio los poderes” (81). En este sentido, el autor aclara que el esfuerzo de Alexy por reconducir el contenido moral del Derecho a los derechos humanos, descritos como el ideal al que el Derecho debe acercarse, acaba modificando los equilibrios institucionales entre legislador y Tribunal constitucional.

Los demás trabajos se desarrollan a partir de un eje teórico-general, que investiga varios problemas de la teoría de la argumentación jurídica y de la teoría del Derecho de Alexy.

El trabajo de Cherot pretende presentar un intento de disolución del problema del conflicto entre seguridad jurídica y justicia, que aborda como dos dimensiones a reconciliar en la experiencia jurídica. Y ello aclarando cómo va afirmándose, al hilo del último trabajo de J. Waldron, una teoría “eliminacionista” del debate sobre la separación o conexión necesaria entre Derecho y moral (tesis que parece haber sido adelantada en Italia por parte de los que apoyan las doctrinas hermenéuticas de la interpretación). Según esta teoría, Derecho y moral son al mismo tiempo separables (validez como identificación del Derecho) y conectados (validez como obligatoriedad moral), y ello se muestra en el razonamiento jurídico al que de manera continua se dedican los operadores del Derecho (y la doctrina). Mientras que la individuación del material jurídico (lo que podríamos llamar “la disposición”) es objeto de una simple exploración y observación, su aplicación (o la elección del método de su interpretación) depende de elecciones morales, o al menos no jurídicas.

El trabajo de Di Carlo señala las ambigüedades y las incertidumbres de los intentos de Alexy de “matematizar”, por medio de complicadas fórmulas, el balance entre los principios del Derecho. Sobre este punto cabe una sospecha, en opinión de quien escribe: que Alexy resbale continuamente entre dos escolios. Por un lado, es claro el intento de rechazar el decisionismo o el relativismo de Radbruch (fuertemente influido por M. Weber). Dicha influencia llevaba a Radbruch a reconocer la naturaleza conflictiva de los valores, objeto de decisión necesaria por parte del agente, mientras que Alexy rechaza dichos relativismo y decisionismo, asumiendo que los valores pueden ser objeto de balance y buscando fórmulas para conseguirlo. Por otro lado, es evidente la necesidad de criticar las decisiones del Tribunal constitucional (sin estas críticas la dimensión ideal sería objeto de reducción a la seguridad jurídica). El resultado es el continuo recurrir a fórmulas cada vez más complejas y redundantes, a las que se dirigen los comentarios de Di Carlo.

Thomas Gutmann amplía el abanico de la argumentación, criticando a Alexy sobre dos puntos (interrelacionados) de su teoría del Derecho. En primer lugar, el concepto de moralidad utilizado por Alexy es ambiguo, y no todos los tipos de moralidad (piénsese, por ejemplo, en la ética de las virtudes) son compatibles con el Derecho, que se presenta, al menos en algunos de sus ámbitos, como una moral anti-consecuencialista. Además, como señala el autor, Alexy no aclara cómo los derechos políticos pueden entrar en conflicto con los derechos civiles, ni tampoco está claro si los derechos son eternos (es decir, si son *a priori* frente al razonamiento práctico) o si son condiciones históricamente determinadas en el debate político.

Kaufmann presenta interesantes críticas a la tesis de la moral ideal de Alexy, así como a su propuesta de conexión necesaria entre Derecho y moral. Sobre el primer punto, el autor muestra cómo el filósofo de Kiel no aclara en qué términos el aspecto ideal del Derecho es universal o particular frente a los contextos históricos y a los ordenamientos (arriesgándose a entrar en un elitismo moral). Sobre el segundo punto, se subraya cómo el carácter de necesidad atribuido a la conexión entre Derecho y moral no debe entenderse en sentido lógico, sino solo contingente, y desde este punto de vista, también la *sharia* tiene su pretensión de corrección. Y dicha pretensión no determina necesariamente la elección entre obedecer o no a dicho régimen.

Andrea Porciello, en su trabajo, critica a Alexy por confundir los niveles de la teoría. En primer lugar, según Porciello, Alexy no reconoce que su propuesta teórica corresponde perfectamente a un Estado constitucional

de Derecho, sin poder aplicarse a cualquier ordenamiento jurídico. En segundo lugar, Alexy cree ofrecer un concepto de Derecho, pero en realidad ofrece un modelo de evaluación del Derecho, acabando por caer en la misma trampa del iuspositivismo: confundir una experiencia histórica determinada como la esencia del Derecho. Siempre puede existir un régimen jurídico intolerablemente injusto, y negar esto lleva a confundir el nivel de la descripción del Derecho con el nivel de la valoración de sus méritos morales. La fórmula de Radbruch se reduce a una instrucción al juez: aplica el Derecho de los vencedores, en el caso en que el Derecho de los vencidos sea intolerablemente injusto.

