DERECHOS Y LIBERTADES

Número 43, Época II, junio 2020

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

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

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

Adquisición y suscripciones

Dykinson, S.L.

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 Caracciolo (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 Avogrado")
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 Tremps (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 Bengoechea 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 Director 11

ARTÍCULOS

La implementación de la Agenda 2030 desde el enfoque basado en derechos humanos 19
The implementation of the 2030 Agenda using a human rights-based approach

Ángeles Solanes Corella

Legalidad y garantismo. Una lectura fulleriana de los principios del Derecho penal liberal 55
Legality and guarateeism. A fullerian vision of the principles of liberal criminal Law

Antonio Manuel Peña Freire

El malestar de la laicidad: algunas reflexiones sobre el caso italiano 85
The malaise of secularism: some reflections on the Italian case

Paola Chiarella

El coste de una decisión que se no quiere tomar. Observaciones acerca de la introducción del delito de tortura en el ordenamiento italiano y un esbozo de reformulación de la idea de legislador racional 109
The cost of an unwanted legislation. Critical remarks about the enactment of the crime of torture in Italian law and a realistic sketch of the idea of rational legislator

Francesco Biondo

Analíticos y/o latinos. En torno al método de la filosofía jurídica.....145
Analytics and/or Latins. On the method of legal philosophy

Ilario Belloni

El derecho a la filosofía: sobre la necesidad y urgencia de pensamiento crítico como cauce del derecho a la educación y freno del fracaso cultural.....159
The right to philosophy: about the need and urgency of critical thinking as a channel for the right to education and a brake on cultural failure

Angelo Anzalone

Normas indispensables. Notas sobre los derechos fundamentales y humanos en la teoría sistémica de Niklas Luhmann.....197
Necessary norms. Notes on fundamental and human rights in Niklas Luhmann's systemic theory

Arianna Maceratini

Sobre la pluralidad actual de las formas de familia: un asunto de derechos y tolerancia democrática.....219
On the current plurality of family forms: a matter of rights and democratic tolerance

Mª Dolores Pérez Jaraba

Kant y la dignidad humana en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....241
Kant and human dignity in the Inter-american Court of Human Rights

Jesús Ignacio Delgado Rojas

***Ethos* democrático y *Ethos* colonial: la educación en derechos humanos y la democracia como forma de vida**..273
Democratic Ethos and colonial Ethos: human rights education and democracy as a way of life

Eduardo C. B. Bittar

ISSN: 1133-0937

Reflexiones sobre la institución de la ciudadanía 303
Reflections on institution of citizenship

Laura Zavatta - Antonio Scaramozza

RECENSIONES

Thomas CASADEI y Gianfrancesco ZANETTI,
Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti 333
Gaetano Antonio Gualtieri

Alexander SUNGUROV, Carlos Ramón FERNÁNDEZ LIESA,
María del Carmen BARRANCO AVILÉS, María Cruz LLAMAZARES
CALAZADILLA y Oscar PÉREZ de la FUENTE (eds.),
Current issues on human rights 341
Renato Sotelo Torres

Luca BARBARI, Francesco De VANNA (ed.),
Il "diritto al viaggio". Abbecedario delle migrazioni 353
Sebastián Pattin

NOTICIAS

I Congreso Internacional de Alumnos y Alumnas
del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas,
Universidad Carlos III de Madrid, 22, 23 y 24 de enero 2020 361

Noticias de la unidad académica de DERTECNIA,
Derechos Humanos, Diversidad y Nuevas Tecnologías,
septiembre 2019 – febrero 2020.....364

Participantes en este número 367

NOTA DEL DIRECTOR

El número 43 de "Derechos y Libertades" se inicia con el trabajo *La implementación de la Agenda 2030 desde el enfoque basado en derechos humanos*, en el que Ángeles Solanes asume la perspectiva de género como transversal e integrada. Tras los errores detectados en los Objetivos de Desarrollo del Milenio, como precedente de los actuables Objetivos de Desarrollo Sostenible, se proponen herramientas para llevar a la práctica las propuestas de la Agenda a nivel nacional. En este sentido, se considera imprescindible implicar al conjunto de los actores, con especial atención al sector privado, y reforzar la rendición de cuentas como elemento de control y supervisión. Apostar por el mencionado enfoque en la implementación dinámica de la Agenda 2030, supone adoptar una perspectiva de análisis que afecta a todas las dimensiones a partir de los estándares internacionales de derechos humanos.

En *Legalidad y garantismo. Una lectura fulleriana de los principios del Derecho penal liberal,* Antonio Manuel Peña Freire analiza las relaciones entre la teoría del Derecho de Lon Fuller y el garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli, señalando que comparten fundamento y, por esa razón, los segundos pueden ser leídos a la luz de los primeros. A lo que hay que añadir que los principios garantistas tienen una dimensión constitutiva del Derecho penal, que va más allá de la que Ferrajoli les atribuyó. En este sentido, rupturas y excepciones significativas a principios como la culpabilidad, la presunción de inocencia o el exclusivo sometimiento del juez al Derecho, dan lugar no a manifestaciones iliberales o autoritarias de Derecho penal, como Ferrajoli sostuvo, sino a formas de control social extrapenales e incompatibles con la forma del Derecho.

Paola Chiarella reflexiona sobre algunas dimensiones de la relación entre laicidad y espacio público en su trabajo *El malestar de la laicidad: algunas reflexiones sobre el caso italiano.* En el mismo, se asume como punto de partida el reconocimiento de que la delimitación de las fronteras del poder religioso y del poder civil es un proceso complejo y diferenciado en Europa que se completa con el reconocimiento del principio de laicidad como un pilar de los sistemas jurídicos modernos. Gracias a su fuerte poder emancipador, las

cuestiones jurídicas y políticas se deciden en contextos discursivos que están cada vez menos influenciados por la referencia al concepto de una verdad superior e indiscutible, y se refieren al principio de autoridad y autonomía de lo político. Sin embargo, ningún principio jurídico está a salvo de ataques peligrosos que, en el caso de la laicidad, volverían a proponer un discurso político lleno de simbolismo y referencias religiosas que violan, como en el caso italiano, la libertad de conciencia y el ideal de una sociedad inclusiva.

El escenario italiano también es tomado en consideración por Francesco Biondo en *El coste de una decisión que se no quiere tomar. Observaciones acerca de la introducción del delito de tortura en el ordenamiento italiano y un esbozo de reformulación de la idea de legislador racional.* Como es sabido, el 5 de julio de 2017 el Parlamento italiano aprobó la Ley 110/2017, que introdujo el delito de tortura en el ordenamiento jurídico. La tesis que se defiende en el trabajo es que la falta de voluntad de legislador en insertar en el Código Penal un delito específico de tortura obliga a reformular el modelo del legislador racional. En realidad, el legislador italiano ha actuado no tanto movido por la voluntad de resolver un problema como por el intento de evitar pagar un alto coste electoral cuando ya es evidente que debe tomar una decisión al respecto porque así lo exige el Tribunal de Estrasburgo. A pesar de esto, y aunque el texto legal finalmente aprobado es ambiguo y presenta un notable déficit de determinación, puede ser considerado "éticamente racional" en la medida en que mejora las garantías legales frente a los actos de tortura. Así se puede concluir que una reformulación en sentido realista de la idea de legislador racional no implica la asunción de algún tipo de no cognitivismo ético.

En *Analíticos y/o latinos. En torno al método de la filosofía jurídica*, Ilario Belloni propone una reflexión metodológica sobre la filosofía del Derecho dirigida a superar, armonizándolo, el contraste tradicional entre una perspectiva típicamente "analítica" y una "histórica". Para ello reconsidera las formas de hacer filosofía del Derecho propuestas por estudiosos como Uberto Scarpelli y Guido Fassò dentro de la filosofía *jurídica* italiana a mediados del siglo XX y evalua la síntesis de estas formas de cara a ofrecer una visión "integrada" a los filósofos del Derecho de diferentes orígenes.

La consideración de la filosofía como elemento esencial de la actividad humana constituye el punto de partida del trabajo de Angelo Anzalone, *El derecho a la filosofía: sobre la necesidad y urgencia de pensamiento crítico como cauce del derecho a la educación y freno del fracaso cultural.* En el artículo se retoman tesis de Derrida para reivindicar la necesidad de personas capaces y deseo-

sas de pensar y reflexionar. Así, el autor se detiene en la consideración de un derecho a la filosofía, entendido como el contenido concreto del derecho a la educación, necesario para asegurar la participación del ser humano en sociedad, e imprescindible en la idea de un ser humano formado no solamente en competencias técnicas sino también filosóficas, que puede y debe comprometerse sentimentalmente con los demás para un correcto ejercicio de su estatus ciudadano en el horizonte democrático.

La propuesta de Arianna Maceratini gira en torno al pensamiento de Niklas Luhmann. En *Normas indispensables. Notas sobre los derechos fundamentales y humanos en la teoría sistémica de Niklas Luhmann*, la autora se centra en el análisis luhmanniano de los derechos, de acuerdo con el cual los derechos desarrollan una función en relación con el sistema jurídico y con el sistema social en su conjunto. Esa función consiste en asegurar el nexo y la diferenciación comunicativa entre sistema político y sistema jurídico, que refleja la que existe entre sistema político y sociedad. Los derechos permiten que el sistema político evite extender su esfera de competencia a las diferentes esferas de la comunicación pública, al liberar de su potencial dominio fenómenos sociales ajenos a él, y al consolidar la estructura burocrática estatal. De esta manera, puede afirmarse que los derechos constituyen un momento crucial en la teoría de Luhmann dado que, al insertar una fuente de legitimación normativa externa al sistema jurídico, identificada en el escándalo generado en la opinión pública por la vulneración de los derechos humanos, expone el sistema jurídico al riesgo de pérdida de su especificidad funcional.

En *Sobre la pluralidad actual de las formas de familia: un asunto de derechos y tolerancia democrática*, María Dolores Pérez Jaraba reflexiona sobre la evolución que la institución familiar a lo largo de la historia originada por los cambios culturales, sociales y legales, siendo determinantes para ello los nuevos valores democráticos, la globalización y el reconocimiento de los derechos humanos de sus miembros. Desde esta perspectiva se plantea la necesidad de reconsiderar el valor de la tolerancia democrática en la institución familiar, para que la misma funcione como posible modelo de ciudadanía democrática.

Jesús Ignacio Delgado Rojas, en *Kant y la dignidad humana en la Corte Interamericana de Derechos Humanos* recupera el tratamiento clásico kantiano de la dignidad y ofrece una lectura contemporánea aplicable a problemas actuales. En el trabajo se analiza cómo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos utiliza la idea de la dignidad huma-

na para justificar muchas de sus decisiones, mostrando que las democracias latinoamericanas, a pesar de algunas fragilidades heredadas de su reciente historia convulsa, asumen la fuerza e importancia que tiene la dignidad para la garantía de los derechos humanos.

El contexto latinoamericano también constituye el escenario en el que Eduardo C. B. Bittar, en Éthos *democrático y* éthos *colonial: la educación en derechos humanos y la democracia como forma de vida,* discute el desarrollo del éthos democrático, concepto opuesto al de éthos colonial, y que se encuentra en la raíz de los procesos sociales jerárquicos que dificultan los avances de la cultura democrática. En el trabajo, a partir del concepto de esfera pública y su relación con el mundo de la vida, se desarrolla la relación de co-dependencia entre democracia y respeto a los derechos humanos. Ante estos desafíos, la tarea de la educación en derechos humanos pasa a ser la de desenmascarar, por un lado, y de otro lado la de promover, cultivar y fomentar valores democráticos y republicanos. Desde esta perspectiva, la educación en derechos humanos es analizada como una potente forma de cultivar la democracia y la cultura de derechos humanos.

Cerramos la sección de artículos de este número con el trabajo de L. Zavatta y L. Scaramozza, *Reflexiones sobre la institución de la ciudadanía*. En el mismo, se toma constancia de que tras un tiempo de cierta estabilidad, los debates sobre la cuestión de la ciudadanía vuelven con fuerza a la escena política y social europea, perfilándose en el horizonte un cambio de esta institución jurídica, o al menos la necesidad de adoptar una postura al respecto. La cuestión se refiere tanto a la evaluación, en curso en varios países europeos, de la adopción del criterio del *ius soli* en lugar del *ius sanguinis* predominante a efectos de la concesión de la ciudadanía, como a la complejidad de la demanda de independencia de un pueblo o una minoría de un Estado soberano, lo que implica la transición de este último a un nuevo Estado, es decir, de una ciudadanía a otra.

* * *

Para cerrar esta nota introductoria, me gustaría señalar una doble circunstancia por la que, los que trabajamos directamente en la revista, recordaremos este número. Como el lector podrá observar, este número 43

de "Derechos y Libertades" abre una nueva etapa en la revista, ya que nos transformamos en una revista plenamente electrónica. La posibilidad de llegar a más lectores, de aumentar la difusión y conocimiento de sus contenidos, junto a la necesidad de asegurar la supervivencia del proyecto desde el punto de vista económico, nos han llevado a la conclusión de que la decisión que tomamos en estos momentos es la más conveniente. La difusión del pensamiento y de la investigación, y el acceso al conocimiento, exige en nuestros días asumir nuevas estrategias y no hemos querido dar la espalda a la realidad que nos rodea. Pero además, estos son los días en los que España, Europa y el Mundo entero sufre una pandemia que, sin duda, va a marcar a las generaciones presentes y futuras y que sin duda también va a provocar profundos cambios de todo tipo. Desde los económicos y sociales, a los políticos y morales. Cambios que sin duda afectarán al modo de reivindicar, ejercer y garantizar los derechos. Ya lo están haciendo, en días, semanas y meses en los que surgen los sentimientos de incertumbre, fragilidad y la sensación –que se transforma en realidad- de vulnerabilidad; aquellos frente a los que los derechos están llamados a garantizar a la persona. Ya habrá tiempo de reflexionar sobre ello. Lo que en estos momentos quiero señalar es que los que trabajamos en la revista recordaremos este número también por esta circunstancia y también por el esfuerzo que, comenzando por el trabajo y dedicación del Secretario, Oscar Pérez de la Fuente, se ha hecho para que "Derechos y Libertades" acudiera puntual a la cita con los interesados en el análisis del discurso de los derechos.

Francisco Javier Ansuátegui Roig
Director

ARTÍCULOS

LA IMPLEMENTACIÓN DE LA AGENDA 2030 DESDE EL ENFOQUE BASADO EN DERECHOS HUMANOS

THE IMPLEMENTATION OF THE 2030 AGENDA USING A HUMAN RIGHTS-BASED APPROACH

Ángeles Solanes Corella
*Universitat de València**

Fecha de recepción 29-3-19
Fecha aceptación: 24-7-19

Resumen: *Este trabajo aborda la implementación de la Agenda 2030 desde el enfoque basado en derechos humanos como marco conceptual, toma como perspectiva transversal e integrada la de género. Tras los errores detectados en los Objetivos de Desarrollo del Milenio, como precedente de los actuables Objetivos de Desarrollo Sostenible, se sugieren herramientas para llevar a la práctica las propuestas de la Agenda a nivel nacional. Para ello es imprescindible implicar al conjunto de los actores, con especial atención al sector privado, y reforzar la rendición de cuentas como elemento de control y supervisión. Apostar por el mencionado enfoque en la implementación dinámica de la Agenda 2030, supone adoptar una perspectiva de análisis que afecta a todas las dimensiones a partir de los estándares internacionales de derechos humanos.*

Abstract: *This work addresses the implementation of the 2030 Agenda using a human rights-based approach as a conceptual framework, considering gender from an integrated, transversal perspective. Following the errors detected in the Millennium Development Goals as a precedent of the current Sustainable Development Goals, some tools are presented to implement the proposals of the Agenda at a national level. To this end, the participation of all the actors involved is essential, paying special attention to the private sector, as is the reinforcement of accountability as an element for control and supervision. Commitment to the aforementioned focus on the dynamic implementation*

* Este artículo ha sido realizado en el marco del proyecto I+D+I DER2015-65840-R (MICINN/FEDER) "Diversidad y Convivencia: los derechos humanos como guía de acción", del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

of the 2030 Agenda implies adopting a perspective of analysis that affects all dimensions based on international human rights standards.

Palabras clave: desarrollo sostenible, Agenda 2030, implementación, ODS, EBDH, rendición de cuentas
Keywords: sustainable development, 2030 Agenda, implementation, SDGs, HRBA, accountability

1. INTRODUCCIÓN

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada por Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015[1], se concibió como un plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad, para la construcción de sociedades pacíficas, justas e inclusivas, que protejan los derechos humanos y creen las condiciones de un crecimiento económico sostenible, inclusivo y sostenido, teniendo en cuenta los diferentes niveles nacionales de desarrollo y capacidad. En ella se plantean 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), 169 metas y 230 indicadores que tienen un carácter integrado e indivisible, abarcando las esferas económica, social y ambiental. La finalidad principal de la Agenda es "hacer realidad los derechos humanos de todas las personas", involucrando a los diferentes Estados a partir de los ODS que son el resultado de un proceso participativo e inclusivo de negociaciones intergubernamentales.

Como expresamente se señala en la Agenda 2030 esta se basa en los principios de la Carta de las Naciones Unidas, con especial atención al respeto del derecho internacional. En esa línea, sus fundamentos son la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados internacionales sobre la materia, la Declaración del Milenio y el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, así como otros instrumentos, como la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo. Además se alude expresamente a los resultados de todas las grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas, que han establecido una base sólida para el desarrollo sostenible, en particular la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, la Plataforma de Acción de Beijing, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, y las actividades de seguimiento de dichas conferencias.

[1] AGNU, Asamblea General de Naciones Unidas, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Septuagésimo período de sesiones, A/RES/70/1, 2015.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1177

Desde su adopción en 2015, y con el balance de los primeros años de aplicación, es importante conocer los avances en los ODS a nivel mundial. Del índice ODS[2] se desprenden algunos datos iniciales que dejan constancia del enorme reto que supone la consecución de los objetivos y del hecho de que, hasta el momento, solo unos pocos países han tomado acciones decisivas para alcanzarlos. Como se constata en el mencionado informe, la mayoría de países están realizando avances que son más lentos en los objetivos medioambientales. Los Estados de renta alta prácticamente han erradicado la pobreza extrema o el hambre, sin embargo, obtienen bajas puntuaciones en objetivos como "consumo y producción responsable", "acción climática" o "protección de la vida submarina". Los países de renta baja han realizado avances considerables en la erradicación de la pobreza, el acceso a la salud o a la educación, pero todavía tienen retos en infraestructuras o en los mecanismos para gestionar las problemáticas ambientales, por ello, su puntuación general se mantiene todavía muy por debajo de los países de renta alta. España no aprueba ninguno de los ODS, puntuando especialmente bajo en los objetivos 9 (innovación), 12 (consumo y producción), 13 (cambio climático) y 14 (vida submarina). Sin embargo, en el caso español, existe una tendencia positiva en cinco ODS (salud, igualdad de género, gestión del agua, energía y acción climática). Igualmente se detecta una tendencia al retroceso en los objetivos relativos a la lucha contra las desigualdades y en las alianzas para lograr los ODS. De los datos se desprende que el estancamiento de la ayuda oficial al desarrollo y de la inversión en investigación, la elevada tasa de desempleo o la falta de una estrategia activa para la protección del océano, afectan a los resultados de España en relación con la escena internacional y, en particular, con los países de la Unión Europea. Queda, por tanto, un largo camino por recorrer para la consecución de los ODS y, con ellos, de mayores garantías de los derechos humanos.

Como acertadamente recuerda Fernández Liesa[3] todos los ODS se relacionan con el goce efectivo de los derechos humanos. El gran desafío es conseguir que sean reales y eficaces lo cual exige ir más allá del binomio entre derecho humano y obligación para impulsar políticas nacionales e interna-

[2] La edición 2018 del SDG Index presenta una evaluación de los esfuerzos gubernamentales para lograr los ODS y establece un ranking mundial que mide el avance de los ODS en 193 países. J. SACHS, G. SCHMIDT-TRAUB, C. KROLL, G. LAFORTUNE and G. FULLER, *SDG Index and Dashboards Report 2018. Global Responsibilities. Implementing the goals*, Bertelsmann Stiftung and Sustainable Development Solutions Network (SDSN), New York, 2018.

[3] C. R. FERNÁNDEZ LIESA, "Transformaciones del Derecho internacional por los objetivos de desarrollo sostenible", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 32, 2016, p. 52.

cionales que favorezcan un contexto de realización de los derechos humanos. Por eso, los objetivos intentan promocionar en una determinada dirección la acción de los Estados y de la comunidad internacional. Ciertamente ello no puede suponer que se diluyan las conquistas que se han realizado en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, si no más bien al contrario, que estas se consoliden. Hay que insistir en que el cumplimiento de los ODS y el respeto de los derechos humanos no solo están interconectados, sino que son inseparables de tal manera que aquellos han de ser articulados a la luz del enfoque que tales derechos proporcionan[4].

A partir de esa visión, este trabajo propone abordar la implementación de la Agenda 2030 desde el enfoque basado en derechos humanos (EBDH) como marco conceptual, tomando como perspectiva transversal, ineludible e integrada en el mismo, la de género, para superar los errores detectados en los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) como precedente de los ODS, y proponer herramientas para llevar a la práctica las propuestas de la Agenda a nivel nacional, que impliquen al conjunto de los actores con especial atención al papel que debe desempeñar el sector privado.

Apostar por el EBDH en la implementación de la Agenda 2030, y por tanto en la concreción de los ODS, supone adoptar una perspectiva de análisis que afecta a todas las dimensiones: política, jurídica, económica y social, y a diferentes ámbitos (público: institucional y técnico; y privado: empresas, organizaciones de la sociedad civil, etc.) para conseguir que la consecución de los objetivos y sus metas (con la consiguiente aplicación de los indicadores) vinculados a la Agenda, solo pueda ser concebida a la luz de los derechos humanos en cuanto norma, principio y fin, es decir, desde el prisma de ese ideal de justicia que tales derechos son como garantía de la dignidad humana.

2. UNA APROXIMACIÓN TERMINOLÓGICA AL ENFOQUE BASADO EN DERECHOS HUMANOS: PARA MEJORAR LOS ODM

Los ODM constituyeron el antecedente histórico de los ODS. En septiembre del 2000, en la Cumbre del Milenio se aprobó una Declaración con el

[4] S. CUMMINGS et al., "Critical discourse analysis of perspectives on knowledge and the knowledge society within the Sustainable Development Goals", *Dev Policy Rev.*, núm. 36, 2018, p. 739 y P. J. MARTÍNEZ OSÉS e I. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "La agenda 2030: ¿cambiar el mundo sin cambiar la distribución del poder?", *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 33, 2016, p. 98.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1177

compromiso mundial de reducir la pobreza extrema y alcanzar el desarrollo humano y los derechos humanos, así surgían los ODM. La Declaración del Milenio[5] ponía el énfasis en esa responsabilidad de la comunidad internacional insistiendo en la necesidad de "respetar y defender los principios de la dignidad humana, la igualdad y la equidad en el plano mundial". Se apelaba así a la Carta de Naciones Unidas en cuanto al establecimiento de una paz justa y duradera, que respetara la soberanía de los Estados, promoviendo la solución de conflictos mediante medios pacíficos desde la justicia y el derecho internacional; y a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), haciendo especial mención al desarrollo. No puede negarse, por tanto, que ya había una relación entre los derechos humanos y los ODM, ambos podían considerarse como dos marcos interdependientes, que se reforzaban entre sí mutuamente.

Ahora bien, existían también importantes diferencias: 1. los derechos humanos tienen un alcance más amplio que el previsto para los ODM centrados en las áreas más importantes para alcanzar el desarrollo humano; 2. los derechos humanos se aplican y postulan en todos los Estados, mientras que los ODM se referían principalmente a países en desarrollo; 3. los derechos humanos en cuanto están consagrados en la DUDH y en posteriores convenciones internacionales son vinculantes, obligan a los Estados que han ratificado esas disposiciones, en cambio los ODM eran objetivos en materia de desarrollo con metas e indicadores que no eran obligatorios; 4. los derechos humanos no tienen un plazo en su aplicación, mientras que los ODM fueron acordados para su cumplimento en 2015; 5. los ODM tenían que ser evaluados para monitorear el progreso[6].

Los ODM se articularon tomando en consideración las obligaciones en materia de derechos humanos, de tal manera que cada uno de los Estados, en su

[5] Los Objetivos 1 a 7 tenían como meta luchar contra la pobreza y el hambre, promover la escolarización, fortalecer a las mujeres, reducir la mortalidad infantil, mejorar la salud materna, combatir el VIH/SIDA, la malaria y otras enfermedades, y asegurar un medio ambiente sostenible. El Objetivo 8 expresamente señalaba que la erradicación de la pobreza requería, como requisito imprescindible, la cooperación internacional. Estos objetivos básicos debían implementarse en un periodo de 15 años. AGNU, Asamblea General de Naciones Unidas (2000), *Declaración del Milenio*, Quincuagésimo quinto período de sesiones, A/RES/55/2, 2000, párr. 1-7.

[6] PNUD, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (2006), *Derechos humanos y Objetivos de Desarrollo del Milenio. Establecimiento de una relación*, Centro de Oslo para la Gobernanza, Oslo, Noruega, 2016, pp. 11-12 y R. MANNING, "Using indicators to encourage development. Lessons from the MDGs", *DIIS Report*, 2009, p. 6.

estrategia de reducción de la pobreza basada en los objetivos, debía remitirse a dichas obligaciones internacionales voluntariamente asumidas[7]. La prioridad de vincular la implementación de los ODM con los derechos humanos se plasmó en una forma de análisis para el sector del desarrollo, que pretendía atender a las necesidades de los especialistas proponiendo un marco analítico con los siguientes elementos: 1. alinear los objetivos con los derechos humanos, armonizando las metas y los indicadores de los ODM con las normas de derechos humanos; 2. ser transformadores, adoptando un criterio basado en los derechos humanos para el empoderamiento y la participación en el establecimiento de metas, la formulación de políticas y la ejecución; 3. asignar prioridad a los derechos, adoptando decisiones de política y de asignación de recursos dentro de un marco de derechos humanos; y 4. reivindicar los ODM garantizando los derechos, mecanismos de rendición de cuentas y estrategias sostenibles.

Aún cuando los ODM supusieron un importante marco internacional para el desarrollo de los países y se tuvo presente la imprescindible vinculación entre estos y los derechos humanos, también recibieron importantes críticas, entre ellas; el hacer caso omiso en parte a la fuerza jurídica y el valor instrumental de los derechos humanos; no estar suficientemente enfocados en las desigualdades dentro de los Estados; centrarse en los países en desarrollo; el carácter excesivamente tecnocrático de los ODM y las instituciones estrechamente asociadas; la debilidad de los mecanismos internacionales de rendición de cuentas; y la ausencia de un proceso participativo[8].

Para responder y hacer frente a estas críticas, en la evolución que los ODS suponen, es imprescindible incorporar el EBDH. En 2003, el Grupo de

[7] Ello podía hacerse con una evaluación de los derechos humanos que incluyera reconocer que estos ya comprenden muchos de los objetivos, como por ejemplo los relativos a cuestiones vinculadas a la pobreza, hambre, educación, salud y medio ambiente; remitirse a las obligaciones establecidas por los tratados internacionales, al derecho consuetudinario y a las normas jurídicas pertinentes dentro del contexto nacional; y aceptar los Objetivos de Desarrollo del Milenio como metas intermedias que contribuían a la progresiva realización de los resultados básicos de desarrollo. Los subsiguientes objetivos de desarrollo podían entonces expresarse en términos de suprimir las carencias, la discriminación de género y el hambre, y promover la salud, la participación social y política y el acceso a la información para el desarrollo. Vid. J. D. SACHS (dir.), *Invirtiendo en el desarrollo: Un plan práctico para conseguir los Objetivos de Desarrollo del Milenio*, Proyecto del Milenio de las Naciones Unidas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Nueva York, 2005, p. 145.

[8] ACNUDH, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Reivindicar los objetivos de desarrollo del milenio: un enfoque de derechos humanos*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2008, VII y p. 5.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1177

Desarrollo de las Naciones Unidas (GNUD) ya señaló la necesidad de incorporar esta perspectiva en el entendimiento común de las Naciones Unidas sobre un enfoque basado en los derechos humanos para la cooperación al desarrollo. Se subrayó en ese momento la necesidad de desarrollar dicho entendimiento para asegurar que los organismos de la ONU, fondos y programas, aplicaran un enfoque basado en los derechos humanos de conformidad con los procesos comunes de programación a nivel mundial y regional, y en especial en los países en relación con el análisis de la situación del país (CCA) y el marco de asistencia de las Naciones Unidas para el desarrollo (MANUD)[9].

El EBDH supone recurrir a un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que desde el punto de vista normativo está basado en el denominado estándar mínimo internacional derechos humanos y, desde el punto de vista operacional, está orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos. Deben así prevalecer los principios presentes en dicho estándar tales como la universalidad, inalienabilidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación, igualdad y no discriminación, participación e inclusión, rendición de cuentas e imperio de la ley. En el ámbito del desarrollo, lo que se persigue es analizar las desigualdades que se encuentran en el centro de los problemas del mismo para corregir las prácticas discriminatorias y el injusto reparto del poder que obstaculizan el progreso[10].

El EBDH puede considerarse, por tanto, como una forma de análisis en el sector del desarrollo que atiende las necesidades específicas e influye en la elaboración de políticas para la promoción de los derechos humanos en todos los países. Por eso, el presupuesto de dicho enfoque se basa en asumir la noción y el reconocimiento de los derechos humanos como base del desarrollo personal y social de todos los seres humanos. El EBDH ofrece, en definitiva, lo que Verdiales[11] define como un marco institucional y operativo

---

[9] HRBA Portal, "The Human Rights Based Approach to Development Cooperation: Towards a Common Understanding Among UN Agencies", 2003, *http://hrbaportal.org/the-human-rights-based-approach-to-development-cooperation-towards-a-common-understanding-among-un-agencies* (consultado 15.2.2019).

[10] OACDH, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2006, p. 15, *https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf* (consultado 16.2.2019).

[11] D. M. VERDIALES LÓPEZ, "La importancia del enfoque de los derechos humanos en los objetivos de desarrollo del sostenible", en C. R. FERNÁNDEZ LIESA y C. M. DÍAZ BARRADO (dirs.), D. M. VERDIALES LÓPEZ (coord.), *Objetivos de desarrollo sostenible y derechos humanos: paz, justicia e instituciones sólidas/ derechos humanos y empresas*, Instituto de

que permite trabajar de forma transversal en las políticas nacionales, influir en los programas económicos y sociales de los países e incorporar indicadores sobre el alcance de los derechos humanos en las estrategias nacionales, los cuales pueden relacionarse con las metas y estrategias promovidas desde los ODS.

Como recuerda García Medina[12], el EBDH permite concretar las obligaciones incumplidas desde dos puntos de vista, el del titular obligado y el los titulares de la responsabilidad, al mismo tiempo que posibilita la detección de las denominadas brechas de capacidad que faciliten la concreción de las acciones necesarias, a diferencia de lo que ocurre en el enfoque basado en las necesidades. Así, el EBDH implica un proceso de realización de derechos individuales y colectivos de tal manera que se sitúa a los titulares de derechos en situación de reclamarlos, afrontando tanto las causas estructurales de los problemas como las consecuencias que producen. El EBDH al fundamentarse en estándares normativos tiene un respaldo legal y jurídico, es decir, es exigible, obligatorio y permite identificar a los titulares de derechos y obligaciones. Además, al participar de las características de los derechos humanos, es irrenunciable, universal, integral, no discriminatorio y promotor del desarrollo humano. En cambio, el enfoque de necesidades considera que estas son la justificación de la actuación y, por tanto, le basta un resultado que minimice la necesidad de forma inmediata.

Esta perspectiva exige que los planes, las políticas y los procesos de desarrollo se alineen con los derechos y deberes establecidos en el derecho internacional, lo cual implica, como se señala desde Naciones Unidas[13], tomar en consideración diferentes aspectos: al formular las políticas y los programas de desarrollo, el objetivo principal debe ser la realización de los derechos humanos; identificar a los titulares de derechos y de deberes así como el contenido del derecho y las obligaciones; fortalecer la capacidad de dichos titulares para reivindicar sus derechos y de los titulares de deberes para cumplir sus obligaciones; y orientar la labor de cooperación y programación del

Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III de Madrid, núm. 9, 2018, p. 88.

[12] J. GARCÍA MEDINA, "La trata de seres humanos desde un enfoque basado en derechos humanos", en M. P. PANDO BALLESTEROS, A. MUÑOZ RAMÍREZ y P. GARRIDO RODRÍGUEZ (coords.), *Pasado y presente de los derechos humanos: mirando al futuro,* Los libros de la Catarata, Madrid, 2016, p. 285.

[13] OACDH, Preguntas *frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*, cit., anexo II.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1177

desarrollo en todos los sectores y las fases del proceso desde los principios y las disposiciones contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos.

La dimensión que añade este enfoque en el ámbito del desarrollo lleva a asumir que la pobreza, o la ausencia de un adecuado desarrollo, es producto no solo de la falta de recursos sino también de derechos, en su reconocimiento y garantía. Por eso el enfoque basado en derechos humanos puede verse como una forma diferente de contribuir al desarrollo, más allá de la estricta dimensión economicista que había primado en los ODM. El EBDH refuerza con sus aportaciones dos dimensiones[14]. Por una parte, la relativa a las personas, que deben situarse en el centro de las intervenciones, no solo como destinatarios de las mismas, sino como protagonistas que deben tomar decisiones, defender y dotar de contenido sus derechos. Por otra parte, el EBDH relaciona directamente aquellas necesidades no cubiertas con la posible vulneración o incumplimiento de un derecho humano, de tal manera que solo cubriendo aquellas se dota de contenido a estos en cumplimiento del estándar mínimo internacional de derechos humanos. En este punto se pone en evidencia la importancia que esa perspectiva otorga a la realización de los derechos de las poblaciones excluidas, desde la universalidad, aunque los recursos limitados exijan el establecimiento de prioridades.

Desde una dimensión práctica el enfoque basado en derechos humanos supone, además[15]: 1. un planteamiento holístico que abarca a la sociedad en todas sus dimensiones, teniendo presente el marco social, político y legal que determina los deberes y las responsabilidades; 2. los resultados concretos, el nivel de prestación de servicios y la conducta se derivan de los instrumentos internacionales de derechos humanos; 3. se prioriza el proceso participativo, por ejemplo, ayudando en el desarrollo del marco político y legislativo necesario para institucionalizar procesos democráticos; 4. se propugna la transparencia, la rendición de cuentas y la vigilancia en el cumplimiento de sus respectivas obligaciones por parte de los Estados, acudiendo a las recomendaciones de los órganos creados en virtud de los tratados de derechos humanos y a evaluaciones públicas e independientes de la actuación del Estado;

[14] M. GÓMEZ GALÁN, "Los derechos humanos y el desarrollo: hacia un camino compartido", en F. M. MARIÑO MENÉNDEZ, M. GÓMEZ GALÁN y J. M. DE FARAMIÑÁN GILBERT (coords.), *Los derechos humanos en la sociedad global: mecanismos y vías prácticas para su defensa*, CIDEAL, Madrid, 2011, pp. 315-339.

[15] OACDH, *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo,* cit., pp. 16-17.

5. se consiguen resultados sostenidos, ya que, por ejemplo, se aumenta la capacidad de los agentes para que el Estado rinda cuentas; 6. se fortalece la cohesión social con los mencionados procesos participativos.

Esta propuesta de EBDH incluye e integra, de modo indisoluble, el enfoque de género. Como mantienen Masferrer, Orenga y Palacios[16], el enfoque de género analiza y toma en consideración la inequidad, la discriminación y los desequilibrios de poder específicos que sufren las mujeres en todos los ámbitos de la vida, lo cual supone atender a las desigualdades en el acceso y en la realización de los derechos, con especial atención a aquellas que afectan a las mujeres y niñas. Con ello, lo que se consigue es ir más allá de los efectos inicialmente visibles e inmediatos en el caso de vulneraciones de derechos o problemas concretos, para identificar y abordar las causas estructurales que las provocan. Esta perspectiva de género, en conexión con los derechos humanos, puede enfocarse desde distintas dimensiones[17]: de forma sucesiva o paralela, en el que se considera que el enfoque de derechos humanos y el de género son diferentes aunque complementarios, de tal manera que habría que distinguir como dos ejercicios de reflexión sucesivos para evitar la invisibilización de las cuestiones de género; desde una dimensión transversal de los derechos humanos, que entendería la perspectiva de género como el acceso igualitario de hombres y mujeres, revisando la situación de los grupos más vulnerables desde los factores relacionados con el género; y, por último, considerando la igualdad como un derecho humano más, de tal forma que la igualdad de género sería un derecho inalienable en línea con los demás derechos reconocidos en el marco internacional.

En este trabajo se consideran admisibles las dos primeras perspectivas, puesto que, la forma de evitar que en el análisis se reduzca y oculte el de género hasta prácticamente hacerlo desaparecer, es integrándolo siempre en una perspectiva sucesiva, o enfocándolo transversalmente sin diluirlo. En ese sentido, la implementación de la Agenda 2030, y la concreción de

[16] M. MASFERRER, J. ORENGA y A. PALACIOS, *La aplicación del Enfoque de Género y Basado en los Derechos Humanos (EG y BDH) en la cooperación para el desarrollo. Guía práctica*, Institut de Drets Humans de Catalunya, enero 2018, p. 7.

[17] J. A. LIGERO LASA, J. ESPINOSA FAJARDO, C. MORMENEO CORTÉS y M. BUSTELO RUESTA, *Diferentes aproximaciones para hacer una evaluación sensible al género y al enfoque basado en derechos humanos para el desarrollo*, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Secretaría de Estado de Cooperación Internacional y para Iberoamérica. Secretaría General de Cooperación Internacional para el Desarrollo, AECID, Madrid, junio 2014, p. 77.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1177

los diferentes ODS no puede realizarse (en ningún caso) sin la dimensión de género porque ello implicaría la vulneración o violación de derechos. En ese sentido, el EBDH que aquí se mantiene propone un análisis transversal, en los diferentes sentidos del término que señala la RAE: como un estudio que atañe a distintos ámbitos o disciplinas y que estudia la estructura de un problema en un momento dado. Este enfoque va a exigir, siempre, la perspectiva de género desde una dimensión holística, no como dos ejercicios de reflexión sucesivos que pueden ser complementarios, si no como un todo integrado que hace que en ausencia del segundo el primero sea deficitario y a la inversa. Ello supone asumir que no es posible aplicar el EBDH sin atender a las diferentes dimensiones de género que apunta Espinosa[18], por ejemplo, la división sexual del trabajo, los roles de género, la participación femenina y masculina en los espacios privados y públicos, el control del uso del cuerpo femenino, las necesidades prácticas y estratégicas de género, los usos del tiempo por parte de hombres y mujeres, y el acceso y control sobre recursos y beneficios por parte de ambos sexos. Si esa perspectiva queda incluida, con un peso específico, se puede tomar en consideración las diferentes dimensiones de los derechos humanos y los parámetros ligados a ellas, tales como la disponibilidad, la accesibilidad, la calidad, la aceptabilidad, la participación y la sostenibilidad, que se relacionarán con los indicadores de los ODS.

3. LA RELACIÓN ENTRE LA CONCRECIÓN DE LOS ODS Y EL EBDH

En la Agenda 2030 expresamente se insiste en que, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, todos los Estados tienen la responsabilidad de respetar, proteger y promover los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas, "sin hacer distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad o cualquier otra condición"[19]. La implementación de la Agenda 2030 supone, por tanto, profundizar en la transversalización de los derechos humanos en

[18] J. ESPINOSA FAJARDO, "La evaluación sensible al género: una herramienta para mejorar la calidad de la ayuda", en B. LEYRA FATOU y A. M. PÉREZ CAMPOREALE (eds.), *Cuadernos de género nº 2: Integración del enfoque de género en Políticas, Planes y Proyectos para el desarrollo: avances, retrocesos, desafíos y propuestas para una adecuada implementación,* Instituto Complutense de Estudios Internacionales, Madrid, 2013, pp. 113-124.

[19] AGNU, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, cit., párr. 10, 11 y 19.

el trabajo por el desarrollo, y reforzar su realización. Para ello los objetivos, las metas y los diferentes indicadores están alineados específicamente con tales derechos. Es fundamental esa idea que subyace en este instrumento de concebir los derechos humanos como medio y fin del desarrollo para articular un modelo enfocado en las personas para un desarrollo más sostenible y equitativo que, según su lema, "no deje a nadie atrás".

Los ODS contribuyen, de forma determinante, a la visibilidad de los derechos y evidencian el mencionado enfoque indivisible de los derechos humanos, centrándose además en integrar las denominadas 5 p (people, planet, prosperity, peace, partnerships); personas, planeta, prosperidad, paz y participación colectiva (alianzas), para conseguir el logro del desarrollo sostenible. Estas cinco dimensiones, sin renunciar al enfoque de los tres elementos tradicionales en el ámbito del desarrollo: inclusión social, crecimiento económico y protección medioambiental, hacen que el concepto de desarrollo sostenible tenga un significado más profundo al añadir como nociones fundamentales la participación colectiva y la paz. Ello no significa que estén exentos de deficiencias, por ejemplo, en relación a la necesidad de tomar en consideración la estrecha relación entre la integración de las cuestiones ambientales y sociales y las sinergias que resultan de su dependencia mutua en un nuevo paradigma de la sostenibilidad justa, pero permiten avanzar en términos de justicia social[20].

Los ODS surgen con importantes diferencias respecto a los ODM. En primer lugar, por su pretensión universal, en la línea que se apelaba a la universalidad a propósito de los derechos humanos anteriormente. Mientras que los ODM se articularon especialmente para los denominados países en desarrollo, los ODS constituyen un marco de referencia universal con pretensión de aplicarse en todos los Estados. El proceso para conseguir el desarrollo sostenible exige hacer frente a retos tanto comunes como individuales en la consecución de las múltiples dimensiones de estos derechos que recogen los ODS.

Específicamente la Agenda 2030[21] insiste en que los ODS y sus metas son de carácter integrado e indivisible, de alcance mundial y de aplicación univer-

[20] I. LÓPEZ, A. ARRIAGA y M. PARDO, "La dimensión social del concepto de desarrollo sostenible: ¿La eterna olvidada?", *Revista Española de Sociología (RES)*, vol. 27, núm. 1, 2018, p. 37 y A. CARDESA-SALZMANN y A. PIGRAU SOLÉ, "La Agenda 2030 y los objetivos para el desarrollo sostenible: una mirada crítica sobre su aportación a la gobernanza global en términos de justicia distributiva y sostenibilidad ambiental", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, núm. 1, 2017, pp. 279-285.

[21] AGNU, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, cit., párr. 55.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1177

sal, tienen en cuenta las diferentes realidades, capacidades y niveles de desarrollo de cada país y respetan sus políticas y prioridades nacionales. A partir de la pretensión general, cada Estado establecerá sus propias metas nacionales teniendo en cuenta las circunstancias del país. Cada gobierno decidirá también la forma de incorporar esas metas mundiales en los procesos de planificación, las políticas y las estrategias nacionales. Así, por ejemplo, en España el Plan de Acción para la implementación de la Agenda 2030[22], es un documento programático entre la voluntad de la implementación de la Agenda y la formulación de una estrategia de desarrollo sostenible a largo plazo. Se concibe como un plan de transición, poniendo en el centro de su acción de gobierno los ODS y el desarrollo sostenible. Se pretende impulsar nuevas políticas, medidas, gobernanza y métodos de trabajo para la adopción de una Estrategia de Desarrollo Sostenible 2020-2030. En él se toma en cuenta la especificidad del caso español, analizando el estado de la cuestión, la situación de los ODS en España y presentando un análisis de la distribución competencial y las políticas públicas e instrumentos ya existentes. Además, se señalan las acciones para poner en marcha la Agenda a través de nuevas políticas públicas, medidas clave para acometer las grandes transformaciones, gobernanza de la Agenda, seguimiento, rendición de cuentas y evaluación.

Esta dimensión universal de los ODS supone al mismo tiempo que sean generales e integradores. Son generales porque toman en consideración en su concreción la indivisibilidad e interdependencia de los derechos. En ese sentido, la Agenda 2030 abarca temas relacionados con todos los derechos humanos, además del derecho al desarrollo como punto fundamental, incluyendo de modo central los derechos económicos, civiles, políticos, sociales y culturales. Por otra parte, su carácter integrador queda patente en la primacía de la igualdad y la no discriminación entre los países y en el interior de estos, insistiendo en la responsabilidad de todos los Estados.

Además, en la línea de impulso a los derechos humanos, como señala Villán Durán[23], una lectura actual de la Declaración Universal con proyección en la comunidad internacional del siglo XXI, exige la concreción del artículo 28

[22] GOBIERNO DE ESPAÑA, *Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030. Hacia una Estrategia Española de Desarrollo Sostenible*, 2018, *http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documents/PLAN%20DE%20ACCION%20PARA%20LA%20IMPLEMENTACION%20DE%20LA%20AGENDA%202030.pdf* (consultado 18.2.2019).

[23] C. VILLÁN DURÁN, "La obligatoriedad Jurídica de la Declaración Universal", en VV. AA., *70º Aniversario de la declaración universal de derechos humanos. La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, vol. II, 2018, pp. 116-117.

de la DUDH, para reivindicar lo que denomina los derechos humanos de la solidaridad o de "síntesis" a partir de la imprescindible interdependencia de los derechos humanos. Desde esa perspectiva es posible impulsar el derecho a la paz, al desarrollo económico y social de los pueblos o el derecho al medio ambiente. Estas últimas reivindicaciones de derechos no contemplados expresamente en la DUDH, atendiendo al momento histórico en el que fue redactada, son acordes a los planteamientos que sostiene la Agenda 2030. Los derechos humanos, y los ODS con ellos, han de ser el fundamento del progreso hacia una comunidad internacional más justa, democrática y equitativa, que pueda asumir los retos en materia de paz, seguridad, desarrollo sostenible y respeto a los derechos desde los pilares que ya asentaba la Carta de Naciones Unidas.

En segundo lugar, los ODS pueden considerarse transformadores, ya que presentan un nuevo paradigma en relación al modelo tradicional de desarrollo. La Agenda 2030 proporciona una visión del desarrollo sostenible, centrado en las personas y el planeta, multinivel, basado en los derechos humanos y consciente de las diferencias de género, que supera la perspectiva de los ODM. Los ODS intentan hacer frente a algunas de las críticas apuntadas a propósito de los ODM, entre ellas la de conseguir incorporar ese enfoque de derechos humanos al que se aludía anteriormente. Para ello recurre a dos principios: participación y no discriminación.

En cuanto a la participación, la Agenda 2030 establece la necesidad de que todos los actores sociales colaboren en su implementación. Se habla de "una Alianza Mundial revitalizada", aglutinando a los gobiernos, el sector privado, la sociedad civil, el sistema de las Naciones Unidas y otras instancias y movilizando todos los recursos disponibles. Esta es expresamente una de las metas de los ODS: "fomentar y promover la constitución de alianzas eficaces en las esferas pública, público-privada y de la sociedad civil, aprovechando la experiencia y las estrategias de obtención de recursos de las alianzas"[24].

El papel de los Estados ha sido determinante en todos los objetivos de desarrollo, y ahora continúa teniendo su lugar fundamental si bien en conexión, como se analizará más adelante, con todos los agentes implicados. Como recuerda Brown[25] los Estados han de asumir su función como garantes de los derechos, de todos, tanto civiles y políticos como sociales, económicos

[24] AGNU, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, cit., párr. 39 y 17.17.

[25] G. BROWN (ed.), *The Universal Declaration of Human Rights in the 21st Century: A Living Document in a Changing World*, Open Book Publishers, Cambridge, UK, 2016, pp. 72-73.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1177

y culturales, cumpliendo sus obligaciones. La posición especial de los países no es solo una cuestión de efectividad y control, sino también una forma de legitimidad que los distingue de otras entidades y agencias. La DUDH y los convenios tienen como objetivo imponer condiciones basadas en los derechos humanos a esta legitimidad, en ese sentido el régimen de derechos humanos iniciado por la Declaración fue concebido como una base no solo para los convenios y acuerdos internacionales posteriores, sino también para los ordenamientos jurídicos de los Estados parte. En un mundo globalizado, además, los Estados deben comprometerse a nivel internacional en el respeto y la garantía de los derechos humanos de las personas en y fuera de sus fronteras, por varios motivos: el efecto de las propias políticas y acciones del Estado en otros países; el impacto en otros países de la forma en que participa en las instituciones internacionales; la provisión y la eficacia de la ayuda al desarrollo; y la respuesta a los abusos de derechos en otros países.

Insistir en la relevancia de la dimensión estatal, dentro de la comunidad internacional, en la conexión entre ODS y derechos humanos, supone dar continuidad al camino iniciado con la DUDH y los instrumentos posteriores y reclamar la necesidad de políticas para la implementación de los derechos humanos, entre ellos el de desarrollo. Tiene razón Beetham[26] cuando sostiene que, si adoptamos una visión holística de la DUDH, es posible construir los parámetros de la democracia y establecer objetivos para los sistemas de gobierno y la gobernanza. Los derechos civiles y políticos son parte integral del funcionamiento básico de un sistema democrático y los derechos sociales son cruciales para el ejercicio efectivo de la democracia, es ahí donde encajan las medidas que contemplan los ODS. La DUDH cubre los derechos e indicadores para una gobernanza democrática, es decir, proporciona una base sólida para la definición de democracia del derecho internacional que se refuerza con los objetivos.

Asimismo, es básico que la Agenda 2030 se aplique con el apoyo de los recursos y los compromisos políticos necesarios, de lo contrario no resulta viable. La Agenda de Addis Abeba para la Acción, aprobada en la Tercera Conferencia Internacional sobre Financiación del Desarrollo (julio 2015), ofrece las bases para una nueva alianza mundial en el ámbito del desarrollo sostenible, destacando la importancia de los recursos, no solo económicos, aunque también, y las iniciativas conjuntas[27].

---

[26] D. BEETHAM, *Democracy and Human Rights*, Polity Press, Cambridge, UK, 1999, p. 89.

[27] Addis Abeba Agenda for Action 2015 *https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/08/AAAA_Outcome.pdf* (consultado 23.2.2019).

Por lo que se refiere a la no discriminación, los objetivos 5 (igualdad de género) y 10 (reducción de las desigualdades), se encaminan a combatir diferentes formas de exclusión tomando en consideración la atención a grupos específicos y la articulación de medidas de acción afirmativa en beneficio de personas o grupos desfavorecidos en la línea que postula, por ejemplo, el artículo art. 1.4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. En ese sentido, se enfatiza la necesidad de proteger a las personas vulnerables[28]. Para ello es necesario emprender más acciones y medidas eficaces, de conformidad con el derecho internacional, para eliminar obstáculos y restricciones, fortalecer el apoyo a las personas que viven en zonas afectadas por emergencias humanitarias complejas y por el terrorismo, y atender sus necesidades especiales[29].

En conexión con la prioridad de garantizar la no discriminación, es imprescindible que los datos desagregados cumplan las previsiones de la meta 17.18, es decir, que sean "datos oportunos, fiables y de gran calidad desglosados por ingresos, sexo, edad, raza, origen étnico, estatus migratorio, discapacidad, ubicación geográfica y otras características pertinentes en los contextos nacionales".

Por otra parte, mantener la relación entre la concreción de los ODS y el EBDH, supone asumir que es posible alinear los 17 objetivos (sus metas e indicadores) con un tratado o declaración de derechos humanos[30]. Además, implica el fortalecimiento de un aspecto fundamental que no fue suficientemente destacado en los ODM: la rendición de cuentas de los Estados respecto a sus compromisos con un enfoque del desarrollo basado en los derechos humanos y con los propios ODS. Desde esta perspectiva es posible afrontar una de las principales críticas que se hace a la Agenda 2030 al destacar que se trata de un instrumento que no es jurídicamente vinculante y que, por lo tanto, solo puede tener un alcance limitado. La posibilidad de exigir el cumplimiento de obligaciones se desprende de las que emanan de las convenciones y los pactos internacionales de derechos humanos que son instrumen-

[28] Con el consiguiente debate que genera el concepto de vulnerabilidad, en la línea que señala M. A. FINEMAN, "Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics", en M. A. FINEMAN and A. GREAR (eds.), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Farnham/Burlington, Ashgate, 2013, pp. 13-27.

[29] AGNU, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, cit., párr. 23.

[30] Instituto Danés de Derechos Humanos, *La guía de los derechos humanos a los ODS. http://sdg.humanrights.dk/es* (consultado 23.2.2019).

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1177

tos vinculantes del derecho internacional. Como se analizará en el siguiente apartado, los instrumentos fundamentales de derechos humanos tienen un seguimiento desde sus respectivos comités de expertos independientes que puede ser muy útil en la implementación y seguimiento de la Agenda. De la misma manera, a estos instrumentos puede acudirse a nivel nacional, para ser invocado, en pro de la garantía de los derechos. Desde esta perspectiva los ODS y el sistema de derechos humanos ya existente a nivel internacional, o lo que es lo mismo, la concreción de aquellos desde el EBDH son inseparables para concebir la Agenda desde una dimensión vinculante y aprovechar las oportunidades que dan los mecanismos de supervisión y rendición de cuentas ya existentes.

Si se analiza de forma aislada la Agenda 2030, es muy difícil salvar la crítica de que esta podía haber favorecido la adopción de compromisos más ambiciosos, ya que, en los ODS no se utiliza un "lenguaje fuerte y explícito de derechos humanos"[31]. Esta perspectiva obvia la interconexión implícita e ineludible entre ODS y EBDH que aquí se propone, puesto que ese carácter voluntario y frágil que se cuestiona de la Agenda 2030 como marco de acción, ha de ser leído a la luz de los instrumentos internacionales ya existentes, no en paralelo a estos. La Agenda 2030 en su voluntad de ser un acuerdo universal, transformativo, integral e inclusivo, no cede en aspectos de control y supervisión como la rendición de cuentas. Sin embargo, no incide en la obligatoriedad y carácter vinculante que podría haber propiciado que determinados Estados se desmarcaran de la misma, debilitando el enfoque mundial que la consagra como un acuerdo de referencia cuando, en realidad, la posibilidad de exigir responsabilidades ya existe con los instrumentos internacionales de derechos humanos sin los cuales no pueden entenderse los ODS.

Desde ese enfoque, plantear optimizar las condiciones de vida de todas las personas y transformar el mundo en un lugar mejor, no es una mera retórica que se recoge en los ODS, sino que a través de sus metas y con el control que exigen los indicadores, pasamos al ámbito de los derechos y, por tanto, de las obligaciones. La concreción e implementación de los ODS guiada por un enfoque de derechos humanos exige, tomar en consideración las conclusiones y recomendaciones de los diferentes órganos que supervisan el cumplimento de los tratados en el ámbito universal de Naciones Unidas y en los regionales.

---

[31] P. VILLAVICENCIO CALZADILLA, "Igualdad, Derechos Humanos y Objetivos de Desarrollo Sostenible ¿Aprender de la experiencia o tropezar con la misma piedra?", *Derechos y Libertades*, núm. 38, 2018, p. 423.

4. HERRAMIENTAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA AGENDA 2030 A NIVEL NACIONAL DESDE EL EBDH

El proceso sistemático de seguimiento y examen de la implementación de la Agenda se pretende que sea sólido, voluntario, eficaz, participativo, transparente e integrado, basado en la confianza mutua y la comprensión entre todas las naciones. Entre los principios que han de guiar los procesos de seguimiento y examen, recogidos en el apartado 74 de la Agenda 2030, destaca, el llamamiento a aprovechar los procesos y plataformas existentes, con el apoyo activo del sistema de las Naciones Unidas y otras instituciones multilaterales, y utilizando un conjunto de indicadores mundiales que se complementarán con indicadores regionales y nacionales, formulados por los Estados Miembros, y con los resultados de la labor realizada para establecer las bases de referencia de esas metas cuando aún no existan datos nacionales y mundiales.

Es interesante insistir, desde una perspectiva de derechos humanos, en el hecho de que el marco de seguimiento y examen de la Agenda aparece conectado con los distintos instrumentos del estándar internacional de derechos humanos, en concreto, con el marco legal de protección de los derechos y las recomendaciones del examen periódico universal, las de los órganos de tratados y las de procedimientos especiales. Así, por ejemplo, el examen periódico universal como mecanismo integral de revisión del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, permite ofrecer un historial y un test relativo a los derechos humanos de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, que pone en evidencia sus esfuerzos también en las metas que concretan los ODS. Desde este análisis se puede obtener una perspectiva única para otros participantes sobre cómo asegurar la responsabilidad en relación a derechos que aparecen vinculados a los ODS. Si el examen periódico universal se utiliza en este sentido, puede apoyar los procesos de seguimiento y revisión de los ODS, así también adquiriría mayor protagonismo este mecanismo que puede considerarse relativamente infrautilizado en comparación con los procedimientos basados en tratados, como los supervisados por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad o el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. De esta manera se conecta la dimensión jurídica con la política[32].

[32] J. BUENO DE MESQUITA et al., "Monitoring the sustainable development goals through human rights accountability reviews", *Bull World Health Organ,* núm. 96, 2018,

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1177

Los estándares básicos de derechos humanos vienen establecidos en las disposiciones internacionales que se han de conectar, como las recomendaciones, con los diferentes ODS. Así, por ejemplo, si te toma como referencia el Objetivo 4 que apela a garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos, podría acudirse al estándar de base del artículo 13.1 del PIDESC que señala que los Estados reconocen "el derecho de toda persona a la educación" y al más reciente recogido en el artículo 24.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, según el cual "los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles, así como la enseñanza a lo largo de la vida". Ambos estarían alineados con la meta 4.1, cuando propone "de aquí a 2030, asegurar que todas las niñas y todos los niños terminen la enseñanza primaria y secundaria, que ha de ser gratuita, equitativa y de calidad y producir resultados de aprendizaje pertinentes y efectivos" y podrían completarse con las recomendaciones de los diferentes Comités.

Para la incorporación de los ODS en el ámbito nacional es posible utilizar diferentes herramientas. Souza[33] destaca tres que son esenciales: la recopilación de datos y la confección de estadísticas, la configuración de un presupuesto nacional con enfoque de derechos humanos y la identificación de las implicaciones en materia de derechos humanos de cada objetivo, meta o indicador. Además, la rendición de cuentas como elemento de control y supervisión permitirá favorecer la implementación.

La Agenda 2030 incluye las políticas y medidas concretas indicadas en la mencionada Agenda de Acción de Addis Abeba, en la que se abordan ámbitos como los recursos nacionales públicos, la actividad financiera y comercial privada nacional e internacional, la cooperación internacional para el desarrollo, el comercio internacional como motor del desarrollo, la deu-

---

pp. 627-633, DOI: *http://dx.doi.org/10.2471/BLT.17.204412*; and M. LANGFORD, "Lost in Transformation? The Politics of the Sustainable Development Goals", *Ethics & International Affairs,* vol. 30, núm. 2, 2016, pp. 167-176.

[33] A. P. SOUZA, "La Agenda 2030 y los ODS: un nuevo marco de desarrollo basado en los derechos humanos", *Seminario de planificación y gestión pública en la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Oficina Regional América del Sur, Santiago, 26 al 28 de septiembre de 2016, p. 7.

da y su sostenibilidad, el tratamiento de las cuestiones sistémicas; la ciencia, tecnología, innovación y creación de capacidad, y los datos, vigilancia y seguimiento[34].

La configuración de estadísticas desde el EBDH es imprescindible para conocer cuál es la situación en la que se encuentra cada uno de los Estados y el resultado de las políticas públicas. En cada uno de los casos, los datos ofrecen una realidad diferente que permite no solo la transparencia y la rendición de cuentas, sino también la supervisión del grado de cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones internacionales. Como expresamente se señala en la Agenda, lo deseable es que los datos sean "de calidad, accesibles, oportunos, fiables y desglosados por ingresos, sexo, edad, raza, origen étnico, estatus migratorio, discapacidad, ubicación geográfica y otras características pertinentes para los contextos nacionales"[35], para asegurar que el seguimiento y examen que verifique el alcance de la implementación sea, a su vez, riguroso y con base empírica. Ello supone un mayor apoyo, en cuanto a creación de capacidad, para aquellos países que necesitan desarrollar un sistema de datos y, al mismo tiempo, una promoción de la cooperación entre el sector público y el privado para aprovechar una amplia gama de datos. En esa línea, la resolución de la Asamblea General 71/313, de 6 de julio de 2017[36], señala que las estadísticas oficiales y los datos de los sistemas estadísticos nacionales son la base necesaria para el marco de los indicadores, destacando la función de las oficinas nacionales de estadística como coordinadoras de cada sistema nacional.

Así, por ejemplo, en el caso español[37] el denominado panel o cuadro de mando, es decir, el sistema de indicadores para el seguimiento de los objetivos de la Agenda 2030 se concibe como evolutivo de tal manera que se contempla la posibilidad de añadir indicadores adicionales según se disponga de datos o se identifique la conveniencia de introducirlos. Se indica la necesidad de incorporar los datos desagregados, tal como se establece en las

[34] AGNU, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, cit., párr. 62.

[35] AGNU, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, cit., párr. 74. g).

[36] AGNU, Asamblea General de Naciones Unidas, *Labor de la Comisión de Estadística en relación con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Septuagésimo primer período de sesiones, A/RES/71/313, 6 de julio de 2017.

[37] GOBIERNO DE ESPAÑA, *Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030. Hacia una Estrategia Española de Desarrollo Sostenible*, cit., pp. 165-166.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1177

indicaciones de Naciones Unidas, y también territorialmente. El punto de partida es el marco de 100 indicadores propios para la UE proporcionado por Eurostat[38].

Igualmente es imprescindible tener un presupuesto nacional con EBDH que supone, entre otras cuestiones, una doble orientación. Por una parte, asumir el compromiso de aumentar la transparencia, la participación en procesos presupuestarios y la perspectiva de género. Y, por otro parte, contemplar los recursos presupuestarios necesarios para cumplir con las garantías que establecen los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, entre ellas, la de asegurar la satisfacción de los niveles esenciales de los derechos, utilizando el máximo de los recursos disponibles para ello y responder a la obligación adquirida de progresividad y la de no regresividad en el disfrute de los derechos, tal como establece, por ejemplo, el artículo 2.1 del PIDESC[39].

La Agenda 2030 ha supuesto un esfuerzo para la integración de los derechos humanos en todo el proceso de definición de los ODS, la parte final de ese proceso exige velar por las medidas políticas y estratégicas para que las acciones concretas se basen efectivamente en tales derechos[40]. Se contempla que los exámenes a escala nacional y regional del progreso alcanzado en los ODS estén reforzados por revisiones del progreso general a escala mundial que se efectuarán en el Foro Político de Alto Nivel[41]. Las tareas de supervi-

---

[38] De ellos, 56 indicadores están alineados con los indicadores globales de Naciones Unidas, 68 de los 100 forman parte del Sistema Estadístico Europeo (SEE) y 32 provienen de fuentes oficiales que no forman parte del SEE.

[39] A. P. SOUZA, "La Agenda 2030 y los ODS: Un nuevo marco de desarrollo basado en los derechos humanos", cit., p. 12.

[40] Ya se ha señalado la importancia de identificar las implicaciones de cada uno de los ODS con los derechos humanos, es decir, alinear los diferentes objetivos, metas e indicadores con los tratados de derechos humanos en la línea que se propone desde Naciones Unidas. Por ejemplo, en relación al objetivo 1 (fin de la pobreza) poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo, es imprescindible tener en cuenta que las metas incluyen erradicar la pobreza extrema, implementar medidas de protección social, y asegurar un acceso igualitario de los hombres y las mujeres a los recursos económicos. Además, los derechos humanos que aparecen relacionados son: derecho a un nivel de vida adecuado (art. 25 DUDH; art. 11 PIDESC; art. 27 CRC), derecho a la seguridad social (art. 22 DUDH; art. 9 PIDESC; art. 28 CRPD; art. 26 CRC), igualdad de derechos de las mujeres en la vida económica (arts. 11, 13, 14.2 g, 15.2 y 16.1 CEDAW); y así sucesivamente Vid. *http://www.onunoticias.mx/wp-content/uploads/2018/11/ODSstandards_espanol.pdf* (consultado 28.2.2019).

[41] El Foro Político de Alto Nivel sobre el Desarrollo Sostenible (FPAN), conocido en inglés como HLPF (High-level Political Forum on Sustainable Development), es la plataforma de Naciones Unidas para el seguimiento y la revisión de la Agenda 2030.

sión deben evaluar los progresos logrados en la consecución de resultados para toda la población, para lo cual son fundamentales tanto las ya mencionadas estadísticas desglosadas, que tendrán que elaborarse desde el EBDH, como los indicadores. El seguimiento deberá visibilizar la reducción progresiva de las desigualdades en los planos local, nacional, regional y mundial, y exigirá, al mismo tiempo, fortalecer los vínculos con los mecanismos internacionales de derechos humanos[42].

La cuestión de la rendición de cuentas o, en concreto, cómo los Estados justificarán el cumplimiento de sus obligaciones respecto al grado de implementación de los compromisos asumidos en la Agenda fue un punto crítico de discusión durante las negociaciones, lo que supuso que el texto final incluyera una reducción significativa de las propuestas iniciales al respecto. Para la concreción del denominado marco de seguimiento y examen se barajaron diferentes propuestas que permitieran concretar las políticas de responsabilidad. Un punto de partida fundamental en la Agenda 2030 era que la rendición de cuentas fuera un elemento integral, debido espacialmente a las preocupaciones anteriores sobre la falta de mecanismos sólidos en el marco de los ODM. Como recuerdan Donald y Way[43], desde el principio, el concepto de responsabilidad tenía un historial cargado de connotaciones negativas en las negociaciones intergubernamentales. Para los países en desarrollo, la experiencia de los ODM no había sido positiva, algunos se habían sentido injustamente sobrepasados por los esfuerzos que se les exigían para alcanzarlos, mientras que los países más favorecidos no estaban obligados a actuar a nivel nacional, ni eran responsables en

[42] A este Foro presentó España su Revisión Nacional Voluntaria (VNR), en 2018, como primer plan de acción para abordar la Agenda 2030. Gobierno de España, *Informe España para el examen nacional voluntario 2018*, *https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/20113Spain_VNR_Report_Spain_29_de_junio_2018.pdf* (consultado 28.2.2019). España para la implementación y cumplimiento de la Agenda 2030, mediante Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, el 28 de septiembre de 2017, creó el Grupo de Alto Nivel para la Agenda 2030 (GAN). Sus objetivos fundamentales son: "a) coordinar la posición española y las actuaciones necesarias para el cumplimiento de los objetivos de la Agenda 2030; b) preparar las evaluaciones de España ante el Foro Político de Alto Nivel del ECOSOC1", Resolución de 13 de octubre de 2017, de la Secretaría de Estado de Cooperación Internacional y para Iberoamérica y el Caribe, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos por el que se crea el Grupo de Alto Nivel para la Agenda 2030, BOE 27 de octubre de 2017.

[43] K. DONALD and S. A. WAY, "Accountability for the sustainable development goals: a lost opportunity?", *Ethics & International Affairs*, núm. 30, vol. 2, 2016, pp. 201-213, DOI: *http://dx.doi. org/10.1017/S0892679416000083* (consultado 28.2.2019).

sus compromisos de proporcionar recursos a los países en desarrollo o de garantizar un entorno político global propicio para el mismo. Las repercusiones de este legado estuvieron presentes en el proceso de negociación de los ODS[44].

Tras la experiencia de los ODM, surgió una desconfianza respecto a la responsabilidad en los nuevos objetivos y metas y, en concreto, a la idea de que el progreso sea juzgado por o en contra de otros países. Precisamente esa propuesta de actuación por pares en la rendición de cuentas, en la responsabilidad de Estado a Estado, tuvo muchas resistencias y reservas para ser considerada como el mecanismo global para la supervisión de los ODS. En ese sentido, los países en desarrollo temían que un mecanismo de revisión por pares pudiera proporcionar nuevas vías de condicionalidad y de movimientos paternalistas de los países considerados más ricos, lo cual no era del todo descartable a la luz de algunas de las críticas que habían recibido los ODM.

Desde un punto de vista positivo, el precedente de los ODM fue determinante para que en las negociaciones de los ODS se acordara su aplicación a los diferentes Estados, no solo a los que se consideraban en desarrollo. Aunque los ODM fueron criticados, como se señalaba anteriormente, por su reduccionismo y por la dificultad de utilizar los mismos indicadores en contextos nacionales y locales diferentes, una de sus virtudes fue la de establecer unas metas con indicadores medibles que hacían posible la rendición de cuentas en base a resultados. La apuesta por la utilización de resultados de desarrollo concretos y medibles ha favorecido una tendencia positiva hacia la generación de datos e información para valorar su cumplimiento, que se incrementa en los ODS. Por ello, puede afirmarse que, en buena medida, los ODM contribuyeron a mejorar el seguimiento y a establecer mecanismos de medición, lo cual influye positivamente en la rendición de cuentas[45].

La experiencia de los ODM evidenció que algunas de las dificultades para la rendición de cuentas habían sido consecuencia de la ausencia de un proceso consultivo previo que hubiera permitido adaptar los objetivos

---

[44] A. COSTAFREDA, "Con la Agenda global de desarrollo sostenible ¿se dibuja un mejor horizonte para 2030?", *Notes Internacionals CIDOB*, núm. 143, marzo 2018.

[45] A. JONES, *Report on the consultation process on "Towards a post-2015 development framework"*, IBF International Consulting, 2012, *https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/report-post-2015-develop-%20ment-framework_en.pdf* (consultado 3.3.2019).

a los diversos contextos locales, nacionales y globales. Frente a dicho error, la Agenda 2030 incluye un proceso de descentralización de la gobernanza que lleva a la necesidad de establecer mecanismos de rendición de cuentas a nivel local, sin obviar el resto de niveles. Como señala Ayuso[46], la transparencia y la accesibilidad a la información articulada de acuerdo con mecanismos detallados para la recopilación de la misma, son elementos esenciales de la rendición de cuentas que habían sido tradicionalmente reiterados como una necesidad. Asimismo, es imprescindible promover mecanismos de monitoreo y evaluación en diferentes niveles de responsabilidad que evidencien las dinámicas de cambio, que midan los esfuerzos y los diferentes comportamientos de los actores con capacidad de influir en la Agenda. El marco de seguimiento y examen se adoptó desde la premisa que expresamente recoge la Agenda, al señalar que la rendición de cuentas tanto a nivel nacional, regional y mundial, "se centrará en las personas, tendrán en cuenta las cuestiones de género, respetarán los derechos humanos y prestarán especial atención a los más pobres, los más vulnerables y los más rezagados"[47].

Por otra parte, la aplicación del principio de rendición de cuentas a las políticas públicas para la evaluación de los resultados de la Agenda 2030 supone un importante reto en términos de gobernanza multinivel y coordinación de actores. Es imprescindible que las instituciones permitan incorporar a la diversidad de actores implicados, facilitándoles la información necesaria para que sea realmente posible el ejercicio de control político democrático. Junto a ello, hay que dotar de mayor transparencia las conexiones que se dan entre niveles superpuestos que interactúan entre la agenda local, la regional y la global, es decir, hay que clarificar la responsabilidad de todos los actores implicados en las políticas entre los gobiernos y su ciudadanía (rendición de cuentas vertical) y en el marco institucional de cada país (rendición de cuentas horizontal)[48].

---

[46] A. AYUSO POZO, "Participación y rendición de cuentas en la localización de la Agenda 2030", en A. AYUSO POZO y J. A. ALONSO (coords.), *Acercar los Objetivos de Desarrollo Sostenible a la Ciudadanía. El compromiso de Europa con la Agenda 2030,* Colección Monografías, CIDOB Edicions, 2017, pp. 82-83.

[47] AGNU, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, cit., párr. 74. e).

[48] A. AYUSO POZO y K. CASCANTE HERNÁNDEZ, "Rendición de cuentas mutua y gobernanza del sistema de Cooperación al Desarrollo", *Sistema*, núm. 220, 2011, pp. 117-137.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1177

5. LA FUNCIÓN DE LOS ACTORES NO GUBERNAMENTALES Y LA ESTRATEGIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE ODS

La Agenda 2030 señala también que el sector privado desempeñará un papel clave y contribuirá sustancialmente a su implementación, incluso a través de asociaciones público-privadas. Se apela a la corresponsabilidad en la implementación de la Agenda de los diversos integrantes del sector privado, desde las microempresas y las cooperativas hasta las multinacionales, y la sociedad civil en general[49].

En este contexto, el cumplimiento de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos es especialmente importante para garantizar que las empresas no causen daños, como señalan tales principios, y no conduzcan a la creación de un sistema social de dos niveles. Se trataría de garantizar que las empresas que se asocian con los Estados en la implementación de ciertos ODS no socavan el logro de otros objetivos o los derechos humanos de grupos específicos. Las empresas están llamadas igualmente a alinear sus estrategias, así como medir y gestionar su contribución a la consecución de los ODS desde el EBDH. En ese sentido, por ejemplo, el SDG Compass[50] aporta algunas herramientas, indicadores sugeridos para empresas y la posibilidad de filtrar en función del objetivo o la temática para poner la sostenibilidad en el centro de la estrategia empresarial. Esta implicación privada se concreta en objetivos como el 12, cuando apela a la necesidad de garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles, y el objetivo 17. En concreto, se hace coparticipe al sector privado en la consecución de dicho objetivo en metas, como la 17.16 al apelar a la necesidad de mejorar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible y en la 17.17, cuando se señala la exigencia de fomentar y promover la constitución de alianzas eficaces en las esferas pública, público-privada y de la sociedad civil, aprovechando la experiencia y las estrategias de obtención de recursos de las alianzas.

Esta implicación del ámbito empresarial, conecta con el esfuerzo realizado en las últimas décadas para establecer un marco normativo que incluya los principios y directrices a nivel mundial en materia de responsabili-

---

[49] AGNU, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, cit., párr. 41.; y P. ENGBERG-PEDERSEN and R. ZWART, "The 2030 Agenda and Development Co-operation Results", P*olicy* Paper, núm. 9, January 2018, OECD Publishing.

[50] SGD Compass, *La guía para la acción empresarial en los ODS*, desarrollado por GRI, United Nations Global Compact, wbcsd, 2015, *https://sdgcompass.org/wp-content/uploads/2016/06/SDG_Compass_Spanish-one-pager-view.pdf* (consultado 6.3.2019).

dad social empresarial y corporativa. Entre dichos principios se encuentran los concretados en la Declaración Tripartita de Principios de la OIT sobre las Empresas Multinacionales y Política Social, los Principios del Pacto Global de las Naciones Unidas y los mencionados Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos. Todos estos instrumentos pretenden orientar a las empresas para que respeten los derechos humanos y mantengan en sus actividades ciertos estándares mínimos. Precisamente, dentro de los diferentes alineamientos que se aconseja a las empresas que tengan en cuenta en sus actividades, se puede tomar en consideración su contribución a los ODS.

La Comisión Europea[51] alude también al papel de las empresas en el desarrollo de la Agenda 2030 al abordar cuestiones como la tecnología, la innovación, la digitalización, la responsabilidad social[52] y los nuevos modelos de negocio. La Comisión no es ajena al hecho de que entre las principales medidas necesarias para hacer participes a las empresas está la adopción de incentivos, para aquellas que integren los ODS en sus actividades, el fomento de estándares empresariales de conducta como los mencionados Principios Rectores o el impulso de empresas y emprendedores sociales.

Entre los retos a los que se hace referencia para aludir a la necesidad de una acción conjunta en todos los niveles, se menciona la economía circular, la producción de alimentos, la edificación y la movilidad sostenibles y la transición justa. Para ello es fundamental potenciar la responsabilidad social empresarial. Como expresamente reconoce la Comisión cada vez más, las empresas son conscientes de que los ODS han de formar parte de su estrategia de crecimiento y competitividad. En ese sentido, desde el ámbito privado parece que comienza a entenderse que una empresa responsable puede generar unos beneficios y un crecimiento más sostenibles, nuevas oportunidades de mercado y valor para los accionistas a largo plazo. Las empresas

[51] COMISIÓN EUROPEA, *Hacia una Europa Sostenible 2030*, COM (2019) 22, 30 de enero de 2019.

[52] Vid. C. MÁRQUEZ CARRASCO, "La implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y Derechos Humanos por medio de los planes nacionales de acción", *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, núm. 20, 2015, pp. 79-81; J. GARCÍA MEDINA, "Derechos Humanos y empresas: enfoque de Derechos Humanos en la responsabilidad social empresarial", en F. REY MARTÍNEZ (dir.), *Los derechos humanos en España: un balance crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 51-79; y C. MÁRQUEZ CARRASCO (ed.), *España y la implementación de los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos: oportunidades y desafíos*, Huygens, Barcelona, 2014.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1177

pueden concebir los ODS como un marco general que les permita dar forma, dirigir, comunicar e informar acerca de sus estrategias, metas y actividades, para conseguir capitalizar beneficios, entre ellos[53]: identificar futuras oportunidades de negocio, los ODS pueden servir para redirigir los recursos de las inversiones públicas y privadas a nivel mundial; mejorar el valor de la sostenibilidad empresarial, por ejemplo, reforzando los incentivos económicos para que las empresas utilicen los recursos de manera más eficiente, o para que cambien a alternativas más sostenibles; fortalecer las relaciones con las partes interesadas (los clientes, empleados y otros) y desarrollo de políticas; estabilizar sociedades y mercados, desde el impulso a los ODS puede favorecerse los pilares que permiten el éxito de una empresa, entre ellos, la existencia de mercados basados en reglas, los sistemas financieros transparentes y las instituciones sin corrupción; y el uso de un lenguaje común y un propósito compartido, en la medida en que los ODS establecen dicho marco de acción común que puede ayudar a las empresas a comunicar su impacto. Por tanto, las empresas, como un actor más, están llamadas a alinear sus estrategias de negocio con los ODS estableciendo compromisos, políticas, objetivos y metas concretas que permitan avanzar en su cumplimiento, teniendo en cuenta sus operaciones y su ámbito de influencia, en concreto su cadena de valor.

En el caso español, por ejemplo, desde el sector privado se ha planteado una hoja de ruta con propuestas empresariales dirigidas a la administración pública buscando el necesario apoyo para alinearse con los ODS desde el EBDH[54]. Así se articulan, en la línea que proponen también otros instrumentos para la implementación de los ODS, medidas como: la elaboración de una Estrategia nacional de desarrollo sostenible y de estrategias autonómicas y locales alineadas con los ODS que contemplen la dimensión del sector empresarial y la adopción de políticas y marcos legales estables orientados al desarrollo sostenible, que apoyen las actividades productivas, la creación de empleo de calidad, la financiación sostenible, el emprendimiento, la creatividad y la innovación y contemplen criterios sociales y medioambientales[55]; la difusión de re-

---

[53] SGD Compass, *La guía para la acción empresarial en los ODS*, cit., p. 4.

[54] RED ESPAÑOLA DEL PACTO MUNDIAL, *Las empresas españolas ante la Agenda 2030*, 2018, pp. 52-57, *https://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2018/07/Las-empresas-españolas-ante-la-Agenda-2030_def_p.pdf*, (consultado 6.3.2019).

[55] COMISIÓN EUROPEA, *Próximas etapas para un futuro europeo sostenible*, p. 21, *http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0739&from=EN;* Global Taskforce of Local and Regional Governments, UNDP, *Roadmap for localizing the SDGs: implementation and*

cursos y herramientas que faciliten la contribución y la comunicación de los avances sobre los ODS por parte del sector empresarial, especialmente por parte de la pyme[56]; la realización de campañas de sensibilización sobre los ODS para acelerar su implementación y potenciar la transformación de los actuales patrones de producción y consumo; la incorporación en la contratación pública de criterios sostenibles exigibles a las empresas y la concesión de incentivos a empresas que adopten criterios de sostenibilidad alineados con los ODS[57]; y el diálogo y la colaboración entre el sector privado, la administración pública, la sociedad civil y la comunidad científica y académica para canalizar la colaboración hacia los ODS[58].

Por su parte, desde la Unión Europea, es necesario concretar las medidas que pueden favorecer esa conducta empresarial más sostenible con resultados, reforzando la competitividad de las empresas. Resulta interesante en este punto insistir sobre la importancia de articular incentivos adicionales para que las empresas puedan integrar los ODS en sus operaciones y el interés de estudiar el potencial de las tecnologías emergentes y la economía circular[59]. El desarrollo de la economía circular en la actualidad sigue sien-

---

monitoring at subnational level, 2016, p. 28, *https://www.uclg.org/sites/default/files/roadmap_for_localizing_the_sdgs_0.pdf* y OCDE, *Better Policies for Sustainable Development 2016*, 2017, p. 88, *https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/commitments/493_12066_commitment_Better%20 Policies%20for%20Sustainabl e%20Dev elopment%202016.pdf*, (consultados 8.3.2019).

[56] GOBIERNO DE ESPAÑA, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, *Estrategia Española de Responsabilidad Social de las empresas*, 2015, p. 30, *http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/EERSE_WEB.pdf* (consultado 9.3.2019).

[57] Global Taskforce of Local and Regional Governments, UNDP, *Roadmap for localizing the SDGs: implementation and monitoring at subnational level*, cit., p. 8.

[58] *COMISIÓN EUROPEA, Supporting social responsibility in the economy through public procurement, 2016, http://ec.europa.eu/growth/content/supporting-social-responsibility-economy-through-public-procurement-0_en*; UNEP. Fiscal Policies and the SDGs, 2016, *http://drustage.unep.org/greeneconomy/sites/unep.org.greeneconomy/files/publications/sdgs_and_fiscal_policies_-_final_briefing_note.pdf* (consultado 9.3.2019).

[59] Esta última propuesta, por ejemplo, puede fomentar la participación en las esferas pública, público-privada y de la sociedad civil en aras de conseguir no solo superar un modelo lineal, como el actual, basado en producir, usar y tirar con la consiguiente escasez de recursos y la creciente generación de residuos, sino también concretar la alternativa de reducir, reusar y reciclar en la línea que proponen diversos ODS (4, 7, 9, 12, 13, 14, 15, 17) y como medio para favorecer un consumo responsable. Vid. GOBIERNO DE ESPAÑA, *España Circular 2030. Estrategia Española de Economía Circular*, Borrador para la información pública 2018, *https://www.miteco.gob.es/images/es/180206economiacircular_tcm30-440922.pdf* (consultado 9.3.2019).

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1177

do tan bajo que es imprescindible seguir avanzando en su progreso para la sostenibilidad[60].

Como acertadamente recuerda Byiers[61] el reto de la Agenda para comprometer la inversión privada es el mismo que existía con la ayuda tradicional, es decir, cómo identificar y medir el impacto. Para que el sector privado apoye la consecución de los ODS, es necesaria una estructura de incentivos adecuada para que las empresas inviertan donde más se necesita y, al mismo tiempo, sistemas para mejorar el seguimiento del comportamiento de las empresas, reciban o no financiación pública.

Desde la Unión Europea[62] se contemplan tres escenarios posibles para avanzar en este proceso no prescriptivo ni restrictivo, tal como ya se ha señalado que mantiene la Agenda, si no que estimule el debate y la reflexión. El primero de los escenarios, consistiría en una estrategia general de la UE en materia de ODS para orientar su actuación y la de los Estados. Así se evaluaría periódicamente y se supervisarían los progresos, el carácter transversal y la interrelación entre los ODS, en particular en la gobernanza interna de la Comisión Europea. El segundo escenario es el que plantea una integración continua de los ODS en todas las políticas de la UE que partan de la Comisión. De esta manera, cada uno de Estados conserva la responsabilidad de la presentación de informes sobre la aplicación de los ODS, con una información complementaria de la Comisión Europea sobre los progresos de los ODS a nivel internacional para el Foro Político de Alto Nivel de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible. El tercero de los escenarios se limitaría a poner un mayor énfasis en la acción exterior, intentando consolidar la ambición actual de sostenibilidad a nivel de la UE.

---

[60] La economía circular supone un 9,1% de la economía global, de tal manera que si no se revierte dicha tendencia las consecuencias pueden ser muy graves "cerrar la brecha de la circularidad puede servir para prevenir una degradación ambiental y una desigualdad social mayores y aceleradas". CIRCLE ECONOMY, *The Circularity Gap An analysis of the circular state of the global economy*, January 2018, p. 6, *https://docs.wixstatic.com/ugd/ad6e59_733a71635ad946bc9902dbdc52217018.pdf* (consultado 9.3.2019).

[61] B. BYIERS, "El rol del sector privado en la Agenda 2030", en A. AYUSO POZO y J. A. ALONSO (coords.), *Acercar los Objetivos de Desarrollo Sostenible a la Ciudadanía. El compromiso de Europa con la Agenda 2030,* cit., pp. 49-64, p. 58; y J. A. VAN ZANTEN and R. VAN TULDER, "Multinational enterprises and the Sustainable Development Goals: An institutional approach to corporate engagement", *Journal of International Business Policy*, núm. 1, 2018, pp. 208-233.

[62] COM (2019) 22, pp. 48-52.

Igualmente, las universidades, desde su función de generación y difusión del conocimiento y su situación dentro de la sociedad, están llamadas a desempeñar un papel fundamental en los ODS. El compromiso con los objetivos puede también beneficiar en gran medida a las universidades, ya que permitiría demostrar su capacidad de impacto, atraería el interés de formación relacionada con los ODS, crearía nuevas alianzas, permitiría acceder a nuevas fuentes de financiación y posicionaría a la universidad como institución comprometida. La relación entre los ODS concebidos desde el EBDH y las Universidades es bidireccional, puesto que ambos pueden retroalimentarse. En ese sentido, las Universidades pueden acudir a los ODS para demostrar su impacto, atraer la demanda de educación relacionada con los objetivos, construir alianzas con nuevos socios, acceder a nuevas fuentes de financiación y adoptar una definición integral y aceptada a nivel mundial de una universidad responsable y globalmente comprometida. A la inversa, los ODS necesitan a las Universidades para propiciar el conocimiento y las soluciones para su implementación; crear agentes que lleven a la práctica los ODS; incorporar los principios de los objetivos a través de la gobernanza, la gestión y la cultura; y propiciar el liderazgo intersectorial en dicha implementación[63].

Siendo la creación y el fortalecimiento de alianzas una de las bases de la Agenda 2030 no puede obviarse la red global universitaria, con su capacidad de incidencia y transferencia también para encontrar las soluciones técnicas que los ODS exigen en su aplicación práctica[64]. Como propone Cortés[65] las Universidades deben trabajar por propiciar espacios transdisciplinares y transectoriales que favorezcan la interrelación entre varios actores, es decir, científicos, académicos, responsables políticos, del sector privado y de la sociedad civil, y al mismo tiempo promover la inclusión e igualdad a nivel local, municipal, y nacional, creando un cuerpo académico dotado de cono-

[63] SDSN Australia/Pacific, *Getting started with the SDGs in universities: A guide for universities, higher education institutions, and the academic sector*, Australia, New Zealand and Pacific Edition, Sustainable Development Solutions Network- Australia/Pacific, Melbourne, 2017, p. 8. La versión en español "Cómo empezar con los ODS en las Universidades", Red Española para el Desarrollo Sostenible, esta disponible en: *http://reds-sdsn.es/wp-content/uploads/2017/02/Guia-ODS-Universidades-1800301-WEB.pdf* (consultado 9.3.2019).

[64] J. D. SACHS, "Achieving the sustainable development goals", *Journal of International Business Ethics*, vol. 8, núm. 2, 2015, pp. 53–62, p. 61.

[65] M. CORTÉS PUCH, "Los ODS y el Acuerdo de París: Herramientas para coordinar globalmente el desarrollo sostenible", *Tiempo de Paz*, núm. 120, 2016, pp. 32-43.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1177

cimientos, habilidades y motivación para entender y abordar los ODS más allá del ámbito universitario.

Las Universidades pueden actuar como motores de los ODS dentro del EBDH desde diferentes ámbitos, entre ellos especialmente cuatro[66]: 1. educación y aprendizaje: las universidades pueden favorecer la inclusión y la igualdad que propugna los ODS a nivel local, municipal, y nacional, y además crear un cuerpo académico dotado de conocimientos, habilidades y motivación para entender y abordar los ODS más allá del ámbito universitario; 2. investigación: junto a la mencionada transdisciplinariedad, desde el ámbito universitario se puede fomentar y promover activamente los ODS dentro del EBDH como un tema de investigación central, impulsando la innovación y el trabajo multidisciplinar; 3. gobernanza, cultura y actividades de la universidad: entre otras cuestiones las universidades han de alinear tanto sus estructuras de gobierno como sus políticas operativas con los ODS, desde esa perspectiva será posible identificar y abordar las brechas existentes; y 4. liderazgo social: como se señala en la Agenda 2030, en el esfuerzo colaborativo de todos los actores de la sociedad desde la creación de alianzas, las universidades pueden identificar indicadores, guiar la implementación de soluciones, medir progreso y atender a áreas ignoradas. Desde su posición única, las universidades tienen que tomar protagonismo, guiar el proceso mediante el ejemplo en las cuatro categorías mencionadas y movilizar recursos específicamente para la consecución de los ODS desde el EBDH[67].

En el caso español, el ya citado Plan de Acción para la implementación de la Agenda 2030, recoge el acuerdo de la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas (CRUE)[68] al respecto y destaca el papel fundamental de la universidad. Así, desde el principio, de integralidad invita a las universidades a redefinir su misión, su marco institucional, sus políticas y sus acciones para incorporar el desarrollo sostenible en el núcleo de sus decisio-

---

[66] SDSN Australia/Pacific, 2017, *Getting started with the SDGs in universities: A guide for universities, higher education institutions, and the academic sector*, cit., pp. 10-29.

[67] D. STRÜBER, "La Declaración Universal de Derechos Humanos y los ODS", en VV. *AA., Actas del II Congreso Internacional sobre Derechos Humanos "Los Derechos Humanos y los Objetivos de Desarrollo Sostenible"*, Fundación Mainel, Valencia, 2018, p. 20, *https://congresoddhh.mainel.org/actas2018/* (consultado 10.3.2019).

[68] CRUE. Universidades Españolas, "*Crue acuerda su contribución al Plan de Acción para la Agenda 2030 de la ONU*", CRUE, 29 de mayo de 2018, *http://www.crue.org/Comunicacion/Noticias/Las%20universidades%20acuerdan%20su%20contribución%20al%20Plan%20de%20Acción%20de%20la%20Agenda%202030.aspx* (consultado 12.3.2019).

nes y su actividad, avanzando hacia una coherencia de políticas internas y externas[69].

Por lo que se refiere a las organizaciones de la sociedad civil, incluyendo en ellas tanto a las ONGs como a cualesquiera otras, constituyen otro agente fundamental para la implementación de la Agenda 2030 en la medida en que pueden llevar a cabo proyectos y acciones orientados a fortalecer las capacidades de las personas y monitorear el cumplimiento e implementación de los ODS, especialmente a nivel nacional y local. En concreto, por lo que se refiere a las ONGs que realizan su actividad en el ámbito del desarrollo, pueden contribuir notablemente a los ODS desde el EBDH siempre que tomen en cuenta las implicaciones que ello conlleva en relación a los aspectos estratégicos (la visión, misión, líneas de trabajo, líneas estratégicas de la organización, etc.); las relaciones con socios, aliados, administraciones, y la participación en redes; la organización y gestión interna; y los procedimientos de planificación y gestión de programas, proyectos y acciones, que han de alinearse en la dirección que dicho enfoque, como se ha señalado, supone[70].

6. REFLEXIONES FINALES

En un momento como el actual en el que ya no es posible negar el impulso del derecho internacional de los derechos humanos y su impacto desde

[69] En esa línea, el Plan señala la formación, la investigación, la transferencia, la extensión y la gestión universitaria como imprescindibles para abordar los retos de la Agenda 2030, y concreta las contribuciones de las universidades españolas entre ellas: la incorporación de manera transversal de los principios, valores y objetivos del desarrollo sostenible a la misión, las políticas y las actividades de las universidades y de CRUE Universidades Españolas; el compromiso con la inclusión de competencias relacionadas con un desarrollo sostenible e inclusivo; la generación y la transferencia de un conocimiento comprometido con dicho desarrollo; la capitalización de los espacios singulares que ofrecen las comunidades universitarias para la puesta en marcha de proyectos innovadores para abordar los retos de la Agenda 2030 a escala controlada; el fortalecimiento del vínculo de la universidad con otros agentes de la sociedad; la articulación de un debate público y abierto en torno al desarrollo sostenible, la Agenda 2030 y su propia gobernanza; y el compromiso de las universidades, a presentar informes sobre sus impactos en docencia, investigación y transferencia, alineándolos con los ODS. GOBIERNO DE ESPAÑA, *Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030. Hacia una Estrategia Española de Desarrollo Sostenible*, cit., p. 32.

[70] S. BELDA, A. BONI y J. PERIS, "Conceptos e implicaciones de la incorporación del Enfoque Basado en Derechos en organizaciones de desarrollo", *Cuadernos de Investigación en Procesos de Desarrollo*, núm. 7, noviembre 2011.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1177

una dimensión transversal, es importante evitar lo que Habermas[71] denomina una "deflación suave de los derechos humanos". Sin duda la implementación de la Agenda 2030 y, en concreto, la interconexión entre los ODS y la garantía del ejercicio y disfrute de diferentes derechos por un número cada vez mayor de personas, puede contribuir a ello. Así se puede soslayar un minimalismo que intente separar los derechos humanos de su impulso moral esencial que no es otro que la protección de la igual dignidad humana de cada uno. Es necesario evitar la perspectiva que reduce la temática de los derechos humanos a cuestiones estrictamente de la política internacional. Para ello, hay que insistir, finalmente, en dos cuestiones: la Agenda es un marco dinámico que requiere en su implementación un discurso pluralista-participativo desde el EBDH y la universalidad que afecta tanto a los derechos como a las obligaciones.

En la implementación de la Agenda 2030 siguen existiendo muchos retos pendientes. En ese sentido, por ejemplo, hay que prestar atención a las discrepancias que pueden darse entre la visión y la estrategia, la implementación y los objetivos. Mientras que las primeras son, en general, transformadoras, la implementación y los objetivos y las metas pueden correr el riesgo de servir a intereses que nada tienen que ver con las finalidades que persiguen los ODS y su EBDH. El discurso pluralista-participativo, de carácter dinámico y constructivo, que estuvo presente en el proceso en el que se recogieron las propuestas sobre políticas de los representantes de la sociedad civil y organizaciones internacionales, puede acabar diluyéndose y quedando en un lugar secundario. Así, en la batalla política para la formulación de los ODS, activistas de la sociedad civil, expertos técnicos y académicos, entre otros, abogaron por mantener nuevos enfoques para el desarrollo que permitieran mejorar las debilidades detectadas en los ODM, mientras que los países desarrollados y las corporaciones poderosas parecían querer evitar cualquier redistribución de poder y recursos. Por eso, es fundamental que en la implementación de la Agenda, en cada objetivo, meta e indicador, se aproveche el poder transformador del conocimiento, expresado en ese discurso pluralista-participativo.

Este y otros desafíos evidencian que la Agenda 2030 más que como un marco definido y acabado, tiene que verse como el resultado de la economía política internacional del desarrollo en un contexto de creciente transna-

[71] J. HABERMAS, "La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, p. 120.

cionalización del poder estructural. Es innegable el amplio consenso que la Agenda supone en el avance, a través de los ODS concebidos desde el EBDH, hacía un mundo más justo, equitativo y sostenible. Sin embargo, tal como ocurrió con los ODM, que como se ha señalado no consiguieron superar la dimensión teórica, hay que evitar que se trate de un consenso paralizante ante la realidad en la que se debe implementar y la constante transformación y desplazamiento del poder. Por eso, el papel de toda sociedad y su capacidad para ser parte activa en la transformación del poder estructural será fundamental para el futuro de la agenda, para que la interpretación y la construcción de la Agenda 2030 sean dinámicas adecuándose a las transformaciones y a las especificidades.

El interpelar al conjunto de los actores en la concreción de los ODS supone también reforzar esa universalidad que la Agenda conlleva, a la que ya se ha hecho referencia, en su doble dimensión de derecho y obligación. Así, exige insistir en que el EBDH remite al estándar mínimo internacional de derechos humanos, es decir, a la protección de los derechos humanos. Además, requiere establecer responsabilidades compartidas para todos, desde una perspectiva mundial, universal también en cuanto a las obligaciones como ya se había intentado sin conseguirlo con los ODM que tenga en cuenta las interdependencias entre el desarrollo sostenible y otras variables como, por ejemplo, la mencionada responsabilidad social corporativa.

Desde el punto de vista de las obligaciones, es fundamental la aludida rendición de cuentas que evidencia los resultados obtenidos, las carencias para seguir avanzando en la línea que señalan los indicadores y el impacto que tienen las acciones que se están realizando. Con ello se puede hacer frente, también, a lo que se han considerado decepciones de la Agenda 2030: por una parte, que se hable de instituciones eficaces y de gobiernos responsables, pero no se haga referencia expresamente al ejercicio de los derechos políticos, sociales, económicos y culturales como medio para perseguir el desarrollo. Y, por otro lado, que se considere que el sistema de responsabilidades es difuso.

En esa perspectiva dual el EBDH coloca a los derechos humanos como principio, norma y fin de cualquier actuación destinada a la promoción estable, universal y duradera de las capacidades humanas. Como principio, ya se señaló que tales derechos están recogidos en los estándares internacionales que se configuran como referentes normativos, tomando en cuenta las interpretaciones de las Observaciones y Recomendaciones generales

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1177

de Naciones Unidas y los indicadores que esta organización desarrolla para evaluar su integración en las estructuras básicas de los Estados, el proceso de aplicación y desarrollo y el resultado de consecución de los derechos. En su dimensión de norma, los derechos humanos sirven de guía y fijan los límites para la acción política y reivindicativa. En cuanto a fin, tales derechos orientan la acción, pero también permiten evaluar si los resultados que se han obtenido coinciden o no con lo establecido en los estándares internacionales y, por tanto, si las acciones han resultado eficaces. El EBDH, además, pone en evidencia la inacción del titular obligado, generalmente los Estados, pero también de otros. La identificación de campos de acción permite programar acciones conjuntas de colaboración y llegar entre titulares obligados y titulares responsables donde por separado no se cubría esa brecha de capacidad.

No puede obviarse que el fundamento moral de los derechos humanos que se plasma en el EBDH es aplicable a los ODS, es más, estos no pueden concebirse sin esa perspectiva, ya que supone que cada persona sea respetada en su dignidad humana. Esa dignidad está presente en la Agenda 2030, en la consecución de los ODS y sus metas, que proporcionan una agenda más participativa con importantes desafíos para su implementación y que necesitan de la implicación de los actores públicos y privados para para fortalecer ese nuevo *ethos* de nuestro tiempo que constituyen los derechos humanos[72].

Ángeles Solanes Corella
Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universitat de València
Avda. dels Tarongers, s/n. Edificio Occidental
46071 Valencia

[72] A. CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, The Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff, 2010, p. 622.

LEGALIDAD Y GARANTISMO. UNA LECTURA FULLERIANA DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL LIBERAL

LEGALITY AND GUARANTEEISM. A FULLERIAN VISION OF THE PRINCIPLES OF LIBERAL CRIMINAL LAW

Antonio Manuel Peña Freire
Universidad de Granada

Fecha de recepción: 22-9-19
Fecha aceptación: 12-2-20

Resumen: *En este artículo se analizan las relaciones entre la teoría del derecho de Lon Fuller y el garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli. Como se comprobará, los principios de legalidad de Fuller y los principios del garantismo penal de Ferrajoli comparten fundamento y, por esa razón, los segundos pueden ser leídos a la luz de los primeros. Sin embargo, esto también demuestra que los principios garantistas tienen una dimensión constitutiva del derecho penal, que va más allá de la que Ferrajoli les atribuyó. Rupturas y excepciones significativas a principios como la culpabilidad, la presunción de inocencia, el exclusivo sometimiento del juez al derecho, etcétera, dan lugar no a manifestaciones iliberales o autoritarias de derecho penal, como Ferrajoli sostuvo, sino a formas de control social extrapenales e incompatibles con la forma del derecho.*

Abstract: *This article analyzes the relationships between Lon Fuller's theory of law and Luigi Ferrajoli's legal guaranteeism. It will be shown that Fuller's principles of legality and Ferrajoli's principles of criminal guaranteeism share the same grounds. This is the reason why the latter can be read in the light of the former. However, that also demonstrates that principles of guaranteeism have a constitutive dimension of criminal law that goes beyond what Ferrajoli attributed to them. Significant ruptures of and exceptions to principles such as liability, presumption of innocence, the exclusive submission of the judge to the law, etc., give rise not to illiberal or authoritarian instances of criminal law, as Ferrajoli argued, but to a sort of non-legal instance of social control incompatible with the form law.*

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1178

DERECHOS Y LIBERTADES
Número 43, Época II, junio 2020, pp. 55-83

Palabras clave: principios de legalidad, Estado de derecho, garantismo jurídico, derecho penal
Keywords: principles of legality, rule of law, legal guaranteeism, criminal law

1. INTRODUCCIÓN

En este artículo exploraré las relaciones que existen entre la teoría del Estado de derecho de Lon Fuller y el garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli. Mi hipótesis es que los principios de legalidad de Fuller y los principios del garantismo penal de Ferrajoli comparten fundamento y que los segundos pueden leerse a la luz de los primeros, si bien de aquí se siguen algunas correcciones en el sentido y alcance dados originalmente por Ferrajoli a sus principios, pues una teoría garantista de la legalidad penal de impronta fulleriana va más allá de lo postulado por el profesor italiano en sus obras.

Lo que haré, en primer lugar, será desarrollar los rasgos fundamentales de la teoría del derecho de Fuller. Para ello, será necesario exponer en qué consiste la legalidad, entendida como gobierno mediante reglas del comportamiento de los individuos, e identificar cuáles son las condiciones o principios que la hacen posible. Haré especial hincapié en tres dimensiones de la legalidad: la vinculación que existe entre las nociones de legalidad y de regla, la incompatibilidad entre legalidad, violencia y arbitrariedad y, por último, la relevancia de la adjudicación para lograr que el comportamiento de los individuos esté efectivamente gobernado por las reglas. Es entonces cuando será posible establecer nexos entre las teorías de Fuller y de Ferrajoli y, por último, una vez definidas las relaciones entre ambas, veremos qué aspectos de la teoría garantista de Ferrajoli precisan de ciertas correcciones o amplificaciones para ser leídos a la luz de los planteamientos de Fuller.

2. LEGALIDAD Y GOBIERNO DE REGLAS SEGÚN LON FULLER

2.1. Los principios de legalidad y el gobierno de las reglas

Vengo insistiendo en la necesidad de ir más allá de la concepción del derecho como sistema normativo o conjunto de normas y en la conveniencia de pensar en el derecho como algo estrechamente vinculado a la noción de lega-

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1178

lidad[1]. El derecho, desde este punto de vista, es un estado en el que pueden hallarse los grupos humanos, en función del modo en que están gobernados los comportamientos de sus miembros. Concretamente, es el tipo de orden social que existe en un grupo cuando las relaciones entre sus miembros están gobernadas por reglas. Desde esta perspectiva, el derecho y el Estado de derecho son, en cierto modo, lo mismo[2], al menos si el Estado de derecho lo entendemos en un sentido muy general, como gobierno mediante el derecho, sin entrar ni en diseños o arreglos institucionales específicos, ni tampoco en consideraciones de orden material, esto es, relativas al contenido de las normas del derecho[3].

Las *reglas* son un tipo de directiva del comportamiento humano y, en concreto, el tipo de directiva distintiva del control jurídico[4]. Las reglas son patrones generales de comportamiento que se dirigen a sujetos con capacidad de actuar, que se refieren a acciones posibles sobre las que los sujetos tienen cierto control rector y que son autoaplicables, en el sentido de que dejan cierto espacio para la intervención de sus destinatarios en su ejecución[5].

---

[1] A. PEÑA FREIRE, *Legalidad y orden jurídico*, Atelier, Barcelona, 2018, esp. pp. 91-107.

[2] Relativamente contrarios a esta asimilación de los conceptos de derecho y Estado de derecho son A. MARMOR, "The Ideal of the Rule of Law" en M. PATTERSON, DENNIS (eds.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Wiley-Blackwell, Chichester, 2010, p. 669 o J. B. ETCHEVERRY, "Rule of Law y discrecionalidad judicial", *Derecho del Estado*, núm. 38, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 9-10 (Doi: *https://doi.org/10.18601/01229893.n38.01*). Partidarios de la asimilación o de las concepciones monistas del Estado de derecho son M. BENNETT, "'The Rule of Law" means literally What It Says: The Rule of the Law': Fuller and Raz on Formal Legality and the Concept of Law", *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 32, p. 91; J. WALDRON, "The Rule of Law and the Importance of the Procedure" en J. E. FLEMING (ed.), *Getting the Rule of Law*, Nomos-New York University Press, Nueva York-Londres, 2011, p. 13. También N. SIMMONDS, *Law as a Moral Idea*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 46.

[3] Sobre las concepciones formales y sustanciales del Estado de derecho, véase P. CRAIG, "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: an Analytical Framework", *Public Law*, 1997, pp. 467 y ss.). Un ejemplo claro de concepción sustancial sería la de T. ALLAN, *Constitutional Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2001 o, entre nosotros, la de E. DÍAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid, Taurus. 1966.

[4] Por regla entiendo aquí algo matizadamente distinto del significado que normalmente se asocia a este término en la teoría del derecho de autores como Dworkin o Alexy. A los rasgos de las reglas en el sentido fulleriano del primer principio de legalidad que exige que haya reglas –*there must be rules*–, me he referido en A. PEÑA FREIRE, *Legalidad y orden jurídico*, cit. pp. 76-87.

[5] Sobre este punto, H. HART y A. SACKS, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law,* The Foudation Press, Westbury-Nueva York, 1994, pp. 115,

Lo contrario de una regla, en tanto que directiva autoaplicable, es una regla unívoca o específica, que es aquella disposición que, por acotar con precisión sus componentes normativos, no deja espacio a la autoaplicación del agente: la directiva unívoca es una orden precisa, que señala con claridad a quién se refiere, qué es lo que exige y cuándo lo exige y, pragmáticamente, aspira a ser equivalente a un impulso o fuerza que moviese físicamente al sujeto a actuar en el sentido ordenado[6]. Los destinatarios de las reglas, por el contrario, han de decidir si las reglas se refieren a ellos, qué es lo que exigen y cuándo lo exigen: así es como las reglas presuponen la capacidad para actuar libremente (free agency) de los individuos a los que se dirigen[7]. La forma del derecho, por tanto, incluye a un individuo con capacidad para actuar y para comprender e interactuar con normas y presupone un compromiso con la concepción del individuo como agente, capaz de entender y seguir las reglas y responsable, por esa razón, de sus fracasos[8]. El reconocimiento de esta capacidad es parte de la forma del derecho y no un objetivo impuesto desde fuera al mismo, ni tampoco un añadido contingente que permita cualificarlo como deseable o justo desde un punto de vista externo[9]. Ese reconocimiento es relevante moralmente, pues como señala Waldron[10], es expresivo del compromiso de los órdenes de reglas con la dignidad como agentes autónomos de sus destinatarios, a diferencia de lo que sucede con los que se conciben como causas directas de una reacción precisa de sus destinatarios en

121. También G. HADFIELD y B. WEINGAST, "What Is Law? A Coordination Model of the Characteristics of Legal Order", *Journal of Legal Analysis*, vol. 4, núm. 2, p. 492. Como es sabido, H. L. A. HART, *El concepto de derecho*¸ trad. G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, pp. 23-32, también se refirió a las órdenes respaldadas por amenazas y rechazó las teorías del derecho que concebían al derecho como *the gunman situation writ large*.

6 Como señalan Hart y Sacks, las directivas referidas a experiencias físicas directas son claramente distintas de las leyes, es decir, del tipo de reglas que forman los órdenes jurídicos, pues las directivas específicas pretenden una reacción física directa y nada más, mientras que las leyes son autoaplicables y, normalmente, se autoaplican, ya que es excepcional que requieran alguna intervención oficial determinante. Cfr. H. HART y A. SACKS, *The Legal Process,* cit., pp. 115, 121. Esto es algo que ya expresó, de un modo muy gráfico, Montesquieu (*El espíritu de las leyes*, III, 10), que se refería a la voluntad del déspota como algo que produce su efecto como una bola lanzada contra otra produce el suyo.

7 Así se sigue de las tesis de Fuller según la lectura que de ellas hace K. RUNDLE, *Forms Liberate,* Hart Publishing, Oxford, 2012.

8 L. FULLER, *The Morality of Law*, 1ª ed. Yale University Press, New Haven, pp. 162-163.

9 Cfr. K. RUNDLE, *Forms Liberate,* cit. p. 98.

10 J. WALDRON, "The Rule of Law and the Importance of the Procedure", cit. pp. 200 y ss.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1178

forma de movimientos y comportamientos[11]. Por eso, gobernar mediante el derecho, afirma expresivamente Waldron, es distinto a pastorear un rebaño o a provocar una reacción mediante el grito de una orden.

Ahora bien, para que el comportamiento de los individuos de un grupo esté gobernado mediante reglas de modo que las relaciones que tienen entre sí o con quienes les gobiernan sean relaciones de legalidad, no es suficiente con la mera existencia de reglas cuyo contenido pretenda condicionar el modo en que se comportan las partes. Es preciso satisfacer una serie de condiciones adicionales a las que se denomina *principios de legalidad*. Los principios de generalidad, publicidad, prospectividad, posibilidad, coherencia, inteligibilidad, estabilidad y congruencia de Fuller[12] son quizás la enumeración más conocida de los principios de legalidad[13]. Los principios de legalidad son condiciones que afectan a la forma en que ha de gobernar quien pretende hacerlo mediante reglas. En la medida en que el derecho es inconcebible e imposible sin atender a su propósito de gobernar mediante reglas el comportamiento de los individuos, los principios son condiciones constitutivas de la forma del derecho, es decir, del modo en que ha de expresarse el control social para ser una expresión de control de tipo jurídico[14]. Desde este punto de vista, gobierno de reglas y gobierno conforme a los principios de legalidad son expresiones sinónimas. Quienes pretenden gobernar un grupo humano de modo jurídico han de satisfacer los principios de modo suficiente[15], porque su incumplimiento generalizado o el incumplimiento radical

---

[11] En un sentido similar D. LUBAN, "The Rule of Law and Human Dignity: Re-Examining Fuller's Canons" *Hague Journal on the Rule of Law*, núm. 2, 2010, pp. 32-33. También, D. LUBAN, *Legal Ethics and Human Dignity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, esp. pp. 97-130.

[12] L. FULLER, *The Morality of Law*, cit. pp. 46-91.

[13] Otras enumeraciones pueden encontrarse en J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendom Press, Oxford, 1980, pp. 270-271; R. FALLON, "`The Rule of Law' as a Concept in Constitutional Discourse", *Columbia Law Review*, vol. 97, núm. 1, 1997; J. RAZ, *The Authority of Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 214-219; J. WALDRON, "The Rule of Law and the Importance of the Procedure", cit. o K. LOVETT, *A Republic of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 209-211.

[14] Al respecto, L. FULLER, *The Morality of Law*, cit. pp. 162-163 y K. RUNDLE, *Forms Liberate,* cit.

[15] Sobre esta cuestión, L. FULLER, "Positivism and the Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1958, p. 650, que señaló que un orden jurídico puede existir pese a incumplimientos puntuales o marginales de algún o algunos principios. También advirtió que, además de ser condiciones constitutivas de los órdenes jurídicos, definen un ideal de legalidad, que sería aquella situación en la que todos y cada uno

de alguno de ellos tienen como resultado que los individuos estén siendo gobernados de modos que no identificamos como jurídicos[16]. El orden jurídico puede existir en una sociedad pese a la existencia de algunas pocas leyes secretas o ignoradas, pero si todas las leyes son secretas o sistemáticamente ignoradas por las autoridades habrá gobierno, pero no derecho[17]: en este caso, el modo de gobernar, de convivir los individuos o de relacionarse con quienes les gobiernan no sería experimentado como jurídico, ni tampoco identificado como tal por quienes lo observaran[18].

2.2. Legalidad, violencia y arbitrariedad

Es obvio que, para que el Estado de derecho exista, no es necesario que todas las acciones imaginables de los individuos estén gobernadas por reglas conforme a los principios de legalidad o, dicho de otro modo, para que exista

---

de los principios quedan plenamente satisfechos (Cfr. L. FULLER, *The Morality of Law*, cit. pp. 41-44). La legalidad, por tanto, puede ser concebida, como hace P. SELZNICK, *Law, Society, and Industrial Justice*, Russell Sage Foundation, Nueva York, 1969, p. 13, de modo progresivo, pues es un logro variable (variable achievement) y no un asunto que se dé al modo todo o nada. Al respecto, también N. SIMMONDS, *Central Issues in Jurisprudence. Justice, Law and Rights*, Sweet & Maxwell, 1986, Londres, p. 122; Id., "Straightforwardly False: The Collapse of Kramer's Positivism", *Cambridge Law Journal*, vol. 63, núm. 1, 2004, p. 118, y Id., *Law as a Moral Idea*, cit. p. 37 y ss., que sostiene que el derecho es un ideal y que el concepto de derecho tiene carácter arquetípico, pues establece determinadas propiedades ideales cuya realización equivale la realización del propósito del derecho, si bien sus casos reales son instancias del mismo en función de su aproximación al arquetipo.

[16] No obstante, hay quienes como D. LUBAN, "The Rule of Law" cit. pp.33-39, consideran que los principios de legalidad plantean constreñimientos importantes al contenido de las normas jurídicas y no solo a la forma o procedimientos a través de los que se manifiesta el control jurídico.

[17] El derecho no es la única manera de gobernar. Existen otros métodos y normas sociales que garantizan la coordinación e incentivan la cooperación social y que, por tanto, son fuente del orden social o pueden llegar a constituirlo sin ser jurídico B. TAMANAHA, *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and Social Theory of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 109-111.

[18] La relevancia teórica de las experiencias de los destinatarios de las normas es destacada por K. LOVETT, *A Republic of Law,* cit. pp. 126, 158-160, 199, quien señala que la calidad de un Estado de derecho se mide por la intensidad de la experiencia de los miembros del grupo de estar siendo gobernados por normas impersonales preestablecidas. En esas condiciones, los individuos pueden formarse expectativas efectivas y fiables a propósito de cuándo se aplicará la coacción estatal, lo que requiere que su aplicación se haga en función de reglas públicas que solo se amplifiquen mediante discreción en la implementación y no mediante discreción fuerte o discreción de responsabilidad.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1178

derecho en un grupo humano, no es necesario que todas las relaciones de sus miembros sean relaciones de legalidad[19]. Sin embargo, el respeto a los principios de legalidad debe ser prominente en un ámbito concreto: el de aquellas acciones que dan lugar a respuestas de respaldo o rechazo formal o institucionalizado del grupo, especialmente si esa respuesta es susceptible de ser aplicada por la fuerza. Un orden jurídico existe cuando el respeto a los principios de legalidad es significativo o dominante en el ámbito en que el grupo se moviliza formalmente para apoyar o reprobar, llegado el caso por la fuerza, a sus miembros, es decir, si en ese ámbito los cursos de acción están sometidos al control de reglas y si está prevista una movilización formal u oficial del grupo a la luz de las reglas establecidas. Es importante anotar que hablo de actos de respaldo o rechazo *que podrían imponerse por la fuerza*, es decir, de ocasiones en las que los individuos podrían ser objeto de actos de fuerza respaldados formalmente por el grupo del que forman parte o por sus instituciones de gobierno. Obviamente, los individuos pueden ser objeto de violencia en otras ocasiones, pero aquí me refiero a un tipo de violencia específica, cualificada, en primer lugar, por su carácter condicional y, en segundo lugar, por su carácter formal o institucional o, si se quiere, público.

La coacción que nos interesa es la que consiste en la amenaza condicional de cometer violencia sobre un individuo cuyo comportamiento quiere controlarse o, en palabras de Hoebel[20], la situación que se da cuando un individuo es forzado a actuar en un sentido contrario al que habría deseado, porque otro u otros han limitado deliberadamente el rango de las acciones entre las que puede elegir, bien directa o indirectamente, mediante la amenaza de provocar ciertas consecuencias desagradables. La coacción jurídica es aquella compulsión física cuya aplicación por una causa, en una manera y en un momento determinados, está socialmente aceptada en tanto que parte de la autoridad social[21]. Esta noción presupone una distinción entre usos

[19] No necesario, por ejemplo, que las relaciones afectivas o personales sean relaciones de legalidad. Es más, no parece ni practicable ni deseable.

[20] E. HOEBEL, *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics*, Harvard University Press, Cambridge MA, 1954, p. 27.

[21] La relevancia de la violencia y de su control público en la definición del derecho ya fue apreciada por M. WEBER, *Economía y sociedad*, trad. José Medina Echavarría, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993, pp. 43-45, 663-668, 1056-1060, quien definió al derecho como el conjunto de normas que son aplicadas por personas cuya función específica es estar en disposición de aplicar ciertos métodos de coerción.

públicos y no públicos de la coacción[22]: es pública la que despliegan agentes públicos u oficiales[23], que son aquellos individuos o grupos de individuos con capacidad efectiva para ejercer la violencia sobre un grupo social de un modo continuado o sostenido (ongoing and sustainable), cuando además es generalmente conocido en el grupo que tienen esa capacidad. El Estado de derecho, desde ese punto de vista, no sería sino la medida en que el ejercicio de la violencia por parte de agentes públicos se ve condicionado por los principios de legalidad, es decir, el grado en que el ejercicio de la coacción por quienes tienen tanto la capacidad para desplegarla como la autoridad socialmente reconocida para emplearla, se hace depender del incumplimiento de reglas de comportamiento previamente anunciadas[24].

Para *crear* el Estado de derecho, en el sentido anterior, es necesario resolver dos problemas[25]: el problema del orden social y el problema de la constitucionalización del uso de la fuerza. El problema del orden social exige limitar el ejercicio de la coacción a agentes públicos. Un orden jurídico es imposible allí donde la violencia está generalizada socialmente y donde cualquier amenaza de un supuesto agente público puede verse inmediatamente superada por otra distinta no oficial[26]. La existencia del derecho presupone que el uso privado de la violencia es mínimo, lo que significa que, al menos,

[22] K. LOVETT, *A Republic of Law*, cit. pp. 65 y ss.

[23] Obviamente, uno podría verse movido a actuar en un sentido preciso como consecuencia de la presión social difusa de otros miembros del grupo o por ser víctima de algún chantaje emocional de su pareja. Pero estos no son casos de uso público o formal de la coacción.

[24] Como ya señalé, para que exista el derecho, es suficiente con un cumplimiento gradual o suficiente de los principios en ese ámbito de acciones. Al respecto, L. FULLER, "Positivism and the Fidelity to Law", cit. p. 650. No es necesario satisfacer a la perfección los principios de legalidad cada vez que el Estado recurre a la coacción. Pueden existir fallos y excepciones, siempre que sean marginales. Será posible que los principios, en ocasiones, no se cumplan, pese a que debían hacerlo, como, por ejemplo, cuando excepcionalmente las autoridades recurren a violencia extralegal. También será posible que, excepcionalmente, la coacción se administre en función de patrones o condiciones distintas de las contenidas en los principios. Esto sucede, por ejemplo, cuando una sociedad afronta situaciones de crisis de seguridad grave y los gobernantes quedan autorizados para adoptar decisiones discrecionales o cuando se habilita a las autoridades a indultar a quien ha incumplido una norma.

[25] K. LOVETT, *A Republic of Law*, cit. pp. 100-101.

[26] A este problema se han referido los teóricos del derecho desde distintos puntos de vista, como, por ejemplo, el de la eficacia general como condición de la existencia del derecho de H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, UNAM, México, 1982, pp. 219-225, o el de la preponderancia del derecho de J. RAZ, *Razón práctica y normas*, Madrid, CEC, 1991, pp. 175-179. Sobre este punto también G. LAMOND, "Coercion and the Nature of Law", *Legal Theory*, vol. 7, pp. 55-56.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1178

las formas de violencia a las que recurren los agentes públicos para reforzar la eficacia de las normas están prohibidas a agentes distintos de los públicos y que, en general, a estos les es difícil recurrir a ellas. Es más, la existencia del derecho presupone que quien pretende cumplir con lo dispuesto obtendrá la protección de quien gobierna frente a quienes intenten impedírselo por la fuerza[27]. No tiene sentido hablar de un Estado de derecho allí donde los individuos son generalmente coaccionados por otros para que incumplan las normas oficiales vigentes si esa amenaza es tan real como la oficial[28]. El problema de la constitucionalización del uso de la fuerza (problem of constitutionalism) exige, como mínimo, limitar la actividad de los agentes públicos coercitivos a la aplicación de las reglas jurídicamente válidas, lo que, como hemos visto, implica respetar suficientemente los principios de legalidad y, además, tiene una serie de consecuencias implícitas relativas, fundamentalmente, al diseño de los procedimientos en los que se acredita oficialmente que un individuo es responsable de la violación de una regla o que tiene una pretensión que está respaldada por las normas, que habilitan a la movilización del aparato coactivo oficial para, según proceda, reprochárselo o respaldarlo.

En cualquier caso, esta concepción del derecho pone de manifiesto su valor moral. La generalización social de la violencia es indeseable y la concentración efectiva de la capacidad para ejercer coacción en manos de las autoridades sería un riesgo en sí misma si las autoridades actuaran arbitrariamente[29]. En la medida en que el derecho reduce o minimiza el riesgo que tienen los individuos de ser víctimas de violencia y coacción arbitrarias, es portador de un valor moral inherente. El ejercicio de la violencia no resulta *necesariamente* ni opresivo ni degradante cuando se satisface lo exigido por los principios de legalidad, es decir, cuando el uso de la fuerza, reservado a agentes públicos, se hace depender del *in*cumplimiento de reglas generales,

---

[27] Al respecto, por ejemplo, N. SIMMONDS, *Law as a Moral Idea*, cit. p. 102.

[28] Pensemos, por ejemplo, en la existencia de una organización mafiosa o de grupos rebeldes o paramilitares que ejercen un control muy eficaz de la sociedad, concurrente al "oficial".

[29] Cuando definimos el derecho en función de la idea de legalidad o de Estado de derecho, queda claramente de manifiesto la radical incompatibilidad entre derecho y arbitrariedad. En esta misma línea P. SELZNICK, *Law, Society, and Industrial Justice*, cit. pp. 8, 11, que afirma que el Estado de derecho, como ideal inmanente propio del derecho, es contrario a la arbitrariedad, pues aspira a su progresiva reducción al someter el poder de los gobernantes a principios racionales vinculados al orden civil.

públicas, prospectivas, etcétera. Hay que tener en cuenta también que, en estas condiciones, no es posible coaccionar a los gobernados en casos distintos a los anunciados en las reglas: el principio de congruencia entre las reglas anunciadas y la acción oficial exige que los gobernantes se abstengan de castigar a quienes han cumplido las reglas, ya que han de limitarse a castigar a quienes las incumplieron y precisamente en razón de ese incumplimiento[30]. Esta limitación, implícita en la naturaleza de la relación que se da entre quien pretende gobernar mediante reglas el comportamiento de otro y aquel cuyo comportamiento es gobernado por reglas, también es moralmente significativa.

2.3. Gobierno de reglas y adjudicación de pretensiones y conflictos

Una condición crucial para que exista un Estado de derecho es la que se refiere a la existencia de procedimientos a través de los que se apliquen las reglas establecidas para solventar las pretensiones y conflictos jurídicamente relevantes de los individuos. Igual que la existencia meramente formal de reglas no garantiza el Estado de derecho, la simple existencia de unos agentes que dijesen resolver los conflictos según reglas anunciadas no significa que, efectivamente, los conflictos estén siendo solucionados de ese modo. Es necesario que exista un procedimiento para la resolución de los conflictos conforme a reglas, pero también que lo que sucede en el marco de ese procedimiento sea que, efectivamente, los conflictos se resuelven según las reglas. Las pretensiones y conflictos han de adjudicarse en un sentido, por así decirlo, *genuino*[31].

Para evitar formas de adjudicación no genuinas, que incluso podrían terminar colapsando en expresiones de gobierno arbitrarias, la adjudicación ha de estar formalmente condicionada por las reglas anunciadas, lo que exige cumplir con dos condiciones implícitas en la idea de legalidad[32]: (a) ha de garantizarse la participación de las partes en el proceso mediante la presentación de pruebas y argumentos que consideren relevantes y (b) ha de garantizarse que el juez resuelve considerando las pruebas y los argumentos

[30] Al respecto, L. FULLER, *The Morality of Law*, cit. pp. 39-41 y L. FULLER, *The Morality of Law*, 2ª ed. Yale University Press, New Haven, 1969, pp. 216-217.

[31] La adjudicación genuina es condición de posibilidad del Estado de derecho. Vid. K. LOVETT, *A Republic of Law*, cit. pp. 126 y ss. y 149.

[32] El desarrollo de esta concepción de la adjudicación está en L. FULLER, "Forms and Limits of Adjudication" en *Harvard Law Review*, vol. 92, núm. 2, pp. 369 y ss.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1178

presentados por las partes[33]. Este carácter abierto de la adjudicación no es una dimensión añadida a la noción de gobierno de las reglas, sino que es constitutivo de su sentido –y, por tanto, también del Estado de derecho–, hasta el punto de que hablar de adjudicación abierta o, simplemente, de adjudicación es exactamente lo mismo desde un punto de vista conceptual.

No tendría sentido exigir que las reglas estén públicamente disponibles y que su sentido sea inteligible para sus destinatarios, si luego el modo en que razonablemente hubieran sido entendidas pudiera ser ignorado por el juez, habilitado para imponer sin más su propio criterio[34]. Las lecturas razonadas de los destinatarios de las reglas anunciadas no pueden ser sistemáticamente ignoradas, pues son, en cierto modo, versiones de las reglas mismas y quienes han actuado conforme a ellas no pueden ser, sin más, acusados y condenados, como si inequívoca y manifiestamente hubieran actuado en su contra. Las reglas deben aplicarse como razonablemente pudieron y debieron entenderlas sus destinatarios, pues de lo que se trata es de comprobar si estos se ajustaron a lo dispuesto por las reglas tal y como razonablemente debieron entenderlas. Además, siendo las reglas patrones de comportamientos abiertos, no tendría sentido que en su aplicación se ignoraran los hechos y argumentos que los destinatarios pudieran presentar en el momento en que se les reprocha su comportamiento. Si el individuo que era autónomo al momento de actuar conforme a las reglas no tiene ocasión de justificar su comportamiento ante quien se lo reprocha y es castigado sin más, dejará de estar siendo tratado como un sujeto capaz de percibir el sentido de las reglas y de comportarse conforme a ellas y pasará a ser objeto de una imposición arbitraria por parte de quienes lo gobiernan. Dicho de otro modo, quien es gobernado mediante reglas tiene que ser respetado como agente con capacidad para actuar libremente cuando toma la decisión de actuar en función de ellas y también cuando se le reprocha el comportamiento efectuado, ya que

[33] Me refiero, obviamente, a *garantizar normativamente* la participación de las partes y la consideración del juez hacia sus argumentos. Que luego las cosas sucedan realmente del modo previsto en las normas o de otro diferente, es un problema relacionado, pero distinto. En cualquier caso, toda medida, acto o acontecimiento que aproxime el modo en que actúan los jueces y tribunales al modo en que deben actuar, supuesto que las normas que les afectan sean conformes a los principios de legalidad, profundizaría en el carácter jurídico del orden al incrementar la calidad del Estado de derecho.

[34] Algo así parece sugerir L. FULLER, *The Morality of Law*, cit. pp. 83, cuando señala que los jueces han de interpretar las leyes considerando el modo en que razonablemente pudieron entenderlas sus destinatarios y no el modo en que ellos las entienden.

si las reglas dejan margen para la intervención de los agentes en el momento de su autoaplicación, es necesario que dejen margen también para la justificación del propio comportamiento al momento en el que se evalúa judicialmente su licitud.

Las decisiones adoptadas en los procesos adjudicativos, por tener que integrar, entre sus presupuestos y fundamentos, los puntos de vista de las partes, son conceptualmente distintas de las decisiones puramente arbitrarias. Que el juez tenga que ser considerado con el punto de vista razonado de las partes es lo que permite convertir una decisión tendencialmente arbitraria en una decisión gobernada por las reglas, porque un modelo de aplicación de las reglas que ignorase lo entendido o argumentado por las partes sería experimentado como una pura imposición y, conceptualmente, sería indistinguible de un método de decisión arbitrario[35].

2.4. Dimensión moral del Estado de derecho

De todo lo anterior, se siguen conclusiones relevantes a la hora de dilucidar el problema de la dimensión moral del derecho. Hemos visto que cuando nuestro comportamiento está gobernado por reglas conforme a los principios de legalidad, vemos reconocida nuestra capacidad para actuar autónomamente. También que cuando se gobierna mediante reglas, el recurso a la violencia está significativamente centralizado en los poderes públicos y que quienes pueden recurrir a ella están necesariamente limitados, pues deben cumplir con ciertas condiciones –los principios de legalidad– al momento de expresar qué es lo que desean de nosotros y también deben abstenerse de ejercer la violencia, a no ser que sea como consecuencia de la declaración judicial de que se ha incumplido una regla previa que tenía como consecuencia la aplicación de algún tipo de sanción. Por último, esa declaración judicial no puede producirse de cualquier modo y, en especial, no puede ser arbitraria y, para ello, es imprescindible que se garantice la participación de los afectados en el proceso, dándoles la ocasión de presentar a un juez considerado cuantos hechos y razones estimen relevantes para acreditar que no son responsables del incumplimiento del que se les acusa o que las reglas

[35] Es por esto que es función del poder judicial elaborar las interpretaciones más razonables de la ley, que son aquellas que una persona no prejuiciada en una sociedad encontraría más naturales, para conforme a ellas, resolver los casos que se les presentan. Vid. K. LOVETT, *A Republic of Law*, cit. pp. 171-172.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1178

respaldan sus pretensiones. Además, esto garantiza su libertad en el sentido de que, en esas condiciones, no es verdad que estén incondicionalmente sujetos a la voluntad de ningún otro individuo y, en particular, a la del juez que aplica las reglas[36].

Son esas dimensiones –reconocimiento de la capacidad para la acción autónoma, control de la violencia arbitraria, limitación del gobernante y libertad frente a la voluntad de los otros–, implícitas en la forma en que se manifiesta el control jurídico, las que le confieren valor moral. El orden jurídico es un fenómeno moral porque su forma es expresión de los valores de una moral específica y no porque sea algo conectado a una moral distinta en la que se inspira el contenido de sus normas, bien necesariamente, como habría sostenido cierto iusnaturalismo, bien cuando ciertos valores morales son proclamados constitucionalmente[37], como sostiene el constitucionalismo contemporáneo. No es correcto, por tanto, preguntarse con qué moral está conectado el derecho, sino por la *moral en que el derecho consiste*, es decir, por la moral de la que la forma del derecho es expresión. Los valores de la legalidad son sustancialmente morales, es decir, que son típica y comúnmente identificables como partes de nuestro discurso moral, pero también son constitutivos del derecho, en el sentido de que reclaman que el control social se organice y ejerza conforme a unas condiciones o principios. Estos principios son los principios de legalidad, que son la expresión normativa para el control social de los valores morales de la legalidad, es decir, los principios definen cómo ha de ser el control social para ser conforme a los valores de la legalidad. En definitiva, los principios de legalidad son jurídicos porque son constitutivos de la forma del derecho y los valores de la legalidad son jurídicos porque los principios de legalidad son su expresión normativa. Por todas estas razones, creo que la expresión *constitución del Estado de derecho* es una buena forma de referirse a los valores y principios de legalidad. Por últi-

[36] He desarrollado el sentido de cada uno de estos principios en A. PEÑA FREIRE, *Legalidad y orden jurídico*, cit. pp. 171-199.

[37] Los principios de legalidad no forman parte de una lista de principios de justicia externos al derecho mismo, es decir, que no son estándares morales sustanciales que se introducen en el derecho como consecuencia de alguna fuerza natural misteriosa. Son principios definitorios de los procesos jurídicos y de los métodos de ordenación que definen el control jurídico. Están, por tanto, en relación con la forma del derecho y no con sus productos y, por esa razón, atañen al derecho como un todo y no a sus particulares normas. Vid. D. DYZENHAUS, "Positivism's Stagnant Research Programme", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, núm. 4, 2000, pp. 721-722.

mo, hay que tener en cuenta que los valores de la legalidad son la fuente del valor moral del derecho, pero exclusivamente en tanto que fundamento de su forma, lo que significa que el derecho puede ser considerado una forma de convivir, relacionarse con otros o de ejercer el control social moralmente valiosa, pero que este valor no se traslada directamente a lo que exige, que merecerá una valoración moral separada.

3. GARANTISMO Y DERECHO PENAL LIBERAL

Todo lo anterior es particularmente relevante para la reflexión sobre el sentido y la significación del derecho penal. El derecho penal es la rama del derecho que expresa de un modo más intenso el poder de coacción del Estado sobre los individuos, al vincular directamente el incumplimiento de sus normas con expresiones de violencia estatal, en forma de restricciones coactivas de bienes y derechos, juzgadas como las más desagradables y graves que un individuo ha de padecer. Esa capacidad para afectar radicalmente e incluso *destruir* a los individuos afectados está entre las razones por las que filósofos y juristas, en general, y penalistas, en particular, han propuesto condicionar la expresión del poder coactivo del Estado a una serie de estrictos principios tendentes a justificar, restringir y humanizar su ejercicio. El Iluminismo penal, de autores como Beccaria o Von Lizst, ha sido la más expresiva manifestación de ese esfuerzo. Quiero destacar que esa pretensión estuvo moralmente motivada, es decir, que se explica por la sensibilidad ética humanista de los ilustrados, a los que repugnaban, por ejemplo, los procedimientos inquisitoriales en los que el juez era enemigo del acusado, las torturas dirigidas a obtener la confesión de los reos, la crueldad de las condenas, etcétera[38]. Desde este punto de vista, "liberal", en la expresión "derecho penal liberal", sería un añadido contingente, aunque muy conveniente, al derecho penal y los principios del derecho penal liberal serían principios adjetivos que califican un tipo específico de derecho penal, pero no rasgos necesarios de su sentido.

Sin embargo, en mi opinión, muchos de los principios por los que se interesaron los ilustrados y defensores del derecho penal liberal no deben ser considerados como aditamentos contingentes al derecho penal. Una parte

[38] Al respecto, por ejemplo, M. MARTÍNEZ NEIRA, "La Ilustración (jurídica) española" en J. M. RODRÍGUEZ URIBES y F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Historia de los derechos fundamentales*, tomo II, vol.1, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 415 y ss.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1178

significativa de los principios del derecho penal moderno o liberal está implícita en la lógica del derecho mismo. Esta constatación me parece clave para afrontar algunos de los debates que actualmente ocupan a los filósofos del derecho y a teóricos del derecho penal.

Para demostrar lo anterior, me referiré a los principios del modelo garantista penal de Ferrajoli[39]. Los principios enumerados por Ferrajoli[40] son diez, seis relativos al derecho penal y cuatro al derecho procesal penal. Veámoslos con cierto detalle.

(1) Según el primer principio, el *principio de retribución penal* o de sucesividad de la pena respecto del delito, no hay pena sin crimen. El delito es condición necesaria –no suficiente– de la pena y las penas tienen carácter retributivo. Se excluyen, por tanto, usos preventivos puros del derecho penal. Tampoco debe castigarse a quienes sean percibidos como malvados, desviados, indeseables, peligrosos o proclives al delito por esa simple razón. Quedan excluidas las concepciones correccionales, autoritarias o de defensa social del derecho penal[41] y tampoco puede la pena entenderse orientada a la transformación moral del condenado, ni, por extensión, a la transformación moral de los restantes ciudadanos[42].

(2) El segundo principio, el *principio de legalidad penal*[43], se desglosa en dos: el principio de mera legalidad dirigido a los jueces y el principio de estricta legalidad dirigido al legislador. El principio de mera legalidad o principio de positividad de la ley penal promueve una concepción exclusivamente positiva o formal de la ley penal y re-

[39] No en vano Prieto señala que el garantismo penal es la más fecunda proyección en nuestros días de la filosofía jurídica ilustrada. Vid. L. PRIETO SANCHÍS, "La filosofía penal de la Ilustración" en J. M. RODRÍGUEZ URIBES y F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Historia de los derechos fundamentales*, tomo II, vol. II. Dykinson, Madrid, 2001, p. 131.

[40] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, trads. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995, pp. 93, 353-692.

[41] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pp. 368-369.

[42] Vid. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. pp. 222-224. Este principio también plantea serias objeciones a los usos simbólicos y perfeccionistas de derecho penal, en los que el castigo no es la retribución por un crimen cometido, sino un método para hacer mejores ciudadanos o para mejorar moralmente a la sociedad. Sobre el uso simbólico del derecho penal, M. CANCIO MELIÁ, "Introducción" en G. JAKOBS y M. CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Pamplona, 2006, pp. 97-98, 109.

[43] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. pp. 95, 373-385.

chaza definiciones morales o naturales del delito. Delito es aquello que positivamente ha sido considerado como tal. El principio de estricta legalidad o principio de taxatividad se refiere al legislador, al que impone la obligación de definir de modo preciso y claro el delito. Además, estos dos principios tienen como corolarios al principio de irretroactividad, que es consecuencia lógica del principio de mera legalidad, pues la ley positiva que define el delito ha de ser previa al acto y, de otro lado, al principio de prohibición de la analogía penal, que lo es del principio de estricta legalidad, pues si la definición del delito es precisa, no hay espacio para el razonamiento analógico[44].

(3) El *principio de necesidad*[45] prescribe máxima economía en la tipificación de acciones humanas como delitos y también que la pena sea la mínima necesaria, al ser el derecho penal una técnica de control profundamente lesiva de la libertad y la dignidad humanas[46].

(4) El *principio de lesividad*[47] vincula necesidad y daño y pone el énfasis en la naturaleza lesiva, objetivamente acreditada, del resultado del acto objeto de reproche.

(5) El *principio de materialidad*[48] vincula daño y acción, de modo que ningún daño, por grave que sea, pueda penarse si no es efecto de una acción. Los delitos no pueden consistir en estados de ánimo interiores, sino que tienen que concretarse en acciones materiales, físicas o externas, empíricamente observables y tipificables como tales por la ley penal.

(6) El *principio de culpabilidad*[49] reza que no hay acción punible sin culpa y exige que solo se castiguen actos intencionales de los individuos, es decir, actos realizados por personas capaces de comprender y querer. La responsabilidad penal por actos ajenos, del clan o la familia está vetada.

---

[44] Al respecto, L. PRIETO SANCHÍS, "La filosofía penal de la Ilustración", cit. pp. 160-162, señala que el estricto sometimiento del juez a la ley es incompatible con la apelación a la analogía, a la equidad o a cualquier fórmula que permita exceptuar o ampliar el sentido de la ley penal.

[45] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 465.

[46] La contraparte de la concepción mínima del derecho penal la integran propuestas de "modernización" del derecho penal, que propugnan su expansión. Por ejemplo, L. GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización del Derecho Penal y para la crítica del derecho de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

[47] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 466.

[48] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 480.

[49] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 487.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1178

Los restantes principios son procesales e instrumentales a los principios sustanciales del derecho penal, pues afectan al cuándo y cómo juzgar a quien ha podido cometer una infracción penal[50].

(7) El *principio de jurisdiccionalidad*, en sentido amplio, exige que no haya delito ni culpa ni pena sin juicio, lo que, además de excluir penas privadas y venganzas, se traduce en la necesidad de que cualquier restricción de la libertad personal sea decidida en un juicio, de que no pueda ser acordada arbitrariamente, de que la punición penal esté reservada a la jurisdicción penal y de no ser tratado como culpable[51]. En sentido estricto, el principio de jurisdiccionalidad se desglosa en los principios acusatorio, de prueba y de defensa.

(8) El *principio acusatorio* reclama, en primer lugar, separación entre acusación y juez, para garantizar la imparcialidad del juez, que se vería comprometida si se hubiera involucrado en la investigación del presunto culpable. En segundo lugar, supone la indisponibilidad, obligatoriedad o irrevocabilidad de la acción penal, que excluye que el juez pueda decidir, discrecionalmente, no juzgar un posible incumplimiento de la ley[52].

(9) El *principio de prueba*[53] se sigue del carácter acusatorio del proceso, concebido como un proceso de descubrimiento de la verdad basado en el método de la falsabilidad de las afirmaciones sobre las que va construyéndose la legitimidad de la pena. Como se parte de una situación en la que se presume la inocencia del individuo, quien pretende su condena asume la carga de probar que hizo algo prohibido y que merece la pena, sin que esta carga pueda asumirla el juez, pues comprometería su imparcialidad.

(10) Por último, el *principio de defensa* o *contradictorio*[54] exige que no se den por probados hechos o por válidos razonamientos sin posibilidad de refutación por la parte acusada, pues solo serán atendibles

---

[50] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. pp. 537 y ss.

[51] Sobre la presunción de inocencia, añade Ferrajoli que "si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena". Vid. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. 549.

[52] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. pp. 561 y ss., esp. 567 y 569-570.

[53] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 610.

[54] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 613.

cuando se hayan descartado todas las posibles refutaciones, lo que exige que la defensa tenga abierta la posibilidad de plantear las hipótesis que estime convenientes y que, a su criterio, podrían falsear las acusaciones formuladas.

Una vulneración de los principios del garantismo tendrá como resultado bien modelos de punición extrapenales o irracionales, bien modelos de derecho penal antiliberales o autoritarios[55].

(a) El *modelo de mera prevención* es un modelo de punición no penal, que resulta de negar el principio de retribución, pues la punición se administra preventivamente –sin crimen– para evitar la comisión de hechos indeseables o dañinos en el futuro[56].

(b) También es incompatible con el derecho penal el modelo de *estado policial*, que resulta de ignorar el principio de legalidad –*ninguna pena sin ley*– y está en relación con autoridades que administran la coacción a partir de leyes penales en blanco, que permiten intervenciones punitivas prácticamente libres de vínculo alguno[57].

(c) Cuando se ignora el principio de necesidad y se castigan acciones superfluas y no lesivas, resulta un modelo de derecho penal vejatorio.

(d) Cuando se ignora el principio de lesividad, estamos ante un modelo de derecho penal subjetivista sin daño.

(e) Cuando se ignora el principio de materialidad, surge un modelo de derecho penal subjetivista sin acción. Este no es fácilmente distinguible del anterior, aunque según Ferrajoli[58], ambos encuentran su expresión cuando se castigan rasgos del carácter, disposiciones morales, estados de peligrosidad, etcétera. El conocido derecho penal de autor es, afirma, la mejor expresión de estos modelos desviados de derecho penal, pues en él, se castiga simultáneamente sin acción ni ofensa, ya que la ley prefigura estados subjetivos in-

[55] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. pp. 97 y ss.

[56] El caso de los cupos de detenidos y deportados por demarcaciones territoriales, en función de cuotas asignadas, practicado por el estalinismo en la Unión Soviética, es expresivo de este modelo punitivo: se detiene aleatoriamente a personas, que pasan a ser víctimas de coacción estatal, para prevenir actividades subversivas de rebeldes y para asegurar la sumisión de la población general.

[57] Al respecto, también L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 798.

[58] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 100.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1178

criminables o se criminaliza el estatus interior del reo o su identidad personal[59].

(f) Los modelos objetivistas son los que rompen con el principio de culpabilidad y asignan la culpa colectiva, impersonal u objetivamente.

De la vulneración de los principios del derecho procesal penal resultan un modelo punitivo extrapenal y *dos modelos de derecho procesal penal autoritario*:

(g) La vulneración del principio de jurisdiccionalidad tiene como resultado un *modelo punitivo puramente discrecional*, que se manifestaría en la conocida *justicia del cadí*, donde la coacción se administra caso a caso y discrecionalmente, tras un *juicio*, en el que se decide castigar, sin vínculo a ningún criterio preestablecido o, si acaso, por referencia a criterios normativamente vacíos de cualquier contenido específico, como son la equidad, la sabiduría del príncipe, etcétera.

(h) Un primer caso de derecho procesal penal autoritario es el representado por los modelos inquisitivos de proceso penal, en los que el juez actúa también como acusación, y es el resultado de la vulneración del principio acusatorio.

(i) El segundo es el modelo de derecho penal de mera legalidad, que se da cuando rompemos con los principios de carga de la prueba y contradictorio, negando al acusado la posibilidad de defenderse o responsabilizándolo de probar su inocencia.

4. PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y PRINCIPIOS DEL GARANTISMO PENAL

Los principios del garantismo penal se solapan unos con otros y, en ocasiones, no es fácil distinguirlos entre sí: muchas de sus garantías se presuponen mutuamente y los modelos corruptos de derecho penal no se dan normalmente en la práctica con demasiada nitidez. En cualquier caso, conjuntamente definen un modelo penal garantista, que es "un modelo regulativo de *justicia formal*, y, en la medida en que tales principios están incorporados al ordenamiento positivo bajo la forma de principios constitucionales o legales, es también un modelo normativo de legitimidad jurídica o de

[59] La persecución de herejes, de brujas, las leyes raciales de los nazis, las leyes comunistas contra los enemigos del pueblo o las leyes referidas a delincuentes innatos son algunos ejemplos expresados por Ferrajoli.

validez"[60]. El respeto suficiente a los principios por parte de la legislación penal autoriza a clasificarla como un caso de modelo de derecho penal liberal, que garantiza la inmunidad de los ciudadanos respecto de las intervenciones punitivas infundadas o arbitrarias. De otro lado, la vulneración gradual de algún principio nos aleja del modelo garantista de derecho penal, mientras que una ruptura total con los principios nos remite a modelos punitivos extrapenales o irracionales.

En esa caracterización, son evidentes ciertas analogías formales con el ideal de la legalidad de Fuller: los principios de legalidad también son de cumplimiento gradual, de modo que los órdenes jurídicos, como el derecho penal garantista, existen en la medida en que los satisfagan suficientemente. Esta constatación abre la puerta a la comparación entre, de un lado, los principios de legalidad y el modelo ideal de Estado de derecho de Fuller y, del otro, los principios del garantismo penal y el modelo garantista de derecho penal de Ferrajoli. Esa comparación beneficiará nuestra comprensión de los principios del garantismo penal, porque pondrá a los principios del garantismo penal en su contexto y nos permitirá profundizar en su dimensión constitutiva y su naturaleza moral.

Hay que tener en cuenta que mientras que los principios de legalidad van referidos al derecho mismo, los principios del garantismo van referidos a un tipo especial de derecho penal, cualificado por su carácter liberal. Mientras que Fuller se interesó por los principios que constituyen al orden jurídico como tal, es decir, principios que nos permiten *clasificar* a los distintos métodos para el control del comportamiento humano como métodos de tipo jurídico, Ferrajoli se propuso elaborar los principios que nos permiten *calificar* al derecho penal como liberal o garantista[61]. Sin embargo, es evidente que, entre los principios estudiados por Ferrajoli, existen también principios constitutivos del derecho penal y no solo principios característicos del derecho penal liberal. Así sucede si atendemos a la distinción de Ferrajoli[62] entre principios cuya vulneración da lugar a formas autoritarias de derecho penal o de derecho procesal penal (principios de necesidad, lesividad, materialidad, culpabilidad, acusatorio, prueba y defensa) y principios cuya vulneración da lugar a modelos punitivos extrapenales (retribución, legalidad y

[60] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 97.

[61] Me valgo aquí de la distinción entre condiciones clasificantes y calificantes de R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1995, p. 32.

[62] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. pp. 98-103.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1178

jurisdiccionalidad). Obviamente, los primeros parecen tener una dimensión meramente calificante del carácter liberal del derecho penal, mientras que los segundos son clasificantes, porque son constitutivos del derecho penal mismo, en la medida en que su vulneración nos remite a formas de punición extrapenales.

Sin embargo, a mi juicio, esta distinción no está bien aplicada, pues algunos de los principios agrupados como calificantes son algo más que condiciones del carácter garantista del derecho penal y pueden llegar a ser constitutivos del derecho penal mismo, en la medida en que su vulneración da lugar a formas de control de la conducta no-jurídicas. Lo que haré, a continuación, es elaborar el sentido de cada principio del garantismo a la luz de los presupuestos e implicaciones de los principios de legalidad. Atenderé, por ejemplo, a la necesidad de que el control social vaya referido a acciones humanas y de que su ejercicio respete los principios de legalidad, lo que es muy relevante para los seis principios garantistas del derecho penal. Otro tanto sucede con los principios de derecho procesal penal de Ferrajoli, que pueden beneficiarse de una lectura a la luz de las exigencias del modelo de adjudicación genuina, conceptualmente vinculado al gobierno de las reglas, al que me he referido anteriormente. Esto nos permitirá comprobar si la vulneración de un principio garantista es compatible con lo que exigen los principios de legalidad, al menos hasta el punto necesario para permitirnos seguir hablando de métodos de control del comportamiento autoritarios o no liberales, pero aún penales y, lógicamente, jurídicos en su naturaleza.

El resultado, cuya explicación viene a continuación, se representa en el siguiente cuadro. En las dos columnas de la derecha, figuran la distribución de los modelos punitivos de Ferrajoli y la que resulta de mi variante corregida fruto de leer el garantismo en clave fulleriana. En ellas, están sombreadas más intensamente las expresiones del poder coactivo extrapenales y menos las formas de expresión del poder coactivo compatibles con la forma del derecho. Como se aprecia, estas últimas son menos en la versión corregida mía que en la original de Ferrajoli. Veamos cada caso.

PRINCIPIOS DE LEGALIDAD	PRINCIPIOS DEL GARANTISMO PENAL	VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GARANTISTAS	VERSIÓN CORREGIDA
Reglas	1. Retribución o sucesividad *Ninguna pena sin delito*	(a) Sistemas de mera prevención	(a) Sistemas de mera prevención
Prospectivas	2. Legalidad penal *Positividad y taxatividad*	(b) Estados policiales	(b) Estados policiales
Públicas	3. Necesidad *Derecho penal mínimo*	(c) Derecho penal vejatorio	(c) Derecho penal vejatorio
Inteligibles	4. Lesividad *No hay delito sin daño*	(d) Derecho penal subjetivista sin daño	(d) Derecho penal subjetivista sin daño
Posibles	5. Materialidad *No hay daño sin acción*	(e) Derecho penal subjetivista sin acción	(e) Derecho penal subjetivista sin acción
Coherentes	6. Culpabilidad *No hay acción sin culpa*	(f) Derecho penal objetivista sin culpa	(f) Derecho penal objetivista sin culpa
Estables	7. Jurisdiccionalidad *Ninguna pena sin juicio*	(g) Justicia del cadí	(g) Justicia del cadí
Congruentes con la acción oficial	8. Principio acusatorio *Separación acusación y juez* *Irrevocabilidad de la acción penal*	(h) Derecho procesal penal inquisitivo	(h) Derecho procesal penal inquisitivo
	9. Prueba *Necesidad de probar los cargos*	(i) Derecho procesal penal de mera legalidad	(i) Derecho procesal penal de mera legalidad
	10. Defensa o contradicción *Posibilidad de refutar los cargos*		

En el modelo original de Ferrajoli, los principios de necesidad y lesividad son principios calificantes, es decir, que atañen al carácter garantista del derecho penal. La concepción de la legalidad de Fuller confirma esta conclusión: los modelos de punición fruto de la vulneración de estos principios –(c) derecho penal vejatorio y (d) modelos de derecho penal sin daño– son manifestaciones indeseables del poder coactivo, pero también son instancias de derecho penal, en la medida en que presentan la forma característica del control jurídico. Un gobierno que castigara severamente acciones superfluas o no reprobables o que castigase ciertas actividades pese a que no han causado aún un daño verificable, se mantendría dentro de los límites del Estado derecho en el sentido descrito anteriormente. Los destinatarios de sus normas, siempre que las prohibiciones estén anunciadas de antemano, sean prospectivas, aplicadas congruentemente por las autoridades, etcétera, seguirían experimentado como jurídico el control del que son objeto. Los modelos de derecho penal autoritario vejatorio y subjetivista sin daño son, en efecto, lo que Ferrajoli indica: no son expresión del derecho penal liberal, pues son manifestaciones autoritarias del derecho penal, pero son derecho penal al fin y al cabo.

En el caso de los restantes principios garantistas cuya vulneración, según Ferrajoli, da lugar a formas autoritarias de derecho penal, la conclusión

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1178

podría no ser correcta, porque los principios en cuestión pueden llegar a ser constitutivos del derecho penal y del control jurídico mismo, con lo que su vulneración puede dar como resultado no un modelo de derecho, sino algo distinto. Veámoslo con detalle.

El derecho penal de mera legalidad (i) es, según Ferrajoli[63], una forma de derecho penal autoritario sin prueba ni defensa. De la lógica de Ferrajoli se sigue que la vulneración de los principios de prueba y defensa no desvirtúa la naturaleza jurídica del que él denomina "derecho penal autoritario sin prueba ni defensa" o "modelo de mera legalidad". Sin embargo, los principios de legalidad y, en particular, la necesidad de que las reglas sean adjudicadas a través de procedimientos abiertos a la presentación de pruebas y argumentos por las partes, no autorizan a ser tan caritativo con estas formas de punición o control: un gobernante que aplicase sus normas sin dar a sus súbditos la posibilidad de presentar las pruebas y argumentos razonables no estaría adjudicando, ni tampoco estaría gobernando su comportamiento según reglas. La concepción fulleriana de la adjudicación hace imposible considerar que quien está cognitivamente cerrado a los hechos y razones presentados por los acusados en el juicio sea realmente un juez. Quien así decide lo hace arbitrariamente, al descartar anticipadamente cualquier posibilidad de que los súbditos demuestren, razonablemente, que la acción que se les reprocha no constituyó una infracción a la regla dispuesta. Si hay reglas pero su aplicación no deja absolutamente ningún espacio para la prueba y la defensa, entonces no existe esa situación social a la que llamamos Estado de Derecho o podría no existir en el grado necesario para autorizarnos a dar por constituido el orden jurídico.

El caso del principio acusatorio merece un doble análisis, según se trate de la exigencia de que la acusación y el juez estén separados o de la irrevocabilidad de la acción penal. La no separación entre acusación y juez compromete la imparcialidad del juez, lo que podría afectar a la integridad de la adjudicación, desvirtuándola como mecanismo a través del que necesariamente ha de ejecutarse el gobierno de las reglas. Un juez que se ha visto involucrado personalmente en la investigación de los hechos o que participa directamente en la acusación en el momento del juicio, no está habilitado para decidir imparcialmente y, en ese sentido, la norma que se lo exigiese sería de

[63] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 98.

imposible cumplimiento[64]. Una adjudicación genuina no es posible en estas condiciones. Quien se sepa en manos de un juez que no puede ser imparcial se sentirá tratado de modo arbitrario y nunca podrá llegar a la conclusión de que los hechos y razones que ha presentado en apoyo de su pretensión han sido considerados exclusivamente por referencia a las reglas anunciadas. Respecto de la irrevocabilidad de la acción penal, es evidente su relación con los principios de generalidad y congruencia de Fuller. Que sean reglas las que gobiernan el comportamiento de los individuos y que quienes están llamados a aplicarlas hayan de ser congruentes con ellas es incompatible con que el juez pueda decidir, discrecionalmente, no juzgar algunos casos, pues esto implicaría que los individuos bajo el control del juez, en última instancia, dependen de su arbitrio, ya que el juez no puede tener la obligación de actuar congruentemente con las reglas si, a la vez, puede disponer de ellas. Así las cosas, cualquiera de las dos expresiones del principio acusatorio es condición del carácter jurídico de la punición y no solo del carácter liberal del derecho penal: un *derecho penal* que rompiese radicalmente con el principio acusatorio de Ferrajoli no equivale a una forma autoritaria de derecho penal y, de nuevo, nos remitiría a formas de control del comportamiento humano distintas de las genuinamente jurídicas.

La relación de los principios de materialidad y de culpabilidad con la naturaleza del derecho es también más estrecha de lo que Ferrajoli supuso. Los principios de legalidad que hacen posible que el comportamiento humano esté gobernado por reglas exigen que estas vayan referidas a acciones humanas sobre las que los individuos tienen control rector. De aquí se sigue que no son reglas las normas que castigan a los individuos por lo que son, por lo que sucede o por verse envueltos en acontecimientos sobre los que no tienen ningún control rector: ninguna forma de control construida sobre disposiciones de ese tipo tiene por objeto el comportamiento de los individuos. Considerar responsables penalmente a los individuos tras asignarles objetivamente la culpa por algún estado de cosas en cuya aparición no pudieron incidir de ningún modo o por una disposición estadística al delito de algún grupo al que pertenecen, es una forma de castigar a los individuos por algo que sucede y no por algo que han hecho. Castigarlos por acciones sobre las

[64] Parafraseando a Diderot, diríamos que igual que el acusado no tiene la obligación de decir la verdad porque sería una forma de añadir perjurio al delito cometido, un juez inquisitivo no puede tener el deber de ser imparcial, porque sería una forma de obligarle a incumplir la ley (citado por L. PRIETO SANCHÍS, "La filosofía penal de la Ilustración", cit. p. 169).

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1178

que no tenían control rector supone ignorar radicalmente su capacidad para la acción autónoma y para el control de su propio comportamiento, lo que es claramente incompatible con el propósito definitorio del derecho, que es gobernar el comportamiento humano conforme a reglas que presuponen un sujeto con capacidad para actuar por sí mismo y que decide cómo comportarse, que es la razón por la que está justificado exigirle responsabilidad por los efectos de sus acciones. Por esa razón, un control punitivo del comportamiento que ignorase radicalmente los principios de materialidad o culpabilidad –(e) derecho penal subjetivista sin acción y (f) derecho penal objetivista sin culpa– podría llegar a ser una forma de control no jurídico del comportamiento de los individuos.

Acierta, sin embargo, Ferrajoli cuando se pronuncia sobre lo que sucede si se rompe con los principios de jurisdiccionalidad, de legalidad y de retribución. Una ruptura radical con estos principios es incompatible con la naturaleza jurídica del control social y, claramente, nos remite a modelos punitivos extrapenales no jurídicos. La lectura de los principios del garantismo penal a la luz de la concepción de la legalidad de Fuller refuerza esa conclusión.

La ruptura con el principio de jurisdiccionalidad en sentido amplio, característica de los modelos punitivos puramente discrecionales (g) a los que se refiere Ferrajoli[65], es incompatible con el respeto al principio de generalidad, el más básico de los principios de legalidad, que, en su sentido más elemental, exige que haya reglas conforme a las que controlar el comportamiento de los individuos[66]. La dependencia del control jurídico de la existencia de reglas es una obviedad: como señala, enfáticamente, Radin[67], "el derecho consiste en reglas" (law consists of rules). En ausencia de reglas, es decir, allí donde un árbitro decide discrecionalmente caso a caso, sin sujeción a patrones de comportamiento previos, cuyo sentido socialmente establecido limite tanto el comportamiento de sus destinatarios directos como la decisión arbitral, no hay orden jurídico. El derecho, entendido como gobierno mediante reglas, es lógicamente incompatible con mecanismos de decisión puramente discrecionales. Un modelo puramente discrecional de *justicia*, como la del cadí, no es derecho.

---

[65] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 102.

[66] L. FULLER, *The Morality of Law*, cit. pp. 46-49.

[67] M. RADIN, "Reconsidering the Rule of Law" en *Boston University Law Review*, vol. 69, núm. 4, 1989, pp. 782- 792.

Algo similar sucede con la ruptura con el principio de legalidad, propia de los Estados policiales (b) en los que leyes penales en blanco autorizaran la aplicación de amplias medidas coactivas sobre los individuos ante situaciones poco especificadas ("calamidad pública", "grave amenaza a la seguridad"). Estas leyes equivalen a autorizaciones incondicionadas para el uso discrecional de la fuerza por parte de las autoridades[68] y, en ese sentido, son incompatibles con la dimensión limitativa del poder coactivo del gobernante implícita a los principios de legalidad: el recurso a la fuerza por parte de un poder así no está constitucionalizado. Quien decide en estas condiciones gobierna, pero no jurídicamente, pues lo hace en función de parámetros distintos a los que se dan cuando existen reglas generales, inteligibles, estables, etcétera, que condicionan las ocasiones en las que está permitido el recurso a la coacción.

En cuanto al último principio, el de retribución o sucesividad de la pena respecto del delito, un orden punitivo que lo ignorase no concebiría la coacción como respuesta a un ilícito y la administraría al margen de la comisión por los afectados de cualquier acción prohibida. Los sistemas preventivos, teleocráticos y autoritarios en los que a los individuos se les castiga, por ejemplo, por lo que son o por lo que parece que son o en función de reglas técnicas –no jurídicas– que habilitan a la aplicación de medidas de defensa social coactivas, a los que se refiere Ferrajoli[69], son difícilmente distinguibles de las formas más radicales de vulneración de los principio de legalidad, materialidad o culpabilidad e incluso del de jurisdiccionalidad. Es claro que, en ellos, en modo alguno se pretende que el ejercicio de la coacción dependa de las reglas que señalan a acciones reprobables de los individuos, sino de otras consideraciones o hechos objetivos o naturales o de lo que el logro o satisfacción de algún propósito social exige, a criterio de quien gobierna. Si el control de la población no se basa en sancionar a los individuos por lo que han hecho, no merece, en ningún caso, la consideración de jurídico. Coaccionar a los individuos por lo que son, como ha demostrado Rundle[70], inspirada por Fuller, no es gobernar jurídicamente: una legalidad exterminadora es imposible conceptualmente. Así ocurre, por ejemplo, en el caso del exterminio nazi, analizado por la autora como una manifestación de fuerza

[68] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 798.

[69] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. pp. 369-370.

[70] Vid. K. RUNDLE, "The Impossibility of an Exterminatory Legality: Law and the Holocaust", *University of Toronto Law Journal*, vol. 59, núm. 1.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1178

o violencia puramente extrajurídica[71], en el que se aniquiló a los judíos por lo que eran o porque su exterminio era un medio para lograr un fin –una Europa libre de judíos– reputado deseable por los nazis. Otra manifestación punitiva igualmente incompatible con el principio de retribución es el derecho penal del enemigo de Jackobs[72] o, al menos, versiones singularmente radicales del mismo, que resultarían incompatibles no ya con el carácter liberal del derecho penal apropiado para los ciudadanos, sino con el derecho penal mismo[73]. Tampoco es jurídico, por su ruptura con el principio de retribución, un modelo teleocrático de gobierno[74], en el que la coacción se administrase exclusivamente en función de la conveniencia de la condena y en el que las directrices generales de comportamiento pudiesen ser ignoradas si la condena a quien efectivamente las siguió resulta conveniente a la satisfacción de algún fin social o político. Parafraseando a Rundle[75], diríamos que estas formas de control o gobierno ignoran que los individuos son agentes capaces de autodirigirse y los reducen a simples instrumentos o útiles para lograr algún objetivo y, por esa razón, no son jurídicos. Es también lo que ocurriría en el caso de modelos de administración de justicia fuertemente activistas o comprometidos, en los que se invitara a los jueces a fallar en sentidos distintos de los que razonablemente se habrían seguido de normas anunciadas cuando esos fallos resulten útiles a la satisfacción de algún fin social o político: esto es radicalmente incompatible con el Estado de derecho, por muy loable que sea el fin perseguido[76]. Ninguno de estos modelos de control del compor-

---

[71] Al respecto, también Fraenkel pone de manifiesto la relación entre ruptura con el Estado de derecho, orden teleocrático o gobierno de tareas (Massnahmenstaat) y nazismo y, en particular, las políticas de exterminio. Vid. E. FRAENKEL, *Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 6.

[72] G. JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Pamplona, 2006.

[73] Como expresivamente advierte M. CANCIO MELIÁ, "Introducción", cit. pp. 18-19, 89), "el 'Derecho penal del enemigo' no puede ser 'Derecho': es algo distinto de lo que habitualmente se llama 'Derecho penal' en nuestros sistemas jurídico-políticos", de modo que "'derecho penal del ciudadano' es un pleonasmo, 'derecho penal del enemigo' una contradicción en los términos".

[74] Sobre el control gerencial del comportamiento humano, cfr. L. FULLER, *The Morality of Law*, 2ª ed. cit. pp. 208 y ss. o J. KETCHEN, "Revisiting Fuller's Critique of Hart Managerial Control and the Pathology of Legal Systems: The Hart-Weber Nexus", *University of Toronto Law Journal*, vol. 53, 2003, pp. 1- 35.

[75] Cfr. K. RUNDLE, "The Impossibility of an Exterminatory Legality" cit. p. 117.

[76] Debería ser obvio recordarlo, aunque me temo que quizás no lo sea: en un Estado de derecho, los fines se buscan a través de la ley y no al margen de ella y la ley no puede ser ignorada sin merma para el Estado de derecho y para los valores morales que lo conforman.

tamiento humano satisface las condiciones necesarias para ser considerado como una manifestación de control jurídico.

5. CONCLUSIONES

La reflexión sobre la dimensión moral de la forma del derecho es una asignatura pendiente de la filosofía del derecho. Este asunto ha estado lastrado por una excesiva cautela –motivada como una reacción a los excesos cognoscitivistas y moralistas del iusnaturalismo– frente a cualquier sugerencia relativa a la conexión entre moral y derecho. El resultado ha sido una filosofía del derecho que ha considerado que el valor moral del derecho, en el mejor de los casos, es dependiente de los fines y propósitos que motivan a los gobernantes al momento de dar contenido a las normas. En cierto modo, estos planteamientos se han trasladado también a la reflexión sobre los fundamentos del derecho penal, pues los principios que dan forma jurídica al ejercicio del poder punitivo del Estado han sido considerados como principios externos al derecho penal mismo, es decir, como atributos contingentes de esa rama del derecho y no como sus rasgos definitorios o constitutivos.

Sin embargo, como he señalado, el derecho tiene una indudable dimensión moral, pues aspectos esenciales de su forma y de los procesos jurídicos que lo definen son expresivos de valores morales. Una vez singularizados los principios –los principios de legalidad– a través de los que los valores de la legalidad se proyectan sobre el control social, ha sido posible clarificar la naturaleza de los principios fundamentales del derecho penal garantista de Ferrajoli. El resultado de esa clarificación es que muchos de los principios del garantismo penal son constitutivos del derecho penal mismo y no principios cuya satisfacción autoriza a calificarlo como liberal o garantista. Por esta razón, rupturas y excepciones significativas a principios como la culpabilidad, la presunción de inocencia, el exclusivo sometimiento del juez al derecho, etcétera, a veces camufladas bajo envoltorios aparentemente atractivos, no son posibles sin lesionar los valores que dan sentido moral al derecho penal liberal, que son los mismos que definen la naturaleza jurídica del control social. La vulneración de esos principios da lugar no a formas iliberales o autoritarias de derecho penal, sino que rompe con el derecho penal y con el Estado de derecho mismos. Es evidente que ser conscientes de la dimensión moral del derecho no evitará que este tipo de propuestas sigan formulándose, pero, al menos, nos habilita para saber exactamente el valor de lo que

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1178

nos jugamos cuando decidimos enfrentarlas y qué perderemos si, haciendo dejación de nuestra responsabilidad como juristas, decidimos no hacerlo. A nadie más que a nosotros se le puede exigir ser conscientes del valor moral y civilizatorio del derecho.

Antonio Manuel Peña Freire
Universidad de Granada
Departamento de Filosofía del Derecho
Universidad de Granada
Plaza de la Universidad, s/n
18071 Granada
e-mail: apena@ugr.es

EL MALESTAR DE LA LAICIDAD: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL CASO ITALIANO

THE MALAISE OF SECULARISM: SOME REFLECTIONS ON THE ITALIAN CASE

PAOLA CHIARELLA
Università Magna Graecia di Catanzaro

Fecha de recepción: 19-7-19
Fecha de aceptación: 17-2-20

Resumen: *La delimitación de las fronteras del poder religioso y del poder civil es un proceso complejo y diferenciado en Europa que se completa con el reconocimiento del principio de laicidad como un pilar de los sistemas jurídicos modernos. Gracias a su fuerte poder emancipador, las cuestiones jurídicas y políticas se deciden en contextos discursivos que están cada vez menos influenciados por la referencia al concepto de una verdad superior e indiscutible, y se refieren al principio de autoridad y autonomía de lo político. Sin embargo, ningún principio jurídico está a salvo de ataques peligrosos que, en el caso de la laicidad, volverían a proponer un discurso político lleno de simbolismo y referencias religiosas que violan, como en el caso italiano, la libertad de conciencia y el ideal de una sociedad inclusiva.*

Abstract: *The delimitation of the borders of religious and civil power is a complex and differentiated process in Europe, which is completed with the recognition of the principle of secularism as a pillar of the modern legal systems. Thanks to its strong emancipatory power, legal and political issues are decided in discursive contexts that are less and less influenced by the reference to the concept of a superior and indisputable truth but they refer to the principle of authority and autonomy of politics. However, no legal principle is safe from dangerous attacks that, in the case of secularism, would again propose a political discourse full of symbolism and religious references that violate, as in the Italian case, the freedom of conscience and the ideal of an inclusive society.*

Palabras clave: laicidad, autonomía individual, legalismo religioso, populismo
Keywords: secularism, individual autonomy, religious legalism, populism

1. LA LAICIDAD COMO EMANCIPACIÓN

La laicidad es un principio característico de la cultura jurídica europea a partir de la modernidad y, en particular, desde el punto de inflexión que tiene lugar con el humanismo jurídico hasta su consolidación más madura en la Ilustración. A partir de esta época, la fuente de legitimidad de la ley y de la política se encuentra progresivamente en razones seculares, que ya no tienen la carga de las hipotecas teológicas. La neutralidad religiosa del Estado, lejos de ser blasfema, se convierte en un elemento ineludible de la convivencia civil.

La laicidad es alcanzada por una especie de "agotamiento" causado por las guerras religiosas. A partir de la Reforma Protestante, la religión se había convertido en un factor mortal y la necesidad de poner fin a esta emergencia llevó a Grocio a teorizar la primera fórmula de la laicidad en una hipótesis experimental: tratemos de pensar "*etsi Deus non daretur aut non curari ab eo negotia umana*" en la creencia de que la distinción entre el bien y el mal es conocible independientemente de la sensibilidad religiosa o de la revelación de las Sagradas Escrituras[1]. Los resultados correctos en términos de justicia se obtienen con la misma certeza de un cálculo matemático, de modo que Dios no puede alterar la suma de dos más dos, ni el sentido de la justicia, reconocible por cada ser racional.

Grocio llega a esta conclusión en el fondo del peculiar proceso de secularización, gracias al cual las esferas sociales se separan y difieren de la religión[2]. La política, la economía, el Derecho, la moral y la ciencia se liberan del poder condicionante de la reflexión teológica, y descubren que pueden funcionar perfectamente incluso sin ella. Esta emancipación es el precipitado conceptual de la revalorización del hombre. Ya no es criatura pecadora y

---

[1] H. GROCIO, *De iure belli ac pacis*, Paris, 1625.

[2] N. LUHMANN, *Die Religion der Gesellschaft*, Suhrkamp, Berlin, 2000, pp. 282 ss.; Id., "Die Ausdifferenzierung der Religion", en Id., *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, III, Suhrkamp, Berlin, 1989, pp. 259-357, 262. M. WEBER, *The Sociology of Religion* [1963], Beacon Press, Boston, 1993; G. Haarscher, *La laïcité*, Puf, Paris, 1996; A. MARTÍNEZ, "Laicidad y secularización", en *Colección de cuadernos "Jorge Carpizo". Para entender y pensar la laicidad*, núm. 21, 2013, pp. 1 ss.; E. VITALE, "Laicidad y teoría política", *Colección de cuadernos "Jorge Carpizo". Para entender y pensar la laicidad*, núm. 13, 2013, pp. 1 ss.; F. ARLETTAZ, "La laicidad vista desde el paradigma de la secularización", en A. PELE, O. CELADOR ANGÓN, H. GARRIDO SUÁREZ (eds.), *La laicidad*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 209 ss.; R. J. BLANCARTE (ed.), *Los retos de la laicidad y la secularización en el mundo contemporáneo*, El Colegio de México, Pedregal de Santa Teresa, 2008.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1179

perdida sin Dios, sino portadora de dignidad que se expresa en la capacidad de elegir el bien y actuar correctamente. La magnífica oración de Pico della Mirandola *De hominis dignitate*, es un breve pero denso tratado de este cambio de perspectiva de época sobre la excelencia del hombre, del cual se celebra el libre albedrío y que por lo tanto, no está dominado por la naturaleza como los animales, sino que la subyuga.

Las cuestiones jurídicas y políticas se deciden en contextos discursivos que están cada vez menos influenciados por la referencia al concepto de una verdad superior e indiscutible, y se refieren al principio de autoridad y autonomía del político[3]. Excluyendo el condicionamiento de cualquier teología política, como resultado de una expropiación semántica de conceptos jurídicos de un contexto religioso, las prácticas de poder no se legitiman *a priori*, desde arriba y de una vez por todas. En cambio, ellas están sometidas continuamente a una prueba de aceptabilidad discursiva y utilitarista de sus conclusiones[4]. El hombre moderno es guiado por una ética individual, sea religiosa o laica, que queda al margen de la construcción social y de los fines de la política y del derecho. Sin embargo, no se descuida la importancia de la ética privada, considerada como «un camino para alcanzar la autonomía o la independencia moral, un proyecto de salvación, con el objetivo de alcanzar el bien, la virtud o la felicidad»[5].

Sin embargo, neutralizando la pretensión de traducir la verdad privada a la esfera pública, la ética pública en materia social y política es la de las instituciones de los procedimientos, de los valores seculares, de los principios, y de los derechos fundamentales. La finalidad de la ética pública es que todos los ciudadanos, en la mayor medida posible, estén en condiciones de desa-

---

[3] T. HOBBES, *Leviathan: Or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth, Ecclesiasticall and Civill* [1651], Yale University Press, Yale, 2010. L. GUERZONI, "Il principio di laicità tra società civile e Stato", en M. Tedeschi (ed.), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1996 p. 69. Para una reflexión sobre la relación entre modernidad y derechos fundamentales véase G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al., *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo I, Tránsito a la modernidad, Dyckinson, Madrid, 2003. X. ARBÓS MARÍN, J. FERRER BELTRÁN, J. M. PÉREZ COLLADOS, *La laicidad desde el derecho*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires 2010; H. PENA-RUIZ, *La laicidad*, Siglo Veintiuno Editores, México 2002, pp. 51 ss.

[4] La referencia es a la secularización de la políca de Maquiavelo (*El Príncipe*) y de la moral de Pufendorf (*De iure naturali et gentium*, 1673, *De officiis hominis et civis iuxta legem naturalem*, 1673) y Tomasio (*Fundamenta iuris naturae ac gentium*, 1705).

[5] G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, "Ética pública-Ética privada", *Anuario de Filosofía del derecho*, vol. XIV, 1997, p. 538.

rrollar los rasgos de su dignidad y especialmente el de escoger libremente su moralidad privada porque la política moderna es lo *trascendental* de la razón práctica y de la libertad[6]. Esto abre el camino a las tradiciones liberales, ilustradas, positivistas, científicas, darwinistas, y republicanas.

La delimitación de las fronteras del poder religioso y del poder civil es un proceso complejo y diferenciado en Europa, que se completa más rápidamente en Inglaterra, en Francia y en Holanda, y más tarde en los países fuertemente católicos, como España e Italia. Considerando las dos contribuciones teóricas más relevantes a la idea de tolerancia que se encuentran en la *Carta sobre la tolerancia* de John Locke (1689) y en el *Tratado sobre la tolerancia* de Voltaire (1763). En la primera, el poder civil y religioso se distinguen y se separan muy claramente, devolviendo a la tolerancia el rasgo distintivo de la verdadera iglesia. También se reconoce la incompetencia del magistrado civil en cuestiones religiosas y la inadmisibilidad de las prácticas religiosas en lugares de culto que estarían prohibidas en la sociedad civil. Locke identifica claramente los diferentes propósitos de la iglesia y del Estado: por un lado la salvación del alma que se promueve a través de la predicación y por el otro, el cuidado de los bienes civiles a través de la legislación y de la jurisdicción. La autenticidad de la religión reside en la persuasión, no en la constricción y dado que el Estado se basa, también en la fuerza, por ello es incompetente en asuntos religiosos.

La obra del Voltaire es una reacción indignada a la feroz intolerancia católica que, en la ciudad de Toulouse, había condenado de muerte por tortura a un padre hugonote, injustamente acusado de matar a su hijo, que estaba listo para convertirse al catolicismo. En las garras del fundamentalismo ciego y feroz, la comunidad y los jueces no querían ver que se trataba de un caso de suicidio. La desgracia de Calas fue vivir en una ciudad predominantemente católica, en la que la inseguridad derivada de la diversidad, lo convirtió en un blanco fácil de la intolerancia.

Por lo tanto, según Voltaire el pluralismo religioso es una garantía de paz, porque inevitablemente debilita a los grupos y los priva de los medios para imponer la respectiva visión unilateral del mundo. Culturalmente,

[6] G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, "Ética pública-Ética privada", cit., pp. 536-537. Sobre el concepto trascendental en este sentido véase C. GALLI, "Libertà e laicità", en VV.AA. *La ragioni dei laici*, Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 31. Sobre el vínculo entre la Ilustración y la libertad religiosa véase V. FERRONE, "Le radici illuministiche della libertà religiosa", en G. PRETEROSSI (ed.), *Le ragioni dei laici*, Laterza, Roma-Bari, 2005, pp. 57 ss.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1179

Inglaterra y Francia demostraron en base a sus propios eventos, una sensibilidad precursora del espíritu secular y la conciencia de la tensión libertaria de la laicidad que la ha convertido en un instrumento revolucionario de transformación y, por qué no, de salvación social y civil que se ha logrado con el cese de los conflictos.

Se entendió que la laicidad era necesaria en un contexto de hombres libres, para quienes la libertad civil y política presuponía la libertad de conciencia y religión. Por el contrario, los hombres de fe participan en una verdad que los guía desde arriba y, por eso, están sujetos a una restricción totalizadora[7]. Ellos son portadores de necesidades dogmáticas que no admiten excepciones y que califican las diferentes y distantes opciones de vida como error, pecado y daño. A partir de aquí, es obvio prever una serie de soluciones destinadas a corregir el error contra la voluntad de los demás. Se olvida, sin embargo, que la salvación del alma cae dentro de la esfera intangible de la responsabilidad personal. Entonces la laicidad es un instrumento excepcional e indispensable de emancipación que hace que la elección personal del horizonte religioso de cada uno, sea apreciable cuando es el resultado elegido en la dialéctica de las posiciones más diversas.

2. LA TARDÍA EMANCIPACIÓN LAICA DE ITALIA

La Italia liberal siguió siendo fuertemente católica y la lucha por la laicidad fue mucho más larga y compleja. No hay que olvidar la peculiaridad del caso italiano. La unidad nacional del país se obtuvo a expensas del Estado Papal, que se vio considerablemente reducido hasta la conquista de la capital en la "cuestión romana". La Iglesia de Roma jugó un papel opuesto en el movimiento de independencia y unificación nacional, tanto que la lealtad al Papa y el patriotismo no eran lealtades compatibles[8]. Esta matriz de oposición se puede observar en la síntesis magnífica del pensamiento liberal que se encuentra en las palabras del Presidente del Consejo de Ministros de la recién formada Italia, Camillo Benso de Cavour: *Iglesia libre en Estado libre*, pronunciadas en su primer discurso a la Cámara de Diputados en marzo de 1861.

---

[7] P. BELLINI, "Della idea di laicità nelle relazioni tra privati", en M. TEDESCHI (ed.), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1996, p. 26.

[8] F. MARGIOTTA BROGLIO, "La laicità dello Stato", en G. PRETEROSSI (ed.), *Le ragioni dei laici*, cit., p. 80. A. C. JEMOLO, *Elementi di diritto ecclesiastico*, Vallecchi, Firenze, 1927.

El 20 de septiembre de 1870 decretó el fin del Estado Papal como una entidad histórico-política y un momento de profunda revolución en la administración del poder temporal de los papas, que renuentes ante la modernidad, no pudieron más que imponer una visión reaccionaria a través de las encíclicas para las cuales la laicidad es una enfermedad mortal. Desde la *Mirari vos* (1832) hasta la *Libertas* (1888) los Papas rechazaban «los errores modernos, como la ruptura de la autoridad divina de la Iglesia, el liberalismo, el socialismo, la filosofía de la Ilustración, la libertad de cultos, el contrato social, la soberanía popular, el sufragio universal, el principio de las mayorías, los derechos humanos –excepto el de la propriedad–, la libertad de imprenta etc.»[9]. Sin embargo, aunque el poder temporal se redujo, la religión católica continuó siendo la religión del Estado, tal como lo había previsto el Estatuto fundamental de la Monarquía de Saboya de 1848 (Statuto Albertino) y lo confirmaron en la época fascista los Pactos de Letrán de 11 de febrero 1929 que devolvieron a la Iglesia y al Papado un papel privilegiado en las relaciones con el "Stato" y un papel central a nivel social para la formación religiosa de las conciencias.

El verdadero punto de inflexión hacia la laicidad, al menos desde un punto de vista normativo, se cumple en la Italia republicana con la promulgación de la Constitución. En la reconstrucción de la posguerra, el Derecho italiano también participó en la construcción de una estructura constitucional opuesta a los principios fascistas que contemplaban a Dios en la triada de sus ideales, juntos con los de patria y familia. Se introdujeron muchas innovaciones a través de dos pilares del *personalismo* y del *pluralismo* que transformaron instituciones y prácticas interpretativas en los diversos campos del sistema jurídico. El orden constitucional echó raíces en la primacía de la persona y en una lectura policromada de la identidad personal y los asuntos religiosos no fueron inmunes. Sin embargo, para que el cambio alcanzara un punto de saturación, tomó un tiempo de unos treinta años para que se debilitaran la larga presión conformista y la "considerable pereza moral" de los italianos[10]. En este sentido podemos hablar de una especie de confesionalismo "de la costumbre"[11].

La contribución decisiva a la libertad de conciencia, a la distinción entre moralidad religiosa y civil, al respeto de las minorías y, por lo tanto, al pro-

[9] G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, "Ética pública-Ética privada", cit., p. 540.

[10] A. C. JEMOLO, *Le probléme de la laïcité en Italie*, en VV.AA., *La laïcité*, Puf, Paris, 1960, pp. 455 ss.

[11] N. COLAIANNI, "Populismo, religioni, diritto", *Questione Giustizia*, núm. 1, 2019, p. 155.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1179

yecto separatista, se dio en la legislación de los años '70 y '80 sobre temas divisorios tales como el divorcio, el aborto, la reforma del Derecho de familia, el cambio de sexo y el juramento no religioso en el juicio penal. Remonta a 1984 el Acuerdo para la revisión del Concordato de 1929 en que se reconoce la superación del principio confesional y hace opcional la enseñanza de la religión católica en las escuelas públicas. En estos mismos años, el Estado italiano ha celebrado numerosos acuerdos con iglesias y confesiones distintas de la Iglesia Católica, inspirados en los principios constitucionales hasta ahora considerados.

En el nuevo clima institucional, la laicidad es completamente consistente con la *templanza* constitucional, de acuerdo con la famosa expresión de Gustavo Zagrebelsky, expresando el concepto de una pluralidad de valores de los cuales nadie tiene un sentido absoluto, sino relativo, compatible con los otros principios con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se encuentra en el doble imperativo del pluralismo de los valores y la lealtad en sus enfrentamiento[12]. La templanza es, por lo tanto, lo opuesto a la rigidez, como una visión totalizadora de algunos valores en detrimento de otros y como una incapacidad para comprender los puntos de vista de otros. Se opone a las relaciones de exclusión e imposición por la fuerza.

Las sociedades pluralistas, marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes "asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma"[13].

El estatuto constitucional de la laicidad es el de los principios supremos, aunque esto no se menciona expresamente en el texto. Pero fue el Tribunal Constitucional el que lo declaró en la famosa sentencia n. 203 de 1989 sobre la enseñanza de la religión católica en las escuelas públicas, constituyendo "uno de los perfiles de la forma de Estado esbozado en la Carta Constitucional de la República". Si leemos la Constitución como un documento vivo, derivamos de ella los meta-principios que constituyen requisitos previos, y podríamos decir, obvios de la lectura combinada y sistemática de otros principios fundamentales textualmente proclamados. Podemos decir que "[l]o que es

[12] G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, (trad. Marina Gascón), Trotta, Madrid, 1995, p. 14.
[13] G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., p. 13.

verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto"[14].

La laicidad del Estado italiano puede deducirse de los artículos que se refieren a perfiles de protección ajustados al individuo y de los artículos que se refieren a perfiles institucionales o asociativos igualmente importantes[15].

Para el primer perfil, se reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo, como en el seno de las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad y se incluyen claramente los de una orden religiosa. Además se proclama la misma dignidad social e igualdad de las personas sin ningún tipo de distinción, incluidas las relacionadas con las creencias religiosa. Con referencia específica a la libertad religiosa, se reconoce expresamente el derecho a profesar la fe de cualquier forma, individual o asociada, hacer propaganda de la misma (y ese es un punto fundamental que está conectado a la libertad de manifestación del pensamiento) y practicar el culto correspondiente en privado o en público, con tal de que no se trate de ritos contrarios a las buenas costumbres [que recuerda la tesis de Locke].

Para el segundo perfil, todas las confesiones religiosas son igualmente libres ante la Ley y las confesiones religiosas distintas de la católica tienen derecho a organizarse según su proprios estatutos en la medida en que no se opongan al ordenamiento jurídico italiano. Sus relaciones con el Estado son reguladas por Ley sobre la base de acuerdos con sus representaciones respectivas. Y aún, el carácter eclesiástico y la finalidad de religión o de culto de una asociación no podrán constituir causa de limitaciones legislativas especiales ni de gravámenes fiscales para su constitución, capacidad jurídica y cualquier forma de actividad.

Solo estos artículos serían suficiente para delinear el carácter multiconfesional y pluralista al que debe informarse la sociedad italiana, y los perfiles neutros y laicos del Estado italiano. Pero, confirmando el impresionante peso de la Iglesia Católica, el artículo 7 se refiere expresamente a ella, reconociendo, en la misma mención textual, su posición de primacía social en el País. Por esa razón en la asamblea constituyente el artículo mencionado fue entre los artículos más controvertidos y para el que se obtuvo el consenti-

[14] G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., p. 9.

[15] Están relacionados con el primer perfil los artículos 2, 3, 19 y con el secundo perfil los artículos 7, 8, 20 de la Constitución.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1179

miento solo después de un paso atrás y una concesión por Palmiro Togliatti, líder del partido comunista que quería realizar, junto con los cristiano-demócratas, la transformación social del País.

Pero, con el fin de establecer claramente los límites entre las dos esferas, se afirma el principio de independencia y soberanía de la Iglesia y del Estado en sus respectivas órdenes. Así se sanciona el principio de no injerencia en asuntos de otra pertinencia. Sus relaciones se regulan por los Pactos Lateranenses que plantean los problemas relacionados con la aprobación en la era fascista y con la inspiración de principios no democráticos y pluralistas.

En cualquier caso, a pesar de este artículo, la Constitución italiana tiene la intención de salvaguardar la libertad religiosa en un clima de pluralismo confesional y cultural que es la base de la ética pública[16]. Se reconoce que las religiones ofrecen posibles respuestas a preguntas cruciales, y por lo tanto es necesario reconocer el igual valor civil de las posiciones religiosas de los otros, que responden al anhelo atormentado del hombre de buscar las razones supremas de su ser[17]. El punto neurálgico de este principio que se inscribe en el nuevo clima constitucional, es la defensa de la libertad del individuo de la imposición de los conceptos teológicos mayoritarios. La laicidad permite que los fieles de cualquier confesión se autodeterminen de manera amplia: desde las elecciones de fe hasta las opciones de vida personal, familiar y relacional. En esto radica la fuerte tensión libertaria del principio en consideración. El Estado no elige ninguna verdad de fe para que todos puedan elegir la suya propia. Esto es también apreciable desde el punto del hombre de fe. De hecho, la laicidad es un valor, en cierto sentido, "religioso", porque garantiza la honestidad de la adhesión a una creencia religiosa en un amplio contexto de pluralismo.

---

[16] G. E. RUSCONI, "Quanto costa essere laici", *Il Mulino*, 6/2009, p. 881; L. GUERZONI, "Note preliminari per uno studio della laicità dello Stato sotto il profilo giuridico", *Arch. giur.*, vol. CLXXII, 1967, p. 61 ss.; Id., "Stato laico e Stato liberale. Un'ipotesi interpretativa", *Dir. eccl.*, vol. I, 1977, p. 511 ss.; Para un análisis conceptual C. Del BÒ, "Il rapporto tra laicità e neutralità: una questione concettuale", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, núm. 33, 2014, pp. 1 ss. N. COLAIANNI, *La lotta per la laicità. Stato e Chiesa nell'età dei diritti*, Cacucci, Bari 2017.

[17] P. BELLINI, "Della idea di laicità nelle relazioni tra privati", en M. TEDESCHI (ed.), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, cit., p. 25; C. CARDIA, "Laicità, etica, spiritualità (frammenti di analisi)", en M. TEDESCHI (ed.), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, cit., p. 128.