Viala amplía la perspectiva, incluso más allá de Alexy, y se pregunta cuál podría ser el rol del estudioso del Derecho, o del metodólogo de la ciencia jurídica, frente a un fenómeno, el Derecho, que es a la vez hecho y norma, conjunto de comportamientos de sujetos gobernados por identidades ideales, las normas. Viala reconoce la situación de dificultad del jurista, sobre todo positivista, frente al material a conocer y sistematizar bajo la luz de su aspecto ideal. A este respecto, el autor atribuye al estudioso del Derecho no solo un papel de observador de la semántica del Derecho, de qué significan los términos jurídicos, sino también de pragmático del Derecho, el que explica qué hacen los operadores jurídicos con los textos jurídicos, desvelando eventuales preconceptos o prejuicios de los intérpretes. Desde este punto de vista, la teoría del Derecho sirve para “desvelar lo que el juez hace más allá de lo que dice, ver lo divino en la cosa, [...], acceder a la Idea que no ven ni el juez ni el practicante del Derecho” (190). La ciencia jurídica pragmática desvela “la Idea detrás del aspecto aparente” (191).

Cierra el volumen el trabajo de Massimo La Torre, quien, de manera provocadora, incluye el nombre de Alexy en un filón, de origen oxoniense, que no considera el Derecho como práctica, sino como concepto, atribuyéndole algunas características y no otras, sin considerar cómo los participantes lo consideran o lo utilizan. Desde este punto de vista, la teoría del Derecho parece haber vuelto a la Edad Media, a disputas lógicas o conceptuales que tienen poco que ver con el Derecho como una praxis en la que participar. De manera sorprendente, Alexy parece caer en este filón, al considerar que la contradicción performativa se aplica a un concepto y no a una praxis.

En conclusión, se trata de una obra de indudable interés, tanto por la participación de estudiosos procedentes de toda Europa, como por la profundización de cuestiones que constituyen la vida cotidiana del jurista, en-

tendido como estudioso, abogado, juez. Todos ellos participan en la práctica colectiva “Derecho”, en la que es responsabilidad de cada uno intentar proteger los valores, aunque en conflicto, que las civilidades jurídicas pretenden codificar, pero a menudo traicionan incluso a raíz de prejuicios inconfesables.

(Trad. de Alessandro di Rosa)

FRANCESCO BIONDO
Università degli Studi di Palermo
e-mail: francesco.biondo@unipa.it

NOTICIAS

Segunda conferencia anual de Dertecnia. "Derecho, derechos y tecnología."
Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas,
Universidad Carlos III de Madrid, 29 mayo 2019

El 29 de mayo de 2019 tuvo lugar la segunda conferencia anual de DERTECNIA organizada por el Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", que estuvo conformada por tres mesas: "Inteligencia Artificial y Derecho", "Privacidad y Derechos" y "Relación Humanos-Máquinas".

En la primera mesa, "Inteligencia Artificial y Derecho", participaron Migle Laukyte, José Ignacio de Solar y Rafael de Asís Roig.

Migle Laukyte habló sobre la necesidad de desarrollar un concepto diferente de "personalidad" para las máquinas. La "personalidad electrónica" ha sido introducida en la Resolución del Parlamento Europeo 2015/2103. En efecto, hablar de "personalidad", con la consecuente dicotomía entre personas naturales y jurídicas puede crear muchos problemas éticos en relación con las inteligencias artificiales. Muchos académicos, de hecho, creen que sería inmoral. "Personalidad" implica algo de antropomorfo. En el 2016 se ha utilizado en relación con las grandes empresas el concepto de "máquina inteligente". Esta podría ser una solución para no crear problemas éticos.

José Ignacio de Solar expuso el escenario que se aproxima gracias a la influencia de la inteligencia artificial en el derecho. Uno de los aspectos interesantes que resalta es la utilización de plataformas informáticas en donde se pueda resolver disputas a través de una negociación que recoja el resultado de experiencias anteriores de casos análogos. Así, en un futuro próximo se llegará a la externalización de servicios; y, esto, consecuentemente, producirá la reconfiguración del ejercicio profesional de las ciencias jurídicas. Otro aspecto relevante es la utilización de la inteligencia artificial para crear sistemas de codificación predictivos utilizados en algunos países de "Common law".

Rafael de Asís Roig habló sobre las consecuencias del uso de la inteligencia artificial en el campo jurídico. Uno de los problemas será, si existen

programas de predicción de las decisiones jurídicas, evitar la contaminación de la decisión judicial. Otro es la evaluación de los riesgos, la deshumanización y la estandarización. Estas no son indudablemente cuestiones nuevas. Montesquieu ya se refería al papel del juez, la boca muda que pronuncia las palabras de la ley, el uso de la inteligencia artificial podría ser potencialmente útil para este fin. Otro ejemplo del uso de la inteligencia artificial en el campo judicial es el caso Lewis, donde se emplearon programas informáticos para evaluar la peligrosidad de un sujeto; es decir, el uso de la tecnología con fines prospectivos en materia penal.

En la segunda mesa “Privacidad y Derechos” participaron José Luis Piñar Mañas, Cristina Pauner Chulvi y Manuel Rey.