3. LOS VALORES NO NEGOCIABLES DE LA LAICIDAD

La referencia a los valores no negociables es típica del Magisterio de la Iglesia Católica como puede leerse en la *Nota dottrinale circa alcune questioni riguardanti l'impegno e il comportamento dei cattolici nella vita politica*, emitida el 24 de noviembre de 2002 por la Congregación para la Doctrina de la Fe, firmada por el entonces cardenal Joseph Ratzinger, prefecto de la Congregación. Su mensaje es que no es tarea de la Iglesia formular soluciones concretas, ni siquiera soluciones únicas para cuestiones temporales que Dios ha dejado para el juicio libre y responsable de cada uno. Sin embargo, si el cristiano está obligado a "admitir la legítima multiplicidad y diversidad de opciones temporales", también se le llama a "disentir de una concepción del pluralismo en términos de relativismo moral, perjudicial para la vida democrática" porque se necesita de "fundamentos verdaderos y sólidos, es decir, de principios éticos que *no son negociables* debido a su naturaleza y papel como fundamento de la vida social"[18]. Pero ¿cómo puede ser peligroso el relativismo para la democracia cuando su principal amenaza es la dictadura de una sola verdad?[19].

Esta visión se traduce en posiciones en las que la Iglesia se expresa con la fórmula latina: "non possumus", síntesis del rechazo a situaciones civiles lejos de su doctrina y presupone, en cambio, la existencia de "unos espacios exentos, de unas zonas inmunes, de unos cotos vedados reservados a su decisión"[20]. La posición de la Iglesia es la de querer hablar desde un púlpito que se dirigía universalmente a todos, para imponer una homogeneidad forzada en una sociedad altamente diversificada. Para el Estado democrático se aplica otra regla de acción: garantizar y preservar la libertad y la pluralidad de sus bases sociales como su elemento constitutivo. Tiene la obligación de cuidar los factores disruptivos que contiene cada condición pluralista, y sin embargo, reconstruir la unidad[21].

---

[18] J. RATZINGER, "Cristianesimo e democrazia pluralista. Sulla imprescindibilità del cristianesimo nel mondo moderno", *Quaderni di cristianità*, I, n. 2, estate 1985.

[19] G. GIORELLO, *Di nessuna chiesa. La libertà del laico*, Raffaello Cortina, Milano, 2005; A. GREPPI, "Laicidad y relativismo", *Colección de cuadernos "Jorge Carpizo". Para entender y pensar la laicidad*, núm. 15, 2013, pp. 1 ss.

[20] G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Versión laica del 'non possumus'*, *El País*, 15 de agosto de 2008.

[21] G. ZAGREBELSKY, *Scambiarsi la veste. Stato e Chiesa al governo dell'uomo*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 109.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1179

La Iglesia se reconoce a sí misma como un lugar de *absoluta relevancia pública* y no acepta la igualdad con otras denominaciones religiosas. Así, quiere condicionar los contenidos de las leyes a los temas más candentes de la ética pública y privada. Pero el Estado debe, en cambio, mantener una posición equidistante con respecto de todas las denominaciones religiosas, porque ésta es la esencia del Estado laico, liberal y democrático[22].

El malentendido que subyace a ese mensaje religioso es asumir que la ética laica es inconsistente, y además, perjudicial, allí donde el relativismo moral se interpreta como la legitimación de cualquiera acción, olvidando que la idea del límite es intrínseca al derecho en el nombre de valores y principios superiores. El *esplendor de la verdad* religiosa puede hacer que la pequeñez de la razón parezca insustancial, pero este última es el único medio capaz de contener los efectos mortales para la vida y la salud del cuerpo político que proceden de valores absolutos[23] y que como tales absolutizan y no perciben ni contemplan el sentido del límite. Este límite se encuentra a través de los únicos valores no disponibles de la democracia: la libertad y la igualdad. Así que incluso la democracia tiene bases sólidas, y sobre todo, inclusivas.

La ética laica es la encargada de formular reglas de coexistencia civil sin apelar al concepto de verdad y a diferencia de la certeza de la fe, procede con cautela, en la conciencia de las soluciones a menudo inadecuadas para resolver dilemas a veces trágicos sobre la vida y la muerte[24]. Los valores laicos se obtienen a través del ejercicio de la razón practica y se aplican a "cuestiones penúltimas" es decir mundanas, mientras que los valores religiosos se adquieren o se intuyen a través de la revelación, guía de juicio de las cuestiones mundanas en perspectiva de "las últimas" y que como tales quieren tener un impacto homogéneo y universal.

Pero cabe destacar, que incluso la ética laica toma posiciones fuertes o incuestionables sobre los valores propios, que no son negociables y tienen un carácter incluso "sagrado" porque son intocables, intangibles por la política

---

[22] G. ZAGREBELSKY, *Scambiarsi la veste. Stato e Chiesa al governo dell'uomo*, cit., p. 104. F. GARELLI, G. GUIZZARDI, E. PACE (eds.), *Un singolare pluralismo. Indagine sul pluralismo morale e religioso degli italiani*, il Mulino, Bologna 2003; L. FORNI, *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, Giuffrè, Milano, 2010. P. CHIASSONI, "Laicidad y libertad religiosa", *Colección de cuadernos "Jorge Carpizo". Para entender y pensar la laicidad*, núm. 10, 2013 p. 19.

[23] R. BODEI, "L'Etica dei laici", en G. PRETEROSSI (ed.), *Le ragioni dei laici*, cit., p. 21; G. ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità*, Laterza, Roma-Bari 2008.

[24] U. SCARPELLI, *Etica senza verità*, il Mulino, Bologna, 1982.

ordinaria y que se resumen en los valores de la libertad de conciencia y de la igualdad de cada ser, y legitiman las múltiples manifestaciones de la autonomía y del respeto por la diversidad[25]. Aunque es una ética sin verdad revelada o empírica, esto no significa que la moral sea menos importante porque "estamos más dispuestos a luchar por la afirmación de principios morales o políticos que por la defensa de verdades teóricas"[26].

Estos valores permiten el desarrollo de modelos de sociedades no opresivos en los que todos están en condiciones de tomar decisiones éticamente responsables[27]. Y aunque comparado con el esplendor de la fe, el precio de la laicidad puede ser en cierto sentido de certeza precaria, por la certeza contingente sobre lo que estipulamos que sea correcto, a cambio obtenemos el esplendor de las pequeñas luces autónomas de cada uno. El pluralismo de las convicciones es el criterio que, en el grado más alto, favorece la realización de proyectos de vida, el libre despliegue y la valorización de las personalidades individuales. Por el contrario, la ética religiosa es partícipe de una verdad que la trasciende y la domina, fuente de una obligatoriedad "indiscutible" de la que carece la autonomía de la conciencia que está replegada en una fuente externa y por lo tanto alienada[28].

La laicidad tiene como objetivo orientar el comportamiento de los individuos a una plenitud de respeto y consideración por quienes participan o no, en un sentimiento religioso. Esto es posible en la medida en que la laicidad no se encuentra bajo una visión mono-semántica de la identidad, pero se configura como un espacio de "investigación pública" que en una sociedad multicultural se llama "espacio de la 'razón pública'"[29].

---

[25] Sobre el carácter "sagrado" de los valores fundamentales v. F. VIOLA, "Laicidad, sociedad multicultural y religiones", en M. M. BENITES (et al.), *Epistemología de las ciencias sociales: la doctrina social de la iglesia en el nuevo milenio*, Ciafic, Buenos Aires, 2012, pp. 33-34; P. SALAZAR UGARTE, "Laicidad y democracia constitucional", *Isonomia*, núm. 24, 2006, pp. 37 ss.

[26] L. FERRAJOLI, "Laicidad del derecho y laicidad de la moral", *Revista de la Facultad de Derecho de Mexico*, núm. 248, 2007, p. 273.

[27] G. PRETEROSSI, "Contro le nuove teologie della politica", Introducción a G. PRETEROSSI (ed.), *Le ragioni dei laici*, cit., p. 13.

[28] P. BELLINI, "Della idea di laicità nelle relazioni tra privati", en *Il principio di laicità nello Stato democratico*, cit., p. 26. Sobre la autonomía y la discreción de las elecciones véase, M. BOVERO, "El concepto de laicidad", *Colección de cuadernos "Jorge Carpizo". Para entender y pensar la laicidad*, núm 2, 2013, pp. 1 ss.

[29] F. VIOLA, "Laicidad, sociedad multicultural y religiones", en M. M. BENITES (et al.), *Epistemología de las ciencias sociales: la doctrina social de la iglesia en el nuevo milenio*, cit., p. 38.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1179

Las amenazas sobre el valor del principio surgen cuando los creyentes perciben la laicidad como una ofensa a sus proprias opiniones sobre cómo deben comportarse los demás ciudadanos, perdiendo de vista su propósito que consiste en "la educación para aceptar una diversidad que perturba y para soportar el desacuerdo"[30]. Soportar, por ejemplo, que otros aborten, se divorcien, recurran a la reproducción asistida, a la eutanasia o tengan una concepción no convencional de la familia. La laicidad nos invita a renunciar a la pretensión de vivir en una sociedad que se adapte a las nuestras preferencias, lo que llevaría a la imposición por ley de una cierta moralidad sexual y familiar mayoritaria[31]. Por lo tanto, un Derecho laico debe asegurar los principios de *materialidad* y de *ofensividad* según los cuales "se castigan las acciones que dañan a terceros y no las opiniones o los actos interiores o las identidades religiosas o culturales o políticas de las personas"[32]. La laicidad tiene, por lo tanto, el objetivo de permitirnos acordar sobre la posibilidad del desacuerdo y decreta el fin de la identidad determinada por preferencias obligatorias.

4. LAICIDAD ASEDIADA: LEGALISMO RELIGIOSO EN CUESTIONES CRUCIALES

La liberación de las hipotecas religiosas está contaminada en Italia por actitudes sociales decepcionantes que tienen como objetivo engañar operativamente a la laicidad, no aceptando las consecuencias de la fidelidad a los principios fundamentales. Así, la laicidad se ve socavada por los desarrollos fundamentalistas dirigidos a contrarrestar el pluralismo de las visiones del bien especialmente en temas bioéticos[33].

Las razones de estas operaciones pueden ser nobles y miserables. Perseguir el bien común a través del paternalismo, u obtener consenso po-

---

[30] G. E. RUSCONI, "Quanto costa essere laici", *Il Mulino*, 6/2009, p. 882; C. LUZZATI, "Il lessico della laicità", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, gennaio 2009, p. 10.

[31] Al respecto H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, Stanford, 1963.

[32] L. FERRAJOLI, "Laicidad del derecho y laicidad de la moral", *Revista de la Facultad de Derecho de Mexico*, núm. 248, 2007, p. 272.

[33] Para una lectura liberal, M. CHARLESWORTH, *La bioética en una sociedad liberal*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996; C. MANCINA, *La laicità al tempo della bioetica*, il Mulino, Bologna, 2009; J. VAGGIONE, "Laicidad y sexualidad", *Colección de cuadernos "Jorge Carpizo". Para entender y pensar la laicidad*, núm. 16, 2013, pp. 1 ss.

lítico a través de la apelación al vínculo religioso. El efecto previsible es la difusión social de la intolerancia y de la violencia hacia lo diferente, llegando a negar el punto neurálgico del cristianismo que es el amor de los llamados "enemigos", es decir, de aquellos que no piensan como nosotros. La amenaza del legalismo farisaico está a la vuelta de la esquina cuando la religión es un instrumento de poder y control social para lograr mayorías útiles para fines reglamentarios.

Todo esto está más claro en Italia cuando se trata de discutir o decidir sobre temas cruciales altamente controvertidos. Más recientemente, la bioética y la familia son los campos en los que se realizan los mayores esfuerzos para imponer una visión religiosa. Hay nuevos intentos de traducir la ética privada en ética pública a un público no homogéneo.

Por ejemplo, el aborto está regulado por la ley número 194 de 1978, que permite a la madre interrumpir el embarazo antes del nonagésimo día y cuando existen circunstancias en las que la continuación del embarazo, el parto o la maternidad conllevaría un grave peligro para su salud física o mental; en relación con su estado de salud, sus condiciones económicas, sociales o familiares o en relación con las circunstancias en las que se produjo la concepción o con las predicciones de anomalías o malformaciones de los concebidos. Después de noventa días se puede practicar el aborto cuando el embarazo o el parto suponen un grave peligro para la vida de la mujer o cuando se determinan procesos patológicos, incluidos los relacionados con anomalías o malformaciones significativas del feto, que causan un grave peligro para la salud física o mental de la mujer.

Estas normas se cuestionan periódicamente para proponer una legislación prohibitiva del aborto basada en una concepción para la cual se invoca la idea de la vida como don de Dios, el embrión como persona en la visión más radical, o la vida prenatal como dimensión natural, en cualquier caso, intangibles[34]. La última concepción puede ser una teología enmascarada que invoca lo natural como un concepto religiosamente no problemático o neutro. Por el contrario, es muy problemático porque aunque no sea una teología enmascarada, esta concepción es la defensa de un principio de vida que en cualquier caso quiere prevalecer sobre la deliberación del único sujeto consciente que es la mujer. Aunque el sistema legal italiano protege la vida prenatal en las hipótesis de daño, en el balance de los dos intereses, el legis-

[34] J. FINNIS, "Pros y contras del aborto", en VV.AA., *Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral*, Debate, Madrid, 1983, pp. 108-142.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1179

lador ha optado por una legislación permisiva que considera responsable de la elección solo a la mujer[35].

La seriedad de ser madre debe ser evaluada por la persona que asumirá toda la responsabilidad. Y ademas, como demuestran las experiencias prohibicionistas, el aborto no deja de practicarse, y clandestinamente la madre corre el riesgo de perder su vida. El derecho es, por lo tanto, impotente con respecto al aborto[36]. Los movimientos *pro life* tienen el derecho de divulgar a nivel social sus ideas sobre la santidad de la vida prenatal y exigir de la ley formas más intensas de protección de la maternidad consciente y responsable, pero no la introducción de prohibiciones a este respecto.

Aún más problemática fue la legislación italiana sobre el tema de la reproducción asistida porque, en nombre de una visión restrictiva, había previsto la prohibición de la implantación de un número de embriones mayor de tres, lo que en muchos casos hizo que la fertilización fuera ineficaz[37]. Originalmente, el diagnóstico preimplantación y la fertilización heteróloga estaban prohibidos, pero estas prohibiciones han sido superadas por la jurisprudencia, manteniendo solo la relativa a la maternidad subrogada. Para los jueces, la formulación original de la ley dio lugar a una violación de las normas constitucionales que protegen los derechos inviolables de la persona, como la autodeterminación terapéutica, la protección de la salud de la mujer, el derecho de igualdad, la libre elección de modelos familiares en el caso de la heteróloga.

No menos acalorado fue el debate social y político que condujo a la ley sobre directivas anticipadas de tratamiento, a la luz de los casos judiciales

---

[35] En argumento v. J. JARVIS THOMSON, "Una defensa del aborto", en VV.AA., *Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral*, cit., pp. 9-32. T. PITCH, *Un diritto per due*, il Saggiatore, Milano, 1998; M. BOLADERAS, *Libertad y Tolerancia. Éticas para Sociedades Abiertas*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1993. L. FERRAJOLI, "La questione dell'embrione tra diritto e morale", *Politeia*, núm. 65, 2002, pp. 1-22.

[36] C. GARCÍA PASCUAL, "Aborto", en M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, A. SCERBO, *Questioni di vita o morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 70-75.

[37] A. SCERBO, "Procreazione medicalmente assistita", en M. La TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, A. SCERBO, *Questioni di vita o morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, cit., pp. 170 ss.; M.L. CHIARELLA, *Procreazione medicalmente assistita e selezione degli embrioni: il sogno di un figlio tra diritti e aspirazioni*, *Familia*, 2005, pp. 461-478. M. D'AMICO, B. LIBERALI (eds.), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Esi, Napoli, 2016; S. AGOSTA, G. D'AMICO, L. D'ANDREA, *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

más conocidos: los casos Englaro y Welby para los cuales se interrumpieron los productos médicos que los mantenían con vida. Siguieron las protestas del frente católico que denunciaron la gravedad de la eutanasia pasiva a nivel moral y social que habría implicado el consiguiente desprecio de las vidas de los débiles. Sin embargo se descuidó el drama de las condiciones de vida de los sujetos interesados y el derecho inalienable de autodeterminación incluso en condiciones trágicas que pueden conducir a la muerte[38]. En las formas más inaceptables de protesta los padres de Eluana fueron acusados de ser despiadados tanto que algunas comunidades religiosas se declararon dispuestas a cuidar de Eluana de por vida. Pero no se trataba de decidir quién debería cuidar a Eluana, sino de entender qué habría querido la joven, lo que es una gran diferencia.

Con la ley n. 219 de 2017, el legislador italiano permite la posibilidad de expresar disposiciones sobre el tratamiento terapéutico futuro en caso de específicas y graves condiciones de salud. La ley, entre otras cosas relacionadas con el consentimiento informado, la terapia del dolor y la sedición paliativa profunda, permite que el médico y el paciente realicen una planificación compartida de tratamientos en caso de "enfermedad crónica e incapacitante o caracterizada por una evolución imparable con un mal pronóstico". La planificación incluye la muerte del paciente, solo si se trata de una suspensión de tratamiento médico. Se excluye la hipótesis de una intervención activa específica (eutanasia activa), dirigida a causar la muerte. El Tribunal Constitucional con referencia a otro reciente caso de crónica del Sr. Fabiano Antoniani (Dj Fabo) que pedía el suicidio asistido, invitó al Parlamento a llenar el vacío en el sistema legal. Con el orden judicial la Corte constató la "criticidad constitucional" del artículo 580 del código penal "en la parte en la que incrimina a quienes facilitan el suicidio del paciente enfermo de forma irreversible y sufriente que, libre y deliberadamente, rechaza el tratamiento médico, necesario para sobrevivir contrario a su significado de dignidad",

[38] Sobre las cuestiones teorica de la eutanasia v. J. FERRATER, P. COHN, *Etica aplicada. Del aborto a la eutanasia*, Alianza, Madrid, 1992; E. LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*, Laterza, Roma-Bari, 1999; V. MENDEZ BAIGES, *Sobre morir. Eutanasias, derechos, razones*, Trotta, Madrid, 2002; D. HUMPHRY, A. WICKET, *El derecho a morir. Comprender la eutanasia*, Tusquets, Barcelona, 2005; F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, "Eutanasia", en M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, A. SCERBO (eds.), *Questioni di vita o morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, cit., pp. 191 ss.; M. LALATTA COSTERBOSA, "Eutanasia e filosofia morale: l'autonomia e le sue insidie", en G. F. ZANETTI (ed.), *Elementi di etica applicata*, Carocci, Roma, 2003, pp. 182 ss.; P. BORSELLINO, *Bioetica tra "morali" e diritto*, Cortina, Milano, 2018.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1179

pero al mismo tiempo "consideró que la regulación de las condiciones y las formas de ejercer el derecho a escapar definitivamente de la terapia con la ayuda material de terceras personas fuera, por un lado constitucionalmente necesaria, y por el otro exorbitante del campo de toma de decisiones de la Corte, y perteneciente al legislador"[39].

Entre las últimas batallas sobre el tema de los derechos civiles en las que el peso de la religión católica ha sido muy exigente, está la disciplina de las uniones civiles de adultos de mismo sexo y de la cohabitación. Tras las presiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Casación, el legislador italiano aprobó la ley n. 76 de 2016. La sentencia del Tribunal Constitucional fue decisiva contando la unión homosexual entre las formaciones sociales en las que el individuo ejerce su personalidad y que, por lo tanto, son dignas de regulación y protección legal. Formaciones sociales son "cualquier forma de comunidad, simple o compleja, adecuada para permitir y favorecer el desarrollo libre de la persona en la vida de relación, en el contexto de mejorar el modelo pluralista"[40]. El Tribunal de Casación, refiriéndose a esta última sentencia, declaró que, incluso en ausencia de una intervención del legislador, las parejas homosexuales podrían apelar a los jueces comunes para que afirmen, en presencia de "situaciones específicas", el derecho a un tratamiento homogéneo a lo asegurado por la ley a la pareja casada y a plantear las excepciones relevantes de ilegitimidad constitucional de las leyes vigentes[41].

Sin embargo, el legislador ha preferido interrumpir la inercia normativa disciplinando las uniones desde el punto de vista personal, patrimonial y sucesorio refiriéndose, salvo algunas excepciones, a los artículos del código civil sobre las relaciones entre los cónyuges[42]. Por ejemplo, se excluye la obli-

---

[39] Tribunal Constitucional, orden 207/2018 y sentencia n. 242/2019.

[40] Tribunal Constitucional, sentencia n. 138/2010.

[41] Tribunal de Casación, sentencia n. 4184/2012. F. CHIOVINI, M. WINKLER, "Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i diritti delle coppie omosessuali", nota a Cass. 15 marzo 2012 n. 4184, *Giustizia civile* 2012, núms. 7-8, pp. 1707-1717; T. MAZZARESE (ed.), "Diritti delle coppie omosessuali", Sección monográfica de *Diritto e questioni pubbliche*, 2015, 15, pp. 9-156; Id., "Una realtà che si sta faticosamente affermando. Diritti e (coppie) omosessuali nel diritto interno e internazionale", *Rivista di filosofia del diritto*, núm. 2, 2016, pp. 271 ss.; S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

[42] I. PRISCO, "Sulla disciplina delle unioni civili e delle convivenze", *Rassegna civile*, núm. 3, 2016, pp. 1085 ss. P. SCHLESINGER, "La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze", *Famiglia e diritto*, 2016, pp. 846 ss. G. ALPA, "La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico", *La nuova giurisprudenza civile commen-*

gación de lealtad y colaboración en los intereses de la familia. Originalmente se excluyó la *stepchild adoption*, mientras que ahora se permite después de la sentencia del Tribunal de Casación n. 12962 de 2016[43].

La dirección adoptada por el legislador está totalmente en línea con el universalismo de los derechos fundamentales para los cuales la orientación sexual no puede ser un obstáculo para su disfrute. La igualdad en los derechos es, por lo tanto, un paradigma intercultural. Si bien, a veces, la sociedad no está lista para captar el valor jurídico de la opción pluralista, a menudo, el derecho, en su controfactualidad encuentra el valor emancipador de su función. La inclusión de las parejas homosexuales dentro de los paradigmas de la protección normativa es ciertamente un gran cambio, similar a la inclusión plena de las mujeres en la sociedad y a la superación de la raza como factor humillante. Y por lo tanto, es una deducción exacta de las promesas contenidas en nuestras garantías constitucionales[44]. Así el derecho nos invita a aceptar lo que nos parece erróneamente antinatural y "repugnante" porque no es usual y, por lo tanto, desempeña una innegable función civilizadora en la promoción de la convivencia intersubjetiva en el signo del reconocimiento de la paridad ontológica de cada uno.

Una cierta visión ideológica propone un conservadurismo que apela al concepto de naturaleza. De acuerdo con la tradición agustiniana, la naturaleza era una fuente de pecado (*natura lapsa*), que ahora se usa como un orden de comportamiento que evita el error y que demuestra la rectitud de las parejas heterosexuales sobre la única base del potencial reproductivo. Pero esto dista mucho del valor espiritual del vínculo unitivo, que vuelve a caer en una visión totalmente materialista de la relación[45].

---

tata, núm. 12, 2016, pp. 1718 ss.; asì como las otras contribuciones a la sección monográfica "Modelli familiari e nuovo diritto", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, núm. 12, 2016; A. BUSACCA (ed.), *La famiglia all'imperfetto*, Esi, Napoli 2016; M. GORGONI (ed.), *Unioni civili e convivenze di fatto L. 20 maggio 2016, n. 76*, Maggioli, Sant'Arcangelo Romagna, 2016; M. DOGLIOTTI, "Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto", *Famiglia e diritto*, 2016, pp. 919 ss.

[43] A. BELELLI, "La filiazione nella coppia omosessuale", *Giurisprudenza italiana*, 2016, pp. 1819 ss.; G. FERRANDO, "Il problema dell'adozione del figlio del partner", *Nuova g. civ. comm.*, 2016, pp. 1213 ss.; L. LENTI, "Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione", *Nuova g. civ. comm.*, 2016, pp. 1707.

[44] M. C. NUSSBAUM, *from Disgust to Humanity. Sexual Orientation & Constitucional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

[45] U. GALIMBERTI, *Il segreto della domanda. Intorno alle cose umane e divine*, Feltrinelli, Milano, 2011.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1179

Deberíamos estar de acuerdo en que el rasgo distintivo de la naturaleza es precisamente su fenomonología multifacética, tanto que sería antinatural una visión única del bien, un modelo ideal único de la vida. El derecho, para no violentar a la naturaleza, debería regular la conducta de acuerdo con el modo deontico de la posibilidad. Cumpliendo con esta opción, la religión puede compartirse socialmente solo si no se impone legalmente.

5. LAICIDAD AL LÍMITE EN TIEMPOS DE POPULISMO

En los últimos años la política de nuestro tiempo ha adquirido fuertes tonos populistas que en el caso italiano implican, no por casualidad, entre otras cosas, una violación de la laicidad del Estado a través de la apelación a la identidad y a la herencia simbólica de la religión católica. Esto sucede porque el populismo opera en los extremos límites de la democracia representativa y constitucional, por lo que a menudo es posible que sea violando lo que es legal y políticamente admisible y correcto[46].

En nombre de la concreción política, el populismo puede despreciar el respeto por las formas si, gracias a una mayoría que lo apoya, quiere convertirse en un catalizador de la voluntad popular de la manera más directa posible, pero se basa en la suposición errónea de que la voluntad popular hace coincidir el *ser* y el *deber ser*[47].

Pero de esta manera se pierde el nexo política-civilización, directamente conectado a la representación política, cuyo sello democrático no es la mera expresión de la voluntad de los representados (como en la representación del derecho privado), sino la confirmación del mandato ejercido de acuerdo con el ideal de la democracia constitucional basada en procedimientos, límites normativos insuperables de los principios supremos; y partidos políticos y asociaciones como órganos de mediación y reelaboración meditada de las

[46] N. URBINATI, "Il populismo come confine estremo della democrazia rappresentativa. Risposta a McCormick e a Del Savio e Mameli", *Micromega. Il rasoio di Occam*: *http://ilrasoiodioccam-micromega.blogautore.espresso.repubblica.it/2014/05/16/il-populismo-come-confine-estremo-della-democrazia-rappresentativa-risposta-a-mccormick-e-a-del-savio-e-mameli/?;* E. LACLAU, *La razón populista*, Fondo de Cultura económica, Buenos Aires, 2005; L. ZANATTA, *Il populismo*, Carocci, Roma, 2013.

[47] G. SILVESTRI, "Corte costituzionale, sovranità popolare e *tirannia della maggioranza*", *Questione giustizia*, núm.1, 2019 p. 25; C. PINELLI, "Populismo, diritto e società. Uno sguardo costituzionale", *Questione giustizia*, núm. 1, 2019, pp. 29 ss.

demandas sociales[48]. Sin considerar que, desde la tradición hobbesiana, la política ha sido percibida como necesidad de controlar las ansiedades y el malestar social. El populismo, por el contrario, los fomenta como combustible necesario para su afirmación y persistencia en el poder.

Hoy en día, la laicidad recobra una importancia no sólo en el tradicional plano de las relaciones entre el Estado y la Iglesia, sino también en la perspectiva de salvaguardar el presente y el futuro de la democracia, que nunca como en estos tiempos, navega en aguas tormentosas: «[p]opulism is the enemy of pluralism, and thus of modern democracy (…), which stands or falls with the protection of pluralism»[49].

¿Qué se puede ganar, más específicamente pisoteando la laicidad? ¿por qué el populismo la considera un principio despreciable? Una de las razones puede ser que la laicidad no conoce enemigos y, apuntando a la máxima inclusión, no apela a una identidad connotada religiosamente para la cual lo diferente es el extraño, el que se encuentra en la oscuridad del error y es, en última instancia, el enemigo si no está dispuesto a convertirse.

Por lo tanto, las personas religiosas son consideradas naturalmente virtuosas, y potencialmente capaces de salvar a la nación de la degradación moral. La política asume entonces la obligación de protección de la identidad nacional y de la integridad moral. En cambio, en la tradición liberal y constitucionalista, la política se ejerce sin una fuerte dependencia del concepto de identidad, pero sobre la base de la voluntad del acuerdo de establecer una comunidad basada en el derecho y, precisamente, en la definición clara de los límites del poder.

Y además, el discurso religioso es fragmentario y divisor en la medida en que también debe defender su identidad específica, con respecto a una

---

[48] Ver sobre el punto, E. SCODITTI, "Populismo e diritto. Una introduzione", *Questione giustizia*, núm. 1, 2019, p. 12.

[49] W. A. GALSTON, *Anti-Pluralism: The Populist Threat to Liberal Democracy (Politics and Culture)*, Yale University Press, New Haven & London, 2018, p. 11. L. FERRAJOLI, "Laicidad del derecho y laicidad de la moral", *Revista de la Facultad de Derecho de Mexico*, n. 248, 2007, p. 268. Aquí queda clara la referencia a la teoría kelseniana que traza un estrecho vínculo entre democracia, relativismo y pluralismo, H. KELSEN, *Esencia y valor de la Democracia* (1929), Editorial Comares, Granada, 2002. Sobre la teoría kelseniana véase F. MANCUSO, *Il doppio volto del diritto*, Giappichelli, Torino 2019, pp. 313 ss.; P. SALAZAR UGARTE, "La laicidad: antídoto contra la discriminación", *Cuadernos de la igualdad*, n. 8, 2007, en particular pp. 39 ss.; S. RIBOTTA, "Políticas educativas y coherencia democrática", en A. PELE, O. CELADOR ANGÓN, H. GARRIDO SUÁREZ (eds.), *La laicidad*, cit., pp. 285 ss.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1179

manera diferente de creer, aunque también expresa un mensaje de amor. El paradigma amigo-enemigo de la fe es fácil de emplear, especialmente en el tiempo de flujos migratorios, utilizando la amenaza de la islamización para adoptar políticas restrictivas y excluyentes[50]. Pero si tal enemigo puede ser políticamente útil, el aparato simbólico de la religión viene en ayuda como dispositivo que une y compacta. La unidad del sentimiento religioso es una oportunidad políticamente ventajosa.

En nombre de una voluntad popular llevada a su nivel extremo de expresión, la laicidad es un obstáculo que hay que superar sin demasiados pensamientos. Lo importante es apoyar el "rio cárstico" de la voluntad popular que, ante la fragmentación de una sociedad secular, es una entidad que se define como nunca antes, compacta y homogénea, cuya fuerza reside en compartir valores positivos de una larga tradición para remediar el efecto dispersante de la anomia, especialmente en tiempos de agitación económica y social[51]. Al exagerar esta visión, se puede suponer que la unidad es preferible a la libertad y el líder designado está investido con un poder que puede expresarse en un «abuso de una posición dominante»[52]. En virtud del mandato, la democracia es cada vez menos representativa y mucho más "ejecutiva" y el lugar de la disidencia ya no es el Parlamento sino la plaza pública[53].

Con estas suposiciones, el valor y el papel de los partidos tradicionales se dispersan porque están acusados de obstaculizar la voluntad de las personas, contaminándola con la ficción representativa de su función. La apelación casi primordial a la "comunidad", que precede a todo y de la cual todo se legitima, autoriza una actitud cerrada, autorreferencial y nacionalista que para la protección de los derechos fundamentales antepone el ciudadano a la persona. Y por ejemplo, en la gestión más compleja de la relación con el extranjero, solo el ciudadano es una persona.

---

[50] F. CARDINI, *"L'Islam è una minaccia" Falso!*, Laterza, Roma-Bari, 2016. Clásica es la referenzia a C. SCHMITT, *El concepto de lo Político* (1927), Alianza Editorial, Madrid, 2014; Id. *Teología política*, (1922) Trotta, Madrid, 2009; Sobre las políticas xenófobas, alarma de seguridad y populismo penal L. FERRAJOLI, "Il populismo penale nell'età dei populismi politici", *Questione Giustizia*, núm. 1, 2019, pp. 79 ss.

[51] N. COLAIANNI, "Populismo, religioni, diritto", *Questione Giustizia*, núm. 1, 2019, p. 151.

[52] N. COLAIANNI, "Populismo, religioni, diritto", cit., p. 153.

[53] M. REVELLI, *Populismo 2.0*, Einaudi, Torino, 2017.

De estos supuestos se desprende que el populismo también expresa una cierta intolerancia hacia los derechos individuales[54]. Las operaciones políticas que afectan al sistema ponen sus efectos en los derechos de aquellos que están excluidos del frente compacto de la mayoría. Entonces, la democracia que quiere ser lo más directa posible a nivel sistémico, paga al precio de los derechos individuales, sin percibir la gravedad de la violación, en nombre de la sustancia de la acción política: en "nombre de Dios" en lugar del "yo" para llevar adelante políticas no liberales. La subjetividad libre, autónoma e igualitaria es un obstáculo para el logro del bien común, o incluso de la "salud pública". El ideal emancipador de la laicidad es peligroso porque el sujeto debe referirse a los valores del grupo al que pertenece, de lo contrario no es un verdadero o buen ciudadano[55].

La mayoría populista se opone a este respecto, a una minoría no caracterizada por la religión, que aunque formalmente parte de la gente, no comparte un conjunto de valores y, por lo tanto, amenaza la salud del cuerpo social, porque realmente "no les importa el bien de los italianos". Desde aquí, no es difícil para la legislación ser esencialmente la otra cara de la evangelización, pero una cara no liberal que puede recurrir al uso de la fuerza. Surge un "populismo autoritario" que se legitima a sí mismo en virtud de los resultados que promete alcanzar a cualquier coste. Así, critica el nihilismo de la modernidad con su corte de raíces y pertenencia, aceptando la dominación como algo natural[56]. Este enfoque esconde el esfuerzo por hacer de la política un espacio con alto intercambio de valores, incluidos los valores religiosos, para cubrir las brechas generadas por otros problemas económicos y sociales. Imponer dogmas y valores de una visión religiosa a través de la ley es la máxima expresión de incredulidad porque no se cree precisamente que Dios pueda abrirse camino en el corazón del hombre con medios no autoritarios. La invitación de Cristo a seguirlo, aunque expresada en un tono imperativo: "sígueme", era en realidad una invitación que nunca violó la libertad. La laicidad del derecho es, en este sentido, como una burbuja de oxígeno para que la chispa de la fe pueda golpear.

---

[54] C. SCIUTO, *Non c'è fede che tenga. Manifesto laico contro il multiculturalismo*, Feltrinelli, Milano, 2018; T. CASADEI, "Lo statuto delle minoranze tra crisi della democrazia e populismo", *Coscienza e libertà*, núm. 55, 2018.

[55] Y. MOUNK, *Popolo vs democrazia. Dalla cittadinanza alla dittatura elettorale*, Feltrinelli, Milano, 2018, p. 49.

[56] C. GALLI, "Libertà e laicità", en VV.AA., *La ragioni dei laici*, cit., p. 35.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1179

Se inaugura una nueva *era del hierro* basada en fuertes identidades[57]. Las dos espadas del poder civil y religioso, según la famosa metáfora del papa Gelasio, se fusionan y la solidez del hierro de cada uno se pierde por el óxido de la infidelidad a su propia vocación cuyo peligro se siente por un sincero sentimiento religioso[58]. Levantar rosarios, cruces y besar el evangelio en la plaza pública por parte de los exponentes políticos es un uso oportunista de la religión al que los ciudadanos y los creyentes deben oponerse para no usar el nombre de Dios en vano, y también porque el crucifijo es un símbolo antipopulista por excelencia, que nos invita a ser cautelosos en el recordar la posibilidad de incurrir en errores fatales, precisamente en nombre de una mayoría populista.

6. OBSERVACIONES FINALES

El principio de laicidad inauguró la modernidad jurídica al ofrecerse como un instrumento excepcional de emancipación individual y política. Razones seculares se han convertido en la fuente de legitimidad del nuevo orden estatal, cuya convivencia civil exigió neutralizar el conflicto religioso y promover el pluralismo de ideas y argumentos.

Sin embargo, como todas las conquistas jurídicas, la laicidad no es inmune a las nuevas formas de lesión que quisieran introducir la hipoteca religiosa en nombre de valores no negociables. Todo esto es más evidente en Italia, donde las cuestiones bioéticas y la posibilidad de modelos familiares alternativos al tradicional reavivan la enemistad y la hostilidad sociales.

Un modelo "correcto" de vivir y morir se opone a uno "incorrecto", con el efecto de promover movilizaciones misioneras destinadas a remediar el error eliminando la libertad de elección. La teología que se convierte en política no acepta que los presuntos "errores morales" sean reconoscidos como derechos individuales.

Cuando esto sucede, no solo la laicidad está en peligro, sino también la democracia basada en el riconocimiento del valor de cada persona como agente responsable de sus deliberaciones y promueve el ideal de una socie-

---

[57] C. GALLI, "Libertà e laicità", en VV.AA., *La ragioni dei laici*, cit., p. 38. Sobre la religión como vínculo de identidad colectiva v. G. FILORAMO, "La sacralizzazione della politica", en G. PAGANINI, E. TORTAROLO (eds.), *Pluralismo e religione civile*, Mondadori, Milano, 2004, pp. 202 ss.

[58] D. BONHOEFFER, *No Rusty Swords: Letters, Lectures and Notes*, *1928-1936*, Harper & Row, New York, 1965.

dad inclusiva en la que todos estén en condiciones de seguir su propio modelo de vida no violento. Una sociedad no opresiva asegura que todos pueden tomar decisiones individualmente responsables. Por el contrario, se acusa a la cultura secular de promover un relativismo peligroso que resultaría en nihilismo, sin entender que el fanatismo fideístico es aún más peligroso, cuya intransigencia de ideas se traduce en intransigencia en acción.

El populismo contemporáneo, especialmente en la versión italiana, propone la consolidación de una identidad nacional de tradición católica, la contaminación del lenguaje político con el lenguaje religioso y, por lo tanto, se vuelve inevitablemente sectario y no incluyente. Se vuelve también violento en las formas de racismo contra los extranjeros no cristianos y en la ciega defensa de las fronteras nacionales en nombre de una soberanía con distintivos rasgos antisubjetivistas y decisionistas. La universalidad de los derechos no encuentra lugar en la provincia de los argumentos soberanistas, incapaces de comprender la gravedad de la oscuridad al otro lado de las fronteras que se vuelven agudas y afiladas en virtud de un injustificado "egoísmo del territorio".

En tiempos de crisis económica, la unidad nacional no se promueve a través de los valores constitucionales, el respeto incondicional por la persona, la identificación de las causas no demagógicas del malestar social, y la promoción de políticas sociales de los menos favorecidos, sino fomentando sientimientos de culpa, fobias y ansiedades de las cuales otros son responsables y recurriendo al conservadurismo y al simbolismo religioso que prestan un mal servicio en términos de honestidad con Dios y con los hombres.

La laicidad es principalmente un requisito de la razón y un instrumento para neutralizar el radicalismo religioso de las corrientes intolerantes. El sentimiento religioso no es, de hecho, una oportunidad políticamente ventajosa, sino una preciosa luz del alma que debe protegerse del fanatismo como forma enmascarada de apostasía.

Paola Chiarella
Università Magna Graecia di Catanzaro,
Viale Europa,
Campus Salvatore Venuta,
località Germaneto,
88100 Catanzaro. Italia
paola.chiarella@unicz.it

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1179

EL COSTE DE UNA DECISIÓN QUE SE NO QUIERE TOMAR. OBSERVACIONES ACERCA DE LA INTRODUCCIÓN DEL DELITO DE TORTURA EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO Y UN ESBOZO DE REFORMULACIÓN DE LA IDEA DE LEGISLADOR RACIONAL*

THE COST OF AN UNWANTED LEGISLATION. CRITICAL REMARKS ABOUT THE ENACTMENT OF THE CRIME OF TORTURE IN ITALIAN LAW AND A REALISTIC SKETCH OF THE IDEA OF RATIONAL LEGISLATOR

Francesco Biondo
Università di Palermo

Fecha de recepción 19-11-18
Fecha aceptación: 24-7-19

Resumen: *Tras una larga y polémica gestación, el 5 de julio de 2017 el Parlamento italiano aprobó la Ley 110/2017, que introdujo el delito de tortura en el ordenamiento jurídico. Nuestra hipótesis acerca de la falta de voluntad de legislador en insertar en el Código Penal un delito específico de tortura es que resulta necesario reformular el modelo del legislador racional: en este caso estamos ante un legislador que pretende no tanto resolver un problema cuanto no pagar un alto coste electoral cuando ya es evidente que debe tomar una decisión al respecto porque así lo exige el Tribunal de Estrasburgo. A pesar de esto, y aunque el texto legal finalmente aprobado es ambiguo y presenta un notable déficit de determinación, puede ser considerado "éticamente racional" en la medida en que mejora las garantías legales frente a los actos de tortura. Por lo tanto, una reformulación en sentido realista de la idea de legislador racional no implica la asunción de algún tipo de no cognitivismo ético.*

* Ponencia presentada en las Jornadas sobre Tortura celebradas en la Universidad Jaume I de Castellón. Agradezco a Jesús García Cívico y a Massimo La Torre sus comentarios sobre el texto. Todos los errores que subsisten son únicamente imputables al autor.

Abstract: *After a difficult and disputed drafting, on July 5, 2017, the Italian Parliament approved the Act n. 110/2017, which introduced the crime of torture in Italy. The lack of will of Italian Parliament in promulgating the law, even though Strasbourg Court urged in several occasion to reform the law in order to avoid cases of insufficient sanctions in case of violation of art. 3 of the European Convention on Human Rights, can be explained through a redefinition of the model of legislative rationality: legislator might be considered rational when it enacts ambiguous legislative texts at the lowest electoral cost if it urged to do by the pressure of supranational jurisdictions. Finally, even though this act needs continuous intervention by the judges, who could adopt the role of substitute legislators (thus violating the legality principle), the norms enacted might be considered "ethically justified" since enhance legal remedies against torture. For, our redefinition of rational legislator does not imply a form of moral scepticism in public affairs.*

Palabras clave: tortura, legislador racional, Convenio Europeo de Derechos Humanos, principio de legalidad penal

Keywords: torture, rational legislator, European Convention on Human Rights, legality principle

1. INTRODUCCIÓN

Tras una larga y polémica gestación, el 5 de julio de 2017 el Parlamento italiano aprobó la Ley 110/2017, que introdujo el delito de tortura en el ordenamiento jurídico del país transalpino. La aprobación de la citada ley puso punto final a una situación anómala y curiosa en el panorama europeo de la tutela de los derechos humanos: la de un Estado que desde finales de la década de los 40 cuenta con una constitución liberal democrática, que desde el principio es parte del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Consejo de Europa, Roma, 1950; en adelante, CEDH), que firmó y ratificó la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes (Asamblea General de Naciones Unidas, 1984; en adelante, Convención ONU) y que, sin embargo, hasta ese momento no disponía en su legislación penal de un tipo específico que castigara la tortura. Recordemos el tenor literal del artículo 2.1 de la Convención ONU: "Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción".

Por su parte, el artículo 4 establece:

> *1. Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda ten-*

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1180

tativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.

2. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

La Convención ONU fue ratificada por Italia mediante la Ley 489 del 3 de noviembre 1988. Por tanto, el legislador ha introducido en el ordenamiento las previsiones del artículo 4 del instrumento internacional con un retraso considerable, circunstancia que fue censurada por el Comité contra la Tortura en las conclusiones de su 38ª Sesión, celebrada en 2007 (CAT/C/ITA/CO/4).

La situación de incumplimiento por omisión se hizo patente después de que, en los procedimientos judiciales sobre los actos de violencia cometidos por las fuerzas de policías y las guardias de custodia en la escuela Diaz y en la Caserma Bolzaneto, todos los acusados fueran condenados a sanciones administrativas y penales mínimas, ello al menos por cuatro razones:

1) La falta de un delito específico,
2) La ausencia de colaboración de los cuerpos de seguridad en las investigaciones,
3) La promulgación de la ley 241 de 2006, que redujo a 3 años las penas previstas para todos los delitos cometidos hasta el 2 de mayo de ese año, y
4) La sustancial impunidad que la prescripción propicia en el enjuiciamento de los hechos[1].

El impulso definitivo para la promulgación de la ley lo dio, en todo caso, la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo (en adelante, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH) en dos juicios: el caso *Cestaro vs. Italia*, sentencia de 7 de abril de 2015 (R.6884/11[2]), y el caso *Bartesaghi, Gallo et al. vs.*

---

[1] Sobre este punto, remitimos *ex multis* a A. PUGIOTTO "Repressione penale della tortura e costituzione. Anatomia di un reato che non c'è", *Diritto Penale Contemporaneo*, núm. 2, 2014, 137-138. Para un análisis de las dos sentencias de la Corte di Cassazione véase A. COLELLA "La sentenza della cassazione sui fatti della Scuola Diaz: un nuovo tassello nella trama dei rapporti tra sistema penale italiano e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo", *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 de octubre 2012. Disponible en*: https://www.penalecontemporaneo.it/d/1773-la-sentenza-della-cassazione-sui-fatti-della-scuola-diaz-un-nuovo-tassello-nella-trama-dei-rapporti*, e Id., "La sentenza della cassazione su Bolzaneto chiude il sipario sulle vicende del G8 (in attesa del giudizio della Corte di Strasburgo)", *Diritto Penale Contemporaneo*, 29 octubre 2013. Disponible en: *https://www.penalecontemporaneo.it/d/2483-la-sentenza-della-cassazione-su-bolzaneto-chiude-il-sipario-sulle-vicende-del-g8-in-attesa-del-giud*.

[2] Sobre la sentencia Cestaro, véase F. CASSIBBA "Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola Diaz-Pertini", *Diritto Penale Contemporaneo*, 27

Italia, sentencia de 22 de junio de 2017 (R. nn. 12131/13 e 43390/13[3]), resolución, esta última, dictada justo un mes antes de la aprobación de la ley. En ambos casos, Italia fue condenada por violación de las obligaciones sustanciales y procesales que derivan del artículo 3 de la CEDH.

Según el texto literal de la sentencia del caso Cestaro (que fue decidido por unanimidad y que, por lo tanto, contó también con el voto del juez nacional italiano Guido Raimondi), lo primero que había quedado en evidencia en el caso era la falta de aplicación de un efectivo tratamiento sancionador (apdo. 242).

Además, la sentencia del TEDH insta al legislador italiano a modificar el ordenamiento con el fin de que las conductas que violan el art. 3 de la CEDH (apdo243) sean eficazmente sancionadas. Más allá del necesario análisis dogmático que reclama el texto de la Ley 110/2007 –y de la pertinencia de llevar a cabo un estudio comparativo (aproximación que excede los objetivos de este estudio[4])–, cabe subrayar que nos enfrentamos a un caso interesante tanto para la filosofía como para la sociología del Derecho.

¿Por qué el legislador de un Estado constitucional que desde el inicio ha sido parte de la CEDH y que ha adquirido numerosos compromisos internacionales en la materia que nos ocupa ha tardado tanto en promulgar la ley? ¿Cuáles han sido las razones esgrimidas –también en Estrasburgo– para justificar el hecho de que hasta 2017 no se tipificara la tortura como delito específico en el ordenamiento italiano? ¿La reforma operada por la ley 117/2017 resuelve los problemas puestos de manifiesto por el TEDH?

Nuestra hipótesis es que, finalmente, todas las respuestas giran alrededor de un eje: el legislador vago, pero racional, es decir, el legislador que pretende no tanto resolver un problema cuanto no pagar un coste, en términos

abril 2015. Disponible en: *https://www.penalecontemporaneo.it/d/3873-violato-il-divieto-di-tortura-condannata-l-italia-per-i-fatti-della-scuola---diaz-pertini-*.

[3] Sobre la sentencia Bartesaghi Gallo, véase F. CANCELLARO "A Bolzaneto e ad Asti fu tortura: tre nuove condanne inflitte dalla corte di Strasburgo all'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU", *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 de noviembre 2017. Disponible en: *https://www.penalecontemporaneo.it/d/5724-a-bolzaneto-e-ad-asti-fu-tortura-tre-nuove-condanne-inflitte-dalla-corte-di-strasburgo-all-italia-p*.

[4] Para un análisis comparativo, véase G. SERGES "L'introduzione dei reati di tortura in Italia e in Europa quale corollario della tutela 'fisica e morale' della persona umana 'sottoposta a restrizioni di libertà'", *Costituzionalismo.it*, núm. 2. 2015, disponible en: *http://www.costituzionalismo.it/articoli/522/*; E. SCAROINA, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Cacucci, Bari, 2018, pp. 169-215.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1180

de votos[5], en el momento en que está claro que hay que decidir porque así lo exige el TEDH, ello a pesar de que no tenga ninguna intención de hacerlo (tal y como lo demuestran los numerosos intentos, todos fallidos, orientados a aprobar esta reforma desde mediados de los años ochenta[6]). Se trata, pues, de explicar estas dos circunstancias:

1) la inactividad de un legislador que niega incluso la propia existencia del problema y que, al mismo tiempo –y en la estela de los parámetros del populismo penal, que tanto predicamento tiene en Italia–, aprueba continuamente modificaciones del Código Penal bajo la premisa de que cualquier problema social –por ejemplo, la inmigración– debe ser tratado como un problema penal o como un asunto que demanda una intervención "de emergencia"[7]; y
2) el manifiesto carácter "de compromiso" del texto de la Ley 110/2017 reconocido por los propios partidos que finalmente votaron a favor del mismo, cuando se estaba agotando la legislatura. Dado que, en ausencia de una intervención judicial coherente, el texto aprobado puede resultar inaplicable a los supuestos que han motivado su aprobación –es decir, a casos como Bolzaneto y Diaz[8]–, considero pertinente asumir una declinación realista (que no implica el rechazo de la racionalidad en ética) del concepto (o, mejor dicho, del modelo) tradicionalmente considerado un dogma: el del legislador

---

[5] Según el último boletín del servicio nacional de estádistica (ISTAT) en Italia los partidos políticos están peor valorados que el Parlamento, la judicatura y las fuerzas de seguridad, siendo estas últimas mejor valoradas que las dos anteriores. Véase *https://www.istat.it/it/archivio/207259,* en particular el capítulo 6 (Politica e istituzioni).

[6] El primer intento de promulgar una ley al respecto (a iniciativa del senador Nereo Bartello) data de 1989. Sobre la historia de los intentos fallidos de promulgar una ley sobre la tortura, véase D. CARBONI "Breve storia della (mancata) introduzione del reato di tortura in Italia", en P. GONNELLA y A. MARCHESI (a cura di), *Onorare gli impegni*, Sinnos ed., Roma, 2006.

[7] No escapa a esta deriva el ordenamiento español. Como afirma J.L. DIEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 14, "[…] la ley penal ha acumulado recientemente unas funciones sociales significativamente distintas a las que ellas eran tradicionales, entre las que se pueden citar la asunción, a falta de mejores alternativas, del papel de código moral de la sociedad, su protagonismo en la progresiva juridificación de cualesquiera conflictos o dilemas valorativos sociales, o su utilización con fines meramente simbólicos".

[8] La lectura de las declaraciones de voto en la votación final muestra que todos los partidos favorables a la norma veían el texto como un resultado quizás insuficiente; sin embargo, votaron a favor para no perder la última oportunidad de promulgar una reforma tan esperada –y necesaria después de varias condenas del TEDH–.

racional[9]. El legislador no solo es racional porque trata de resolver y colmar, respectivamente, las antinomias y las lagunas del sistema, tal y como pretende el dogma positivista; también es racional cuando aprueba reformas legislativas urgido por las múltiples resoluciones de condena dictadas contra su país por instancias jurisdiccionales supranacionales, con independencia de que la aplicación coherente a los casos para los que están diseñados los textos legales resultantes de la reforma sea difícil o problemática, y al margen también de que para ello sea necesaria una intervención continua de los jueces, que podrían asumir el papel de legisladores suplentes (violando así el principio de legalidad penal). Es decir, la racionalidad del legislador no puede ser evaluada únicamente desde el prisma de las características del texto legal aprobado o de su capacidad de resolver una cuestión social. El "legislador" es, también, un agregado de individuos que deciden con la mira puesta en los costes que ellos y sus partidos deben asumir –en primer lugar, frente a los electores–. Por lo tanto, el legislador puede considerarse racional a partir de las estrategias que pone en marcha con el fin de minimizar los costes y aumentar los beneficios personales para los representantes individuales y los partidos a los que pertenecen. En este caso, la urgencia ("no podemos perder esta ocasión") podría finalmente legitimar una estrategia consistente en atribuir al poder judicial la función de legislador suplente –estrategia que, como veremos, no ha sido infrecuente en la historia italiana–. Un poder distinto al poder legislativo deberá, por tanto, asumir los eventuales costes sociales en forma de pérdida de legitimidad. Un poder, el judicial, que, al menos en Italia, goza de una amplísima autonomía frente a los poderes legislativo y ejecutivo y al que siempre se podrá acusar de "hacer política", de "no proteger a las fuerzas de seguridad frente a las imputaciones de los detenidos y/o acusados", de "dificultar la labor de la policía" o, en fin, de "no defender los intereses de su propio país" (si los jueces prestan servicio en el TEDH). Ahora bien, los defectos de formulación de la ley y el papel tan relevante que se atribuye a los órganos de aplicación no determinan que la ley sea

[9] Sobre la modificación del concepto de legislador racional, véanse M. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997; y G. MARCILLA CÓRDOBA, *Racionalidad legislativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1180

también "éticamente irracional", dado que puede reducir el fenómeno de la tortura o al menos hacer más eficaz la amenaza de sanción a quienes cometan actos de tortura.

Nuestra argumentación se estructurará del siguiente modo. En primer lugar, repasaremos algunos casos de tortura que han sido objeto de investigación y las decisiones judiciales recaídas en los mismos a fin de presentar una sumaria "fenomenología de un delito inexistente" y de desmentir las dos tesis que se han esgrimido cada vez que se ha hablado de tortura: 1) que no se producen (ni se han producido) actos de tortura en Italia, ni siquiera como *extrema ratio* en la lucha contra el terrorismo; y 2) que, independientemente de la reforma de 2017, el ordenamiento jurídico dispone de recursos suficientes para sancionar estas prácticas (tal y como el Estado italiano ha argumentado, sin éxito, en el procedimiento que condujo al fallo Cestaro: apdos. 196-199). En segundo lugar, presentaremos brevemente el texto de la reforma y, con apoyatura en las numerosas críticas contra la misma vertidas por la doctrina, pondremos de relieve los puntos más ambiguos del texto aprobado. En tercer lugar, mediante un somero análisis de las reacciones de indignación de los sindicatos de las fuerzas de policía –en particular, de la Polizia di Stato y de la Polizia Penitenziaria–, explicaremos por qué esta reforma puede ser considerada un caso de lo que hemos llamado «legislador vago, pero racional», es decir, un legislador que, por falta de consenso o de tiempo promulga textos con evidentes déficits de taxatividad. Finalmente, intentaremos argumentar en qué sentido nuestra noción de legislador vago pero racional no implica la asunción de una forma de no cognitivismo ético o una eliminación de los juicios morales en el ámbito de la decisión política, y sostener que, por el contrario, tal perspectiva constituye una útil integración realista de las teorías de la racionalidad legislativa orientada a tomar suficientemente en consideración el problema de los costes de quien debe tomar la decisión legislativa.

2. RÁPIDA FENOMENOLOGÍA DE UN DELITO INEXISTENTE

Por sorprendente que pueda parecer, durante mucho tiempo en Italia se ha asumido que no existía un serio problema atinente al uso de la tortura por parte de las fuerzas de policía (ni la existencia de una escuadra de torturadores)[10] y que el ordenamiento jurídico disponía ya de un consistente

[10] Esta tesis ha sido expuesta por los sindicatos de policía cada vez que se ha iniciado un procedimiento penal sobre actos de violencia y daño contra personas bajo custodia

conjunto de normas preordenadas a castigar las conductas inhumanas y/o degradantes llevadas a cabo por miembros de la policía o de los cuerpos de seguridad, de conformidad con lo que disponen la Convención ONU (1984) y la CEDH (1950).

La crónica judicial, sin embargo, no parece confirmar esta tesis, reiteradamente afirmada por los responsables políticos de los cuerpos de seguridad. El revuelo generado por las sentencias de los casos de violencia acaecidos durante la cumbre del G8 de Génova (2001) desempolvó de los archivos de los pocos periodistas que se habían involucrado en la investigación de estos asuntos algunos casos de tortura que querían olvidarse, casos que también recordaron algunos garantistas de primera hora como Luigi Ferrajoli.

En el caso de los interrogatorios de un grupo de afiliados al grupo Brigate Rosse, ha quedado acreditado el uso de técnicas de tortura hoy ampliamente cuestionadas –entre ellas, el famoso *waterboarding*, es decir, la ingesta de grandes cantidades de agua y sal, así como algunas torturas *no touch* como las falsas ejecuciones– para obtener datos en las investigaciones. Estas informaciones condujeron finalmente a la localización del escondite en el que las Brigate Rosse mantenían secuestrado al general de la NATO James Dozier. En este supuesto, que integra todos los elementos del hipotético caso del *ticking bomb* (en la medida en que se trataba de salvar a una persona cuya vida corría peligro), uno de los imputados, el funcionario de policía Salvatore Genova pudo eludir los juicios que con muchas dificultades se pusieron en marcha en Pádova en 1982 gracias a su condición de miembro de la Cámara del Parlamento, que finalmente declinaba la petición de llevar a juicio al imputado. Se trata del mismo funcionario que, sin embargo, el 5 de abril de 2012, ante al mismo periodista (Pier Vittorio Buffa) que 28 años

judicial. Además, hay que anotar que Virginio Rognoni, titular del Ministerio del Interior y responsable político, por tanto, de los cuerpos de seguridad, siempre ha reiterado su total confianza en el hecho de que contra el terrorismo nunca se ha usado tortura; lo ha hecho no solo con ocasión de reiteradas preguntas parlamentarias en 1982, sino también en 2014, cuando judicialmente ya se había demostrado el recurso a estas prácticas. Véase PUGIOTTO, "Repressione penale della tortura e costituzione. Anatomia di un reato che non c'è", cit. n. 41, y A. ZAMPERINI, M. MENEGATTO, F. VIANELLO, "La questione tortura in Italia", *Studi sulla questione criminale*, vol. XIII, núm. 2, 2018, pp. 11-12. Un caso de admisión de responsabilidad (al menos histórica y política, pero no personal, dado que uno de los autores, G. Amato, fue entre 1983 y 1987 vicepresidente del Consejo de Ministros) puede encontrarse en el libro de G. AMATO y A. GRAZIOSI, *Grandi Illusioni*, Il Mulino, Bolonia, 2013, pp. 152-153.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1180

antes había denunciado las torturas[11] –y en el mismo periódico (*L'Espresso*)– afirmó que, efectivamente, se habían cometido tales hechos, entre ellos el *waterboarding*. Además, admitió que la elección al Parlamento en las listas del Partito Socialdemocratico resolvió sus problemas, mientras que sus colegas, que fueron condenados en primer grado a penas de un año de cárcel con suspensión de la pena por la aplicación de la atenuante de «haber actuado por motivos de particular valor ético y moral»[12], se beneficiaron de la amnistía[13]. Y confirmó que existía un grupo de expertos en tortura, los llamados «cuatro de la Ave Maria», así como el denominado "Doctor De Tormentis", seudónimo que investigaciones judiciales posteriores identificaron con el funcionario Nicola Ciocia[14]. Tras el éxito de la liberación del general Dozier,

[11] Pier Luigi Buffa había publicado las declaraciones anónimas de algunos policías que estaban al tanto de las prácticas, con un artículo («Il rullo confessore») en la revista *L'Espresso*, el 28 de febrero de 1982. El periodista fue encarcelado el nueve de marzo de 1982 por no haber declarado la fuente de las declaraciones de su artículo. Sin embargo dos días después, el 11 de marzo, una delegación del sindicato de policía SIULP indicó al juez la fuente de las declaraciones y el periodista fue absuelto de todas las acusaciones. Naturalmente, el revuelo en las fuerzas de seguridad fue enorme. Frente a esta postura "garantista" del SIULP (Sindacato Italiano Unitario Lavoratori Polizia), cabe destacar el planteamiento del SAP (Sindacato Autonomo di Polizia), que: a) negaba la existencia de prácticas de tortura, prácticas que, sin embargo, quedaron judicialmente demostradas años después, y b) afirmaba que estaba justificada la presión psicológica para doblegar la voluntad de los terroristas. Sobre estos hechos se puede consultar A.A. V.V., *Le torture affiorate*, Roma: Sensibili alle foglie, 1998.

[12] Sobre los juicios, véase L. SARACENI "Come si svuota un processo (la vicenda dei NOCS dall'istruttoria al giudizio di cassazione)", *Questione Giustizia*, núm. 2, 1988, pp. 331-342. La sentencia del Tribunal de Pádova se puede leer en *Foro Italiano*, 1984, II, 230, con nota de D. PULITANÒ, "L'inquisizione non soave, fra pretese 'necessità' e motivi apprezzabili", *Foro Italiano*, parte II, 1984, pp. 231-238.

[13] Recordemos que, antes de la reforma de la Constitución, (Ley 1 de 1992), según el art. 72 el presidente de la República podía, bajo autorización parlamentaria, conceder la amnistía y/o el indulto. Tras la reforma del 1992 es necesaria una mayoría de dos tercios del Parlamento, así que el número de estos actos ha pasado de 13, entre en 1948, a solo dos desde 1992 hasta hoy. Solo en los años 80 se han aprobado 3 leyes de amnistía e indulto. De todas formas, no hay que olvidar las responsabilidades de la Corte di Cassazione, sezione V, que en su juicio definitivo sobre las torturas por parte de los NOCS (Sentencia del 14 de enero 1987): a) argumentó de manera claramente contradictoria respecto a sus orientaciones previas acerca de los mismos delitos, y b) rozando el absurdo, afirmó que, dado que el torturado no había confesado entonces el delito de violencia privada no se había consumado, sino sque e quedaba en un "intento", todo ello con el fin de calificar favorablemente las conductas de los imputados. Véase SARACENI, "Come si svuota un processo (la vicenda dei NOCS dall'istruttoria al giudizio di cassazione)", cit. pp. 338-341.

[14] Véase L. MASERA, "Il prof. de tormentis e la pratica del waterboarding in Italia, Corte d'Appello di Perugia, 15 ottobre 2013, pres. est. Ricciarelli", *Diritto Penale*

la práctica del *waterboarding* se extendió a otras comisarias, y siempre fue infligida a sospechosos de terrorismo. La conclusión de la entrevista es llamativa: "Habríamos conseguido los mismos resultados sin tortura"[15] (traducción nuestra).

En otro caso, sin embargo, la misma técnica provocó la muerte del torturado. Nos referimos al caso de Salvatore Marino. Aunque Marino fue detenido por ser sospechoso de formar parte del grupo que mató a un vicecomisario de policía, Beppe Montana, en julio de 1985 su cadáver fue hallado en una playa cercana a la ciudad de Palermo. En sus pulmones se encontró una gran cantidad de agua y sal que no podía atribuirse al ahogamiento del fallecido. El proceso concluyó el 26 de mayo de 1990 y se impusieron penas mínimas (dos años de cárcel a diez policías y sanción accesoria de inhabilitación del servicio con suspensión de la pena y de la sanción accesoria[16]).

Para un jurista puede no resultar extraño que los cuerpos que deberían velar por el cumplimiento de la ley cometan actos de violencia (ilegal). Lo importante es que haya un conjunto de normas que castiguen estas conductas. Pero, ¿es así? Contra lo que argumentó ante el TEDH el representante de Italia en los asuntos Cestaro y Bartesaghi Gallo antes citados, la larga odisea de los procedimientos para averiguar los hechos ocurridos en la Caserma Bolzaneto[17] y la escuela Diaz demuestra lo contrario, tal y como denunció el propio TEDH[18].

Es verdad que hay una larga lista de disposiciones que pueden aplicarse a casos de tortura o tratos inhumanos o degradantes[19]. Sin embargo, esto es solo un espejismo, dado que el ordenamiento italiano está lejos de satisfacer los estándares internacionales que debería respetar.

Contemporano, 4 de abril 2014. Disponible en: *https://www.penalecontemporaneo.it/d/2957-il-prof-de-tormentis-e-la-pratica-del-waterboarding-in-italia.*

[15] Sobre estos hechos, remitimos a N. RAO, *Colpire al cuore*, Milán: Sperling & Kupfer, 2011.

[16] El texto de la sentencia se encuentra en *Foro Italiano*, 1992, parte II, c. 531.

[17] Sobre las torturas en la caserma Bolzaneto, véase R. SETTEMBRE, *Gridavano e piangevano. La tortura in Italia: ciò che ci insegna Bolzaneto*, Einaudi, Turín, 2014.

[18] Las ridículas sanciones demuestran que el simple hecho de la ratificación de la Convención ONU no había tenido ninguna consecuencia en lo que respecta a la efectividad de la sanción en los casos de malos tratos o tortura cometidos por las fuerzas de seguridad.

[19] PUGIOTTO presenta un largo elenco de normas del Código Penal aplicables, antes de la reforma cit. 137-138. Sin embargo, el autor olvida el art. 572 CP, que sanciona hasta con 12 años el maltrato, posibilidad de sanción que fue citada por el representante del Gobierno italiano en el asunto Cestaro (apartado 199).

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1180

En un artículo muy detallado sobre el asunto, A. Pugiotto identifica seis defectos de la legislación vigente en 2014:

1) Se trata de ilícitos que, a menudo, son considerados delitos comunes, mientras que en el ámbito internacional la tortura y otras penas o tratos inhumanos y degradantes son delitos específicos que implican la responsabilidad penal de miembros de la Administración Pública.
2) Son delitos que, en su mayoría, no incluyen en la conducta típica la violencia psicológica, que, sin embargo, y según las normas internacionales, constituye tortura ("sufrimientos físicos y mentales", precisa el art. 1 de la Convención ONU).
3) Algunos delitos citados antes –tal es el caso de la tortura– no contemplan el elemento psicológico, mientras que otros no abarcan todos los actos que se consuman en un acto de tortura (un ejemplo es el art. 608 del Código Penal, que sanciona solo la privación de la libertad personal, pero no el maltrato).
4) Las sanciones pueden ser objeto de ponderación con las atenuantes (tal y como ha sucedido en los casos de violencia en Diaz y los maltratos en la cárcel de Asti; en ambos casos, el Estado italiano ha sido condenado por el TEDH[20]), se puede aplicar la suspensión condicional de la condena y los responsables pueden beneficiarse de las leyes de amnistía e indulto (como ya hemos visto), todo ello a pesar de que la gravedad de la tortura, que justifica su consideración como "crimen contra la humanidad", impone la expresa prohibición de aplicar a estos supuestos juicios de ponderación con eventuales atenuantes al fin de determinar la sanción[21].

---

[20] Sobre los actos de violencia en la Cárcel de Asti, véase la Sentencia *Cirino e Renne vs. Italia*, de 26 octubre de 2017 (Applications n. 2539/13 and 4705/13) y CANCELLARO "A Bolzaneto e ad Asti fu tortura" cit.

[21] PUGIOTTO, "Repressione penale della tortura e costituzione. Anatomia di un reato che non c'è", cit. p. 138. A nuestro modesto entender, es necesario plantearse si cada acto de tortura o tratamiento inhumano y degradante puede ser considerado un «crimen contra la humanidad», tal y como el autor parece afirmar a través de la referencia al Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 7 c.1 f). El riesgo estriba en confundir los dos planos: por una parte, la sanción de crímenes de guerra o crímenes en contra de la humanidad y, por otra, la sanción de conductas violentas llevadas a cabo en situaciones de paz, en las que, tal y como afirma el Estatuto, no hay ningún «ataque generalizado o sistemático contra una población civil» (art. 7 c.1). Al respecto, véanse también las consideraciones de T. PADOVANI, "Audizione alla Camera", 22 de octubre 2014. Disponible en: *http://www.camera.it/leg17/126*

5) En muchos de los delitos antes citados se procede por querella de parte, y esto reduce la posibilidad de aplicar la sanción prevista, dado que las víctimas temen represalias; por ello, muchos casos quedan impunes o se descubren por casualidad, de modo que el Estado vulnera su deber de investigar los hechos que constituyen tortura.
6) Aunque haya normas, estas no se aplican casi nunca debido a que las (previsibles) actitudes no cooperativas de los posibles testigos miembros de las fuerzas de seguridad con los investigadores –tal y como quedó patente en las investigaciones de los actos de violencia en la Escuela Diaz y en la Caserma Bolzaneto– y los reducidos plazos de prescripción impiden que se llegue al dictado de una sentencia firme. En contraste, tanto la Convención ONU como el Estatuto de la Corte Penal Internacional establecen que estos ilícitos deben considerarse delitos imprescriptibles[22].

?tab=4&leg=17&idDocumento=588&sede=ac&tipo=. p. 6) y G. LANZA, "Verso l'introduzione del delitto di tortura nel Codice Penale italiano: una fatica di Sisifo", *Diritto Penale Contemporaneo,* núm. 22, 28 febrero 2016, p. 5. Disponible en *https://www.penalecontemporaneo.it/d/4501-verso-l-introduzione-del-delitto-di-tortura-nel-codice-penale-italiano-una-fatica-di-sisifo.*

[22] En el fallo Cestaro, el propio TEDH insta al Gobierno italiano a evitar que se aplique la prescripción en casos en los que se aprecia una violación del art. 3 CEDH (apartado 208). Véase, por último, las observaciones del Comité ONU contra la Tortura (CAT/C/ITA/5-6) del 6 de diciembre 2017, que instan al legislador a eliminar cualquiera forma de prescripción en los supuestos de tortura (secciones 11-12), y E. ZUCCA, "Chiamatela come volete: è sempre tortura. La legge italiana tra cattivi maestri e principi delle Convenzioni", *Studi sulla questione criminale*, XIII, 2, 2018, pp. 70-71. De nuevo (y al margen de cualquiera discusión acerca del valor vinculante de las recomendaciones del Comité), cabe preguntarse si la imprescriptibilidad (sin una norma que favorezca la colaboración del declarante) es realmente útil para, al menos, sacar a la luz casos de condena con confesiones obtenidas bajo tortura. Es decir, si el delito no prescribe, entonces cualquiera que no denuncie puede ser considerado cómplice o encubridor, lo cual podría constituir un enorme obstáculo para contar con testigos que puedan denunciar que se produjeron prácticas de tortura y que las confesiones y las pruebas se obtuvieron ilegalmente. El caso de Giuseppe Gulotta, que ha sido indemnizado por parte del Estado italiano con 6.5 millones de euros por las torturas que sufrió y su encarcelamiento durante 22 años por un delito que no cometió –delito del que se acusó él mismo para evitar las torturas– es llamativo. Su caso se reabrió cuando un carabiniere, por remordimiento y una vez seguro de que a los responsables no se les aplicaría sanción alguna, confirmó las torturas sufridas por el Gulotta. Véase N. BIONDO y G. GULOTTA, *Alkamar*, Chiare Lettere, Milano, 2013. Además, hay otra razón de carácter sistemático que puede aducirse contra la consideración de cualquier acto de tortura como delito imprescriptible. La calificación de un delito como imprescriptible implica el aumento de su sanción hasta los niveles de los otros delitos imprescriptibles del mismo ordenamiento a fin de evitar tratamientos sancionadores extre-

3. LO QUE DICE (Y NO DICE) LA REFORMA

3.1. El texto

Analicemos ahora el contenido de la ley 110/2017.

El texto añade dos números al artículo 613 del Código Penal. Nos encontramos, por lo tanto, en el Título XII (delitos contra la persona), Sección III (delitos contra la libertad moral)[23]. El artículo 613 dispone:

> *"Cualquiera que a través de hipnosis o en estado de conciencia, o a través del suministro de alcohol o drogas o con cualquier otro medio pone una persona, sin su consentimiento, en estado de incapacidad de entender o querer, será sancionado con pena de cárcel hasta un año. El consentimiento de las personas en el último inciso del artículo 579 no excluye la punibilidad. La sanción llega a los cinco años:*
>
> *1) Si el culpable ha actuado con la finalidad de hacer cometer a la víctima un crimen;*
>
> *2) Si la persona incapacitada produce un hecho que está previsto por ley como delito" (traducción nuestra).*

A este artículo, la ley añade dos artículos más: el 613 bis y el 613 ter.

El tenor literal de ambos preceptos es el siguiente:

Art. 613 bis (Tortura)

> *"Cualquiera que con violencia o amenazas graves, o actuando con crueldad cause agudos sufrimientos físicos o un constatable trauma psíquico a una persona privada de la libertad personal o entregada a su custodia, potestad, vigilancia, control, cuidado o asistencia, o que se encuentre en estado de reducida defensa, será castigado con pena de cárcel de 4 a 10 años si el hecho se comete a*

---

madamente divergentes, una exigencia que produce, sin embargo, el resultado de incrementar las sanciones por aquel delito hasta uniformarlas a las del homicidio, el genocidio etc.

[23] La decisión de insertar el nuevo delito en este punto del Código ha sido criticada por un sector de la doctrina que alega que se trata de un delito que atenta también contra la integridad física y que, por ello, está sancionado mucho más gravemente que los otros delitos que siguen al artículo 613. Habría sido más oportuno introducir la reforma en la Sección I, después de las lesiones personales, en la medida en que se trata de una violación de la indemnidad física y psíquica. Véase A. COLELLA "La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo", *Diritto Penale Contemporaneo*, 22 de junio 2014, pp. 30-31, disponible en: *https://www.penalecontemporaneo.it/d/3247-la-repressione-penale-della-tortura-riflessioni-de-iure-condendo* pp. 30-31 y LANZA, "Verso l'introduzione del delitto di tortura nel Codice Penale italiano: una fatica di Sisifo", cit., 8-9. *Contra* M. PELISSERO, "L'introduzione del reato di tortura nell'ordinamento italiano [L. 110 DEL 2017]", en A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO, (a cura di), *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura,* Cedam, Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 228.

través de más conductas o si implica un trato inhumano y degradante para la dignidad de la persona.

– Si los hechos del primer apartado son cometidos por un funcionario público o por encargado de un servicio público, con abuso de autoridad o en violación de los deberes de servicio, la pena es de 5 a 12 años de cárcel. La previsión del inciso anterior no se aplica en el caso de sufrimientos determinados por la ejecución de legítimas medidas de privación o de limitación de derechos.

– Si los hechos del primer apartado causan una lesión personal las sanciones de los anteriores incisos son aumentadas en un tercio si es una lesión grave y en la mitad si es una lesión gravísima.

– Si los hechos del primer apartado causan la muerte como consecuencia no intencional, la sanción es de 30 años. Si el culpable causa voluntariamente la muerte, la pena es la cadena perpetua" (traducción nuestra).

Art. 613ter (Instigación del funcionario a cometer tortura)

"El funcionario o encargado de un servicio público que instigue de manera concretamente idónea a otro funcionario o encargado de un servicio público a cometer delito de tortura, si la instigación no es aceptada o si la instigación es aceptada pero el delito no se consuma, será sancionado con pena de cárcel de seis meses a tres años" (traducción nuestra).

La ley tiene, además, otros 3 artículos:

Art. 2. Se introduce la prohibición de utilización de las pruebas o declaraciones obtenidas bajo tortura, salvo que estas vayan en contra de las personas acusadas por este delito y solo a fin de probar su responsabilidad penal (se añade otra disposición al art. 191 segundo apartado del Codice di Procedura Penale).

Art. 3. Se adiciona al art. 19 del Testo Unico delle disposizioni in tema di immigrazione (d. lgs. 286/1998) un nuevo c.1 bis, que dispone: "La negativa, expulsión o extradición de una persona a un Estado no están permitidas si existen motivos razonables para creer que puede ser sometida a tortura. La evaluación de estos motivos tendrá también en cuenta la existencia en ese Estado de violaciones sistemáticas y graves de los derechos humanos".

Art. 4. Se excluye la inmunidad para los extranjeros investigados o condenados por el delito de tortura por otro Estado o por un tribunal internacional y se dispone el deber de extradición.

3.2. Problemas de contenido y de aplicación

¿Consigue la reforma neutralizar las críticas al Estado italiano por el incumplimiento de sus compromisos internacionales? ¿Resulta posible afir-

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1180

mar que se ha solucionado el problema sistémico del que habla el TEDH en el caso Cestaro?

Parece que no: la reforma italiana no cumple, al menos del todo, con lo establecido en el sistema europeo de derechos humanos, sobre todo por la redacción de su art. 1. Falta una especificación clara de los supuestos con base en los cuales puede determinarse cuándo se comete el delito, insuficiencia que genera una gran disparidad en los posibles tratamientos sancionatorios (que, por otra parte, son muy duros en sus grados máximos si se comparan, por ejemplo, con los de la legislación española[24]).

Según la misiva del presidente de la Comisión del Consejo de Europa Nils Muiznieks a los miembros de la Cámara de los Diputados de Italia el 16 junio de 2017, la redacción del texto que posteriormente se convertiría en ley suscitaba preocupación por diversos motivos:

1) El peligro de que muchos actos inhumanos y degradantes que escapan a la definición prevista en la ley queden impunes,
2) El riesgo de que se sancionen solo los actos de tortura psíquica cuyos traumas sean verificables[25],
3) Que el hecho de que la tortura se considere un delito común tenga como consecuencia la falta de sanción, así como la falta de protección contra los actos de tortura llevados a cabo por parte de funcionarios públicos,

[24] Véanse los artículos 174 y 175 del Código Penal vigente. Creemos que la enorme diferencia entre los grados máximo y mínimo de la pena es consecuencia de la necesidad de que no se aplique la prescripción, tal y como exige el TEDH al Estado italiano.

[25] En relación con la necesidad de que los sufrimientos psíquicos constituyan un trauma verificable, M. LA TORRE "Una legge contro la tortura?", *Ordines*, 1 agosto 2017, (Disponible en: *http://www.ordines.it/una-legge-contro-la-tortura-di-massimo-la-torre/*) habla de la inversión de la carga de la prueba y M. LALATTA COSTERBOSA,"Argumentos contra la tortura: La definición de tortura, el Estado de Derecho y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Derechos y Libertades*, núm. 39, 2018, p. 32, afirma que la noción de trauma verificable no es «constatable la mayoría de las ocasiones y además no necesariamente constatable en la inmediatez de los hechos»; véasen también A. ZAMPERINI, M. MENEGATTO, "Tortura psicologica e trauma psichico: la legge e la scienza", *Studi sulla questione criminale*, vol. XIII, núm. 2, pp. 81-93, E. ZUCCA, "Chiamatela come volete: è sempre tortura. La legge italiana tra cattivi maestri e principi delle Convenzioni", cit., pp. 74-75. Por otra parte, creemos que es necesario reafirmar el principio de la *actividad probatoria empírica*, que implica que «la actividad probatoria se lleve a cabo de modo coherente con la aproximación al mundo externo que corresponde a nuestro sistema de creencias; habrá de acomodarse, por lo tanto, a la metodología de verificación empírica así como a las reglas de lógica y argumentación aplicadas a aquélla vinculadas» (DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales,* cit., p. 157).

4) La posibilidad de que los delitos sean objeto de leyes de amnistía, indulto o de otras medidas suspensivas de las penas que generen situaciones de impunidad[26].

En el fallo *Azzolina et al.vs. Italia* de 26 de octubre de 2017 (67599/10), relativo los actos de violencia en la Caserma Bolzaneto, el TEDH aprecia la aprobación de la ley (apdo. 162). Sin embargo, solicita que durante las investigaciones y los juicios por delitos de tortura los imputados sean suspendidos del servicio y que, si son condenados, sean despedidos, a diferencia de lo que ha ocurrido hasta ahora (apdos. 163-164). Además, el TEDH lamenta la falta de colaboración de la fuerzas de policía y la imposibilidad de identificación que para los denunciantes supone la ausencia de algún distintivo que acredite la condición de la mayoría de los autores de los actos de violencia (apdos. 151-152).

Por su parte, la doctrina italiana ha señalado otros problemas, referidos en particular al art. 1 de la ley[27].

3.2.1. ¿Múltiples actos o solo una conducta?

En primer lugar, y en línea con las dudas expresadas por el Comisario Muiznieks, no está claro que, para que pueda sancionarse un acto como tortura, deba haber una repetición del acto (cabe recordar aquí que el criterio de la repetición fue el resultado de la inserción de una enmienda en el texto finalmente aprobado en el Senado el 17 mayo de 2017). Si fuera necesaria la repetición de los actos de violencia o amenaza, entonces se reduciría la posibilidad de subsumir muchos actos de violencia en el tipo penal de tortura. Ello contravendría la jurisprudencia del TEDH, que, en los fallos *Gäfgen* de la Quinta Sala, del 1 de junio de 2010 –y luego la Gran Sala, 28 septiembre 2015–, y, posteriormente, en *Bouyid vs. Bélgica*, afirma claramente que la violación del art. 3 se produce también mediante un solo acto. Parte de la doctrina ha considerado que el texto no impone, sin embargo, que haya varios episodios, en el sentido de que puede que haya un solo episodio con varias

[26] El texto se puede encontrar en: *https://rm.coe.int/letter-from-nils-muiznieks-council-of-europe-commissioner-for-human-ri/1680727baf*.

[27] La doctrina aquí citada analiza también los textos de la ley aprobada que fueron presentados en las dos Cámaras antes de su definitiva aprobación. Naturalmente, nos referimos solo a las disposiciones finalmente aprobadas.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1180

acciones[28]. Por otra parte, el mismo Servicio de Estudios de la Cámara proporciona un auxilio hermenéutico sobre este extremo. En su Dossier 149/3 sobre "Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano" (A.C. 2168-B, del 23 junio de 2017 a p. 3), afirma:

> *"[…] a partir de la formulación del texto parece que, aun faltando la pluralidad de las conductas, se consuma el delito de tortura cuando se produce un trato inhumano y degradante para la dignidad de la persona. En esta última hipótesis, para imputar el delitono debería tenerse en cuenta la pluralidad de las conductas» (traducción nuestra)".*

3.2.2. El doble papel de la crueldad y el riesgo del juez legislador

Por lo tanto, el texto no parece imponer la interpretación de acuerdo con la cual el delito de tortura debe consumarse a través de varios actos, sino que estipula que es suficiente la comisión de un acto si éste es inhumano y degradante. Por otra parte, hay que hacer notar que el texto parece indicar que, para que un solo acto de violencia pueda constituir tortura (y, por lo tanto, no se produzcan *violenze* o *minacce gravi*, sino un solo acto –de *violenza* o *minaccia* (violencia o amenaza)–), es preciso que su ejecutor actúe con "crueldad". Es tarea ardua, sin embargo, determinar cuándo un sujeto actúa con crueldad. Más allá de que el ordenamiento italiano prevé la agravante de actuar con crueldad, y dejando a un lado el carácter a menudo subjetivo e indiciario de la evaluación de lo que, a pesar deser cruel, escapa de la «normalidad causal», el intérprete se ve obligado a utilizar este canon no ya para determinar el *quantum* de una sanción, sino el propio tipo penal: la tortura y el trato inhumano y degradante, lo cual constituye una violación del principio de legalidad penal. En este caso, la doctrina ha puesto de relieve la insuficiente delimitación de la conducta tipificada y el riesgo de que se atribuya al juez la tarea de distinguir los niveles de ofensa al bien jurídico de una acción que, en función del intérprete y aplicador de turno, podría ser calificada alternativamente como tortura, trato degradante, trato inhumano o simplemente maltrato –con lo que, al menos en este último caso, la ley 110/2017 no añadiría nada nuevo al ordenamiento jurídico, dado que el maltrato está ya previsto *ex* art. 572 CP[29]– a fin de precisar el tratamiento

[28] P. LOBBA, "Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e Diritto penale internazionale", *Diritto penale contemporaneo*, 10, 2017, p. 226.

[29] Art. 572 CP. "Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia o comunque convivente, o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio

sancionatorio. Queda así poco claro cuál es el criterio para distinguir los diversos tipos penales, además de que se otorga al juez un papel análogo al del legislador y que, como se ha apuntado, se vulnera el requisito de legalidad entendido como la determinación suficiente de los tipos penales[30]. En este punto, el texto adolece de una constitutiva ambigüedad que solo una intervención de la Corte di Cassazione podría resolver en probables casos de aplicaciones divergentes[31]. Además, esta criticable formulación parece no tener en cuenta la jurisprudencia constante del TEDH, que establece una precisa escala de la gravedad de las violaciones del artículo 3: tratos degradantes, tratos inhumanos y tortura (la violación más grave)[32]. Por lo tanto, el objetivo de compatibilizar el ordenamiento italiano con lo que prevé el sistema europeo de derechos humanos no parece cumplirse.

3.2.3. La cuestión del sujeto pasivo

Además, y siempre sobre el alcance de la norma, cabe recordar la preocupación expresada por los magistrados de la Procura y del Tribunal de Génova, así como por una parte de la doctrina: la norma no se aplicaría a los

---

di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da due a sei anni. Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da quattro a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a ventiquattro anni".

[30] Véase I. MARCHI, "Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis C.P.", *Diritto Penale Contemporaneo*, núm. 7-8, 2017, pp. 162-163. Por otra parte, hay que anotar que LALATTA COSTERBOSA (cit. p. 31) considera el caso Torreggiani –en el que Italia fue condenada por trato inhumano y degradante por mantener a los reclusos en celdas abarrotadas– un caso de tortura. A nuestro modesto entender, la autora confunde aquí tipos penales diferentes.

[31] Por otra parte, LOBBA ("Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e Diritto penale internazionale", cit., p. 187) señala que la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos tiende a codificar normas siempre más ambiguas que las de las legislaciones domésticas, normas que contrastan con el principio de determinación en materia penal.

[32] MARCHI, "Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis C.P.", cit., p. 162. Véase también la sentencia Gäfgen, Gran Sala, apdos. 89-92. Por otra parte, en su declaración en la Cámara de 18 de junio de 2014, el representante del sindicato SIAP ya advertía de la necesidad de distinguir en el texto los supuestos de trato inhumano y degradante y tortura. Véase: *http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/stenografici/pdf/02/indag/c02_tortura/2014/06/18/leg.17.stencomm.data20140618.U1.com02.indag.c02_tortura.0002.pdf*. Estas consideraciones fueron asimismo vertidas por la representante de la Associazione Nazionale Funzionari di Polizia en la misma audiencia.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1180

casos de la Escuela Diaz[33], provocando así la paradoja de que se apruebe una normativa que no podrá sancionar aquellos hechos que el TEDH considera insuficientemente sancionados.

Por otra parte, el temor de que casos como el de la Diaz queden fuera del alcance de la reforma se basa en una interpretación literal del art. 61 c. 5 del CP, que prevé la agravante de "estado de reducida defensa" ("Aggravano il reato […] le circostanze di avere profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa")[34]. Por lo tanto, la aplicabilidad de la nueva disposición a casos de brutalidad policial como el de la escuela Diaz depende de una apreciación de las circunstancias (en este caso concreto, ser despertados abruptamente por un grupo de hombres armados que declaran ser miembros de las fuerzas de seguridad y que, sin motivo aparente, recurren a una extrema brutalidad) como determinantes del estado de reducida defensa. Pero, si los jueces consideran que estas circunstancias no integran el estado de reducida defensa, entonces se corre el riesgo de que el TEDH condene nuevamente a Italia[35].

3.2.4. ¿Qué sufrimientos constituyen tortura?

El último problema que plantea la aplicación de la norma es el siguiente: ¿Cuándo hay tortura? El texto habla de dos eventos típicos: los sufrimientos físicos agudos y los traumas psíquicos verificables.

Aquí la doctrina ha puesto de relieve la dificultad de verificar los traumas psíquicos provocados por prácticas degradantes o inhumanas que, sin embargo, no conllevan heridas o secuelas físicas (la llamada tortura *no-touch*), como los insultos, la privación del sueño, de la luz y del agua, o la imposición al sujeto de daños a su propia persona[36].

---

[33] Véase: "I giudici del G8 scrivono alla Boldrini: "La legge in discussione è inapplicabile ai fatti del 2001", Il secolo XIX, 26 junio 2017, URL: *http://www.ilsecoloxix.it/p/genova/2017/06/26/ASTYF45H-discussione_inapplicabile_scrivono.shtml*. Por otro lado, PELISSERO, "L'introduzione del reato di tortura nell'ordinamento italiano [L. 110 DEL 2017]", cit., pp. 231-232, no tiene ninguna duda de que el caso de la escuela Diaz sería sancionado con la nueva ley.

[34] La introducción del "estado de reducida defensa" como condición en las que se puede encontrar el sujeto activo del acto de tortura es resultado de una enmienda del Senado en su votación de 17 mayo de 2017.

[35] Véase LOBBA, "Punire la tortura in Italia…", cit., pp. 237-239.

[36] LANZA, "Verso l'introduzione del delitto di tortura nel Codice Penale italiano: una fatica di Sisifo", cit., 14-15, ZAMPERINI-MENEGATTO, "Tortura psicologica e trauma psichico: la legge e la scienza", cit.

Con respecto a la dificultad de determinar en qué sentido debe entenderse la expresión "agudos sufrimientos físicos", de nuevo se corre el riesgo de atribuir demasiada discrecionalidad al intérprete y de violar, por tanto, el principio de determinación suficiente del tipo penal. La norma es, pues, susceptible de ser objeto de un juicio de constitucionalidad que podría determinar su nulidad[37].

3.3. ¿Delito común o específico? La cuestión de las atenuantes para los casos de "tortura salvadora"

Otro motivo de crítica ha sido el hecho de que la ley no es clara a la hora de calificar la tortura como un delito común o específico. Con base en una interpretación sistemática de la ley, algunos juristas parecen optar por atribuir a este delito una naturaleza específica a partir de los siguientes argumentos:

1) que lo que parece una agravante *ex* párrafo 2 del art 613 bis es, en realidad, un tipo de delito específico, en la medida en que el sujeto activo es un funcionario al que se impone una sanción especial[38],
2) que el párrafo 3 del art 613 bis niega que haya delito (y no, simplemente, que no haya agravante); por lo tanto, el apdo. 2 no es una agravante, sino un hecho específico al que se le aplica una sanción[39].

Otro sector de la doctrina y el mismo Servicio de Estudios de la Cámara de Diputados y su homólogo –el Servizio studi del Senado– afirman que se trata de un delito común[40]. Además, el Servicio de Estudios afirma recurren-

[37] LANZA, "Verso l'introduzione del delitto di tortura nel Codice Penale italiano: una fatica di Sisifo" cit. 15. Sin embargo no hay que olvidar las precisiones del Servizio studi della Camera (p. 3), que recuerdan la naturaleza técnica, que deriva de la medicina legal, del concepto de "agudos sufrimientos", circunstancia que reduciría el riesgo de falta de determinación de la norma penal puesto de relieve por Lanza. Véase: *http://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/Pdf/GI0210C.Pdf.*

[38] F. CANCELLARO, "Tortura: nuova condanna dell'Italia a Strasburgo, mentre prosegue l'iter parlamentare per l'introduzione del reato", *Diritto penale contemporaneo*, núm. 6, 2017, p. 327. Disponible en: *https://www.penalecontemporaneo.it/pdf-viewer/?file=%2Fpdf-fascicoli%2FDPC_6_2017.pdf#page=322,* y LANZA, "Verso l'introduzione del delitto di tortura nel Codice Penale italiano: una fatica di Sisifo" cit. pp. 9-10.

[39] LOBBA, "Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e Diritto penale internazionale", cit., p. 232.

[40] Respectivamente: *http://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/Pdf/GI0210C.Pdf y http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DOSSIER/912601/index.html.* Veánse, antes de la promulgación de la ley, las obsevaciones de F. VIGANÒ, "Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei Deputati", *Diritto Penale Contemporaneo*, 25 de

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1180

temente que esta formulación constituye una ampliación del alcance del delito respeto a lo establecido en la Convención ONU[41]. Hay que añadir que, antes de la reforma, la misma jurisprudencia de mérito había empezado a considerar la tortura como una versión extrema del delito (común) de maltrato y que, por lo tanto, la reforma no contradice ninguna *praxis* aplicativa, sino que le confiere legitimidad *ex post*[42].

La mayor parte de la doctrina ha criticado la tesis de que la tortura es un delito común y ha sostenido que se trata de una elección del legislador destinada a no "estigmatizar" a las fuerzas de policía[43]. Sin embargo, al margen de consideraciones relativas a la oportunidad de insertar "cuestiones simbó-

---

septiembre 2014, p. 7. Disponible en: *https://www.penalecontemporaneo.it/d/3302-sui-progetti-di-introduzione-del-delitto-di-tortura--in-discussione-presso-la-camera-dei-deputati-.*, y COLELLA, "La sentenza della cassazione sui fatti della Scuola Diaz: un nuovo tassello nella trama dei rapporti tra sistema penale italiano e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo", cit. p. 32, que aprecian la calificación de la tortura como delito común y no específico aplicando una agravante al acto cometido por parte del funcionario de policía. Sin embargo, en el caso de que se promulgara un texto que la tipificase como delito común, COLELLA, "La sentenza della cassazione sui fatti della Scuola Diaz: un nuovo tassello nella trama dei rapporti tra sistema penale italiano e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo", cit. p. 43, precisa que sería necesario que el legislador aclarara que los actos cometidos por funcionarios no pueden ser objeto de ponderación entre circunstancias atenuantes y agravantes. Como veremos, no es este el caso del texto de la ley finalmente promulgada.

[41] Véase: *http://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/Pdf/GI0210C.Pdf.* Este planteamiento se comparte por P. LOBBA, "Obblighi internazionali e nuovi confini della nozione di tortura", *Diritto Penale internazionale*, 2019, pp. 11, 17-22, 25-27, en URL *https://www.penalecontemporaneo.it/upload/8573-lobba2019a.pdf,* PELISSERO, "L'introduzione del reato di tortura nell'ordinamento italiano [L. 110 DEL 2017]", cit., pp. 230-231, SCAROINA, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, cit., pp. 77, 260-266.

[42] Véase sentencia Tribunale di Monza 10 giugno 2016: *https://www.penalecontemporaneo.it/d/5035-la-configurabilita-della-tortura-in-senso-tecnico-nei-rapporti-inter-privati-un-caso-emblematico-org*.

[43] Véase LANZA, "Verso l'introduzione del delitto di tortura nel Codice Penale italiano: una fatica di Sisifo" cit. p. 23; MARCHI, "Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis C.P.", cit. pp. 158-159; S. AMATO, M. PASSIONE, "La legge italiana: un profilo giuridico", *Studi sulla questione criminale*, XIII, 2, 2018, pp. 51-54; ZUCCA, "Chiamatela come volete: è sempre tortura. La legge italiana tra cattivi maestri e principi delle Convenzioni", cit., pp. 72-73. Las declaraciones de los sindicatos de los cuerpos de policía en las audiencias en la Cámara de los Diputados (18 y 26 de junio de 2014) son unánimes en su valoración positiva de la naturaleza común y no específica del delito, en la medida en que no se tipifica un delito "contra" la policía. Véanse todas las audiciones en: *http://www.camera.it/leg17/126?tab=4&leg=17&idDocumento=588&sede=ac&tipo=*.

En la audiencia del jefe de la Polizia di Stato, A. Pansa, se presenta otra ventaja de la tipificación de la tortura como delito común: el hecho de que, siendo un delito común, la

licas" en materia penal, el problema no parece ser la naturaleza del delito, sino la posibilidad de que el responsable pueda gozar de la aplicación de atenuantes *ex* art. 69 CP[44], es decir, que se mantenga el riesgo de un insuficiente tratamiento sancionador –que, como hemos visto, ha sido objeto de censura por el TEDH–. En este caso, se ha apuntado que, tal y como sucede en otros delitos (fraude en proceso penal, maniobras tendentes a la obstrucción de la justicia, robo en domicilio, ilícitos en los que, además, las sanciones son a menudo inferiores a las previstas para el delito de tortura), el legislador podría haber introducido en el texto la prohibición de que el responsable pueda beneficiarse de la aplicación de atenuantes (que, como ya se ha dicho, fueron generosamente aplicadas a los torturadores de los presuntos secuestradores del general Dozier)[45]. Además, la no aplicabilidad de juicios de ponderación entre atenuantes y agravantes había sido expresamente estimada como necesaria para mantener la naturaleza particularmente ofensiva de la conducta si ésta es llevada a cabo por un funcionario por aquel sector de la doctrina que no veía inconveniente alguno en considerar la tortura como un delito común, no específico[46]. Sin embargo, el legislador no ha dispuesto aquella prohibición; por lo tanto, resulta posible aplicar las atenuantes a la sanción, lo que comporta el riesgo de nuevas censuras y condenas del TEDH fundadas en la ausencia de un adecuado marco sancionador[47].

---

incoación del procedimiento de investigación no sería automática, dado que antes debería tipificarse la conducta. Audición del 29 de octubre de 2014, p. 7.

[44] Art. 69 CP. "Quando concorrono insieme circostanze aggravanti e circostanze attenuanti, e le prime sono dal giudice ritenute prevalenti, non si tiene conto delle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti, e si fa luogo soltanto agli aumenti di pena stabiliti per le circostanze aggravanti.

Se le circostanze attenuanti sono ritenute prevalenti sulle circostanze aggravanti, non si tiene conto degli aumenti di pena stabiliti per queste ultime, e si fa luogo soltanto alle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti.

Se fra le circostanze aggravanti e quelle attenuanti il giudice ritiene che vi sia equivalenza, si applica la pena che sarebbe inflitta se non concorresse alcuna di dette circostanze".

[45] MARCHI, "Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis C.P.", cit. p. 159 y LANZA, "Verso l'introduzione del delitto di tortura nel Codice Penale italiano: una fatica di Sisifo", cit. pp. 28-29.

[46] Véase COLELLA, "La sentenza della cassazione sui fatti della Scuola Diaz: un nuovo tassello nella trama dei rapporti tra sistema penale italiano e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo", cit. p. 43.

[47] LANZA, "Verso l'introduzione del delitto di tortura nel Codice Penale italiano: una fatica di Sisifo", cit. p. 21 afirma además que, al no haber dejado abierta la aplicación del art. 69, el Estado italiano incurriría en violación del art. 4 de la Convención ONU, que establece

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1180

A nuestro juicio, en este punto, se abre un incómodo interrogante: ¿Detrás de la elección de considerar la tortura un delito común se halla (entre otras motivaciones, entre ellas la posibilidad de dejar amplia discrecionalidad a los órganos de la aplicación y la exigencia de no estigmatizar la labor de la policía) la decisión de dejar abierta la oportunidad de aplicar, con ocasión de un proceso, atenuantes en casos de torturas en los que está en juego la vida de una persona (es decir, el problema del *ticking bomb*), tal y como sucedió en el caso Dozier[48], atenuantes que anulan el efecto sancionador y disuasorio de la disposición?

Esta posibilidad es contraria a la jurisprudencia del TEDH, jurisprudencia que ha mantenido un patrón de firme rechazo de cualquier acto que pueda resultar inhumano y degradante a costa incluso de provocar fracturas en el propio TEDH, tal y como sucedió en el caso *Bouyid vs. Bélgica* (sentencia de 28 de septiembre de 2015). Sin embargo, del análisis de un caso antes citado, *Gäfgen vs. Alemania*, parece desprenderse que queda abierta la posibilidad de que se apliquen las atenuantes en casos particularmente difíciles, aunque esto no afecte al hecho de que se han producido tratos inhumanos y degradantes o tortura –que, por lo tanto, deben ser sancionados–.

Como es bien sabido, el fallo *Gäfgen* trataba de un interrogatorio de diez minutos durante el cual se produjo un acto de violencia (se agitó a la persona y se la empujó, provocando que su cabeza golpeara la pared), así como varias amenazas de violencia sexual a esa misma persona, respecto a la que se tenía la certeza de que mantenía secuestrado a un niño (dado

---

la obligación del Estado parte de sancionar eficazmente a los funcionarios que practican la tortura.

[48] Contra la estrategia argumentativa del *ticking bomb* y su retórica, renviamos a M. LATORRE, "La teoría del derecho de la tortura", *Derechos y libertades*, núm. 17, 2007, pp. 81-84; Y. GINBAR, *Why not torture terrorists? Moral, practical and legal aspects of the 'ticking bomb' justification for torture*, Oxford University Press, Oxford, 2010; M. LALATTA COSTERBOSA, "Diritto o violenza. L'impossibile legalizzazione della violenza", *Studi sulla questione criminale*, vol. XIII, núm. 2, 2018, pp. 25-31. Una posición favorable a exculpar al autor de actos de tortura en casos en los que el uso de ésta sea "el único medio disponible para evitar un peligro serio para la vida humana" es defendida por K. AMBOS, *Terrorismo, Tortura y derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, Barcelona: Atelier, 2009, pp. 63-64. Lo que resulta llamativo es el hecho de que el autor hace hincapié en la decisión del tribunal en el caso del jefe de policía que ordena la tortura a Gäfgen, es decir el señor Daschner, que finalmente fue considerado responsable de las imputaciones, pero no le fue conminada sanción alguna (Ibid., p. 23).

que se había grabado al sospechoso recogiendo el dinero pagado para la liberación del niño, liberación que finalmente no se había hecho efectiva). En este caso, la Sección V del TEDH (sentencia *Gäfgen vs. Alemania* del 30 de junio de 2008) consideró que el recurrente fue víctima de un trato degradante durante el interrogatorio, pero que, en cualquier caso, en la decisión debían ponderarse el derecho del recurrente, la urgencia de encontrar el niño y la presión que sufrían los funcionarios de policía (apdos. 69-70), ya que la justicia de Alemania había reconocido los hechos (apdos. 77-82). Finalmente, el TEDH rechazó las peticiones del recurrente y consideró que no se había producido una violación de los artículos 3 (apdos. 77-82) y 6 de la Convención (apdos.104-109).

Sin embargo, la Gran Sala (Sentencia *Gäfgen vs. Alemania*, 1 de junio 2010) puso orden en el asunto y especificó:

> *"[…] el Tribunal admite la motivación que inspiró el comportamiento de los policías y la idea de que actuaron con el objetivo de salvar la vida de un niño. El Tribunal debe no obstante subrayar que, por lo que respecta al artículo 3 y su jurisprudencia constante (apartado 87 supra), la prohibición de maltrato es independiente de las actuaciones de la persona en cuestión o de la motivación de las autoridades. La tortura o un trato inhumano o degradante no pueden ser infligidos ni siquiera cuando la vidade un individuo se halle en peligro. No existe ninguna excepción, ni siquiera en caso de amenaza pública hacia la vida de la nación" (apdo. 107).*

En lo que respecta al tratamiento sancionador, la Gran Sala añadió:

> *"[…] una condena a multas casi simbólicas, respectivamente, de 60 y 90 pagos diarios de 60 y 120 euros, sujeto a suspensión, no podría, en todo caso, ser considerada una reacción adecuada ante una violación del artículo 3, aun cuando se sitúe en el marco de la práctica del Estado demandado en materia de condenas. Una sanción parecida, manifiestamente desproporcionada en relación con una violación de uno de los derechos esenciales del Convenio, no tiene el efecto disuasorio necesario para prevenir otras transgresiones de la prohibición de malos tratos en situaciones difíciles que pudieran plantearse en el futuro" (apdo. 124).*

Cabe, pues, preguntarse si la decisión del legislador de no prohibir expresamente la ponderación con las atenuantes es coherente con la jurisprudencia del TEDH, aunque la aplicación de atenuantes determine únicamente el *quantum* del tratamiento sancionador. Una reducción drástica de la pena por la aplicación de atenuantes, tal y como sucedió en el asunto *Gäfgen*, o por la aplicación del indulto –como en el asunto Cestaro–, serían motivo de censura por parte del TEDH.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1180

4. UN LEGISLADOR VAGO, PERO RACIONAL

Parece difícil no compartir estas amargas conclusiones de una penalista:

> *"Es exactamente el amplio margen de discrecionalidad de la redacción de la tipicidad del delito lo que obliga a los jueces a llevar a cabo las elecciones de política criminal que el legislador parece haber eludido"*[49] *(traducción nuestra).*

A la espera, por lo tanto, del desarrollo jurisprudencial de este incierto tipo penal, el filósofo o sociólogo del Derecho pueden extraer una conclusión: el legislador sobre el asunto de la tortura es perezoso; prefiere no legislar aunque haya asumido algún compromiso (así sea de *softlaw,* en el caso de la Convención ONU) para hacerlo. Si decide legislar –por ejemplo, cuando es condenado varias veces por un tribunal supranacional como el TEDH–, entonces produce un texto ambiguo. Es decir, con el ocaso del mito de la soberanía del Estado y la crisis de la capacidad reguladora de la ley frente a *praxis* administrativas o actitudes no cooperativas por parte de segmentos de la Administración Pública –tal es el caso de la fuerzas de seguridad–, cambia el concepto mismo de "legislador racional" (entendido como un legislador omnipotente y soberano que resuelve las contradicciones y colma las lagunas) y, con él, el papel que este concepto puede jugar como principio regulador en la aplicación/interpretación del Derecho.

No hace falta recordar aquí que el legislador dotado de una voluntad unívoca es una *fictio*: esto ya se sabe, al menos en un Estado multiclase y democrático. Hay que reconocer que los textos legales pueden ser deliberadamente ambiguos y que hay que interpretarlos como tales, dejando a un lado las dificultades que conlleva determinar una específica *ratio legis* en un texto tan ambiguo y reconociendo que en estos casos de ambigüedad es necesaria la intervención sistematizadora de las cortes superiores (entre ellas, la TEDH[50]) sin la cual no podría realizarse el principio de determinación de las normas penales[51].

---

[49] MARCHI, "Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis C.P.", cit. pp. 166-167 (traducción nuestra). Por otra parte, el presidente de la Associazione Nazionale Magistrati en su audición en la Cámara el 22 de octubre de 2014 reconoció que el texto de ley deja una enorme discrecionalidad al juez en su labor de aplicación. Véase: *http://www.camera.it/leg17/126?tab=4&leg=17&idDocumento=588&sede=ac&tipo=.*

[50] En su intervención en la Cámara, ya citada, Padovani aclaró que la aplicación de la ley deberá hacer hincapié en la amplia jurisprudencia del TEDH; por lo tanto, no hay que enfatizar los riesgos de aplicación irracional de la norma.

[51] La doctrina penalista italiana habla de la «tendencia mediadora» propia de la legislación actual. "En efecto, la exigencia de equilibrar los bienes e intereses de varias fuerzas po-

Sin embargo, el caso del legislador italiano –que aprueba un texto ambiguo a raíz de una serie de condenas del Tribunal de Estrasburgo, con todos los problemas de insuficiente determinación del tipo penal que esa ambigüedad genera– sugiere algo acerca del propio concepto de "legislador racional" en un escenario como el actual, en el que los límites y vínculos impuestos a la creación del Derecho no son solo constitucionales, sino también "supranacionales"[52].

Para clarificar este punto, recurriremos a la teoría de Atienza sobre los niveles de racionalidad de la legislación[53]. Resulta evidente que el texto de la ley se queda corto sin una intervención sistematizadora de la jurisprudencia al menos en los primeros cuatro niveles de racionalidad legislativa, pero no necesariamente en el quinto (en el nivel de la *racionalidad ética*). No es *lingüísticamente racional* (nivel I) porque define de manera ambigua una conducta –no resulta, por ello, posible determinar con precisión si se refiere a la tortura o a los tratos inhumanos y degradantes– y porque utiliza términos vagos ("estado de reducida defensa") y con un componente altamente subjetivo (la crueldad). Por lo tanto, no está claro ni el contenido del mensaje ni su aplicación. No es, por ello, *racional en términos jurídico-formales* (nivel II), en la medida en que la ambigüedad y la vaguedad del texto generan redundancia con otras normas (por ejemplo, el maltrato) o antinomias (no queda claro si los actos de violencia de la escuela Diaz constituyen maltrato o tortura). No es *racional pragmáticamente* (nivel III) porque, al ser tan inciertos su aplicación y su contenido, la promulgación de la ley podría no influir en las conductas de sus destinatarios sin una aplicación de los jueces italianos coherente con la jurisprudencia del TEDH. Y, en el caso en el que no se produzca esta aplicación, no es *racional en sentido teleológico* (nivel IV) porque no se sancionarán eficazmente los casos de maltrato con las características que, en principio, el texto legal pretendía reducir.

---

lítico-sociales en conflicto se traduce en redacciones genéricas o inciertas de los tipos penales que, frecuentemente, se deben al intento de descargar en el poder judicial la función de mediar entre exigencias opuestas de tutela difícilmente compatibles en la sede más propiamente política" G. FIANDACA y E. MUSCO, *Derecho Penal. Parte General*, trad. de L. Fernando Niño, Bogotá: Temis, Bogotá, 2006, p. 99.

[52] DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales,* cit., p. 18 señala que es urgente la elaboración de modelos de racionalidad legislativa que contemplen los casos –como el expuesto en este ensayo– de leyes penales que "traen causa de decisiones provenientes de la Unión Europea o convenios internacionales".

[53] ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, cit., cap. 2.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1180

Por otra parte, seguramente el legislador sigue siendo racional también en otro sentido que hay que tener en cuenta: lo es en el sentido de que elabora el texto de la ley, que en este caso debe promulgarse a su pesar, con el coste electoral que presume más bajo. Por lo tanto, en casos en los que un grupo de presión consigue modificar un texto con éxito en una de las ramas del Parlamento[54], seguramente el texto ambiguo será "el resultado de una negociación" y, sin embargo, la iniciativa será racional en la medida en que constituirá el mejor resultado posible (como veremos, también en el sentido que será un resultado moralmente aceptable) en una situación de conflicto en la que hay que aprobar un texto de reforma[55]de cuya aplicación en uno u otro sentido siempre podrá culpabilizarse a los jueces.

Para explicar el punto hay que percatarse del hecho de que, como ya se ha dicho, se trata de un texto plagado de ambigüedades, algunas de las cuales, sin embargo, pueden ir contra los intereses de los que se han opuesto a la reforma y que han hecho todo lo posible para que tengamos un delito común –tortura y tratamientos inhumanos y degradantes– en lugar de más de uno –un delito común y otro específico–. Debido a su indeterminación, la pena prevista para el delito común puede ser aplicada también a las fuerzas de policía por la comisión de acciones que, en abstracto, podrían ser legales, pero que se llevan a cabo mediante un uso desproporcionado de la fuerza[56]. Además, la consideración del delito como un delito de dolo genérico parece tener como objetivo no estigmatizar las tareas que son propias de las fuerzas de seguridad (obtener información, vencer una resistencia o perseguir una minoría). Sin embargo, en las audiciones del 18 de junio, el representante del sindicato SIULP ya protestó por el hecho de que faltara una determinación del dolo específico, dado que el texto habla de «causar» sufrimientos (*cagionare*) en vez de producir intencionadamente (*intenzionalmente infligge*) sufrimientos. En este caso, el sindicalista lamentaba el riesgo de que cual-

[54] El sistema electoral italiano prevé dos sistemas electorales para las dos Cámaras –que, sin embargo, tienen los mismos poderes legislativos–. Es muy infrecuente que el texto de una ley pueda tener el mismo apoyo en las dos Cámaras; por lo tanto, el texto está casi siempre sujeto a las enmiendas, que dependen de las relaciones entre los grupos parlamentarios.

[55] Otra cosa es determinar la reforma que pretendan los tribunales supranacionales. Contra la posición mayoritaria, LOBBA, "Punire la tortura in Italia…", cit. pp. 205-206 afirma que el TEDH no ha solicitado la introducción de delitos específicos, sino solo la correcciones de las normas que dificultan los procedimientos judiciales y la aplicación de las eventuales sanciones a fin de terminar con las insuficiencias de los tratamientos sancionadores.

[56] LOBBA, "Punire la tortura in Italia…", cit. pp. 246-247.

quier sufrimiento producido por omisión –por ejemplo, por falta de espacio o equipamiento– pueda conllevar una imputación por delito de tortura. Por lo tanto, no parece ser un texto deliberadamente ambiguo en cuanto que favorable a las fuerzas de seguridad[57].

En esta situación de indeterminación –también sobre las razones encubiertas de la reforma–, los jueces deberán resolver las ambigüedades del texto legal y se les podrá acusar de «deslegitimar los cuerpos de seguridad», de "llevar al banquillo a los policías" o, si forman parte de una corte supranacional, de «ir contra los intereses de su país». Una estrategia de *blameshift*, de atribución responsabilidades que, teóricamente, debería soportar primariamente el legislador[58].

Algunas circunstancias de la última fase del complejo *iter* parlamentario son clarificadoras[59]. El texto llegó a la Cámara de Diputados para su aprobación definitiva después de unos cambios introducidos primero en la Cámara, donde ya los sindicatos de policía habían conseguido retrasar su aprobación (el SAP, sindicato arriba citado, consideró una victoria el aplazamiento de la votación[60]) y después en el Senado. Hasta el 17 de mayo de 2017, el Senado no aprobó el texto, pero con algunos cambios significativos que fueron aceptados al final también por la Cámara:

1) La reducción de las penas máximas previstas por el apdo. 2 (la Cámara la había sugerido penas de entre 5 y 15 años),
2) La eliminación de la enmienda introducida por la Cámara que imponía duplicar el plazo de prescripción, dado que ya se había aprobado la reforma que aumenta a 36 meses el plazo de prescripción[61],

---

[57] A. PUGIOTTO, "Una legge sulla tortura, non contro la tortura. Riflessioni costituzionali suggerite dalla l. 110 del 2017", *Quaderni Costituzionali*, XXXVIII, 2, 2018, p. 402, por otra parte, parece sostener que las ambigüedades de texto son el resultado de una voluntad del legislador de no atacar eficazmente el fenómeno de la "Tortura de estado".

[58] La estrategia de culpabilizar al juez representante en el TEDH es bien conocida en España a raíz de las polémicas que generó el fallo Del Rio Prada vs. España, sentencia de 10 julio de 2012. Acerca de estas polémicas, remitimos a A. CUERDA RIEZU, *La doctrina Parot, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la separación de poderes*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 126-136.

[59] L. GUADAGNUCCI, E. BARTESAGHI, "La legge sulla tortura: il difficile iter parlamentare", *Studi sulla questione criminale*, vol. XIII, núm. 2, 2018, pp. 35-49.

[60] Véase *http://www.sap-nazionale.org/slitta-il-voto-sul-ddl-tortura-vittoria-del-sap/*.

[61] La reforma de la prescripción se encuentra en la Ley 103/2017. Ahora, sin embargo, se ha producido otra reforma del instituto de la prescripción con la Ley n. 3 (art. 1, lett. d, e, f). Sobre el tema véase G. L. GATTI, "Una reforma dirompente. Stop alla prescrizione del

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1180

3) La inserción del requisito de la existencia de múltiples violencias y amenazas y la aclaración de que la aplicación de las agravantes dependerá de la consumación de «los hechos». Por lo tanto, mientras en el texto original el delito se consideraba consumado en presencia de un solo hecho, parece que ahora hace falta más de una conducta –o que esta conducta sea considerada un trato inhumano y degradante o llevada a cabo con crueldad (con los consiguientes problemas de determinación de la sanción y de legislación suplente por parte de los órganos de la aplicación)–.
4) la atribución de la determinación de la condición de sujeto pasivo (como hemos visto antes par. 2.2.3) a la autoridad del culpable de los delitos, mientras que el texto de la Cámara hablaba de una sujeción indeterminada.
5) La eliminación del dolo específico, presente en el texto de la Cámara ("Chiunque cagiona acute sofferenze […] al fine di ottenere, da essa o da un terzo, informazioni o dichiarazioni o di infliggere una punizione o di vincere una resistenza, ovvero in ragione dell'appartenenza etnica, dell'orientamento sessuale o delle opinioni, politiche o religiose"), y, por lo tanto, la consideración del delito como un delito de dolo genérico.

Aunque sea una ley resultado de una negociación, el texto finalmente aprobado no satisface a los sindicatos de policía, que, con la excepción del SIAP y el SILP (respectivamente, Sindacato Italiano Appartenenti alla Polizia y Sindacato Italiano Lavoratori di Polizia, afiliado al sindicato de izquierda CGIL), han denunciado la persecución de los miembros de los cuerpos de policía y han afirmado que la introducción del delito de tortura está destinada a satisfacer los deseos de aquellos que quieren criminalizar las fuerzas de seguridad[62].

Por otra parte, en el momento de declarar el voto favorable del Partito Democrático –el partido de mayoría relativa en la Cámara–, el diputado Walter Verini pronunció unas palabras significativas:

> *"[…] cuando se intenta conseguir un resultado –y es importante tener esta voluntad– se deben, sin embargo, calibrar las relaciones de fuerzas*

reato nei giudizi di appello e Cassazione", *Diritto Penale Contemporaneo*, en URL *https://www.penalecontemporaneo.it/d/6440-una-riforma-dirompente-stop-alla-prescrizione-del-reato-nei-giudizi-di-appello-e-di-cassazione,* consultado el 17/6/2019

[62] Véase: *http://www.siulp.it/tortura-siulp-dissenso-totale-esposizione-poliziotti-gravi-ripercussioni-preoccupazione-sicurezza-cittadini.html.*

existentes y las opiniones de otras fuerzas políticas. Y si el Senado nos ha dejado este texto, tenemos dos alternativas: o cambiar el texto, quizás volviendo a los contenidos que la Cámara había deliberado antes de reenviarlo al Senado, o tomar la decisión de dar un importante paso adelante, es decir, introducir en nuestro ordenamiento el delito de tortura" (traducción nuestra)[63].

Por tanto, introducir el delito sí, tal y como exige el TEDH –y el Comité de Naciones Unidas–, pero con todas las ambigüedades que hemos analizado. Finalmente, el legislador que quiere minimizar los costes de sus decisiones y que se ve constreñido a modificar cierta ley a fin de evitar las condenas de una instancia jurisdiccional supranacional puede razonar conclusivamente del siguiente modo: si las cortes supranacionales –de las que forman parte también jueces nacionales (como es el caso de los últimos dos jueces italianos)[64]– son las que van exigir que el legislador introduzca un nuevo delito –o, mejor dicho, que cambie las normas que no permiten una eficaz sanción a casos de tortura–, que sean los jueces, que son independientes y que, a menudo, van a juzgar en Estrasburgo la aplicación de sus colegas, los que pongan orden en esta controversia. Lástima que, de este modo, se atribuya a la magistratura el papel de legislador suplente, opción que puede erosionar la separación de poderes[65].

---

[63] Las declaraciones de voto se encuentran en: *http://www.camera.it/leg17/126?tab=5&leg=17&idDocumento=2168-B&sede=&tipo=*.

Por otra parte, véase el documento extremadamente crítico de Magistratura Democratica sobre la reforma, donde se afirma: "Il Parlamento si appresta a compiere un passo falso che non farà certo avanzare la tutela dei diritti

fondamentali e la qualità della nostra democrazia": *http://www.magistraturademocratica.it/mdem/articolo.php?id=2778&a=on.*

[64] Véase L. LÓPEZ GUERRA, "El juez nacional: entre la experiencia (jurídica) y la apariencia (de imparcialidad)", en L. LÓPEZ GUERRA, C. MORTE GÓMEZ, A.M. MENGUAL i MALLOL y G. CANO PALOMARES (coords.), *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión desde dentro. En homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 103-117.

[65] Sin embargo, ¿es todo culpa del legislador? ¿O más bien la ambigüedad de las normas depende también de un conflicto latente entre la lógica de la garantía de los derechos humanos, que empuja a aprobar textos que puedan abarcar todos los supuestos en los que se puede producir tortura y tratamientos inhumanos y degradantes, tal y como la victima pretende, y la necesaria determinación de las normas penales? En este caso, la cuestión no radicaría en características del proceso decisional italiano o en estrategias de decisión, sino en un conflicto latente entre dimensiones opuestas de justificación de las normas penales: la tutela de la víctima y las garantías de los imputados. No abordaremos este tema aquí, dado que es objeto de otro estudio.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1180

5. UN ESBOZO DE UNA TEORÍA REALISTA DEL LEGISLADOR RACIONAL

Al hilo de todo lo expuesto hasta aquí, uno podría preguntarse de qué sirve este análisis para la filosofía del Derecho. Finalmente, podemos convenir en que el legislador –entendido como la mayoría del conjunto de los representantes de las asambleas legislativas– intenta crear un texto legal que no le genere más costes que beneficios. Pero, ¿es esto relevante, al menos en el sentido de que esta perspectiva muestra cómo funcionan las instituciones –que es lo que cualquier reformulación realista de un modelo trata de hacer– y no se limita a teorizar sobre cómo deberían funcionar? Adicionalmente, ¿no se corre el riesgo de racionalizar –es decir, de justificar– *ex post* prácticamente cualquier decisión legislativa?

Respecto a la primera cuestión, remitimos a una advertencia de Manuel Atienza, autor que, a propósito del enfoque de la racionalidad como reducción o distribución de los costes de la decisión, afirma que «lo que consigue explicar y predecir […] es bastante poco o demasiado obvio; básicamente, que en una democracia representativa existe una tendencia a presentar y aprobar proyectos de ley que impliquen beneficios concentrados y costes difusos»[66].

Atienza se refiere a un texto en el que, con base en las teorías de la *public choice*, Antonio La Spina[67] pretendía explicar –y, eventualmente, predecir– las decisiones de las diversas mayorías parlamentarias sobre leyes que otorgaran beneficios o impusieran costes a grupos determinados o al conjunto de los ciudadanos. Es claro que la aplicación sin matices de categorías como costes y beneficios conlleva el riesgo de hacer «cuantificables» elementos diferentes como los derechos fundamentales, que escapan a la idea utilitarista de que existe un sistema de medición universal para cualquier valor[68].

---

[66] ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, cit. p. 73.

[67] A. LA SPINA "I costi della decisione. Per una sociologia dell'attività legislativa", *Sociologia del Diritto*, núm. 3, 1987, pp. 49-77.

[68] Sobre la necesidad de una métrica unitaria que permita monetizar los costes véase I. ORTIZ DE URBINA GIMENO, "La economía como herramienta en la evaluación legislativa: análisis de costes, coste eficacia y coste beneficio", en A. NIETO MARTÍN, M. MUÑOZ de MORALES ROMERO, J. BECERRA MUÑOZ (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, 2016, p. 88.

Sin embargo, al menos en el caso italiano, se ha confirmado el análisis de La Spina[69]. En el supuesto de conflicto enconado con grupos de interés concentrados y muy poderosos –como lo son, en cualquier Estado, las fuerzas de seguridad–, el legislador estará interesado en evitar la adopción de la decisión –tal y como ha conseguido con la tipificación del delito de tortura hasta 2017, es decir, hasta que se ha visto obligado hacerlo a raíz de las sentencias condenatorias del TEDH arriba citadas–. Por lo tanto, preferirá (alternativamente o conjuntamente) aprobar una legislación simbólica (por lo tanto, ineficaz) o una disposición con un contenido ambiguo cuyo significado y alcance deberán determinar los jueces.

Cabe añadir que, históricamente, el legislador italiano se ha servido del rol de "legislador suplente" que la magistratura ha tenido que asumir en relación con fenómenos y situaciones "de emergencia" –sobre todo en el ámbito penal: típicamente, la mafia o la corrupción– que suponían para aquél unos costes electorales, personales y organizativos muy altos[70]. Por lo tanto, y siguiendo a Atienza –que también considera relevante en la fase legislativa el análisis de los costes y los beneficios[71]–, hay que admitir que el análisis de los costes y beneficios de los *actores que tienen que decidir* –y no solo de los electores que van a pagar los costes de la legislación o que se beneficien de los resultados– es una parte importante de la teoría de la racionalidad legislativa[72]. Precisamente estos costes podrían explicar por qué una mayoría parlamentaria acaba aprobando textos ambiguos con evidentes problemas de taxatividad, problemas que finalmente han de resolver los jueces[73]. Esta división del trabajo, cuyas aporías de legitimidad ya hemos puesto de relieve, puede ser rechazada –o no– porque es moralmente injusta o porque vul-

---

69 LA SPINA, I costi della decisione. Per una sociologia dell'attività legislativa", cit. p. 70 y ss.

70 Véase A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Il Mulino, Bolonia 2012, cap. IX.

71 ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, cit., pp. 69-75.

72 Por lo que hemos podido averiguar, el análisis de estos costes no forma parte de las investigaciones realizadas en el marco del análisis económico del Derecho penal, que se pregunta por los costes sociales de las medidas por emprender. Por el contrario, el problema del coste de una decisión para quien la toma es un elemento central en aquel sector de la ciencia política que concibe los partidos como organizaciones (un ejemplo de estudio del partido como organización se encuentra en el clásico A. PANEBIANCO, *Modelos de Partidos*, Alianza ed. Madrid, 1990). Por razones de espacio, no vamos a abordar estos temas.

73 Este papel sistematizador de la judicatura es bien claro, por ejemplo, para V. FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid, 2002, cap. VII.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1180

nera los principios de la Constitución italiana[74]. Sin embargo, hoy es difícil negar –no solo en Italia, sino también en España– que no hay un único centro de producción legislativa, sino varios en conflicto y, a veces, sin una posición clara en el sistema de fuentes[75]. Si este proceso de fragmentación del sistema de fuentes –o, para ser optimistas, de diálogo entre jueces y legisladores– ya está en marcha, entonces es fácil explicar (sin necesidad de calificarla como moralmente correcta) la decisión de las mayorías parlamentarias que aprueban textos ambiguos y delegan en el poder judicial la toma de decisiones de política criminal que pueden ser perjudiciales en términos de consenso electoral. Evidentemente, contra la concepción realista podría argumentarse que la caracterización de la racionalidad legislativa como la reducción de los costes para quien decide es un sinsentido, en la medida en que reduce el ideal de la democracia constitucional a una serie de intercambios entre grupos de interés –algunos electivos, otros profesionales o burocráticos– sin tener en cuenta a los ciudadanos, que se limitan a ejercer su derecho de sufragio activo en la elección de sus representantes. Si a la hora de juzgar la racionalidad de esta legislación identificáramos como elementos a tomar en consideración también los costes y beneficios de la instancia que crea el texto legal, entonces reduciríamos la producción de normas a un procedimiento de mera negociación de intereses carente de cualquier rasgo deliberativo. Ahora bien (al margen de que la idea de que en el parlamento solo caben argumentaciones de principio –es decir, deliberaciones– y nunca negociaciones[76] necesita ser demostrada empíricamente y justificada moralmente), frente al argumento anteriormente expuesto cabría replicar que, tal y como recuerda Kelsen en

[74] No entraremos en el denso y enconado debate entre neoconstitucionalistas principialistas o garantistas.

[75] Se habla, en este caso, de "desestructuración del sistema de las fuentes del Derecho" porque el sistema no anticipa la actividad de interpretación de las disposiciones y su aplicación, sino que es el resultado de esta actividad. G. PINO,"La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione", *Ars Interpretandi*, vol. XVI, 2011, pp. 19-56. Es interesante señalar que, mientras que en muchos autores de metodología positivista, como PINO, el problema queda reducido a una cuestión descriptiva (por ejemplo, ¿cuál es hoy la ideología sobre las fuentes del Derecho aceptada por la cultura jurídica?), para DÍEZ RIPOLLÉS (Id., *La racionalidad de las leyes penales*, pp. 146-147) ante la crisis del principio de certeza y de seguridad jurídica asociada a la proliferación de leyes penales en blanco o a la "acogida por nuestro legislador de propuestas normativas de casi cualquier rango emanadas por la Unión", hay que responder con un firme compromiso ético.

[76] Sobre la necesaria dialéctica entre argumentación y negociación en la producción legislativa, véase J. ELSTER, *Argomentare e negoziare*, Anabasi, 2013. Y, más recientemente, J. L. MARTÍ, *La república deliberativa*, Marcial Pons, 2008, pp. 40-65.

referencia a los sistemas parlamentarios del siglo XX, hasta ahora no tenemos constancia de la existencia de alguna democracia sin organizaciones de partido[77]. Por lo tanto, no parece extraño complementar un modelo teórico de racionalidad legislativa con el análisis de los costes que los decisores y sus organizaciones tienen que asumir por sus decisiones. A no ser que consideremos irrelevante el hecho de que son los representantes electos –y no una élite de profesionales del Derecho– los que deben decidir[78] y que asumamos sin matices la idea de que todo programa legislativo en materia penal no puede ser otra cosa que un desarrollo de un conjunto de normas ya inscritas en una constitución o en unos convenios internacionales.

Llegamos aquí al segundo problema que suscita una reformulación realista del modelo de legislador racional. La cuestión puede ser formulada del siguiente modo: ¿Puede estar moralmente justificada (y, por lo tanto, ser racional desde el punto de vista ético) la actuación (basada en la concepción realista) del legislador que intenta reducir los costes para sí mismo –o, mejor dicho, para su organización– y maximizar los beneficios aunque sea a través de un texto ambiguo? Está claro que esta reformulación puede abrir las puertas a formas de justificación *ex post* sustentadas en la máxima maquiavélica de acuerdo con la cual "el fin justifica los medios", o reintroducir en el debate sobre la racionalidad de la legislación la dicotomía entre ética y política o entre moral y Derecho mediante la asunción de la tesis de que no es posible articular un discurso racional sobre la justificación de una decisión legislativa en la medida en que siempre prima el interés de quien produce el texto de ley[79].

---

[77] H. KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, Comares, Granada 2002, cap. II; véase más recientemente L. FERRAJOLI, *Principia Iuris, vol. 2, Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 186-191. Además, DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, cit. p. 192 considera que una de las causas de la difusión del populismo penal es el hecho de que el rol de los partidos hayan quedado reducido al de simples emisarios de las emociones o creencias de los electores.

[78] Sobre el tema de la legitimidad de quién debe decidir, remitimos a las claras consideraciones de DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales,* cit.

[79] En este caso, tendríamos un retroceso considerable en el debate sobre la racionalidad de las decisiones legislativas, que reposa, desde su resurgimiento en los años 80, en la idea de que resulta posible deliberar racionalmente sobre los méritos morales de las leyes. Véase sobre la cuestión de la centralidad de la racionalidad ética en la racionalidad legislativa M. ATIENZA, "Argumentación y legislación", en J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, A.M. PRIETO del PINO, S. SOTO NAVARRO, *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant Lo Blanch 2003, p. 44 que reconoce que en la elaboración de la ley el orden de los niveles de racionalidad se invierte: primero se decide que valores hay que perseguir a través de la ley y después cómo elaborar los textos legales.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1180

Esta cuestión es enormemente importante y lo que se afirma a continuación es tan solo el esbozo de una posible réplica.

No estamos defendiendo un modelo de racionalidad legislativa en el que prime el interés del legislador de no perder votos –o de maximizarlos–. Está claro que este interés no supera un simple *test* de contradicción performativa: ningún candidato que pide el voto como futuro representante afirma que "hará solo lo que le conviene": como mínimo, fingirá no hacerlo. Lo que aquí se está discutiendo es algo más modesto, a saber, si son posibles conflictos entre los requisitos estipulados para la formulación de las leyes –requisitos que constituyen los niveles I-IV de racionalidad expuestos por Atienza– y la racionalidad ética, entendida en este caso como la *reducción de los casos de violencia* ya tipificados como tortura[80]. Si es así, es decir, si existen estos conflictos, es bien posible que un texto legal con tantos defectos como la ley 110 –deficiencias determinadas por la voluntad del legislador de no erosionar el consenso electoral– pueda ser una ley "racionalmente ética" o "éticamente justificable" en la medida en que, en contraste con la situación previa su aprobación, reduce los casos de violencia regulados por la nueva legislación y/o sanciona más eficazmente a los responsables de los mismos (aunque pueda hacerlo con mayor diligencia). Por lo tanto, el resultado del proceso legislativo aquí evaluado podría ser mejor que las dos alternativas disponibles, que recordamos ahora: a) introducir en el ordenamiento una reforma insuficiente aun asumiendo el coste que supone la atribución implícita a los jueces del papel de «legisladores suplentes» y los riesgos de incertidumbre en la aplicación de la ley; y b) no modificar el ordenamiento y dejar todo como estaba. Afirmar esto no implica sostener la idea de que «en política (legislativa) todo vale», sino simplemente recordar el principio weberiano de que en política rige no solo la afirmación de determinados valores –la ética de la convicción–, sino también la responsabilidad del representante en las cámaras legislativas de actuar para que estos valores se traduzcan en disposiciones jurídicas aplicables y no se queden en papel mojado o en el compromiso de legislar "cuando se obtengan suficientes apoyos parlamentarios". Y si, en fin, alguien recuerda que, tal y como está redactado el texto legal, se hace necesaria una permanente labor sistematizadora de la juris-

[80] Afirma ATIENZA (*Contribución*, cit., 94): "[…] los posibles conflictos entre niveles distintos deben resolverse –es racional hacerlo– dando prioridad a los niveles superiores, pero no sería racional que uno de esos niveles, o el valor que lo rige, pretendiera anular por completo a los otros".

prudencia –que tendrá que "mancharse las manos" con continuas consideraciones éticas cuando es menester defender su carácter avalorativo–, siempre será posible replicar con la siguiente afirmación del Díez Ripollés: "El saber político-criminal –y el saber jurídico-penal que de aquel deriva– es, como su nombre indica, un saber político, y es en la arena política donde debe defender sus postulados"[81].

O, más banalmente, podríamos recordar el antiguo dicho de acuerdo con el cual "el óptimo es enemigo del bien".

Francesco Biondo
Università di Palermo
Dipartimento di Giurisprudenza
Piazza Bologni 8
90134
Palermo
e-mail: Francesco.biondo@unipa.it

[81] DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, cit. 197.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1180

ANALÍTICOS Y/O LATINOS. EN TORNO AL MÉTODO DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA

ANALYTICS AND/OR LATINS. ON THE METHOD OF LEGAL PHILOSOPHY

Ilario Belloni
Università degli Studi di Pisa

Fecha de recepción: 24-3-20
Fecha de aceptación: 30-3-20

Resumen: *Este artículo propone una reflexión metodológica sobre la filosofía del Derecho dirigida a superar, armonizándolo, el contraste tradicional entre una perspectiva típicamente "analítica" y una "histórica". Para este propósito puede ser apropiado reconsiderar las formas de hacer filosofía del Derecho propuestas por estudiosos como Scarpelli y Fassò dentro de la filosofía jurídica italiana a mediados del siglo XX y evaluar la síntesis de estas formas para ofrecer una visión "integrada" a los filósofos del Derecho de diferentes orígenes.*

Abstract: *This article proposes a methodological reflection on the philosophy of law aimed at overcoming, harmonizing it, the traditional contrast between a typically "analytical" and a "historical" perspective. For this purpose it may be appropriate to reconsider the ways of doing philosophy of law proposed by scholars such as Scarpelli and Fassò within Italian legal philosophy in the middle of the 20th century and to evaluate the synthesis of these ways to offer an "integrated" vision to legal philosophers of different backgrounds.*

Palabras clave: Filosofía del Derecho, filosofía jurídica italiana, derechos, método histórico, filosofía analítica
Keywords: Philosophy of Law, Italian legal philosophy, rights, historical method, analytical philosophy

1. UN GIRO LINGÜÍSTICO PARA EL DERECHO

Lo que Gustav Bergmann había definido en la esfera filosófica general como "linguistic turn"[1], también afectó el campo específico de los estudios de la filosofía del Derecho: en este sentido, la novedad del "lenguaje", que ocurrió dentro de la filosofía jurídica italiana a mediados del siglo pasado, puede leerse como un intento de importar y aplicar a la esfera del Derecho una práctica metodológica, típica de la filosofía analítica, así como un verdadero modelo cultural "nórdico"[2], dentro de un contexto continental y, específicamente, "latino". Sin embargo, este intento fue exitoso si se considera que, precisamente en Italia, el enfoque lingüístico del Derecho ha tenido una enorme influencia en las generaciones posteriores de académicos que, incluso hoy en día, aún se dedican a estudios, de naturaleza principalmente analítica, sobre el Derecho *como* lenguaje; tanto, que sin duda uno puede afirmar cómo este paradigma teórico-metodológico ahora constituye en todos los aspectos una tradición científica bien establecida. Con todas las peculiaridades del caso, debe subrayarse, y teniendo en cuenta las adaptaciones que lo han

---

[1] Cfr. G. BERGMANN, "Logical Positivism, Language, and the Reconstruction of Metaphysics" (1953), en Id., *Collected Works*, vol. I*: Selected Papers I*, ed. by E. Tegtmeier, Ontos-Verlag, Frankfurt/Lancaster, 2003. Más tarde, Richard Rorty utilizó la expresión como título de un volumen sobre el cambio de paradigma metodológico que ocurrió en el campo filosófico en la primera mitad del siglo XX: R. RORTY, *El giro lingüístico. Dificultades metafilosóficas de la filosofía lingüística*, introducción de Gabriel Bello, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1990 (trad. parcial de G. Bello, *The Linguistic Turn: Recent Essays in Philosophical Method*, The University of Chicago Press, Chicago, 1967).

[2] Aquí no es apropiado detenerse en los orígenes de la nueva perspectiva metodológica, dado que el propósito de esta contribución es abordar la historia italiana después de la "importación" de esta novedad; en cualquier caso, no hay duda de que las tendencias metodológicas de orientación lógico-analítica, y específicamente "lingüística", aunque con anticipaciones significativas en otros contextos culturales (incluido el italiano) se han desarrollado y afirmado primero en las áreas culturales del norte de Europa y en el contexto angloamericano, donde se había consolidado la tradición de la llamada filosofía "analítica". Para una reconstrucción del nacimiento y desarrollo de la filosofía analítica, véase F. D'AGOSTINI, *Analíticos y continentales*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2018 (*Analitici e continentali. Guida alla filosofia degli ultimi trent'anni*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1997), cuyo título ha sido parafraseado para el título de este artículo. En cuanto a la aplicación del método de la filosofía analítica a la esfera jurídica y el consiguiente surgimiento de una filosofía "analítica" del Derecho, véase V. VILLA, *Storia della filosofia del diritto analitica*, il Mulino, Bologna, 2003, que se centra en particular en el nacimiento de la llamada "escuela analítica italiana", y, sobre esta, M. A. BARRÈRE UNZUETA, *La Escuela de Bobbio. Reglas y normas el la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, Tecnos, Madrid, 1990.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1181

convertido en una tradición particular y, por así decir, *completamente italiana* en comparación con el "original".

Esto, además, es lo que probablemente sucede en todos los casos en los que se activa un proceso de "importación", y se realiza de la mejor manera posible: en el caso específico, la importación no se ha resuelto en absoluto en un imitar o en un seguir servilmente una "moda" científica; ni mucho menos en un acto de subordinación cultural. Fue, como veremos, un acto consciente y, al mismo tiempo, necesario, motivado por razones históricas que permitieron la traducibilidad y el reajuste al contexto cultural y a la tradición filosófico-jurídica italiana.

Cuando Bobbio publicó en 1950 el ensayo *Scienza giuridica e analisi del linguaggio*[3], tenía muy claro cuáles eran los potenciales y límites de la filosofía del lenguaje aplicado al Derecho, así como cuáles eran las peculiaridades del contexto italiano y la cuestión del cambio que plantea el acoger con satisfacción la novedad del enfoque lingüístico del Derecho; y, además, al cruzar los Alpes, Bobbio es plenamente consciente de las raíces y orígenes italianos de su búsqueda en otros lugares[4]. El filósofo de Turín hará explícitos estos aspectos retrospectivamente, de alguna manera operando una especie de proceso mimético entre su experiencia de investigación individual y las vicisitudes de la ciencia jurídica italiana entre las décadas de 1940 y 1950[5].

---

[3] Publicado originalmente en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, IV, núm. 2, 1950, pp. 342-367, más tarde republicado en U. SCARPELLI (coord.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunità, Milano, 1976 (traducción al español de este y otros trabajos de Bobbio, realizada por Alfonso Ruiz Miguel, en N. BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Madrid, Debate, 1990) es, como es bien sabido, el "manifiesto" del giro lingüístico aplicado al derecho. Sin embargo, dos años antes, Scarpelli había titulado de manera similar una breve nota publicada en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, núm. 46, pp. 212-216 (ahora en U. SCARPELLI – P. DI LUCIA (eds.) *Il linguaggio del diritto*, Led, Milano, 1994, pp. 87-93).

[4] Al volver sobre su itinerario de investigación, Bobbio lo describe más como una "liberación" que como una "conversión": la liberación, en esencia, desde la filosofía idealista, que era predominante en el entorno cultural en el que Bobbio se formó. Es útil entender lo que había sucedido en esos años, es decir la "tragedia de la Europa"; ni siquiera la fenomenología y el existencialismo lograron satisfacer las ansiedades filosóficas del joven erudito, que experimentó como un "encuentro saludable", como él mismo lo definió, el que tuvo con la filosofía positivistica de Carlo Cattaneo (N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, a cargo de T. Greco y con introducción de A. Carrino, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 3-4). Sobre la base de la lección y participación de Cattaneo en las actividades del *Centro di Studi Metodologici*, Bobbio se propone dar la bienvenida a la novedad representada por la filosofía analítica y el método neo-positivista.

[5] Bobbio ha vuelto retrospectivamente varias veces al camino de su formación y de la generación de eruditos a la que sintió que pertenecía. Para una explicación, véanse las consi-

Sin embargo, si se desea tratar de forma más "objetiva", por así decirlo, este asunto italiano de la filosofía del Derecho, sería necesario mirar sobre todo al alumno directo de Bobbio, protagonista junto con él del giro lingüístico, Uberto Scarpelli, quien ilustró el trasfondo ideológico del análisis del Derecho como lenguaje, explicando las razones históricas (y las "necesidades" políticas) de la génesis de esta nueva dirección de investigación en Italia, así como la posibilidad de comprender todas sus características y peculiaridades culturales, mucho más allá de lo que podría haber sido un mero fenómeno de importación.

2. LAS RAZONES HISTÓRICAS DE UN MÉTODO "ANALÍTICO"

Al presentar, en los años setenta, una colección de escritos dedicados al análisis lingüístico del Derecho[6], Scarpelli notó de inmediato la urgencia, que había surgido treinta años antes, de tomar un camino nuevo y alternativo para la generación de jóvenes filósofos que había tratado de salir del atolladero del fascismo y de la guerra. Después de un inicial resplandor existencialista, se hizo evidente a los ojos de Scarpelli cómo una "ilustración actualizada" representaba la única alternativa real al irracionalismo desenfrenado y los excesos "románticos", a las "infecciones metafísicas". Una ilustración "convencionalista", que –en palabras del mismo Scarpelli– "puntava su una ragione da configurare nella determinazione della struttura del discorso mediante scelte ed intese espresse nelle convenzioni"[7].

Era evidente que el trasfondo filosófico y el plano epistemológico en el que ubicar esta nueva forma de ilustración orientada a la determinación de la estructura del discurso eran precisamente aquellos típicos del racionalismo neo-empirista y el neopositivismo lógico, así como de la "filosofía analítica", que a los ojos de Scarpelli representaba una especie de mínimo común denominador de todas las "filosofías lingüísticas", es decir, aquellas filosofías que persiguen la claridad y la honestidad del intelecto a través de la claridad y la honestidad del discurso[8]. Por lo tanto, era el "lenguaje"

---

deraciones de Bobbio en su prefacio al volumen N. BOBBIO, *Diritto e potere*, cit., pp. 1-10, así como la premisa al volumen N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, editado por R. Guastini, Giappichelli, Torino, 1994.

[6] U. SCARPELLI, "La filosofia. La filosofia dell'etica. La filosofia del diritto di indirizzo analitico in Italia", en Id. (coord.), *Diritto e analisi del linguaggio*, cit.

[7] Ibid., p. 12.

[8] Ibid., p. 10.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1181

lo que debía ser tomado en consideración, su análisis, o más bien una "ricostruzione o costruzione del linguaggio sino alla creazione di 'linguaggi perfetti'", porque, concluye Scarpelli en este punto, precisamente la "ricostruzione o costruzione linguistica, il perseguimento della chiarezza e del rigore con l'ordinamento del linguaggio, l'ordinamento dell'esperienza per la via dell'ordinamento del linguaggio, sono stati, per chi uscì dal buio del fascismo e della cultura fascista, una maniera di riaccendere e portare i 'lumi della ragione'"[9].

En el plano jurídico-político, esta orientación filosófica tenía algunos reflejos e implicaciones importantes, que la ciencia jurídica no podía ignorar y hacia la cual, en opinión de Scarpelli, habría tenido que estar dirigida para salvarse ella también del atolladero de la cultura jurídica del régimen. Además, los supuestos mismos de esa "ilustración actualizada" debían demostrarlo[10]: precisamente en la idea de las convenciones constitutivas de la estructura del discurso, o de la "razón", Scarpelli encontró valores y temas típicos de la Ilustración que informan la ley, es decir, el valor de la "libertà che si realizza nella scelta" y la idea del "contratto sociale che pone in essere le forme delle relazioni fra gli esseri umani"[11].

Desde esta perspectiva, el "giro lingüístico" aparece como el intento de concebir y definir un objeto, el Derecho, en términos lingüísticos con la intención de monitorearlo a través del control de sus propios usos lingüísticos, o de defenderlo y protegerlo de aquellos que intentaron distorsionar su significado a través de los que Scarpelli había llamado "excesos románticos" e "infecciones metafísicas" del lenguaje. Una defensa política del objeto, por lo tanto (también, al final, una especie de "política del Derecho"), hecha a través de las herramientas aparentemente apolíticas del análisis lógico-conceptual propio de la filosofía "lingüística" aplicado al Derecho .

---

[9] Ibid., p. 12.

[10] El tema de la "neo-Ilustración" en relación con el nacimiento de la escuela italiana de filosofía analítica del Derecho se profundiza en P. BORSELLINO, *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2014 (en particular véase el Capítulo I). En relación con el mismo autor, véase la reciente publicación, con otros académicos, de un volumen dedicado a una reconstrucción y reconsideración en una clave actual del pensamiento de Scarpelli (P. BORSELLINO – S. SALARDI – M. SAPORITI (coords.), *L'eredità di Uberto Scarpelli*, Giappichelli, Torino, 2014).

[11] U. SCARPELLI, "La filosofia. La filosofia dell'etica. La filosofia del diritto di indirizzo analitico in Italia", cit., p. 12.

La opción ideológica de Scarpelli a favor del positivismo jurídico está aún más justificada y se entiende mejor si se interpreta como consecuencia del punto de vista lingüístico adoptado por el joven filósofo en el período inmediato de posguerra[12]. Más allá de una adhesión profesada a las concepciones normativistas del Derecho, la insistencia en los enunciados prescriptivos típicos del lenguaje jurídico, así como en la dimensión del Derecho *positum* (positivo), paradójicamente sirve precisamente para (hacer) "tomar en serio" el acto de *posición* inherente al Derecho mismo y a la consideración de su importancia capital y alcance práctico. Al hacer suyas estas suposiciones lingüísticas, el jurista puede usarlas *normativamente* en el análisis del Derecho positivo, influyendo incluso en el objeto de este análisis y contribuyendo así a la empresa de *positivización* del Derecho (sin que esto se reduzca a un mero hecho o se agote en el simple acto de poner la ley)[13].

3. HISTORIA, HISTORIAS Y MÉTODO HISTÓRICO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Por lo tanto, precisamente una necesidad *histórica* de la razón podría constituir y representar mejor las *razones* –todas históricas, entonces– de un giro filosófico (así como una defensa de las razones del Derecho). Esta insis-

[12] Sobre la formación del pensamiento en el período juvenil de Scarpelli, véase S. MAZZA, "L'interesse del giovane Scarpelli per il neoidealismo, nel carteggio con Norberto Bobbio", *Notizie di Politeia*, vol. XXVIII núm. 110, 2003, pp. 57-64, donde se enfatiza el propósito de Scarpelli, discutido repetidamente en la correspondencia con Bobbio, de mantener juntos, de alguna manera, una perspectiva neoidealista "de inicio" con una neopositivista "de llegada". Sobre la opción 'consecuente' de Scarpelli para el positivismo jurídico, totalmente concebido como "ideología", véase el conoscido ensayo del 1965, ahora disponible en traduccíon al español, U. SCARPELLI, *¿Qué es el positivismo jurídico?*, Editorial Cajica, Puebla, 2001 (*Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965).

[13] En uno de sus últimos discursos, Scarpelli tendrá la oportunidad de aclarar el contenido de su opción a favor de lo que él mismo llamará un "positivismo jurídico revisado" (discurso publicado originalmente como U. SCARPELLI, "Il positivismo giuridico rivisitato", *Rivista di filosofia*, núm. 3, 1989, pp. 461-475 y ahora en A. SCHIAVELLO – V. VELLUZZI (coords.), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Un'antologia*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 104-113): en otras palabras, una forma de comprender la ley positiva que toma en serio las instancias de "integración", debido a la presencia *necesaria* de los principios, y que está orientada hacia una construcción del saber jurídico de forma sistemática, de la cual la perspectiva "ordinamental" es la mejor garantía. Sobre este aspecto del pensamiento de Scarpelli véasen las consideraciones críticas de A. RENTERÍA DÍAZ, "El iuspositivismo político-ideológico de Uberto Scarpelli y los principios del Derecho", *Derechos y libertades*, núm. 42, 2020, pp. 167-201.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1181

tencia en las razones históricas del nuevo paradigma lingüístico-jurídico establecido a mediados del siglo pasado en el campo de la filosofía del Derecho supone, por un lado, reunir tradiciones de estudios filosófico-jurídicos que con demasiada frecuencia se consideran distantes, es decir, una tradición de estudios *historicos* y una de estudios eminentemente *lógico-teóricos* (o de filosofía analítica del Derecho) y, por otro lado, hacer una pregunta –de naturaleza *histórica*, evidentemente– a aquellos que hoy continúan realizando investigaciones de análisis de lenguaje jurídico sin preguntar por qué todavía tiene sentido practicar este tipo de investigación filosófica, o si hay un sentido nuevo y más amplio que en el pasado para esta tradición de estudios. Despues de todo, una solicitud de las razones históricas para un cierto tipo de análisis teóricos del Derecho quizás puede también conducir a la recuperación de una profundidad de investigación *histórica* de la que a veces algunos enfoques de la llamada "filosofía analítica del Derecho" parecen, más o menos conscientemente o intencionalmente, carecer.

No obstante, aún hoy tiene interés la anotación hecha a finales de los años sesenta del siglo pasado por un filósofo que puede considerarse el principal representante de la perspectiva histórica de los estudios de filosofía del Derecho, Guido Fassò, quien, en la presentación de su trabajo, dedicado, desde el mismo título, a la "historia de la filosofía del Derecho"[14], estaba particularmente preocupado por aclarar el vínculo entre la *historia* y las *teorías* en el campo de las investigaciones de filosófia jurídica. Fassò señaló que el cambio en el tiempo del tipo de preguntas e investigación en esta área no era tanto un signo de heterogeneidad y diversificación "disciplinaria", sino la prueba más evidente de una historia de la filosofía del Derecho, cuya tarea debería ser precisamente examinar las razones *históricas* de estos cambios:

> *"Que a los estoicos les interesaran problemas distintos de los que se había ocupado Aristóteles, o que Benedetto Croce no se ocupara del problema del Derecho natural, que hoy de nuevo nos preocupa a nosotros, mientras que poco importa generalmente el lugar que el Derecho ocupa en la dialéctica del Espíritu, o que en nuestros días nos dediquemos a los análisis lógicos y lingüís-*

[14] Se trata de la obra *Storia della filosofia del diritto* en tres volúmenes (I. *Antichità e medioevo*; II. *L'età moderna*; III. *Ottocento e Novecento*) ahora disponibles en una edición unitaria y actualizada (G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, 3 voll., edizione aggiornata a cura di C. Faralli, Laterza, Roma-Bari, 2001). Los volúmenes se publicaron por primera vez por separado en diferentes años: el primero en 1966, el segundo en 1968 y el tercero en 1970. Está disponible una traducción al español (G. FASSÒ, *Historia de la Filosofía del Derecho*, 3 vols., trad. de José F. Lorca Navarrete, tercera edición, Ediciones Pirámide, Madrid, 1982) que se usará aquí para las citas textuales.

ticos del Derecho en los que en otras épocas nadie había pensado, no deja de tener un significado histórico"[15].

Aquí, también, no por casualidad y no solo a modo de ejemplo, Fassò se refirió precisamente a las elaboraciones analíticas sobre el lenguaje jurídico, que no pueden eximirse de ser tratadas históricamente o de funcionar de manera histórica, o sin confrontarse con una perspectiva de estudios históricos: en otras palabras, sin hacer, o asumir que se hace, una historia de la filosofía del Derecho. Para Fassò, de hecho, incluso los problemas más "lógicos", como el de definir el Derecho, solo parecen divididos o divisibles de los problemas "políticos" (como el de la oportunidad del Derecho mismo); después de todo, en el pensamiento de los grandes clásicos de la filosofía política y jurídica, desde Aristóteles hasta Hobbes y Kelsen, se descubre que estos problemas están íntimamente conectados e implicados entre sí. Las preguntas planteadas por Fassò sobre este punto son más relevantes que nunca, porque plantean un desafío dentro de la filosofía del Derecho y de las formas históricas en que se expresa:

> *"¿Es que un problema abstracto, lógico-metafisico como el crociano del lugar del Derecho en la dialéctica de los distintos, está en verdad separado históricamente, esto es, concretamente, de las doctrinas éticas y políticas, ideológicas, en definitiva, del Derecho? Basta considerar el lugar de las páginas en que Croce realiza la crítica al iusnaturalismo, dentro del apartado de Las Leyes de la Filosofía de la práctica para convencerse rápidamente de lo contrario. Y los analístas actuales, llevados por un interés exclusivamente lógico-lingüístico, ¿no están constreñidos, precisamente por el carácter históricamente complejo del fenómeno «Derecho», a una continua polémica con iusnaturalistas y sociólogos, al no poder hablar filosóficamente del Derecho en un determinado aspecto suyo sin tomar en consideración los demás aspectos desde los cuales lo han considerado o consideran los otros?"*[16].

En lugar de sonar como una falsa justificación de su método y objeto de investigación o como defensa de una retaguardia científica y cultural (Fassò comienza a componer su obra "monumental" de historia de la filosofía del Derecho en un período en el que predomina un acercamiento a la filosofía jurídica que ciertamente no es histórico) la advertencia de Fassò parece estar dirigida precisamente a las tendencias nuevas y generalizadas en el campo de la filosofía del Derecho; tendencias que en lugar de representar solo autónomas exclusividades, deberían ser aún más "comprensivas" y ancladas a una perspectiva *histórica* precisamente porque están *históricamente* determi-

[15] G. FASSÒ, *Historia de la Filosofía del Derecho,* cit., vol. 1. *Antigüedad y Edad Media*, p. 8.
[16] Ibid., p. 9.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1181

nadas. Despues de todo, en los mismos años en que Fassò escribió su historia de la filosofía del Derecho, el mismo Bobbio, aunque animado por intentos analíticos, se declaró "mal disposto nei confronti delle varie scuole analitiche, neo-positivistiche, empiristiche, che crescono nell'isolamento, non si sa se più superbo o più ingenuo, dalle dottrine precedenti"[17].

Un ejemplo válido de este método operativo "comprensivo" para la filosofía del Derecho podría ser una contribución de análisis semiótico de los derechos, producido precisamente por Scarpelli algunas décadas después del advenimiento del "giro lingüístico"[18]: en este análisis, en lugar de tratar exclusivamente con derechos positivos, las razones de los llamados "derechos naturales" también se tomaron en serio, sin ignorar su historia – es decir, la historia de la filosofía del Derecho (natural)– ni ignorar (como Scarpelli mismo había invitado a hacer) las razones históricas que justificaron el tratamiento de la cuestión de los derechos desde una perspectiva que,

[17] N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, pp. 48-49 (ahora disponible en edición española con el título *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Prólogo de Luigi Ferrajoli, Editorial Trotta, Madrid, 2015). En este mismo trabajo, por otro lado, Bobbio expresó fuertes dudas sobre los enfoques históricos de la filosofía del Derecho; perplejidades que, sin embargo, es probable que se interpreten como críticas de ciertas historias de la filosofía del Derecho, o más bien de ciertas formas de hacer historia de la filosofía del Derecho que ciertamente tuvieron poco o no tuvieron nada que ver con el enfoque más original propuesto por Fassò. De lo contrario, no sería posible explicar por qué Bobbio había considerado previamente indispensable una contribución a la historia de la filosofía del Derecho, que él mismo había llevado a cabo en esos años. Véase ibid., p. 40, donde Bobbio escribe que "la filosofia del diritto deve pure riflettere sulla propria storia: la filosofia del diritto non può fare a meno della storia della filosofia del diritto"; al mismo tiempo, Bobbio critica, dentro de los estudios históricos de la filosofía del Derecho, la "historia de las ideologías" como una exposición meramente cronológica de las teorías, invitando a trabajar también en la dirección de una "historia de la metodología". Sobre estos aspectos del pensamiento bobbiano, véase más ampliamente E. RIPEPE, "La storia della filosofia del diritto", *Rivista di filosofia del diritto*, núm. spec., 2015, pp. 43-53; para una comparación interesante, también sobre estos aspectos, entre la perspectiva teórica de Fassò y la de Bobbio véase F. H. LLANO ALONSO, "Iusnaturalismo y positivismo jurídico en Guido Fassò y Norberto Bobbio", *Derechos y libertades*, núm. 4, 1995, pp. 203-224.

[18] Scarpelli presentó las primeras conclusiones de este análisis en un congreso celebrado en Perugia en 1989 (las actas fueron publicadas unos años más tarde: véase U. SCARPELLI, "Diritti positivi e diritti naturali: un'analisi semiotica", en S. CAPRIOLI – F. TREGGIARI (coords.), *Diritti umani e civiltà giuridica. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia nei giorni 9-11 novembre 1989*, Stabilimento Tipografico "Pliniana", Perugia, pp. 31-44).

de hecho, los tomó "en serio"[19] y los dotó de un horizonte normativo sin el cual no se hubieran podido afirmar históricamente: al final del gran período de reclamaciónes sociales y de las "luchas por el reconocimiento"[20] fue esta, según Scarpelli, la mejor y más efectiva manera –haciendo uso, una vez más, del medidor lingüístico– de dar voz a los nuevos derechos e incorporarlos al "núcleo duro" del Derecho.

Con respecto a los derechos, sin embargo, sería útil y apropiado probar en el debate contemporáneo la relevancia del método analítico-lingüístico basado en la historia, con referencia a las numerosas contribuciones de análisis del "lenguaje de los derechos" (denominación no aleatoria): si la filosofía del Derecho de orientación analítica se ocupa hoy en día de la cuestión de los derechos, y si planteamos la hipótesis de que el 'método' Scarpelliano todavía puede aplicarse a él, también deberá surgir una razón histórica en este caso, así como un tratamiento históricamente orientado de la problemática que es objeto de investigación[21]. Aquí también se podría decir que, como sucedió con la defensa de las razones del derecho después del ataque al derecho mismo a mediados del siglo pasado, ahora se trata de defender, a través de un análisis lingüístico de los derechos, las razones históricas de los mismos, denunciando sobre todo los riesgos "inflacionarios" y los usos indebidos de la categoría conceptual del derecho subjetivo. Sin embargo, uno no puede estar seguro de que los enfoques neo-positivistas sobre el tema de los derechos siempre hayan sido (han sido) animados por la intención "garantista" hacia los derechos mismos: la tentación, en este campo, de usar el neopositivismo lógico en su sentido más original, es decir, en el sentido de *neutralidad* absoluta, no es solo una hipótesis[22]. Algunas elaboraciones teóricas sobre los derechos realmente parecen mantener un 'sabor' de simples expe-

[19] La referencia es naturalmente al título del conocido ensayo de R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1978 (traducción al español de Marta Guastavino, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984).

[20] Cfr. A. HONNET, *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*, traducción castellana de Manuel Ballestero, revisión de Gerard Vilar, Crítica, Barcelona, 1997 (orig. alemán *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1992).

[21] Para una reconstrucción de las categorías histórico-conceptuales involucradas en el debate teórico-lingüístico sobre los derechos, véase L. MILAZZO, "Diritto, dovere, potere o dei 'fantasmi giuridici'", en S. MATTARELLI (coord.), *Doveri*, FrancoAngeli, Milano, 2007.

[22] Cfr. C. LUZZATI, "Grammatica dei diritti e grammatica delle norme", en A. ARTOSI, G. BONGIOVANNI, S. VIDA (coords.), *Problemi della produzione e dell'attuazione normativa*, Vol. I., CIRSFID, Gedit, Bologna, 2001, pp. 57-84.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1181

rimentos lógico-lingüísticos, demostrando así estar sustancialmente desprovistas de razones históricas y libres de las instancias morales y políticas a las que Scarpelli había dirigido el trabajo científico y la "misión" cultural de los filósofos analiticos. Una vez que las perspectivas teóricas jurídico-filosóficas se contextualicen históricamente, será más fácil comprender sus implicaciones ético-políticas: solo de esta manera es posible detener las afirmaciones totalizadoras de los enfoques técnicos y meramente especulativos, así como encontrar en la *praxis* la génesis de ciertas instancias lingüísticas y normativas. En otras palabras, comprender su valor en virtud del reconocimiento de sus orígenes no teoréticos.

4. UN NUEVO ESCENARIO METODOLÓGICO PARA LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE NUESTRO TIEMPO

De Bobbio a Scarpelli, pasando por la "mediación" fundamental de Fassò, una historia intelectual y científica, la italiana, puede ofrecer muchas ideas y sugerencias de una metodología, y simultáneamente de contenidos, para la filosofía del Derecho de nuestro tiempo. Ya en el desarrollo del pensamiento de estos autores es posible vislumbrar algunas características constitutivas de una filosofía del Derecho completamente peculiar, que no es una imitación servil o una reproposición de modelos consolidados, pero que siempre se ofrece a una recomposición y a un uso que se justifican históricamente; si, como se ha propuesto aquí, sus tesis se colocan una al lado de la otra y se vuelven a leer en secuencia, en el contexto de una solicitud de reconocimiento de la filosofía del Derecho, se pueden hacer "conjeturas" con respecto a su esfera disciplinaria, es decir, sobre su destino científico y didáctico. Véase lo que Norberto Bobbio había declarado a este respecto en el mismo año en que publicó el "manifiesto" del giro lingüístico, cuando en su obra *Teoria della scienza giuridica* señaló la indispensabilidad de un estudio histórico de la filosofía del Derecho:

> *"Solo una storia della filosofia del diritto che sia intimamente compenetrata con la storia sociale e politica, e con la storia del diritto, sì che metta continuamente in rilievo l'origine ideologica e la funzione normativa delle varie teorie sulla giustizia, dà una giustificazione alle stesse teorie che espone, e trasforma l'arido catalogo di idee in una vera e propria storia, cioè in una matura presa di coscienza delle varie riflessioni dell'uomo sulla propria funzione e sul proprio destino come essere sociale. Ma una simile storia è ancora da scrivere e non può essere naturalmente l'opera di una sola persona"*[23].

[23] N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 1950, p. 41.

Una filosofía del Derecho que redescubre esta dimensión histórica, explicando las razones históricas de los problemas abordados y operando históricamente, parece ser capaz de actuar como un antídoto válido para cualquier intento de "reduccionismo" o de hipostatización del campo de los estudios iusfilosóficos. Y, al concretarse en esta dimensión *cultural*, que es ciertamente más amplia e inclusiva que todas las diversas y particulares filosofías del Derecho, tal filosofía del Derecho solo puede reafirmar y compartir un espíritu auténticamente humanista. Es decir, una vocación para un conocimiento *comprensivo*, que tiene la conciencia de su pasado y la autoconciencia de ser producido en la historia humana. Una empresa filosófico-jurídica que, por lo tanto, no se alimenta de sectarismos o exclusivismos, sino que se perpetúa a sí misma –Bobbio lo recuerda– como un trabajo colectivo, como una experiencia *común*, resultado de muchas diversidades que, sin embargo, se pueden encontrar sobre la base de una historicidad que es causa y efecto de un conocimiento tan entendido[24].

El caso italiano, reconstruido sumariamente y repropuesto aquí, puede servir de ejemplo paradigmático de una tendencia cultural que en realidad nunca parece haberse agotado, solo porque es la única forma de diálogo entre diferentes inclinaciones e intereses filosóficos: entre Scarpelli y Fassò, a pesar de las diferentes orientaciones de su investigación, existe una especie de *continuum*; que, por otra parte, también existe dentro del trabajo del mismo Scarpelli o en el itinerario intelectual y científico de Bobbio, aunque ambos han expresado repetidamente o han hecho explícitos sus "saltos" filosóficos y culturales. Incluso el giro lingüístico, si se interpreta a la luz de

[24] En este sentido, observamos un reciente debate italiano sobre la identidad disciplinaria de la filosofía del Derecho, presentado en los primeros números de la *Rivista di filosofia del diritto* (número 1 y número 2 de 2012 –el número de debut de la revista fue significativamente titulado *¿Quale filosofia del diritto?*). A las contribuciones iniciales (Ost, D'Agostino, Guastini, Finnis, Jori, Lacey, Cavalla, Atienza, Zaccaria, Barberis, De Sanctis, Montanari, Ferrajoli, Gardner, Ferrari, Pocar, Faralli, Tallachini, Sartor, Romano) principalmente destinados a ilustrar la pluralidad de enfoques y temas relacionados con la filosofía del Derecho, siguió la intervención de Eugenio Ripepe, según la cual "la filosofia del diritto può trovare nella propria storia, oltre che la definizione della sua identità, lo sfondo indispensabile per un'adeguata comprensione dei suoi contenuti" (E. RIPEPE, "Fragilità del potere, il tuo nome è uomo", *Rivista di filosofía del diritto,* núm. 2, 2014, p. 339). También en Italia, hace unos años, el XXVI Congreso de la Sociedad Italiana de Filosofía del Derecho se dedicó expresamente al tema "La identidad plural de la filosofía del Derecho" (las actas fueron publicadas en el volumen *L'identità plurale della filosofia del diritto. Atti del XXVI Congresso della Società Italiana di Filosofia del Diritto (Torino, 16-18 settembre 2008)*, a cargo de P. NERHOT, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008).

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1181

razones históricas y se reinterpreta con un método histórico por una filosofía del Derecho que no es partidista, aparece, más allá de un "giro", es decir, un cambio de paradigma científico-metodológico, como el producto de un conocimiento humano inagotable, que siempre busca nuevas metas porque tiene raíces firmes en su pasado; y que siempre se sitúa en una perspectiva de apertura e intercambio porque es el resultado de la comparación, del diálogo, del encuentro. Y que éstas puedan aparecer como las características típicas de una "latinidad" no parecerá demasiado improbable para aquellos que pretenden ver en la latinidad no una ruina del pasado o una forma de nostalgia de identidad sino una modalidad *pragmática*, un "espacio operativo", del cual también la filosofía jurídica del siglo XXI podría beneficiarse[25].

Ilario Belloni
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Pisa
Piazza dei Cavalieri, 2
56126 Pisa, Italia
e-mail: ilario.belloni@unipi.it

[25] En esta dirección, señalamos el propósito científico y organizativo del recién nacido de la asociación "i-Latina – Asociación de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino" (*www.i-latina.org*) que promovió tres congresos internacionales y una revista electrónica. En el primero de estos congresos tuve la oportunidad de presentar una ponencia que luego fue aceptada en la revista *i-Latina* con el título "La storia delle teorie. Spunti per una filosofia del diritto 'latina'". Este artículo constituye una reelaboración y traducción de los contenidos de esa ponencia.

EL DERECHO A LA FILOSOFÍA: SOBRE LA NECESIDAD Y URGENCIA DE PENSAMIENTO CRÍTICO COMO CAUCE DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y FRENO DEL FRACASO CULTURAL

THE RIGHT TO PHILOSOPHY: ABOUT THE NEED AND URGENCY OF CRITICAL THINKING AS A CHANNEL FOR THE RIGHT TO EDUCATION AND A BRAKE ON CULTURAL FAILURE

Angelo Anzalone
Universidad de Córdoba

Fecha de recepción 31-1-19
Fecha aceptación: 16-5-19

Resumen: *Jacques Derrida ha conseguido reivindicar la filosofía como núcleo esencial y perenne de la actividad humana. Aquí queremos recordar algunas de sus tesis con el objetivo de apelar a una urgente y necesaria demanda de personas capaces y deseosas de pensar y reflexionar. Se sostiene que el Derecho a la Filosofía (ageneracional por su esencia) puede ser entendido como el contenido concreto del Derecho a la Educación y se postula la necesaria participación del ser humano en sociedad. Un ser humano formado no solamente en competencias técnicas sino también filosóficas, que puede y debe comprometerse sentimentalmente con los demás para un correcto ejercicio de su estatus ciudadano en el horizonte democrático.*

Abstract: *Jacques Derrida has managed to claim philosophy as an essential and perennial nucleus of human activity. Here we want to remember some of his theses in order to appeal to an urgent and necessary demand of people capable and willing to think and reflect. It's argued that the Right to Philosophy (metagenerational by its essence) can be understood as the concrete content of the Right to Education and it's postulated the necessary active participation of the human being in society. A human being trained, not only in technical, but also philosophical skills, who can and must commit sentimentally with others to the correct exercise of their citizen status in the democratic horizon.*

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1182

DERECHOS Y LIBERTADES
Número 43, Época II, junio 2020, pp. 159-196

Palabras clave: filosofía; educación; persona; pensamiento; participación
Keywords: philosophy; education; person; thought; participation

1. NOTAS INTRODUCTORIAS Y OBJETO DEL ESTUDIO[1]

Este trabajo encuentra su origen en motivos de doble índole, más estrictamente profesional, en un caso, y mayormente ligado a experiencias personales, en el otro. Es de justicia reconocer que ambas esferas no pueden separarse totalmente, ya que las dos perspectivas han contribuido en la misma medida cuando empezaron a surgir una serie de interrogantes y preocupaciones sobre el sentido de la filosofía, de su esencia, de su enseñanza, de su adecuado ejercicio, de su reconocimiento social y académico, de su progresiva pérdida de espacio en los programas de estudio y de su aparente pérdida de prestigio. Todo ello acompañado por otras inquietudes procedentes de una radiografía del tejido social y de relaciones humanas que nos rodean. En este sentido, la apatía, el individualismo, el materialismo, el consumismo, el egoísmo y el relativismo parecen triunfar quizás como nunca en la historia de la humanidad. Se habla tanto de ciudadanía y de participación democrática o de dar cumplimiento absoluto al derecho a la educación de los ciudadanos, pero a veces no se realiza un detenido análisis sobre el verdadero sentido que deberían tener dichos términos o expresiones, cayendo así en las trampas ideológicas que están de moda en un determinado momento y en un concreto espacio social. Ejercicio de la ciudadanía o de la democracia, en el mundo actual, son expresiones casi mágicas que los profesionales de la política, los líderes de la opinión pública y los decisores de los contenidos de los programas educativos pueden rellenar a su gusto, según la carga y la vulgarización ideológica que se desea trasmitir. ¿Trasmitir a quién? En una óptica que, probablemente, puede calificarse como pesimista, entendemos que el destinatario del mensaje es dado por un conjunto de individuos que prefieren, por comodidad y aplastamiento intelectual inducido, no pensar demasiado y aceptar así cualquier propuesta. Nuestra sociedad global, tecnológica, robotizada e informatizada parece omitir preguntas esenciales, necesarias y urgentes: ¿Qué es la filosofía? ¿Cuál es su historia? ¿Y su utilidad?

[1] Este manuscrito constituye el resultado de actividades y estudios llevados a cabo durante una estancia de investigación realizada en el Departamento de Filosofía de la Universidad de Évora (Portugal), bajo la supervisión de la Profesora Margarida I. Almeida Amoedo, financiada por el XXIII Programa Propio de la Universidad de Córdoba (España) en su modalidad 2.1 "Estancias en Centros de Investigación en el Extranjero".

¿Qué lugar ocupa, o debería ocupar, en los sistemas de enseñanza? ¿Es la filosofía una disciplina, o la actitud filosófica una predisposición, adecuada para el correcto ejercicio de la ciudadanía? ¿Es posible reclamar un Derecho a la Filosofía? ¿Cuáles serían sus fundamentos y cómo reconocerlo? Luego, ¿cómo ejercerlo? Estos interrogantes, que constituyen el hilo conductor de las siguientes páginas, inquietan al autor de este humilde trabajo, quien, para su gran satisfacción, ha encontrado recientes referencias doctrinales que tratan –cada una desde su ángulo, aunque todas con el mismo objetivo– de rescatar la filosofía de los abismos en los que parece haberse precipitado, para llegar a sostener incluso un posible derecho a su ejercicio. Como tendremos modo de comprobar, son fuentes de suma utilidad, que nos servirán para trazar un recorrido coherente y riguroso que pueda sostener la necesidad y urgencia de las enseñanzas filosóficas en el mundo actual, proponiendo así el contenido concreto del derecho a la educación –faro guía de todos los sistemas más avanzados en las áreas de las políticas sociales– traducible en un auténtico Derecho a la Filosofía capaz de garantizar una ciudadanía apegada a instituciones democráticas reales y participativas.

2. ¿QUÉ (ES LA) FILOSOFÍA? EL RECORRIDO FILOSÓFICO DEL DERECHO COMO EJEMPLO DE COMPLEMENTARIEDAD NECESARIA EN EL CONOCIMIENTO

Podríamos utilizar varios sustantivos para definir o calificar la filosofía: puede ser sinónimo de prudencia, juicio, reflexión, madurez, sabiduría, responsabilidad, seriedad, mesura, ponderación, equilibrio. Pero creemos que nadie como Ortega y Gasset ha conseguido distinguir la filosofía de otros campos del saber, pues es el ilustre filósofo madrileño quien advierte que, a pesar de que "*la historia de la filosofía tiene…un divertido aspecto de dulce manicomio*", es innegable que "*…la filosofía, si algo parece prometernos, es la máxima sensatez –la verdad, la razón –…*"[2]. En efecto, la filosofía es una visión de la realidad, una consciencia madura de lo real, que no se presenta como caótica o fortuita, sino necesaria, coherente y ordenada[3]. Para definir el concepto de filosofía o, cuanto menos, para intentarlo, hay que tener en cuenta que se trata

[2] J. ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*, Tomo IX, Alianza Editorial, Madrid, 1983, p. 378.

[3] F. BATTAGLIA, *Curso de filosofía del derecho*, vol. I, trad. de F. Elías de Tejada y P. Lucas Verdú, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951, pp. 8-9.

de un término empíricamente multívoco, ya que arroja en la experiencia una gran variedad de significados. Además, para definir lo que es la filosofía, quizás haya que hacer filosofía y por tanto mantener una previa actitud filosófica. El derecho, por ejemplo, es uno de los campos del conocimiento y del actuar humano que más puede rentabilizar la aportación filosófica y, con el objetivo de explicar los vínculos existentes entre *ethos* jurídico y especulación filosófica, Medina Morales afirma que esa labor (filosófica) consiste en la reflexión acerca de la realidad del hombre y del conjunto de sus situaciones y relaciones, factor que el filósofo no puede perder de vista si desea interpretar los fenómenos humanos. En este sentido, toda filosofía, definible pues como actividad humana que aspira a reflexionar sobre temas humanos, debe proceder sin desconocer la historicidad de la realidad, ya que esa realidad no puede ser entendida fuera de su dimensión histórica. Por estas razones, la filosofía jurídica es aquella aspiración de la humana razón cuando experimenta y pretende entender el ámbito de los actos humanos desde el punto de vista de su adecuación o inadecuación a la naturaleza del hombre, en cuanto éste es miembro de la sociedad. La filosofía del derecho, por tanto, práctica y normativa por su misma esencia, dirige su atención a un objeto específico, ocupándose de averiguar qué sea el "ser" jurídico y teniendo como objeto de estudio una realidad que pertenece al ámbito del obrar humano[4].

Werner Jaeger se preocupó de explicar que en el pensamiento griego es posible encontrar la raíz de toda aproximación filosófica al derecho, pues "*decir que la ley tiene que ser el hallazgo de algo verdadero y real (exeúresis ontos) es sencillamente la manera griega de decir que toda la verdadera ley tiene que ser justa*"[5]. Evidentemente, no puede sostenerse que (la filosofía del derecho) sea la única forma de conocimiento posible acerca del derecho, pues existen otras y muy importantes formas de conocimiento. Siguiendo una conocida teoría de los saberes humanos[6], nos referimos aquí al saber jurídico común,

[4] D. MEDINA MORALES, *Temática Filosófico-Jurídica. Sobre el conocimiento filosófico del derecho*, Ediciones Adhara, Granada, 1993, pp. 19-21.

[5] Además, el ilustre y conocido autor de *Paideia* sostiene que el pensamiento jurídico griego se caracteriza por "*referir la ley y el derecho al ser, es decir, a la unidad objetiva del mundo en cuanto cosmos, en cuanto orden ontológico y permanente de cosas que al propio tiempo es el orden ideal de todos los valores y el fundamento de la vida y la libertad del hombre*". W. JAEGER, *Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*, trad. de A. Truyol y Serra, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, pp. 71 y 78.

[6] Esta clasificación ha sido desarrollada recientemente por A. J. SÁNCHEZ HIDALGO, *Epistemología y metodología jurídica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 82-94. Con anterio-

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1182

un saber racional y evidente en virtud del cual todos los hombres se hallan en condiciones de calificar las instituciones, los hechos o relaciones sociales con los criterios de su razón, sin necesidad de estudios especiales; al saber jurídico técnico, un saber práctico en el manejo de los instrumentos o reglas útiles para un quehacer determinado, deducido de la aplicación de algunos procedimientos, especializado, que requiere un estudio previo y que se caracteriza por ser particular y casuístico; y, finalmente, al saber jurídico científico, el saber de alguna rama jurídica particular, con pretensiones de conocimiento seguro, universal y sistemático. Ahora bien, tanto la ciencia del derecho como la filosofía del derecho son formas de saberes ciertos, seguros, sistemáticos y omnicomprensivamente válidos, ya que se trata de dos manifestaciones del saber que pretenden satisfacer dos puntos de vista correspondientes a dos actitudes necesarias. La filosofía del derecho y sus contenidos (axiológico, ontológico, sociológico y lógico) pretende resolver el sentido y la razón última de la realidad jurídica, aspirando a dar una explicación total y radical de lo jurídico. La ciencia jurídica, en cambio, estudia sectores concretos del derecho y tiene un carácter constitutivamente insuficiente para explicarlo en su totalidad, ofreciendo una visión parcial de lo jurídico. Diferentes sí, excluyentes no. Filosofía y ciencia se complementan: aquella se nutre de la limitación que ésta presenta para analizar la totalidad jurídica; la primera no goza del grado de exactitud y rigor propio de la segunda.

En cualquier caso, la filosofía jurídica cumple dos grandes tareas, que consisten en el conocimiento radical del derecho (en su totalidad) y en la interpretación de la realidad social y su transformación. Al respecto, el ius-filósofo italiano Giorgio Del Vecchio se introdujo en la disputa entre filosofía, teoría general y sociología del derecho, que estalló en Alemania, redefiniendo la filosofía del derecho. Concretamente, atribuyó tres tareas a la filosofía del derecho: una tarea lógica, que consistiría en la elaboración del concepto de derecho; una sociológica, consistente en el estudio del derecho como fenómeno social; una deontológica, consistente en investigar y analizar la justicia o sea el derecho cual debería ser[7]. Es por ello que la pretensión, demostrada en ocasiones por el positivismo científico, de reducir el estudio del derecho

ridad había sido recogida por D. MEDINA MORALES, *Temática Filosófico-Jurídica*, cit., pp. 75-87.

[7] Al respecto, pueden consultarse los estudios de G. DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Giuffré, Milano, 1965; G. FASSÓ, *Storia della filosofia del diritto*, Laterza, Bari, 2001; F. ELÍAS DE TEJADA, *Tratado de filosofía del derecho*, tomo I, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974.

al ámbito científico, con el consiguiente desprecio hacia el método filosófico, manifiesta el desconocimiento de la necesaria integración y complementariedad entre los dos métodos. Afirmando que "*éste es un mundo filosófico*" donde "*las ideas y concepciones filosóficas son entendidas o malinterpretadas, para bien o para mal, y la acción se toma como resultado de estos entendimientos*", Martha C. Nussbaum asevera que existen razones poderosas para promover la enseñanza filosófica en el derecho, pues el filósofo es "*alguien que contribuye al mundo*" en cuanto que "*sus pensamientos y argumentos guardan relación con el mundo y con el potencial de conducirlo a un entendimiento más completo y claro de sí mismo*"[8]. En otras sedes, recordando las observaciones de Felice Battaglia[9], señalamos que una actitud de hostilidad recíproca (entre método científico y especulación filosófica) es fruto de incomprensión e incultura, ridiculizando al filósofo que reniega el trabajo de quienes perfeccionan los instrumentos y ridiculizando al jurista que, satisfaciéndose con la realidad positivizada de las normas, no consigue advertir en ellas una actividad perenne del hombre capaz de traducir en el plan histórico el principio absoluto de la justicia. Para alcanzar una mejor percepción del fenómeno jurídico, ciencia y filosofía tienen que completarse y, en nuestros tiempos, es indispensable reivindicar la presencia de pensadores al mismo tiempo científicos y filósofos que, probablemente a causa de los sistemas de educación y formación previstos e impuestos, parecen haber desaparecido.

3. LA EDUCACIÓN: ¿NECESIDAD O BIEN ACCESORIO? SOBRE LA URGENCIA DE LAS ENSEÑANZAS FILOSÓFICAS EN EL MUNDO ACTUAL

Los tiempos que vivimos, perfectamente calificables como tiempos de depresión axiológica, necesitan cada vez más el primado de responsabilidad moral que sea capaz de marcar una línea roja entre el bien y el mal[10]. Por esta razón, nos preguntamos si la demanda de educación, en general,

[8] M. C. NUSSBAUM, "El uso y abuso de la filosofía en la enseñanza del Derecho", *Academia: revista sobre enseñanza del derecho*, año 7, núm. 14, 2009, p. 57.

[9] A. ANZALONE, *Lo abstracto y lo concreto en la teoría del derecho de Battaglia. Felice Battaglia y el dilema entre Croce y Gentile*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 29-30.

[10] D. CARR, "Obrigações profissionais e Direitos Humanos. Suas implicações na conduta responsáveis pela educação e pelo ensino", en VV.AA., *A educação e os limites dos direitos humanos. Ensaios de Filosofia da Educação*, edición de A. Dias de Carvalho, Porto Editora, Porto, 2000, p. 87.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1182

es demanda urgente y necesaria o urgente y útil: ¿Utilidad y urgencia? O ¿necesidad y urgencia? En otros términos, ¿debemos considerar la educación como una necesidad, al mismo nivel que la salud o la justicia, o, en cambio, como un bien accesorio, o sea, prescindible pero útil? El problema puede ser resuelto fácilmente solo en su faceta formal o técnica, pues no resulta difícil sostener que la educación, por lo menos en sus niveles básicos y primarios, puede ciertamente ser asimilada a una de esas necesidades sociales fundamentales (citábamos, por ejemplo, la salud y la justicia). Las cosas se complican, sin embargo, cuando se trata de bajar (o subir) a la sustancia y se pasa a tener que otorgar ciertos contenidos básicos, fundamentales y necesarios al acto educativo. Es aquí donde comienza la diatriba entre la posibilidad de promover un cierto objetivismo ético, que parece gozar de mala reputación, o un flexible relativismo axiológico que permitiría, según los eslóganes modernos (o posmodernos), la formación libre y espontanea de las consciencias humanas[11]. La cuestión es que, en este último caso, corremos el riesgo de confundir el bloque ético o valorativo de una comunidad con una ética de las pasiones o de las emociones individuales. Queremos decir que el hombre, en esa óptica, se enfrenta a un gran desafío, determinado por la ausencia de referencias reconocidas como ciertas y seguras, teniéndose que confrontar –en su supuesta libertad y autonomía– con otros hombres, corriendo incluso el riesgo de conformarse y asumir actitudes de indiferencia. Evidentemente, hay una posible solución, que consiste, sustancialmente, en otorgar el correcto significado al sentido de las relaciones humanas y no interpretando la vida como una mera secuencia de fotogramas. La vida es una película extraordinaria de la que todos somos auténticos protagonistas. Por esta razón, el filósofo y sociólogo polaco Zygmunt Bauman nos recuerda que existe una diferencia bien precisa entre *being aside*, *being with* o *being for*, ya que la verdadera y completa relación ética no se conforma con el estar "al lado de" o "con" alguien, sino en "ser por" (alguien). En el primer supuesto se trata de una forma cívicamente correcta de convivir; en el segundo se trata de conseguir la satisfacción de intereses o la realización de proyectos en común; en el tercero, en cambio, radica la idea de humanidad caracterizada por la bondad, la responsabilidad y el compromiso. Un compromiso que va más allá de lo meramente convencional, pues lo convencional, a veces, por mucha retorica que contenga, por mucha instrumentalidad normativa que alcan-

[11] Ibid., 81-84.

ce, no se revela capaz de cumplir el proyecto último de todos, que reside en la salvaguardia de la humanidad, de sus valores y de sus principios[12].

La educación, según Werner Jaeger, es una propiedad que pertenece a la comunidad, participa en la vida de la sociedad y, para ser principio mediante el cual la humanidad conserva y trasmite su peculiaridad física y espiritual, puesto que depende en buena medida del desarrollo espiritual y social, debe encontrar amparo en una estabilidad normativa capaz de garantizar sus fundamentos axiológicos[13]. No creemos solamente en la necesidad de la educación, sino que mantenemos la urgencia de las enseñanzas filosóficas en los modelos educativos. Las nuevas tecnologías y la instantaneidad de la red han afectado seriamente a los clásicos espacios de lectura, confrontación y formación. Vivimos en una sociedad confusa, simple (o simplista), globalizada (o unificada), políticamente mediocre (o ínfima), economizada en todas sus facetas, dividida y que parece no permitirnos el tiempo, el espacio o el modo de pensar y reflexionar con seriedad sobre determinados asuntos; del mismo modo, se ha perdido de vista el sentido del respeto mutuo, de la decencia, del saber estar. En este contexto, los sistemas educativos están diseñados, casi a la perfección, para gestar tecnócratas y autómatas capaces de desenvolverse en este mundo de competencia despiadada. Es suficiente hojear rápidamente los planes de estudio, a todo nivel y a toda escala, para darse cuenta de que el objetivo oculto (aunque no tanto) consiste, precisamente,en la eliminación de cualquier brote auténticamente cultural o crítico. ¿Es posible sostener que se trata de una crisis? De altísima tensión, para intentar responder a esta cuestión, son las observaciones del Delfim Santos, quien hace más de medio siglo advertía sobre los aspectos atípicos de la crisis cultural contemporánea. Históricamente hablando –según el filósofo portugués– vivir una crisis ha significado experimentar un conjunto de valores culturales incapaces de adecuarse al ideal a realizar o, viceversa, ha comportado la percepción de la insuficiencia de un cierto ideal con respecto al sistema de valores ya formulado. Ambos supuestos, por tanto, condicionarían una situación de "estar en crisis". Aunque estos, en términos históricos y generales, pueden considerarse los típicos rasgos de las situaciones de crisis culturales, se da la paradoja que nuestros tiempos experimentan una crisis cultural de otro orden: mientras los hombres de otros perio-

[12] I. BAPTISTA, "O universal na era da globalização", en VV.AA., *A educação e os limites dos direitos humanos. Ensaios de Filosofia da Educação*, cit., pp. 145-147.

[13] W. JAEGER, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, trad. de J. Xirau y W. Roces, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993, pp. 3-5.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1182

dos de crisis caminaban poco seguros hacia finalidades claras y bien definidas, los hombres de hoy andan muy seguros (gracias a los potentes medios de los que disponen) pero hacía metas poco claras, imprecisas y vagas. Por todo ello –según el pensador portugués– nuestra crisis es una aventura a la que le falta rutina, un querer al que le falta objeto, una aspiración de tipo meramente estético. Ciertos valores del mundo griego, romano o medieval, ciertamente sistemas culturales firmes y bien definidos, parecen pertenecer irremediablemente al pasado, calificados pues como incapaces para resolver nuestros problemas o aliviar nuestras inquietudes. No nos olvidemos, en cualquier caso, que dichos sistemas de valores sí que fueron seguros para otras generaciones y que el hombre no vive en este mundo para ser un mero espectador, ya que debe tomar una firme posición en la vida social, participando, haciendo, promoviendo, recuperando, enriqueciendo (culturalmente, se entiende): la crítica del espectador es bastante fácil y tristemente estéril[14]. Por estas razones, Jaeger quiso reivindicar que "*el hombre, cuya imagen se revela en las obras de los grandes griegos, es el hombre político*", pues el legado clásico de la filosofía y de la educación protohumanista de los griegos "*nos ha abierto los ojos y nos ha permitido ver que, en el mejor periodo de Grecia, era tan imposible un espíritu ajeno al estado como un estado ajeno al espíritu*"[15].

Insistiendo sobre la ausencia de formación filosófica y de pensamiento crítico en los actuales modelos educativos, no llegamos a concebir cómo sea posible seguir fomentando sistemas que no promuevan actitudes problematizadoras, reflexivas, que no conduzcan meramente a un falso dominio de utilidades, sino que permitan una edificación solida de personas. Invertir en filosofía es invertir en y para el futuro. Desgraciadamente, la filosofía, hoy, ha sido condenada a un juego de justificaciones, ya que, frente a los avances de la técnica y de los cada vez más demandados resultados funcionales y productivos, se ve obligada a explicar su necesidad y oportunidad. ¿Para qué sirve? ¿Qué es? ¿Cuánto tiempo requiere? ¿Qué competencias trasmite? ¿Importa más que otras disciplinas? ¿Sus cuestiones son pertinentes? A nuestro humilde juicio, estos tipos de planteamientos no hacen otra cosa que ridiculizar, restándole importancia y argumentos, el debate sobre la urgencia de un saber promotor de posturas posiblemente incómodas –pues provocan pensamiento autónomo sobre los problemas– para los no-amigos del cada vez más reducido círculo

[14] D. SANTOS, "Meditaçao sobre a Cultura", en Id., *Obras Completas*, Tomo III, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1987, pp. 395-397.