José Luis Piñar Mañas analizó el pronunciamiento del Tribunal Constitucional de España sobre la inconstitucionalidad del artículo 58-bis de la Ley Orgánica sobre la Protección de Datos. Con lo cual, la norma de derecho positivo nacional se articuló al marco jurídico comunitario de la unión europea.

Cristina Pauner Chulvi examinó el problema del tratamiento ilegal de datos y el efecto transversal que eso puede provocar sobre la voluntad de los individuos. Uno de los derechos involucrados es el de la autodeterminación informativa. Expuso el caso de Facebook en el que se utilizaron los datos de los usuarios para crear subgrupos con el fin de enviarles información personalizada. Expresó que desafortunadamente el tratamiento de datos e información se ha militarizado, tal parece que, la solución más atractiva de la Unión Europea consistente en la implementación de planes y programas de educación para promover una cultura sobre el uso responsable de datos.

Manuel Rey abordó el testamento digital. Luego de analizar la normativa vigente concluyó afirmando que es una figura aun no prevista jurídicamente y que puede ser regulada a través de las disposiciones testamentarias tradicionales previstas en el Código Civil.

En la tercera y última mesa “Relación Humanos-Máquinas” participaron Vincente Díaz Gandasegui, Ángel García Crespo y Álvaro García Tejedor.

Vincente Díaz Gandasegui analizó la relación entre los humanos y las máquinas, para ello, se apoyó en producciones cinematográficas como “Her” cuyo argumento gira en torno al sentimiento de apego y empatía que desarrolla el ser humano hacia las máquinas, y cuya trama es opuesta a la clásica rebelión de las máquinas en contra de los humanos en donde se exponen elementos como el temor al devenir de la especie humana y otros polémicos

relacionados con la moralidad abordados en cintas como “Ex Machina” y “Westworld”.

Ángel García Crespo abordó técnicamente la relación entre los humanos y las máquinas, misma que puede ser de dos maneras: débil y fuerte. En la primera, que es la que tenemos actualmente, las máquinas pueden hacer cosas como lo humanos e incluso mejor, mientras que en la segunda, las máquinas no se limitan a imitar las acciones humanas, van más allá, incluso llegan a tener conciencia. La inteligencia artificial nos enfrenta a nuevos retos pendientes de resolver como aquel que propone que las máquinas pueden ser inteligentes. Alan Turing dijo que si un humano puede confundir a una máquina con un humano, tal máquina puede recibir el calificativo de inteligente. Otra cuestión es la incorporación de elementos orgánicos y cibernéticos con la intención de mejorar las capacidades humanas mediante el uso de la tecnología, en otras palabras, “transhumanismo”.

Finalmente Álvaro García Tejedor explicó el estado actual del desarrollo de la inteligencia artificial y el esfuerzo de las potencias mundiales para mantener el dominio en la materia. Muchos sistemas se han incorporado en la vida cotidiana de las personas, tal es el caso de un programa de Google capaz de detectar el cáncer de pulmón con mayor precisión que un médico o ir de comprar a una tienda “Amazon go” donde tomas el producto y te lo llevas a casa sin la necesidad de pasar por caja, ya que el valor de la compra es cargado directamente a su cuenta.

IMMACOLATA TERESA MADARENA

**Human rights symposium “Current issues on human rights”,
Research Committee 26 sobre derechos humanos de la
International Political Science Association,
Universidad Carlos III de Madrid, 23-24 de Mayo 2019.**

El simposio de IPSA RC26 sobre derechos humanos, titulado “Temas actuales sobre derechos humanos”, se llevó a cabo del 23 al 24 de mayo en el campus de Getafe en la Universidad Carlos III de Madrid. Fue una excelente oportunidad para intercambiar puntos de vista sobre temas de derechos humanos y fortalecer los vínculos de la comunidad del IPSA Research Committee 26 sobre derechos humanos. Fue el Seminario propio del Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid durante este curso, con una temática de interés para las tres Areas y abierto a la participación de todos los miembros del Departamento.

30 académicos con diversos backgrounds y áreas de especialización procedentes de 13 países, repartidos en 4 continentes. La afiliación de los participantes del simposio fue de los siguientes centros académicos y países: University of Central Oklahoma, USA; Université de Bamako, Mali; Lazarski University, Poland; Gaston Berger University, Senegal; Washburn University; University of Maryland, Baltimore (UMBC). Unites States; Institute of Social Sciences, University of Lisbon, Portugal; University Santa Ursula - Rio de Janeiro, Brazil; Jesuit University Ignatianum in Krakow Poland; St Petesburg University, Russia; Carlos III University of Madrid, Spain; Kula Women’s College, Nambol, Manipur, India; Adam Mickiewicz University, Poznan, Poland; Institute of Migration Studies_IUEM, Comillas Pontifical University Spain; Ignatius Ajuru University of Education, Rumuorlumeni Rivers State, Nigeria; Jaume I University, Spain; University of Valencia, Spain; University of Delhi, India; University of Barcelona, Spain; Amazon University, Brazil, University of Siena, Italy, Osaka University, Japan.