[15] W. JAEGER, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, cit., p. 13.

de "filosofeantes". Queremos decir que esta constante actitud de comparación de resultados, o de justificación de los mismos, es la trampa en la que se desea inducir al amigo del saber filosófico. Si pretendemos ser promotores de un cambio, sin caer en juegos que desvían y alejan del verdadero objetivo, no nos queda otro remedio que asumir un papel activo en el ámbito público. Ha sido sostenido que la filosofía proporciona un patrimonio mental, conceptual y cultural que es de altísima rentabilidad en nuestro mundo cambiante, fomentando una flexibilidad espiritual que habilita para una adecuada adaptación a los dominios del mundo real; una adaptación que, de este modo, no será ciega o inmediata, sino siempre crítica, ya que la lectura filosófica de las cosas permite descubrir la complejidad de los objetos en análisis y de sus varios perfiles[16]. La dinámica del "sirve o no sirve", "produce o no produce", no es cosa de la filosofía, ya que no pertenece, por naturaleza, a su campo de acción. Repetimos, es un juego al engaño, a la pérdida de tiempo, al desgaste de energías, debido a que el receptor de esos eventuales "discursos justificantes" (ya de por sí no auténticamente filosóficos) no sería la ciudanía, sino el conjunto de fuerzas económicas y políticas de un lugar y momento determinado, posiblemente pocos dispuestas a ser realmente receptivas. Un más que probable esfuerzo en vano, pues cuánto más alta será la propensión por justificarse, cuánto más bajas serán las posibilidades de cuestionamiento, de comprensión y, por tanto, de éxito. Es probable, en cambio, que si el destinatario del discurso, no ya justificante sino auténticamente filosófico, sea la ciudadanía –y en caso de que se consiga fomentar ese apego afectuoso al saber filosófico–, las fuerzas políticas y económicas no tendrán mucha elección y deberán necesariamente oír las necesidades y exigencias de unos ciudadanos que dejan de ser individuos apáticos, receptores pasivos o espectadores, pasando pues a tener hambre de protagonismo o de participación activa: una de sus demandas, por qué no, podría ser un auténtico derecho a las enseñanzas filosóficas.

4. ENTRE PRIVILEGIOS, DERECHOS Y SENTIMIENTOS: HORIZONTES PARA UNA CIUDADANÍA CONSCIENTE, ACTIVA Y PARTICIPATIVA

En las notas introductorias a este trabajo nos preguntábamos si la ciudadanía debe ser entendida como una concesión de privilegios, como un reco-

[16] M. L. RIBEIRO FERREIRA, "Filosofia e Curriculo", en VV.AA., *A filosofia face a Cultura Tecnológica*, Associação de Professores de Filosofia, Instituto de Estudos Filosoficos, Facultade de Letras da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1988, pp. 21-22.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1182

nocimiento de derechos o como un modo (sentimental) de vivir y convivir. Estas dudas derivan del uso, algo oportunista e instrumentalizado, que se suele hacer del término ciudadanía en los encantadores discursos políticos pronunciados por los líderes o representantes de la partitocracia actual, por los gestores de la información o de la opinión pública y, a veces, por los profesionales del sector educativo. Sin querer polemizar, en esta sede solo deseamos reivindicar que la enseñanza de la filosofía puede ciertamente contribuir en la formación de ciudadanos, otorgándoles capacidades críticas y reflexivas, empujándoles, respaldados por serias y fundamentadas categorías, a la participación activa en la vida comunitaria de conformidad a un conjunto de principios férreos. Parece que el horizonte del siglo que vivimos no podrá escaparse del dominio conceptual establecido entre ciudadanía, estado y globalización. Una ciudadanía prácticamente impotente frente a la decadencia axiológica e incapaz de encontrar puntos de cohesión para su movilización; un estado cada vez más debilitado en el desempeño de sus principales funciones y cada vez más distante de aquellos elementos típicos que lo caracterizan (pueblo, territorio y soberanía); una globalización que, entre sus distintas facetas, presenta nuevos desafíos y produce una cierta inestabilidad. Es inevitable, por tanto, que al ciudadano se le pida valentía, osadía, prudencia y formación completa, pues de otro modo no podrá tener una visión de conjunto y, por tanto, será incapaz de interpretar el presente y pensar en el futuro.

En este contexto, *Soromenho-Marques* sostiene que si la respuesta de los estados a los desafíos de la crisis global parece ser muy tímida, es sorprendentemente positiva la aparición de nuevas modalidades de intervención de los ciudadanos. En este sentido, efectivamente, se asiste a una proliferación de las formas de asociacionismo ciudadano motivadas por la urgencia de responder a los desafíos de escala local, regional o global. No existiría mejor momento, pues, para fomentar y ayudar a ese surgir de la cultura política del ejercicio de la ciudadanía. La propuesta del conocido filósofo portugués –deliberadamente relacionada al asociacionismo ciudadano que promueve la tutela del medioambiente, pero perfectamente aplicable a cualquier otro ámbito– consiste en la necesaria superación del estado nacional, sin llegar a la fantasía de su abolición. Esto se debe a que "*la renovación de la ciudadanía implicará alteraciones profundas en las estructuras y la actuación del estado, las cuales a su vez afectarán el curso de la propia renovación del ejercicio de la ciudadanía*". Se hipotetiza, por tanto, un estado del futuro capaz de prestar atención a las

nuevas tareas de una ciudadanía renovada, un estado flexible, "*de geometría variable*", capacitado para acoger la urgencia de cooperación ciudadana, al servicio de los ciudadanos y "*con una capacidad siempre renovada de prestar servicios y producir respuestas en los dominios más complejos de la existencia contemporánea*". La propuesta del portugués, por tanto, consiste en la reivindicación de la ciudadanía como eje que permita dar sentido y coherencia a problemáticas diversas, no mediante los típicos movimientos sociales que suelen definirse solo por sus idearios, sino por ciudadanos formados y capaces de innovar y cuestionar, percibir y transmitir, en el respeto de unos valores éticos fundamentales para la comunidad. *Soromenho-Marques* afirma que los típicos movimientos sociales se caracterizan por creer en la "*bondad incondicional del progreso científico y técnico*"; por creer que todo detalle de la vida política pasa por la "*conquista del poder del estado*"; por programar una bandera ideológica a la merced del "*viento de las utopías*"; por creer que la lucha política debe basarse en la dicotomía schmittiana "*amigo-enemigo*" (ya que hay que movilizarse para obtener un combate victorioso contra capitalistas, aristócratas, rojos, opresores, etcétera).

En cambio, el portugués piensa que los nuevos movimientos ciudadanos deberían ser capaces de introducir el "*cuestionamiento de la religión del progreso tecno-científico*"; de fomentar una actitud de "*desconfianza frente al estado*" que, en realidad, no se traduce en una desconfianza sobre la bondad del mismo sino sobre el "*poder efectivo del estado*"; de rechazar las utopías del fin de la historia, apostando en cambio por la "*difícil tarea de permitir su continuación*"; de identificar el "*presente e insostenible modo de vida como el enemigo principal*". ¿Serán los filósofos capaces de llevar a cabo un ejercicio de reflexión coherente para luego cooperar con la ciudadanía? ¿Deben hacer ese ejercicio en restringidos círculos intelectuales, desconfiando de la capacidad de reflexión crítica de los ciudadanos, o la primera conquista consistiría precisamente en motivar espacios de discusión, participación y debate formativo en la comunidad? "*Lo que se pide hoy a los filósofos es que sean capaces del «coraje del concepto», de osadía especulativa. Un mundo nuevo se despliega delante de nuestros ojos. Y no siempre admirable. Legiones de científicos políticos se afanan en la descripción minuciosa de los detalles, pero parece faltar la indispensable y vital visión de conjunto*"[17]. Convencidos, pues, del papel (difícilmente cuestionable) que

[17] V. *SOROMENHO-MARQUES*, "Reinventar la ciudadanía en la era de la globalización. Esbozo de un programa de investigación", *Revista Internacional de Filosofía Política, núm. 17, 2001*, pp. 77-100.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1182

puede llegar a adquirir la filosofía en la formación del ciudadano consciente y responsable.

Si entendemos la enseñanza como una actividad realizada en función de valores y si concebimos la cultura como un proceso de valorización de lo humano, veremos que no puede hablarse de cultura sin un cierto concepto o una mínima idea de humanismo (entendido como valor por el ser humano y por la condición humana). Las exigencias sociales, en cada momento histórico y en cada contexto poblacional, producen una situación de presión para los actores políticos y pedagógicos, quienes deben proponer una escala de valores según los fines a perseguir. El problema, así planteado, no es de fácil resolución, pues en primer lugar deberíamos preguntarnos qué es un valor, ya que la vida humana se presenta como una actividad constantemente valorativa y valorada. Pero ¿cómo racionalizar un sentimiento? ¿Cómo definir una impresión o experiencia sensorial? La tendencia definitoria, de orden racional, presenta serias dificultades y, sobre todo, abre el camino a especulaciones teóricas que pueden desencadenar serias consecuencias prácticas. Existen valores adscritos a la vida, al alma o al espíritu y su consideración o relevancia nunca debería ser cuestionable por ningún tipo de fin (económico, social o cultural). Por esta razón, y volviendo a la misión de los actores políticos y del sector educativo, podríamos sostener que el principal cometido consiste precisamente en restringir ese número teóricamente indefinido de valores a los que las exigencias sociales, presuntamente urgentes y necesarias, parecen empujarnos. Aunque cada época produce para sí una cierta forma de pensamiento sistematizada en valores, estos son precarios frente al bloque axiológico que siempre acompaña y ha acompañado lo que de humano existe en el hombre[18]. La filosofía, pues, puede ayudar para descubrir lo que de humano hay en el hombre, proporcionando importantes herramientas conceptuales y cognitivas que, frente a problemas o situaciones complejas de la realidad, se concretan en competencias para ser sujetos pensantes. Enseñar filosofía tiene esa función de formar personas con un sentido amplio de la realidad que les rodea, dotándoles de categorías históricas y habilitándoles en la tarea de contextualizar sabiamente los problemas que se les plantean en el mundo real. No se trata de mera abstracción, sino de pura y auténtica concreción crítica, problematizadora, rigurosa, proporcionada, metodológica y axiológica. Una filosofía que no puede encontrarse sometida a otras disciplinas, ni monopolizada o contaminada por factores ideológicos

[18] D. SANTOS, "Meditaçao sobre a Cultura", en Id., *Obras Completas*, cit., pp. 405-408.

o religiosos; una filosofía que debe ser capaz de conservar su carácter de autonomía, para así guiar la construcción y formación del ciudadano entre los meandros que emergen de la praxis social, presentando la ética, la justicia y la solución equitativa/contextualizada como criterios básicos de su acción práctica.

A ser ciudadanos no se aprende por ley o por concesión de privilegios, pues tanto en un caso como en el otro nos encontraríamos con serias dificultades formales –muy discutidas, por ejemplo, en los ambientes teórico-jurídicos– y, consecuentemente, materiales. Un privilegio, por definición concedido por una entidad reconocida como soberana y poderosa, quedará siempre condicionado, para su ejercicio, al buen criterio del "concesor" de turno; un derecho subjetivo, por su parte, si se le entiende como poder jurídico y concreto otorgado por un ordenamiento jurídico a un sujeto de derecho, deberá presentar un título (que otorga una titularidad sobre un determinado bien jurídicamente relevante) acompañado necesariamente por un poder que sirve, en el última instancia, para activar mecanismos de protección del bien, titulo o titularidad otorgada. También se habla de derechos subjetivos privilegiados, pues sería este el caso de aquellos derechos subjetivos considerados fundamentales por su especial posición jerárquica en el sistema de fuentes de derecho de un ordenamiento jurídico, así como por los peculiares mecanismos de protección que se consiguen activar en caso de supuesta vulneración[19]. Como podemos suponer, un concepto técnico-jurídico de ciudadanía nos podría hacer pensar que la ciudadanía constituye precisamente el punto de partida para el ejercicio de los demás derechos o facultades concedidos a los sujetos de un ordenamiento. Nosotros, en cambio, deseamos reivindicar otro significado, mucho más profundo y bastante más controvertido, ya que es posible hablar de ciudadanía en términos axiológicos, con connotaciones sentimentales o, si queremos, emocionales y que tienen una importante trascendencia en la educación. En este sentido, decíamos, a ser ciudadano no se aprende por ley, por privilegios, ni –como diría Adela Cortina– por castigo. La filósofa española nos recuerda que a ser ciudadano se aprende "*por degustación*" y, por esta razón, es necesario "*ayudar a cultivar facultades (intelectuales y sentientes) para degustar los valores*

[19] Una propuesta de definición formal de derecho subjetivo, acompañada por un profundo estudio de las principales posturas doctrinales que existen sobre el mencionado concepto, viene realizada por G. ROBLES, *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, vol. I., Thomson Reuters – Civitas – Aranzadi, Pamplona, 2015, con peculiar referencia a las pp. 629-634, 644-651, 652-660 y 687-693.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1182

ciudadanos", tanto a nivel local como universal[20]. Así, en esa escala de valores que citábamos anteriormente, que se presenta como la compleja y delicada tarea para políticos y protagonistas del mundo de la enseñanza, Cortina –sin querer menospreciar otros valores, pero sí profundamente convencida de la escasez de un planteamiento relativista– destaca los valores cívicos. Estos son, cada uno con sus diversos significados, la libertad, la igualdad, la solidaridad, el respeto activo y el diálogo[21].

La libertad debe ser entendida, en primer lugar, como libertad (política) de participación en los asuntos públicos, como un auténtico derecho a participar en los procesos de tomas de decisiones comunes; en segundo lugar, libertad es independencia, no egoísta sino solidaria, en el sentido de que independencia no significa "*defensa cuartelaria*" de intereses individuales, ya que no deberíamos reclamar para nosotros algo que no estaríamos dispuestos a reconocer o reclamar "en los" o "para los" otros; en tercer y último lugar, libertad es autonomía, una autonomía comunitaria, al servicio de la comunidad, el ejercicio quizás más arduo y complejo a realizar, ya que "*exige cultivo y aprendizaje*" para no conformarse, por ejemplo, sumándose a las leyes del más fuerte o a la corriente u opinión común y más en boga en un determinado momento. La igualdad es un valor cívico que, a pesar de sus connotaciones políticas y económicas, hunde "*sus raíces en una idea más profunda: todas las personas son iguales en dignidad, hecho por el cual merecen igual consideración y respeto*"; indiscutible, pues, la exigencia que la igual dignidad de los seres humanos reclama a la sociedad y a los educadores, pues se precisa de una adecuada asunción de responsabilidad, para ser conscientes de las obvias y naturales desigualdades, y se demanda una proporcionada acción comunitaria para garantizar el respeto de la igual dignidad de los seres humanos. El respeto, entendido como tolerancia, es el siguiente valor cívico sin el cual no sería posible convivir; una tolerancia no de tipo pasivo o reducida a actitudes de indiferencia, sino orientada a un interés positivo y activo o, mejor aún, a un "*aprecio positivo del otro*". La solidaridad –sigue Cortina– hay que defenderla y proclamarla como solidaridad universal y no grupal, ya que en este último caso resulta más sencillo sacrificar otros "*valores clave, como la justicia*", justificando ciertos mecanismos y ciertas deformidades en nombre

[20] A. CORTINA, *Ciudadanos del Mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, tercera edición, Alianza Editorial, Madrid, 1997, pp. 184-185.

[21] Lealtad, honradez y profesionalidad serían corolarios de un adecuado ejercicio de los anteriores, calificados, por esta razón, como fundamentales. Ibid., p. 193.

de una presunta solidaridad; la solidaridad como valor moral y, en nuestro caso, cívico, es de tipo universal, ya que fomenta el sentido del deber y del sacrificio, siendo capaz de traspasar "*las fronteras de los grupos*" y extendiéndose "*a todos los seres humanos, incluidas las generaciones futuras*". Finalmente, el diálogo, o sea "*la búsqueda cooperativa de lo verdadero y de lo justo*", necesario para resolver los conflictos que la vida plantea, emprendido con seriedad y no con imposición o violencia, orientado a la satisfacción de intereses no individuales o grupales, sino "*universalizables, es decir, a los de todos los afectados*" [22]. No resulta complicado, por tanto, entender que educar en valores consiste "*en cultivar esas condiciones que nos preparan para degustar*" [23] a ser ciudadanos, pues el ser humano es responsable de sus acciones y, por muy condicionado que esté por los factores sociales, políticos, económicos o tecnológicos que les rodean, debe comprender que ser ciudadano de este mundo y de esta vida consiste en saber construir con responsabilidad un serio recorrido para sí y los demás, con la complicidad del pasado, para la decencia del presente y para la mejoría del futuro[24]. Más que instruir trasmitiendo conceptos formales y vacíos de contenidos, rellenables a la carta, según los gustos individuales de cada uno, más que aprender memorísticamente para luego abandonar en el olvido lo supuestamente aprendido, la filosofía educa para ser ciudadanos de esta vida, acentuando el sentido de la responsabilidad y de la participación, permitiendo la comprensión radical y favoreciendo la apertura de espíritu crítico. Algunos momentos históricos siempre podrán ser considerados testigos de esa buena actitud (por lo menos en intenciones) que ha encontrado incluso un reconocimiento de tipo formal y normativo: nos referimos a los derechos humanos y a su fundamento filosófico que, a

[22] Para comprender los importantes matices que presenta cada valor cívico, que aparentemente podrían ignorarse, es oportuno, preciso y conveniente remitir al estudio completo de A. CORTINA, *Ciudadanos del Mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, cit., pp. 193-210.

[23] Ibid., p. 186.

[24] En este sentido, Martha C. Nussbaum sostiene que los valores para una ciudadanía democrática decente son tres: en primer lugar, "*la capacidad socrática de autocrítica y pensamiento crítico acerca de las tradiciones propias de cada uno*"; en segundo lugar, y aunque "*el conocimiento no es garantía de buen comportamiento*" pero sí "*la ignorancia es una garantía virtual de mal comportamiento*", el ciudadano democrático moderno debería ser capaz "*de verse a sí mismo como miembro de una nación y un mundo heterogéneos*", para "*entender algo de la historia y el carácter de los diversos grupos que lo habitan*"; Y en último lugar, el ciudadano debería ser capaz de alcanzar una cierta "*imaginación narrativa*", es decir la capacidad de "*ver a otro ser humano no como una cosa sino como una persona completa*", un logro que "*debe ser promovido por una educación que refine la capacidad de pensar acerca de lo que puede ser la vida interna de otro*". M. C. NUSSBAUM, "Educación para el lucro, educación para la libertad", *Nómadas*, núm. 44, 2016, pp. 20-23.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1182

pesar de no haber sido siempre considerado oportuno y adecuado, puede ser definido como un verdadero legado educativo. Veamos en qué términos.

5. LOS DERECHOS HUMANOS, EJEMPLO DE EDUCACIÓN DOTADA DE UN BLOQUE AXIOLÓGICO-VALORATIVO IMPERECEDERO

Las soluciones y propuestas doctrinales en materia de derechos humanos son múltiples y variadas. Reciente literatura en la materia, con el objetivo de esclarecer el variopinto panorama dogmático, destaca la necesaria diferencia entre problema práctico y problema teórico con respecto a los derechos humanos. Según Robles, el primero se refiere a la realización concreta de los mismos; el segundo, en cambio, está orientado a la originaria fase de fundamento de esos derechos. En este último caso, es posible encontrar dos razones y dos argumentos válidos para dotar de fundamento a estos derechos: una razón de tipo moral, en el sentido que los derechos humanos no se pueden realizar si no estamos convencidos de su bondad moral y si no creemos que su efectiva concretización sea capaz de mejorar los hombres guiándolos hacía una sociedad más justa; una razón de tipo lógico, consistente en la especificación concreta de sus contenidos, alejándose del plan retorico y acercándose al detalle práctico de los ideales y valores que se desean proteger; un argumento de tipo teórico, según el cual parece necesaria la búsqueda de una orientación para saber lo que queremos y hacía dónde vamos, con el fin último de crear una auténtica teoría de los derechos del hombre, capaz de presentarse como parte necesaria de una más extensa teoría de la sociedad justa o, si se prefiere, de una teoría de la justicia; en último lugar, un argumento pragmático, ya que no tiene sentido luchar por algo sin saber por qué se hace[25]. Como podemos suponer, un planteamiento de este tipo se sitúa en fuerte contraste con la postura, cuanto menos llamativa, que decidió asumir Bobbio. Efectivamente, el mismo Robles crítica al ilustre pensador italiano reconociendo que le "*cuesta trabajo aceptar que el gran filósofo se haya quedado tan tranquilo*" –sosteniendo que el verdadero problema de los derechos humanos no es su fundamentación sino su realización– y se pregunta

[25] G. ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 12-16. Según el autor, el siglo XX se caracteriza por exaltar la estética de las acciones y, por esto, se trata de un siglo fundamentalmente destructivo. La estética de las acciones conduce a la exaltación del poder como instancia indestructible y antropológicamente extensible a todos los ámbitos de la vida, un poder, en suma, autocomplaciente.

"*para qué entonces elaborar teorías sobres los derechos*", ya que, siendo teórica y prácticamente coherentes, "*no hay realización sin fundamentación, como no hay práctica colectiva eficaz sin ideas elaboradas y colectivamente asumidas*"[26]. En este sentido, los derechos humanos pueden ser definidos como "*criterios morales*", entendiendo el término criterio como un punto de vista respecto a las conductas y actitudes a asumir para realizar algo práctico; y atendiendo a su carácter moral, ya que ese punto de vista afecta al ser moral del hombre y a su dignidad. Por esta razón resulta difícilmente cuestionable el fundamento moral de los derechos humanos, ya que se trata de la creencia colectiva en un núcleo duro de valores constitutivos de la humanidad. Consecuentemente –observa Robles–, carece de sentido la pretensión de fundamentar los derechos humanos sin conectarlos directamente a los deberes y valores morales, siendo la concepción autónoma de los derechos el corolario de la mentalidad típica del moderno contractualismo y siendo la consideración de los derechos humanos como desconexos respecto a los deberes el fruto de los postulados iusnaturalistas racionalistas, en su vertiente utilitarista e individualista. Estas tendencias acaban por desnaturalizar estos derechos, descontextualizándolos del sistema de valores que le da origen y, desde la perspectiva ética, fomentan y justifican el hedonismo en menoscabo de la solidaridad[27].

Todo lo contrario, por tanto, a los objetivos perseguidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. El famoso y más que conocido documento es la piedra angular para la salvaguardia de lo que de humano reside en el hombre, representando un importante desafío educativo y pedagógico. En este sentido, Almeida Amoedo sostiene que es necesario explorar las virtudes de ese texto para acceder al conocimiento de sus principales valores[28], pues el papel que la Declaración otorga al ámbito educativo es de fundamental relevancia. La educación es elevada a hilo conductor que permite una convivencia pacífica, tolerante, armoniosa y respetuosa entre todas las personas, entendidas estas últimas como protagonistas fundamentales de un devenir histórico perennemente iluminado por el sistema de valores comunitarios. Es la misma Declaración que nos trasmite la idea según la cual una correcta orientación educativo-cultural es prioritaria y necesaria para educar facilitando el acceso al conocimiento, a la comprensión

[26] Ibid., p. 14.

[27] Sobre los Derechos Humanos como criterios morales, Ibid., pp. 25-27; sobre la relación entre derechos y deberes, Ibid., pp. 33-36.

[28] M. I. ALMEIDA AMOEDO, "Celebrar os Direitos Humanos no Cinquentenário da sua Declaraçao Universal", *Revista Economia e Sociologia*, núm. 66, 1998, p. 50.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1182

de principios y valores, mediante una enseñanza que sea respetuosa del educador y del discente, tanto en ámbitos personales como profesionales. Todo ello para garantizar la formación de personas capaces de satisfacer sus necesidades vitales, de desarrollarse como seres únicos y que no estén a la espera de que intervenga el "Estado-Providencia"; una dinámica, esta última, que por muy buena que sea en sus intenciones, acaba por fomentar una actitud anti-educativa, que inhabilita la búsqueda de recursos propios, la iniciativa y la creatividad. Ahora bien, parte de la misión fundamental de la educación consiste en el "contagio" de determinados ideales, sobre todo de aquellos que resisten en la historia y que se presentaron como denominadores comunes en los diferentes tejidos comunitarios de este mundo: libertad, paz y justicia, todos ellos aptos para seguir alimentando el núcleo duro y permanente de aquella Declaración de 1948 que es la dignidad humana[29]. Durante décadas, actores políticos nacionales e internacionales han insistido sobre la importancia que asume la educación en derechos humanos, prueba evidente de su intrínseco valor moral. En el seno de Naciones Unidas, Unesco y Unión Europea han sido adoptados instrumentos normativos y planes de trabajo para promover la educación, la democracia, la formación en derechos humanos, la cultura de la paz, de la ciudadanía activa, la resolución de conflictos, etc[30]. Meta principal de todas las herramientas normativas es la consecución de sistemas de enseñanza aptos para la adquisición de valores, actitudes y competencias para desenvolverse en el tratamiento de problemas o desafíos presentes en sociedad, así como para garantizar el pleno desarrollo de la personalidad humana[31]. En todos los documentos es apreciable la urgencia de fomentar sistemas de participación ciudadana y, en esta tarea, el acceso a

[29] Ibid., pp. 56-58.

[30] Entre otros, podríamos citar la Recomendación sobre la Educación para la Comprensión, la Cooperación y la Paz Internacionales y la Educación relativa a los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1974), el Plan de Acción Mundial sobre Educación para los Derechos Humanos y la Democracia (1993), la Carta del Consejo de Europa sobre la Educación para la Ciudadanía Democrática y la Educación en Derechos Humanos (2010) o la Declaración de las Naciones Unidas sobre Educación y Formación en materia de Derechos Humanos (2011).

[31] En este sentido, y desde una perspectiva iusfilosófica, es preciso recordar que "*desde el iusnaturalismo racionalista y el contractualismo de la Ilustración, hasta el humanismo cosmopolita contemporáneo, la dignidad humana y el proceso histórico de emancipación del hombre, como ser éticamente libre, han venido siendo las dos categorías universales y omnicomprensivas que engloban, por excelencia, las exigencias de libertad, igualdad y solidaridad entre los hombres*". Es así como "*la dignidad y el desarrollo de la dimensión moral de la persona son dos nociones complementarias que entroncan con el discurso de las facultades y las capacidades humanas*". F. H. LLANO-ALONSO, "El

adecuados sistemas de instrucción es condición necesaria. La educación a la ciudadanía democrática resulta ser, fundamentalmente, un llamamiento al sentido de responsabilidad con la finalidad de afirmar justicia y equidad para todos. El rol activo, que tanto jóvenes como adultos deben mantener en sus respectivos contextos sociales, resulta ser trascendental para conseguir esos objetivos, ya que de ello depende también la posibilidad de llevar a cabo un acto educativo valiente, reflexivo, consciente y completo. Los educadores deben dotar a sus discentes de conocimientos, habilidades y competencias, y deben desarrollar en ellos las actitudes y los comportamientos capaces para cumplir sus responsabilidades en sociedad, apreciando las diferencias y promoviendo mecanismos democráticos no meramente procedimentales. No nos olvidemos, además, que la educación viene citada también por otro documento de gran relevancia en el escenario internacional y que en no pocas ocasiones se menciona con fines demagógicos. Deberíamos en realidad prestar más atención a esas exigencias, teniendo en cuenta que todo tiene un principio en nuestras vidas y que la infancia y la adolescencia representan etapas fundamentales para el desarrollo de la personalidad de un ser humano. Como el lector podrá imaginar, nos referimos a la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), que en su artículo 29 recuerda que la educación debe tener, entre otras, la finalidad de favorecer el desarrollo de la personalidad del niño, de sus aptitudes y capacidades mentales; debe desarrollar en el niño el respeto de sus padres, de su identidad cultural, de su idioma y de sus valores; debe preparar al niño para asumir las responsabilidades de la vida en una sociedad libre, fomentando el espíritu de comprensión, de amistad, de tolerancia, de paz[32].

Educación, por tanto, al centro del todo, incluso como garante del fundamento y de la realización de unos derechos humanos que hemos intentado presentar como portadores de profundos contenidos axiológicos. No obstante, y a pesar de todas las buenas predisposiciones intelectuales, indivi-

---

derecho al desarrollo en el sistema de Derechos Humanos: entre los derechos de la personalidad y la actividad del Estado", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2013, p. 377.

[32] En el campo de la filosofía del derecho española, en los últimos años destacan los trabajos sobre los derechos de los niños de Ignacio Campoy Cervera. Entre otros, creemos oportuno señalar I. CAMPOY CERVERA, "La construcción de un modelo de derechos humanos para los niños, con o sin discapacidad", *Derechos y libertades*, núm. 37, 2017, pp. 131-165; Id., *La fundamentación de los derechos de los niños: modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid, 2006; Id., "Notas sobre la evolución en el reconocimiento y la protección internacional de los derechos de los niños", *Derechos y libertades*, núm. 6, 1998, pp. 279-327.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1182

duales, grupales o políticas, vivimos en un mundo que parece amarse poco, afectado por el relativismo, prisionero en una jaula de hipocresía y que intenta curarlo todo recurriendo a un lenguaje políticamente correcto. Así, no podemos ciertamente obviar los límites, las insuficiencias y los usos instrumentalizados de los derechos humanos, en unas dinámicas que pretenden ubicar el occidente al centro del todo, dominado sin embargo por un cierto individualismo mixto a escepticismo. En efecto, una fotografía de las condiciones morales e históricas de nuestros tiempos, de nuestros pueblos, de nuestras civilizaciones, nos permite comprobar el triunfo de un pensamiento débil, sin argumentos sólidos, privado de fundamentos en valores, donde los discursos espirituales y religiosos –por ejemplo– se evitan a propósito, como si tuviésemos que avergonzarnos de algo. Necesitamos, pues, de una nueva, crítica y humilde aceptación de nosotros mismos, del reconocimiento de nuestras raíces, de nuestra cultura y de sus intrínsecos valores: se trata de la necesidad de afirmar una *religio civilis*[33]. La *vis attractiva* –de tipo político, educativo, jurídico, teórico, procedimental, etc.– de los derechos humanos es enorme y no dudamos de ello. Pero esto no quiere decir que su eficacia práctica goce de la misma fuerza, ya que no podemos contentarnos de una estéril traducción normativa sin exigir, previa y posteriormente, una adecuada metabolización de los valores en las consciencias humanas. Ciertamente es valiente el hecho que los hombres hayan sido capaces de dar forma absoluta, aunque abstractamente normativa, a determinadas exigencias consideradas perennes en sus vidas, pero la cuestión radica en saber también disciplinar la vida sobre el fundamento de esas normas. Los hombres son criaturas complejas y ambiguas, conocen el bien y se dejan seducir por el mal, son seres morales y al mismo tiempo económicos, por estas razones su acción moral no siempre será capaz de triunfar sobre los impulsos y las pasiones. Quizás debido a estas peculiares características humanas se ha podido sostener una cierta "*ironía de los derechos humanos*"[34] y, cada vez con más frecuencia, se de-

[33] Sobre la crisis de valores y la crisis de identidad cultural, es recomendable la lectura de M. PERA, *Perché dobbiamo dirci cristiani. Il liberalismo. L'Europa. L'etica. Con una lettera di Benedetto XVI*, Mondadori, Milano, 2008.

[34] Creemos que la ironía de la que se habla puede ser, en cierta medida, justificable en base a las contradictorias peculiaridades intrínsecas de la esencia humana y no tanto por una incoherencia/esquizofrenia textual-normativa o contextual-normativa de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, documento que analiza, con peculiar referencia a su art. 30, A. MELO, "As ironias dos direitos do homen", en VV.AA., *A educação e os limites dos direitos humanos. Ensaios de Filosofia da Educação*, cit., pp. 55-57.

bate sobre el carácter utópico de los mismos, hablando de sus límites, de su inoperatividad, de su impotencia o insuficiencia[35]. Por muchos argumentos que puedan avalar planteamientos de este tipo, no creemos oportuno renunciar a la búsqueda de un ideal operativo para atribuir un sentido progresivo a la historia, a sus instituciones y a sus fórmulas, un ideal que tenga como meta principal la elevación espiritual del hombre[36]. En este sentido, Battaglia sostiene que los verdaderos instrumentos de tutela de los derechos humanos deben estar presentes en las vivas consciencias de los pueblos, quienes deben reivindicarlos como expresión de altísima responsabilidad cívica, ya que, de otro modo, para poco servirán los instrumentos normativos nacionales o internacionales modernos. Hoy asistimos a la continua búsqueda de nuevos caminos en materia de proclamación y tutela de derechos humanos, artificiando nuevas definiciones y nuevas formas de garantía. Pero el instrumento jurídico es, por sí mismo, insuficiente, en el sentido que la necesidad y la urgencia provienen del conjunto de instancias éticas y morales sobre las cuales todos deberíamos velar para valorar, para entender que los hombres (y solo ellos) son capaces de comprender que el hombre debe ser sacro para el hombre, más allá de todas las posibles articulaciones textuales o normativas. La variedad y la divergencia fenoménica nunca podrá poner en duda la existencia de perennes valores históricos y criterios morales que fundamentan la experiencia jurídica. Un concepto de derecho que prescinde de la historia y de su aparato axiológico –sigue sosteniendo Battaglia– no cumple su función y no se presenta como un concepto omnicomprensivo y con vocación de ejemplaridad[37]. Los derechos humanos, y la educación en

[35] En este sentido véase A. LE GUYADER, "Os direitos do homen e a questão dos limites. Notas para um panegírico", en VV.AA., *A educação e os limites dos direitos humanos. Ensaios de Filosofia da Educação*, cit., pp. 13-15.

[36] Para ello, según Emilio Lledó, es necesario reivindicar, en general, un adecuado conocimiento histórico, ya que el estudio de la historia es fuente de "*interés por descubrir y analizar el pasado*" y de "*inquietud por encontrar en él sentido y orientaciones para el futuro*"; avalando la postura de Benedetto Croce, el ilustre pensador español afirma que "*el conocimiento del pasado no puede ser un conocimiento desinteresado y neutro, o, como ha ocurrido a veces, romántico e idealizador. Lo más radical y original del pasado es que nos ha traído a este presente*" y "*solo porque la existencia del hombre es histórica puede darse un conocimiento del futuro*". E. LLEDÓ, "Tiempo e Historia". *Boletín del Instituto de Estudios Helénicos*, vol. 3, núm. 2, 1969, pp. 23, 33 y 35.

[37] Conviene remitir a F. BATTAGLIA, *Legislazione universale e diritto umano nella Summa di Tommaso d'Aquino*, Accademia Nazionale dei Lincei, Celebrazioni Lincee, Roma, 1975; *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Antecedenti storiche e prospettive giuridiche*, Accademia Nazionale dei Lincei, Celebrazioni lincee, Roma, 1969; *Le Carte dei diritti*, Laruffa, Reggio Calabria, 1998.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1182

ellos, deben mostrar que lo humano no se encuentra solamente en la razón, ni en una sociedad, ni en un Dios, ni en el yo; lo humano se encuentra "en el" y "con el" otro. Es ese el gran derecho y, al mismo tiempo, el gran deber, ya que no es suficiente activarse para responder "al otro", sino que es necesario prepararse y formarse para responder a partir "del otro". Se trata de una visión humanista que requiere el descubrimiento "del otro" como principio clave en la configuración ética de la vida[38], implicando pues una concepción según la cual el hombre, seguramente obligado a vivir delicadas situaciones en el ejercicio de sus responsabilidades y en el desempeño de sus funciones, no puede depender solo y exclusivamente de una declaración o de una representación llevada a cabo por entidades heterónomas.

Por esto, insistimos, es incuestionable la reivindicación de sistemas educativos abiertos y necesitados de enseñanza filosófica, pues solamente así el hombre podrá ser encaminado hacía una autonomía y libertad responsable, capacitado para organizarse y autodirigirse dentro de unos límites axiológicamente inviolables. En este sentido, aunque quizás exageradamente optimistas, están las propuestas de Nozick o de Buchanan, quienes contribuyeron al avance del individualismo contemporáneo en el ámbito de los derechos humanos, sosteniendo un aparato estatal que debería ejercer una intervención mínima en nombre del respeto de los derechos individuales de la persona humana. Ha sido observado que esta manera de presentar al estado, en efecto, evoca la absoluta creencia en las virtudes del individuo y en el dogma de su fundamento moral incondicional, sin esclarecer como superar eventuales situaciones de conflictos interindividuales o intersociales, presentando así un individuo que es principio, medio y fin al mismo tiempo[39]; no sabemos si al puro estilo cartesiano, ya que, en este caso, "*el Dios garante del criterio de verdad respecto a las ideas del sujeto, proclama simultáneamente el poder de éste y sus propios límites*", dando lugar a la grave situación en la que "*sin Dios, el sujeto vería deshecho el poder del conocimiento*"[40]. Debemos actuar y pensar como seres solidarios, conocedores de una pertenencia al mundo que

[38] J.C. MÈLICH, "A memoria de 'Auschwitz'. O sentido antropológico dos direitos humanos", en VV.AA., *A educação e os limites dos direitos humanos. Ensaios de Filosofia da Educação*, cit., p. 51.

[39] Nos referimos al planteamiento critico de A. DIAS DE CARVALHO, "Limiares antropológicos dos Direitos Humanos", en VV.AA., *A educação e os limites dos direitos humanos. Ensaios de Filosofia da Educação*, cit., pp. 35-36.

[40] A. DIAS DE CARVALHO, "La contemporaneidad como expresión de un nuevo humanismo", *Thémata. Revista de filosofía*, *núm. 39, 2007,* p. 598.

nos obliga a intercambios y cooperaciones responsables; nuestras consciencias individuales no pueden ser egocéntricas ni cósmicas, sino responsables y críticas. La consciencia crítica, en este caso, puede ser considerada y consagrada como el primer derecho del hombre[41].

6. EL DERECHO A LA FILOSOFÍA COMO CONCRETIZACIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y COMO PROMESA DE DEMOCRACIA

Quien en las últimas décadas ha llevado a cabo una firme labor de defensa y declaración de un derecho a la Filosofía es, sin duda alguna, Jacques Derrida. Las obras más relevantes donde queda reflejada esa labor son *Du droit à la philosophie* y *Le droit à la philosophie du point de vue cosmopolitique*. El conocido filósofo francés, padre de la de-construcción y precursor de una gran reflexión crítica sobre la institución de la filosofía y sobre la enseñanza de esta materia, se preocupa de proporcionarnos cuatro posibles interpretaciones del derecho a la Filosofía. En un primer sentido, se puede hacer referencia al conjunto de relaciones que se dan entre las estructuras jurídicas y las instituciones filosóficas, ya que resulta interesante saber cómo pasar "desde el" derecho "a la" filosofía, dos campos y dos dominios estrictamente relacionados entre sí. En una segunda posible interpretación, se puede entender que es necesario hablarle a la filosofía y a los filósofos acerca del derecho, intentado entretener a la filosofía con la rica cuestión del *ethos* jurídico. En tercer lugar, habría que interrogarse sobre la posibilidad de disfrutar un derecho a la Filosofía y, por ende, sobre cómo la ley y la juridicidad en general pueden garantizar, y en qué condiciones, el acceso a la filosofía. En cuarto y último lugar, cabría preguntarse si es posible ir directamente (derecho) hacía la filosofía, sin atajos, sin que sea necesaria la intervención de instituciones o de otros intermediarios[42]. Ahora bien, la cuestión fundamental y común a todos los mencionados posibles significados consiste precisamente en reivindicar la necesidad de la cuestión filosófica. Cuando Derrida se refiere a dicha necesidad nos presenta una idea de filosofía que, por una

[41] Ibid., p. 601.

[42] J. DERRIDA, *Du droit à la philosophie*, Éditions Galilée, Paris, 1990. El autor realiza estas aclaraciones introductorias en la parte de la obra titulada "PRIVILÈGE. Titre justificatif et Remarques introductives", con peculiar referencia a las pp. 11-15. Una adecuada indicación para comprender los posibles significados del título de esta obra la podemos encontrar en la nota del traductor de la edición italiana; nos referimos a J. DERRIDA, *Del Diritto alla Filosofia*, a cura di F. Garritano, trad. di E. Sergio, Abramo Editore, Catanzaro, 1999, pp. 74-75.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1182

parte, es descifrable como ejercicio interior de la comunidad filosófica y, por otra, es irreparablemente exterior en cuanto debería ser puesta en lugares institucionales capaces de garantizar un efectivo ejercicio del derecho a la Filosofía promoviendo una educación que haga posible el acceso a la cultura filosófica[43]. Filósofo –según Derrida– es quien se cuestiona acerca de la esencia y del destino de la filosofía. La existencia de los mencionados lugares institucionales, por tanto, implica una filosofía y determina un sistema de valores sobre los cuales el filósofo debe interrogarse sin aceptarlos mediante una actitud de resignación, como si se tratase de algo evidente y privo de consecuencias[44]. Las instituciones hacen posibles el acceso a la cultura, al lenguaje filosóficos y todas las entidades estatales que se adhieren a las Cartas adoptadas por determinadas instituciones internacionales se comprometen, filosóficamente, a realizar concretamente un producto filosófico, filosófico-jurídico, histórico-universal, ético y humano. Suscribir dichas Cartas –según Derrida– es un acto filosófico que compromete filosóficamente hacia la filosofía; quiere esto decir que todo Estado, Pueblo o Nación que manifieste su adhesión a estos documentos y/o instituciones, adquiere un compromiso filosófico que se concreta en asegurar ciertas condiciones para el ámbito cultural y educativo[45].

Siguiendo y variando a la vez el cosmopolitismo kantiano, basado, como es sabido, en un diseño supremo de la naturaleza, el filósofo francés asegura que la definición de una tarea propiamente filosófica y de un derecho a la Filosofía debe ser puesta en su dimensión internacional, interestatal y, por ende, cosmopolita. El diseño de la naturaleza es, en este sentido, nuestro acreedor, y somos deudores de la naturaleza por haber sido creados natural y originariamente poco filósofos y, por tanto, con necesidad intrínseca de buscar una cierta elevación de espíritu mediante la cultura y el arte[46]. La Europa griego-romana, la historia y la filosofía de occidente son prueba de la astucia de la naturaleza, prueba de ese diseño supremo; pero Derrida no es partidario de afirmar un derecho a la Filosofía que se limite a engrandecer el discurso eurocéntrico, ya que resultaría incoherente oponer la memoria histórica a la trasformación y evolución de lo filosófico en lenguas y cultu-

[43] S. RIGAZZONI, "Esposizioni (…dal punto di vista di una democracia a venire)", en J. DERRIDA, *Il diritto alla filosofia dal punto di vista cosmopolitico*, Il Melangolo, Genova, 2003, pp. 10-13.

[44] J. DERRIDA, *Il diritto alla filosofia dal punto di vista cosmopolitico*, cit., p. 29.

[45] Ibid., pp. 27-28.

[46] Ibid., pp. 30 y 33.

ras no europeas. La filosofía, en este sentido, no tiene solamente una memoria (griego-europea), sino que, en su misión cosmopolita, debe ser capaz de reflexionar sobre las posibles condiciones del respeto y de la extensión de otros modelos y estilos filosóficos no originariamente dominantes o hegemónicos[47]. Como consecuencia de esta premisa, el derecho a la Filosofía debe ser extensivo y respetuoso hacía tradiciones filosóficas ligadas a historias nacionales o lingüísticas no necesariamente continentales, pues el Derecho (de todos) a la Filosofía es también el Derecho (a todas) las Filosofías. Además, el derecho a la Filosofía no comporta la hegemonía o el dominio de las lenguas llamadas fundadoras de la filosofía misma, pues el discurso filosófico puede ser practicado en el ámbito de diversas lenguas, escapando así del autoritarismo que los dogmatismos lingüísticos pueden causar. Por otra parte, el auspicio *derridiano* prevé una política del derecho a la Filosofía que no sea mera política de la ciencia y de la técnica, sino del pensamiento capaz de no someterse al positivismo y por tanto dispuesto a relacionarse con la religión, el derecho y la ética. Este sería el camino para encontrar la auténtica e irreducible autonomía de la filosofía, ya que la invocación de un derecho a la Filosofía en los términos explicados equivale a la invocación de un movimiento de efectiva democratización y a una necesaria reflexión filosófica sobre el sentido de democracia. Por estas razones, parece ser que existe una cierta limitación pilotada del derecho a la Filosofía, una limitación que –en opinión del francés– encuentra sus causas remotas en aquellas sociedades políticamente organizadas que priorizan la búsqueda de la utilidad material, rentable, aplicada, y que obedecen a los imperativos técnico-económicos y científico-militares. Estas dinámicas hacen que la filosofía vaya perdiendo su chance en el mundo, pues no parece ser tan necesario pensar, discernir, evaluar y criticar. Por estas razones hay que reaccionar y reivindicar un derecho a la Filosofía[48], y entendemos que Derrida reivindica para la filosofía una dimensión que no la rebaje a instrumento ideológico del poder, sino que la eleve a libertad incondicional, apta para permitir y promover la relación entre discurso y verdad y entre discurso y origen[49].

Se trata de una fuerte defensa y salvaguardia de la actividad del pensamiento, ya que el derecho a la Filosofía –siguiendo a Derrida– debe ser

[47] Ibid., pp. 34 y 37.
[48] Ibid., pp. 38 y 43.
[49] F. GARRITANO, en *Del Diritto alla Filosofia*, cit., p. 59.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1182

garantizado y promovido por un aparato jurídico y político[50] que, en los diferentes marcos institucionales, reinventaría la filosofía en el sentido de considerarla como fundamento básico e intrínseco de toda declaración de derechos, nacional o internacional, con contenidos de carácter axiológico. Efectivamente, las declaraciones de derechos implican una cierta filosofía y se dirigen a sujetos filosóficos, es decir a sus potenciales lectores, beneficiarios, autores, receptores. Son sujetos potencialmente filosóficos en cuanto capaces de metabolizar el espíritu filosófico de la declaración. En la Declaración de los Derechos Humanos, por ejemplo, encontramos una filosofía del derecho natural, de la esencia del hombre, una filosofía de la justicia, del derecho, del poder, etc. Esta Declaración, evidentemente, presentará, como cualquier otra, ciertos límites dogmáticos y éstos también responden a una filosofía. Para hacer efectivo el discurso filosófico de la Declaración será necesario hacer efectivo el derecho a la Filosofía: en primer lugar, el Derecho "a una" Filosofía, la propia de la Declaración; en segundo lugar, y como consecuencia, resistiendo a la tentación de censurar otras filosofías que se erigen en nombre de esa filosofía[51]. Martínez Quintanar nos explica como Derrida entiende que cualquier sujeto tiene el derecho de exigir (al poderoso) el efectivo ejercicio del derecho a la Filosofía de esta o aquella declaración, pues se trata del discurso que representa, en última instancia, el fundamento o la legitimidad de la misma declaración. El intérprete del ilustre pensador francés, además, nos recuerda las dos dificultades que Derrida reconoce para ese ejercicio efectivo: la primera hace referencia al cómo el estado puede proporcionar fuerza de ley al derecho a la Filosofía; la segunda se enlaza directamente a las características de la filosofía, ya que filosofía equivale a cuestionamiento o interrogación incesantes y con consecuencias. La Declaración de los Derechos Humanos –volviendo al mismo ejemplo– incluye el derecho a la Filosofía, debido a que obliga a formar, educar e instruir sujetos capaces para comprender y para resistir al despotismo[52]. Por esta razón, podemos confirmar que el derecho a la Filosofía abre un escenario filosófico-político, en términos post-kantianos, que presenta un ligamen fuerte con la idea de una democracia por venir[53]. La filosofía puede y debe tener lugar en democracia, entendiendo por democracia algo más que un simple cálculo numéri-

---

50 *Revista Española de Filosofía*, vol. IV, 2017, p. 24.

51 Ibid., pp. 23 y 24.

52 Ibid., p. 23.

53 Así lo ha visto también S. RIGAZZONI, "Esposizioni (…dal punto di vista di una democracia a venire)", en *Il diritto alla filosofia dal punto di vista cosmopolitico*, cit., p. 17.

co de voces y de votos. En democracia se debe asegurar el derecho a pensar lo que se dice y lo que se hace y, por tanto, la primera tarea democrática consiste en asegurar el pensar[54]. Justicia por venir y democracia por venir son expresiones *derridianas* que hacen referencia a un lugar (por venir) que no tiene necesariamente por qué venir del futuro, pues se trata de un proceso de llegada que puede ser también un retorno. No se trata de un ideal, sino de lo más real que hay, ya que esconde un concepto de responsabilidad ética, política, jurídica y filosófica que se concretiza en términos de alteridad, o sea, en dar respuestas ante el otro. El otro que está en mí y que hay en frente de mí necesita de una responsabilidad ética que no puede encontrar su garantía absoluta en el mero dictado normativo, como si se tratase de una respuesta pre-fabricada. Responsabilidad entendida como dar respuesta en nombre de una apertura incondicional hacia el otro y en nombre de una justicia para el otro, con el otro, en definitiva, en nombre de la democracia[55]. Queda así perfilada una significativa correlación funcional entre la filosofía entendida como "salvaguardia del pensamiento" (por tanto), "garante de la educación" y (consecuentemente) "prometedora de democracia"; tres dimensiones de una relación que puede leerse y descifrarse invirtiendo los términos de la misma, ya que el resultado, siempre que se haga un equilibrado ejercicio de responsabilidad individual, colectiva e institucional, no varía.

7. EL DERECHO A LA FILOSOFÍA Y EL DESAFÍO PARA LOS AMBIENTES UNIVERSITARIOS

En las páginas anteriores hemos hablado de crisis al referirnos a la desintegración y dispersión de la cultura y del saber. En este contexto, pues, creemos necesario recordar el lugar donde el saber encuentra su justificación y su transmisión: la Universidad. La Universidad hoy no debe (no puede) ser un mero producto de la economía o un simple instrumento al servicio de las exigencias económicas. Es necesario reivindicar su rol y estatus histórico, sin propiciar en ella actitudes serviciales o subversivas, reconsiderándola como única necesidad humana, como ámbito donde todas las necesidades

[54] D. ROCHA ÁLVAREZ, "La democracia por venir: Jacques Derrida", en *XVI Semana de Ética y Filosofía Política. Congreso Internacional: "Presente, Pasado y Futuro de la Democracia"* (2009), p. 545. Texto disponible en *http://congresos.um.es/sefp/sefp2009/paper/viewFile/3721/3711* (última consulta 20/01/2019).

[55] Ibid., pp. 546-548.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1182

humanas vienen a inscribirse y como lugar de mediatización y justificación de todo saber[56]. No demasiado de acuerdo, en este último sentido, estaría Kant, ya que el ilustre filósofo llegó a sostener que el discurso de la filosofía, por ejemplo, en cuanto discurso universal, no debía ser mediatizado y por tanto expuesto a la equivocidad, pues su publicación, divulgación o popularización podría ser causa de corrupción (del mismo discurso) por parte del pueblo. Jaques Derrida nos explica que la tentación kantiana de transformar el lenguaje filosófico, con valor precisamente universal, en un lenguaje reservado y privado, se debe probablemente al intento de poner orden entre las distintas ramas de enseñanza universitaria que veían en posición de inferioridad a las enseñanzas filosóficas[57]. La tensión ilustrada por Kant, en "El conflicto de las Facultades", entre facultades superiores e inferiores –nos explica Derrida– puede interpretarse como un modo de rescatar la labor filosófica –consistente en la búsqueda de la verdad– de los tentáculos del poder. Todo esto debido a que las facultades llamadas superiores (Teología, Derecho y Medicina) son instrumentos esenciales del gobernante, son espacios donde brilla por su ausencia la libertad de razonamiento y donde es evidente una implicación política que consigue formar técnicos o agentes que representan al poder, siendo instrumentos de este. En efecto, el pueblo busca conductores hábiles –demagogos, dice Derrida– y los técnicos y miembros de las facultades superiores están capacitados para satisfacer dicha demanda. ¿Qué solución habría, pues, para ordenar las tensiones internas de la Universidad? En primer lugar, habría que ser consciente de la responsabilidad que tiene la Universidad, pues se trata de una responsabilidad académica frente a la ética, a la política, a la jurídia, a lo axiológica y a la técnica, entendiendo todas estas dimensiones como momentos, espejos y productos esenciales y espontáneos de la sociedad. En segundo lugar, y como consecuencia, habría que crear ciertas condiciones que aseguren y garanticen que la Universidad pueda ejercitar su libre juicio para decidir, libre y responsablemente, acerca de lo verdadero y lo falso. En tercer lugar, y si la función de la Universidad

[56] En estos términos se expresa V. GÓMEZ PIN, "Función de la Filosofía y concepto de Universidad", en J. DERRIDA, *La filosofía como institución*, Ediciones Juan Granica, Barcelona, 1984, pp. 12 y 16.

[57] Sobre la difícil e interesante relación que se establece entre la lingüística y la filosofía puede consultarse el trabajo de Emilio Lledó, quien no duda en comenzar su exposición advirtiendo que esa supuesta disciplina científica (la lingüística) posee un cierto cuerpo dogmático que, en cambio, no es dado encontrar en el conocimiento filosófico. E. LLEDÓ, "Innatismo: entre la lingüística y la filosofía", *Epos: Revista de filología*, núm. 8, 1992, p. 115.

consiste en la búsqueda de la verdad en formas rigurosas y críticas, la facultad inferior asume un protagonismo fundamental y fundante, pues el discurso filosófico es el único capaz de llevar a cabo una enseñanza libre, sin tener que rendir cuentas ante nadie y teniendo como faro guía solamente la verdad. Por tanto, y en cuarto y último lugar, el gobernante no debe interferir con su poder ante esta libertad y, al contrario, debe garantizarla. Pero el contrato que el Gobierno mantiene con la Universidad –según Kant– le une y le vincula con las facultades superiores, que son tales precisamente en virtud de su cercanía al poder gubernamental. La libertad de la facultad inferior, pues, es absoluta e incondicionada, ya que –nos explica Derrida, interprete de Kant– no debe aspirar a dar órdenes, sino, como mucho, a aconsejar para una recta búsqueda de la verdad, continuamente amenazada por los que desean gobernar o dominar[58].

Si para Kant la filosofía, o sea la facultad inferior, es el lugar del saber puro y el lugar donde la verdad debe expresarse sin control y sin preocupaciones utilitaristas, en ella es posible encontrar el sentido y la autonomía de la Universidad, más allá de la formación profesional. Nietzsche, por su parte, condena la promoción de una cultura utilitarista al servicio del Estado y sostiene que, en el campo de la formación, además de hacer, se debe pensar, pues los pensamientos son bastante más profundos que los meros puntos de vista. Heidegger, finalmente, a pesar de reconocer igual rango al servicio del trabajo, al servicio de las armas y al servicio del saber, condena la división disciplinar, la especialización separadora llevada a cabo en las universidades y considera superfluo e inútil un adiestramiento meramente profesional y exterior. Lo que acomuna las tres posturas citadas –según Derrida– es precisamente el no querer enjaular a la Universidad en las finalidades meramente profesionalizantes, poniendo pues en entredicho el modelo de trabajo industrial que invade los ambientes universitarios y apelando al tiempo de la reflexión y del pensamiento[59]. Para ello –según el filósofo de la deconstrucción– hay que rechazar la sumisión de lo filosófico a toda finalidad exterior (lo útil, lo rentable, lo eficiente, lo técnico-económico, etc.) y no hay que renunciar a la misión crítica de la filosofía. Como consecuencia, reivindicar una identidad, unidad y especificidad propia de la filosofía no equivale a re-

[58] J. DERRIDA, *La filosofía como institución*, cit., pp. 22-53.

[59] J. DERRIDA, *Del Diritto alla Filosofia*, cit., pp. 276 y 277. Es como si se quisiera rescatar, de algún modo, esa felicidad de los "guardianes" de la que nos habla, recordando las reflexiones platónicas y aristotélicas, el ilustre filósofo español E. LLEDÓ, "La felicidad de los 'guardianes'", *Estudios clásicos*, tomo 33, núm. 100, 1991, pp. 15-17.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1182

ducirla y segregarla en una clase sin capacidad de abrirse a otras disciplinas, pues la filosofía debe saber integrarse sin perder su identidad. Además, la filosofía necesita del momento de la enseñanza, pues la búsqueda filosófica no puede disociarse de la esencialidad de la enseñanza. Todos estos anteriores planteamientos deben ser introducidos en el seno de las instituciones, ya que los lugares institucionales presentan esa idoneidad para asegurar que lo filosófico reviva en libertad y en armonía, entre los limites del respeto y de la transgresión; la disciplina filosófica, además, necesita maestría, o sea de maestros que puedan llevar a cabo esa enseñanza magistral dirigida a estudiantes a su vez necesitados del discurso filosófico; la transmisión del saber filosófico, por tanto, necesitará de tiempo y de espacio, de los márgenes espaciales y temporales más amplios posibles, para evitar un exhibicionismo desordenado de la riqueza de sus contenidos. Todas las condiciones que acabamos de mencionar representan el conjunto de las condiciones internas y externas del acceso a lo filosófico, que deben acordarse para garantizar un verdadero derecho a la Filosofía, sin que esto signifique renunciar a la tradición autonomista y autodidacta de la filosofía[60].

Entre los más reconocidos intérpretes y conocedores del pensamiento orteguiano, Almeida Amoeda nos recuerda que el ilustre pensador madrileño avisaba sobre los peculiares rasgos del hombre-masa, quien acabaría por ahogar el verdadero sentido de la cultura y del conocimiento universal. Culpa, todo ello, del cultivo de saberes cada vez más especializados, aislados y aislantes, ya que el hibrido sabio-ignorante –como nos recuerda la filósofa de Portugal– ni es sabio, "*en cuanto ignora todo lo que salga de su especialidad*", ni es ignorante, ya que conoce a la perfección "*lo que pertenece al muy estricto ámbito en el que trabaja*". Este sujeto especialista, por tanto, mantendrá dos tipos de actitudes: por una parte, tomará posición acerca de lo que pertenece a los dominios de sus sabios conocimientos, por otra se mostrará difidente hacia los especialistas que dominan otros campos en los que su ignorancia es manifiesta[61]. La Universidad, entendida como estructura didáctica de orden superior, no solamente tiene la función de otorgar títulos académicos y profesionales jurídicamente reconocidos, ya que el fin primordial de la Universidad consiste en ser capaz de ofrecer una formación crítica global, idónea para comprender el sentido y el valor de una disciplina

[60] Ibid., pp. 298-301.

[61] M. I. ALMEIDA AMOEDO, "El papel de la Universidad contra la barbarie. Pensar con Ortega, setenta años después", *Revista de estudios orteguianos*, núm. 2, 2001, pp. 112-113.

concreta, pero con todas las demás. Con razón ha sido afirmado que cuando Ortega llamó a la institución universitaria a reaccionar frente a los peligros de la "*incultura del especialismo y del profesionalismo*" parecía "*interpelar nuestro presente*" [62]. Del mismo modo, John Henry Newman no dudó en señalar que la educación universitaria no puede quedarse satisfecha con la mera formación de técnicos (economistas, ingenieros, abogados, médicos, etcétera), sino que debe proponer una elevación del tono intelectual de la sociedad, purificando principios, otorgando amplitud a las ideas, facilitando el ejercicio del poder público, consiguiendo afinar las relaciones de la vida privada. Todo ello debido a que la educación permite al hombre tomar conciencia de sus propios juicios, de sus propias ideas, desarrollándolos, expresándolos y sometiéndolos a diálogo crítico. El hombre podrá así adaptarse con los demás, entendiendo sus posibles divergentes posturas mentales y buscando adecuadas vías de diálogo constructivo. El desafío para los ambientes universitarios consiste precisamente en contribuir a la difícil tarea de formación de hombres, una tarea igual de útil que la búsqueda de la riqueza o el cuidado de la salud, aunque quizás menos tangible en una sociedad apática, mecánica, poco motivada y poco pensante como la nuestra [63]. Con cierto tono irónico, refiriéndose a la crisis educacional, al auge de modelos educativos útiles para el crecimiento económico y manteniendo una clara defensa del legado filosófico del mundo clásico, Martha C. Nussbaum advierte que una adecuada educación y formación histórico-cultural puede ser peligrosa, "*no sea que la narrativa histórica y económica lleve a cualquier pensamiento crítico serio*" [64].

8. EL LUGAR JURÍDICO-MATERIAL Y EL CARÁCTER AGENERACIONAL DEL DERECHO A LA FILOSOFÍA. REFLEXIONES FINALES

Las instituciones públicas, así como el derecho en general y las leyes en particular, representan la traducción y protección normativa de reglas o usos sociales y exigencias histórico-culturales ya existentes. A lo largo de este tra-

[62] Ibid., pp. 115-116.

[63] J. H. NEWMAN, *L'idea di Università*, Vita e Pensiero, a cura di L. Orbetello, Milano, 1976, pp. 201-203 y 211-213.

[64] Un pensamiento crítico "*acerca de la clase, acerca de si la inversión extranjera es realmente buena para la población rural pobre, acerca de si la democracia puede sobrevivir cuando se obtienen estas desigualdades tan enormes en oportunidades vitales básicas. Así que el pensamiento crítico no sería parte importante de la educación para el crecimiento económico*". M. C. NUSSBAUM, "Educación para el lucro, educación para la libertad", cit., p. 16.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1182

bajo hemos recordado que la filosofía no es enseñanza abstracta o teórica, sino eminentemente práctica y concreta, apta para formar personas capaces de orientarse incluso en una realidad confusa, egoísta y apática como la que nos rodea. A nivel político, puede y debe favorecerse un auténtico y libre ejercicio de responsabilidades individuales y colectivas y, siguiendo esta perspectiva, es evidente que el concepto de ciudadanía requiere una urgente redefinición social, política y jurídica, ya que el centro de todo discurso debe ser necesariamente la persona capaz y deseosa de participar. Con razón –sostiene Dominici– el discurso filosófico puede crear las condiciones para educar las nuevas generaciones según modelos interpretativos y perfiles capaces de corregir la fractura producida por el individualismo que domina nuestros tiempos y por el proceso de emancipación de la modernidad. Un proceso que, en efecto, ha producido, por una parte, el reconocimiento de algunos derechos fundamentales –por lo menos en el plano teórico– y que, por otra, parece haber debilitado los lazos de pertenencia de los individuos a la comunidad. En este escenario, el derecho a la Filosofía representa una herramienta necesaria para esbozar un nuevo mapa de acción en una sociedad compleja, poco responsable (o, intencionalmente, poco responsabilizada) y poco preocupada por la cuestión cultural. Un derecho a la Filosofía que, en este contexto, se presenta como requisito fundamental para el efectivo ejercicio del derecho a la educación y a la ciudadanía, o sea, del derecho a ser ciudadano y no súbdito, argumento, éste último, que implica la superación de los estériles y peligrosos modelos de democracia meramente procedimental. Puede parecer triste, sarcástico o anacrónico, pero creemos necesario exigir el derecho a ser capaces de reflexionar, analizar críticamente, elaborar pensamiento y proponer soluciones a las problemáticas de la existencia humana en sociedad. Afortunadamente no estamos solos en esta labor, ya que el análisis del actual tejido social realizado por atentos estudiosos –es el caso, una vez más, de Dominici– nos permite comprobar que, debido al analfabetismo funcional, a la pobreza educativa y a la falta de pensamiento crítico, corremos el riesgo de encontrarnos con una "*ciudadanía sin ciudadanos*" o, en otros términos, con unos ciudadanos no educados en el pensamiento crítico y a la complejidad de la auténtica convivencia ciudadana, que está hecha de derechos, pero, sobre todo, de deberes; que no es solamente sumisión, sino más bien participación. Vivimos una sociedad estratificada en la que el acceso al conocimiento parece ser, a priori, fácil de alcanzar –piénsese al avance tecnológico que proporcionan medios e instrumentos inimaginables hace unas décadas– pero que al mismo tiempo se presenta como la sociedad de la igno-

rancia, caracterizada por "*asimetrías informativas y cognoscitivas*" que ponen en discusión el conjunto de valores y principios comunitarios de la ciudadanía y de la democracia. El derecho a la Filosofía, por tanto, podría facilitar la búsqueda y la determinación de las condiciones socioculturales-educativas fundamentadas en la formación del pensamiento lógico y crítico, capaz de orientarnos en las actuales, oscuras e "*imprevisibles*" formas de gobierno[65].

Para ello, será necesario reivindicar, rescatar y redefinir. Reivindicar la importancia de los procesos educativos y formativos para crear personas y ciudadanos que sepan ser protagonistas de un necesario y urgente cambio cultural; rescatar el verdadero sentido de ciudadanía que ha acompañado la evolución de la sociedad humana y de los pueblos, para luego preguntarse si la ciudadanía es un privilegio, un derecho subjetivo o un modo de convivir; redefinir un concepto de ciudadanía que sea el resultado de un sentimiento de convivencia de la sociedad que lo expresa y no solo el producto de la técnica jurídica[66]. Todo ello, partiendo del planteamiento inicial que

[65] Sobre el analfabetismo funcional, la sociedad de la ignorancia, la referencia a las imprevisibles formas de gobierno y la idea de ciudadanía sin ciudadanos remitimos a las observaciones de Piero Dominici, quien viene sosteniendo que el derecho a la Filosofía podría representar una herramienta útil para rescatar el verdadero pensamiento crítico y, consecuentemente, la educación, la ciudadanía y la inclusión. Los textos que hemos consultado son: P. DOMINICI, "La filosofia come "dispositivo" di risposta alla società asimmetrica e ipercomplessa", en VV.AA., *Il diritto alla filosofia. Quale filosofia per il terzo millennio?*, a cura di L. Candiotto e F. Gambetti, Diogene Multimedia, Bologna, 2016, pp. 169-178; así como el *paper* de su autoría para *Il Sole 24 Ore en http://pierodominici.nova100.ilsole24ore.com/2017/04/23/il-diritto-alla-filosofia-per-ripensare-leducazione-la-cittadinanza-e-linclusione/?refresh_ce=1* (última consulta 1 de octubre de 2018) y para la *Universitá Ca' Foscari Venezia*, organizadora del citado encuentro titulado "*Il diritto alla filosofia. Quale filosofía nel terzo millennio?*" en *https://www.unive.it/media/allegato/DIP/Filosofia_beni_culturali/diritto-filosofia/Dominici.pdf* (última consulta 1 de octubre de 2018).

[66] En estos términos se ha expresado el profesor C. ROSSI durante la conferencia "*The Challenges of Migration in North America and Europe: Comparing Policies and Models of Reception*", organizada por el *Center for Italian Studies* de la *SUNY at Stony Brook* y que ha tenido lugar del 2 al 4 noviembre de 2017. Texto disponible en *https://www.lavocedinewyork.com/news/primo-piano/2017/11/13/cittadinanza-privilegio-diritto-soggettivo-o-modo-di-con-vivere/* (última consulta 8 de octubre de 2018). Sobre los procesos formativos y educativos, el famoso filósofo José Antonio Marina, poniendo a prueba la función educadora de la sociedad en nuestros tiempos y reconociendo las dificultades del deseable "*cambio cultural mediante el cual la sociedad entera recupere su función pedagógica*", sostiene que "*cualquier proyecto educativo tiene que saber conjugar al menos tres elementos: la acción educativa de las familias, la acción educativa de la escuela y la acción educativa de la sociedad*". Para conseguir el objetivo del cambio, dichos elementos deberían "*trabajar como lo que son, como un 'sistema', a todos los niveles*", siendo "*urgente una cultura de la colaboración entre las*

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1182

hemos mencionado y que se refiere a la posible existencia de un Derecho a la Filosofía que tiene, entre otras, la finalidad de redescubrir la importancia del bien común, entendido como hilo conductor y componente coagulante de los integrantes de una comunidad. Siguiendo las oportunas consideraciones de Martínez Quintanar[67], creemos que ha llegado el momento de "*repetir y hacer*", es decir ejercer ese derecho a la filosofía, comenzando por las manifestaciones y humildes observaciones –seguramente no exhaustivas, pero esperemos que reflexivamente diferentes de lo comúnmente divulgado– contenidas en este humilde manuscrito. Nos aviamos a las conclusiones y, además del contenido material del Derecho a la Filosofía, quizás resulte conveniente preguntarse qué lugar podría ocupar en la conocida generación de derechos. Por una parte, se trata de un derecho que precisa de un aparato de garantía para que el individuo pueda ejercerlo; por otra, es un derecho que determina un espacio libre para que su titular pueda proceder autónomamente, ya que la filosofía prepara para pensar y reaccionar frente a los problemas planteados por la vida y así resolverlos con la ayuda de la reflexión crítica. La filosofía articula la duda, busca la sabiduría, es una práctica, no siendo mera doctrina o ideología. Por esta razón ha sido sostenido que el derecho a la Filosofía pertenece a la primera generación de derechos, donde la relación entre Estado e individuo se caracteriza por la no intervención de la autoridad sobre las principales libertades individuales de opinión, expresión, etc. El ejercicio del derecho a la Filosofía comporta un movimiento entre espacio privado y público a la vez, ya que nadie puede hacer filosofía en abstracto sino en un concreto marco social e institucional. En este sentido, pues, el derecho a la Filosofía ha sido definido como un derecho individual y de todos, que siempre es posible, incluso en condiciones de persecución del pensamiento independiente. Entendemos que, por tanto, se hacen vivas, en este modo de concebir el derecho a la Filosofía, las reflexiones de Raffaello Franchini, quien en los años ochenta afirmó que la idea del filosofar es específica y universal: específica en cuanto se refiere a un derecho individual o a un individuo concreto en el ejercicio de su libertad; universal en cuanto expresa la búsqueda de la verdad entre las experiencias intemporales y aquellas terrenales, entre lo trascendente y lo inmanente. Esto equivale, por ende, a la negación de un saber absolutizado, pero sin quedar atrapado en un relativis-

instancias educativas". J. A. MARINA, "La función educadora de la sociedad", *Educación y futuro: revista de investigación aplicada y experiencias educativas*, núm. 22, 2010, pp. 45-46.

[67] M. Á. MARTÍNEZ QUINTANAR, "El derecho a la filosofía (Declaración y tesis según Derrida)", cit., p. 33.

mo axiológico y cultural[68]. En términos algo distintos, el foco de atención –al intentar ubicar sistemáticamente el derecho a la Filosofía– ha sido desplazado sobre los derechos económicos, sociales y culturales, a caballo pues entre la segunda y la tercera generación de derechos. Esta concepción responde al intento de reivindicar la filosofía como elemento esencial para el crecimiento de los individuos, como instrumento para vivir democráticamente y como elemento privilegiado en la enseñanza. Se trataría de un derecho que asume alcance colectivo y que, como todos los derechos culturales, participa de un proceso evolutivo y extensivo que permite comprender dentro de sí múltiples manifestaciones, desde los derechos a la identidad cultural o al interés para el patrimonio cultural, hasta el derecho a la enseñanza, a la educación o a la participación en la vida pública y comunitaria[69].

Pero este afán de catalogar el derecho a la Filosofía, situándole dentro de una u otra generación, puede que no sea el mejor modo de proceder, ya que el peligro reside en acotar, mediante definiciones, los márgenes de libertad de una actividad –la filosofía– que proclamamos libre. Ya nos dijo Giuseppe Limoni que el mismo Derrida cae en una contradicción, consistente en querer dar definiciones precisas sobre una actividad que al mismo tiempo proclama libre, una contradicción en cualquier caso justificada por el enfrentamiento polémico que el filósofo francés mantiene con una estructura político-jurídica al servicio de intereses ocultos. Este derecho a la Filosofía –según Limoni– asume un "*significado de batalla*", en el sentido que mediante su ejercicio se desea hacer resucitar la perspectiva del valor, del todo y de la razón, o sea las perspectivas que nuestros tiempos parecen negar. Conjuntamente, este Derecho supondría un proceso creativo en todas las sedes institucionales y sociales que rompería el dominio de "filosofías académicas" y "ciencias especializadas", dando lugar a una relación interdisciplinaria con estas. En su sentido cultural y moral, el derecho a la Filosofía va más allá del simple formalismo y positivismo de los ordenamientos jurídicos nacionales o internacionales, propiciando la libertad de pensar, imaginar y sentir, sin encontrar impedimentos para meditar sobre el sentido de la vida, un Derecho que es un valor para cultivar en sociedad como práctica civil basada en el diálogo crítico. Abrazamos por tanto estas

[68] Recogemos aquí la propuesta de C. ALTINI, "Quale tipo di diritto é il diritto alla filosofia?", en VV.AA., *Il diritto alla filosofia. Quale filosofia per il terzo millennio?*, cit., pp. 34-35, quien concluye avalando la propuesta del ilustre pensador Raffaello Franchini en las pp. 36 y 37.

[69] Así se expresan S. DE VIDO y L. ZAGATO, "Sulla natura del diritto alla filosofia alla luce del diritto internazionale dei diritti umani", en VV.AA., *Il diritto alla filosofia. Quale filosofia per il terzo millennio?*, cit., pp. 312-314.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1182

observaciones, en virtud de las cuales deberíamos resistir a la tentación de formalizar ese Derecho, pues la formalización es una de las enfermedades de nuestro tiempo. El derecho a la Filosofía no pertenece a ninguna generación de derechos y al mismo tiempo está presente en todas ellas, no se reduce a mera libertad individual o a simple necesidad colectiva, es ambas cosas, participa de ambas esferas en nombre de una resistencia a todo poder totalizante de naturaleza política o económica. Es cierto, se trata de un derecho complejo, ya que se trata de una necesidad urgente de salud[70].

Siendo el fenómeno jurídico un sistema de comunicación de bienes (jurídicos), podemos entender que sostener un derecho a la Filosofía equivale a considerar la filosofía como un bien. Y si las dificultades para eviscerar los contenidos de ese bien no son muchas, hay que reconocer que la máxima dificultad proviene precisamente del sujeto con el que pretendemos dialogar y al que deseamos reclamar la existencia de ese derecho. Nos referimos al todo poderoso tecnológico y económico que, mediante la eliminación interesada del dolor y del sufrimiento, pretende (y casi lo consigue, por lo menos en apariencia) dar lugar a una experiencia humana libre de toda negatividad y plenamente satisfecha[71]. Con esto no pretendemos indicar que los avances científicos de nuestros tiempos no hayan contribuido enormemente a un mejor vivir humano en sociedad, solo deseamos mantener que la filosofía es un bien y por tanto un derecho a pensar críticamente y también un deber de la sociedad hacía sí misma, pues una sociedad privada de un pensamiento crítico está destinada al fracaso cultural, científico, económico, moral, lingüístico, innovativo y competencial. El tecnicismo científico necesita del humanismo filosófico y viceversa, el diálogo es necesario más que nunca si queremos verdaderamente innovar y progresar[72]. Es entendible, pues, que Derrida haya querido promover una nueva política del pensamiento basado en una filosofía capaz de presentarse como elemento crítico de los rígidos esquemas racionales y totalitarios del espacio político[73]. De obligación de pensar,

---

[70] Compartimos pues las afirmaciones de G. LIMONE, "La miseria delle scienze e il diritto alla filosofia, en VV.AA., *Il diritto alla filosofia. Quale filosofia per il terzo millennio?*, cit., pp. 51-54.

[71] Así L. V. TARCA, "Il giudizio universale. Chi ha diritto di chiamarsi filosofo, oggi?", en VV.AA., *Il diritto alla filosofia. Quale filosofia per il terzo millennio?*, cit., p. 81.

[72] En estos terminos F. CONIGLIONE, "Il diritto alla filosofia, a quali condizioni", en VV.AA., *Il diritto alla filosofia. Quale filosofia per il terzo millennio?*, cit., pp. 298-299.

[73] Es lo que intuye S. TARANTINO, "L'obbligo di pensare. Una riflessione a partire da Hannah Arendt, Simone Weil e Jeanne Hersch", en VV.AA., *Il diritto alla filosofia. Quale filosofia per il terzo millennio?*, cit., p. 119.

en este sentido, hablaban ilustres personajes, como Hannah Arendt, cuando reivindicaban la necesidad de reencontrar el auténtico vinculo de conexión entre vida y verdad, pues tras un atento análisis de la naturaleza del mal no queda otra alternativa que la lucha desde una vida activa y no meramente contemplativa[74].

Angelo Anzalone
Área de Filosofía del Derecho
Departamento de Ciencias Jurídicas
Internacionales e Históricas y Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho y CC. EE.
Universidad de Córdoba
C/ Puerta Nueva s/n
14071 Córdoba
e-mail: ji2anana@uco.es

[74] En este sentido véase C. HERMIDA DEL LLANO, "La naturaleza del mal en el pensamiento de Hannah Arendt", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016, p. 165 y, de nuevo, S. TARANTINO, "L'obbligo di pensare. Una riflessione a partire da Hannah Arendt, Simone Weil e Jeanne Hersch", en VV.AA., *Il diritto alla filosofia. Quale filosofia per il terzo millennio?*, cit., p. 119.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1182

NORMAS INDISPENSABLES. NOTAS SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y HUMANOS EN LA TEORÍA SISTÉMICA DE NIKLAS LUHMANN*

NECESSARY NORMS. NOTES ON FUNDAMENTAL AND HUMAN RIGHTS IN NIKLAS LUHMANN'S SYSTEMIC THEORY

Arianna Maceratini
Università di Macerata

Fecha de recepción: 11-2-19
Fecha de aceptación: 11-6-19

Resumen: *Los derechos fundamentales son investigados por Niklas Luhmann a partir de su función en relación con cl sistema jurídico, así como en relación con el sistema social en su conjunto. Su función radica en la aseguración del nexo y de la diferenciación comunicativa entre sistema político y sistema jurídico, que refleja la que existe entre sistema político y sociedad. El sistema político evita, a través de los derechos fundamentales, extender su esfera de competencia a las diferentes esferas de la comunicación pública, al liberar de su potencial dominio fenómenos sociales ajenos a él, y al consolidar la estructura burocrática estatal. Los derechos humanos constituyen un momento crucial en la teoría de Luhmann dado que, al insertar una fuente de legitimación normativa externa al sistema jurídico, identificada en el escándalo generado en la opinión pública por la vulneración de los derechos humanos, expone el sistema jurídico al riesgo de pérdida de su especificidad funcional.*

Abstract: *Fundamental rights are investigated by Niklas Luhmann from the point of view of their function with respect to the legal system as well as to the overall social system. Their function is to ensure the nexus and communicative differentiation between the political and legal systems, which mirrors the one between the political system and the society. Through fundamental rights, the*

* La traducción al castellano es de Michele Zezza.

political system avoids to extend its sphere of competence to the different spheres of public communication, excluding from its potential domination social phenomena that do not belong to it and consolidating the State bureaucratic structure. Human rights play a crucial role in Luhmann's theory insofar as, by including a source of legal legitimacy external to the legal system, consisting in the scandal generated in public opinion by the violation of human rights, they expose the legal system to the potential loss of its functional specificity.

Palabras clave: sistemas sociales, Derecho, política, derechos fundamentales, derechos humanos
Keywords: social systems, Law, politics, fundamental rights, human rights

1. DERECHOS FUNDAMENTALES

El análisis de los derechos fundamentales y de los derechos humanos en Luhmann, que dentro de este trabajo se pretende abordar desde una perspectiva filosófico-jurídica, permite al intérprete interrogarse críticamente sobre la indispensabilidad o no de normas jurídicas generalmente consideradas como irrenunciable legado de la modernidad, así como emprender un examen de la función del Derecho y del sistema jurídico en la "sociedad compleja".

Los derechos fundamentales, en la teoría sistémica de Luhmann, son investigados a partir de su función en relación con el sistema jurídico, así como en relación al sistema social en su conjunto[1], entendiéndose por "sistema social" un nexo, dotado de sentido, de comunicaciones funcionalmente orientadas[2] que remiten la una a la otra de modo que puedan ser diferenciadas con respecto a un entorno constituido por comunicaciones inconexas[3].

[1] En el presente estudio se ha optado por seguir la distinción terminológica luhmanniana entre *Grundrechte* y *Menschenrechte* para designar, respectivamente, los derechos fundamentales y los derechos humanos. Para una profundización de esta distinción, véase M. FINCO, "Diritti fondamentali e diritti umani: il contributo della sociologia di Niklas Luhmann", *Revista Direito Mackenzie*, núm. 11, vol. 1, 2017, p. 174.

[2] Sobre la comunicación, como elemento último y no ulteriormente descomponible de los sistemas sociales, unidad elementar de la constitución autopoiética, cfr. N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, trad. it. de A. Febbrajo y R. Schmidt, Bologna, 1990, en particular pp. 283 ss. Sobre el mismo tema, véase también R. STICHWEH, "Systems Theory as an Alternative to Action Theory? The Rise of 'Communication' as a Theoretical Option", *Acta Sociologica*, núm. 43, 2000, pp. 5-13.

[3] Cfr. N. LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, trad. a cargo de R. Schmidt, Il Saggiatore, Milano, 1983, pp. 131-32.

Al respecto, la traducción canónica del concepto de diferenciación funcional o de *autodiferenciación* (*Ausdifferenzierung*), es decir, "desarrollo por medio de diferenciación"[4], parece vehicular la idea de una diferencia procedente de un proceso, a su vez, derivado de la referencia a la función que identifica el sistema social con respecto a todo lo que se distingue de él, a saber, el entorno indiferenciado que carece de peculiares funcionalidades. "La creación del neologismo *ausdifferenzieren* se basa en el particular valor semántico disyuntivo propio del fecundísimo prefijo verbal *aus* –, capaz de destacar en innumerables formaciones lexicales un proceso cuyo resultado consiste en una separación. Se impone, por tanto, una solución traductiva que sepa poner de manifiesto el carácter procesal (la diferenciación) y, por otro lado, la conclusión de este proceso (el formarse de una nueva entidad)"[5]. El sistema expresa, pues, la diferencia entre sí mismo y el entorno libre de funciones, complejo y variable. La diferenciación se produce a "mancha ciega", expresión (frecuentemente utilizada por Luhmann) que acaba oscureciendo la paradoja del origen y de la ampliación de los sistemas sociales. Dicho proceso se realiza produciendo una brecha entre sistema y entorno que es "siempre un no-antes y, por tanto, no coincide con el inicio, sino ya con el encontrarse en un diferenciar iniciado"[6].

La idea de *función*, en particular, indica la relación y las prestaciones proporcionadas por el sistema al contexto ambiental, variables de acuerdo con el problema en cuestión. Característica y consecuencia de la diferenciación funcional son la *universalidad* de la competencia del sistema en relación con el papel desarrollado y, por otro lado, la *especificación* de la prestación, de las relaciones instauradas con el entorno, de las condiciones de comunicación consideradas adecuadas por el sistema para la prosecución de las operaciones[7]. Estas últimas varían de acuerdo con la naturaleza de las comunicaciones puestas en práctica y son elaboradas con la forma del *código binario*[8] ca-

---

[4] Cfr. por ejemplo R. SCHMIDT, *Tradurre la complessità. Note bilingui sul lessico luhmanniano*, apéndice a N. LUHMANN, *Sistemi sociali*, cit., p. 753.

[5] Ibid., p. 754.

[6] B. ROMANO, *Filosofia e diritto dopo Luhmann. Il tragico del moderno*, Bulzoni, Roma, 1996, p. 126.

[7] Cfr. N. LUHMANN, *Osservazioni sul moderno*, trad. de F. Pistolato, Armando, Roma, 1995, p. 107.

[8] La esquematización binaria "no es un hecho de la naturaleza ni una ley proporcionada por la lógica divina", sino el resultado de la evolución social, un "universal evolutivo" (N. LUHMANN, *Essays on Self-Reference*, Columbia University Press, New York, 1990, p. 232).

racterizado por un valor positivo, que muestra el nexo entre las operaciones, y por un valor negativo, expresión de la complejidad ambiental[9]. La finalidad del código consiste en informar sobre toda experiencia y acción que entre a formar parte del específico sector funcional, proporcionando al mismo tiempo elementos conectivos para sucesivas comunicaciones. "Estos códigos deben de cumplir una función que podemos identificar con la '*generación de información*'"[10].

Los procedimientos sistémicos se realizan en los movimientos de *referencia* –autorreferencia, cierre operativo, heterorreferencia, apertura informativa–, mientras que los sistemas sociales que se abren al entorno y asumen informaciones, se cierran en sí y reducen complejidades al otorgar materiales a las dos vertientes de la codificación, se abren para introducir en el entorno ciertas decisiones de complejidad simplificada. A través de estos criterios, el sistema marca su propia frontera entre la complejidad ya reducida, pero fijada como posible alternativa de selección, y la complejidad ambiental que exige ser reducida con la transformación de los problemas externos en cuestiones internas de racionalidad procedimental, aumentando la complejidad del sistema. En efecto, cuanto más complejo es un sistema, tanto más complejo puede ser su mundo, en el paralelo incremento de las complicaciones y de los mecanismos de reducción funcional[11], dado que la distinción entre autorreferencia y heterorreferencia está puesta en práctica reflexivamente en los procedimientos sistémicos[12].

Cabe destacar que la racionalidad del sistema social radica en la contingente verificación de los mecanismos autopoiéticos; en otras palabras, dicha racionalidad sólo está comprobada y justificada a posteriori por el propio permanecer sistémico, en un presente operativo contemporáneo e idéntico al instante que lo precede y lo sigue[13]. El mantenimiento de la cohesión y del

---

[9] Cfr. N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *Teoria della società*, Franco Angeli, Milano, 1992, p. 139. "Con la verdad, el amor, la propiedad, el poder, se puede hacer algo. Los correspondientes valores negativos sólo son disponibles a efectos de control y producen el contexto mediante el cual la práctica de la conexión de la parte positiva de los medios de comunicación puede convertirse en selección racional" (ibid., p. 140).

[10] N. LUHMANN, *Amore come passione. La codificazione dell'intimità*, trad. it. de M. Sinatra, Laterza, Roma-Bari, 1985, p. 97, énfasis en el texto.

[11] Cfr. N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, trad. it. parcial de F. Spalla, Guida, Napoli, 1978, p. 149.

[12] Cfr. N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., p. 28.

[13] Cfr. N. LUHMANN, *Osservazioni sul moderno*, cit., p. 132. Para una profundización de los conceptos de contingencia y de doble contingencia, cfr. ibid., pp. 61 ss.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1183

orden social exige, sin embargo, la formación de un consenso difuso sobre las previsiones comportamentales, al señalar la oportunidad de estructuras de expectativas con las cuales situarse desde el punto de vista de las expectativas de los demás[14]. A efectos de la estabilización del comportamiento y para la delineación de un contingente orden social resultan funcionales estructuras de expectativas que consientan la formación de un consenso difuso sobre las expectativas comportamentales[15]. "La sincronización del comportamiento está asegurada, podría decirse, a través de expectativas aprendidas. Estas expectativas deben incluir no sólo el comportamiento, sino también la experiencia interna del otro, sobre todo la expectativa que él mismo dirige a quien espera"[16].

La función del Derecho, de la cual el sistema jurídico obtiene su propia diferenciación, consiste en la generalización y en la estabilización de las expectativas comportamentales. "Con respecto al orden global adquiere significado confrontar el individuo con alternativas de comportamiento abiertas y estructuradas, para que se convierta en algo de relativamente irrelevante para la sociedad en su conjunto cuál alternativa sea privilegiada"[17]. Más precisamente, al Derecho, que también participa en la formación de las expectativas cognitivas, atañe la específica función de garantizar las expectativas normativas de modo que estas resistan a la decepción, y, de esta manera, consiente "inversiones" en el esperar[18]. La normatividad constituye "la forma de una expectativa de comportamiento a través de la cual se indica que la expectativa debe de ser mantenida incluso en caso de decepción"[19]. Sin

---

[14] Cfr. G. MARRAMAO, "Teorici della società complessa e dei sistemi: Niklas Luhmann", en: A.NEGRI (a cura di), *Novecento filosofico e scientifico*, Marzorati, Milano, 1991, p. 509.

[15] Cfr. ibid.

[16] N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, trad. de R. De Giorgi, M. Silbernagl, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 104.

[17] N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, trad. de S. Magnolo, Dedalo, Bari, 2002, p. 140. La generalización *material* se obtiene a través de actitudes de rango, objetivos comunes, pertenencia a grupos; la generalización *temporal* se obtiene de las normas; la generalización *social* queda avalada por las instituciones, cfr. *ibid.*, pp. 142-44. "En la medida en que la relevancia material puede ser especificada, también las *necesidades de consenso pueden ser limitadas a lo que es específicamente relevante*", *ibid.*, p. 144. Por tanto, el Estado puede esperarse de los ciudadanos una actuación individualista y, al mismo tiempo, un nivel eficaz de generalización de las expectativas comportamentales, apoyando también los empujes comunicativos divergentes (cfr. ibid., p. 155).

[18] Cfr. N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., p. 109.

[19] Ibid., p. 41. "Si mi análisis relativo a la combinación de los caracteres que están en la base de nuestra cultura jurídica es correcto, entonces esa cultura se apoya en un forzado

embargo, desde una perspectiva crítica que pretenda situarse más allá de la descripción sociológica, cabe observar que la expectativa normativa en Luhmann está autorreferencialmente confirmada por automatismos procedimentales. La función normativa surge, en todo caso, de la exigencia de seguridad, por el hecho de que cada uno debe tener la certeza de sus propias expectativas, incluso en el caso de decepción, y debe poder reconectarlas con las expectativas de los demás[20].

Las normas representan expectativas de comportamiento que exigen ser observadas también en caso de decepción; es más, incluso su incumplimiento es objeto de la expectativa de la que derivan precisas consecuencias[21]. "Al menos una consecuencia forma parte necesariamente del estilo específico que caracteriza a la expectativa normativa, es decir, el hecho de que quien espera no acaba siendo considerado como ingenuo e inexperto en caso de decepción, sino que puede sentirse como quien lleva razón con respecto a sus propias expectativas. La 'culpa' está claramente en el otro lado"[22]. Esta función, en la dimensión temporal del sistema jurídico, se dirige principalmente al futuro allí donde el Derecho mira a garantizar de la realización de los efectos de la normativa por medio de una evolución de las probabilidades de comportamiento, con la previsión de una eventual sanción[23]. La función del Derecho presenta inmediatas implicaciones, asimismo, en las dimensiones materiales y sociales de la coexistencia conservando con el tiempo una forma contingentemente reconocible, idónea para distinguir el comportamiento conforme de aquello desviado y relacionando con este esquema las expectativas sociales[24]. "En este sentido, la relación entre vida jurídica y sistema jurídico adquiere la forma de una anticipación de eventuales decisiones sobre los conflictos, que son consideradas como *posibilidad* y sólo se determinan con *certeza* en los casos concretos de conflicto"[25]. El nexo entre contingencia y norma, entre "de-diferenciación" y decisión, constituye la razón de la

normativismo. Todo lo demás, es decir, esquematización, universalismo y diferenciación de un sistema del Derecho, dependen de aquel normativismo: dependen, dicho de otra manera, de la fundada decisión legitima de no corregir sus propias expectativas en caso de decepción, sino de resistir y de hacerlas valer reaccionando" (ibid., p. 88).

[20] Cfr. ibid., p. 81.

[21] Cfr. N. LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, cit., p. 107.

[22] Ibid.

[23] Cfr. N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., p. 81-82.

[24] Cfr. N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, trad. it. de G. Corsi, Mondadori, Milano, 1996, p. 67.

[25] Ibid., p. 60, énfasis en el texto.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1183

diferenciación funcional del sistema jurídico y muestra la especificidad del Derecho a la hora de limitar la contingencia social mutando las expectativas fácticas en expectativas normativas: la eventual decepción de las primeras se inscribe[26] en la experiencia jurídica y es elaborada por el código Derecho/no-Derecho[27].

El proceso de diferenciación implica, además, que las normas y las tomas de decisiones sean automizadas de conformidad con la función, como estructuras y procesos particulares y reconocibles, a fin de distinguir el Derecho de otros tipos de normas sociales[28]. Este proceso de autonomía comunicativa se radicaliza con la positivación del Derecho, o sea, a través de la misma constitución normativa[29]. El Derecho positivo coincide, en efecto, con el derecho que ha sido puesto y que es válido en virtud de una decisión[30]. La relación entre el Derecho positivo y los demás modelos normativos (por ejemplo, morales, sociales, religiosos) se basa ahora no tanto en la complementariedad funcional de las esferas, sino más bien en la reciproca indiferencia e irrelevancia[31].

La positivación del Derecho lleva el sistema jurídico a renunciar a conmistiones con los diferentes contextos sociales por medio de operaciones de especificación funcional y de descongelamiento comunicativo, ya que el mismo sistema jurídico establece, por medio de autónomos procesos y de

---

[26] Sobre el concepto de *re-entry*, véase N. LUHMANN, "Observing Re-entries", *Graduate Faculty Philosophy Journal*, núm. 16, vol. 2, 1993, pp. 485-98.

[27] En el sistema jurídico, el código binario está representado por los valores opositivos derecho/no-derecho. La oposición conceptual '*Recht/Unrecht*' presenta notables problemas de traducción, los cuales descienden de la dúplice caracterización semántica del binomio que designa tanto la antítesis entre "tener razón" y "equivocarse" como la oposición entre Derecho y no-Derecho. Este último vocablo no es jurídicamente en la lengua italiana, ni siquiera como término jurídico especializado. Cfr. al respecto R. SCHMIDT, *Tradurre la complessità*, cit., p. 758.

[28] Cfr. N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., p. 130.

[29] Según Ferrari, la concepción luhmanniana del sistema jurídico no explicaría suficientemente las múltiples situaciones en las que el elemento jurídico se combina con el moral, el religioso, el social, infravalorando las mismas potencialidades comunicativas del Derecho; cfr. V. FERRARI, "Sul futuro della sociologia del diritto", *Rivista di filosofia del diritto*, núm. 2, 2012, pp. 271-72. Sobre las tareas de reducción de la complejidad de lo real, adscritos a la moral, cfr. N. LUHMANN, *Il paradigma perduto*, trad. it de S. Rodeschini, Meltemi, Roma, 2005.

[30] Cfr. N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., p. 113.

[31] Cfr. K.H. LADEUR, "Superamento della complessità attraverso la capacità di apprendimento del diritto. L'adeguamento del diritto alle condizioni del Postmoderno. Una critica alla teoria giuridica del discorso di Jürgen Habermas", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 73, vol. 3, 1996, pp. 482-483.

manera vinculante, lo que pueda definirse derecho. En particular, sobre las relaciones entre sistema jurídico y sistema político escribe Luhmann:

> *[s]i la legislación y la coerción constituyen momentos esenciales del derecho, al menos en las sociedades que disponen de un ordenamiento estadual, y el Estado se considera esencialmente como aparato que funciona de acuerdo con el derecho, entonces no es para nada posible imaginar una diferenciación entre sistema jurídico y sistema político […]. Por otro lado, sin embargo, existen hoy claros síntomas de una mayor diferenciación entre sistema jurídico y sistema político […]. Quien habla, al respecto, de de-diferenciación no ha entendido la especificidad de la diferenciación de los sistemas, que es la de incrementar las independencias y las dependencias reciprocas*[32].