Este simposio se organizó en 6 paneles, cuyos temas fueron: a) Declaración Universal del 70 aniversario; b) derechos civiles; c) derechos políticos; d) derechos sociales; e) derechos culturales; d) Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas y Pacto Mundial de las Naciones Unidas para la Migración. Cada panel tuvo un *chair* y un *discussant*. Cada participan-

te hizo una presentación de 15 minutos. Una vez que los panelistas concluyeron sus presentaciones, el *discussant* dedicó 10-15 minutos de preguntas seguidas de 30 minutos de discusión y debate.

Las fotos y videos del evento se pueden ver en el siguiente link:

<http://rc26.ipsa.org/post/2019/02/24/Madrid-IPSA-RC26-human-rights-symposium-Current-issues-on-human-rights>

Fueron dos días intensos, de buenos debates académicos, entre profesores de diversos *backgrounds* internacionales, que tuvieron como centro los derechos humanos y su implementación en el mundo de hoy.

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE

Novena edición de la Scuola Estiva Arpinate
“Finis vitae: Questioni aperte”,
Fondazione Mastroianni, Castillo Ladislao, Arpino, 5-7 septiembre 2019.

Finis vitae: preguntas abiertas.

El pasado septiembre, de jueves 5 a sábado 7, en el encantador paisaje que ofrece el castillo Ladislao de Arpino (un pequeño pueblo cerca de Frosinone, no muy lejos de Roma), tuvo lugar la novena edición de la Scuola Estiva Arpinate (Escuela de verano Arpinate). Esta iniciativa, a cargo del profesor Enrico Ferri, contó con la participación de facultades y departamentos de varias universidades, como la Niccolò Cusano, la universidad de Cassino y del Lazio del sur, la universidad de Trieste, la Magna Graecia de Catanzaro y la Carlos III de Madrid, además del Instituto Internacional Jacques Maritain. En presencia de diecinueve estudiantes becados procedentes de toda Italia y de distintas carreras universitarias, numerosas autoridades del ámbito del debate jurídico y filosófico intercambiaron pareceres acerca de la compleja cuestión del *finis vitae*.

Las conferencias que se sucedieron durante los tres días de intenso debate trataron a fondo el amplio abanico de problemas relativos a este tema, algunos de carácter propiamente jurídico y otros de matriz más bien filosófica.

La pregunta fundamental que ha estado presente de manera transversal en prácticamente todas las conferencias es la siguiente: ¿existen razones liberales para negar el derecho a la eutanasia? En el presente artículo trataremos de resumir las diversas opiniones surgidas en el curso de la Escuela de verano en relación con esta pregunta. Antes de nada, es necesario hacer una aclaración conceptual del término *eutanasia*, con el fin de poder encuadrar correctamente el tema en un ámbito que se caracteriza, como señala Javier Ansuátegui Roig, por un lenguaje «de alta intensidad emotiva». El mismo Ansuátegui Roig distingue cuatro elementos esenciales para identificar la eutanasia:

1. el proceso de muerte tiene que haber empezado ya, es decir, que el sujeto debe encontrarse en un estadio *terminal*;
2. debe existir una razón de *buena voluntad* hacia el sujeto enfermo, es decir, la acción tiene que ser llevada a cabo exclusivamente en el interés del propio enfermo;

3. debe haber una identificación del interés o de la voluntad del sujeto de salir de su estadio actual;
4. tiene que ser necesaria la intervención de una tercera persona.

Además, conviene aclarar que en esta ocasión no es relevante la distinción entre eutanasia *activa* y *pasiva*, ya que, como bien ha explicado el profesor Giuseppe Cricenti, no es posible que un sistema moral o jurídico y, por tanto, el juicio de reprobación o aceptación de una conducta dependa simplemente de una estructura causal que no incide en modo alguno en el mundo natural.

Habiendo aclarado este punto, en el centro de las cuestiones bioéticas se encuentra la definición de «vida», a la que naturalmente se asocia la noción de «muerte». El significado atribuido a uno de los dos términos, definidos por Giovanni d' Alessandro como «consustanciales», determina de modo decisivo el significado del otro. Las definiciones de vida y muerte son, por tanto, interdependientes.

Dicho esto, es importante puntualizar antes de nada que en el contexto de esta crucial operación definitoria nos encontramos ante una cuestión eminentemente cultural, y de poco sirven las definiciones que nos ofrece la ciencia médica, que han sido a su vez objeto de numerosos debates pero siguen siendo bastante precarias. Eso se evidencia gracias a que, según el sistema de valores en el que se ubique, lo que para algunos es todavía un estadio de vida para otros es ya un estadio de muerte.

Ahora bien, si es innegable que los datos biológicos constituyen el contenido mínimo de la vida, no es menos cierto que, cuando se habla de vida *humana*, esta es objeto de una implicación cultural que le confiere un significado añadido. En otras palabras, aunque la vida humana sea *biológicamente* igual a la de cualquier otro ser vivo, no es posible negar aquellos datos que la diferencian de la de una bacteria, una planta u otro animal.

Esto último queda reflejado en la distinción, propuesta por Ansuátegui Roig, entre vida *biológica* («estar vivo»), y vida *biográfica* («tener una vida»). Esta diferencia, que puede parecer intuitivamente clara, en realidad cuenta con algunos límites que el propio Ansuátegui Roig no deja de puntualizar. En primer lugar, es difícil, si no imposible, intentar identificar de manera universal y completamente satisfactoria los elementos capaces de calificar la vida biográfica; en segundo lugar, y este es el mayor límite, la distinción deja sin solucionar el problema del *valor* de la vida, por lo que resulta eficaz solo desde un punto de vista descriptivo. Para comprobar hasta qué pun-

to es decisivo este último límite, pensemos en las posturas que defienden John Finnis y Robert George, expuestas por la profesora Marina Lalatta Costerbosa durante su conferencia. Estos dos autores defienden que el elemento biológico es por sí mismo suficiente para identificar la vida humana. A su vez, Ansuátegui Roig afirma, aun manteniendo la distinción anterior en el plano descriptivo, que la cuestión del valor de la vida concierne a su titular y no a un observador externo. En otras palabras, la vida debe representar un bien para su titular.

Todo esto pone de relieve una cuestión de especial importancia: ¿a quién pertenece la titularidad de la vida? Establecer quién es el *propietario* de la vida significa individuar el sujeto al que compete atribuir un valor a dicha vida y, por consiguiente, aquel que tiene la facultad de disponer de ella. No es casualidad que esta haya sido la cuestión destacada por Enrico Ferri durante la inauguración de las actividades de la escuela. En el fondo, las teorías sobre la *indisponibilidad* de la vida, surgidas durante las distintas intervenciones, no hacen otra cosa que establecer un propietario diferente respecto al sujeto que concretamente vive la existencia individual. Si en las variantes religiosas de estas teorías ese sujeto es Dios, que confiere valor a la vida humana mediante el propio hecho de *regalársela*, en las posturas laicas este sujeto puede ser cualquier entidad suprapersonal construida artificialmente (el estado, la sociedad, el partido) para la cual el valor de la vida es en la participación del individuo al bien común de la entidad colectiva. Existe también una tercera versión de la teoría de la indisponibilidad de la vida, la versión del *iusnaturalismo* que hemos mencionado antes, apoyada por Finnis y George, según la cual la naturaleza en sí misma es la que constituye ese valor que en el caso de la vida se encuentra en su realidad biológica, alejando por tanto la posible configuración lógica de una *lebenunswerten Lebens*.

En contra de cada una de estas posturas se pueden construir diferentes argumentaciones. En lo tocante a la versión religiosa se puede esgrimir el argumento, rebatido más de una vez por Ansuátegui Roig, de que en los sistemas liberales existe una frontera entre el contexto de la moralidad personal y el de la ley que las argumentaciones religiosas, por su naturaleza metafísica y dogmática, no pueden sobrepasar. La imposibilidad de someterlos a un examen crítico y racional los convierte, de hecho, en no susceptibles de *universalización*, limitando el terreno de su validez residual al contexto de la *ética privada*. En su variante laica, además, esta postura llega a configurar en estos sujetos un *deber de vivir*, una responsabilidad para con el exterior que

los obliga a vivir en el interés de terceros¹. Este argumento parece estar basado, en última instancia, en un criterio de utilidad general que, si se aplica coherentemente, acaba resultando un arma de doble filo. Si el ser humano tiene el deber de conservar su salud a fin de contribuir al bien de su propia comunidad, ¿qué hacer con aquellos que se encuentran en condiciones irreversibles de total compromiso de sus capacidades? En este último caso, en aras del interés general, estos sujetos deberían ser eliminados a la fuerza. Al final, la tesis iusnaturalista, como apunta Lalatta Costerbosa, no solo niega de manera implícita la concepción moderna de la vida humana, basada en el reconocimiento de la insuperable unión entre mente y cuerpo², sino que presenta como objetivo un dato –la interpretación de la vida–, que no lo es, presuponiendo implícitamente una perspectiva moral que, a la par de la religiosa, concierne exclusivamente a la esfera de la ética privada.

Contra estas argumentaciones se alza la tesis que reconoce al sujeto la plena disponibilidad de su vida. En el centro de esta postura tenemos el principio de la *autonomía*, que Ansuátegui Roig invita en más de una ocasión a tomar en seria consideración, debido a que la estructura del propio principio, que implica la ausencia de interferencias externas, la capacidad de formar una opinión y articular una elección y la existencia de una pluralidad de opciones posibles, no dice nada acerca del contenido concreto de

¹ En tal sentido, L. D'AVACK, *Verso un antideestino. Biotecnologie e scelte di vita*, Giappichelli, Torino 2009, p. 209.