Se deberá, pues, renunciar a la idea de una relación de supraordenación jerárquica entre el sistema jurídico y el sistema político, habida cuenta de su reciproca diferenciación funcional: el concepto de *apareamiento estructural*[33] parece el más idóneo para describir las relaciones entre los dos sistemas. El sistema jurídico es utilizado políticamente en el proceso de consolidación de las públicas instancias y, por otra parte, la influencia social sobre el sistema jurídico está limitada a aquellas instancias que asumen una forma política entendida como decisiones colectivamente vinculantes[34]. En este caso, la política asume el control de la *fuerza física* –que Luhmann distingue de la *violencia física* tout court, siendo la primera una tipología de ejercicio de poder que no depende de las formas de diferenciación social, sino trasversal a diferentes períodos históricos y capaz de poner en relación el plano simbólico del sistema político con la fisicidad de los organismos sin involucrar necesariamente otros ámbitos sistémicos, como por ejemplo el económico o el familiar–, a través de la autorización a hacer ejecutiva la legitima pretensión jurídica[35].

La organización del poder en el sistema político está orientada a hacer superflua la utilización de la fuerza física, al temporalizar su intrínseca violencia: los horizontes temporales –la inicial amenaza del recurso a la fuerza y el evento futuro que actualizará esta amenaza– son mutados, por el medio del sistema político, en regulación efectiva de la codificación secundaria de la ley[36]. El sistema jurídico y el sistema político aparecen, pues, recíproca-

---

[32] N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., pp. 147-149.

[33] Para profundizar en el concepto de aparejamiento estructural, con una atención especial al sistema jurídico, cfr. N. LUHMANN, *Il diritto della società*, trad. it. de L. Avitabile, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 411-464.

[34] Cfr. N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, cit., pp. 189-191.

[35] Cfr. N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, cit., pp. 70-71.

[36] Cfr. ibid., pp. 79-80.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1183

mente *irritables*[37] y la Constitución es lo que lleva a su aparejamiento funcional[38], allí donde '*irritación sistémica*' indica una "forma de percepción *sin elementos correlativos en el entorno*"[39].

En este sentido, la función de los derechos fundamentales radica en asegurar el nexo y la contemporánea diferenciación comunicativa que subsiste entre sistema político y sistema jurídico, que refleja la establecida entre sistema político y sociedad.

> *Al igual que muchas otras instituciones funcionalmente equivalentes del orden social burocrático-industrial, los derechos fundamentales sirven para regular la comunicación a fin de que, en general, permanezca disponible para la diferenciación […]. Los derechos impiden que todas las comunicaciones se orienten a finalidades específicas de la burocracia estadal y hacen por tanto posible la racionalización de estos objetivos en el sentido de una prestación especificada funcionalmente que siempre debe presuponer la existencia en el orden social de prestaciones, de otros sistemas de consecución de los intereses, de otras fuentes de poder y de prestigio social*[40].

La función de los derechos fundamentales tiene que hallarse, por tanto, en la delineación y en la estabilización de la necesaria distancia que debe transcurrir entre el sistema político –cuya función está representada por la producción de decisiones colectivamente vinculantes– y los diferentes contextos sociales funcionalmente diferenciados. Este procedimiento se realiza, por un lado, impidiendo que el sistema político invada comunicativamente otros ámbitos sociales y, por otro lado, asegurando que el sistema político no acabe orientándose de una manera extrínseca respecto a su propia función. Eso significa que, al proteger el ciudadano del predominio estatal, los derechos fundamentales se dirigen, al mismo tiempo, a la conservación de la estructura burocrática, consolidando el Estado como sistema de función. En otras palabras, al evitar indebidas injerencias comunicativas del sistema político en subconjuntos sociales también se evita la de-diferenciación comunicativa de la política entendida como sistema funcional[41].

Es preciso destacar, ahora, el utilizo *multifuncional* de la institución de los derechos fundamentales en relación tanto con la complejidad medioam-

---

[37] Cfr. N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, cit., pp. 189-191.

[38] Cfr. N. LUHMANN, *Il diritto della società*, cit., p. 258. Sobre el sistema político como *medium* de aparejamiento estructural entre sistema jurídico y sistema económico, cfr. ibid., p. 438.

[39] Ibid., p. 414, énfasis en el texto.

[40] N. LUHMANN, *I diritti fondamentali*, cit., p. 60, énfasis en el texto.

[41] Cfr. G. PALOMBELLA, L. PANNARALE, "Introduzione", en N. LUHMANN, *I diritti fondamentali*, cit., pp. 17-45.

biental como con las peculiares exigencias, a veces en recíproco condicionamiento y en contradicción, de los sistemas sociales. "Las formulaciones de los derechos fundamentales se unen a determinados puntos de peligro, en los cuales el sistema político tiende a cruzar su específica función de producción de decisiones vinculantes, a arrastrar en sus interiores procesos sociales y a integrarlos políticamente"[42]. El sistema político, en la diferenciación funcional, evita, a través de los derechos fundamentales, extender su propia esfera de competencia a las diferentes esferas de la comunicación pública, liberando de su potencial dominio fenómenos sociales ajenos a él, aunque estos últimos puedan presentar repercusiones de discusión política.

La función precipua de los derechos fundamentales consiste en "impedir que todas las comunicaciones se orienten a los fines particulares de la burocracia estatal, que haya, en suma, una especie de politización de la comunicación"[43]. Eso en beneficio de preservar el mismo sistema político de la de-diferenciación funcional[44]. "Los eventos sociales, que parecen poder adquirir relevancia política, pueden ser reconocidos y conformados al *modus* aceptado de poner cuestiones políticas, sobre todo en dos aspectos: la elección de los *temas* y de los *interlocutores* de la comunicación"[45]. La elección de los temas y de los interlocutores de la comunicación está remitida al individuo, así como la posibilidad de aprobar o no las argumentaciones y motivaciones de los demás; y eso ocurre independientemente de los procesos comunicativos pertenecientes al sistema político. La libertad de disponer de estas elecciones preserva, pues, la diferenciación del contexto social y del sistema político de las "tendencias expansionistas" autorreferencialmente generadas por ese último ámbito comunicativo[46]. "Los derechos fundamentales sirven para estabilizar, en los puntos críticos, la distancia del sistema político de aquellos procesos sociales que hacen posible la diferenciación, y para evitar que sean integrados políticamente, equiparando así orden político y orden general"[47]. Eso permite crear y experimentar normas, papeles e instituciones funcionalmente equivalentes bajo el perfil de la contribución a la diferenciación funcional sin que la generalidad de las expectativas sociales sea incluida en un orden político dominante[48].

---

42 N. LUHMANN, *I diritti fondamentali*, cit., p. 156.
43 G. PALOMBELLA, L. PANNARALE, "Introduzione", cit., p. 15.
44 Cfr. N. LUHMANN, *I diritti fondamentali*, cit., pp. 157-159.
45 Ibid., p. 158.
46 Cfr. ibid., énfasis en el texto.
47 G. PALOMBELLA, L. PANNARALE, "Introduzione", cit., p. 23.
48 Cfr. N. LUHMANN, *I diritti fondamentali*, cit., p. 163.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1183

Los derechos fundamentales –en primer lugar, la libertad de comunicación[49]– se inscriben, por tanto, en las fungibles estrategias sistémicas finalizadas a impedir la de-diferenciación funcional –que procedería de una eventual politización total de la comunicación social– al conferir forma específica al interés estatal para los fenómenos sociales políticamente relevantes, preservando así la discontinuidad de las diferentes esferas de significado. Hay que entenderlos, por consiguiente, como instituciones "correctivas y bloqueantes" de los procesos de de-diferenciación funcional, de indistinción comunicativa, de forma análoga a la separación de los poderes del Estado y a la distinción entre política y administración estatal[50]. "La persistencia de una diferenciación especificada funcionalmente, obtenida por medio de la libertad de la comunicación, no tiene como objetivo […] hacer que el Estado ignore a comunicaciones y grupos políticamente relevantes fuera del sistema político, como si eso no lo afectara […]. Su solución no es dominio, sino sensibilidad"[51].

La especificación funcional del sistema político necesita, en efecto, de una fuerte movilidad comunicativa y, al mismo tiempo, de estabilidad: este sistema sólo puede diferenciarse en un contexto social *ya* funcionalmente diferenciado: "[c]condición necesaria es que las comunicaciones puedan ser suficientemente diferenciadas, especificadas y generalizadas, que puedan ser justificadas por medio de 'sistemas secundarios', es decir, indirectamente, y que no se obstaculice la disposición a la comunicación a causa de vínculos sociales o firmezas emotivas demasiado estrechas"[52]. La evolución de los derechos fundamentales está conectada, en el plano histórico, con la afirmación de los sistemas de Derecho positivo, desvinculados del respeto de principios inmutables y, por tanto, abstractamente reconducibles a arbitrarias simplificaciones de la contingencia interna al sistema jurídico: su justificación se sitúa en la garantía de la autonomía del Derecho, y más en general de la diferenciación funcional sistémica –frente a posibles injerencias comunicativas de orden político[53].

La teoría luhmanniana propone, por tanto, la contingente redeterminación de las normas básicas y de las representaciones de valor en los subsistemas so-

---

[49] Sobre la libertad de comunicación encaminada a la civilización de las expectativas comportamentales, cfr. ibid., pp. 139-169.

[50] Cfr. ibid., p. 60.

[51] Ibid., pp. 159-60.

[52] Ibid., pp. 152-53.

[53] Cfr. ibid., p. 269.

ciales[54] y destaca la inadecuación de las tradicionales dicotomías Estado/persona, pretensión/obligación jurídica, culpables, según el autor, de bloquear el acceso a la complejidad social[55]. Por tanto, los derechos fundamentales, ya no entendidos como normas fundadas en el derecho natural o como valores últimos puestos en defensa del ciudadano frente al Estado, *encuentran su identidad en el problema de referencia*, esto es, al marcar la distancia comunicativa del sistema político de diferentes procesos sociales, asegurando el mantenimiento de la especificación funcional de la sociedad compleja[56] y al ofrecer una tutela que surge en beneficio de la misma estructura burocrática[57]. "Para mantener la diferenciación funcional al nivel alcanzado actualmente son necesarios los derechos fundamentales, o los equivalentes funcionales, aún no descubiertos"[58]. Son, de hecho, las necesarias interdependencias funcionales, características de la sociedad compleja, que reclaman la *institucionalización de una pluralidad de derechos fundamentales*[59] así como, según la teoría sistémica, que exigen una constante investigación sobre sus equivalentes funcionales, sobre las eventuales condiciones de su sustituibilidad[60].

"La sociología –escribe Luhmann–, al interrogarse sobre la función de los derechos fundamentales, abre la mirada sobre otras posibilidades. Trata a estos santuarios como variables, encontrando el sentido de su realidad en las condiciones de su sustituibilidad"[61]. Por tanto, los derechos fundamentales no constituyen, para el autor, principios eternos o inmutables, ya que surgen en una fase histórica determinada, a saber, la modernidad que se caracteriza por la diferenciación funcional de los sistemas y por elevados niveles de complejidad social, y como garantía contra de la posible regresión

---

54 Cfr. ibid., p. 50.

55 Cfr. ibid., pp. 301-315.

56 Sobre la función del sistema político, cfr. ibid., pp. 48-51. Para profundizar los nexos entre sistema jurídico y sistema español, cfr. N. LUHMANN, *Il diritto della società*, cit., pp. 379-409.

57 Cfr. G. PALOMBELLA, L. PANNARALE, "Introduzione", cit., pp. 5-35. Los derechos fundamentales preservan la individualidad, la civilización de las expectativas comportamentales, las dinámicas propias del sistema económico y el fundamento democrático del poder de su eventual, indebida, inclusión en la esfera de competencia del poder político; cfr. N. LUHMANN, *I diritti fondamentali*, cit., p. 294.

58 Ibid., pp. 277, 291.

59 Cfr. ibid., p. 294. En *I diritti fondamentali come istituzione* Luhmann analiza, además de la dignidad, de la libertad y de la igualdad frente a la ley, también el derecho a la propiedad, el derecho al trabajo y el derecho al voto.

60 Cfr. ibid., p. 39.

61 Ibid., p. 39.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1183

a precedentes fases de desarrollo social. "Los derechos fundamentales pertenecen a este contexto problemático de la diferenciación social, tanto por su forma universalista y funcionalmente especificada como por su función particular"[62]. En este sentido, el nexo existente entre Derecho positivo y diferenciación social se profundiza en la temática de los derechos fundamentales, implicados en la conservación de la estructura social diferenciada contra de eventuales tendencias políticas de invasión de los autónomos contextos comunicativos. "La relación entre derechos fundamentales y estructura diferenciada del orden social es dúplice. Los derechos fundamentales no sólo mantienen la separación de las esferas de la comunicación […], sino que, a su vez, son respaldados por esta misma diferenciación"[63].

Hay que destacar cómo tanto el Derecho positivo como los derechos fundamentales no constituyan los únicos instrumentos de garantía de la diferenciación funcional ya que a ellos se añaden las lábiles fronteras comunicativas existentes entre los sistemas sociales que contribuyen a delimitar las posibilidades de injerencia política en el contexto más específicamente jurídico, al asegurar la consolidación de la diferenciación funcional. "El Derecho positivo sólo es un modo para fortalecer la seguridad, a través de la seguridad de aquellas instituciones que el Derecho positivo está llamado a proteger, esto es, de la capacidad de funcionamiento del orden global"[64]. Está aquí ilustrada la paradoja de la circularidad autorreferencial que es intrínseca a la positivación de los derechos fundamentales garantizados por lo que ellos deberían de garantizar[65]. Desde la perspectiva sistémica, la libertad y la dignidad de la persona no son reconducidas a problemáticas individuales, que exigen ser tuteladas recurriendo a las así llamadas libertades negativas: la libertad y la dignidad asumen una connotación intersubjetiva que está relacionada con los mecanismos de elaboración de las expectativas individuales independientemente del contexto político[66]; dicho de otro modo, ellas son institucio-

---

[62] Ibid., p. 269.

[63] Ibid., p. 272.

[64] Ibid., p. 273.

[65] Cfr. ibid. Sobre la función de la tautología y de la paradoja en la teoría sistémica, cfr. N. LUHMANN, "Tautology and Paradox in the Self-Descriptions of Modern Society", *Sociological Theory*, núm. 6, vol. 1, 1988, pp. 21-37; N. LUHMANN, "The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History", *Journal of Law and Society*, núm. 15, vol. 2, 1988, pp. 153-66.

[66] Cfr. G. PALOMBELLA, L. PANNARALE, "Introduzione", cit., p. 21. Una profundización de la dignidad humana centrada en la esfera de la representación pública individual como capacidad de autodeterminarse y autorrepresentarse en las relaciones sociales y estric-

nalizadas en la teoría sistémica como garantía de la capacidad individual de comunicación[67]. Ambas se configuran, por tanto, como "precondiciones de la posibilidad de socialización del hombre como individuo (más concretamente, para su individualización como interlocutor de la comunicación)"[68].

La libertad y la dignidad aún no habrían de ser entendidas, si fueran colocadas en el plano de los valores, como calidades naturales del hombre o como derechos humanos inalienables; si se sitúan en el marco de procedimientos de diferenciación funcional, son traducidas en elementos de autorreferencia sistémica y de generalización del contexto comunicativo[69]: en esta última configuración, constituyen las precondiciones (internas y externas) de la autorrepresentación de la personalidad individual[70]. En ambos casos, el bien jurídicamente tutelado consiste en la personalidad constituida dentro de la autorrepresentación[71], esto es, en "aquel proceso que convierte en persona al hombre que comunica con otros hombres constituyéndolo en su humanidad"[72]. Observa Luhmann al respecto: "El Estado y la personalidad individual indican direcciones distintas de la generalización de comunicaciones, diferentes formaciones de sistemas, que se presuponen recíprocamente, aunque sin poder producirse y garantizarse de manera completa"[73]. Resulta evidente, una vez más, la función asumida por los derechos fundamentales en el mantenimiento de la diferenciación funcional en respuesta a las amenazas procedentes de los mismos nexos comunicativos sistémicos (en este caso relacionables con el ámbito político y estadual) que podrían detener ulteriores posibilidades de desarrollo y de expresión simbólico-comunicativa[74].

---

tamente relacionada con la libertad subjetiva, se puede encontrar en V. MARZOCCO, "La dignità umana tra eredità e promesse", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. 2, 2013, pp. 296-98.

[67] Cfr. N. LUHMANN, *I diritti fondamentali*, cit., p. 59. "La dignidad debe ser constituida. Es el resultado de representaciones difíciles, relacionadas con intereses generales del sistema de la personalidad, en parte conscientes y en parte inconscientes, y es, en la misma medida, el resultado de una continua cooperación social […]. La dignidad es uno de los bienes más sensibles del hombre, ya que es así fuertemente generalizada que todas sus particularidades se refieren al hombre en su globalidad […]. Por lo tanto, dista mucho de ser 'intangible'" (ibid., p. 120).

[68] Ibid., p. 112.

[69] Cfr. ibid., p. 115.

[70] Cfr. ibid., p. 131.

[71] Cfr. ibid., p. 123.

[72] Ibid., p. 120.

[73] Ibid., p. 124.

[74] Cfr. ibid., p. 138.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1183

La igualdad expresa, en primer lugar, la exigencia de que el orden jurídico de la sociedad diferenciada sea generalizado según sus propias necesidades estructurales, es decir, mediante la generalización de las expectativas comportamentales, introducida por el sistema jurídico, en el plano temporal, material y social[75]. La distancia entre el concepto de igualdad y los derechos de libertad no radica, por tanto, en la función, sino en la esfera de acción regulada: mientras que estos últimos, al describir los derechos individuales, garantizan esferas de libertad para su cumplimiento, el derecho de igualdad considera, como aspecto especular, la acción estadual en la capacidad de responder a las exigencias y a las incógnitas de la diferenciación social[76]. Es preciso señalar que, en cualquier caso, el mantenimiento de la diferenciación funcional representa el nodo central del análisis sistémico: la igualdad tiene que ser comprendida, al igual que los derechos fundamentales, en el general contexto problemático de la diferenciación social que deriva de la formación en la sociedad de subsistemas funcionalmente especificados y relativamente autónomos[77].

"Se alega que, en relación con la sociedad (o, a menudo con el mismo significado: al Estado), habría que exigir igualdad, y que esta sea sin duda compatible con la diversidad de los seres humanos. En el fondo, detrás de grandes palabras y principios, se trata de reorientar el mundo de las ideas de la estratificación a la diferenciación funcional"[78]. Con la realización de esta última fase de la diferenciación sistémica, y en el momento en que en un orden social se desarrolla el sistema jurídico como ámbito relativamente autónomo de decisiones vinculantes, pueden detectarse dos tipos de peligro: el primero, en contraste con los derechos de libertad, es que las decisiones vinculantes obliguen al ciudadano a comportamientos que no corresponden a la estructura social diferenciada; el segundo, en contraste con el principio de igualdad, se produce cada vez que las decisiones estatales no corresponden a las exigencias estructurales del orden social diferenciado[79]. Éste, respaldado por la de-temporalización de las expectativas comportamentales realizada

---

[75] Cfr. ibid., p. 253.

[76] Cfr. ibid., p. 245.

[77] Cfr. N. LUHMANN, *I diritti fondamentali*, cit., p. 265.

[78] N. LUHMANN, *Il principio di uguaglianza come norma e come forma*, trad. de S. Magnolo, Armando, Roma, 2017, p. 56. Sobre la incompatibilidad entre estratificación social y principio de igualdad, típico de la sociedad funcionalmente diferenciada, cfr. S. MAGNOLO, "Introduzione" en N. LUHMANN, *Il principio di uguaglianza*, cit., pp. 18-22.

[79] Cfr. N. LUHMANN, *I diritti fondamentali*, cit., p. 245.

por el sistema jurídico, permite la reducción de la complejidad ambiental por medio de la misma contingencia normativa. "Lo que pueda ser la justicia en la sociedad moderna no es posible establecerlo a manera de la interpretación de una norma o de un valor, por ejemplo, mediante exégesis del concepto de igualdad, pero sólo puede resultar del acuerdo con otras variables que determinan el sistema jurídico dependiendo de ciertas condiciones ambientales"[80].

El principio de igualdad, entonces, es concebido como *forma* que distingue y, al mismo tiempo, prevé su contrario, es decir, la desigualdad, así como ocurre por la forma razón/injusticia o Derecho/no-Derecho, distinciones que permiten al sistema jurídico reconocer y convalidar elementos y operaciones sistémicas distinguiéndolas de otros factores no pertinentes respecto al específico contexto comunicativo[81].

"Si se renuncia a presuponer que, en la naturaleza o en un orden de valores, existan puntos de vista capaces de dictar normativamente lo que debe ser tratado como igual y como desigual, entonces el sentido de este esquema tiene que ser buscado en la misma orientación a la comparación. Tal sentido resulta de la *capacidad que el esquema igual/desigual de aportar una motivación suficiente como esquema predispuesto para este específico problema*"[82]. La forma de la igualdad encuentra su unidad al marcar la diferencia entre sus lados: igual/desigual. Por lo tanto, "quien habla de igualdad, también se refiere a la desigualdad; o, por lo menos, se expone a la pregunta sobre qué es desigual con respecto a lo que él indica como igual"[83]. Esto muestra cómo el principio de igualdad, así como su opuesto, sean elementos internos al sistema jurídico, pertinentes a la específica reproducción funcional y en condiciones de reproducirse autónomamente, sin necesidad de remisiones externos al sistema. "La forma de la igualdad remite los distintos sistemas de función a sí mismos. Nadie debe decirles, nadie puede decirles, lo que 'es' igual y lo

[80] N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., p. 348.

[81] Cfr. N. LUHMANN, *Il principio di uguaglianza*, cit., p. 52. Sobre la forma de la igualdad como esquema de observación de lo real funcional a combinar continuidad e innovación, cfr. S. MAGNOLO, "Introduzione", cit., pp. 30-35.

[82] N. LUHMANN, *I diritti fondamentali*, cit., p. 253, énfasis en el texto. El principio de igualdad estaría dirigido, según Luhmann, principalmente al legislador perdiendo, en parte, su relevancia en la fase de la aplicación normativa. "Una decisión es correcta si se ajusta al programa. El programa la protege de la desorientación inherente a la cuestión del *motivo suficiente*" (ibid., p. 254, énfasis en el texto).

[83] N. LUHMANN, *Il principio di uguaglianza*, cit., p. 44.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1183

que es desigual"[84]. Los criterios de distinción son de pertinencia sistémica y corresponden a la autonomía de función[85].

"El esquema igual/desigual no sólo es aplicado regularmente y a todos los casos, sino que se reproduce en sí mismo. Vale como bifurcación de la praxis del sistema"[86], donde el concepto de bifurcación alude a los momentos de la apertura informativa y del cierre operativo del sistema. Por tanto, no puede haber, en el sistema, igualdad sin observar, al mismo tiempo, un aumento de las condiciones de desigualdad[87]. Es importante destacar que, una vez que el principio de igualdad esté incorporado en una norma, en condiciones de determinar el igual y el desigual, adquiere el carácter de la universalidad pudiendo ser aplicado a la evaluación de toda circunstancia y, autorreferencialmente, también a sí misma[88]. "En la aplicación del principio de igualdad se suele topar con la particularidad de su aplicación a todos los casos. No existen casos excluidos del principio de igualdad"[89].

La condición de aplicación universal esconde, según Luhmann, la paradoja de la distinción que regresa a sí misma para poder ser distinguida[90], originando una metapreferencia para la igualdad entendida como valor positivo de la forma igual/desigual, en condiciones de respaldar y conectar eficazmente las operaciones sistémicas[91].

Bajo la orientación de la norma del principio de igualdad el sistema trabaja con sí mismo. De esta manera, no se mueve en la dirección de más igualdad

---

84 Ibid., p. 59.

85 Cfr. ibid., pp. 59-60.

86 Ibid., pp. 45-46.

87 Cfr. ibid.

88 Cfr. N. LUHMANN, *Il principio di uguaglianza*, cit., p. 49. "El principio de igualdad es una forma cerrada y, además, una forma que contiene sí misma; una regla para el tratamiento de los casos jurídicos, que también es aplicable a sí misma" (ibid., pp. 53-54).

89 Ibid., pp. 49-50.

90 Cfr. ibid., p. 52.

91 Cfr. N. LUHMANN, *Il principio di uguaglianza*, cit., p. 50. "La igualdad es aquella forma que cierra operativamente el sistema en el ámbito de la observación de su observar, esto es, que relaciona el sistema con sí mismo" (ibid., p. 66). El autor parece dar prioridad al valor positivo del código, ya que simboliza "la *capacidad de conexión* de las operaciones específicas de los medios de comunicación, mientras que el valor negativo sólo simboliza la *contingencia de las condiciones* a las que se ejerce la capacidad de conexión" (N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., p. 139, énfasis en el texto). "Con la verdad, el amor, la propiedad, el poder, se puede hacer algo. Los correspondientes valores negativos sólo son disponibles en aras de control y producen el contexto mediante el cual la praxis de la conexión de la parte positiva de los medios de comunicación puede convertirse en selección racional" (ibid., p. 140).

> *y menos desigualdad, sino en la dirección de una complejidad más elevada, que brinda más aspectos para la igualdad y más aspectos para la desigualdad. La asimetría del esquema, la preferencia formal por la igualdad sólo tiene el significado […] de reportar el sistema a su función, a su historia y, sobre todo, a la expectativa de un decidir consistente*[92].

La función de la igualdad, así como de cualquier otro derecho fundamental, radica en estabilizar, en la contingencia operativa, la diferenciación funcional del contexto social[93]. Por estas razones, el principio de igualdad es acercado por Luhmann al principio de causalidad, dado que "su función consiste en reproducir la complejidad del entorno del sistema como una infinidad esquematizada de manera particular, proporcionando para el sistema puntos diferenciados para la superación del problema de la complejidad. En el principio de causalidad la complejidad del entorno se describe como infinidad de causas y efectos interconectados, en el principio de igualdad como infinidad de posibles relaciones de comparación"[94]. Eso hay que conectarlo con el contexto de autopoiesis funcional, de contingencia y fungibilidad procedimental que impregna la teoría luhmanniana en la cual, iniciando un análisis crítico y una reflexión filosófico-jurídica, se detecta la ausencia de fines sistemáticos, puesto que ni la continuación de la autopoiesis puede ser considerada como un fin, al poder tanto ocurrir como no ocurrir[95].

2. DERECHOS HUMANOS

Frente a la incógnita de la reproducción funcional del sistema jurídico, el problema de la indisponibilidad de las normas se disuelve para coincidir con la reproducción comunicativa, reconducida a la búsqueda sistémica de las estrategias de diferenciación funcional[96]. Al respecto, cabe señalar que los elementos principales de estos procedimientos no consisten en los individuos, que en el análisis luhmanniano parecen extraviar su capacidad de influir en lo real[97], sino en los mismos sistemas que se modifican autónoma-

---

92 N. LUHMANN, *Il principio di uguaglianza*, cit., pp. 66-67.

93 Cfr. N. LUHMANN, *I diritti fondamentali*, cit., p. 265.

94 *Ibid*., p. 258.

95 Cfr. N. LUHMANN, *Il principio di uguaglianza*, cit., p. 60.

96 Cfr. M. FINCO, "Diritti fondamentali e diritti umani: il contributo della sociologia di Niklas Luhmann", cit., p. 179.

97 Cfr. S. BELARDINELLI, "Individuo e bene comune nella società complessa", *Acta Philosophica*, núm. 1, vol. 8, 1999, p. 11. Para profundizar estos temas, véase también S. BELARDINELLI, *Una sociologia senza qualità*, Angeli, Milano, 1999.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1183

mente y según el saber sectorial interno: en la recíproca separación comunicativa, individuo y sociedad son concebidos por Luhmann como entorno el uno para el otro, en los angostos límites de la diferenciación funcional. "La sociedad ya no puede extenderse más allá de sí misma con sus operaciones y agarrar el individuo; sólo puede reproducir con sus operaciones sus propias operaciones"[98].

En el contexto que se ha venido describiendo, la sociedad compleja rechaza cualquier criterio racional normativo como, por ejemplo, los derechos humanos, al recurrir exclusivamente a los imperativos funcionales, a la capacidad de autorreglamentación de los sistemas sociales, indiferentes a cualquier instancia ética[99]. "El problema puede consistir únicamente en mantener, incluso en el futuro, la autonomía del sistema jurídico, su autodeterminación y su cierre operativo […]. La indispensabilidad de las normas, es decir, la *autopoiesis* del sistema"[100].

Incluso en el caso de las "elecciones trágicas" que problematizan la misma existencia del sistema jurídico[101] –situaciones en las que la distinción binaria del código Derecho/no Derecho parece perder su función distintiva[102]– el Derecho es reconducido a la contingente garantía de las expectativas comportamentales. "De este modo, se convierte en una cuestión de hecho también determinar si la comunicación de 'normas indispensables' encuentre el éxito en la sociedad y frente a cuáles pruebas pueda resistir la aceptación de estas normas"[103]. En las elecciones trágicas, la garantía jurídica es paradójicamente asegurada mediante el Derecho de violar la ley, lo que equivale a afirmar que las normas son reconocidas a través de su manifiesto incumplimiento: en este caso, al llegar a caer la distinción entre Derecho/no-Derecho, se introducen mecanismos sistémicos de "de-paradojificación" que permiten al sistema jurídico reaccionar eficazmente a las fuertes irritaciones procedentes del contexto ambiental, estabilizando sus estructuras[104].

---

98 N. LUHMANN, "The Concept of Society", *Thesis Eleven*, núm. 31, 1992, p. 76.

99 Cfr. S. BELARDINELLI, *Individuo e bene comune*, cit., p. 11.

100 N. LUHMANN, *Esistono ancora norme indispensabili?*, trad. it. de R. Prandini, Armando, Roma, 2013, p. 75.

101 Cfr. *ibid*., p. 50. Para una profundización del papel de la dignidad humana en las elecciones trágicas, véase M. RUOTOLO, "Appunti sulla dignità umana", *Direitos Fundamentais & Justiça*, núm. 11, vol. 4, 2010, 138-148.

102 Cfr. N. LUHMANN, *Esistono ancora norme indispensabili?*, cit., p. 51.

103 Ibid., p. 54.

104 Cfr. ibid., pp. 78-9. Luhmann cita como ejemplo el caso de la derogación, como "ruptura ilegal de la ley por parte de quien posee el poder político", y de las hipótesis de responsa-

En particular, el escándalo generado en la opinión pública por la violación de los derechos humanos acaba surtiendo el efecto de "de-paradojificar" la autorreferencialidad normativa. "Es el escándalo que puede generar una norma (que anteriormente no estaba formulada en absoluto). Quien reacciona con indignación y expresa expectativas contrafactuales no debería tener en cuenta el disenso –casi como si el sentido de la norma fuera asegurado por poderes sagrados […]. Un otorgamiento jurídico de forma, una regulación de acuerdo con el Derecho internacional, sólo puede agarrarse a eso, pero sin actuar como fuente de Derecho"[105].

Se puede observar, al respecto, "una manera muy primitiva de generar normas sobre la base de incidentes escandalosos a los cuales los medios de comunicación dan cobertura global"[106]. Los derechos humanos, por tanto, no constituyen "una cuestión de fórmulas conclusivas para un edificio de normas, ni de principios, ni de una norma básica ni tampoco de un valor preminente que contiene, prevaleciendo, sobre todos los demás. Pero ni siquiera es una cuestión de posponer la decisión hasta que los libres discursos lleven a resultados razonables que generan un consenso entre todos aquellos perspicaces individuos que, para hacerlo, sólo exigen garantías de carácter procedimental"[107]. En definitiva, la temática de los derechos humanos en

bilidad objetiva por daños resultantes de un utilizo no objetable del Derecho (cfr. ibid.). Frente a estas situaciones, el Derecho responde con la asegurabilidad de las partes, entendida como el "tratamiento igual de competidores de mercado" (ibid.).

[105] Ibid., p. 80.

[106] "El fundamento definitivo de todas las decisiones no se encuentra en un principio, sino en una paradoja" (ibid.), p. 81.

[107] Ibid., p. 85. La propuesta de Luhmann consiste en una retrascripción, efectuada a escala internacional, de la semántica de los derechos humanos interpretados como deberes estatales con respecto a la esfera de la dignidad humana (cfr. ibid., p. 8). Evidente es aquí la referencia polémica a la teoría del discurso de Habermas. La tesis central de la teoría de los sistemas, debatida por Habermas, considera el análisis funcionalista como el único camino eficazmente viable para la racionalización decisional. "Una crítica fecunda del existente es posible únicamente como crítica inmanente de los sistemas, incluyendo el sistema global de la sociedad, como análisis sistémico, como desvelamiento y reproblematización de los problemas solucionados por normas, papeles, instituciones, procesos y símbolos arraigados en la realidad social, y como búsqueda de otras posibilidades funcionalmente equivalentes. Es en este sentido que se puede hablar de ilustración sociológica" (N. LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, cit., p. 233).

Una de las principales objeciones formuladas por Habermas a la teoría luhmanniana es la de confundir la dimensión de la experiencia empírica –actuar estratégico– con la dimensión comunicativa –actuar comunicativo–, llevando erróneamente las expectativas comportamentales cognitivas a coincidir con las expectativas normativas (cfr. J. HABERMAS, N. LUHMANN, *Teoria della società o tecnologia sociale: che cosa offre la ricerca del sistema sociale?*, trad. it. de R. Di

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1183

Luhmann resulta eminentemente contingente y resultante de la exigencia de la de-paradojificación de las decisiones sistémicas, que tienen que ser reconducidas a la apertura informativa del sistema jurídico según la cual "*no se puede decir anticipadamente lo que cada uno debe decir o aportar* […]. Los derechos del hombre sirven para mantener funcionalmente abierto el futuro para la reproducción autopoiética de los diferentes sistemas"[108].

El tema de los derechos humanos constituye, por tanto, un momento crucial en la teoría de los sistemas de Luhmann[109] porque, al introducir una fuente de legitimación normativa externa al sistema jurídico, expone este sistema al riesgo de pérdida de su especificidad funcional[110]. De hecho, a pesar del contexto cognitivo –de paradojas solucionables creativamente– desde una perspectiva normativa, los escándalos con potencial generativo de normas asumen el significado peculiar de la apertura sistémica y esta última, en el momento en que sustrae el sistema jurídico a la paradojicidad del principio fundativo, lo aleja de su autorreflexión funcional.

La radical funcionalización del Derecho lleva entonces al sistema jurídico, otra vez paradójicamente, a asumir los connotados de la adaptación cognitiva contradiciendo la función de inmunización de la contingencia operativa que debería, en cambio, definir funcionalmente este sistema, hasta plantear su de-diferenciación[111]. Eso solicita un análisis crítico sobre como

---

Corato, ETAS Kompass, 2ª ed., Milano, 1983, pp. 148-160). "La diferencia entre ser y deber ser, validez y validez normativa, se reduce aquí a dos posibilidades de respuesta, las cuales, en términos de aprendizaje y no aprendizaje, representan una alternativa *sólo* en relación con las expectativas *cognitivas*" (J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it. de L. Ceppa, Guerini, Milano, 1996, p. 64, énfasis en el texto). Desde la perspectiva de la teoría discursiva, el Derecho se reduce, en Luhmann, al momento de su aplicación normativa, objetivada en sistema autopoiético. La comunicación jurídica aparece, por consiguiente, despojada de la peculiar función de integración social, como las normas resultan ajenas a los procedimientos racionalmente motivados del entendimiento discursivo (cfr. ibid.).

108 N. LUHMANN, *Il diritto della società*, cit., p. 102.

109 El tema de los derechos humanos en *Esistono ancora norme indispensabili?* se circunscribe a las ofensas a la dignidad humana, "ocurrencias patentemente inaceptables, cuando el balance de los pros y de los contras ya no es una opción y a lo sumo cabe esperar una interpretación de elecciones trágicas. Injusticia, en todos los casos" (N. LUHMANN, *Esistono ancora norme indispensabili?*, cit., p. 84).

110 Una definición de la confianza como "inversión de riesgo" y una profundización de la relación entre riesgo y confianza se pueden encontrar en N. LUHMANN, *La fiducia*, trad. it. de L. Burgazzoli, Il Mulino, Bologna, 2002, espec. pp. 38; pp. 50-70.

111 Cfr. B. ROMANO, *Terzietà del diritto e società complessa*, Bulzoni, Roma, 1998, pp. 295-296.

> *justamente en las tendencias que parecen confirmar el triunfo del funcionalismo, debemos saber ver también la señal de su crisis. Cuanto más dichos sistemas se desarrollan según imperativos meramente funcionales tanto más se hacen evidentes los peligros (y las disfunciones) que este desarrollo esconde. No es casualidad que […] deviene cada vez más apremiante el llamamiento al hombre, a sus derechos, así como al "bien común" y a una sociedad más "civil"*[112].

La reflexión filosófico-jurídica llevada a cabo sobre los derechos fundamentales y humanos en la teoría funcionalista luhmanniana pone de manifiesto, por otro lado, que no existen conquistas irreversibles da las que deriva la consiguiente necesidad de desplegar una constante defensa de estas adquisiciones, incluso en las sociedades complejas y funcionalmente diferenciadas donde pueden, apresurada y sumariamente, ser definidas como evidentes e inmutables.

Arianna Maceratini
Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Macerata
Piaggia dell'Università, 2
62100 Macerata, Italia
e-mail: arianna.maceratini@unimc.it

[112] S. BELARDINELLI, *Individuo e bene comune*, cit., p. 12.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1183

SOBRE LA PLURALIDAD ACTUAL DE LAS FORMAS DE FAMILIA: UN ASUNTO DE DERECHOS Y TOLERANCIA DEMOCRÁTICA

ON THE CURRENT PLURALITY OF FAMILY FORMS: A MATTER OF RIGHTS AND DEMOCRATIC TOLERANCE

Mª Dolores Pérez Jaraba
Universidad de Jaén

Fecha de recepción 27-3-19
Fecha aceptación: 3-12-19

Resumen: *La familia ha evolucionado a lo largo de la historia por los cambios culturales, sociales y legales, siendo determinantes para ello los nuevos valores democráticos, la globalización y el reconocimiento de los derechos humanos de sus miembros. Desde esta perspectiva se plantea la necesidad de reconsiderar el valor de la tolerancia democrática en la institución familiar, para que la misma funcione como posible modelo de ciudadanía democrática.*

Abstract: *The family has evolved throughout history due to cultural, social and legal changes, being decisive for this the new democratic values, the globalization and recognition of the human rights of its members. From this perspective, there is a need to reconsider the value of democratic tolerance in the family institution, so that it works as a possible model of democratic citizenship.*

Palabras clave: derechos humanos, familia, democracia, género
Keywords: human rights, family, democracy, gender

1. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS: EL SIGNIFICADO DE "LA FAMILIA HUMANA"

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (en adelante: La Declaración), abre su redacción en el primer párrafo de su *preámbulo* considerando que: "*La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reco-*

nocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana" [1].

La Declaración se redactó y aprobó en un ambiente político y social inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial, por lo que la consideración de que la Humanidad puede ser vista como una gran familia, *la familia humana,* resulta comprensible si bien todavía llama nuestra atención. Sobre todo si se relaciona esta idea con el contenido del art.16 de La Declaración, dedicado específicamente a la familia y el matrimonio, que en su apartado tercero afirma: "*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*".

Como es conocido, hay otros artículos de La Declaración en los que también se hace referencia a la familia, por lo que podemos interpretar que siempre que La Declaración se refiere a "la familia", está aceptando una definición de familia según la cual; "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad" [2]. Y esta definición, *ex hypothesi*, habría de valer también para la sociedad internacional; la familia humana de acuerdo con el preámbulo.

---

[1] Las citas del texto de *La Declaración*, según traducción oficial de la ONU al castellano, se harán por la versión disponible en: *http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf.*

[2] Los artículos de *La Declaración* en los que se menciona a la familia son; Art. 12: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques"; Art.16: 1. "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado"; Art. 23.3: "Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social"; Art.25: 1."Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social"; Art. 26.3: "Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos".

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1184

El carácter ideal e internacional de La Declaración puede inducirnos a verlo como un texto próximo al *neoiusnaturalismo* posterior a la Segunda Guerra Mundial, que incide de manera marcada en su definición de la familia como elemento natural. También, debido a la eficacia internacional más moral que jurídica atribuida a La Declaración, no habría ninguna objeción que hacer a que se extienda a la Humanidad el modelo de familia natural que inspira a la Declaración[3]. Podemos incluso conjeturar que la llamada, *familia humana,* pueda ser simplemente una *fórmula adoptiva* de contemplarnos a toda la Humanidad como "miembros adoptados" de esa familia natural y fundamental de cualquier sociedad. Así, con un nivel de eficacia jurídica internacional más concreto que el de la Declaración, al menos debido a su forma jurídica internacional de convenios, tanto el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 16 de diciembre de 1966, continúan definiendo la familia utilizando un lenguaje similar al de la Declaración. El primero, en su art.23 establece que, "*la familia es el elemento fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado*" y, el segundo, en su art. 10 manifiesta que, "*se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles*" [4].

Ante la falta de una definición internacional más precisa de la familia como elemento natural de la sociedad, lo más que podemos hacer es considerar que la correlación que se da en la Declaración entre "familia natural" y "familia humana", tenemos que entenderla a través del respeto y promoción de la igualdad de derechos y libertades individuales en ambas "familias", puesto que los derechos humanos es el contenido propio del carácter internacional de la Declaración. Desde este punto de vista, la consideración conjunta de la familia natural y la familia humana, es más bien una fórmula alegórica referida a la garantía y protección de los derechos humanos, sea en el seno de la familia llamada natural, sea en el plano internacional de la familia humana.

---

[3] Sobre los problemas de definición y eficacia jurídica internacional de los Derechos Humanos, vid; A. E. PEREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución,* Tecnos, 6ª Edición, Madrid, 1999, p. 25 y ss; L. PRIETO SANCHIS, "Derechos fundamentales", en, E. GARZÓN VALDÉS/F.J. LAPORTA (eds.), *El derecho y la justicia,* Trotta, Madrid, 1996, p. 508.

[4] Los Pactos están citados según la traducción al castellano disponible en el portal de la UNESCO; *http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=26059&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html; http://www.unesco.org/education/pdf/SOCIAL_S.P.*

Desde la perspectiva de los derechos humanos, por lo que hace a la considerada como "familia natural", lo más importante es interpretarla como una institución adecuada para la defensa y protección particular de los derechos de los niños y niñas[5]. Así, en el *preámbulo* de la *Convención sobre los Derechos del Niño,* de 20 de noviembre de 1989, se reafirma la importancia de proteger a todos los miembros de la familia y especialmente a los niños: "*Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad*"[6].

Sin embargo, la estipulación de que la constitución de esta "familia natural" tenga obligatoriamente que serlo a través de la unión matrimonial heterosexual, además de que no encaja con la práctica jurídica de la adopción, nacional y también internacional que aprueban la adopción monoparental, tampoco encuentra a nivel de los textos internacionales sobre derechos humanos ninguna referencia expresa. De esta manera, la fórmula usada en la Declaración de que "los hombres y las mujeres tienen derecho a casarse y fundar una familia" (art.16), puede ser interpretada en el mismo sentido en que el art.32 de la CE lo fue en 2012 por nuestro TC, que ha hecho posible en España el matrimonio igualitario desde 2005[7]. El matrimonio y la familia

---

[5] Mª.Jª. BOCCIO SERRANO, *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección: la actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.48.

[6] Se cita por la versión castellana publicada por UNICEF, contenida en la página web: *https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/doc564f3cef97f57 ConvencionDerechosNinos.pdf*

[7] Ley 13/2005, de 1 de julio, *por el que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio* (B.O.E. 2/7/2005). Respecto del "recurso de inconstitucionalidad" contra la referida Ley, ésta fue declarada constitucional por STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012. B.O.E (28/11/2012). En el F.J/11, el TC establece que la institución del matrimonio y la familia, permanecen en su "contenido esencial" y en su reconocimiento social como "instituciones sociales", también en el caso de que los cónyuges sean del mismo sexo. Además, en el F.J./12, el TC sostiene la constitucionalidad de la adopción por matrimonios homoparentales con el siguiente argumento: "*El derecho de protección integral de los hijos que se deriva del art.39.2 CE, no queda afectado por el hecho de que se permita o se prohíba a las personas homosexuales adoptar, bien de forma individual, bien conjuntamente como cónyuges*". Por otro lado, tiene relevancia para nuestro examen del significado de la familia en la Declaración, el voto particular emitido por el Magistrado Andrés Ollero, que se añade a la STC mencionada, discrepante con el contenido de la sentencia que declara constitucional el matrimonio igualitario. El motivo sustantivo por el cual el Magistrado se opone a la sentencia, consiste en que el matrimonio homosexual va contra, "*la realidad antropológica milenaria del matrimonio y la familia, monógama y heterosexual*"

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1184

igualitaria, como ha admitido también nuestro TC, está siendo reconocida progresivamente a nivel de las legislaciones nacionales, al menos en el ámbito occidental europeo y americano.

En cuanto a la idea de "familia humana", se pueden sostener los mismos argumentos anteriores. Con esta expresión nos estaríamos refiriendo al carácter compartido, universal e igualitario, de los derechos y libertades reconocidas en la Declaración. En este sentido, la universalidad de los derechos y libertades sería el contenido de nuestra noción de Humanidad y familia humana[8]. Pues, por controvertida que sea la idea de universalidad de los derechos y libertades proclamada por la Declaración, no obstante, esta idea es la que ha dado lugar al debate actual sobre la multiculturalidad. De ahí que los posibles límites culturales y religiosos respecto de la universalidad de los derechos humanos, no deben hacer de la familia ningún "gueto de segregación", alejándola del continúo debate público, nacional e internacional, sobre el contenido universal de los derechos[9].

Como ha escrito Martha Nussbaum: "Los individuos tienen derechos de privacidad, en la forma de libertades asociativas y de decisión. Pero no hay institución alguna que, como tal, tenga derechos de privacidad que nos impidan preguntar cómo la ley y la política pública han modelado ya esta institución, y cómo estas instancias podrían modelarla aún mejor. La libertad personal es una meta social central, sea o no ejercida dentro de la casa"[10].

(F.J./1 y F.J./5, del voto particular). Este argumento del Magistrado Andrés Ollero, nos lleva a constatar que la correlación, *ex hypothesi*, entre la "familia natural" y "la familia humana" de la Declaración, no está exenta de ser interpretable en términos "antropológicos iusnaturalistas"; tanto en lo que hace a la institución familiar como para la Humanidad/familia humana.

[8] Vid. R. DE ASIS ROIG, "Nuevas dimensiones del discurso de los Derechos Humanos", *Studia hca. Hª cont.*, núm. 36, 2018, p.123.

[9] La concepción del debate multicultural sobre la universalidad de los derechos humanos, puede afrontarse en los términos del "modelo de debate democrático-deliberativo", aun cuando la democracia internacional no sea todavía una realidad. Vid; HABERMAS, *Facticidad y validez*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, pp.154-155: "Los derechos subjetivos no están referidos ya por *su propio concepto* a individuos atomísticos y extrañados, que autoposesivamente se empecinen unos contra otros. Como elementos del orden jurídico presuponen más bien la colaboración de sujetos que se reconocen como sujetos de derechos, libres e iguales en sus derechos y deberes, los cuales están recíprocamente referidos unos a otros. Este reconocimiento recíproco es elemento integrante de un orden jurídico del que derivan derechos subjetivos cuyo cumplimiento es judicialmente exigible. En este sentido los derechos subjetivos y el derecho objetivo son cooriginales… Ciertamente, la fuente de toda legitimidad radica en el proceso democrático de producción del derecho; y este proceso apela a su vez al principio de soberanía popular".

[10] M.C. NUSSBAUM, *Las mujeres y el desarrollo humano,* trad. de R. Bernet, Herder, Barcelona, 2002, p. 324.

Por otro lado, los efectos jurídicos y políticos de este debate podemos observarlos en la ausencia de nuevas alusiones a la noción de "familia natural", al menos en los textos y resoluciones más recientes sobre la familia de Naciones Unidas[11]. Asimismo, en el marco de la Unión Europea, en ningún documento europeo consta una definición de la "familia europea". No obstante, pese a reconocer que la Unión no tiene competencia para legislar en materia de familia, sí que se ha entendido la idoneidad de regular a nivel europeo distintos aspectos relacionados con los derechos en el seno de la familia; como la conciliación de la vida familiar y la vida profesional, la igualdad profesional entre hombres y mujeres, así como sobre la protección y el desarrollo de la infancia[12].

De conformidad con lo anterior, resulta especulativo establecer que la Declaración esté haciendo referencia a un concepto general y cerrado de familia. Lo más que podemos afirmar es que la institución familiar tiene un papel importante como portadora de elementos favorables al desarrollo humano y al equilibrio económico y social. Al menos desde dos puntos de vista concretos: 1. La familia como institución de solidaridad afectiva, cuya primera función es la socialización y educación, tanto de los mayores como de los menores, aunque no sea ésta última una función exclusiva de la institución familiar; 2. La familia como lugar de creación económica directa, porque está en el origen de lo que los economistas denominan "capital humano", que moviliza las capacidades económicas de los cónyuges para atender conjuntamente su competencia económica y la competencia futura de los hijos.

2. LA EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA: DE LA UNICIDAD A LA PLURALIDAD FAMILIAR

Cuando consideramos a la familia de acuerdo con los dos puntos antes señalados, es decir, como unidad de solidaridad afectividad con funciones

[11] La Resolución de la ONU, A/HRC/RES/29 de 2015, del *Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre Protección de la Familia*, no alude ya a la definición de la familia como elemento natural de la sociedad, reconociendo los efectos positivos que las políticas y medidas de protección de la familia pueden tener sobre la protección y la promoción de los derechos humanos de sus miembros.

[12] El Comité Económico y Social Europeo, en su dictamen sobre el papel de la política familiar en el cambio demográfico, (2011/C 218/02), en su apartado 1.1., recoge que: "*las políticas familiares que se llevan a cabo en Europa tienen fuentes de inspiración y contenidos diferentes, pero un objetivo común: apoyar a las familias. Las políticas nacionales y regionales más globales, las políticas de inversión y de formación, de vivienda y de empleo, pueden hacer de este o de aquel Estado miembro o de esta o de aquella región un territorio atractivo para las familias y constituir un medio ambiente favorable para ellas*".

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1184

educativas y socio-económicas, solemos acordar que esta noción de familia ha evolucionado a lo largo de la historia reciente por la influencia de los cambios históricos, culturales y sociales. En lo que respecta a su situación actual, también existe un acuerdo en que estamos inmersos en un proceso de *aceleración* de sus funciones, causado en gran medida por las necesidades de la sociedad global de la información y la comunicación.

En este cambio, están siendo determinantes los nuevos valores democráticos y el reconocimiento de los derechos universales, dentro del proceso de globalización económico, social y cultural[13]. En los estudios sobre globalización, el entorno familiar es el "mundo inmediato más local" donde se desenvuelven sus integrantes y donde tienen cabida, en mayor medida, los sentimientos más básicos de las personas, lo que posibilita que en su seno se produzcan importantes crisis, consecuencia de los cambios globales que requieren de una "institución familiar líquida" o más permeable a las nuevas realidades[14].

Puesto que la familia es la única institución social que tiene la doble función jurídica de la estabilidad emocional (amor) y la estabilidad socio-económica (comunidad de bienes y herencia)[15], la antropología y la sociología suelen concluir que es una institución que ha estado y está presente en todas

---

[13] M.H FERNANDEZ-CARRIÓN, "La mujer en la sociedad red", en P. GONZALO AIZPURO (coord.), *Familias y relaciones diferenciales: Género y edad*, Editum (Publicaciones de la Universidad de Murcia), Murcia, 2009, p. 241: "La revolución de la información/comunicación ha dado lugar, a partir del último cuarto del siglo XX, a un cambio de sociedad, que se muestra más sutil por la red, y se ha globalizado… Y, en este cambio de sociedad, la mujer juega un papel clave, directamente como elemento partícipe en revolución femenina por el poder e indirectamente formando parte del colectivo femenino mundial, con el lema "consumidores del mundo uníos contra el hombre", por el nuevo poder de la sociedad, logrando con la feminización del empleo y del consumo, la crisis de la familia patriarcal, la decadencia del matrimonio y la paridad del poder, en todos los órdenes de la vida social".

[14] Z. BAUMAN, *El arte de la vida,* trad. de D. Udina, Paidós, Barcelona, 2009, p.106: "En su interpretación moderna líquida contemporánea, la "pertenencia" a una entidad puede ir unida y ser compartida con la pertenencia a otras entidades en casi todas las combinaciones, sin promover necesariamente la condena ni provocar medidas represivas de ninguna de ellas".

[15] Nuestro Código Civil, establece jurídicamente esta doble función de la familia. Para ello, dividió dentro de la sistemática del Código el régimen jurídico de la familia en un doble plano; *por un lado*, considera los derechos y deberes relacionados con la solidaridad afectiva y educativa dentro del Libro Primero que versa "De las personas"; *por otro lado*, el régimen económico matrimonial lo incluye dentro del Libro Cuarto, "Obligaciones y contratos" y, en cuanto a los derechos hereditarios, son contemplados en el Libro Tercero, "De los diferente modos de adquirir la propiedad".

las civilizaciones, con independencia del tipo de familia histórica. Sin embargo, es más que dudoso que las posibilidades institucionales actuales de la familia sean comparables con tipos históricos de la "familia tradicional"[16].

Para el caso de España, los rastros de esta familia tradicional aún siguen teniendo cierta importancia social y económica. Pero, es indudable que esta familia tradicional constituía un modelo incompatible con la evolución de la movilidad social y económica que requería la sociedad industrial de masas. Realidad que se hizo patente desde mediados del siglo XIX, con el reconocimiento jurídico del consentimiento individual, como núcleo del contrato matrimonial, y del divorcio en los códigos civiles más avanzados.

Por otro lado, fue la explosión del *amor romántico* lo que estaría en el origen de la erosión de la familia tradicional (doméstica), motivo por el cual el romanticismo decimonónico exageró sobremanera la afectividad emotiva entre la pareja como criterio decisivo del acuerdo matrimonial. Lo que tal emotividad estaba concluyendo era con la familia tradicional como gran modelo familiar, proyectando así el modelo de *familia nuclear* del siglo XX, compuesta solo por los cónyuges y su descendencia. De la siguiente forma describe este proceso Niklas Luhmann: "Una de las explicaciones circunstanciales que se ofrecen para sostener que la tolerancia creciente en las relaciones sexuales prematrimoniales y la nivelación cada vez más extendida de la antigua desigualdad entre los sexos, es que son algo que no se puede combinar fácilmente con las ideas del amor romántico. El romanticismo exige ascetismo, aplazamiento de las satisfacciones. Es posible que esto aclare, como máximo, la decadencia operativa de los conceptos del amor romántico, pero no la dirección en que éstos serán transformados como medio de comunicación simbólicamente generalizado"[17]. Luego, sin la capacidad de movilidad social y económica que permite la familia nuclear, frente a la familia tradicional (doméstica), el éxito de las grandes migraciones europeas durante los siglos XIX y XX, principalmente hacía América y Oceanía, no se entenderían.

---

[16] Mª I. GARRIDO GÓMEZ, *La política social de la familia en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 53: "Se calcula que los hogares unipersonales en España, son aproximadamente el 13% y suelen tener su causa, junto a la voluntad propia, en la viudedad o en el divorcio. Los hogares unipersonales no son familia, pero las personas que los constituyen, están incardinados en redes familiares (hijos solteros o divorciados con sus padres, madres viudas con sus hijos) formando parte, en muchos casos, de la denominada familia extensa modificada".

[17] N. LUHMANN, *El amor como pasión,* trad. de J. Adsuar Ortega, Península, Barcelona, 1985, p.162.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1184

Sin embargo, en las sociedades occidentales industrializadas de los años cincuenta y sesenta del siglo XX, se volverá a una recuperación simbólica de ciertos rasgos de la familia tradicional. En la vida económica de posguerra, restablecer simbólicamente ciertos rasgos de solidaridad implícitos en la familia tradicional, tenían su explicación tras el desastre económico que produjo la guerra. Pero también se llegaron a confundir con el modelo de vida de la familia nuclear al que se aspiraba socialmente. Creo que la teoría social entonces dominante, inició su programa del debate entre la pervivencia del modelo familiar tradicional y el modelo nuclear, considerado un debate necesario para el establecimiento del Estado del bienestar[18]. Una década más tarde, a finales de los sesenta y durante los setenta, el movimiento estudiantil y el movimiento feminista aparecerán como movimientos contrarios a las estructuras familiares tradicionales, dando cabida al cuestionamiento de las funciones de la propia familia nuclear, según su diseño jurídico finisecular todavía patriarcal. Vista la familia, tradicional y nuclear, desde la perspectiva de la teoría social, lo que se está poniendo en juego desde finales del siglo XX hasta la actualidad sería la propia capacidad de adaptación de la institución familiar al nuevo ambiente jurídico de la igualdad de derechos[19].

Este nuevo ambiente jurídico se inició con la reivindicación de valores y derechos democráticos de la igualdad entre hombres y mujeres, extendiéndose en el siglo XXI a otros colectivos para los que, tal vez, nunca se pensó el modelo jurídico de familia nuclear. En este sentido, los cambios legislativos actuales, como el referido del matrimonio y familia igualitaria en España de 2005, que no hace distinción alguna en sus efectos jurídicos por la cualidad heterosexual u homosexual del vínculo matrimonial, se pueden valorar como una nueva apertura de la institución familiar, comprometida con su propia persistencia. Es decir, se trata de valorar el matrimonio homosexual, no como una disolución de la institución familiar nuclear heterosexual, no

[18] E.BECK-GERNSHEIM, *La reinvención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia,* Paidós, Barcelona, 2003, p.11: "La retórica familiar fundamental es más bien, una reacción, un intento de contra-movimiento y no un retorno de hecho a formas y normas de otros tiempos. Algunos grupos persisten en la imagen tradicional de la familia, otros están decididamente en contra y, en la mayoría, se da una mezcla contradictoria de nostalgia por lo tradicional y de nuevas expectativas, que las generaciones y los sexos, comparten indistintamente".

[19] U. BRONFENBRENNER, *La ecología del desarrollo humano,* trad. de A. de Voto, Paidós, Barcelona, 1987 p. 150: "Si se producen situaciones de desequilibro dentro del sistema, es habitual que unos miembros de la familia consideren que otros miembros no están cumplimiento con sus obligaciones y les requieran lealtad familiar, siendo frecuente que en momentos de inestabilidad aparezcan maniobras de inducción de culpabilidad de unos miembros hacia otros".

digamos de la familia tradicional, sino más bien como una estrategia jurídica de *garantía expansiva* del modelo de familia nuclear[20]. A su vez, la regulación jurídica de la familia igualitaria, nos está permitiendo que otras formas de entender y vivir la familia sean cada vez más aceptadas y reconocidas; las familias reconstituidas, las monoparentales o las multiculturales. Todas ellas han ido gradualmente avanzando y alcanzando mayor legitimidad social y reconocimiento jurídico[21].

A la vista de la pluralidad familiar actual, podemos avanzar un concepto aproximado de familia, en un sentido amplio; concibiéndola como un conjunto de personas que se comprometen en unas necesidades afectivas y unas funciones de socialización y economías compartidas y negociadas por todos sus miembros. Esta concepción intenta aproximarse a los modelos familiares actuales, aunque resulta difícil en una sola definición reflejar la familia actual, ante la múltiple variedad de tipos o modelos con que nos encontramos. En todo caso, de ser posible esta visión amplia de familia, según considero, en ella se podría encontrar el fundamento para que la institución familiar se articule como una pieza básica de la ciudadanía democrática[22].

3. LA VIRTUD DE LA TOLERANCIA Y LOS DERECHOS EN LAS NUEVAS FORMAS DE FAMILIA

Las nuevas formas de familia, en la medida en que vienen siendo reconocidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos, como es el caso español y de otros muchos países europeos y americanos, no parece que ne-

[20] S. DEL CAMPO URBANO., *La "nueva" familia española*, EUDEMA, Madrid, 1991, p. 29: "Capaz de sobrevivir como lo ha hecho desde los tiempos más antiguos y en las situaciones más adversas porque, aun desempeñando el difícil papel de mediadora entre la sociedad y los individuos, y siendo tan frágil su estructura, está dotada de una cualidad que la historia humana ha mostrado que es indiscutiblemente la que más vale: la capacidad de adaptación al cambio de las estructuras sociales".

[21] J. IGLESIAS DE USSEL, "Crisis y vitalidad en la familia", monográfico, "*Familias y parejas: paradojas y nuevas opciones*", *Revista de Occidente*, núm.199, 1997, pp. 27-28: "Las distintas modalidades de articular la vida familiar; cohabitación o matrimonio, hijos dentro o fuera del matrimonio, familias bio-monoparentales…, reclaman su legitimidad social y en ocasiones su regulación legal". Vid. M. ALONSO PEREZ, "La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del derecho civil", *Actualidad Civil,* núm. 1, 5 al 11 de enero de 1998, pp. 18-19; I. ALBERDI., *La nueva familia española,* Taurus, Madrid, 1999, p. 127.

[22] Vid. B. DE SOUSA y J.M. MENDES (eds.), *Demodiversidad. Imaginar nuevas posibilidades democráticas,* Akal/ Inter Pares, México D.F. 2017, p. 28.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1184

cesiten de la "virtud de la tolerancia", por la misma razón por la que ningún derecho o libertad reconocido tiene necesidad de ser "tolerado", sino que debe ser garantizado jurídicamente en su aplicación.

De acuerdo con este razonamiento, autores como Javier de Lucas, Martínez de Pisón o Solar Cayón, han intervenido en el debate sobre la tolerancia como "virtud pública", manifestando que ésta no tiene funcionalidad alguna respecto a los derechos reconocidos constitucionalmente. Así, Javier de Lucas ha escrito que: "El interés por reclamar la institucionalización de la tolerancia como virtud pública o, mejor, como principio jurídico y político, desaparece allí donde está garantizada la igualdad y las libertades; en mi opinión, la constitucionalización del pluralismo, la igualdad y las libertades, hace innecesaria la tolerancia en el ámbito público y resuelve las aporías del concepto "puro" de tolerancia, la discusión sobre la imposibilidad del carácter absoluto de la tolerancia. Más aún, allí donde existe ese grado de reconocimiento jurídico, apelar a la tolerancia como principio público es rebajar los derechos"[23].

La tolerancia vertical pública o tolerancia de los poderes públicos, siguiendo la división debida a Garzón Valdés, es a la que se refiere la consideración de la tolerancia como "virtud pública", cuyos efectos deben también calar en la sociedad civil (tolerancia horizontal pública o entre iguales)[24]. Pero, con independencia de que las acciones toleradas se refieran a derechos o libertades reconocidas jurídicamente, hay otros autores que continúan manteniendo la necesidad de la tolerancia pública y democrática, como son los casos de Victoria Camps[25] o Letizia Gianformaggio. Ésta última, entien-

[23] J. DE LUCAS, "¿Para dejar de hablar de la tolerancia?", *Doxa*, núm. 11, 1992, p. 124-125. Vid. J. MARTINEZ DE PISÓN, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Tecnos, Madrid, 2001, pp.59-60; J.I. SOLAR CAYÓN, *La teoría de la tolerancia en John Locke,* Dykinson, Madrid, 1996, p. 19: "La tolerancia es una virtud que entra en juego cuando el ejercicio de la libertad de los demás entra en conflicto con nuestras convicciones morales o la moral social positiva, pero desde el punto de vista jurídico no cabe hablar de tolerancia una vez reconocidos los diversos derechos y libertades y el valor del pluralismo".

[24] E. GARZÓN VALDÉS, "No pongas tus sucias manos sobre Mozart (Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia)", *Claves de Razón Práctica,* núm. 17, 1992, p. 18: "La Patente de Tolerancia dictada por el emperador José II el 20 de octubre de 1781 –que establecía la igualdad civil de católicos y no católicos, a la vez que abolió la censura eclesiástica–, es un ejemplo de un acto de tolerancia vertical pública… Un buen ejemplo de tolerancia horizontal pública es el contrato social hipotéticamente supuesto como remedio a los costos de la anarquía".

[25] V. CAMPS, *Virtudes políticas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1990, p. 81: "La tolerancia es la virtud de la democracia. El respeto a los demás, la igualdad de todas las creencias y opiniones,

de que la tolerancia está en la base del pluralismo democrático y que es una exigencia mantenerla como virtud pública: "Hoy, la reivindicación de la tolerancia se entiende como exigencia, no solo de no *impedimento*, sino también de *igual oportunidad* y de igual *tutela*" [26].

Cuando el debate sobre la tolerancia se establece en el marco del Estado de Derecho Democrático, aparece el requisito jurídico de que; los poderes públicos democráticos no pueden pretender "tolerar" aquello que garantizan como derechos y libertades de los ciudadanos [27].

Luego, en la definición de la tolerancia como virtud pública, siempre aparecen dos posiciones claramente desiguales; *por un lado*, está el poder político tolerante, que bien podría ser intolerante y ha decidido asumir la carga de la tolerancia; *por otro lado*, también está el sujeto subordinado cuyas acciones son toleradas, pero cuya garantía de actuación solo es producto de una estrategia del poder superior, lo cual no puede predicarse de los derechos y libertades reconocidas jurídicamente. Así lo define Solar Cayón: "La tolerancia no conlleva igualdad ante la ley. Todo lo contrario, supone desigualdad: Implica una situación de inferioridad del tolerado y de superioridad del tolerante. Al tolerado solo se le conceden unos derechos limitados, se convierte en un ciudadano de segunda clase" [28].

Por último, para acabar este pequeño esbozo sobre la tolerancia, existe un acuerdo entre los autores que han tratado el tema de la tolerancia, en que la tolerancia es siempre una "virtud privada" de gran valor democrático, tanto si arraiga en los poderes públicos como en la ciudadanía. Y ello porque la tolerancia sigue siendo una virtud necesaria, sobre todo cuando se trata de valorar acciones o reivindicaciones que todavía no han sido reconocidos como derechos o libertades. En este sentido, hay un acuerdo en que la tolerancia es una virtud democrática, dado que nos posibilita estar atentos

---

la convicción de que nadie tiene la verdad ni la razón absolutas, son el fundamento de esa apertura y generosidad que supone el ser tolerante. Sin la virtud de la tolerancia, la democracia es un engaño, pues la intolerancia conduce directamente al totalitarismo…La tolerancia hace posible la diferencia, la diferencia hace posible la tolerancia".

[26] L. GIANFORMAGGIO, "El mal a tolerar, el bien de tolerar, lo intolerable", *Doxa,* núm. 11, 1992, p. 67. Si la tolerancia es una virtud o bien público, por el que asumimos que se debe tolerar un "mal tolerable", lo intolerable para Gianformaggio es la guerra y, por tanto, resulta intolerable que todavía los ordenamientos jurídicos no hayan suprimido el derecho de guerra (pp. 66-70).

[27] Vid. B. MARCIANI BURGOS. *Tolerancia y derechos. El lugar de la tolerancia en el Estado constitucional,* Atelier, Barcelona, 2016, pp. 61 y ss.

[28] J.I. SOLAR CAYÓN, *La teoría de la tolerancia en John Locke,* cit., p. 63.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1184

respecto de aquellas prácticas sociales todavía no permitidas como derechos, pero que de algún modo nos plantean dudas respecto de la evolución y mejora del ordenamiento jurídico y el reconocimiento de derechos[29]. Los casos de "desobediencia civil", pública y pacífica, así como el de la "convivencia intercultural", como ha señalado Javier de Lucas, se nos plantean como pruebas para valorar el nivel arraigo de la tolerancia en una sociedad democrática: "La disidencia no debe ser respetada solo cuando es insignificante, sino también y sobre todo cuando molesta, siempre que la ponderación de bienes jurídicos así lo permita[30].

Pues bien, a la luz de la teoría sobre la tolerancia, lo que pretendo plantear para la institución familiar consiste en evaluar el nivel de tolerancia democrática que está teniendo lugar en la sociedad y el poder político en España[31].

4. LA LUCHA POR OTROS DERECHOS: DERECHOS LGTBI, DERECHOS REPRODUCTIVOS Y DERECHOS DE LOS NIÑOS

Debido a que la nueva regulación de la familia igualitaria es un hecho jurídico nuevo, tanto en España como en el marco de los países de la Unión Europea, nunca está de más llamar la atención sobre la necesidad de "tolerancia pública horizontal", social o entre iguales, no sólo respecto hacia las familias homoparentales, sino también respecto de otros modos de entender la familia e incluso sobre los efectos sociales y económicos de las rupturas matrimoniales y familiares en general. Pero, considerando que la "tolerancia social" será siempre una acción ciudadana continuada, tan solo me referiré aquí a lo que hemos considerado como la *tolerancia pública*, es decir, a la forma de actuación de los poderes públicos respecto de la familia y sus miembros, examinando algunos puntos que todavía están por concretar pública-

[29] Vid. N. BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991, p. 243, y A. PEREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución*, cit., p. 48.

[30] J. DE LUCAS, "Sobre desobediencia y democracia. La hora de la ciudadanía", *Derechos y Libertades,* núm. 31, 2014, p.74. Vid. J. DE LUCAS, "El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo", en J. DE LUCAS (coord.), *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 14 y ss.; S. LATOUCHE., *El planeta de los náufragos. Ensayo sobre el postdesarrollo,* trad. de E. Calatayud, Acento Editorial, Madrid, 1993, pp.3-21.

[31] Vid. J. FERNANDO SEGOVIA, "De la razón de Estado a la razón de los Derechos. Tolerancia religiosa, libertad de conciencia y libertad de religión", *Derecho Público Iberoamericano*, núm. 13, 2018, pp. 13-74.

mente, con la pretensión de lograr hacer de la familia un "modelo posible" para una "ciudadanía democrática"[32]. Señalemos al menos tres casos que pudieran tener una incidencia importante en este tema:

Primero, *matrimonios LGTBI, entre discapacitados e interculturales*. En estos casos, en un mundo globalizado y en continuo cambio, sería exigible por parte de todas las instituciones, españolas y europeas, una respuesta para afrontar los retos de la familia en una sociedad multicultural y compleja[33]. El modelo jurídicamente protegido de familia, choca todavía con las necesidades de regulación específica de familias LGTBI, en sentido amplio, entre discapacitados e interculturales[34]. De ahí que desde la virtud de la tolerancia,

[32] Vid. A. SANCHEZ BAYÓN, G. CAMPOS GARCÍA DE QUEVEDO, C. FUENTE LAFUENTE, "Temáticas especializadas derechos humanos: Mujeres, niños y pueblos indígenas", *Derecho y Cambio social*, núm. 56, 2019, pp. 20-39.

[33] A. RIVAS VAÑÓ, "Matrimonio y orientación sexual: la fuerza expansiva del derecho a la no discriminación. Comentario de las Sentencias de Taddeucci y Coman", *Lex Social*, vol. 9, núm. 1, 2019, p. 139: "En la actualidad, son 26 los Estados del Consejo de Europa que reconocen, o bien directamente el matrimonio entre personas del mismo sexo: 14 (más en el Reino Unido, Inglaterra, Escocia y Gales); o bien a una unión de pareja de hecho con los mismos derechos que los que se reconocen a las parejas matrimoniales: 18 (entre los que se encuentran 7 Estados que tienen un doble reconocimiento, tanto del matrimonio, como de la pareja de hecho equiparable). Esto supone un 55% del total de 47 Estados que conforman el Consejo de Europa".

[34] A. RIVAS VAÑÓ, "Matrimonio y orientación sexual: la fuerza expansiva del derecho a la no discriminación. Comentario de las Sentencias de Taddeucci y Coman", cit., p 149, en referencia a la Sentencia Relu Adrian Coman y otros v. Inspectoratul General pentru Imigrări y Ministerul Afacerilor, de 5 de junio de 2018, asunto C-673/16 y al distinto tratamiento de la protección de los derechos humanos en este tema por el TEDH y el TJEU: "Nos encontramos ante dos Tribunales europeos con una posición radicalmente distinta en relación a sus funciones y objetivos. Mientras el TEDH tiene como cometido la garantía de los derechos humanos derivados del CEDH y de sus protocolos, y por tanto, es sustancialmente un Tribunal de protección de derechos humanos, en el caso del TJEU nos encontramos ante un órgano con una posición jurídica más compleja, en relación a los derechos fundamentales establecidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y en relación también a los principios generales del derecho de la UE, entre los que ocupa un lugar importante el principio de igualdad. Y así, el enfoque que este último Tribunal tiene que adoptar, viene en gran medida comprometido por los elementos esenciales del derecho de la UE, que a día de hoy sigue profundamente marcado por las libertades de circulación como garantía de un espacio económico común. Esta circunstancia va a resultar determinante para entender la posición del TJUE en la materia que nos ocupa, y en general en relación a la implementación de los derechos fundamentales de la UE, pues dependiendo del grado de intervención en el derecho interno de los Estados miembros que supongan sus decisiones, optará por una mayor contundencia o por el contrario, se mantendrá en el mínimo grado de protección de los derechos que sea compatible con la normativa comunitaria. Así, cuando se trata de incidir en materia que claramente entra den-

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1184

los poderes públicos europeos deban reflexionar sobre; a) la propia dimensión dinámica de la familia como una institución en desarrollo permanente y en continuo proceso de construcción[35]; b) sobre la posibilidad de una ley sobre el matrimonio aún más clara y más flexible para más colectivos[36]; c) sobre la revisión de los conceptos que se usan en los documentos oficiales y convocatorias públicas; conceptos tales como "incapacitación", "minusvalía", "sexo único", en relación a las personas intersexuales, etc.[37]

Segundo, los derechos *reproductivos de la mujer*[38]. Estando de acuerdo en lo relativo a que, una vez reconocido un derecho en el ordenamiento jurídico, la tolerancia pública puede ser una forma de rebajar los derechos, como señalaban Javier de Lucas y Solar Cayón, lo cierto es que en materia del "derecho al aborto", no podemos decir que en España se disfrute de una clara estabilidad respecto del contenido y límites jurídicos de este derecho. Pues, la evolución de la regulación del derecho al aborto, ni fue una tarea fácil en el

---

tro del ámbito competencial de la UE, el TJUE ha resultado tremendamente activo, y sin embargo, cuando nos encontramos ante el efecto expansivo a otras materias propias del derecho nacional, parece necesitar seguir en cierta medida la estela de la jurisprudencia del TEDH".

[35] Vid. A. VIGLIANISI FERRARO, "El derecho (fundamental) a construir una familia. El "estado del arte" en Italia, a la luz del ordenamiento jurídico de la Unión y del sistema CEDH", *Derechos y Libertades,* núm. 39, 2018, pp. 229-258.

[36] Según el TEDH, en sentencias de fecha *9 de junio de 2016 (asunto n.º 40183/07, Chapin et Charpentier contra Francia)*, en la que reitera básicamente lo establecido en sus anteriores pronunciamientos de 24 de junio de 2010 (Schalk y Kopf), 15 de marzo de 2012 (Gas y Dubois) y 16 de julio de 2014 (Hämäläinen), el *art. 12 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, que reconoce al hombre y a la mujer el derecho de contraer matrimonio según las leyes nacionales, no impone a los Estados la obligación de introducir en su regulación el matrimonio entre personas del mismo sexo.

[37] En otras sentencias, como por ejemplo la del asunto nº 43546/02, de 22 de enero de 2008, o *E.B. contra Francia, el TEDH* dispuso que la prohibición de discriminación del artículo 14 se extiende más allá de los derechos y libertades incluidas en el Convenio y sus protocolos, por lo que no otorgar el derecho a adopción a parejas del mismo sexo estando vigente para parejas heterosexuales se consideraría una violación del CEDH. En las Sentencias de Oliari y otros contra Italia, decisión de la corte nº. 18766/11 y 36030/11, de 21 de octubre de 2015, el TEDH dispuso, que Italia, en tanto que Estado miembro del Consejo de Europa, tiene la obligación de asegurar un marco legal en materia de reconocimiento y protección de las parejas del mismo sexo aunque que sigue reservando la institución del matrimonio a parejas heterosexuales, debido a sus connotaciones sociales, políticas y religiosas.

[38] Vid. J. SAURA ESTAPÁ, "El estándar jurídico internacional sobre la interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones en perspectiva de derechos humanos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 29, 2015; V. UNDARRAGA, "La decisión sobre el aborto de la Corte Europea de Derechos Humanos 'A, B and C v. Ireland' y su importancia para el sistema interamericano", *Anuario de Derecho Público UDP*, 2010, p. 399 y ss.

pasado, ni el frustrado "Anteproyecto de ley de 2014" del Ministro Alberto Ruiz Gallardón, auguraban un trato jurídicamente estable para la mujer en sus derechos reproductivos. Tampoco eran alentadoras las palabras del Ministro, según las cuales, con el mencionado anteproyecto, si bien algunas podíamos valorar que nos retrotraíamos a condiciones peores a la regulación de 1985, no obstante, "*es la primera vez en la historia que no se penaliza a la mujer por abortar*", para el caso de que una mujer abortara fuera de las condiciones y plazos establecidos por el referido anteproyecto de 2014.

Puesto que la regulación del derecho al aborto, y otros casos aún no regulados como la llamada "gestación subrogada", implican al derecho de la mujer a la integridad física y moral (art.15CE) y consiste en una especificación de la libertad, resulta inquietante que todavía pueda ser este derecho "objeto" (casi "moneda de cambio") de la tolerancia pública. Y el hecho de que nuestro TC no se haya pronunciado a fecha de hoy, 2019, sobre el recurso de inconstitucionalidad a la Ley Orgánica 2/2010, *de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo,* planteado en 2010, incide más aún sobre la existencia en nuestro ordenamiento de derechos de primera y segunda categoría. Desde esta perspectiva, el Consejo de Estado en su dictamen previo sobre la referida Ley Orgánica consideró respecto del derecho al aborto y el *nasciturus* que "no puede reconocerse un derecho subjetivo (…) o un derecho personalísimo –como el que existe sobre el propio cuerpo– a eliminar tal bien, dotado de sustantividad propia, de relieve vital y, en consecuencia, de interés objetivo y general"[39].

Tercero, los *derechos de los hijos e hijas y el "interés superior del menor"*. En este caso, es necesario reflexionar sobre una importante premisa; si la familia es una institución distinta al matrimonio es debido a la presencia de hijos e hijas menores[40]. El matrimonio es un contrato entre mayores (art.32 CE), pero

[39] M. LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, *La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Trabajos preliminares,* Dykinson, Madrid, 2011, p. 82. Por otro lado, a nivel internacional la regulación del derecho al aborto no es más alentadora, cuando no inexistente. Aunque para conseguir una cierta estabilidad de este derecho reproductivo, no ayuda el tipo de redacción utilizado en algunas Declaraciones y Convenios Internacionales de Derechos. Por ejemplo, todavía podemos leer en el "preámbulo" de la Convención de los derechos del niño, de 1989, la mención a la antigua forma de referirse a los niños contenida en la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos del niño, de 1959: "*Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*" (Preámbulo, 1959).

[40] Vid. I. RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior del niño a la luz del nuevo artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero", en, *http://laleydigital.laley.es/*

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1184

la familia implica la custodia, cuidado y educación de los menores (art. 92 Cc). El art. 39 CE, en su apartado tercero, establece que: "*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*"[41].

Lo que haré a continuación, con mayor extensión que los apartados anteriores, va a consistir en dar algunos apuntes relativos a la interpretación que nuestro sistema jurídico está haciendo de la Convención de los derechos del niño de 1989[42]. Así, de acuerdo con Teresa Picontó, la Convención de 1989 establecería tres tipos de derechos de los niños y niñas, menores de 18 años:

> *1. "El 'derecho a beneficiarse de algo', en el que se incluirían el derecho a ser alimentado, a ser cuidado, a recibir afecto, a tomar medicinas, etc;*
>
> *2. el 'derecho a ser protegido de cualquier cosa', esto es, de aquello que atenta o pueda atentar contra su integridad física o psíquica, ya sean malos tratos, tortura, explotación laboral, explotación sexual, etc;*
>
> *3. el derecho del niño a «hacer algo, alguna actividad», como pueda ser la de expresarse, reunirse, participar en las decisiones que afecten a su vida, lo que no es sinónimo de que todas sus decisiones hayan de ser respetadas sino, más bien, el derecho del niño a que sus opiniones y pareceres sean tenidos en consideración en orden a su capacidad y madurez. Categoría, esta última, que es la más discutida"*[43].

De estas tres categorías de derechos señalados por la Profa. Picontó, y siguiendo en adelante el estudio sobre los modelos de reconocimiento y protección de los derechos de los niños del Prof. Ignacio Campoy, las dos primeras categorías de derechos, encajarían mejor en el *modelo proteccionista* de los derechos del niño, mientras que la tercera categoría, por problemática, remitiría al *modelo liberacionista* de los derechos del niño[44]. Por tanto, ambos modelos estarían presentes en la Convención de 1989.

En efecto, en el análisis que el Prof. Campoy hace de los modelos proteccionista y liberacionista (históricos y actual), hay que tener en cuenta cuatro grandes apartados: a) La concepción del niño de cada modelo; b) Las relaciones entre padres e hijos que proyecta cada modelo; c) El "interés superior"

---

[41] TEDH,12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica;* TEDH,23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria;* TEDH, 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia* .

[42] Vid. A. LOZANO-VICENTE, "Los derechos del niño: cuestiones sobre su fundamentación", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, núm. 14, pp. 67-79.

[43] T. PICONTÓ NOVALES, *En las fronteras del derecho. Estudios de casos y reflexiones generales,* Dykinson, Madrid, 2000, p. 20. También, vid. M. J. BERNUZ, "El derecho a ser escuchado: el caso de la infancia en conflicto con la norma", *Derechos y Libertades*, núm. 33, 2015, pp. 67-98.

[44] Vid. I. CAMPOY CERVERA, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección,* Dykinson, Madrid, 2006, pp. 769-974.

del niño plasmado en cada modelo; d) La formación del ciudadano a través de la educación de cada modelo. Resumidamente:

a) *Las concepciones del niño/a:* Cada modelo tiene una idea sobre la autonomía propia del niño, la titularidad y ejercicio de sus derechos y el límite de edad. El *modelo proteccionista*, en general, no considera al niño como ser autónomo, igual al adulto, defiende la titularidad de sus derechos, pero limita su ejercicio hasta la adquisición de la mayoría de edad. El *modelo liberacionista*, por el contrario, sí parte de una visión autónoma del niño, igual al adulto, afirma la titularidad y ejercicio de sus derechos y no establece previamente un límite a la edad para el ejercicio de los derechos del niño[45].

b) *Las relaciones entre padres e hijos:* En el modelo proteccionista, la relación específica entre padres e hijos es la de protección, debido a la indefensión en la que se encuentran los hijos hasta su mayoría de edad. En el modelo liberacionista, se parte de los efectos negativos de la hiperprotección por parte de los padres hacia sus hijos (abusos de autoridad, opresión del menor en su desarrollo, infantilización, etc.) y, desde esta crítica básica, se aboga por considerar que el niño es capaz de tomar sus propias decisiones.

c) *El interés superior del menor*: En el modelo proteccionista, con carácter general, se relega el interés del niño a su interpretación por los padres o, en su caso, por el Estado. En el modelo liberacionista, se considera, también con carácter general, que hay que partir de que es el propio niño el mejor juez a la hora de reconocer su mejor interés.

d) *La formación del futuro ciudadano/a a través de la educación*: En el *modelo proteccionista*, se ha dado una evolución desde sus orígenes en el siglo XVII del proteccionismo tradicional hasta el proteccionismo renovado actual. Así, desde la consideración tradicional de que son los padres quienes deben dirigir en exclusiva la educación del niño (Locke), actualmente este modelo defendería una educación pública, básica y obligatoria (Estado social y democrático), así como cierta atención a las opiniones educativas del niño. En cuanto al *modelo liberacionista*, desde sus orígenes en Rousseau, la nota distintiva es el carácter de la libertad innata que se reconoce y respeta al niño. Pero

[45] Vid. T. PICONTÓ NOVALES, "Fisuras en la protección de los Derechos de la infancia", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2016, p. 140.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1184

la traducción de esa libertad para la formación ciudadana requiere de cierta autoridad; para que el niño no cause daños a terceros y para que no se convierta en un adulto corrompido e infeliz. En fin, los seguidores más actuales de este modelo, en su ideal de buscar un ciudadano maduro, libre, feliz y solidario, proponen un mayor protagonismo del niño en su proceso educativo, en relación con sus compañeros (solidaridad), padres y profesores, defendiendo un sistema educativo lo más democrático y menos autoritario posible.

A partir de esta síntesis de los modelos, el Prof. Campoy no se siente satisfecho con ninguno de ellos; uno, el proteccionista, por no reconocer al niño en su valor moral pleno y, el liberacionista, por constituir una irrealidad en sus presupuestos y ciertas consecuencias indeseables. Así, su propuesta consiste en una *posición intermedia* entre ambos modelos en la que, partiendo de que el niño tiene libertad como el adulto para establecer su propio "plan de vida", no se fije una mayoría de edad general, sino que se establezcan distintas mayorías de edad para el ejercicio de cada derecho en particular. Advertido de la complejidad de dicha "posición intermedia", el Prof. Campoy ha llegado a la conclusión de que debería extenderse a todos los niños, incluidos los niños con discapacidad. Así, Campoy ha escrito que: "Conforme al modelo de derechos humanos, habrá de atenerse a las siguientes dos consideraciones generales para garantizar ese adecuado sistema de reconocimiento y protección del ejercicio de los derechos por los niños, con o sin discapacidad: La primera, es que se parte de que el niño, con o sin discapacidad, puede ejercitar todos los derechos humanos libremente (es decir, conforme a su voluntad manifiesta). Cualquier limitación en el ejercicio de sus derechos habrá de estar previamente justificada. La segunda, es que cuando se entienda que un niño no tiene la suficiente "madurez" exigida para poder ejercitar libremente algún derecho –lo que puede ir vinculado a un límite de edad o a un tipo de discapacidad– habrá de procurarse siempre que el ejercicio de derecho se corresponda con lo que sería la "auténtica" voluntad el niño"[46].

Si ahora tratamos de averiguar en qué modelo encaja nuestro actual sistema jurídico, en relación a la regulación de los derechos de los niños y niñas, resulta que la "posición intermedia" sería la más adecuada[47]. Nuestro

[46] I. CAMPOY CERVERA, "La construcción de un modelo de derechos humanos para los niños, con o sin discapacidad", *Derechos y Libertades,* núm. 37, 2017, pp. 164-165.

[47] Vid. I. RAVETLLAT BALLESTÉ, *Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría de la infancia*, Editorial Universitat Politècnica de València, Valencia, 2015, pp. 63 y ss.

ordenamiento jurídico permite; el contrato de trabajo a los 16 años (con protección específica); la aplicación de la Ley penal del menor, a partir de los 14 años; el consentimiento para tener relaciones sexuales con mayores, partir de los 16 años (anteriormente dependía de la valoración judicial de la madurez sexual del menor, en una edad que podía llegar hasta los 13 años). Sin embargo, en los derechos educativos y de opción religiosa, nuestra legislación ha sido bastante cambiante[48].

Partiendo del derecho de los padres a elegir el colegio e instituto de sus hijos, así como su formación moral y/o religiosa, no es desacertado decir que en estos derechos de los padres, "*el hogar se extiende a la escuela*"[49]. En España afortunadamente no tenemos ninguna constancia precisa de que, como ocurre en los Estados Unidos, algunos padres y su elección de escuela prohíban la explicación de la evolución biológica humana darwinista, sustituyéndola por el "creacionismo bíblico"[50]. No obstante, la "aconfesionalidad" del Estado español (art.16.3 CE) no queda del todo claro en la redacción de algunos artículos de la actual Ley educativa[51]. Como seguimos tratando la cuestión de la importancia de la "tolerancia pública", hay artículos de la LOMCE referidos a la educación moral y religiosa, que parecen redactados desde la indulgencia del poder, más que con la claridad de un Estado aconfesional. El conocido caso de la evaluación y efectos curriculares de la asignatura de religión no es el único, sino el más polémico e "intolerante". Por ejemplo, únicamente a los estudiantes de bachillerato se les permite optar o no por la enseñanza de la religión (art.34 LOMCE). Antes de los 12 años (enseñanza primaria), esta elección recae en exclusividad en los padres o tutores legales (art. 18.3 LOMCE), y desde los 12 a los 16 años (enseñanza secundaria), establece el art.24 de la Ley que la religión es, "*elección de los padres, madres o tutores legales o, en su caso, del alumno*". Cualquiera puede pensar que, a los

[48] Vid. X. GAUCHE MARCHETI y D. LOVERA PARMO, "Identidad de género de niños, niñas y adolescentes. Una cuestión de derechos", *Ius et Praxis*, vol. 25, núm. 2, pp. 359-402.

[49] Art. 27 CE: "3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. 6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales"

[50] Vid. R. DAWKINS, *El espejismo de Dios,* trad. de N. Pérez-Galdós, Espasa, Barcelona, 2017, pp. 351-388. El texto de Dawkins refiere en las páginas citadas el "abuso físico y mental" que sufren los menores que, por decisión de sus padres, han de acudir a escuelas contrarias a explicar la evolución biológica humana.

[51] Ley Orgánica 3/2013, de 9 de diciembre, *de mejora de la calidad educativa* (B.O.E. 10/12/2013).

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1184

12 años de edad, la inmersión religiosa de un menor es un *dato* más que garantizado. En este caso, la legislación española ha decidido que la capacidad y madurez del menor para decidir (art.5 de la Convención de derechos del niño, 1989), comienza a los 16 años y, tiene que compartir dicha madurez con sus padres desde los 12 a los 16 años de edad.

Si a la anterior preocupación por la regulación aconfesional en la escuela pública añadimos que la escuela privada tiene siempre su "ideario formativo" (en respeto con los principios constitucionales), no podemos más que pedir, entonces, a los propios padres o tutores legales cierta *virtud tolerante* respecto de los posibles excesos que en la escuela (al menos en la escuela pública), puedan hacer los profesores respecto de su libertad para enseñar a sus hijos e hijas. Por el contario, una opción en exceso "paternalista" por impedir que, "*la escuela entre en el hogar*", frenaría la posibilidad de que la familia pase a formar parte de nuestro *modelo compartido de ciudadanía democrática*[52]. Es, en definitiva, una propuesta ética para la construcción de una sociedad verdaderamente participativa, en la que se respeten la diversidad y las diferencias, capaz de garantizar a todos, el disfrute de los bienes de la modernidad y el pleno ejercicio de la ciudadanía.

Mª Dolores Pérez Jaraba
Filosofía del Derecho
Universidad de Jaén,
Campus Las Lagunillas s/n
23071 Jaén.
e-mail: mdperez@ujaen.es

[52] Vid. L. WILLS RIVERA, "La incorporación progresiva de los niños y niñas adolescentes a la ciudadanía activa", en, C. VILLAGRASA ALCAIDE, I. RAVETLLAT BALLESTE (coords.), *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia. Un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 113-140.

KANT Y LA DIGNIDAD HUMANA EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

KANT AND HUMAN DIGNITY IN THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Jesús Ignacio Delgado Rojas
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción 3-11-18
Fecha aceptación: 27-6-19

Resumen: *La dignidad humana es un valor central en todas las tradiciones jurídicas. También desempeña una función primordial en los sistemas universales, regionales y nacionales de protección de los derechos humanos. En este trabajo se recupera el tratamiento clásico kantiano de la dignidad y se ofrece una lectura contemporánea que nos ayuda a afrontar problemas actuales. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos utiliza la idea de la dignidad humana para justificar muchas de sus decisiones. Las democracias latinoamericanas, a pesar de algunas fragilidades heredadas de su reciente historia convulsa, muestran la fuerza e importancia que tiene la dignidad para la garantía de los derechos humanos.*

Abstract: *Human dignity is a central value in all legal traditions. It also plays an essential role in the universal and regional protection of human rights. This paper recovers Kantian classic treatment of dignity and offers a contemporary reading that will help us to deal with current problems. The jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights uses the idea of human dignity to justify many of its decisions. The Latin American democracies, in spite of*

* La realización de este trabajo ha tenido lugar en el marco del proyecto de investigación *Jueces en Democracia. La filosofía política de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (DER2016-79805-P, AEI/FEDER, UE), del *Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia* (GIDYJ) de la Universidad Carlos III de Madrid.

Agradezco a los/as evaluadores/as anónimos/as que realizaron acertadas consideraciones en su revisión de este trabajo.

some fragilities inherited from their recent turbulent history, show strength and importance of dignity for guarantee of human rights.

Palabras clave: dignidad, Corte Interamericana, derechos humanos, democracia
Keywords: dignity, Inter-American Court, human rights, democracy

1. INTRODUCCIÓN

Es indudable la importancia que entraña la idea de dignidad humana a la par que es imposible negar las dificultades teóricas y prácticas a las que nos enfrentamos cuando intentamos definirla. Se trata de una noción que puede ser estudiada desde distintas disciplinas. De ahí que sea necesario precisar que en este trabajo se optará por un enfoque iusfilosófico a la hora de rastrear el camino que ha recorrido la idea de dignidad humana en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. En especial, se atenderá al papel que esta proteica idea ha jugado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH). Será fácil comprobar cómo la noción de dignidad que maneja la Corte en sus sentencias es fiel deudora de la filosofía kantiana.

Conviene advertir, de inmediato, que el sentido y alcance del concepto de dignidad humana no es ni claro ni unívoco; son la vaguedad e imprecisión sus rasgos característicos. El uso y abuso en el empleo del término y el énfasis con el que se quiere revestir de autoridad y contundencia a los argumentos que de él se sirven, hacen correr el riesgo de convertir la dignidad humana en un concepto vacío de contenido. Un riesgo del que ya avisaba González Pérez cuando señalaba que "en nombre de la dignidad se llega a soluciones radicalmente contrarias sobre temas tan fundamentales de nuestros días como la admisibilidad de ciertas formas de provocación y manipulación genéticas, el aborto, la disponibilidad de órganos humanos, los experimentos médicos con personas y la eutanasia"[1]. También Ricardo Chueca aludía a "la evidente banalización de un concepto" a la que han contribuido todos los operadores jurídicos, y no poca doctrina científica "muy especialmente con el abuso del recurso retórico a la dignidad humana, a veces en condiciones pintorescas". A su juicio este abuso "ha desembocado en su degradación a mero eslogan: la dignidad humana es hoy una noción incon-

[1] J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 19-20.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1185

sistente y hasta fofa"[2]. Del mismo peligro alertaba Ronald Dworkin en su último libro *Justicia para erizos*, publicado en español póstumamente, al considerar que "el concepto de dignidad se ha desvalorizado a causa de su uso inconsistente y excesivo en la retórica política"[3].