² La referencia al cuerpo explicita el hecho que la propiedad de la vida se enlaza a la cuestión sobre la titularidad del cuerpo. La indisponibilidad del propio cuerpo se basa, en un contexto católico, en la idea que el hombre es solamente el usufructuario de este y no el dueño de un derecho de propiedad que implicaría uno *ius utendi et abutendi*; por otro lado, para la visión laica la indisponibilidad se basa, en Italia, en el artículo 5 del Código Civil que prohíbe los actos de disposición del cuerpo «cuando causen una disminución permanente de la integridad física, o cuando estén de otro modo en contra de la ley, el orden público o las buenas costumbres». El origen de esta norma que, como señala Marco Cossutta en su intervención, dejando que se configure la no juridicidad del suicidio representa una perfecta manifestación de la perspectiva paternalista de tutela de la vida, tiene que encontrarse en la cultura jurídica fascista por la cual el cuerpo individual no pertenece al individuo, sino a la patria, a la raza o a la estirpe. A propósito del cuerpo, es interesante la opinión de Roberto Esposito, según el cual «tanto aquellos que encargan a sí mismos la disponibilidad del propio cuerpo [...] como aquellos que lo declaran indisponible por ser propiedad intocable de Dios, del estado o de la naturaleza, tienen que presuponer que el cuerpo sea una cosa [...] Si no fuese así, si el cuerpo no fuera una cosa, no estaría abierta a discusión la propiedad de cualquiera desde el momento en el que ese mismo sería sujeto, claramente impersonal de autodeterminación» R. ESPOSITO, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Einaudi, Torino 2007, p. 114.

las decisiones tomadas por el sujeto. Esto hace que un sistema de derecho construido en torno al valor de la autonomía no perjudique la libre expresión de sus propias convicciones personales, independientemente de la naturaleza de las mismas, limitándose en establecer procedimientos para el ejercicio material de la *autodeterminación*. Y eso es lo que hace la sociedad liberal, para la cual la autonomía individual, citando las palabras del propio Ansuátegui Roig, constituye un *paradigma supremo*.

Referente, por tanto, también al discurso relativo al *finis vitae*, surge la duda de si la autodeterminación tiene o no límites. Hay quien considera que un límite fundamental se encuentra en el concepto de *dignidad*. Ésta hace las veces de dique a la libre expresión de la autonomía individual porque asumimos, como subraya Giuseppe Cricenti, una tercera persona perjudicada por la conducta del sujeto, es decir, la *humanidad como tal*, la cualidad de humano que cada uno de nosotros posee³. En este sentido, en palabras de Persio Tincani, la dignidad se convierte en la imposición de un modelo normativo de origen esencialmente arbitrario. Además, en tema de *finis vitae*, ese modelo se revela inservible a la luz de que sobre ello insisten los que apoyan la mayoría de las veces tesis enfrentadas, como apunta Giampaolo Fontana, que a este respecto habla de *passapartout bon a tout faire*⁴. Se necesita entonces volver, si se quiere guardar la noción, a una concepción subjetiva de dignidad que la circunscriba dentro de la autonomía individual y de la que por lo tanto no puede constituir un límite.

En su intervención, Tincani analiza detenidamente el límite establecido por el citado *principio de daño*, que se puede resumir en la máxima del *neminem laedere*. Siguiendo la lección de John Stuart Mill, el *harm principle* establece que «tan pronto como cualquier aspecto de la conducta de un individuo se vuelva perjudicial para los intereses de los otros, recae dentro de la jurisdicción de la sociedad [...]. Pero esta cuestión no se presenta de ninguna manera cuando la conducta individual involucra solo sus propios intereses, o involucra aquellos de otras personas concordantes (todas mayores de edad y en posesión de sus plenas facultades mentales)»⁵.

³ Véase el famoso caso del lanzamiento de enanos y también la sentencia más reciente de la Corte Constitucional italiana (n. 141/2019) en tema de prostitución.

⁴ «La dignidad humana juega a menudo un rol anfibológico, y la expresión presenta una ambigüedad semántica que contribuye a proporcionar una coartada para soluciones contrarias a los problemas presentados a los juristas» G. ALPA, *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Marietti, Bologna 2018, p. 99.

⁵ J. S. MILL, *Saggio sulla libertà*, il Saggiatore, Milano 2009, p. 95.

En relación con el suicidio, sin embargo, el principio del daño deja abiertas algunas problemáticas. En primer lugar, nos podríamos preguntar si poner fin a la propia vida es un acto que no supone algún daño a otras personas o no. Podría ofender a Dios, pero este argumento se sale otra vez hacia lo que ya hemos dicho en referencia al contexto de la ética privada; podría dañar la sociedad, pero conviene recordar lo que ya hemos dicho acerca de la peligrosidad que nace de la adopción de este criterio, que podría transformar el suicidio en un acto obligatorio cuando las condiciones del sujeto lo vuelvan improductivo; por último, difícilmente se podría definir como perjudicial para el suicida, que en el fondo se sustrae al estado de pena en el que evidentemente se encontraba.