A la dignidad se la ha calificado como "el fundamento último de la cultura política y jurídica moderna. La raíz tanto de los valores, los principios y los derechos, como de los procedimientos iguales para todos"[4]. En línea similar se situaba Karl Larenz cuando, al respecto de los principios jurídicos y, en concreto, sobre el principio general del respeto recíproco, escribía: "El principio fundamental del Derecho, del cual arranca toda regulación, es el respeto recíproco, el reconocimiento de la dignidad personal del otro y, a consecuencia de ello, de la indemnidad de la persona del otro en todo lo que concierne a su existencia exterior en el mundo visible (vida, integridad física, salubridad) y en su existencia como persona (libertad, prestigio personal)"[5].

Desde la perspectiva del propio ser humano, reconocerle como digno es atribuirle un valor y respeto mínimo por el solo hecho de pertenecer a la especie humana, impidiendo "que su vida o su integridad sea sustituida por otro valor social"[6]. Rafael Nieto, que fuera juez-presidente de la Corte IDH, señaló que "el hombre es, ontológicamente, persona, en el sentido de que, de acuerdo con su razón, se pertenece a sí mismo y es capaz de dominar sus propios actos; eso significa que persona es un ser libre"[7].

Se suele calificar a la dignidad como heterónoma cuando "sus causas o razones se encuentran fuera de la persona, derivan de la autoridad, del

---

[2] R. CHUECA, "La marginalidad jurídica de la dignidad humana", en R. CHUECA (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 20 y 25.

[3] R. DWORKIN, *Justicia para erizos*, trad. de Horacio Pons (y revisión de Gustavo Maurino), Fondo de Cultura Económica, México, 2014, p. 29.

[4] G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 32.

[5] K. LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de Ética jurídica*, trad. y presentación de Luís Díez Picazo, Cívitas, Madrid, 1985, p. 57.

[6] E. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 20.

[7] R. NIETO NAVIA, *Introducción al Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1988, pp. 12-13. También ver R. NIETO NAVIA (ed.), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos,* Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1994.

puesto social que se ocupe o de una mediación fuerte de una institución"[8]. Es una noción de dignidad vinculada al status, al rango, a la jerarquía o al estamento. De tal modo que son estas categorías, y la posición que en ellas se ocupe, las que conceden, niegan o modulan el estatuto de dignidad de la persona. Son, claro está, sociedades desigualitarias ejemplificadas en un tipo de feudalismo cuya organización social en gremios y corporaciones produce *dignidades* diferentes. Al burgués y al siervo, al maestro y al aprendiz, al propietario y al campesino, se le reconocen a cada uno una dignidad más o menos cualificada.

Frente a este criterio propio del mundo antiguo y medieval, se abre paso la dignidad autónoma cuando el *valor igual* de cada hombre "se genera desde la propia persona"[9], es decir, como algo presente por igual en cada ser humano. Sólo con la visión antropocéntrica y el proceso de secularización que conoce el mundo moderno, puede aflorar una dimensión autónoma de la dignidad humana.

Será el Renacimiento el momento histórico en el cual irrumpieron con mayor fuerza estas ideas. Afirmar los valores humanos supone configurar al hombre como algo valioso en sí mismo, independientemente de su religión, profesión o estatus. Lo que es verdaderamente valioso es la capacidad que tiene éste para moldearse, su libertad para elegir, para pensar, para decidir lo que cada uno quiera ser. Giovanni Pico della Mirándola narrará en su escrito *De hominis dignitate* esta transformación renacentista[10].

Habrá que esperar a Kant y a las Declaraciones de derechos americana y francesa del último cuarto del siglo XVIII, para situar el contexto histórico concreto en el que parece generalmente aceptado situar la génesis de la idea de dignidad humana en su sentido moderno. Una noción que "comenzó siendo un concepto religioso y moral para ser más tarde incluido dentro del ámbito jurídico"[11]. Desde entonces se interpretará la dignidad humana "no

---

[8] G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, cit., p. 32.

[9] G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, cit., p. 32.

[10] G. PICO DELLA MIRÁNDOLA, *De la dignidad del hombre*, con dos apéndices: Carta a Hermolao Bárbaro y Del ente y el uno, ed. preparada por Luis Martínez Gómez, Editora Nacional, Madrid, 1984. En España ejerció una función similar el texto de F. PÉREZ DE OLIVA, *Diálogo de la dignidad del hombre*, estud. prelim. de José Luís Abellán, Ediciones Cultura Popular, Barcelona, 1967.

[11] E. FERNÁNDEZ GARCÍA, "Los valores éticos y la Educación para la Ciudadanía", en G. PECES-BARBA (ed.), *Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos*, Espasa Calpe, Madrid, 2007, p. 124.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1185

solamente como lo más valioso, lo que no tiene precio, lo que exige un respeto inmediato, sino también como el derecho a tener derechos. Por tanto, respetar la dignidad de los seres humanos equivale a reconocerles ciertos derechos. Si el reconocimiento de los derechos humanos es el medio de garantizar la realización de una vida digna, su falta de reconocimiento significa vivir por debajo de la exigencia de esa vida digna"[12].

Encontramos numerosas referencias acerca de cómo los derechos humanos encuentran su fundamento en la idea de dignidad de la persona humana. En el ámbito latinoamericano, esta justificación tendría su origen "en los lamentables eventos históricos de la primera mitad del siglo XX que destacaron por su documentada vulneración a los derechos más elementales, entre otras razones, porque los regímenes jurídico-políticos vigentes en estos períodos condicionaron el respeto a la dignidad humana a consideraciones de color, raza, condición económica, cultura, etcétera, establecidas en la legislación y no en la idea de que el ser humano es algo valioso y digno de respeto por el solo hecho de serlo"[13].

Frente a aquellos excesos, los valores que encontrarían en la dignidad humana su fundamento, expresión y concreción, serían "los valores de autonomía, seguridad, libertad e igualdad, que son los valores que fundamentan los distintos tipos de derechos humanos"[14]. O, lo que es lo mismo, los derechos humanos expresan, en cada tiempo y lugar, "las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional"[15].

La dignidad humana aparece así positivada en los textos internacionales más importantes sobre derechos humanos. De hecho, el núcleo del Sistema Interamericano de derechos humanos "es la unidad de naturaleza y dignidad

---

[12] E. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, cit., p. 13.

[13] E. FERRER MAC-GREGOR y C.M. PELAYO MÖLLER., "Comentario al Preámbulo", en Ch. STEINER y P. URIBE (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, prólogo de Ruddy José Flores Monterrey, prefacio de Diego García-Sayán y presentación de Dean Spielmann, Fundación Konrad Adenauer-Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Colombia, 2014, p. 37.

[14] E. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, cit., p. 20.

[15] A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 48. Y también en A.E. PÉREZ LUÑO, "Sobre los valores fundamentadores de los derechos humanos", en G. PECES-BARBA (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Javier Muguerza y otros autores Debate, Madrid, 1989, pp. 280-281.

del ser humano. Todos los derechos inalienables, incluidos los que se derivan de la democracia, constituyen atributos de la persona humana cuya causa y fin es su dignidad. Si un derecho es condición de integridad o dignidad humana, está inmerso en la suprema categoría de los fundamentales"[16]. También en el derecho nacional la mención a la dignidad del ser humano aparece recogida en las constituciones en un lugar privilegiado como valor o principio[17]. De ahí que haya sido la tarea jurisprudencial de los altos tribunales constitucionales o regionales la que ha permitido ir colmando de contenido el concepto de dignidad humana, además de ir supliendo y paliando su ambigüedad y abstracción a través de un valioso esfuerzo de clarificación y concreción.

Dejando por ahora de lado las cuestiones referentes a la naturaleza jurídica de los tratados internacionales, de la legitimidad de los órganos creados para la aplicación de ellos y de la teoría de fuentes sobre la manera en que dichos documentos entran a formar parte del derecho interno, lo que parece claro es que un Estado "al haber suscrito, aprobado y ratificado los pactos de derechos humanos se ha comprometido jurídicamente a cumplirlos y hacerlos respetar"[18]. Y ello a pesar de que los tratados internacionales no consagren expresamente una cláusula convencional por la que el Estado quede obligado a investigar, juzgar y sancionar las violaciones de los derechos que aparecen recogidos en sus articulados. A pesar de tal vacío, la Corte IDH, a lo largo de su jurisprudencia, ha considerado que tales obligaciones emanan directamente del artículo 1.1 de la Convención Americana, es decir, de la obligación internacional, de carácter general, que asumieron los Estados de garantizar la vigencia de los derechos humanos[19].

---

[16] F. CÓRDOBA ZARTHA, *La Carta de Derechos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana*, Temis, Bogotá, 1995, pp. 29-30.

[17] La discusión de la naturaleza, eficacia normativa o distinción entre valores, principios y reglas es ya todo un clásico de larga data en nuestra literatura iusfilosófica. Entre otros, R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984; L. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993. Sin entrar en esa discusión, y utilizando en este trabajo indistintamente los términos *valor* y *principio*, no me parece arriesgado afirmar que, en definitiva, de lo que se trata es de querer dotar a la dignidad humana, categorizándola bajo uno u otro término, del máximo realce, garantía, honor o solemnidad jurídica.

[18] R. UPRIMNY YEPES, *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*, Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, Bogotá, 1992, p. 81.

[19] H. SIERRA PORTO, "La función de la Corte Constitucional en la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación en Colombia", *Anuario de*

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1185

Aunque el hecho de su inclusión en las más significativas cartas de derechos no implica que se haya acabado con las "dificultades, por su vaguedad conceptual, que nos plantea la dignidad como fundamento de los derechos humanos"[20]. Como nos recordaba Bobbio –con aire de paradoja– a pesar de existir un consenso casi absoluto en torno a la dignidad humana como idea fundadora de los derechos humanos, el significado y alcance concreto de esa idea posee, en cambio, un desacuerdo generalizado y amplio[21].

2. BREVE REFERENCIA A LA IDEA DE DIGNIDAD HUMANA SEGÚN KANT

Probablemente sea la noción kantiana, de entre las concepciones acerca de la dignidad humana, la que haya dominado el panorama filosófico y político desde la Ilustración hasta hoy. Quizás ya solo por eso no resultará difícil encontrar el eco de este autor en el trabajo de la Corte IDH. Es notorio que "el sistema internacional de derechos humanos, en general, y el sistema interamericano de derechos humanos, en particular, se construyen sobre algunos pilares básicos vinculados con la protección de la dignidad del ser humano"[22].

Kant diseñó una arquitectura magistral sobre la idea de dignidad que ha sido la imperante en nuestra tradición cultural cuando se ha debatido acerca del valor intrínseco que posee la vida humana. Aunque por otro lado, la interpretación del pensamiento del filósofo de Königsberg no haya sido, ni mucho menos, cuestión pacífica. Lo que tampoco es de extrañar que ocurra en torno a un autor de tan profusa difusión y con tantos estudiosos sobre su

---

Derecho Constitucional Latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, Uruguay, 2009, p. 180.

[20] J. WALDRON, "Is Dignity the Foundation of Human Rights?", *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, paper 374, 2013. Aunque también podríamos entender, con Riley, que este éxito de la dignidad humana se debe, en gran parte, a su no concreción. Su incorporación a declaraciones y constituciones se debe a un doble acuerdo. Acuerdo en incorporarla y acuerdo en el desacuerdo: no definirla ni concretarla. Acuerdo en la dignidad humana y ausencia de acuerdo en por qué y en el cómo. S. RILEY, "Human dignity: comparative and conceptual debates", *International Journal of Law in Context*, núm. 6 vol. 2, 2010, p. 120.

[21] N. BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, p. 35.

[22] C. NASH, "Comentario al artículo 5. Derecho a la Integridad Personal", en Ch. STEINER y P. URIBE (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, prólogo de Ruddy José Flores Monterrey, prefacio de Diego García-Sayán y presentación de Dean Spielmann, Fundación Konrad Adenauer-Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Colombia, 2014, p. 133.

figura. La complejidad de la obra kantiana, por un lado, y el límite de espacio y propósito de este trabajo, por otro, hacen que en lo siguiente abandone la pretensión de ofrecer un análisis detallado y exhaustivo del pensamiento de Kant[23], y opte sólo por una aproximación sobre aquellos aspectos concretos de su pensamiento que nos sean más útiles para comprobar de qué manera su noción de dignidad recibe plasmación en la Corte IDH.

Y, ¿cuál es la concepción kantiana de la dignidad humana? Si en la primera formulación del imperativo categórico Kant postulaba un obrar que se pudiera erigir en ley universal[24], el segundo paso será dotar de contenido a esa

[23] Sobre la ética kantiana, desde el enfoque iusfilosófico y politológico que aquí interesa, puede consultarse, entre otros: O. HÖFFE, *Immanuel Kant*, trad. de Diorki, Herder, Barcelona, 1986; J.L. VILLACAÑAS, *Racionalidad crítica. Introducción a la filosofía de Kant*, Tecnos, Madrid, 1987; V. CAMPS, "La dignidad según Kant", en M. CRUZ, M.Á. GRANADA y A. PAPIOL (eds.), *Historia, Lenguaje, Sociedad. Homenaje a Emilio Lledó*, Crítica, Barcelona, 1989; V. CAMPS, "El sujeto que dice no", en R. ARAMAYO, J.F. ÁLVAREZ, F. MASEDA y C. ROLDÁN (eds.), *Diálogos con Javier Muguerza. Paisajes para una exposición virtual*, CSIC, Madrid, 2016; J. RUBIO CARRACEDO, *Ética constructiva y autonomía personal*, Tecnos, Madrid, 1992; J.L. COLOMER MARTÍN-CALERO, *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995; A. PAPACCHINI, *Filosofía y Derechos Humanos*, Programa Editorial Universidad del Valle, Cali, 1997; G. DELEUZE, *La filosofía crítica de Kant*, trad. de Marco Aurelio Galmarini, Cátedra, Madrid, 1997; R. RODRÍGUEZ ARAMAYO, *Immanuel Kant. La utopía moral como emancipación del azar*, Edaf, Madrid, 2001; R. RODRÍGUEZ ARAMAYO, *Kant: Entre la moral y la política*, Alianza Editorial, Madrid, 2018; J. MUGUERZA, "Del Renacimiento a la Ilustración: Kant y la ética de la Modernidad", en C. GÓMEZ Y J. MUGUERZA (eds.), *La aventura de la moralidad (paradigmas, fronteras y problemas de la ética)*, Alianza Editorial, Madrid, 2007; J.L. PÉREZ TRIVIÑO, *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, Fontamara, México, 2007; E. CASSIRER, "Kant y Rousseau", en R. ARAMAYO (ed.), *Rousseau, Kant, Goethe. Filosofía y cultura en la Europa del Siglo de las Luces*, trad. de Roberto R. Aramayo y Salvador Mas, colección de Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México, 2007; J. RAWLS, *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, trad. de Andrés de Francisco, Paidós, Barcelona, 2007; J. GÓMEZ CAFFARENA, *Diez lecciones sobre Kant*, Trotta, Madrid, 2010; E. BLOCH, *Derecho Natural y Dignidad Humana*, ed., estud. prelim. y notas de Francisco Serra, trad. del alemán de Felipe González Vicén, Dykinson, Madrid, 2011; H. WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*, trad. de Felipe González Vicén, cap. IV: el idealismo alemán (Kant y Hegel), BdeF, Buenos Aires, 2011; y J. HABERMAS, "El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos", en *La constitución de Europa*, trad. de Javier Aguirre Román, Eduardo Mendieta y María Herrera, Trotta, Madrid, 2012.

[24] Recuérdese que la primera formulación del imperativo categórico rezaba: "obra como si la máxima de tu acción pudiera convertirse por tu voluntad en una ley universal de la naturaleza". I. KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, trad. de Roberto R. Aramayo y estud. introd. de Maximiliano Hernández Marcos, Gredos, Madrid, 2010, p. 39 [Ak. iv: 421].

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1185

ley que aspira a universalizarse. Pero ese contenido no puede ser cualquiera. ¿Qué es lo que puede querer la voluntad como un valor absoluto y no como un medio para alcanzar otra cosa? Lo que debe querer la voluntad no puede ser un fin personal ni contingente, sino algo universalizable, válido para el sujeto que obra y también querido para cualquier otro. Ese objeto del querer de la voluntad no puede ser más que el ser humano en sí mismo, su humanidad:

> *"Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio"*[25].

Esta segunda formulación del imperativo categórico nos obliga a no tratar a los demás meramente como un medio, sino como fines en sí mismos, como personas que merecen respeto, sean cuales sean sus circunstancias subjetivas.

Mientras que los fines relativos sólo pueden servir de fundamento a imperativos hipotéticos "como medio para conseguir alguna otra cosa que se quiere"[26], los hombres como fines, esto es, las "personas", son llamadas por Kant "fines objetivos", que son los únicos capaces de fundamentar un imperativo categórico:

> *"Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen sólo un valor relativo como medio, siempre que sean seres irracionales y por eso se llaman cosas; en cambio los seres racionales reciben el nombre de personas porque su naturaleza los destaca ya como fines en sí mismos, o sea, como algo que no cabe ser utilizado simplemente como medio y restringe así cualquier arbitrariedad (al constituir un objeto de respeto). Las personas, por lo tanto, no son meros fines subjetivos cuya existencia tiene un valor para nosotros como efecto de nuestra acción, sino que constituyen fines objetivos, es decir, cosas cuya existencia supone un fin en sí mismo"*[27].

Si el hombre *no es un fin a realizar*, sino *un fin en sí mismo*, la pregunta que de ello se sigue es automática: ¿Qué es lo que es *fin* en sí mismo? Esta capacidad o libertad que hace al hombre fin en sí mismo es su *dignidad* que le sitúa por encima de cualquier *precio*:

> *"En el lugar de lo que tiene un precio puede ser colocado algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y no se presta a equivalencia alguna, eso posee una dignidad (…) Lo que constituye la única condición bajo la cual puede algo ser un fin en sí mismo, no posee simplemente un valor relativo, o sea, un precio, sino un valor intrínseco: la dignidad"*[28].

---

[25] I. KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, cit., p. 47 [Ak. iv: 429].
[26] I. KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, cit., p. 32 [Ak. iv: 414].
[27] I. KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, cit., p. 46 [Ak. iv: 428].
[28] I. KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, cit., p. 52 [Ak. iv: 435].

Al expresar Kant que *la humanidad misma es una dignidad,* introduce, en conexión directa con la noción de fin en sí mismo, la idea de dignidad de la persona humana:

> *"La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y sí que pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva sobre todas las cosas. Así pues, de igual modo que él no puede autoenajenarse por ningún precio (lo cual se opondría al deber de la autoestima), tampoco puede obrar en contra de la autoestima de los demás como hombres, que es igualmente necesaria; es decir, que está obligado a reconocer prácticamente la dignidad de la humanidad en todos los demás hombres, con lo cual reside en él un deber que se refiere al respeto que se ha de profesar necesariamente a cualquier otro hombre"*[29].

H. J. Paton, uno de los más autorizados expertos en el pensamiento ético kantiano, sobre esta idea de dignidad señaló:

> *"Una cosa tiene un precio si es posible encontrar un sustituto o equivalente de ella. Tiene dignidad o excelencia si no admite ningún equivalente. Sólo la moralidad o virtud tienen dignidad –y la humanidad en la medida en que sea capaz de moralidad–. En este sentido, no puede ser comparada con las cosas que tienen valor económico (un precio de mercado), o ni siquiera con las cosas que tienen valor estético (un precio del gusto)"*[30].

El proyecto de la Ilustración, encabezado por esta filosofía práctica kantiana, concibe la dignidad humana como un imperativo según el cual cada ser humano es un fin en sí mismo que, por ende, no puede ser instrumentalizado para ningún otro fin ni sustituido por ninguna otra cosa. Esto se traduce en una máxima que nos obliga a tratarnos, y a tratar a todo ser humano con el que compartimos tal "atributo", como un fin en sí mismo y nunca simplemente como medio. La noción de autonomía kantiana vinculará nuestra dignidad con nuestra capacidad "auto-legisladora" por la que somos capaces de darnos a nosotros mismos las leyes por las que regirnos. En este sentido, para Kant, todo ser humano que posee libertad para seguir su razonamiento moral, se encuentra dotado, por ese mismo hecho, de una dignidad que impide que quede sometido a ningún otro imperio que no sea el de su propia razón. Ya provengan aquellos dictados heterónomos del mundo del Derecho, la religión o el Estado. Éste será el sentido que abrace la Corte IDH

[29] I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, estud. prelim. de Adela Cortina Orts y trad. y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 335-336 [Ak. vi: 462].

[30] H.J. PATON, *The Moral Law,* Hutchinson University Library, London, 1948, p. 35.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1185

en aquellas decisiones que tengan que ver con la idea de dignidad. Y también será ésta la lectura que asumirán en su jurisprudencia la mayoría de las cortes constitucionales que participan en el sistema interamericano. Ya que hoy lejos de discutirse el carácter vinculante de las sentencias de la Corte IDH, "lo más notable, sin embargo –como señala el juez Diego García-Sayán, que fue su presidente– es que los tribunales nacionales vienen inspirándose de manera creciente en los criterios jurisprudenciales de la Corte"[31]. En efecto, en la mayoría de los países latinoamericanos se ha producido un diálogo judicial enriquecedor entre el nivel nacional y el regional-interamericano. Un valioso ejemplo lo encontramos en la Corte Constitucional colombiana:

> *"La Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", fue aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, ratificado el 31 de julio de 1973 y entró en vigencia el 18 de julio de 1975. Ella es por tanto una norma jurídica vinculante en el derecho interno. Allí se encuentra la idea de que son los atributos de la persona humana lo determinante para establecer la esencialidad de un derecho, cuando en el Preámbulo se dice: "Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos".*
>
> *Entonces, se pregunta, ¿Qué es inalienable, inherente y esencial? Podría responderse que inalienable es: "que no se puede enajenar, ceder ni transferir"; inherente: "que constituye un modo de ser intrínseco a este sujeto"; y esencial: "aquello por lo que un ser es lo que es, lo permanente e invariable de un ser". Estos términos "inalienables" e "inherentes" deben ser entendidos así: algo es inalienable por ser inherente y algo es inherente por ser esencial (…).*
>
> *Concluyendo se advierte que, como definía Emmanuel Kant, en su libro Fundamento de la Metafísica de las Costumbres, ser persona es ser fin de sí mismo" (Sentencia No. T-002/92 de la Corte Constitucional colombiana, 8 de mayo de 1992, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero).*

3. LA DIGNIDAD HUMANA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Como señalábamos al comienzo, el concepto de dignidad humana es bastante impreciso y puede adoptar diversos contenidos en función de las

[31] D. GARCÍA-SAYÁN, "Prólogo", en *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, E. CORZO SOSA, J.U. CARMONA TINOCO y P. SAAVEDRA ALESSANDRI (coords.), Tirant lo Blanch, México, 2013, p. 12.

distintas manifestaciones en las que esta idea se evoque. Ello es fácilmente comprobable en la experiencia jurisdiccional de la Corte IDH. Desde sus primeros fallos a finales de los setenta, la Corte conoció de asuntos relacionados, casi en su totalidad, con derechos civiles y políticos (casos relativos a desapariciones forzadas, detenciones ilegales y torturas), desatendiendo en cierto modo la dignidad humana que tiene que ver con los derechos económicos, sociales y culturales al quedar éstos excluidos de un tratamiento concreto[32]. Como señala Felipe González, que fue presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "la protección brindada a los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano ha sido y continua siendo menor a la dada a los derechos civiles y políticos"[33]. Posteriormente, el trabajo de la Corte ha ido encaminado a la ampliación del concepto de víctima y, con ello, a la ampliación del alcance de la dignidad humana que a ésta se le entiende violada. La evolución de los tipos de medidas reparadoras acordadas por la Corte puede, en consecuencia, ilustrar también cómo se intenta reparar una dignidad vulnerada que cada vez es de contenido más diverso[34].

Es en el ámbito de las reparaciones a las víctimas donde el trabajo de la Corte IDH ha sido verdaderamente innovador y sobresaliente. La doctrina sobre medidas reparatorias representa seguramente el objeto principal del proceso contencioso y el baluarte sobre el que se edifica todo el sistema de protección de los derechos humanos. De ahí que la Corte se refiera al concepto de dignidad humana, principalmente, cuando se ocupa del daño inmaterial en la etapa de reparaciones. Ha considerado que la indemnización por perjuicios que no tienen carácter económico o patrimonial y que no pueden ser tasados por ende en términos monetarios, puede comprender tanto (i) los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas y a sus allegados, como (ii) el menoscabo de valores muy significativos para las personas, (iii) otras perturbaciones que no sean susceptibles de medición pecuniaria, así como

[32] M.E. VENTURA ROBLES, "Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 40, Costa Rica, 2004, p. 87.

[33] F. GONZÁLEZ MORALES, *Sistema interamericano de derechos humanos: transformaciones y desafíos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 379.

[34] M.E. VENTURA ROBLES, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente", en A.A. CANÇADO TRINDADE y M.E. VENTURA ROBLES (coords.), *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2003.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1185

(iv) las alteraciones de condiciones de existencia de la víctima o su familia. Es una característica común a las distintas expresiones del daño inmaterial el que, no siendo posible asignarles un precio equivalente en dinero, solo puedan, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación. Y esta compensación puede tener lugar de dos maneras: (i) mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios cuantificables en dinero o (ii) mediante la realización de actos u obras de repercusión pública como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la condonación de sus deudas o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata o a través del compromiso con las debidas garantías de no-repetición:

> *"Los casos que actualmente enfrenta la Corte involucran en menor medida las violaciones "tradicionales" de los derechos humanos que caracterizaron el funcionamiento del sistema durante sus primeros años, y han comenzado a abordar con más frecuencia casos de DESC, que involucran derechos colectivos, derechos de los pueblos indígenas, el derecho a la consulta previa y los derechos a la salud y a la seguridad social. Estas violaciones requieren medidas de reparación nuevas y más creativas, en reemplazo de las medidas pecuniarias tradicionales que caracterizaron los primeros años de funcionamiento de la Corte"*[35].

La noción de dignidad humana desemboca a menudo en un tema ético controvertido. Este grado de indeterminación podría disminuir si encontráramos, como apuntaba Hoerster, algún acuerdo en torno a las discusiones acerca de la dignidad humana sobre las que se tiene algún parecer, al menos en las sociedades latinoamericanas, más o menos compartido (piénsese en la prohibición de la esclavitud o en el reconocimiento de determinados derechos a los integrantes de minorías indígenas). Pero ello no obsta a que, en amplios ámbitos de nuestra vida, siga imperando "un animado disenso acerca de lo que es éticamente legítimo, especialmente acerca de dónde se encuentran los límites legítimos de la libre autodeterminación"[36].

---

[35] C. RODRÍGUEZ GARAVITO y C. KAUFFMAN, "De las órdenes a la práctica: análisis y estrategias para el cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos", en *Desafíos del sistema interamericano de derechos humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*, DeJusticia, Bogotá, Colombia, 2015, p. 289.

[36] N. HOERSTER, *En defensa del positivismo jurídico*, capítulo "Acerca del significado del principio de la dignidad humana", trad. de Ernesto Garzón Valdés, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 98. Conviene aquí resaltar la importante conclusión que Hoerster extrae de la lectura del art. 1.1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Para él "la interpretación

Parte de esas dudas, precisamente, se podrían disipar con el carácter subsidiario que representa la Corte IDH para los Estados vinculados a ella. En el caso de las constituciones de Latinoamérica, muchas de ellas promulgadas en las postrimerías del pasado siglo, una vez superados los regímenes totalitarios que asediaron a sus países, han establecido en su articulado la protección de la dignidad de la persona humana[37]. Sin embargo, junto a esa presencia en el texto, es también frecuente la ausencia de mecanismos eficaces para tutelarla con las debidas garantías. Esto implica que en las democracias que lo son de modo frágil, el reconocimiento de la dignidad humana no sea más que una declaración retórica carente de efectividad, "papel mojado" sobre el que nada seguro puede quedar protegido. Dicho en otras palabras, existe un alto riesgo de que las referencias constitucionales relativas a la dignidad humana sean meramente simbólicas en aquellos Estados cuya democracia es débil y los valores del constitucionalismo no han sido aun plenamente asimilados. Un riesgo que, al menos en parte, puede paliar la tutela de la Corte IDH cuando los tribunales nacionales se muestran ineficaces:

> *"La mayoría de los países de América Latina aprobaron tratados de derechos humanos y se incorporaron al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en la etapa de transición a la democracia, con finalidades diferentes, pero en muchos casos como una suerte de antídoto para aventar el riesgo de regresiones autoritarias atando sus sistemas políticos y legales al "mástil" de la protección internacional. Abrir los asuntos de derechos humanos al escrutinio internacional fue una decisión funcional a los procesos de consolidación de la institucionalidad durante las transiciones, pues contribuyó a ampliar las garantías de los derechos fundamentales en un sistema político*

constitucional habitual del principio de la dignidad humana coincide, por lo que se refiere a su fundamentación y significado, casi totalmente con la concepción kantiana", p. 92.

[37] La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, con sus numerosas reformas, prohíbe toda discriminación "que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas" (art. 1 según reforma de 2011). La Constitución de Chile de 1980 en su artículo primero determina que "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". La de Brasil de 1988 señala, también en su primer artículo, que la República Federal tiene entre sus fundamentos la dignidad de la persona humana. La Constitución de Colombia de 1991 consagra el respeto a la dignidad humana en su artículo primero: "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general". La Constitución del Perú de 1993, también en su artículo primero, señala que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado".

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1185

acotado por actores militares con poderes de veto y presiones autoritarias aun poderosas"[38].

Son varios los instrumentos internacionales que integran el acervo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero destacan principalmente dos: la Declaración y la Convención.

En el caso de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, adoptada en Bogotá, en mayo de 1948, encontramos tres alusiones explícitas al concepto de dignidad humana.

La primera aparece en el primer Considerando de la *Declaración* según el cual "los pueblos americanos han dignificado la persona humana". De acuerdo con ello, las constituciones de los distintos estados latinoamericanos reconocen que sus instituciones jurídico-políticas tienen como principal finalidad "proteger los derechos de los seres humanos y crear para ellos circunstancias que permitan el progreso espiritual y material, así como el alcance de la felicidad". La segunda alusión se encuentra en el Preámbulo de la *Declaración*:

> *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros".*

El anterior párrafo del Preámbulo es igual al artículo primero de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948, sancionada seis meses después de la *Declaración Americana*. La coincidencia total entre los dos textos de ambas declaraciones, aunque en la Universal la referencia figura en la parte dispositiva y en la Americana en el Preámbulo, demuestra no sólo la relación entre ambos documentos durante el proceso de redacción, sino además la existencia de un pensamiento y de una ideología común en el fundamento de los dos instrumentos internacionales[39].

La tercera referencia explícita se encuentra en el artículo 23 de la *Declaración* que consagra el derecho a la propiedad privada. Según este artículo, "toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener

---

[38] V. ABRAMOVICH, "Autonomía y subsidiariedad. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales", en C. RODRÍGUEZ GARAVITO (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011, p. 217.

[39] H. GROS ESPIELL, "La Declaración Americana de Derechos: Raíces Conceptuales y Políticas en la Historia, la Filosofía y el Derecho Americano", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. especial, San José, 1989, p. 48.

la dignidad de la persona y del hogar". Resulta curioso que en toda la parte dispositiva de la *Declaración Americana* el concepto de dignidad tan sólo aparezca explícitamente relacionado con el derecho a la propiedad privada. Es paradigmático el hecho de que la *Declaración Americana* sólo relacione explícitamente la dignidad humana con el derecho a la propiedad privada y no con otros derechos con los que parecería guardar una relación más estrecha por servirles de fundamento, como la igualdad, la libertad, la libre expresión, la educación, etc. Así parecería que la vida humana digna encuentra su mejor lectura en el goce y disfrute del derecho a la propiedad privada y no, por ejemplo, con la participación activa en la vida pública y política del Estado.

Es cierto que a la luz de la *Declaración Americana* bien puede desarrollarse una concepción más amplia de lo que es la dignidad humana. Una interpretación sistemática de toda la *Declaración*, y no sólo tomando el tenor literal de su referencia con la propiedad privada, puede ofrecer una idea más coherente de la noción de dignidad.

También en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*[40] de 1969 (Pacto de San José, que entra en vigor en 1978) se encuentran tres referencias explícitas de la idea de dignidad humana, todas ellas en su parte dispositiva (art. 5.2, 6.2 y 11.1). Además, el Preámbulo de la *Convención* se encuentra permeado de alusiones directas a la dignidad humana que la comprometen con cierta idea kantiana en la medida en que los derechos son constantemente definidos como "derechos esenciales del hombre (…) que tienen como fundamento los atributos de la persona humana".

El artículo 5.2 de la *Convención* vincula de forma directa la dignidad con el derecho a la integridad personal: "Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". Por su parte, el artículo 6.2 relaciona a la dignidad con la prohibición de la esclavitud y servidumbre: "El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluido".

Podríamos explicar esta vinculación que hace la *Convención* entre la dignidad con la prohibición de las torturas (art. 5.2) y de la esclavitud (art. 6.2) a través de las experiencias de las dictaduras latinoamericanas del siglo XX.

[40] A esta Convención se le han adicionado dos protocolos, uno relativo a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales (Pacto de San Salvador, con referencias a la dignidad en el párrafo tercero del Preámbulo y en el art. 13.2 relativo al derecho a la educación) y el otro relativo a la abolición de la pena de muerte.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1185

Fueron regímenes que cometieron gran parte de sus extralimitaciones y violaciones a través de masivas privaciones de libertad y de tratos inhumanos y degradantes. De ahí que las principales preocupaciones de la *Convención* fueran relativas a esas materias. Es decir, los principales atentados contra la dignidad se cometieron en el marco de ese tipo de abusos y, por ello, son los principales hechos que se quieren repudiar y contra los que se desea proteger a la población. A pesar de la referencia contenida en el Preámbulo de la *Convención* según la cual el ideal del ser humano libre sólo puede ser realizado "si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos" y a pesar también de su artículo 26 relativo al desarrollo progresivo en materia económica, social y educativa, la idea explícita de dignidad que se tiene en tal instrumento no aparece, sin embargo, vinculada a los derechos económicos, sociales y culturales sino ceñida solamente a los derechos mencionados anteriormente que serían parte de los llamados de primera generación[41].

La tercera referencia a la dignidad en la *Convención* la hallamos en el artículo 11.1 y aparece relacionada de forma directa con la honra. Lo que implica que, aunque la dignidad no esté únicamente vinculada con la propiedad privada[42] como se hacía en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes*

[41] Desde hace años Cançado Trindade ha criticado "la fantasía de las generaciones de derechos" y ha alertado de "la improcedencia y riesgos de una visión atomizada o compartimentalizada de los mismos, como parece presuponer y sugerir, por ejemplo, la indemostrable e infundada teoría de las *generaciones de derechos humanos*". Así lo explica el juez: "Mientras que en relación con los seres humanos se verifica la sucesión generacional, en relación con los derechos se desarrolla un proceso de acumulación. Los seres humanos se suceden, los derechos se acumulan y se sedimentan (…). Solamente una visión atomizada o fragmentada del universo de los derechos humanos puede conducir a la aceptación de la teoría de las *generaciones de derechos*. Su aparente poder de persuasión mucho debe a comentarios apresurados y descuidados sumados a la indolencia mental con que cuenta para propagarse. Aunque a primera vista parezca atrayente para fines didácticos, dicha teoría, desde el punto de vista de la ciencia del derecho, en nada es convincente y no resiste a un examen más cuidadoso de la materia. Los riesgos de esta visión atomizada, de la fantasía de las *generaciones de derechos*, son manifiestos". A.A. CANÇADO TRINDADE, "Derechos de solidaridad", en R. CERDAS CRUZ y R. NIETO LOAIZA (comps.), *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1994, pp. 64-65.

[42] Hay casos en los que la Corte liga, no ya en el marco de la Declaración sino aplicando la Convención, el derecho de propiedad privada con la vida digna. Por ejemplo, en el *caso de la comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (Sentencia 17 de junio de 2005)*, la Corte IDH determinó que Paraguay no garantizó el derecho de propiedad ancestral de la comunidad

del Hombre, sí se siga concibiendo como algo que se agota meramente en el ámbito de lo privado: "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad". Esta referencia del Pacto de San José significa que "todo ser humano tiene derecho a ser tratado como persona, sin que se le pueda desconocer tal condición para ser convertido en objeto o instrumento de determinados intereses ajenos, por ejemplo, con lesión de su reputación u honra, ni en general, con degradación de su calidad humana"[43].

Otros tratados aprobados por la Asamblea General de la OEA también son tenidos en cuenta por la Corte IDH a la hora de precisar el contenido de la dignidad humana: la *Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura* (invoca la dignidad en el párrafo 2 de su Preámbulo); la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* (se refiere a la dignidad en el párrafo 3 de su Preámbulo); y la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* (Convención de Belém do Pará, alude a la dignidad en el párrafo 2 de su Preámbulo). Además, la Corte IDH también aplica en sus decisiones tanto la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948, los *Pactos internacionales de 1966* en el ámbito de Naciones Unidas, como los instrumentos internacionales promulgados por la *UNESCO* o los documentos de la *Organización Internacional del Trabajo.*

No conviene perder de vista –aunque es de sobra conocido– que el Sistema Interamericano se estructura en torno a dos órganos principales: a) la *Comisión* Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1959 por la OEA y considerada originalmente el órgano encargado del estudio y promoción de los derechos establecidos en la *Declaración Americana*. Aunque con el paso del tiempo ha ido adquiriendo mayores facultades y, a día de hoy, recibe reclamaciones individuales denunciando violaciones de derechos humanos y también formula recomendaciones a los Estados involucrados, con el fin de hacer más

indígena Yakye Axa, debido a que a sus miembros se les estaba negando el acceso al territorio de su propiedad y se hallaban en situación de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria. La Corte, al analizar si el Estado había violado el derecho a la propiedad privada (art. 21), reconoció que Paraguay no adoptó las medidas adecuadas de derecho interno necesarias para garantizar el uso y goce efectivo por parte de los miembros de la comunidad Yakye Axa de sus tierras tradicionales. Por ello, al no haber estado garantizado el derecho de los miembros de la comunidad a la propiedad comunitaria, la Corte consideró a su vez afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la comunidad, ya que se les privó de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales y a unas condiciones de vida compatibles con su dignidad.

[43] F. CÓRDOBA ZARTHA, *La Carta de Derechos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana*, cit., p. 31.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1185

efectivo el cumplimiento de los derechos fundamentales; y b) la *Corte*, creada en 1979 por la *Convención Americana*. De acuerdo con el Estatuto de la Corte, ésta es un órgano jurisdiccional autónomo del Sistema Interamericano, cuya función es la de interpretar y aplicar la *Convención*. La Corte tiene básicamente dos funciones: la jurisdiccional, a través de la cual determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por haber violado alguno de los derechos consagrados en la *Convención* (las sentencias son obligatorias para los Estados); y la función consultiva, a través de la cual responde a las consultas que le formulen los Estados miembros de la OEA o los órganos de la misma, sobre temas relativos a la interpretación de la *Convención Americana* o acerca de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en el continente americano[44]. Tradicionalmente la víctima no tenía acceso a la Corte hasta que previamente la Comisión no hubiera sometido la demanda ante aquella. El procedimiento ha cambiado a partir del nuevo reglamento (vigente desde el 1 de enero de 2010) que implica "una mayor participación de las víctimas y de sus representantes desde la propia demanda y menos protagonismo de la Comisión Interamericana durante el procedimiento ante la Corte". Lo que se ha convertido, en opinión del juez de la Corte IDH Eduardo Ferrer, en una suerte de "amparo interamericano"[45].

4. LA DIGNIDAD HUMANA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El estudio de la jurisprudencia interamericana permite ilustrar el camino por el que los postulados teóricos y filosóficos acerca de la idea de dignidad humana se han ido materializado en derechos exigibles en casos concretos. A continuación se estudiarán algunas sentencias de la Corte IDH que han invocado la dignidad humana reconocida en los instrumentos antes vistos. Las sentencias estudiadas corresponden a diferentes períodos de tiempo, lo cual permitirá observar la evolución de los fallos de la Corte y su línea de interpretación en relación con la dignidad humana frente a las diferentes violaciones de derechos humanos alegadas por las partes.

---

[44] C. BOTERO MARINO, *El sistema de los derechos: guía práctica del sistema internacional de protección los derechos humanos*, DeJusticia, Bogotá, Colombia, 2007.

[45] E. FERRER MAC-GREGOR, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, prólogo de Diego Valadés y estud. introd. de Héctor Fix-Zamudio, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 756 y 758.

He podido comprobar que los pronunciamientos de la Corte IDH sobre dignidad humana han sido, principalmente, en casos protagonizados por dos tipos de víctimas: aquellas a las que se les ha vulnerado su dignidad en sucesos de desapariciones o desplazamientos forzados y aquellas que han sido víctimas por atentados contra su integridad personal. He decidido, en un intento de organizar el análisis jurisprudencial, agrupar algunas sentencias de las que me he ocupado en torno a estos dos tipos de víctimas según sendas vulneraciones a su dignidad humana.

4.1. Víctimas de desapariciones y desplazamientos forzados

Los casos sobre desapariciones forzadas alimentan una gran parte de la jurisprudencia de la Corte. Se trata de un delito continuado que constituye una forma compleja y masiva de violación de los derechos humanos, ya que la desaparición forzada significa un craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que inspiran el entero sistema de protección interamericano.

Uno de los primeros casos conocidos por la Corte en el que se ocupa de definir el alcance de la dignidad humana fue en *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* en 1988. Los hechos del caso tienen que ver con la desaparición forzada de Manfredo Velásquez por parte de las Fuerzas Armadas hondureñas. La Corte IDH estudió las violaciones de derechos humanos derivadas de la desaparición forzada y el papel del Estado como garante:

> *"Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana" (caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 154).*

La Corte IDH hizo especial hincapié en los derechos vulnerados de las personas detenidas ilegalmente:

> *"Además, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano" (caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 156).*

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1185

El alcance de la dignidad humana, bajo señas claramente kantianas cuando se refiere a una dignidad que es "inherente" al ser humano o a "ciertos atributos inviolables de la persona humana", así como el papel que el Estado debe cumplir para protegerla, fueron aspectos enfatizados por la Corte:

> *"La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de 'respetar los derechos y libertades' reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. La protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente" (caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 165).*

La Corte IDH no duda en remarcar el ataque que supone a la dignidad humana el someter a la víctima a los infortunios del desplazamiento y la desaparición forzada, ya que la práctica de las desapariciones evidencia el olvido más absoluto de los valores que encuentran su fundamento en la dignidad humana. Además de producir el menoscabo de los principios sobre los que pivota el propio sistema interamericano (*caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 158).

El *caso Velásquez Rodríguez* constituye un valioso referente para evidenciar toda la fuerza argumentativa que resulta de considerar a la dignidad humana como un atributo inherente –en el sentido kantiano– a la naturaleza misma de todo ser humano, como lo expresa la misma Corte IDH. Desde esta perspectiva es claro que, tal y como queda juzgado, la responsabilidad que pueda tener alguna persona por haber cometido algún grave crimen en contra de la seguridad del Estado no puede implicar, de ninguna manera, que dicho Estado realice en respuesta actos que violen a su vez la dignidad de esa persona. La naturaleza humana no cambia por el hecho de haber cometido algún crimen; lo que significa que incluso los peores delincuentes siguen siendo seres humanos con dignidad y, por ende, así deben ser tratados por los Estados democráticos[46].

[46] Quizás este texto de las *Lecciones de ética* de Kant nos ayude a comprender mejor qué significa en este caso respetar la humanidad de las personas: "en el ser humano puede establecerse una distinción entre el hombre mismo y su humanidad. Por lo tanto, puedo tener complacencia en la humanidad, aunque no en el hombre. Puedo tener semejante complacencia hasta en un malvado, si diferencio convenientemente al malvado de la humanidad; pues

La Corte IDH manifiesta que en las detenciones ilegales o en las desapariciones forzadas de personas surge un riesgo evidente de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y el derecho a no sufrir tratos inhumanos. Se establece así la presunción de que en toda violación de los derechos humanos se está produciendo un atentado a la dignidad humana que habrá que determinar su alcance en el caso concreto. En el asunto de *Velásquez Rodríguez*, la Corte realizó esta tarea de concretar el daño a la dignidad humana cuando señaló que el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva representan, por sí mismas, formas de tratamiento cruel y degradante que contradicen la dignidad. De esta forma los problemas derivados del carácter abstracto de la dignidad humana encuentran mejor solución cuando la Corte resuelve un caso concreto, asignando así un significado preciso de lo que es una violación a la dignidad humana.

En el *caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*, miembros de las fuerzas armadas de Suriname atacaron la comunidad de Moiwana. Los soldados masacraron a más de 40 civiles y arrasaron la comunidad. La sentencia imputa responsabilidad al Estado de Suriname por no investigar y sancionar a los militares responsables del desplazamiento forzado. La Corte IDH determinó que los miembros de la comunidad Moiwana sufrieron la expulsión forzada de sus tierras, fueron desplazados y el Estado no hizo ningún esfuerzo por ayudar o facilitar el regreso a sus tierras. Por ello, la Corte consideró violado el art. 22 de la Convención (derecho de circulación y residencia) ya que

> *"El Estado no ha establecido las condiciones ni provisto los medios que permitirían a los miembros de la comunidad regresar voluntariamente, en forma segura y con dignidad, a sus tierras tradicionales, con respecto a las cuales tienen una dependencia y apego especiales" (caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname, Sentencia de 15 de junio de 2005, párr. 120).*

---

incluso en el mayor malvado persiste aún un germen de buena voluntad (…). De modo que los jueces no tienen que deshonrar a la humanidad al castigar los delitos; desde luego que se ha de castigar al bribón; pero sin vulnerar a la humanidad por medio de castigos humillantes, pues cuando se deshonra a la humanidad en cualquier otro, se está despojando al ser humano de todo valor". I. KANT, *Lecciones de ética*, introd. y notas de Roberto R. Aramayo, trad. de Roberto R. Aramayo y Concha Roldán, Crítica (Grijalbo), Barcelona, 1988, pp. 240-241 [Ak. xxvii: 417-418]. Como al respecto señala Angelo Papacchini, "esta idea resulta de gran ayuda para asegurar a todos un mínimo de respeto, en la medida en que incluso el ser más despreciable conserva este halo sagrado de humanidad que lo hace digno de un reconocimiento y de una valoración por encima de cualquier otro ser viviente". A. PAPACCHINI, *Filosofía y Derechos Humanos*, cit., p. 226.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1185

En el *caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia* también se llegó a una conclusión similar, en tanto que Colombia quedó condenada como responsable internacional por la muerte, lesiones y abusos cometidos por paramilitares contra los miembros de la localidad de Mapiripán, así como por su falta de investigación y sanción de los responsables de tales hechos. Aproximadamente un centenar de miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia, con la colaboración y aquiescencia de agentes del Estado, privaron de libertad, torturaron y asesinaron a por lo menos 49 civiles, tras lo cual destruyeron sus cuerpos y arrojaron los restos al río Guaviare, en el Municipio de Mapiripán[47].

En este caso, la Corte vuelve a ligar la dignidad de las víctimas con la violación de su libertad de circulación y residencia (art. 22), debido al desplazamiento al que se vieron forzadas. La Corte IDH hizo suyas las palabras de la Corte Constitucional colombiana cuando señaló que "en Mapiripán se violó de manera flagrante el deber de respeto por la dignidad humana por parte de un grupo que disputa el monopolio del uso de la fuerza en manos del Estado".

Asimismo, los hechos demuestran que las familias de las víctimas vieron restringida su libertad de movimiento mientras los paramilitares permanecieron en Mapiripán. Además, se probó que muchos de los sobrevivientes se vieron obligados a desplazarse con posterioridad a la masacre:

> *"Dicha vulnerabilidad es reforzada por su proveniencia rural y, en general, afecta con especial fuerza a mujeres, quienes son cabezas de hogar y representan más de la mitad de la población desplazada, niñas y niños, jóvenes y personas de la tercera edad. La crisis del desplazamiento interno provoca a su vez una crisis de seguridad, dado que los grupos de desplazados internos se convierten en un nuevo foco o recurso de reclutamiento para los propios grupos paramilitares, de narcotráfico y de la guerrilla. El retorno de los desplazados a sus hogares carece, en muchos casos, de las condiciones necesarias de seguridad y de dignidad para ellos y, dentro de los efectos nocivos de los reasentamientos que provoca el desplazamiento forzado interno, además de graves*

[47] Recuerda en su último libro el profesor Rodolfo Arango, hoy magistrado de la Jurisdicción Especial para la Paz, que "Colombia ha sido condenada cinco veces por sucesivas masacres practicadas por grupos paramilitares con la complicidad de miembros de las fuerzas militares contra campesinos y personas acusadas de colaborar con la guerrilla izquierdista: Sentencias de la Corte Interamericana en los casos de Mapiripán, El Aro e Ituango, Pueblo Nuevo, 19 Comerciantes y La Rochela". R. ARANGO RIVADENEIRA, *Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, p. 172.

repercusiones psicológicas en ellos, se han destacado (i) la pérdida de la tierra y de la vivienda, (ii) la marginación, (iii) la pérdida del hogar, (iv) el desempleo, (v) el deterioro de las condiciones de vida, (vi) el incremento de las enfermedades y de la mortalidad, (vii) la pérdida del acceso a la propiedad entre comuneros, (viii) la inseguridad alimentaria, y (ix) la desarticulación social, así como el empobrecimiento y el deterioro acelerado de las condiciones de vida" (caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 175).

4.2. Víctimas de tratos inhumanos y degradantes

Son numerosas las situaciones específicas en las que la Corte ha encontrado vulneraciones al derecho a la integridad personal, derivadas de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes. La Corte IDH ha consagrado "un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio del ius cogens"[48]. Por ello la Corte desde sus primeros casos ha establecido una visión amplia sobre el vínculo existente entre la dignidad humana y la integridad personal[49].

En el caso Villagrán Morales y otros, conocido como *Niños de la Calle Vs. Guatemala*, se discute el secuestro, la tortura y el posterior asesinato por parte de agentes policiales de cinco jóvenes que vivían en la calle, dos de ellos menores de edad. Se demostró que cuatro de las víctimas fueron introducidas en el maletero de un vehículo policial cuando fueron detenidas, frente a lo cual la Corte señaló que: "aun cuando no hubiesen existido otros maltratos físicos o de otra índole, esa acción por sí sola debe considerarse claramente contraria al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano" (*caso Niños de la Calle-Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 164). La Corte recordó que "una persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad" (*caso Niños de la Calle-Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 166).

---

[48] M. BRICEÑO-DONN, "Personas privadas de libertad: una aproximación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en M. REVENGA SÁNCHEZ y A. VIANA GARCÉS (eds.), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 188.

[49] C. NASH, *Comentario al artículo 5. Derecho a la Integridad Personal*, cit., p. 134.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1185

En líneas generales, en este caso la Corte IDH precisó dos elementos para identificar y definir la violación de la dignidad humana: (1) las condiciones de especial vulnerabilidad de las personas y (2) el contexto en el que se desarrollan los hechos.

Por su parte, el voto concurrente de los jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, recuerda que:

> *"El deber del Estado de tomar medidas positivas se acentúa precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo, como son los niños en la calle. La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad" (caso Niños de la Calle-Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, voto concurrente conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, párr. 4).*

La formulación de este voto concurrente conjunto reviste especial importancia, pues en él se vuelve a ligar la dignidad humana con la vida, pero, esta vez, los jueces indican que la dignidad no puede servir exclusivamente para limitar eventuales abusos del poder estatal en relación, por ejemplo, con la propiedad privada, la vida, la integridad personal, etc., sino que su ámbito afecta también al de los derechos económicos, sociales y culturales. Los jueces Abreu y Cançado Trindade están yendo más lejos del señalamiento de meras obligaciones de abstención hacia el Estado, esto es, apuntan hacia compromisos que van más allá de la no privación arbitraria de la vida. Este voto concurrente indica que la dignidad humana no se agota únicamente con la protección de los derechos civiles sino que incluso se relaciona con el disfrute de un estándar mínimo de dignidad. De tal manera que "las necesidades de protección de los más débiles –como los niños de la calle–, requieren en definitiva una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna", ya que "el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana" (voto concurrente conjunto, párrs. 7 y 8). De esta manera, la Corte IDH continua esforzándose por concretar el significado abstracto de la dignidad humana al extender su protección "al dominio de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos" (voto concurrente conjunto, párr. 4).

Y deseo acabar con alguna referencia a la dignidad humana en contextos de privación de libertad, en especial, en el ámbito de reclusión carcelaria.

Han sido abundantes los casos resueltos por la Corte en los que se concluye que "los actos de violencia perpetrados de manera intencional por agentes del Estado así como las amenazas y hostigamientos durante el periodo de detención, constituyen una forma de tortura"[50]. En cuanto a la privación de libertad, la Corte ha manifestado en reiteradas ocasiones que toda persona recluida en un establecimiento penitenciario tiene derecho a ser respetada en su dignidad y que el Estado tiene la responsabilidad y el deber de garantizarle la integridad personal mientras se encuentra presa. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos penitenciarios, es el garante de los derechos de los detenidos:

> *"La Corte ha desarrollado la teoría de la posición de garante especial frente a las personas privadas de libertad, que deriva de la relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna. Esta consideración implica para el Estado, a juicio de la Corte, el deber de asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar"*[51].

Además la Corte también ha manifestado que la incomunicación debe ser excepcional y que su uso durante la detención puede constituir un acto contrario a la dignidad humana, dado que puede generar una situación de extremo sufrimiento psicológico y moral para el detenido. La sola constatación de que la víctima ha sido privada de toda comunicación con el mundo exterior le permite concluir a la Corte que dicho reo ha sido sometido a tratos crueles, inhumanos y atentatorios contra su dignidad. A su vez, ha considerado que el aislamiento prolongado, las condiciones insalubres, el no poder cambiarse de ropa durante largos periodos de tiempo, las limitadas posibilidades de lectura y los regímenes de visita en extremo restringidos, confieren a dicho tratamiento la característica de cruel e inhumano, lesivo de la integri-

[50] M. BRICEÑO-DONN, *Personas privadas de libertad: una aproximación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 191.

[51] Idem., pp. 163-164.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1185

dad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente del ser humano (*caso De La Cruz Flores Vs. Perú*, Sentencia de 18 de noviembre de 2004).

En el *caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú* de 2006, el Estado peruano quedó condenado como responsable de la violación de los derechos humanos de 42 reclusos que fallecieron, 175 reclusos que resultaron heridos y 322 reclusos que fueron sometidos a trato cruel, inhumano y degradante. Lo anterior sucedió cuando el Estado llevó a cabo un operativo dentro del Penal Miguel Castro Castro, en el marco de una reorganización del Instituto Nacional Penitenciario, con el objetivo del trasladar a las mujeres que se hallaban recluidas en ese centro penitenciario a otra cárcel de máxima seguridad.

Se comprobó que durante el traslado algunas mujeres resultaron heridas y fueron atendidas en un Hospital de la Policía. Allí las internas fueron desnudadas y obligadas a permanecer sin ropa durante casi todo el tiempo que estuvieron en el hospital, encontrándose vigiladas por agentes armados. Ante ello, la Corte enfatiza que dicha desnudez forzada tuvo características especialmente graves:

> *"Durante todo el tiempo que permanecieron en este lugar a las internas no se les permitió asearse y, en algunos casos, para utilizar los servicios sanitarios debían hacerlo acompañadas de un guardia armado quien no les permitía cerrar la puerta y las apuntaba con el arma mientras hacían sus necesidades fisiológicas (supra párr. 197.49). El Tribunal estima que esas mujeres, además de recibir un trato violatorio de su dignidad personal, también fueron víctimas de violencia sexual, ya que estuvieron desnudas y cubiertas con tan solo una sábana, estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. Lo que califica este tratamiento de violencia sexual es que las mujeres fueron constantemente observadas por hombres" (caso Penal Castro Castro Vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 306).*

La Corte concluye que el haber forzado a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados, en el estado precario de salud en que se encontraban, constituyó violencia sexual ya que les produjo constante temor ante la posibilidad de que dicha violencia se extremara aún más por parte de los agentes de seguridad. Todo ello les ocasionó un grave sufrimiento psicológico y moral, que se añade al sufrimiento físico que ya estaban padeciendo a causa de sus heridas. Por todo ello, consideró la Corte que dichos actos de violencia sexual atentaron directamente contra la dignidad de esas mujeres, por lo que el Estado fue responsable por la violación del derecho a la integridad personal (art. 5.2 Convención).

Los elementos determinantes en este caso para configurar la violación de la dignidad humana estuvieron fundados por las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, es decir, no sólo por la privación de libertad, sino por ser sometidas a la desnudez y a ser observadas. Consideraciones que la Corte calificó como degradantes teniendo en cuenta que se trataba de mujeres.

Según el criterio de la Corte, con fundamento en la Convención de Belém do Pará, las violaciones contra las mujeres resultan inadmisibles y extraordinariamente graves, dada su especial situación de vulnerabilidad y la discriminación a la que históricamente se han visto sometidas desde varios ámbitos. Por tanto, en su tarea de concretar un concepto tan abstracto como el de dignidad humana, la Corte tiene en cuenta la protección debida a sujetos especialmente vulnerables, en los que quizás la protección de su dignidad deba ser de alguna manera reforzada.

5. CONCLUSIONES

Los casos en los cuales la Corte Interamericana ha hecho referencia al concepto de dignidad humana están relacionados en su mayoría con hechos relativos al derecho a la vida, desapariciones forzadas, privación de libertad y torturas.

El mensaje que nos transmiten sus sentencias muestra cómo, a través de su jurisprudencia, de forma implícita o explícita, los jueces de la Corte van definiendo el alcance y el significado del concepto *dignidad*. Y, en especial, observamos cómo hacen un especial esfuerzo en concretar lo que, en principio, parece una noción irremediablemente abstracta.

Como primer fallo relevante en la materia que nos atañe, el *caso Velásquez Rodríguez* (en 1988) marcará la línea interpretativa de la Corte en relación con la dignidad humana y su caracterización especial en contextos de conflictos de desaparición forzada. Esta preocupación de la Corte es en parte la respuesta a la grave situación vivida en países latinoamericanos como consecuencia de las dictaduras militares y las graves vulneraciones de los derechos humanos.

Aunque existe una similitud general entre muchos casos que enjuicia la Corte, en los últimos años ha dado nuevos contenidos al concepto de dignidad humana. Llaman la atención los casos relacionados con las comunidades indígenas en cuanto a su derecho de circulación y derecho de propiedad, el

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1185

caso de las minorías lingüísticas, los casos referidos a la violencia sexual a mujeres (*caso Penal Miguel Castro* en 2006) o los referidos a personas con discapacidad mental[52].

Cuatro estándares particularmente novedosos aparecen en la jurisprudencia interamericana: la situación de los niños; los pueblos indígenas; el tema de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA); y la incorporación de la perspectiva de género. En todos ellos encontramos nuevas referencias a la idea de dignidad humana. En las sentencias de la Corte que hemos visto, dichas referencias, en cambio, aparecían centradas en torno a problemas que tenían que ver con la desaparición forzada de personas, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y el siempre presente tema del debido proceso y del respeto de las garantías judiciales. No es que se haya producido una suerte de alejamiento de estos problemas, sino que "la Corte intenta ampliar su ámbito de acción, reflejando en este sentido la situación política de la región, profundizando en la situación de la niñez y la pobreza, los derechos de los pueblos indígenas y en una lectura transversal de un tema no contemplado extensamente en el marco de sus competencias, [como] es la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales en una época de afirmación de la indivisibilidad, interdependencia y universalidad de los derechos humanos"[53].

---

[52] Sobre esta *ampliación* del concepto de dignidad sería interesante estudiar (lo que se escapa al objeto de este trabajo) la idea de dignidad que utiliza Martha C. Nussbaum en su propuesta política basada en el enfoque de las capacidades. La idea de dignidad sostenida por Nussbaum se aparta en algunos puntos clave de la teoría kantiana. Su idea básica es que "ciertas condiciones de vida facilitan a las personas una vida que es merecedora de la dignidad humana que ellas poseen, mientras que otras condiciones no lo hacen". Su enfoque de las capacidades quiere precisamente centrarse "en la protección de ámbitos de libertad tan cruciales que su supresión hace que la vida no sea humanamente digna". M.C. NUSSBAUM, *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*, Paidós, Barcelona, 2012, pp. 50 y 52. Pero estas capacidades son diez, y no una única al modo kantiano de ensalzar el razonamiento moral como lo distintivo del ser humano. Nussbaum pretende superar la idea de que la dignidad del ser humano procede exclusivamente de su capacidad de juicio moral, pues ello supondría privar de dignidad a las personas en las que esta capacidad está mermada (por ejemplo, los discapacitados). Frente a la visión estoico-kantiana, Nussbaum propone un sentido de *dignidad aristotélico-marxista*, que no separe lo racional y lo animal, es decir, que no tome la racionalidad como la única actividad auténticamente humana, sino como una capacidad más del animal que es el ser humano. Un animal que se caracteriza por ser social y por tener necesidades, que de no verse satisfechas pueden colocar al individuo en situaciones de vulnerabilidad y dependencia pero que no le hacen perder su dignidad. M.C. NUSSBAUM, *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*, Paidós, Barcelona, 2007, p. 167.

[53] E. SALMÓN, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, prólogo de Diego García-Sayán, Universidad del Rosario, Bogotá, 2011, p. xii.

No podemos olvidar que los instrumentos interamericanos, a la hora de abordar la implementación de los DESCA, consagran la llamada *cláusula de progresividad*, quedando los países obligados a su cumplimiento en función de su grado de exigencia respecto al nivel de recursos disponibles. Ello no puede hacernos concluir que exista una desatención hacia tales derechos, pues aunque el grado de exigencia pueda variar de un país a otro, su obligación o exigibilidad, aun así, permanece. No se trata, en consecuencia, "de que mientras los derechos civiles y políticos sean de exigibilidad inmediata, los derechos económicos, sociales y culturales no tengan tal característica: unos y otros son exigibles de manera inmediata, con la diferencia en el caso de los DESC de que el grado de exigibilidad variará de un país a otro o de una época a otra respecto de un mismo país"[54].

En especial, los últimos casos en los que la Corte ha reconocido la protección de derechos a comunidades indígenas están relacionados con el fenómeno reciente del constitucionalismo de América Latina de tutelar no sólo los derechos individuales, sino también los derechos colectivos o los derechos a la identidad cultural de grupos sociales[55]. Este activismo internacional ha favorecido además la progresiva ampliación de la agenda de temas que son tomados en consideración por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

> *"Un aspecto prioritario del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos son las nuevas demandas de igualdad presentadas por*

[54] F. GONZÁLEZ MORALES, *Sistema interamericano de derechos humanos: transformaciones y desafíos*, cit., p. 400. En el reciente *caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*, la Corte IDH entendió que de los DESCA se derivan dos tipos de obligaciones: aquellas de realización progresiva, pero también aquellas que son de exigibilidad inmediata. Al respecto de éstas, la Corte recuerda que los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la salud. Es más, se entiende vulnerada la dignidad humana no sólo de las víctimas que no pueden acceder a la atención médica que precisa su enfermedad (VIH/SIDA), sino también la de sus familiares, ya que éstos sufren igualmente la estigmatización, vergüenza, miedo y exclusión que provoca la patología en su entorno y además ven frustrado su proyecto de vida por la violación del derecho a la salud del paciente del que son familiar (*caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*, Sentencia de 23 de agosto de 2018, párrs. 98 y 191 y ss.) Agradezco a Digno Montalván su referencia sobre esta cuestión.

[55] A.M. RUSSO e I. WENCES, "De los derechos de los 'miembros de las comunidades' a los derechos de la 'comunidad y sus miembros': la diversidad cultural y el reconocimiento de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en I. WENCES y P. SANTOLAYA (eds.), *La América de los Derechos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1185

> *grupos y colectivos, que se proyectan sobre los asuntos institucionales que ocuparon su atención en tiempos de dictaduras y durante las transiciones postdictatoriales y abarcan situaciones de sectores excluidos que ven afectados sus derechos"*[56].

En definitiva, la dignidad aparece no sólo como un principio rector reconocido en los tratados internacionales sino que además juega un papel importante a favor de la protección más amplia posible de los derechos humanos. El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, y los instrumentos sobre los que se fundamenta, han consagrado la idea de dignidad humana como un valor irrenunciable frente a los errores y excesos del pasado. En líneas generales, una noción tan irremediablemente abstracta y controvertida como es la de la dignidad humana encuentra una muy adecuada concreción y materialización en la jurisprudencia de la Corte IDH. Apelar al respeto que nos merece el ser humano implica, sin duda, poner en valor un legado filosófico que nos es más cercano y útil de lo que a veces pensamos.

Jesús Ignacio Delgado Rojas
Área de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid
c/Madrid 126
Getafe 28903 Madrid
e-mail:jesusignacio.delgado@uc3m.es

[56] V. ABRAMOVICH, *Autonomía y subsidiariedad. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales*, cit., p. 216.

ETHOS DEMOCRÁTICO Y *ETHOS* COLONIAL: LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS Y LA DEMOCRACIA COMO FORMA DE VIDA*

DEMOCRATIC ETHOS AND COLONIAL ETHOS: HUMAN RIGHTS EDUCATION AND DEMOCRACY AS A WAY OF LIFE

EDUARDO C. B. BITTAR
Universidad de São Paulo (USP)

Fecha de recepción 12-10-18
Fecha aceptación: 11-12-18

Resumen: *Este artículo discute el desarrollo del ethos democrático, concepto opuesto al de ethos colonial, y que se encuentra en la raíz de los procesos sociales jerárquicos que dificultan los avances de la cultura democrática. Teniendo en cuenta el concepto de esfera pública, y su relación con el mundo de la vida, se desarrolla la relación de co-dependencia entre democracia y respeto a los derechos humanos. Ante estos desafíos, la tarea de la educación en derechos humanos pasa a ser la de desenmascarar, por un lado, y de otro lado la de promover, cultivar y fomentar valores democráticos y republicanos. Desde esta perspectiva, la educación en derechos humanos es analizada como una potente forma de cultivar la democracia y la cultura de derechos humanos.*

Abstract: *This article discusses the development of democratic ethos. This concept is the opposite of colonial ethos, and is at the root of hierarchical social processes that hinder the advancement of democratic culture. Considering the concept of the public sphere, and its relation to the world of life, the relation between democracy and the respect for human rights is developed in a realistic perspective. Faced with these challenges, the task of human rights education is to unmask, on the one hand, and on the other, to promote and cultivate democratic and republican values. human rights education is interpreted as a strong and decisive way of cultivating democracy and a human rights culture.*

* Traducción por Ana Bilbao.

Palabras clave: *ethos* democrático, cultura de derechos humanos, educación en derechos humanos
Keywords: democratic *ethos,* human rights culture, human rights education

1. INTRODUCCIÓN

Los países latinoamericanos poseen una 'realidad' parecida –la llamada 'realidad latinoamericana'–, en lo concerniente a su contacto con los procesos de *modernización*,[1] *colonización*[2] *y sumisión de los pueblos autóctonos.*[3] Esos trazos constitutivos de su pasado, se convierten hoy en día en determinantes de un destino común que afirma su similitud.[4] En la actualidad, Latinoamérica posee importantes *lazos comunes* ante las dificultades en procesos de *convivencia democrática*, al cargar con fuertes *contradicciones modernizantes*[5]*, déficits democráticos*, *desigualdades sociales* y una convivencia con *niveles de violencia* aterradores.

Todos estos factores rechazan un ambiente social favorable al florecimiento de la *cultura del respeto a los derechos humanos*. Son recientes los *Planes*

---

[1] En la experiencia brasileña, esclavitud y producción agrícola estaban volcadas en abastecer los intereses comerciales de la Metrópolis, Portugal: "Escravidão e grande propriedade não constituíam ambiente favorável à formação de futuros cidadãos" J. M. CARVALHO, *Cidadania no Brasil*: o longo caminho, 21. ed., Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2016, p. 27.

[2] "La historia de Brasil es una historia que se incluye en la expansión capitalista europea para las Américas como la historia de Argentina, como la historia de Uruguay, de Colombia de toda nuestra America" S. VIOLA, S. E. A., M. N. T. ZENAIDE, T. V. PIRES, "Entre memórias e Direitos Humanos", en KANDEL, V., et al (comps.), *Educación en Derechos Humanos en América Latina*: Construyendo perspectivas y trayectorias, Universidad de Lanús, Buenos Aires, 2017, p. 45.

[3] Cf. L. M. SCHWARCZ, H. M. STARLING, *Brasil: uma biografia*, Companhia das Letras, São Paulo, 2015, p. 65.

[4] Sobre los rasgos de similitud, entiende Antonio Carlos Wolmer: "La identidad latinoamericana se exterioriza en el campesinado marginalizado, en las poblaciones indígenas, en la subalternidad femenina, en la miseria y en la opresión, cuya negación se construye a través de un colonialismo político cultural sustentado por elites exógenas e infieles a su pueblo" A. C. WOLKMER, S. M. RADAELLI, "Refundación de la teoria constitucional latinoamericana: pluralidad y descolonización", *Derechos y Libertades,* núm. 37, 2017, p. 40.

[5] Como ejemplo de la modernidad en Brasil, en la lectura antropológica de Roberto DaMatta: "No plano da dinâmica social rotineira, a modernidade engendrou o carnaval, o jeitinho, a malandragem, uma ideologia de interdependência entre classes sociais… Hoje essa modernidade engendra milhares de mortos e centenas de processos penais e cívicos, além de um sentimento generalizado de insegurança e vergonha" R. DA MATTA, J.G.M. VASCONCELOS, R. PANDOLFI, *Fé em Deus e pé na tábua,* Rocco, Rio de Janeiro, 2010.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1186

Nacionales de Educación en Derechos Humanos en el continente, aunque sus actividades tienen aún que superar innumerables desafíos. Puesto que estos *Planes* se multiplican y se pluralizan, encontrando características locales, por ejemplo los *Planes Nacionales* de Perú (*Plan Nacional de Derechos Humanos*, 1990), de Ecuador (*Plan Nacional de Derechos Humanos*, 1998), de Panamá (*Plan Nacional de Acción Integral para la Educación en Derechos Humanos*, 2003) y de Brasil (*Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*, 2003-2006), se deben considerar los desafíos *actuales* en el campo de los derechos humanos, reveladores de vestigios de la presencia del *pasado anti-democrático* en toda la región.

De ahí que la *tarea común* de los países latinoamericanos parece ser, entre otras, la de superar el *ethos* social del *excluido*, del *periférico*, del *colonial*, para crear una *cultura de los derechos*, donde el *respeto* se convierta en un ingrediente central en los procesos de socialización. Se presenta así una tarea desafiante y larga, una vez acostumbrados a la *cultura del colonialismo*, fundado en la *expoliación,* la *dominación,* la *violencia* y el *autoritarismo*[6]*,* y, por tanto, en la *ausencia de derechos*, la *negación del respeto a la persona humana*, y en la *negación del civismo.*

Actualmente, la *violencia pandémica* que afecta la vida social en toda la región, es apenas uno de los síntomas más graves de la inexistencia de *respeto cívico* y de *negación de derechos.* De acuerdo con datos de la UNICEF[7], América Latina tiene una media de *tasa de homicidio juvenil* cuatro veces mayor que la media global, teniendo en cuenta que Brasil, de acuerdo a diversas investigaciones, responde a la posición de país más violento del mundo, en números absolutos. Se podría afirmar que, pese a cosecharse en el *presente,* para llegar a este estado de cosas se deben considerar los *ecos del pasado.* A éstos habría que añadir las cuestiones del presente, identificadas en la sociología de Zygmunt Bauman[8], tales como la *crisis global,* el *hiper-individualismo*,

---

[6] Aquí, es la misma la reflexión de Antonio Carlos Wolkmer: "Finalmente, una característica en la historia latinoamericana es la existencia de períodos dictatoriales en varios países, esos fueran la expresión más latente de una cultura política de exclusión e autoritarismo" A. C. WOLKMER, S. M. RADAELLI, "Refundación de la teoria constitucional latinoamericana: pluralidad y descolonización", *Derechos y Libertades*, núm. 37, 2017, p. 34.

[7] Cf. UNICEF, "*A familiar face:* violence in the life of children and adolescents", Disponible en *https://www.unicef.org/publications/files/,* Acceso el 27.12.2017.

[8] "Nuestra sociedad es una sociedad de consumo" Z. BAUMAN, *La globalización*: *consecuencias humanas*, traducción de Daniel Zadunaisky, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 106.

el *consumismo*, la *anestesia de conciencia cívica*, la *incredulidad* en la democracia, la *desmembración* de los lazos sociales, entre otros factores que componen este *estado de cosas*.

En el presente artículo –titulado '*Ethos democrático y ethos colonial*: la educación en derechos humanos y la democracia como forma de vida'–, entendido no como esfuerzo de comprensión aislado, sino como culminación de un conjunto de estudios anteriores[9] –donde ya fueron previamente establecidas conclusiones parciales– se pretende exactamente poner en evidencia la importancia de una *cultura de los derechos humanos* para el establecimiento de una *democracia sólida*, y viceversa. Esta tarea se llevará a cabo a partir de la *interconexión* entre los conceptos de *ethos* democrático y *ethos* colonial, apuntándose tareas todavía no superadas para la *Educación en Derechos Humanos* (EDH), entendida en cuanto *Educación para la Democracia.*[10]

Y, para avanzar en esta hipótesis de trabajo, los estudios se basarán en las contribuciones interconectadas e interdisciplinares provenientes de la *Antropología*[11], de la *Historia*[12], de la *Sociología*[13], de la *Educación*[14], de la

[9] En especial, aquí se pueden destacar algunos: E. C. B. BITTAR, "Democracia, Intolerância Política e Direitos Humanos: uma visão reflexiva a partir da realidade brasileira contemporânea", *Revista de Derecho, Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay,* 2ª. época, Año 13, núm. 16, 2017, pp. 47-65; "Educación en derechos humanos como política pública: la experiencia de la Coordinación de Educación en Derechos Humanos de la Secretaría Municipal de Derechos Humanos y Ciudadania de la Ciudad de São Paulo", *Anuario de Derechos Humanos,* Chile, núm. 13, 2017, pp. 97-109; "O Decreto no. 8.243/ 2014 e os desafios da consolidação democrática brasileira", *Revista de Informação Legislativa,* Ano 51, núm. 203, 2014, pp. 07-38; *Introdução ao Estudo do Direito*: Humanismo, *Democracia e Justiça,* Saraiva, São Paulo, 2018.

[10] "Não existe democracia sem direitos humanos, assim como não existem direitos humanos sem a prática da democracia" M. VICTORIA BENEVIDES, *Fé na luta,* Lettera, São Paulo, 2009, p. 325.

[11] R. DAMATTA, *Carnavais, malandros e heróis*: *para uma sociologia do dilema brasileiro,* 6.ed., R io de Janeiro, 1997.

[12] J. M. CARVALHO, *Cidadania no Brasil*: *o longo caminho*. 21. ed., Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2016.

[13] C. NONATO, "Sergio Adorno: reflexões sobre a violência e a intolerância na sociedade brasileira", *Comunicação e Educação: Revista do Departamento de Comunicações e Artes da ECA/USP,* ano XX, vol. 20, núm. 02, 2015, pp. 93-100.

[14] P. FREIRE, *Pedagogía de la Indignación*: *cartas pedagógicas en un mundo revuelto*, Siglo Veintiuno Editores, Montevideo, 2012.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1186

Filosofía Política[15], de la *Filosofía del Derecho*[16] y de la *Educación en Derechos Humanos*[17], que, de forma conjunta –considerándose sus contenidos recíprocamente co-determinados–, podrán contribuir para el fortalecimiento de las *tesis* y las *conclusiones* que se pretenden desarrollar en el campo de la *Cultura de Derechos Humanos*. Así se *repasa* y *profundiza* la línea de trabajo que viene orientando el abordaje de estos contenidos, a saber, la concepción de un *humanismo realista, republicano y democrático* en la *Educación en Derechos Humanos* (EDH)[18], en cuanto forma de pensamiento que trabaja con la idea de que el *éthos colonial* debe ser superado por el *éthos democrático,* creándose condiciones culturales y sociales para el avance de la *cultura de los derechos* y del *respeto integral a la dignidad humana*, en una perspectiva de modernización auto-critica y fundada en los derechos humanos.[19]

En este artículo, no se quiere volver al tema abstracto del 'concepto de democracia', ni tampoco se quiere demostrar la existencia de diversos 'modelos de democracia' –tal como quedó establecido de forma más concreta en el estudio *Crisis política y Teoría de la Democracia.*[20] Mucho menos hacer el ejercicio abstracto de abordar la noción de *Cultura de Derechos Humanos* como un concepto que impulsa a lo *abstracto,* a lo *universal,* o a lo *general*. Muy al contrario, por *Cultura de Derechos Humanos, se pretende comprender procesos espon-*

---

[15] M. P. LARA, *La democracia como proyecto de identidad ética*, Antropos Editorial, Barcelona, 1992.

[16] Vid. E. C. B. BITTAR, *Introdução ao Estudo do Direito*: *Humanismo, Democracia e Justiça,* Saraiva, São Paulo, 2018.

[17] L. P. AGUIRRE, *La opción entrañable*, Barcelona, Antropos Editorial, 1989; A. MAGENDZO, "Os problemas de planejamento na educação em direitos humanos nas democracias latino-americanas em processo de restauração", en CLAUDE, R., et alii (orgs.), *Educação em Direitos Humanos para o Século XXI*, Tradução de Ana Luiza Pinheiro, EDUSP/NEV-USP, São Paulo, 2007, pp. 667-686.

[18] En otro estudio, esta noción fue profundizada y explicada de forma más directa y objetiva. *Vide* E. C. B. BITTAR, "A educação em direitos humanos e o humanismo social, republicano e democrático", *Revista Jurídico Luso-Brasileira* (RJLB), Portugal, Año 2, núm. 01, 2016, pp. 865-880.

[19] Respecto de la visión de J. HABERMAS sobre el origen de los derechos humanos en la tradicción moderna, y la importante contribución del republicanismo de J.J. ROUSSEAU: "Así pues, los fisiocratas coinciden con Rousseau respecto del hecho de que los derechos humanos sólo pueden darse *como* derechos civiles y la libertad sólo *en* el estado social" J. HABERMAS, *Teoría y práxis*: *estúdios de filosofía social*, 4ª ed., traducción de Salvador Mas Torres y Carlos Moya Espí, Tecnos, Madrid, 2002, p. 105.

[20] *Vide* E. C. B. BITTAR, "Crise política e Teoria da Democracia: contribuições para a consolidação democrática no Brasil contemporâneo", *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, año 53, núm. 211, 2016, pp. 11-33.

táneos de socialización, 'incorporados' a los usos y prácticas de la '*vida cotidiana*', consideradas las *interacciones sociales* del *mundo de la vida* (*Lebenswelt*)[21], revelados o no en la *esfera pública* (*Öffentlichkeit*)[22], y entendidos como *indicadores simbólicos* de los *niveles de ciudadanía, auto-conciencia y civismo*.

2. *ETHOS COLONIAL*, MUNDO DE LA VIDA E IDENTIDAD SOCIAL

La construcción de *valores* y *mentalidades democráticas*, en el ámbito de *democracias recientes* y de *precario grado de consolidación*, como Brasil, no es tarea fácil, siendo su implementación aún más compleja en el contexto de *crisis global* de las democracias contemporáneas. Por ello mismo, para la '*realidad brasileña*', es un *desafío* la construcción de un *éthos democrático* en la dimensión del *mundo de la vida*, la dimensión más espontánea donde se procesan las interaciones sociales[23]. Un buen ejemplo se encuentra en el más reciente escrito del antropólogo brasileño Roberto DaMatta, *Fila y democracia* (2017), pues contiene un estudio revelador sobre la relación entre *fila* y *democracia*, constatando que en Brasil, la *fila*, en lugar de algo *positivo*[24], es considerada de forma *negativa*, lo que revela una *mentalidad colectiva* poco ligada a lo que es la calidad de la *igualdad democrática*, y muy unida a lo *jerárquico, aristocrático-colonial* y, así favorable a actitudes de *justificación* y *naturalización de las desigualdades.*[25]

---

[21] Cf. J. HABERMAS, *Direito e democracia,* vols. I y II, Tradução de Flávio Beno Siebneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2003.

[22] Estos conceptos fueron profundizados en otro estudio. A este respecto, Vid .E. C. B. BITTAR, *Democracia, justiça e emancipação social*: *reflexões jusfilosóficas a partir do pensamento de Jürgen Habermas*, Quartier Latin, São Paulo, 2013.

[23] Sobre el concepto de 'mundo de la vida' en Habermas: "O 'mundo da vida', enquanto *práxis* natural e enquanto experiência adquirida do mundo, forma o contra-conceito para aquelas idealizações às quais se devem os campos científicos dos objetos" J. HABERMAS, *Textos e contextos,* trad. de Sandra Lippert Vieira, Lisboa, Instituto Piaget, 1991, p. 34. También, se pude consultar lo que sigue: "O mundo da vida configura-se como uma rede ramificada de ações comunicativas que se difundem em espaços sociais e épocas históricas; e as ações comunicativas, não somente se alimentam das fontes das tradições culturais e das ordens legítimas, como também dependem das identidades dos sujeitos socializados", J. HABERMAS, *Direito e democracia,* vol. I, Trad. de de Flábio Beno Schiebneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003, p. 111.

[24] "A fila é a imagem mais expressiva e certamente a mais comum da igualdade democrática como um valor e como uma corriqueira prática social" R. DAMATTA, A. JUNQUEIRA, *Fila e democracia,* Rocco, Rio de Janeiro, 2017, p. 30.

[25] "Daí a vigília desconfiada e brutalmente hobbesiana de todos contra todos, reveladora de que nós, brasileiros de qualquer classe social, pensamos o mundo de um ponto de

Y ello porque, de acuerdo a estudios anteriores, la *modernidad brasileña* se afirma como una *modernidad incompleta*[26], *y*, en ese sentido, lo que se recalca en este estudio - avanzándose en la *auto-comprensión* de los desafíos propios del Brasil actual -, es que la *modernidad brasileña* es una *modernidad* repleta de *trazos coloniales,* como ejemplo de su *legislación democrática actual,* capaz de convivir en un profundo estado de *desigualdades sociales,* de *violencias* y de *injusticia*[27], como bien constata la historiadora Lilia Schwarcz.[28] Así se identifica cuánto del *pasado* se cruza con el *presente*, dibujándole de forma tal que, pese a hablarse sobre la *democracia actual*, estamos de hecho frente a la *presencia* del *colonialismo de antes*.

Por ello, cuando se menciona a la *democracia del presente* se debe considerar el tiempo de permanencia en un estado de *no-democracia-del-pasado* como algo constitutivo de la *condición actual de la ciudadanía.*[29] Ahora bien, esto apunta hacia una dinámica según la cual, no hay construcción de una *cultura de respeto,* de *ciudadanía* y de *democracia,* allí donde por siglos hubo un

---

vista muito mais hierárquico e tipicamente relacional do que de um ponto de vista igualitário e individualista" R. DAMATTA, A. JUNQUEIRA, *Fila e democracia,* cit., 2017, p. 79.

[26] Para el desarrollo del concepto de modernidad incompleta, *vide* E. C. B. BITTAR, "O Decreto no. 8.243/ 2014 e os desafios da consolidação democrática brasileira", *Revista de Informação Legislativa,* año 51, núm. 203, 2014, p. 07-38.

[27] Para mayores reflexiones sobre las violencias y injusticias en el mundo de la vida, en la realidad brasileña, *vide* E. C. B. BITTAR, "Democracia, Intolerância Política e Direitos Humanos: uma visão reflexiva a partir da realidade brasileira contemporânea", *Revista de Derecho, Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay,* 2ª. época, año 13, núm. 16, 2017, pp. 47-65.

[28] Esta conclusión es común en el campo de la Historia, como atestan José Murilo de Carvalho y Lilia Schwarcz: "Contudo, no Brasil a democracia convive perversamente com a injustiça social" L. M. SCHWARCZ, H. M. STARLING, *Brasil*: *uma biografia,* Companhia das Letras, São Paulo, 2015, p. 502; "Mas as maiores dificuldades na área social têm a ver com a persistência das desigualdades sociais que caracterizam o país desde a independência, para não mencionar o período colonial" J. M. CARVALHO, *Cidadania no Brasil: o longo caminho.* 21. ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2016, p. 209.

[29] A partir de la lectura de José Murilo de Carvalho, queda claro el papel decisivo del período colonial en este proceso: "Ao proclamar sua independência de Portugal em 1822, o Brasil herdou uma tradição cívica pouco encorajadora. Em três séculos de colonização (1500-1822), os portugueses tinham construído um enorme país dotado de unidade territorial, linguística, cultural e religiosa. Mas tinham também deixado uma população analfabeta, uma sociedade escravocrata, uma economia monocultora e latifundiária, um Estado absolutista. À época da independência, não havia cidadãos brasileiros, nem pátria brasileira" J. M. CARVALHO, *Cidadania no Brasil*: *o longo caminho*. 21. ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2016, p. 24.

abismo en el reconocimiento de derechos, una *condición colonial* en la que estaban presentes *estructuras culturales, sociales, económicas* y *políticas* que valoraron la *deshumanización de personas, l*a *privación de derechos*, la *ausencia de autonomía local*, la *ausencia de identidad cívica*, la *fractura social*, la *jerarquía en lazos sociales*, la *violencia* y el *miedo* como métodos sistemáticos de dominación.

Y es así como la *democracia de hoy* guarda *encriptada* dentro de sí, dialécticamente, la *no democracia del ayer,* actuando y brillando de forma *caché*, es decir, de forma activa a pesar de *ser invisible* y *subcutánea,* en la piel de la vida social. De la misma manera, enlazamos a este proceso la supervivencia de un *inconsciente colonialista*, derivado de un *superego predatorial y dominador*[30]*,* un modelo de formación colonial, que se perpetúa en lo cotidiano de los países descolonizados, como forma de *eco de la presencia del colonizador* en la ex-colonia.

El espíritu *anti-democrático* y el *desprecio* sobreviven y pulsan dentro de la *democracia,* de forma contradictoria a ésta[31], actuando a través de *patrones culturales no-republicano(s)-*[32] no superados todavía, rotos o reconstruidos, considerándose tres aspectos fundamentales: (i) la auto-consciencia de ciudadanía; (ii) las jerarquías sociales; (iii) la igualdad en derechos y deberes ante la ley.

Y, sintomáticamente, son las actitudes *banales de lo cotidiano* (tales como, conducir, aguardar en la fila, comprar, vender, prestar, escribir en las redes sociales), desarrolladas como usos y prácticas cotidianas, conforme apunta

---

[30] "Esses traços culturais apontam para o fato de que ainda paira sobre nós o superego colonialista e predatório, que impede afirmar a nossa autonomia (…)" E. C. B. BITTAR, *Introdução ao Estudo do Direito*: *Humanismo, Democracia e Justiça,* Saraiva, São Paulo, 2018, p. 233.

[31] "La experiencia democrática brasileña todavia es muy reciente y difícil. Reencontrar el pasado, tanto el más lejano –de la esclavitud, con su herencia de prejuicios raciales y luchas anti-coloniales–, como el más reciente, relacionado con la ditadura militar, suas prácticas de terror originados en el Estado y la negación de los derechos humanos es siempre un compromisso con la formación de uma cultura de derechos humanos" S. E. A. VIOLA, M.N.T. ZENAIDE, T.V. PIRES, "Entre memórias e Direitos Humanos", en KANDEL, V., et al (comps.), *Educación en Derechos Humanos en América Latina*: *Construyendo perspectivas y trayectorias,* Universidad de Lanús, Buenos Aires, 2017, p. 39.

[32] El no-republicano apunta hacia el esclavista y al aristocrático: "Somos uma sociedade marcada por origem e formação político-social hierarquizadas. Até 1888, o Brasil teve escravos, e até 1889, quando se proclamou a República, uma base aristocrática; seus códigos de comportamento refletem a realeza e o baronato, e é assim que tudo nela –conforme já dissemos–, inclusive as vias públicas e seus veículos, faz parte de uma escala de desigualdade. No Brasil, como esta investigação cabalmente confirma, o papel de motorista e seus veículos são lidos como emblemas de desigualdade" R. DA MATTA, J.G.M. VASCONCELOS, R. PANDOLFI, *Fé em Deus e pé na tábua,* Rocco, Rio de Janeiro, 2010, p. 111.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1186

el antropólogo Roberto DaMatta[33], las más *reveladoras* de la ausencia de *mentalidades democráticas* y *patrones de socialización* republicanos. Y es allí –en una actitud metódica de *desenmascarar* y *desvestir* los *ecos-del-pasado,* dentro de *la piel del-presente*– donde, de hecho, se podrán hacer brotar esos trazos coloniales.[34] De la misma manera, se puede partir de una lectura fundada en una *sintomatología social*, para identificar los siguientes conceptos como *reveladores* del *ethos colonial*:

(i) El predominio de la cultura de *explotación del espacio-de lo-común*, que lleva a la entronización del *individuo-predador*, de un lado, y, del otro, el abandono del *espacio público* como *espacio violento y agresivo* –a ejemplo del tráfico brasileño para motoristas, ciclistas y peatones–[35], en detrimento de la constitución de un *espacio público* fundado en lo agradable de lo común, en la *tierra-como-destino* y no *eslabón-social* como garantia de *reciprocidad social*[36]*;*

(ii) El 'aura' de *veneración común* por lo extranjero (dotado de ciencia, tecnología, desarrollo y conocimientos), y, de otro lado, la *auto-depreciación* de lo nacional, al cual se le dedica toda sospecha fundada en el síndrome de *inferioridad cultural, política, social* y *económica* (algo que despierta el *instinto sadomasoquista* que nos hace atacarnos constantemente, en cuanto no merecedores de atención, respeto y cuidado)[37], en la medida en que el 'ejemplo de ciudadano(a)'

---

[33] Como ejemplo de la conducción, actitud estudiada por Roberto DaMatta: "O cidadão deve obedecer à lei tanto dentro do veículo, quando está investido na função de operador, quanto quando está fora dele. Numa sociedade igualitária e democrática, esse é um ponto crítico, pois o veículo é mais um cidadão ao lado de outros veículos, que, na paisagem e no contexto do trânsito, são igualmente cidadãos e não máquinas" R. DA MATTA, J.G.M. VASCONCELOS, R. PANDOLFI, *Fé em Deus e pé na tábua*, cit., p. 91.

[34] "Chegou-se ao fim do período colonial com a grande maioria da população excluída dos direitos civis e políticos e sem a existência de um sentido e nacionalidade" J. M. CARVALHO, *Cidadania* no Brasil: o longo caminho, cit., p. 31.

[35] "En su cualidad de peatones y ciclistas, los usuarios del espacio público se sienten agredidos, inferiorizados y subordinados a la lógica salvaje y agresiva del tráfico" R. DA MATTA, J.G.M. VASCONCELOS, R. PANDOLFI, *Fé em Deus e pé na tábua,* cit., p. 69.

[36] La forma de la colonización del Brasil, en este sentido, fue determinante para esto: "Desde o início dessa curta história de cinco séculos e uns quebrados, já era patente, na exploração das terras que depois viriam a se constituir no Brasil, um difícil processo de construção de formas compartilhadas de poder e zelo pelo bem comum" L. M. SCHWARCZ, H. M. STARLING, *Brasil*: uma biografia, cit., p. 19.

[37] Esto queda claramente identificado, al considerarse la declaración dada por Cristovam Buarque, en el libro del sociólogo italiano Domenico De Masi: "O Brasil, como

está 'en otra parte', o sea, el(la) es 'de fuera', el(la) 'es superior', no es aquél que *ya-está-aquí-ahora-y-que-está-a-mi-lado*, lo que sólo profundiza la ya ausente falta de *identidad social nacional* y motiva el *colonialismo cultural extranjero, europeo* o *americano*[38];

(iii) La sensación de vacío de *autoridad* y de *legislación* que impone el *orden público,* a través de una inconsciente y oculta nostalgia por la perpetuación de la administración extranjera externa –*la dominación colonial*–, pues aún cuando se vive de la abundancia de la *legislación nacional autónoma*,[39] esta es sistemáticamente *deslegitimada*, y *rechazada* al lugar de la *ineficacia*,[40] al plano de la *incredulidad* y la negación de la *autoridad nacional*[41];

(iv) La sensación de *ausencia* de la *autoridad-dominadora* (Metrópolis), y, por consecuencia, la búsqueda continua y paternalista por el '*salvador-de la-patria*' en el plano de la política institucionalizada, la *apuesta popular* por la *personalidad individual*, *heroica y carismática* –que alimenta el populismo autoritario–, capaz de ocupar el *vacío*

todos os países latino-americanos, tem uma população ciclotímica, oscilando entre a euforia, a crença de ser o melhor do mundo, e o pessimismo de que não consegue sair do subdesenvolvimento. Essa mentalidade é fruto da realidade de avanços e retrocessos, ditaduras e democracias, crescimento econômico e depressões, estabilidade monetária e inflação. Oscilamos entre o complexo de *pit bull* e o complexo de *vira-lata*" D. DE MASI, *Caminhos da cultura no Brasil,* tradução de Marcello Lino e Stefano Palumbo, Sextante, Rio de Janeiro, 2015, p. 62.

38 Respecto al colonialismo cultural, léase: "A médio prazo, o Brasil continuará refém da americanização e/ou da europeização. Mas, mesmo sob certos aspectos as culturas exógenas continuem sendo protagonistas, não conseguirão mudar o cerne do caráter brasileiro" D. DE MASI, *Caminhos da cultura no Brasil,* cit., p. 247.

39 "Dentro del paradigma de la modernidad, el constitucionalismo en América Latina, no obstante algunas conquistas populares, generalmente funcionó como una estrategia de colonización y de cohesión social para los interés de las elites locales" A.C. WOLKMER, S.M. RADAELLI, "Refundación de la teoria constitucional latinoamericana: pluralidad y descolonización", *Derechos y Libertades,* cit., p. 35.

40 "Mas, vejam o dilema, é precisamente porque confiamos tanto na força fria da lei como instrumento de mudança do mundo que, dialeticamente, inventamos tantas leis e as tornamos inoperantes. Sendo assim, o sistema de relações pessoais que as regras pretendem enfraquecer ou destruir fica cada vez mais forte e vigoroso, de modo que temos, de fato, um sistema alimentando o outro" R. DAMATTA, *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*, 6.ed., Rocco, Rio de Janeiro, 1997, p. 238.