En segundo lugar, como también nos llega en palabras de Mill, el principio del daño debe presuponer la subsistencia de algunos elementos propios de los sujetos de la conducta, i.e. el consentimiento y las *normales facultades mentales*. Este punto nos lleva a la presunción de irracionalidad que ha constituido la base teórica para la despenalización del suicidio⁶. Todo esto tiene particular importancia en el momento en que se considera el acceso a las prácticas de eutanasia para aquellos sujetos que no son físicamente capaces de realizarlas por sí mismos, allí donde es apoyada por varios juristas que la incapacidad de expresar una voluntad libre, por estar condicionados por el estado de permanente sufrimiento y dolor. El problema de este argumento es que presupone un estándar de razón no subjetivo por el cual, como subraya Cricenti, la autodeterminación se reduciría a un concepto instrumental, válido solo en el caso en el que el interés que se persigue entra en el perímetro anteriormente establecido por las elecciones racionales, situación que para algunos nunca será posible, como, por ejemplo, la elección de darse la muerte.

A la luz de estas consideraciones, el principio del daño solo constituye, por lo tanto, el límite a la autodeterminación compatible con un sistema liberal. Esto implica que, como ha surgido en el curso de la Escuela de verano Arpinate, no hay razones liberales para negar el derecho a acceder a la eutanasia.

ANDREA CAPUTO

⁶ «Se puede afirmar que la primera vía hacia la desacralización y a la descriminalización del suicidio ha sido trazada sirviéndose de la irracionalidad del sujeto suicida», C. M. BROGLIO, *Suicidio*, en M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, A. SCERBO, *Questioni di vita o morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2007, p. 242.

PARTICIPANTES EN ESTE NÚMERO

MASSIMO LA TORRE

Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad “Magna Graecia” de Catanzaro y especialista en Derecho europeo. Autor, entre otros, de: *Norme, Istituzioni, Valori: Per una Teoria Istituzionalistica del Diritto* (1999), *‘Nostalgia for the Homogeneous Community - Karl Larenz and the National Socialist Theory of Contract’* (1999), *European Citizenship: An Institutional Challenge* (1998), *Disavventure del Diritto Soggettivo: Una Vicenda Terica* (1996), *Il giudice, l’avvocato, e il concetto di diritto* (2002), *Cittadinanza e ordine político* (2004), *La crisi del Novecento-- Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar* (2006), *Constitutionalism and Legal Reasoning* (2007), *Law as Institution* (2010), (con M. Lalatta) *Legalizzare la tortura?* (2013), y *Nostra legge è la libertà-- Anarchismo dei Moderni* (2017).

Es Editor asociado de la revista *Ratio Iuris* y director de la revista *Ordines. Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee*.

OSCAR CELADOR ANGÓN

Es Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Sus publicaciones se han centrado fundamentalmente en materias como, el derecho a la educación, la libertad de enseñanza, la libertad de cátedra, la autonomía universitaria, y aspectos de la historia de los derechos humanos. En la actualidad es Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado en la Universidad Carlos III de Madrid.

M^a JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS

Es Doctora en Derecho y Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza. Ha publicado diversos libros como *“Políticas y estrategias urbanas”, Ineficacia, anomia y fuentes del Derecho, El insincero poder del urbanismo; El Derecho a la vivienda. Reflexiones en un contexto socioeconómico complejo, Esbozo de una Teoría imperfecta del Derecho. Reflexiones sobre la cultura jurídica de la globalización*. Ha coordinado y participado en otros de los que destacamos: *Conflicto armado justicia y reconciliación* y *Conflicto armado interno. Derechos humanos e impunidad* ambos en Colombia.

Entre sus artículos científicos cabe mencionar los dedicados al pensamiento de Nietzsche, la ética y al mal: *“Derechos humanos: Naturaleza y Ley. Reivindicación del perspectivismo de Nietzsche”*; *“Las raíces del viento. Un análisis desde Nietzsche sobre el Derecho como forma regulador de conocimiento”*; *“El Mal: violencia, libertad y razón”*; *“De límites y posibilidades. Sobre el inquietante porvenir de los derechos humanos.”* Ha realizado estancias de investigación en el CNRS (Centro Nacional de Investigaciones Científicas) de París y las Universidades Autónoma de Barcelona, Girona y Toulouse I Capitole.

FEDERICO ARCOS RAMÍREZ

Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Almería. Ha publicado diversos trabajos sobre el concepto y las dimensiones éticas de la seguridad jurídica, la justicia y legitimidad de las guerras humanitarias y los deberes frente a la pobreza y la justicia global. Amplió estudios en el Instituto Universitario Europeo de Florencia y en centros de investigación de Luxemburgo y Estrasburgo. Ha sido profesor invitado en el Máster de Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid y en la Maestría en Filosofía del Derecho Contemporáneo de la Universidad Autónoma de Occidente de Cali (Colombia).

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 lauden* 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).

AUGUSTO ROMANO

Es profesor encargado de Filosofía del derecho y de Biojurídica en el *Corso di Laurea Magistrale a ciclo unico* en el Departamento de derecho de la *Università degli Studi di Napoli "Federico II"*. Ha conseguido la *Abilitazione Scientifica Nazionale* para las funciones de docente adjunto en el sector científico disciplinar 12/H3 (Filosofía del derecho). Entre sus numerosas publicaciones, en Italia y en el exterior, se encuentran las siguientes monografías: *Causalità giuridica e fisica contemporanea* (2005); *Continuum spazio-tempo, diritto e democrazia*, (2013); *La sterilizzazione umana in un approccio biogiuridico* (2013).

ADRIÁN RENTERÍA DÍAZ

Es Doctor en Filosofía Analítica y Teoría General del Derecho por la Universidad de Milán. Actualmente es Profesor Titular de Filosofía del Derecho y de Teoría General del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Insubria (Como, Italia), donde ha sido también Profesor de Bioética. Entre sus publicaciones más importantes *Il labirinto della giustizia. Giudice, discrezionalità, responsabilità*, Milán, FrancoAngeli, 2000; *Discrezionalità judicial y responsabilidad*, México, Fontamara, 2001 (reimpr. 2002); *El aborto entre la moral y el derecho*, Cd. Juárez (Méx.), Universidad Autónoma de Cd. Juárez, 2001; *Costituzione e democrazia. Tensioni, limiti, vincoli*, Milán, Giuffrè, 2005, *Teoria e pratica delle fonti del diritto* (en coautoría con G. D'Elia), Roma, Carocci, 2008 (reimpr. 2009).

SILVIA SALARDI

Es Profesora Titular de Filosofía del Derecho y Bioética en la Facultad de Derecho de la Universidad de Milano-Bicocca (Italia). Ella es coordinadora académica del proyecto Erasmus + Jean Monnet Module titulado "Emerging 'moral' technologies and the ethical-legal challenges of new subjectivities" y coordinadora científica del proyecto Erasmus+KA107 Learning Mobility of Individuals entre Universidade da Milano-Bicocca y Universidade Federal do

Espírito Santo Brasil. Ella ha publicado numerosos artículos en revistas científicas y monografías sobre temas bioéticos y de Filosofía del Derecho.

CIRO MILIONE

Doctor en Derecho por la Universidad de Córdoba (Licenciado en Derecho por la Università degli Studi di Messina, Italia), es Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional, acreditado a Profesor Titular. Ha sido investigador del área jurídica de la Fundación Pública “Centro de Estudios Andaluces” (Sevilla, España) con la que sigue colaborando. Ha desarrollado distintas estancias de investigación en Europa y Estados Unidos. Sus principales líneas de investigación están relacionadas con el sistema de tutela de los derechos fundamentales en Europa, el Estado del Bienestar y Estado de las Autonomías, Seguridad y Derecho.

ALICIA CÁRDENAS CORDÓN

Doctoranda en Derecho, se encuentra realizando labores de investigación sobre “Dignidad Humana y Derecho a la Memoria”. Es graduada en Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad de Córdoba. Ha realizado distintas estancias de investigación en Latinoamérica, particularmente en la Universidad Nacional Autónoma de México y en la Universidad Nacional de Colombia, colaborando con el Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” en materia de reparación a víctimas de conflictos armados. Es colaboradora del Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba desde el año 2016.

NATALINA STAMILE

Enseña “Filosofia e informatica giuridica” en el Dipartimento di Giurisprudenza de la Universidad de Bergamo, Italia. Ha sido profesora de “Teoría de la argumentación jurídica” y “Justicia constitucional italiana” y post-doc en el “Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídica da Universidade Federal do Paraná”, Brasil (2016-2019). *Visiting researcher* en numerosas universidades y autora de ensayos y artículos en diferentes idiomas. Sus principales áreas de investigación son Teoría y Filosofía del Derecho, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional e Informática Jurídica.

MARC-ABRAHAM PUIG HERNÁNDEZ

Investigador posdoctoral vinculado a la sección de Filosofía del Derecho en la Universidad de Barcelona desde septiembre de 2018. Me licencié (2012) y doctoré (2018) en Derecho en la misma facultad y realicé el máster en ética y política: ciudadanía y derechos humanos (2014) en la facultad de filosofía también de la Universidad de Barcelona. Además, desde 2012, practico el ejercicio libre de la abogacía siendo colegiado en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

CARLA PANSINI

Profesora Titular de Derecho Procesal Penal en la Università degli Studi di Napoli “Parthenope”. Doctora en Derecho Procesal, Penal interno, Internacional y Comparado por la Università degli studi di Perugia. Es Directora del Master Universitario en “Prevenzione dai rischi di infiltrazioni criminali nelle attività economiche, gestione, amministrazione e riutilizzo dei beni sequestrati e confiscati.”

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 approx. 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 2020), 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

- Los derechos de los animales en serio *por Rey Pérez, José Luis*
- La idea de persona y dignidad humana *por Bustamante Alarcón, Reynaldo*
- 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*

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

- Current issues on human rights *por Sungurov, Alexander, Fernández Liesa, Carlos Ramón, Barranco Avilés, María del Carmen, Llamazares Calazadilla, Maria Cruz y Pérez de la Fuente, Oscar (Editors)*
- 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*

CONSULTE TODOS LOS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN EN
www.dykinson.com