41 "A questão do comportamento no trânsito tem muitas facetas, mas vale mencionar que este trabalho esclarece e explicita um de seus pontos capitais, a saber: a imensa dificuldade de obedecer às leis, de seguir as normas mais banais e comezinhas destinadas ao gerenciamento do movimento de veículos e indivíduos nas vias públicas" R. DA MATTA, J.G.M. VASCONCELOS, R. PANDOLFI, *Fé em Deus e pé na tábua,* cit., p. 33.

de la dominación autoritaria de la Metrópolis dentro de la vida contemporánea y en plena vigencia de la política democrática, cuando, en realidad, la *democracia* debería ser el fruto sistemático de un esfuerzo cotidiano de participación de todos(as);

(v) La conexión inconsciente entre, por un lado, el *espacio público* como *lugar de castigo*, del cumplimiento de la *ley-y-el-orden*, de la realización de *penas crueles y severas*[42], del *sacrifício* del *cuerpo-del-esclavo,* en lo actual de perpetuación de las *violencias en el espacio público* –en cuanto espacio hobbesiano–[43], especialmente en la autorización a la *violencia institucional* por parte de las fuerzas del Estado, en oposición al *espacio privado,* representando éste el lugar de manifestación de los enlaces personales, de la amistad y del privilegio familiar;

(vi) la percepción constante, en el plano de la cultura concreta, de que el *otro-ciudadano* es un *no-ciudadano*, y de que, en los usos y prácticas cotidianas, es inmediatamente un *enemigo*, un *no-igual*, *alguien-desprovisto-de-derechos,* al mismo tiempo en que, en el plano legal, el tratamiento legislativo de todos(as) es la *igualdad formal*, con lo que se procura vencer una tradición enraizada de *falta de simetría social*[44];

(vii) La *desacreditación*, la *deslegitimación* y la *auto-emulación* de los mitos, de las tradiciones, de la cultura y de la historia propias, en lo concerniente al universo del *colonizado, y*, de otro lado, la persistencia de narrativas e historias de *heroicidad* del *colonizador*, del *expropriador* y del *depredador*;

(viii) La *auto-colonización* provinciana de la propia cultura, inferiorizada por el propio *discurso*, y, de otro lado, la situación de *modernidad*

---

[42] "A montagem do aparato de controle da ordem escravista foi lenta, sistemática, sustentada numa legislação com escopo repressivo muito amplo e que acreditava fortemente na eficácia da punição *pública,* na exposição espetaculosa do delito e da aplicação da penalidade atribuída ao infrator" L. M. SCHWARCZ, H. M. STARLING, *Brasil*: *uma biografia*, cit., p. 103.

[43] "Em outras palavras, num universo lido como hobbesiano, construído num espaço avesso ao da casa, a expectativa é de luta, competição e brutalidade" R. DA MATTA, J.G.M. VASCONCELOS, R. PANDOLFI, *Fé em Deus e pé na tábua,* cit., p. 69.

[44] La relación ciudadano-ciudadano es marcada, por tanto, por la 'incivilidad': "A imprudência, o descaso e a mais chocante e irreconhecível incivilidade brasileira no trânsito decorrem da ausência de uma visão igualitária de mundo, justamente num espaço inevitavelmente marcado e desenhado pela igualdade mais absoluta entre seus usuários, como ocorre com as ruas e avenidas, as estradas e viadutos" R. DA MATTA, J.G.M. VASCONCELOS, R. PANDOLFI, *Fé em Deus e pé na tábua,* cit., p. 64.

periférica, de *distancia del centro de la modernidad,* de *precariedad,* de *dependencia externa*, y el contínuo *déficit* de renovación frente a las nuevas fronteras de modernización;

(ix) El desconocimiento y la negación consciente de las *leyes*[45], la baja *participación política* y los *flacos índices de ciudadanía*, y, de otro lado, el temor a las autoridades (castigo memorial), la amenaza constante de *violencia política* (castigo ejemplar) y la *distancia de la política* (hecha por los 'superiores', de forma incomprensible e invisible al público)[46];

(x) La *negación de la imparcialidad de la ley*, como símbolo de tratamiento del *tránsito -común-de las-personas*, de la cual se procura huir por *signos de distinción*, para poder crear, de otro lado, con relación a los otros, el lugar de *superioridad*, expresión propia de una visión de mundo *alérgica a la igualdad*[47] y *cultivadora de trazos aristocráticos*[48], donde la superioridad frente a la ley marca el lugar del *elitismo,* y la sumisión a la ley marca el lugar de la gran mayoría de la población[49];

---

[45] Esa percepción está fundada, entre otras impresiones, en la declaración dada por Fábio Magalhães, en el libro del sociólogo italiano Domenico De Masi: "Ao contrário dos europeus, somos pouco obedientes às regras, às leis. No Brasil, se diz `Ora, a lei´, ou seja todos, eu inclusive, desrespeitamos a lei, de um modo ou de outro, e, talvez por isso mesmo, sejamos tolerantes com quem a desobedece" D. DE MASI, *Caminhos da cultura no Brasil,* cit., p. 47.

[46] "Este *éthos* também traduz a ideia do *colonizado-explorado,* para quem a ideia de lei se confunde com o jugo do *colonizador-explorado,* para quem a ideia de lei se confunde com o jugo do *colonizador-predador* e que, por isso, na sua ausência, deveria ser colocada em suspensão, enquanto a fiscalização não retomasse os seus mandamentos" E. C. B. BITTAR, *Introdução ao Estudo do Direito*: *Humanismo, Democracia e Justiça*, Saraiva, São Paulo, 2018, p. 233.

[47] "Essas expectativas são reveladoras de uma alergia ao igualitarismo como menciona DaMatta, em 2010, no livro *Fé em Deus e pé na tábua.* Leva aos seus limites essa impaciência ou rejeição ao igualitarismo acaba tornando a própria fila (…) sempre suspeita" R. DAMATTA, A. JUNQUEIRA, *Fila e democracia,* Rocco, Rio de Janeiro, 2017, p. 79.

[48] Respecto al rechazo aristocrático de la impersonalidade de las leyes: "Diante da lei geral e impessoal que igualava juridicamente, o que fazia o membro dos segmentos senhoriais e aristocráticos? Estabelecia toda uma corrente de contra-hábitos visando a demarcar as diferenças e assim retomar a hierarquização do mundo nos domínios onde isso era possível" R. DAMATTA, *Carnavais, malandros e heróis*: para uma sociologia do dilema brasileiro, 6.ed., Rocco, Rio de Janeiro, 1997, p. 199.

[49] "Fazer leis é, no Brasil, uma atividade que tanto serve para atualizar ideais democráticos quanto para impedir a organização e a reivindicação de certas camadas da população. Aquilo que tem servido como foco para o estabelecimento de uma sociedade em que o conflito e o interesse dos diversos grupos podem surgir claramente –o sistema de leis que serve

(xi) El uso constante de la ley como un *instrumento de inferiorización*[50], en la medida en que a los 'amigos' les son dadas las ventajas[51], y a los 'enemigos' les son aplicadas las frías letras de la ley, todo esto sumado a la *insignificancia de las leyes* frente a los poderes (político y económico), puesto que la ley es elaborada para la *sumisión social*[52];

(xii) el mantenimiento del *inconsciente esclavista*[53], manifestado en la incapacidad de construir *igualdad* y *valores universales*, manteniéndose la cultura de *jerarquización social*, y, de otro lado, la estructuración contínua de lazos sociales fundados en la *naturalización* de

---

para todos e sobre o qual todos estão de acordo– transforma-se num instrumento de aprisionamento da massa que deve seguir a lei, sabendo que existem pessoas bem relacionadas que nunca a obedecem" R. DAMATTA, *Carnavais, malandros e heróis*: *para uma sociologia do dilema brasileiro,* cit., 1997, p. 237.

[50] "Num sentido preciso e marcadamente aristocrático, fruto de uma matriz que foi muito pouco discutida entre nós, a obediência à lei exprimia –como revela essa pesquisa– inferioridade e subordinação social. Tudo se passa como se, no Brasil, não tivéssemos feito a necessária transição entre obedecer a pessoas e à lei, o que configura coisas muito diversas" R. DA MATTA, J.G.M. VASCONCELOS, R. PANDOLFI, *Fé em Deus e pé na tábua*, cit., 2010, p. 76.

[51] "Pode-se agora parodiar o célebre ditado brasileiro já mencionado, dizendo 'aos mal-nascidos, a lei, aos amigos, tudo'; ou, 'aos indivíduos, a lei; às pessoas, tudo!', o que significa realmente: a quem está inserido numa rede importante de dependência pessoal, tudo; a quem está isolado e diante da sociedade sem mediações pessoais, a lei! Pois somente os indivíduos frequentam as delegacias de polícia, os tribunais, as filas, a medicina e a educação públicas. Também são os indivíduos que servem ao exército, na longa tradição de transformar em soldado apenas os escravos e deixar os filhos de boa família do lado de fora da corporação que transforma em números e impessoaliza na farda e no *ethos* a soldadesca, vista aqui como composta de indivíduos, e nunca de 'filhos de família'" R. DAMATTA, *Carnavais, malandros e heróis*: *para uma sociologia do dilema brasileiro,* cit., p. 236.

[52] "No sistema social brasileiro, então, a lei universalizante e igualitária é utilizada frequentemente para servir como elemento fundamental de sujeição e diferenciação política e social. Em outras palavras, *as leis só se aplicam aos indivíduos e nunca às pessoas;* ou, melhor ainda, receber a letra fria e dura da lei é tornar-se imediatamente um indivíduo. Poder personalizar a lei é sinal de que se é uma pessoa. Desse modo, o sistema legal que define o chamado 'Estado liberal moderno' serve em grande parte das sociedades semitradicionais –como o Brasil– como mais um instrumento de exploração social, tendo um sentido muito diverso para os diferentes segmentos da sociedade e para quem está situado em diferentes posições dentro do sistema social." R. DAMATTA, Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro, cit., p. 237.

[53] En el campo de la Historia de Brasil, eso queda claro: "Último país a abolir a escravidão no Ocidente, o Brasil segue sendo campeão em desigualdade social e pratica um racismo silencioso mas igualmente perverso" L. M. SCHWARCZ, H. M. STARLING, *Brasil: uma biografia*, cit., p. 14.

la *co-existencia* con base en la visión de una *sociedad desigual, diferenciada racialmente*[54], *violenta, autoritaria* e *injusta*[55];

(xiii) La *dependencia económica* y la *sujeción global*, y, de otro lado, la *predominancia de la exclusión* y la *segregación* en la constitución del espacio público;

(xiv) El mantenimiento continuo de la *cultura autoritaria* en la política, y, de otro lado, el mantenimiento de la *cultura de la violencia* en el cuerpo social, con prácticas sociales que ocupan el espacio social por medios *sadomasoquistas*[56];

(xv) El mantenimiento continuo del concepto de *educación como adaptación a los medios sociales,* sin implicar ningún tipo de preocupación curricular sistemática por la *lucha de derechos*, y, aún más, el rechazo a la educación *para la ciudadanía* y a la *educación en derechos humanos* como factores potenciadores de la transformación de mentalidades, en la transición de la *dominación colonial* a la *autonomía democrática.*

Aquí se encuentran quince (15) síntomas actuales y presentes, que revelan los *ecos-del-pasado* no-democrático, considerada la experiencia del Brasil. Así, a efectos del análisis de la democracia brasileña, lo que se percibe es que los(as) brasileños(as) tardan en reconocerse *entre sí como ciudadanos(as)*, como *portadores-de los-mismos-derechos*, en la medida en que la noción de *nación* no va más allá de los 100 años[57], o de que la noción de *ciudadanía* y de *derechos*

---

[54] "Num território marcado pela escravidão de africanos, o mero fato de ser de uma cor diversa do negro já representava mérito com direito a nobilitação" L. M. SCHWARCZ, H. M. STARLING, *Brasil*: *uma biografia,* cit., p. 68.

[55] En la perspectiva de la Sociología de la Violencia, se puede percibir este tipo de preocupación en las palabras de Sergio Adorno: "A sociedade brasileira é uma sociedade internamente diferenciada, desigual e hierarquizada, desde a colônia até os nossos dias. Que dizer, a democracia ainda não logrou reduzir as desigualdades num patamar em que a convivência democrática permita o respeito às diferenças e à diversidade" C. NONATO, "Sergio Adorno: reflexões sobre a violência e a intolerância na sociedade brasileira", *Comunicação e Educação: Revista do Departamento de Comunicações e Artes da ECA/USP,* ano XX, vol. 20, núm. 02, 2015, p. 96.

[56] En los estudios de Antropología este sintoma es claro: "Uma *violência* assustadora, mas tolerada e até mesmo esperada, que aflora na forma de um número infinito de gestos grosseiros e numa epidemia de acidentes cujo fundo tem ligação direta com um estilo específico de construir, ocupar e usar o espaço público, seja como pedestre ou como condutor" R. DA MATTA, J.G.M. VASCONCELOS, R. PANDOLFI, *Fé em Deus e pé na tábua,* cit., 2010, p. 49.

[57] Hasta para el hecho de cuán reciente es la búsqueda de una identidad nacional común, proceso que consta de un esfuerzo de menos de 100 años: "Pode-se concluir, então, que

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1186

interconectados (civiles, económico-sociales, culturales y ambientales) no tiene más de 30 años, o sea, nada más allá de la Constitución de 1988 y de la Convención de Viena de 1993. Esto deja muy evidente como el orden jurídico padece de poca legitimidad.[58]

La *democracia brasileña* de hoy en día no puede ser vislumbrada de forma aislada o *desvinculada históricamente* de su pasado; existe un *peso-del-pasado*, como constata José Murilo de Carvalho[59], que hace que ésta esté constituída sobre la base de una *sociedad desigual* com *trazos aristocráticos*, *autoritários*, *personalistas*[60], fundada en la base a la cultura del *atajo*[61], lo que crea una enorme dificultad de establecimiento de *valores republicanos, igualitarios, democráticos* y de *imparcialidad* legal. En este contexto la *cultura de los derechos* se retrasa en la transformación de algo más allá, de un mero *cuerpo-de-leyes*, de una práctica consolidada en la vida social cotidiana.

---

até 1930 não havia povo organizado politicamente nem sentimento nacional consolidado" J. M. CARVALHO, *Cidadania no Brasil*: *o longo caminho*, cit., p. 88.

58 Para la noción de legitimidad del orden jurídico es importante decir: "Uma ordem jurídica é legítima na meida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém, ela deve sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se", J. HABERMAS, *Direito e democracia,* volume I, Tradução de Flábio Beno Schiebneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2003, p. 147.

59 "A herança colonial pesou mais na área dos direitos civis. O novo país herdou a escravidão, que negava a condição humana do escravo, herdou a grande propriedade rural, fechada à ação da lei, e herdou um Estado comprometido com o poder privado" J. M. CARVALHO, *Cidadania no Brasil*: *o longo caminho*, cit., p. 50.

60 "Um palco desenhado para cidadãos que, entretanto, nele atuam como aristocratas" R. DA MATTA, J.G.M. VASCONCELOS, R. PANDOLFI, *Fé em Deus e pé na tábua,* cit., p. 98.

61 El antropólogo Roberto DaMatta trata el tema en dos obras diferentes. Por eso, se destacan dos importantes pasajes: "No caso das leis gerais e da repressão, seguimos sempre o código burocrático ou a vertente impessoal e universalizante, igualitária, do sistema. Mas, no caso das situações concretas, daquelas que a 'vida' nos apresenta, seguimos sempre o código das relações e da moralidade pessoal, tomando a vertente do 'jeitinho', da 'malandragem' e da solidariedade como eixo de ação. Na primeira escolha, nossa unidade é o *indivíduo*; na segunda, a *pessoa*" (DAMATTA, *Carnavais, malandros e heróis*: para uma sociologia do dilema brasileiro, 6.ed., 1997, p. 218); "Todos são unânimes em afirmar que um traço marcante do caos urbano é o desacato às normas e sua contrapartida brasileira (e capixaba), o *jeitinho,* o *Você sabe com quem está falando?* E outros elementos que fazem com que o relacionamento (ou a postura) pessoal englobe e torne-se mais importante que a lei –que, em princípio, deveria valer para todos" R. DA MATTA, J.G.M. VASCONCELOS, R. PANDOLFI, *Fé em Deus e pé na tábua,* cit, p. 80.

Queda claro que, en el Brasil contemporáneo, la búsqueda individual por hacerse rico de forma *rápida* expresa el deseo de ascensión social como forma de *huir-de lo-que-es-público* - esfera siempre mal estimada y de mala reputación -, de ahí el recurso usual a la estafa, a la astucia, a la corrupción, o a la lotería. En otras palabras, *huir-de-lo-público* significa tener condiciones de pagar por la salud privada, seguridad privada, transporte particular, previsión privada, en la medida en que los servicios públicos respectivos son malos o ineficaces. Así, la *riqueza-rápida* significa la posesión del *poder económico* que coloca al individuo por encima de las necesidades de una *vida común*, ya que el país poseyó cargas no-resueltas en todas las áreas, al estar en un *proceso incompleto* de modernización. Por eso, estar por *encima-de-las-leyes* es algo propio de la condición anhelada de disputa de riqueza, en el estado actual del país. Por otro lado, la *pobreza* es penalizada con la severidad de la *ley-criminal,* con la 'opción' de servicios públicos de *baja calidad*, con la 'calle' (y no el 'club') como lugar de 'socialización' (con sus riesgos, peligros y precariedades).

La siguiente afirmación, proveniente del campo de la *Antropología,* según la visión de Roberto DaMatta, lo explica bien:

> *"En Brasil, se trata de enseñar que el sujeto de al lado existe como ciudadano. Que éste, por ser desconocido, no puede ser tratado como un inferior o un débil mental. Se trata de discutir algunas presunciones relativas a los deberes de ciudadano –lo que incluye, obviamente, el respeto, en primer lugar, al ser humano que conduce cada vehículo, que, juntamente con el peatón, el ciclista y el motociclista forman, con todos nosotros, parte de un sistema de igualdad. En otras palabras, es preciso interiorizar un sistema que convenza a los brasileños de que no somos solamente personas o gente apenas definida por relaciones personales, que todo pueden con su bien conocida elasticidad; sino que, en el tráfico y en la calle, somos ciudadanos, somos seres definidos por un conjunto de derechos y deberes en un plano político y, sobre todo, cívico, que excluye a la familia, con sus consideraciones de substancia que nos caracterizam y que este estudio tiene como objeto tomar como centro y problematizar" (DaMatta, Vasconcellos, Pandolfi, Fé em Deus e pé na tábua, 2010, p. 64, nuestra traducción).*

En esa compleja trama de análisis, se destaca de forma clara la manera en la que los *códigos-informales* o el *sentido-subcutáneo-de-las-cosas* actúa, creando fuertes impedimentos para el avance de la *cultura democrática*. Un buen ejemplo es el propio *sentido-antropológico-de-ley*, en la medida en que nos socializamos en base al *código-de-la-personalidad* y no *en-base-al-código-de-la-legalidad.*[62]

[62] "Mas, vejam o dilema, é precisamente porque confiamos tanto na força fria da lei como instrumento de mudança do mundo que, dialeticamente, inventamos tantas leis e as tornamos inoperantes. Sendo assim, o sistema de relações pessoais que as regras pretendem

La legislación debería ser uno de los ingredientes fundamentales, uno de los pilares de la vida democrática y de las perspectivas centrales para el *cultivo de valores republicanos.*[63] Estos son elementos decisivos para una cultura e una practica de acciones sociales donde la ciudadanía es el centro. Por eso, los valores republicanos de la tradición moderna[64] son tan decisivos para la construcción de una concepción *republicana de democracia.*[65]

Pero, en nuestra realidad, lo que pasa es lo contrario, donde, al final, la ley, para nosotros, no tiene todavía un *alcance colonial negativo*[66], representando más bien una *forma de sumisión*, aún con significado diferente al de *democracia, igualdad* y *republicanismo*, y sí relacionado con *jerarquía* y *enemistad*. Por eso, entre otros motivos, las leyes '*no toman*' (las leyes tienen validez, pero no eficacia social), y son escasamente respetadas como trazo central de la vida democrática.

3. *ETHOS DEMOCRÁTICO*, DEMOCRACIA Y CIUDADANÍA

La creación de un *ethos democrático*, contrario al *ethos colonial,* es de fundamental importancia para la creación de condiciones de socialización de-

---

enfraquecer ou destruir fica cada vez mais forte e vigoroso, de modo que temos, de fato, um sistema alimentando o outro" R. DAMATTA, *Carnavais, malandros e heróis*: *para uma sociologia do dilema brasileiro*, cit., p. 238.

[63] Para una visión más profundizada de republicanismo, se indica la lectura de E. C. B. BITTAR, "A educação em direitos humanos e o humanismo social, republicano e democrático", *Revista Jurídico Luso-Brasileira* (RJLB), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Año 2, núm. 1, 2016, pp. 865-880.

[64] Sobre la noción de republicanismo, derivada de vida moderna y de los derechos humanos, se puede consultar lo que sigue: "A idéia dos direitos humanos e a da soberania do povo determinam até hoje a autocompreensão normativa de Estados de direito democráticos", J. HABERMAS, *Direito e democracia,* volume I, Tradução de Flábio Beno Schiebneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003, p. 128.

[65] Sobre los valores republicanos, *vide* P. F. da CUNHA, *Para uma ética republicana,* Lisboa, Coisas de Ler, 2010.

[66] La constatación del significado de la ley, en el período colonial, es de extrema importancia, en este punto del análisis. Por eso, se recurre a la lúcida observación de José Murilo de Carvalho a este respecto: "A lei que deveria ser a garantia da igualdade de todos, acima do arbítrio do governo e do poder privado, algo a ser valorizado, respeitado, mesmo venerado, tornava-se apenas instrumento de castigo, arma contra os inimigos, algo a ser usado em benefício próprio. Não havia justiça, não havia poder verdadeiramente público, não havia cidadãos civis. Nessas circunstâncias, não poderia haver cidadãos políticos. Mesmo que lhes fosse permitido votar, eles não teriam as condições necessárias para o exercício independente do direito político" J. M. CARVALHO, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, cit., p. 62.

mocráticas, para interacciones sociales fundadas en el *respeto a los derechos* y a la *dignidad de la persona humana*. Por eso, el esfuerzo por la educación en derechos humanos es decisivo, sea en el plan de su justificación y desarrollo metodológicos[67], sea en el plan de su efectivacción legal y institucional.[68] Lo que se constata es que, a pesar de su importancia, no basta la conquista de la *democracia institucional*, pues la *democracia en el trazado de las instituciones* debe caminar a ritmo parecido con la *democracia en el trazado de las mentalidades.* Cuando una avanza, en la ausencia de la otra, es de este desajuste disfuncional y patológico donde se generan efectos *institucionales* y *sociales,* tales como la posibilidad de vivirse en la paradójica condición de la *democracia anti-democrática* de los tiempos actuales.

Por todo ello, hay que desmarcarse de la visión según la cual, la democracia es apenas un *régimen de gobierno*, siendo importante para ello concebirla más como un *proceso de auto-aprendizaje* en las *condiciones de socialización.*[69] En un abordaje *realista*, es posible afirmar que es en la *vida cotidiana* donde se percibe y se mide, el nivel de *ciudadanía* y *civismo* en ambientes de interacción social. De esta forma, por encima de todo, *cultura, creencias, tradiciones, valores, prácticas* son allí cotidianamente *constituídas* y *desconstituidas,* en cuanto procesos sociales, en la esfera del *mundo de la vida* (*Lebenswelt*).[70] Aqui, el

[67] Por eso, los últimos trabajos en este respecto: E. C. B. BITTAR, "Os desafios de implementação das diretrizes nacionais para a educação em direitos humanos", en G. BERCOVICI, et al (coords.), *Desafios dos direitos humanos no século XXI*, Quartier Latin, São Paulo, 2016; E. C .B. BITTAR (coord.), *Educação e metodologia para os direitos humanos,* Quartier Latin, São Paulo, 2008.

[68] Especificamente, en el plan de la implementación, *vide* E. C. B. BITTAR, "Educación en derechos humanos como política pública: la experiencia de la Coordinación de Educación en Derechos Humanos de la Secretaría Municipal de Derechos Humanos y Ciudadania de la Ciudad de São Paulo", *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, núm. 13, 2017, pp. 97-109; E. C. B. BITTAR, "A experiência da Associação Nacional de Pesquisa e Ensino em Direitos Humanos – ANDHEP: gestão, execução e representação", en *A formação em Direitos Humanos na Educação Superior no Brasil: trajetórias, desafios e perspectivas,* en G. TOSI et al (orgs.), Editora da UFPB, João Pessoa-Paraíba, 2014, pp. 375-396; E. C. B. BITTAR, "Os desafios de implementação das diretrizes nacionais para a educação em direitos humanos", en BERCOVICI, G. et al (coords.), *Desafios dos direitos humanos no século XXI*, Quartier Latin, São Paulo, 2016.

[69] "Habermas ve la constitución de la democracia como un proceso de auto aprendizaje y, en tanto que tal, de configuración de la identidad social, que se torna necesariamente reflexiva e inquiere sobre la cualidad de sus propios pasos" M. P. LARA, *La democracia como proyecto de identidad ética*, Antrophos Editorial, Barcelona, 1992, p. 47.

[70] "La forma específica en que una sociedad articula sus niveles de vida cotidiana (cultura, creencias, tradiciones, valores y momentos recogidos por la memoria colectiva) constituye el conjunto único e irrepetible del que somos parte, en tanto que biografía, que forma de

éthos democrático impulsa procesos de *reflexión social* en las interacciones entre ciudadanos(as), entendiendo que la *postura y l*a *opinión pública ciudadanas,* así como la *Educación en Derechos Humanos* (EDH), juegan un determinante papel en este proceso.

Es un hecho que la *democracia* es muy sensible a cualquier oscilación económica, política y social, y que la pérdida de rumbo puede llevar a un derrumbe muy rápido en el plano de las instituciones y de las mentalidades. Por eso, cultivarla más que como mera *institucionalidad democrática*, y sí como una forma *de vida,* pasa a ser uno de los más importantes esfuerzos en el sentido de su propia preservación. Se constata que la democracia es una *construcción inter subjetiva*, en la medida en que se relaciona con el *enlace simétrico de reciprocidad* entre *ego y alter,* un *lazo ético-político*. Por ello tiene que existir un *esfuerzo social* y de comprensión para afirmar a la *democracia* como forma de *identidad ético-política.* En este punto, hay una privilegiada contribución a esta cuestión en los trabajos de Maria Pía Lara, en la esfera del pensamiento del filósofo alemán Jürgen Habermas.[71]

Es a partir del *mundo de la vida* (*Lebenswelt*) que se debe observar el proceso de compartir el *dolor*, el *sufrimiento*, las *dificultades*, las *injusticias, las* violencias y la *opresión* que ligan a las personas en dirección a la *justicia*, a la *ciudadanía* y a la *paz*. En este sentido, la *democracia* permite que los *espacios continuos* para expresar, canalizar, construir, nombrar y elaborar el dolor puedan, espontáneamente, constituirse**,** firmando la posibilidad de una *esfera pública*[72] *que* afecte a cuestiones de *justicia, paz, libertad*, *igualdad* y *ciudadanía*. Cuando el sufrimiento se comparte en la esfera pública, y es simbólicamente *re-significado*, cimenta la posibilidad de la *no-repetición* y del *no-retorno*.

Esta se vuelve una acción social en el presente, que diluye el pasado y constituye puentes para el futuro. Es en éste aspecto que la *esfera pública* es

vida, en tanto que hombres y mujeres particulares" M. P. LARA, *La democracia como proyecto de identidad ética*, cit., p. 126.

[71] "Es en el terreno de la intersubjetividad en donde Habermas sitúa los ideales no particulares, es decir, colectivos, de solidaridad social y de acuerdos reflexionados. Los procesos de autoilustración, que conducen a una reflexión y discusión crítica y normativa sobre las formas en las que los hombres orientan sus acciones, son el material privilegiado de la formación racional de la voluntad" M P. LARA, *La democracia como proyecto de identidad ética*, cit., p. 48.

[72] En Habermas, esfera pública es un concepto que remite a: "…uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões;* nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos" J. HABERMAS, *Direito e democracia,* II, Tradução de Flávio Beno Siebneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003, p. 92.

decisiva para la formación de la convivencia *democrática*, como *espacio de solidaridad* donde fuerzas, voluntades **y** razones se unen, volviéndose profundamente interconectadas[73]. Es aquí donde se refleja la relación entre *ego* y *alter*.[74] Por ahí deben abrazarse *razones* y *voluntades*[75], *emociones* y *vivencias*, *experiencias* y *saberes*, y las diferencias no deben ser capaces ni de la *conversión del otro* en *enemigo*, ni de la *demonización* de la *alternancia*.

Por contraste, es evidente que la *esfera pública* está amenazada, o es desalentada, o se universaliza apenas de forma parcial[76], cuando se descalifica la *opinión divergente* del debate (i), cuando los gobiernos democráticos son interrumpidos (ii), cuando las elecciones son manipuladas (iii), cuando se reprimen manifestaciones populares pacíficas por las fuerzas policiales (iv), cuando la lucha por la justicia se confunde con conmoción (v), cuando se hace callar la voz de intelectuales por medio de persecuciones políticas (vi), cuando la lucha de los movimentos sociales se criminaliza (vii), para quedar en algunos ejemplos reveladores de actitudes incapaces de valorar lo que Jürgen Habermas llama, el punto de vista moral de la justicia.[77]

---

[73] "Construir un hábito un e*thos* democrático, no sólo requiere de la capacidad de aprender a escuchar a los otros, a formular objeciones si esos puntos de vista omiten la posibilidad de que otros sean considerados en las normas de decidir; requiere también el fortalecimiento de la autonomía en un sentido plenamente kantiano, junto a la virtud cívica que posibilita entender otros puntos de vista distintos u otras voces: la solidaridad. La formación racional de la voluntad es un esquema procedimental que permite visualizar un doble ejercicio: el ético y el político, para la institucionalización y la configuración de una identidad democrática. Mi tesis es que estos espacios están inter relacionados en el ámbito público, que supone una formación racional de la voluntad, son las bases para un proyecto de identidad ético-política con carácter democrático y universal" M P. LARA, *La democracia como proyecto de identidad ética*, cit., p. 46.

[74] "Y el rasgo que Habermas pretende destacar como lo más esencial de su pragmática es la necesidad de entendimiento, del reforzamiento de los elementos autoconstitutivos que implican el reconocimiento de los otros para lograr el propio. Por ello, la formación racional de la voluntad es un proyecto de construcción de la democracia y se convierte en el material privilegiado de la identidad social" M P. LARA, *La democracia como proyecto de identidad ética*, cit., p. 49.

[75] "El discurso público se convierte en una instancia mediadora entre razones y voluntades" M P. LARA, *La democracia como proyecto de identidad ética*, cit., p. 58.

[76] "A esfera pública, concebida como algo relativo ao povo (que na sociedade brasileira tem como dimensão definidora a carência e a pobreza e não direitos e deveres) apenas em parte, universaliza-se" R. DAMATTA, A. JUNQUEIRA, *Fila e democracia,* cit., p. 41.

[77] "La justicia como imparcial hace del modo habermasiano una definición jurídica, pero además, como modelo de moralidad, puede ser un proyecto de constitución de un espacio público en el que es posible tematizar los problemas constitutivos de las diferencias entre los sujetos morales" M P. LARA, *La democracia como proyecto de identidad ética*, cit., p. 85.

Además, la denegación sistemática de reconocimiento, como ya constató Axel Honneth, en *Lucha por reconocimiento* (*Kampf um Annerkenung*), es capaz de generar la patológica condición de frustración continua en las expectativas intersubjetivas por el reconocimiento.[78] El resultado es un continuo anquilosamiento de la posibilidad de la vida democrática, de la vida cívica, de la mutualidad en el espacio público, que resultan continuamente en *aislamiento social, patologías individuales, adolecimientos depresivos, pulverización* y *desgarro del tejido social* a través de los aberrantes índices de violencia, como se pueden ver en los datos de ONU sobre la situación de los derechos humanos en Brasil.[79]

Entonces, la *descolonización* del mundo de la vida pasa a ser el desafío central para la constitución de la trama que hace posible la existencia de una *esfera pública abierta, libre, democrática, participativa* y centrada en el respeto y nuestros derechos.[80] Aquí, se quiere aprovechar el *doble sentido* del término *descolonización,* para indicar la importancia de la *descolonización de la cultura,* a partir de la *descolonización* del *mundo de la vida*, pasando al fortalecimiento de la *red de solidaridad simbólicamente compartida*[81], que compone la posibilidad de *encuentros inter subjetivos por la justicia, por la libertad, por la igualdad, por la ciudadanía, por la no-violencia.* Y es en esta actividad *productora-de-sentido-social* donde los *enlaces democráticos* hacen posible la *esfera pública democrática.*

---

[78] "Por isso, a particularidade nas formas de desrespeito, como as existentes na privação de direitos ou na exclusão social, não representa somente a limitação violenta da autonomia pessoal, mas também sua associação com o sentimento de não possuir o *status* de um parceiro da interação com igual valor, moralmente em pé de igualdade; para o indivíduo a denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral (…)" A. HONNETH, *Luta por reconhecimento*: *a gramática moral dos conflitos sociais*, Tradução de Luiz Repa, Editora 34, São Paulo, 2003, p. 216.

[79] Sobre los datos, Vid. ONU BRASIL, Brasil tiene la mayor tasa de homocidios de las Américas, diz OMS, *in https://nacoesunidas.org/brasil-tem-nona-maior-taxa-de-homicidio-das-americas-diz-oms.* Publicado em 17.05.2017. Acceso 4/8/2017; ONU BRASIL, Brasil tiene 7ª mayor tsxa de homicidios de jóvenes de todo el mundo, apunta UNICEF, in *https://nacoesunidas.org/brasil-tem-7a-maior-taxa-de-homicidios-de-jovens-de-todo-o-mundo-aponta-unicef/.* Acceso 27.12.2017.

[80] "Este ejercicio de autorreflexión colectiva y de comunicación puede rescatar la espontaneidad de los mundos de vida construyendo un tejido sólido de descolonización de éstos, en el cual se pone en marcha el reconocimiento mutuo que implica el respeto y la responsabilidad con los otros" M P. LARA, *La democracia como proyecto de identidad ética*, cit., p. 87.

[81] "La identidad colectiva contempla también la reproducción cultural, la integración y socialización como factores clave para la transmisión, reproducción y mantenimiento de los valores" M P. LARA, *La democracia como proyecto de identidad ética*, cit., p. 130.

Como afirma Maria Pía Lara[82], es por el rescate de la *solidaridad* que el *respeto* entra en el *centro del proceso de socialización* - en cuanto vínculo moral entre actores(as) sociales. Para recordar las palabras de Pérez Aguirre acerca de la solidaridad, frente al *hiper-individualismo* contemporáneo:

> *"La solidaridad implica una disponibilidad y una atención universal hacia los derechos humanos, de todos los seres humanos en cuanto humanos y no sólo de tal familia, de tal ideología de tal sexo, raza o religión. Porque los derechos humanos son, por definición, universales, es decir, de todos y cada uno" (Aguirre, La opción entrañable, 1989, p. 82).*

Y, de hecho, el *respeto* como ingrediente, y la *solidaridad* como resultante, hacen posible que la *trama de las interacciones* recupere sentido, fortalezca enlaces, cree moralidades y eleve el patrón de efectividad de derechos *socializándose* en otros términos, donde *acción social* y *prevención de violaciones* acaban por confundirse.[83] Este camino es de vital importancia para que *derechos* y *deberes, respeto* y *solidaridad, cultura* y *educación, ciudadanía* y *participación* sean canalizados hacia el *espacio público* fortalecido y cualificado.

4. EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS, RESPETO Y CIUDADANÍA

Para que la *Educación en Derechos Humanos* tenga un papel decisivo en la construcción de un *ethos democrático*, es de fundamental importancia contar con una pedagogía crítica, dialogante y controvertida.[84] La *educación*, especialmente la *educación volcada para educadores en justicia social,*[85] delinea tra-

---

[82] "Una actitud de reciprocidad permanente implica aprender a respetar y ser respetado, y dicho respeto es una actitud moral, un sentimiento que se adquiere fundamentalmente a través de los procesos de comunicación social" M P. LARA, *La democracia como proyecto de identidad ética*, cit., p. 124.

[83] "Cuando luchamos por el respeto ecológico, no sólo estamos preocupados por la salud, sino por una forma de vida que retiene también un sentido moral a través del respeto a la vida y su preservación" M P. LARA, *La democracia como proyecto de identidad ética*, cit., p. 212.

[84] "La pedagogía controversial se nutre de la pedagogía crítica y se liga y apoya en la pedagogia dialógica de Pablo Freire. Desde esta perspectiva, no evita el conflicto, sino que lo confronta y lo integra" A. MAGENDZO, "Conversando en torno a la educación en derechos humanos desde una mirada controversial y dilemática" en v. KANDEL; N. MANCHINI; M. PENHOS, (comps.), *Educación en Derechos Humanos en América Latina*: *Construyendo perspectivas y trayectorias,* Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires, 2017, p. 36.

[85] "The reflexive inquiry for these social justice educators resulted in the majority of them identifying influential life experiences asssociated with structural violence, such as sexism, racism and poverty" F. TIBBITTS, "Political Autobrigraphy: reflexive inquiry in the preparation of Social Justice Educators", *Int J Edu Sci*, vol. 13 núm. 1, 2016, p. 111.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1186

zos, adquiriendo un rol único en la formación de otras *mentalidades*.[86] Aún más, según Felisa Tibbitts, la *Educación para la Democracia* corresponde a una *Educación para el futuro.*[87] Por eso, la importancia que la *Educación en Derechos Humanos* tiene para la *United Nations Declaration on Human Rights Education and Training,* desde su adopción por Naciones Unidas en 2011.[88]

Para avanzarse en esta dirección, es necesario resaltar la valiosa interconexión entre los conceptos teóricos de Abraham Magendzo[89] y de Paulo Freire[90], puesto que para ambas teorías, el *diálogo* es el centro de preocupación de la formación de la *personalidad democrática.* El *diálogo* desarrolla la capacidad de ser *imparcial*, en otras palabras, la capacidad de escuchar y de hablar (ejerciendo el *moral point of view*)[91], y no es solo una forma de conversación y establecimiento de cambios comunicativos, sino, sobretodo, una forma de: a.) crear mentalidades abiertas al entendimiento del Otro[92]; b.) de-

[86] "De entre ellos, hemos mencionado el papel sustantivo de la educación, no sólo como institución, sino como un medio crítico de reflexión depurada y de aprendizaje de la civilidad. Pero nos educamos a través de valores, y ellos provienen de nuestros mundos más vitales: lo que leemos, las figuras que admiramos, las películas que vemos e incluso la publicidad que nos rodea, son estas fuentes de inspiración moral las que nos hacen elegir un proyecto de vida" M P. LARA, *La democracia como proyecto de identidad ética*, cit., p. 220.

[87] "Education for democracy: refers to the education offered to individuals to teach and promote the development and knowledge, skills and values necessary to live in a democratic society" F. TIBBITTS, J. TORNEY-PURTA, *Citizenship Education in Latin America: preparing for the future, Argentina,* FLASCO-HREA, 1999, p. 03.

[88] "Human rights education encompasses: (a) Knowledge and skills –learning about human rights and human rights mechanisms and acquiring skills to apply them in a practical way in the daily life; b) Values, attitudes and behaviour– developing values and reinforcing attitudes and behaviour which uphold human rights; c) Action –taking action to defend and promote human rights", UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS, *World Programme for Human Rights Education, Third Phase – Plan of Action*, United Nations and UNESCO, New York and Geneva, 2017, p. 15.

[89] Cf. A. MAGENDZO, "Conversando en torno a la educación en derechos humanos desde una mirada controversial y dilemática," cit, p. 36 y ss.

[90] Cf. P. FREIRE, *Pedagogia da autonomia*: saberes necessários à prática educativa, 46. ed., Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2013; P. FREIRE, *Pedagogía de la Indignación*: *cartas pedagógicas en un mundo revuelto*, Siglo Veintiuno Editores, Montevideo, 2012.

[91] "En esta dimensión aparece la imparcialidad, pues todos los participantes deben comprometerse con un punto de vista ideal, en el cual deben escuchar y tratar de entender otras perspectivas con el mismo peso y respeto que las propias. A esto Habermas lo ha llamado *el punto de vista moral*" M P. LARA, *La democracia como proyecto de identidad ética*, cit., p. 76.

[92] "En el aprendizaje de la forma de articular una discusión, en su comprensión y elucidación de otros y de sí mismos, se estructura la capacidad intersubjetiva de construir un espacio de formación racional de la voluntad, como un espacio ético y político" M P. LARA, *La democracia como proyecto de identidad ética*, cit., p. 55.

sarrollar la capacidad de colaboración con otras *visiones de mundo*; c.) ejercer la *tolerancia* en la convivencia con el Otro; d.) promover el reconocimiento de la esfera del Otro y de sus derechos; e.) convivir con las diferencias de modo no *rompedor* o *violento*.[93] Por otra parte, el diálogo significativo no es apenas el diálogo racional, sino sobretodo el *diálogo sensible* al cual se refería Pérez Aguirre, donde se encuentran más el hablar o el escuchar, pues ahí se conectan también la *compasión*, la *sensibilidad* y el *respeto*.[94]

El papel de la *Educación en Derechos Humanos*, en ambientes altamente contrarios a los Derechos Humanos, y en democracias poco consolidadas –como es el caso de Brasil–, que, a pesar de estar alineado al nivel de la legislación internacional en torno a los Derechos Humanos, continúa practicando en el plano cotidiano *formas de interacción social* negadoras de derechos –además de tener presente las constataciones y evidencias sociológicas, antropológicas e históricas ya apuntadas anteriormente–, pasa a ser *doble*, a saber:

(i) en primer lugar, la *Educación en Derechos Humanos* tiene el papel de *revelar, desenmascarar, demostrar* y *criticar*: el *éthos colonial,* la mentalidad colonial, los patrones de socialización anti-democráticos, la tendencia inminente al retroceso de derechos;

(ii) en segundo lugar, la *Educación en Derechos Humanos* tiene el papel de *construir, promover, desarrollar* y *cultivar*: el *éthos democrático*; los patrones de socialización democráticos, las formas de justicia que apuntan a la adquisición de nuevos derechos.

Aquí se llega al punto donde se encuentran las diversas referencias teóricas de este estudio, convergiendo en el sentido de reconocer la importancia de la *formación de la consciencia*, con el fin de dominar los efectos del *éthos colonial,* haciendo posible el resurgir futuro y progresivo del *ethos democrático*. Además de la convergencia teórica, también, en el plan normativo, el reconocimiento de las tareas de la educación en derechos humanos, también, en el sistema de *United Nations*.[95]

---

[93] "El diálogo es una invitación a la reflexión con el outro, a entender que subyacente a todo conocimiento hay concepciones diferentes, miradas distintas y diversas" A. MAGENDZO, "Conversando en torno a la educación en derechos humanos desde una mirada controversial y dilemática", cit., p. 36.

[94] "Lo que pro-voca (*pro*: adelante, *vocare*: llamar, es decir: llama desde adelante) a la movilización de nuestras energías amorosas, a la compasión, no es la teoría, ni la reflexión, sino la capacidad de oír el grito del sufriente y tener la sensibilidad para responder a él" L. PÉREZ AGUIRRE, *La opción entrañable*, Antropos Editorial, Barcelona, 1989, p. 21.

[95] "The objectives of the World Programme for Human Rights Education are: a) Promote the development of a culture of human rights; b) To promote a common understanding, based on international instruments, of a basic principles and methodologies for human rights educa-

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1186

Para Roberto DaMatta:

> *"Lo que falta internalizar, mas que el oir, vociferar, criticar y repetir, y el respeto y obediencia a la ley en función del Otro - del conciudadano que con nosotros comparta, como un igual, del mismo espacio público -, y no apenas por la ley en sí o por la autoridad que la representa" (DaMatta, Vasconcellos, Pandolfi, Fé em Deus e pé na tábua, 2010, p. 91, nuestra traducción).*

Para Maria Pía Lara:

> *"La educación, como medio de socialización, puede promover recursos para la sensibilización y comprensión de los dilemas morales. De esta manera, la educación, como discurso crítico, entra a formar parte también de un espectro ético. Se trata de estimular actitudes que permitan el desarrollo de la autonomía de los individuos y de la tolerancia que hay que aprender a ejercer. Rorty es consciente de que la tolerancia implica saber escuchar lo que otros tienen que decirnos e imponer, como regla de nuestro comportamiento, el respeto a los demás.*
>
> *La educación tendría que permitirnos dos cosas que están directamente relacionadas con la adquisición de la identidad: saber vivir con uno mismo, o, como diría Kierkegaard, ser consciente de nuestras limitadas capacidades y forjarnos, a partir de ahí, un proyecto de identidad viable; saber vivir con los demás, mantener el respeto como un reconocimiento solidario y responsable hacia los otros seres humanos". (Lara, La Democracia como proyecto de identidad ética, 1992, p. 215).*

En particular, es importante resaltar el significado que la *Educación en Derechos Humanos* tiene, frente a la tarea de preparar para el ejercicio del *éthos democrático*, cuando se considera que:

(i) La *Educación en Derechos Humanos* busca promover una *Cultura de Derechos Humanos* para su absorción en las costumbres y hábitos cotidianos, siguiéndose lo afirmado por Ana Maria Rodino[96];

---

tion; c) To ensure a focus on human rights education at the national, regional and international levels; d) To provide a common collective framework for action by all relevant actors; e) To enhance partnership and cooperation at all levels; f) To survey, evaluate and support existing human rights education programmes, to highlight successful practices and to provide an incentive to continue and/or expand them and to develop new ones; g) To promote implementation of the United Nations Declaration on Human Rights Education and Training", UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS, *World Programme for Human Rights Education, Third Phase – Plan of Action*, United Nations and UNESCO, New York and Geneva, 2017, p. 15.

[96] "La EDH busca activamente crear una *cultura de derechos humanos,* entendiendo por tal una visión de mundo donde los derechos humanos sean entendidos y respetados como pautas reguladoras de la convivencia social. Se trata de lograr que los derechos humanos se internalicen y lleguen a formar parte de los modos de vida y costumbres compartidos y valorados que constituyen la definición de *cultura;* de esa argamassa que une a los miembros de uma comunidade por encima de sus muchas y legítimas diferenciais. Hablamos aquiíde uma comunidad enorme, la más grande concebible y, al mismo tempo, la más básica: la especie humana" RODINO, A. M., "Educación y derechos humanos: complementariedades y siner-

(ii) La *Educación en Derechos Humanos* debe ejercer una visión de educación capaz de desarrollar la responsabilidad por la *integridad de los aspectos de la vida del educando,* funcionando de manera holística en la vida de la persona, como afirma Rosa Maria Mujica[97];

(iii) La *Educación en Derechos Humanos* es un ejercicio no sólo de la razón, sino sobretodo, un ejercicio de la *sensibilidad humana* para con el *sufrimiento,* el *hambre*, la *injusticia*, la *desigualdad* y las *violencia,*[98], como afirma Pérez Aguirre[99];

(iv) La *Educación en Derechos Humanos* es una educación permanente, que debe tocar y movilizar *mentes* y *corazones*, como afirma Maria Victória Benevides[100];

(v) La *Educación en Derechos Humanos* nos debe hacer capaces de comprender que no hay democracia sin que las personas coloquen el *bienestar común*, por encima de los intereses y objetivos privados, como identifica Axel Honneth en la lectura reconstructiva de la *libertad social* para las democracias contemporáneas[101];

---

gias", Conferencia Magistral 2014-2015 Cátedra UNESCO de Educación para la Paz, San Juan, Puerto Rico, Universidad de Puerto Rico, 2016, p. 23.

[97] "El aprendizaje de los derechos humanos es un aprendizaje holístico, es decir un aprendizaje que compromete al ser total: a su intelecto, su cuerpo, su afectividad, su ser vivencial, su ser individual y social" R.M. MUJICA, "*Que és educar en derechos humanos?",* Disponible en *http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24456,* Acceso 08.06.2018, p. 24.

[98] "De aquí rescatamos algo central para nuestra reflexión: el valor de la piel en el entorno de la sensibilidad. No nos estamos refiriendo ahora a la *sensibilidad* como capacidad sensible cognoscitiva (el sentido de la vista, o del olfato, o del oído…) como medios para construir el "sentido" o significado intuitivo de lo que aparece en el mundo. Nos referimos a la sensibilidad como el "sentir" dolor o gozo, hambre o satisfacción, frio… Nuestra subjetividad es afectada en su intimidad más profunda cuando algo lacera nuestra piel, cuando nuestra carnalidad es herida o atacada en su constitución real por algún traumatismo exterior" L. PÉREZ AGUIRRE, *La opción entrañable*, Antropos Editorial, Barcelona, 1989, p. 25.

[99] "No creo alejarme del centro de mi fe cristiana, y de la experiencia humana básica, si digo y afirmo que lo esencial no pasa por conocimientos teóricos, ni por elaboraciones doctrinales o por teorías científicas, sino por la *sensibilidad*" L. PÉREZ AGUIRRE, *La opción entrañable*, Antropos Editorial, Barcelona, 1989, p. 24.

[100] Cf. M. VICTORIA BENEVIDES, *Fé na luta,* Lettera, São Paulo, 2009, p. 339.

[101] "Diferentemente das outras esferas da liberdade social, a participação na vida pública democrática e, com ela, o exercício da liberdade ali radicada requerem uma decisão individual de colocar os objetivos privados depois do bem-estar comum e assim, de forma cooperativa, trabalhar com os demais tendo em vista uma melhoria das condições sociais de vida" A. HONNETH, *O direito da liberdade,* Tradução de Saulo Krieger, Martins Fontes, São Paulo, 2015, p. 560.

(v) La *Educación en Derechos Humanos* es un ejercicio *dialógico, constructivo, crítico, reflexivo* y *auto-reflexivo*, capaz de llevar al sujeto a ser más conocedor de los valores esenciales de la democracia, como por ejemplo, el de igualdad, como constata Roberto DaMatta[102];

(vi) la *Educación en Derechos Humanos* nos debe hacer ver que somos transición, somos seres inacabados[103], y no seres fijos, portadores de verdades inalterables, seres en relación contínua de transformación con el Otro, como bien apunta Paulo Freire[104];

(vii) la *Educación en Derechos Humanos* nos debe hacer capaces de entender que el *sufrimiento*, el *grito*, la *violencia*, la *privación de derechos*, la *injusticia* que afecta la esfera del Otro, son relevantes para la esfera de constitución de los derechos que también conciernen a mi esfera de intereses, como bien constata Pérez Aguirre.[105]

5. CONCLUSIONES

La constitución de un *éthos democrático* no es tarea simple, inmediata ó fácil. Los países que vivieron largos períodos bajo dominación *colonial* - como es el caso de los países latinoamericanos - tardan en ser capaces de constituir lazos sociales fundados en *valores democráticos*. El estudio dedicado a la auto compresión de la realidad brasileña contemporánea deja esto bastante claro. De ahí, la paradójica constatación según la cual, a pesar de vivirse actualmente en *democracia*, los propios ciudadanos son reticentes a la convivencia *igualitaria, republicana* y *democrática*. Las *leyes* son dramáticamente *lateralizadas,* y el *espacio público* es transformado en un espacio de violencias, desen-

[102] "Tais programas e preparação, como revelam os dados, teriam que estar centrados numa elaboração da igualdade como valor e princípio básico da democracia" R. DA MATTA, J.G.M. VASCONCELOS, R. PANDOLFI, *Fé em Deus e pé na tábua,* Rocco, Rio de Janeiro, 2010, p. 111.

[103] "La matriz de la esperanza es la misma de la educabilidad del ser humano: lo inacabado de su ser, de lo que se hizo consciente" P. FREIRE, *Pedagogía de la Indignación*: cartas pedagógicas en un mundo revuelto, Uruguay, Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 148.

[104] "La educación tiene sentido porque el mundo no es necesariamente esto o aquello, porque los seres humanos somos *proyectos* y al mismo tiempo podemos tener proyectos para el mundo" P. FREIRE, *Pedagogía de la Indignación*: cartas pedagógicas en un mundo revuelto, Uruguay, Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 47.

[105] "La opción por los derechos humanos no nace de una teoría ni de una doctrina en particular. La misma Declaración Universal es producto de una larga y compleja madeja de gritos y "ayes" de millones de personas a lo largo y ancho del Planeta y de la Historia" L. PÉREZ AGUIRRE, *La opción entrañable*, Barcelona, Antropos Editorial, 1989, p. 15.

cuentros y desigualdades. Un retrato de los *altos déficits de ciudadanía*, en la realidad brasileña contemporánea, debe ser capaz de conceptuar la democracia, por la perspectiva de la generación de su falta, a partir de los ecos del *pasado-anti-democrático*.

Por todo ello, lo que se establece en este artículo es la doble cara del proceso de lucha por *afirmar la democracia*, sea en el plano de las *instituciones democráticas* (i), sea en el plano de las *mentalidades democráticas* (ii). Se ha enfatizado la experiencia de la realidad brasileña, a partir de una llave de lectura interdisciplinar, y, también, se ha contrastado, a lo largo de todo el análisis, la relación contradictoria entre el *ethos democrático* y el *colonial,* en la formación de mentalidades. Aquél, todavía ausente, y *no consolidado*; éste, aún actuando *encriptado* en el seno de la *democracia-del-presente*. Las palabras, los mensajes en *Facebook*, las prácticas, la vida cotidiana, las manifestaciones de nostalgia de la dictadura cívico-militar, el clamor público por la 'intervención militar', las actitudes de los ciudadanos en las filas y el tráfico, el desprecio a las leyes, las estadísticas de homicidios, son apenas llaves-de-lectura sintomáticas de falta de ciudadanía, constatándose así que todo apunta hacia este diagnóstico.

Por consiguiente, es de fundamental importancia, no solamente el fortalecimiento de la *esfera pública*, a partir de enlaces de solidaridad en temas de *justicia, ciudadanía, igualdad* y *libertad*, sino también la *educación en derechos humanos* que pase a desempeñar un rol decisivo en el horizonte de futuro de las democracias latinoamericanas. A la educación en derechos humanos se debe recurrir al idear un horizonte posible de construcción de *mentalidades democráticas* y, por tanto, de fortalecimiento de un *ethos democrático* frente a la tradición del *éthos colonial*. Y todo ello en función de las propias cualidades específicas de la *Educación en Derechos Humanos,* a saber, como: (i) promotora de la *Cultura de Derechos Humanos*; (ii) formadora de la responsabilidad por la *integración de los aspectos de la vida;* (iii) sensibilizadora sobre las *necesidades sociales*; (iv) movilizadora de la esfera pública, considerándose *mentes* y *corazones*; (v) capaz de inducir reflexión y auto-reflexión; (vi) favorable a la percepción de la interdependencia entre *ego* y *alter*; (vii) capaz de fortalecer el interés común por los derechos y deberes en la *esfera pública, democrática, libre, participativa* y *plural*.

En la medida en que la *Educación en Derechos Humanos* ejerza un rol permanente, contínuo y sistemático, por tratarse de un desafío de enormes proporciones, y de resultados lentos y progresivos, no ha de imaginarse como

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1186

señal de un estado de *transición* entre el *ethos colonial* y el *democrático.* Allí donde la tarea de *transformación de mentalidades* ha producido cambios, se han de mantener los ya conquistados, y, allí donde la tarea de *transformación de mentalidades* ha encontrado resistencias, se ha de valorizar la insistencia en el diálogo; allí donde la tarea de *transformación de las mentalidades* ha encontrado la hipnosis y la inercia, ha de despertarse hacia la vida; allí donde la tarea de *transformación de mentalidades* ha encontrado ignorancia, es necesario aprender a respetar.

Eduardo C. B. Bittar
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Largo de São Francisco, 95
01005-010
Centro
São Paulo - SP - Brasil
e-mail: edubittar@uol.com.br

REFLEXIONES SOBRE LA INSTITUCIÓN DE LA CIUDADANÍA

REFLECTIONS ON INSTITUTION OF CITIZENSHIP[*]

Laura Zavatta
Antonio Scaramozza
Università degli Studi di Sannio

Fecha de recepción 21-2-18
Fecha aceptación: 3-7-19

Resumen: *Después de algunas décadas, los debates sobre la cuestión de la ciudadanía, a los que había seguido un periodo de relativa estabilidad, vuelven con fuerza a la escena política y social europea, perfilándose en el horizonte un cambio de esta institución jurídica, o al menos la necesidad de adoptar una postura al respecto. La cuestión se refiere tanto a la evaluación, en curso en varios países europeos, de la adopción del criterio del ius soli en lugar del ius sanguinis predominante a efectos de la concesión de la ciudadanía, como a la complejidad de la demanda de independencia de un pueblo o una minoría de un Estado soberano, lo que implica la transición de este último a un nuevo Estado, es decir, de una ciudadanía a otra.*

Abstract: *A few decades later, followed by a period of relative stability, debates on the issue of citizenship are returning to the European political and social scene, with the need for change on the horizon, or at least the need to take a stand on it. The question concerns both the assessment, under way in several European countries, of adopting the criterion of ius soli instead of the predominant ius sanguinis for the purpose of granting citizenship, and the complexity of the demand for independence of a people or a minority from a sovereign state, which implies the transition from the latter to a new state, i.e. from one citizenship to another.*

Palabras clave: ciudadanía, derechos, igualdad, solidaridad
Keywords: citizenship, rights, equality, solidarity

---

* Este trabajo de investigación, referido a los problemas sociales y jurídicos que surgen en relación con la institución de la ciudadanía, ha sido meditado conjuntamente por dos autores. Scaramozza ha tratado en particular la primera parte del presente artículo (del apartado 1 al apartado 4.3); Zavatta ha tratado principalmente la segunda parte del artículo (apartados 5, 5.1, 5.2, 5.3, 6).

1. LA SITUACIÓN ITALIANA

Algunas décadas más tarde, seguidas de un período de relativa estabilidad, surgen nuevos debates en la realidad política y social italiana y europea que tienen por objeto la cuestión de la ciudadanía, debates con los que se intenta responder a los problemas dictados por la crisis migratoria en un escenario político internacional en continua transformación que exige la necesidad de adoptar una posición más incisiva sobre esta institución. El nuevo espectro, o la nueva frontera, según la perspectiva asumida, responde al nombre de ius soli. La posición de la península italiana como puerta natural de entrada a Europa para los emigrantes del continente africano ha acentuado, en términos de proporción, el fenómeno de la migración, especialmente después de la "Primavera Árabe" y sus efectos previsibles. "En realidad –escribe Ansuátegui Roig– y más allás del específico tema de la ciudadanía, el discurso de los derechos incluye tensiones desde el momento en, por una parte, tiene una naturaleza normativa; por otra parte, es ciertamente un discurso exigente desde el punto de vista moral, político y jurídico; además, tiene vocación de universalidad"[1]. Sin embargo, uno se engaña si cree que, en la historia de la República Italiana, es el primer dilema al que se enfreta la materia.

Basta con remontarse a principios del siglo XX para darse cuenta de que la crisis migratoria del panorama nacional actual, caracterizada por la fuerte presión de los flujos de inmigrantes procedentes de varios países, se produjo en un sentido antitético: miles de ciudadanos italianos emigraron a nuevas costas, en particular a Estados Unidos y Sudamérica, con la esperanza de poder llevar una vida mejor, en busca de oportunidades que en ese momento no existían o eran insuficientes en su país. Los números que caracterizaron el fenómeno de la emigración masiva pronto resultaron imponentes y el Parlamento italiano tuvo que recurrir a la institución de la doble ciudadanía, hasta entonces ferozmente opuesta, para que "i milioni di italiani residenti all'estero non perdessero qualsiasi legame con la madrepatria"[2]. La Ley no. 555[3] del 13 de junio de 1912 fue pronto una realidad.

---

[1] F. J. ANSUÁTEGUI, "Las condiciones de una ciudadanía basada en derechos", *Tigor: rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, A. IX, núm. 1, 2017, pp. 3-10, p. 6. Ver también, F.J. ANSUÁTEGUI, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013.

[2] L. BUSSOTTI, *La cittadinanza degli italiani – Analisi storica e critica sociologica di una questione irrisolta*, Franco Angeli, Milano 2002, p. 66.

[3] En particular, véase el artículo 7: "Salvo las disposiciones especiales previstas en los tratados internacionales, los ciudadanos italianos nacidos y residentes en el extranjero, a quie-

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1187

Será suficiente además con remontarse a épocas más recientes, a la aprobación de la ley del 21 de abril de 1983, n. 123, con la que el parlamento italiano, después de 70 largos años, volvía a legislar sobre la institución de la ciudadanía, reformándola en aplicación de la reforma histórica del derecho de familia y al servicio de la mujere, que de forma gradual se fue liberando, al menos formalmente, de una pesada cadena de sumisión al hombre[4], al padre y al marido. Era el marco de una sociedad que estaba cambiando lentamente y abriéndose a la multidiversidad. En particular, la moción que condujo a la aprobación de la Ley 123/1983 nació bajo la presión de "las reivindicaciones de los inmigrantes casados con ciudadanos italianos", así como las reivindicaciones de igualdad de trato de estos últimos frente a las mujeres extranjeras, las cuales habían contraido matrimonio con ciudadanos italianos.

Por lo tanto, si por un lado la ley de 1983 es la primera en reconocer los problemas jurídicos de una sociedad cada vez más multicultural, sometiendo a regulación los derechos de ciudadanía de los inmigrantes (en este caso las mujeres), por otro lado sigue ignorando la institución de la doble ciudadanía[5], la única solución razonable capaz de garantizar "i diritti dei sempre più numerosi figli di coppie miste"[6].

---

nes se considera ciudadanos por nacimiento, conservan la ciudadanía italiana, pero que han alcanzado la mayoría de edad o se han emancipado, pueden renunciar a ella".

[4] De los cuales, aún hoy, quedan algunos símbolos. Es muy reciente que se haya presentado un D.d.l. al Parlamento, cuyo examen aún está en curso, que si se convierte en ley permitiría a los padres dar al recién nacido el apellido de la madre. Sin embargo, la propuesta no prevé la posibilidad de atribuir sólo el apellido de la madre, a pesar de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la consiguiente condena del Estado italiano por violación de los artículos 8 y 14 del CEDH, en el caso Cusan y Fazzo c. Italia, en el que se denegó varias veces a las demandantes la solicitud de inscribir a su hijo únicamente con el apellido de la madre. Véase A. COSTAGLIOLA, L. NACCIARONE, *Compendio di diritto civile (Istituzioni di diritto privato)*, Maggioli Editore, Rimini 2016, pp. 80-81.

[5] Que, como ya se ha dicho, el Parlamento italiano había reconocido unos 70 años antes, con un repentino cambio de opinión, sólo los ciudadanos italianos (y sus descendientes) se vieron obligados a emigrar, pero que aún no reconocía, ni siquiera con la Ley 123/1983, a los numerosos hijos de "parejas mixtas" (o a aquellos en los que uno de los cónyuges era ciudadano italiano), obligados a optar, cuando alcanzaban la mayoría de edad, por una sola ciudadanía (véase el art. 5 L. 123/1983): un trato discriminatorio claro y sin ninguna justificación constitucionalmente relevante.

[6] Allí, pp. 281-282.

2. CIUDADANÍA Y NACIONALIDAD: DOS INSTITUCIONES DIFERENTES

El ejercicio del poder necesario para gobernar una comunidad -desde siempre fruto de la libre elección de un pueblo o de la injusta, parcial o total prevaricación sobre ella- ha sido objeto no sólo de análisis y reivindicaciones, sino también de la previa determinación de sus modalidades concretas de realización, en todas las formas de gobierno que se han sucedido a lo largo de la historia humana. La predeterminación también ha caracterizado, desde sus inicios[7], a la democracia, de la que se derivan las ramificaciones con las que el pueblo ejerce el poder para gobernarse a sí mismo. No puede haber democracia sin ciudadano, como no puede haber ciudadano sin democracia: el vínculo es indisoluble, fisiológico y constitutivo en los dos nociones de su esencia más íntima[8], y desde sus orígenes[9]. El vínculo entre ciudadanía y nacionalidad[10], a nivel ideológico, antes que constitutivo, es también indisoluble, dos condiciones cuyo paralelismo, que en la mayoría de los casos se superpone a la condición del mismo individuo, no tienen por qué desarrollarse automáticamente.

Si aceptamos la famosa definición de ciudadanía[11] de Thomas H. Marshall, a saber, "un *status* conferido a todos los que son miembros de ple-

---

[7] Sobre el tema, véase B. VIRGILIO, *Atene. Le radici della democrazia*, CLUEB Editrice, Bologna, 1994.

[8] Para un argumento diferente, véase E. BALIBAR, *Cittadinanza*, Bollati Boringhieri, Torino, 2012 (Primera edición digital), pp. 11 y siguientes.

[9] Sobre el concepto de "Politeia", véase E. BALIBAR, *Cittadinanza*, cit., pp. 16 y ss. Para un análisis de los cambios que influyeron en el estatus de la ciudadanía en la transición de sujeto a ciudadano, con particular atención a la Revolución Americana de 1776 y la Revolución Francesa de 1789, ver P. COSTA, "La cittadinanza: un tentativo di ricostruzione 'archeologica'", en D. ZOLO (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identitità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 74-79.

[10] Véase E. BALIBAR, *Cittadinanza*, cit. p. 35; véase L. BUSSOTTI, *La cittadinanza degli italiani - Analisi storica e critica sociologica di una questione irrisolta*, cit., pp. 236-237.

[11] Sobre la definición de ciudadanía como una relación de inclusión-exclusión, refiriéndose respectivamente a la dicotomía ciudadano-extranjero, en relación con el ejercicio de la soberanía en las formas establecidas por la ley, véase J. DE LUCAS, "En los márgenes de la legitimidad. Exclusión y ciudadania", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 15-16, 1994. p. 355: "Como se ha recordado con no poca frequencia, lo primero que nos sugiere la tesis de la exclusión en relación con el Estado es que se puede predicar de la historia de los Estados el lema "… en el principio fue la exclusión". La aparición de esas fomas de organización política se basa en la contraposición entre nacionales y extranjeros, y en la exclusión de estos. Como recuerda Samir-Naïr, si la soberanía es el mecanismo de inclusión/exclusión que entendemos justificado, el Estado tendría como trabajo principal gestionar esa inclusión/exclusión legítima y la política sería el proceso de formación de la soberanía. Por tanto, los ex-

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1187

no derecho de una comunidad"[12] y que "todos los que poseen este *status* son iguales en relación con los derechos y deberes conferidos por ese *status*"[13] y si al mismo tiempo definimos la nacionalidad como "pertenecer a una nación específica, como un organismo unitario en todos[14] sus aspectos étnicos, culturales y sociales"[15], no podemos dejar de sacar la conclusión de que las dos

---

cluidos de la política, los que están privados de la partecipación en la formación de la soberanía, quiete están fuera del Estado, son los radicalmente excluidos, los sujetos de lo que en otro lugar he llamado la exclusión "natural". El Estado, en feliz expresión del politólogo francés, tiene "la llave de la diferencia" […]"; sobre los posibles significados de la definición de ciudadanía, véase A. E. PÉREZ LUÑO, "Ciudadanía y Definiciones", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2002. pp.177-187.

[12] T. H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, editado por S. MEZZADRA, Editori Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 31. Para una visión general del debate sociológico, histórico y jurídico sobre la noción de ciudadanía que ha tomado como referencia la famosa obra del sociólogo británico, véase D. ZOLO, "La strategia della cittadinanza", en Id. (ed.), *Cittadinanza. Appartenenza, Identità, Diritti*, *cit.*, pp. 3-46.

[13] "Ma i diritti civili, senza il sostegno di diritti politici e specialmente di diritti sociali sono –così recita l'argomento che ci è già noto– o futili oppure perversi. Sono futili, perché offrono solo una protezione formale, ampiamente inefficace. E sono perversi perché accrescono, invece di ridurre, le differenze sociali. Il fatto che gli individui siano uguali formalmente in una situazione retta da forti e permanenti ineguaglianze materiali rende tali diseguaglianze ancora più radicali, giacché tratta in maniera uguale (in termini di protezione giuridica) soggetti che sono e rimangono considerevolmente diseguali in termini di risorse materiali. Così protegge alla stessa maniera il debole ed il forte, il ricco ed il povero, rendendo di conseguenza –poiché la differenza sostanziale non è intaccata– il ricco più ricco ed il povero più povero." M. LA TORRE, "Cittadinanza e diritti sociali", en Id., *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Giappichelli, Torino, 2004, en F. ROSSI DAL POZZO, M. C. REALE (ed.), *La cittadinanza europea*, Giuffrè Editore, Milano, 2014, p. 187. Sobre la distinción y las definiciones contextuales de los derechos civiles, políticos y económico-sociales, véase V. FERRARI, *Diritto e società - Elementi di sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015 (edición digital), pp.101-102.

[14] *http://dizionari.corriere.it/dizionario_italiano/N/nationalita.shtml*. Otro elemento agregador en las definiciones de Nación y Nacionalidad, que nace con el Estado moderno, es el territorio: "El Estado-nación moderno ha resuelto la cuestión del sentido de pertenencia, identificando al Estado con la asociación de los ciudadanos, definiendo esta fusión como una "nación" y asignando a los ciudadanos una "Madre Tierra". El ciudadano ya no tiene la posibilidad de elegir entre los numerosos "padres" y "madres" disponibles, sino una única identidad colectiva, traducida en un sentido exclusivo de pertenencia, a través de la ciudadanía nacional", K. EDER, *La dimensione narrativa della cittadinanza: un buon plot per immaginare la identità colettiva degli europei*, traducido por T. MADONIA, *Società Mutamento Politica*, Firenze University Press, vol. 1, n. 1, p. 50.

[15] Sobre el concepto de construir una identidad nacional: "There is nothing 'natural' about such nation-states. Very few countries around the world are mono-national (Iceland, Portugal and the Koreas are the most frequently cited examples). In most countries, this kind

instituciones no concuerdan[16]. La nacionalidad es la base de la ciudadanía, pero esta concatenación a su vez está estrechamente relacionada con la función predominante que el Estado sigue ejerciendo sobre los individuos de su sociedad, aunque con la temida y debatida crisis de su soberanía, como fuente primaria de categorías político-jurídicas. La categoría de ciudadanía, como sostiene Cossutta, parece suponer una inclusión igualitaria, pero al mismo tiempo, asume valores discriminatorios hacia los no ciudadanos, seres humanos que, al no poder acceder a tal *status* a priori, no gozan de los derechos que (sólo) de él se derivan. La ciudadanía se convierte en un instrumento de división y exclusión. Esta connotación parece estar cada vez más arraigada en su uso, si, tal y como ha estado reconocida, la ciudadanía, aún hoy, adquiere los matices de un *status* privilegiado al que se conceden derechos no reconocidos a los no ciudadanos. En este marco, la ciudadanía aparece como "l'ultimo privilegio di *status,* l'ultimo fattore di esclusione e discriminazione, l'ultimo relitto premoderno delle disuguaglianze personali in contrasto con la conclamata universalità e uguaglianza dei diritti fondamentali"[17].

Según Ansuátegui Roig, por tanto, parece más necesario que nunca superar la estricta vinculación entre nacionalidad y ciudadanía para otorgar el espacio adecuado a las necesidades de la idea de la universalidad de los derechos fundamentales de todo ser humano[18]. «Ello, que puede parecer obvio, no es si no expresión del lugar central de la noción de ciudadanía en una

---

of national homogeneity had to be actively constructed by the state through a range of 'nation-building' policies that encouraged the preferred national identity, while suppressing any alternative identities. Public policies were used to promote and consolidate a common national language, national history and mythology, national heroes, national symbols, a national literature, a national education system, a national media, a national military, in some cases a national religion, and so on. Any groups which resisted these sorts of nationalizing policies were subject not only to political disempowerment, but also typically, to economic discrimination, and to various forms of 'demographic engineering' […] These and other policies were aimed at constructing the ideal of a nation-state.", W. KYMLICKA, "Multicultural states and intercultural citizens", en *Theory and Research in Education*, London, 2003, p. 149.

[16] Para un excursus histórico de las teorías sobre el vínculo entre ciudadanía y nacionalidad, véase L. BACCELLI, "Cittadinanza e appartenenza", en D. ZOLO (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, *cit.*, pp. 150-155.

[17] Véase M. COSSUTTA, "La cittadinanza tra *nothoi* e *idiotai*", *Tigor: rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, A. IX, núm. 1, 2017, pp. 22-33, p. 26; L. FERRAJOLI, "Dai diritti del cittadino ai diritti della persona", en D. ZOLO (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, cit., pp. 288-291 (con contribuciones de L. Baccelli, R. Bellamy, A. Brillante, P. Costa, S. Rodotà, E. Santoro, F. P. Vertova y el propio comisario).

[18] Véase F. J. ANSUÁTEGUI, *Las condiciones de una ciudadanía basada en derechos*, cit., p. 6.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1187

sociedad bien ordenada, que tienda a ser la sociedad civil de los ciudadanos del mundo»[19]. Si la pertenencia a la nación es un corolario pacífico de la posesión de la ciudadanía en casi todos los casos, y la ley actual que rige la institución en el ordenamiento jurídico italiano, a saber, la Ley 5 de febrero de 1992, n. 91, establece en su artículo 1 que "ciudadano por nacimiento, el hijo del padre o de la madre ciudadanos", también es cierto que puede perderse la condición de ciudadano, a diferencia de la nacionalidad, que, tal como se ha definido anteriormente, no está sujeta a cambios, por razones más que obvias[20]. La misma disposición establece en el artículo 12, apartado 1: "El nacional italiano perderá la ciudadanía si, habiendo aceptado un cargo público de un Estado u organismo público extranjero o de un organismo internacional en el que Italia no participe, o durante el servicio militar en un Estado extranjero, no cumple, en el plazo previsto, la notificación que el Gobierno italiano puede dirigirle para que abandone su puesto, oficina o servicio militar"; en el segundo párrafo se establece lo siguiente: "El ciudadano italiano que, durante un estado de guerra con un Estado extranjero, ha aceptado o no ha abandonado un cargo público, o ha servido en un cargo militar de ese Estado sin estar obligado a hacerlo, o ha adquirido voluntariamente la ciudadanía de ese Estado, pierde su ciudadanía italiana en el momento de la cesación del estado de guerra".

Si bien es cierto que la Constitución es la "Tabla de la Ley" del ciudadano, también es cierto que, en su primera parte, la figura del ciudadano se identifica con la del hombre[21] como destinatario de los derechos y deberes que se derivan del reconocimiento y la protección de los principios universa-

---

[19] Ahí, p. 9.

[20] Sobre la pérdida de la ciudadanía, véase P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione Italiana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996, pp. 121-122.

[21] "Se guardiamo, ad esempio, alla costituzione italiana, è chiaro l'intento dell'Assemblea costituente. All'art. 2 c'è un atto formale di riconoscimento dei diritti dell'uomo in tutta la loro espressione prospettica e dall'art. 3 in poi scompare l'uomo e appare come attore sociale e politico il cittadino. Ciò significa che la costituzione si adopera per rendere effettivi i diritti dell'uomo all'interno della nostra comunità politica. La cittadinanza è il modo in cui viene tutelata e rispettata la dignità umana nella nostra vita sociale e politica. Questo è senza dubbio il senso originario del testo costituzionale, senso che è divenuto ancora più pregnante man mano che il contenuto cui rimanda l'art. 2, cioè i diritti dell'uomo, si è approfondito ulteriormente. Ogni atto di riconoscimento, da parte del nostro governo, dei trattati e delle convenzioni internazionali in tema di diritti umani ha il significato di un travaso dei diritti dell'uomo nel nostro concetto di cittadinanza", F. VIOLA, *Identità e comunità: il senso morale della politica*, Vita e pensiero, Milano, 1999, p. 109.

les propios de cada democracia: esto deja espacio a una salida paulatina de las dos figuras, conservando una diferencia sustancial entre ellas. Si todos los hombres "son iguales ante la ley sin distinción de sexo, raza, idioma, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales"[22] si la libertad de todo hombre es inviolable[23], si todos los hombres pueden expresar libremente sus pensamientos[24] y tienen derecho a expresar libremente su fe religiosa[25], sólo el ciudadano tiene derecho a ejercer la soberanía en las formas y dentro de los límites de la Constitución italiana[26]. Y el derecho al voto se identifica como el principal de los derechos[27] constitucionalmente reconoci-

---

[22] Así dice el primer párrafo del artículo 3 de la Constitución italiana.

[23] "La libertad personal es inviolable", artículo 13 de la Constitución italiana.

[24] La libertad de pensamiento está reconocida y protegida por el artículo 21 de la Constitución italiana.

[25] El artículo 19 de la Constitución italiana establece: "Toda persona tiene derecho a profesar libremente su fe religiosa, individual o asociada, a propagarla y a practicarla en privado o en público, siempre que tales ritos no sean contrarios a la moral".

[26] Por lo tanto, la condición de ciudadanía, que da derecho al titular a ejercer un conjunto de derechos que no son universales ni atribuibles al ser humano como tal, es tal que se convierte en un derecho subjetivo y no en un derecho fundamental. Véase R. DE ASÍS ROIG, "Reflexiones en torno a la ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 5, 2007.

[27] Un derecho cuyo ejercicio es, al mismo tiempo, un deber cívico, según lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 48 de la Constitución italiana. Los demás derechos que distinguen la figura del "hombre ciudadano" de la del "hombre no ciudadano" están previstos en el Título IV (Relaciones políticas) de la Parte I de la Constitución (Derechos y deberes de los ciudadanos), y todos contribuyen al ejercicio de la soberanía "en las formas y dentro de los límites de la Constitución". En particular, además del mencionado derecho de voto previsto en el artículo 48, deben tenerse en cuenta los tres artículos siguientes:

1. Art. 49: "Todos los ciudadanos tienen derecho a asociarse libremente a los partidos para competir democráticamente en la determinación de la política nacional";
2. Art. 50: "Todos los ciudadanos pueden solicitar a las Cámaras la adopción de medidas legislativas o la explicación de necesidades comunes";
3. Art. 51, párr. 1: "Todos los ciudadanos de uno u otro sexo podrán acceder en igualdad de condiciones a los cargos públicos y a los cargos electivos, de conformidad con los requisitos establecidos por la ley. A tal fin, la República promoverá la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres mediante medidas adecuadas".

El significado que debe atribuirse a la categoría identificada en el párrafo 2 del artículo, que dice: "La ley puede, para la admisión a cargos públicos y cargos electivos, igualar a los ciudadanos italianos que no pertenecen a la República", parece ser de dudosa interpretación. De hecho, la disposición prevé una reserva de ley, pero una ley de aplicación, que proporciona una definición de "pertenencia a la República", nunca ha visto la luz y, a falta de ella, la norma anterior es inaplicable. Véase P. PERLINGIERI, *Commento alla Constituzione italiana*, cit., p. 350.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1187

dos y protegidos: con él, el "hombre ciudadano" se distingue del "hombre no ciudadano"[28].

Si la ciudadanía es un estatus, y si esta condición indica el *status* legal de una persona dentro de una estructura social, es inevitable que esté indisolublemente ligada a ella, en la expresión concreta de los derechos y deberes a los que está vinculada, incluso la capacidad de actuar ante los tribunales. El ejemplo de la escuela implica la figura del menor, que sólo podrá ejercer el derecho/deber de voto[29] cuando alcance la mayoría de edad; en este caso, la ciudadanía es un requisito previo para una capacidad latente, que se supone que el menor ejercerá en el futuro, sobre la base de una *presunción* en la que se basa la letra a) del apartado 1 del artículo 1 de la Ley 91/1992[30].

3. *IUS SANGUINIS, IUS SOLI*

Parece francamente anacrónico, en relación con el contexto jurídico e ideal expresado por los principios constitucionales y los valores que los sustentan, conceder la ciudadanía y, por lo tanto, los derechos y deberes que de ella se derivan, exclusivamente sobre la base de un requisito puramente formal, como el expresado por el criterio del *ius sanguinis*[31], o por el nacimien-

[28] En esta perspectiva de análisis, los derechos de circulación y residencia (este último requisito previo al primero) en el territorio de la República se encuentran en una posición híbrida. Si, sobre la base de una lectura de la disposición, el ejercicio de estos derechos no está normalmente permitido a una persona que no sea nacional italiano, salvo mediante la expedición de un permiso de residencia y (normalmente) por un período de tiempo limitado, es cierto, sin embargo, que el tenor de la disposición en cuestión no puede sino leerse e interpretarse a la luz del artículo 2, apartado 1, letra b), del Reglamento (CEE) no 1408/71. 21 TFUE, apartado 1 ("Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones establecidas en los Tratados y en las medidas adoptadas para hacerlos efectivos"), artículo 3 del TUE y artículo 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El derecho a circular y residir en el territorio de la República, basado en el concepto de ciudadanía, es decir, el derecho europeo, priva, sin embargo, del sentido de identificación y pertenencia que generalmente caracteriza la relación del individuo con la ciudadanía del Estado miembro individual, que está automáticamente (erróneamente o no) vinculada al concepto de nacionalidad. A este respecto, véase B. NASCIMBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione Europea*, CEDAM, Padova, 2012.

[29] Como hemos visto, es el principal rasgo distintivo entre el ciudadano y el no ciudadano.

[30] "Es ciudadano de nacimiento: a) hijo de un padre o de una madre que es ciudadano".

[31] El *ius sanguinis* ha llegado al estado republicano democrático pasando de la tradición confesionalista del Reino de Cerdeña al estado liberal y luego al fascista. Las razones de

to del padre o de la madre ciudadana. Si los ciudadanos tienen el "deber sagrado" de defender su patria[32], pero sobre todo si "todos los ciudadanos tienen el deber de ser fieles a la República y de observar su Constitución y sus leyes", la ciudadanía no se resume en la mera posesión de un estatuto del que se deriva la titularidad de ciertos derechos y deberes[33], sino que implica ser parte activa de una comunidad gobernada por un núcleo de principios fundamentales, base esencial del sistema jurídico y, por lo tanto, de toda norma en particular, teleológicamente orientada y conforme a los valores que inspiran estos principios.

En conclusión, la atribución de la condición de ciudadano al descendiente del padre o la madre de un ciudadano se basa en la presunción de la plena participación, el respeto y la protección de los principios fundamentales de la Constitución, que se derivan de un conjunto de factores no sólo identificables en la educación y la formación (sobre los que el sistema escolar tendrá un impacto igualmente fundamental)[34], que normalmente son cubiertos por los padres que son ciudadanos, sino también en el desarrollo de su persona-

esta primacía radican en la función del derecho a la ciudadanía como forma de gobernanza política con respecto a los cambios institucionales, sociales y económicos que han afectado al país en los últimos dos siglos. De hecho, al igual que en la transición democrática alemana, en Italia se ha afirmado un concepto de democracia homogénea que "se sirve de imágenes históricas y de la autorrepresentación colectiva para comprender la idea de que es la pertenencia al Estado, determinada por el nacimiento, la que sirve de base para la participación en la gramática de los derechos democráticos", V. F. GIRONDA, *Ius sanguinis o ius soli*. Riflessioni sulla storia politica della cittadinanza in Italia, *http//ilrasoiodioccam.micromega.blogautore.espresso.repubblica.it/2014/01/10.*

[32] Artículo 52 de la Constitución italiana.

[33] Es habitual vincular la solicitud de ciudadanía a los derechos que le son inherentes, pero esta condición también da lugar a obligaciones. Para una definición tripartita de ciudadanía, incluida la definición de "ciudadanía republicana", que antepone los deberes a los derechos, véase R. BELLAMY, *Tre modelli di cittadinanza*, en D. ZOLO (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, cit., pp. 223-260.

[34] El sistema escolar, más que la institución familiar, es un indicador de las tendencias y de los cambios que se están produciendo en la sociedad: "Los datos estadísticos atestiguan el gran crecimiento que ha experimentado en los últimos años el número de alumnos con ciudadanía extranjera en el sistema escolar italiano: ha pasado de 59.389 alumnos en el año escolar 1996/97, lo que equivale al 0,7% de la población escolar total y a 711.046 en el año escolar 2010/11, lo que equivale al 7,9% del número total de alumnos de jardín de infancia, escuela primaria, escuela secundaria de primer nivel y escuela secundaria de segundo nivel", C. F. FERRAJOLI, *Il diritto all'istruzione dei migranti, il ruolo delle Regioni*, p. 212, en L. RONCHETTI (ed.), *I diritti di cittadinanza dei migranti - Il ruolo delle Regioni*, Giuffrè Editore, Milano, 2012.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1187

lidad en las formaciones sociales y políticas de la República[35]. Una sociedad que se renueva a través de la formación y educación de sus afiliados, en la transmisión de determinados valores fundamentales: tal debe ser, por tanto, la *ratio* que subyace de la disposición del artículo 1 de la Ley 91/1992. Deben destacarse consideraciones similares en relación con el criterio del *ius soli*, es decir, la atribución de la ciudadanía como consecuencia de haber nacido en el territorio del Estado. También en este caso, se puede considerar anacrónico atribuir el *status* de ciudadanía sobre la base del simple hecho fáctico, sin que exista ninguna razón para que sea identificable. De hecho, esta preocupación puede surgir de la aplicación incondicional de un *ius soli*, adoptado en su mayoría por casi todos los Estados del continente americano, incluidos los Estados Unidos y Canadá[36].

Son muchas las situaciones que pueden vincularse al hecho jurídico del efecto beneficioso de la atribución de la condición de ciudadano, es decir, el nacimiento en el territorio de un Estado, pero ninguna de ellas implica necesariamente compartir y respetar los principios fundamentales de ese Estado en particular[37], ni el deseo de formar parte, de manera estable y continua, de su sociedad (de manera fructífera, con el ejercicio de los derechos a los que tiene derecho el ciudadano, de manera costosa, con el cumplimiento de los deberes que le son propios).

Por esta razón, el recurso a un *ius soli* atenuado, actualmente adoptado por algunos países europeos[38], y por algunos otros países del mundo, entre los que se encuentran Australia, Chile y Sudáfrica, parece más apropiado.

En realidad, también en el ordenamiento jurídico italiano, es posible encontrar la existencia de un *ius soli* como criterio residual con respecto al *ius sanguinis* dominante, aplicable a los nacidos en el territorio del Estado italiano de padres desconocidos si no se demuestra la posesión de otra naciona-

[35] Y que, por lo tanto, se asume que, a su vez, están formados y educados para respetar y compartir los principios fundamentales de la Constitución italiana.

[36] Sobre las normas que rigen la adquisición de la ciudadanía en los dos países, véase, respectivamente, E. MITZMAN, L. CARBONARA, "Stati Uniti", en M. SAVINO, *Oltre lo ius soli. La cittadinanza italiana in prospettiva comparata*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 64 y ss., y M. DE LUCIA, *Canada*, en M. SAVINO, *Oltre lo ius soli. La cittadinanza italiana in prospettiva comparata*, cit., pp. 107 y ss.

[37] La historia clínica es difícil de completar, pero no es difícil imaginar situaciones dictadas por pura casualidad (piense en el nacimiento del niño en el territorio de otro estado en el que la madre estaba trabajando o de vacaciones), o por la conducta oportunista de los padres del niño no nacido.

[38] Francia, Alemania, Reino Unido e Irlanda.

lidad, de padres apátridas, o de padres extranjeros si el niño no cumple, de acuerdo a la ley del estado al que pertenecen sus padres, la nacionalidad de estos[39].

3.1. El DdL 2092/2015

En Italia, el proyecto de ley nº 2092 de la XVII Legislatura, aprobado el 13 de octubre de 2015 por la Cámara de Diputados, tiene por objeto modificar las normas vigentes en materia de ciudadanía. La reforma prevé la introducción de otra hipótesis de adquisición de la ciudadanía italiana al nacer, es decir, para las personas "nacidas en el territorio de la República Italiana de padres extranjeros, de los cuales al menos uno tiene derecho de residencia permanente en virtud del artículo 14[40] del Decreto Legislativo nº 30, de 6 de febrero de 2007, o está en posesión de un permiso de residencia en la UE para residentes de larga duración en virtud del artículo 9[41] del Decreto Legislativo nº 286, de 25 de julio de 1998"[42]. En estos dos casos "la ciudadanía se adquiere tras una declaración de voluntad expresada en dicho sentido, una vez cumplida la mayoría de edad de la persona interesada, por uno de los progenitores o por quienes ejercen la responsabilidad parental ante el registro civil del municipio de residencia del niño"[43], o bien, si esta declaración de voluntad no es comunicada, por el propio interesado, mediante solicitud al registro civil antes de cumplir los 20 años de edad[44].

La novedad más importante es la nueva hipótesis de obtención de la ciudadanía por adquisición, denominada en la jerga *ius culturae*, para la cual "adquiere la ciudadanía italiana un niño extranjero nacido en Italia o que ha entra-

---

[39] Artículo 1, apartado 1, letra b), y apartado 2, Ley nº 91 de 5 de febrero de 1992.

[40] En particular, el párrafo 1 de este artículo establece que "Todo ciudadano de la Unión que haya residido legal e ininterrumpidamente durante cinco años en el territorio nacional tiene derecho de residencia permanente no sujeto a las condiciones establecidas en los artículos 7, 11, 12 y 13".

[41] En particular, el párrafo 1 de este artículo establece que "El extranjero que resida legalmente en el territorio del Estado durante al menos cinco años, que sea titular de un permiso de residencia por un motivo que permita un número indefinido de renovaciones y que demuestre que dispone de ingresos suficientes para su sustento y el de su familia, podrá solicitar a la Questore la expedición de un permiso de residencia para sí mismo, para su cónyuge y para los hijos menores que convivan". La tarjeta de residencia es por tiempo indefinido".

[42] Art. 1 c°1 lett. a, Ddl n. 2092 XVII Legislación.

[43] Art. 1 c°1 lett. b, Ddl n. 2092 XVII Legislación.

[44] Ver art. 1 c°2ter, Ddl n. 2092 XVII Legislación.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1187

do en el momento en que cumple los doce años de edad y que […] ha asistido regularmente, en el territorio nacional, durante al menos cinco años, a uno o más ciclos en instituciones pertenecientes al sistema educativo nacional o a itinerarios de educación y formación profesional […] aptos para la obtención de un título profesional, adquiere la ciudadanía italiana"[45]. Por último, la introducción de otra posibilidad de conceder la ciudadanía italiana por decreto del Presidente de la República[46] a los extranjeros que hayan entrado en el territorio nacional antes de alcanzar la mayoría de edad, que hayan residido en él durante al menos seis años y que hayan asistido regularmente a un ciclo educativo, con la obtención de la cualificación final, es decir, una vía de educación y formación profesional con la obtención de una cualificación profesional[47].

4. MOVIMIENTOS DE CIUDADANÍA E INDEPENDENCIA. LA CUESTIÓN CATALANA

Sería engañoso pensar en la cuestión de la ciudadanía como un campo de batalla de derecho impregnado de un flujo de dirección inequívoca: es decir, el único deseo de inclusión en el estatus de "*civis*" por parte de los que lo solicitan, y que el problema de la exclusión no incluye graves cuestiones jurídicas y siempre depende de decisiones contrarias a la voluntad de los que tienden a la inclusión.

Los movimientos de independencia de varios países europeos, con sus propias aspiraciones de autodeterminación, son un buen ejemplo de ello. La complejidad de la cuestión de la solicitud de independencia implica una transición de un Estado a otro y, por lo tanto, de una ciudadanía a otra; esta transición implica necesariamente acuerdos y concesiones internacionales específicos. De hecho, sería un problema desconocido también para la UE crear un nuevo Estado compuesto por ciudadanos con doble nacionalidad (por ejemplo, españoles y catalanes) "que no dejarían de pertenecer al primero hasta que el nuevo país sea reconocido y aceptado como miembro de la UE"[48].

---

[45] También en este caso la adquisición de la ciudadanía no es automática, pero debe solicitarse con las mismas modalidades previstas para la hipótesis de adquisición de la ciudadanía por nacimiento introducida por la misma DSL y examinada primero.

[46] Véase el artículo 9 de la Ley 91 de 5 de febrero de 1992.

[47] Ver art. 1 c°1 letra e, Ddl n. 2092 XVII Legislación.

[48] A. GENIOLA, *http://contropiano.org/documenti/2015/10/01/catalogna-il-plebiscito-imperfetto-033157*

En la segunda mitad de 2017, la cuestión catalana se puso en conocimiento de todo el mundo. Es bueno recordar brevemente las principales medidas adoptadas al respecto. El 9 de junio de 2017, el presidente de la Generalitat de Catalunya[49], Carles Puigdemont, anunció públicamente que el próximo 1 de octubre se celebraría el referéndum sobre la independencia de Cataluña, anunciando lo que sería el carácter vinculante de la misma. El 6 de septiembre de 2017, el Parlamento de Cataluña fue convocado extraordinariamente para aprobar la ley que establecería el referéndum, la cual fue ratificada casi por unanimidad[50].

La reacción del gobierno español fue inmediata: al unísono impugnó la ley, interponiendo un recurso urgente ante el Tribunal Constitucional español, que suspendió su aplicabilidad y las leyes de ejecución. El gobierno central, fortalecido por la decisión de la Fiscalía General de la Nación, órgano supremo de justicia, estableció las disposiciones necesarias para impedir la celebración del referéndum. El 17 de octubre, la Corte Constitucional declaró la suspensión definitiva, por inconstitucionalidad, de la ley que establecía el referéndum, que, no obstante, mientras tanto ya había sido aplicada .

4.1. La *questión* jurídica

Se establece que el referéndum es inconstitucional en el presente caso. No se trata de un *de profundis* sobre la voluntad, de una parte de una comunidad, de convertirse en un estado independiente. Se trata más bien de un juicio sobre la conformidad de las modalidades concretas de establecimiento, ejecución y realización de la solicitud de autonomía con las normas fundamentales del Estado de Derecho o, en el caso que nos ocupa, con la Constitución española. El artículo 2[51] de la norma fundamental del ordenamiento jurídico español dicta: "La Constitución se basa en la unidad indisoluble de la nación española, patria común e indivisible de todos los españo-

[49] Expresión utilizada para indicar el sistema administrativo e institucional de la Generalitat de Catalunya.

[50] Sin embargo, cabe destacar la abstención de los partidos constitucionalistas, que han expresado elocuentemente su voluntad de no apoyar en modo alguno la decisión, controvertida e histórica al mismo tiempo.

[51] "La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas".

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1187

les, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la componen y la solidaridad entre todas ellas". El referéndum, impuesto unilateralmente, y la declaración de independencia, igualmente considerada unilateralmente, carecen de fundamento y legitimidad constitucional, es decir, no se desarrollan de acuerdo con las normas fundamentales que expresan los principios en los que se basa la sociedad.

En efecto, la historia nos enseña que hay dos maneras de lograr la independencia (adquiriendo así una nueva ciudadanía frente a la renuncia colectiva a la anterior): en el pleno respeto de la ley, o con la ayuda de la fuerza. Pero si esta última modalidad puede encontrar su justificación natural si se ejerce en presencia de un estado totalitario intermediario, negando los derechos básicos y las más altas libertades que todo estado de derecho debe garantizar, en el presente caso, no puede encontrar ninguna justificación, ni el uso de la fuerza, ni la elusión de las normas fundamentales comúnmente establecidas, compartidas, votadas[52].

El único procedimiento a seguir sería una revisión profunda y radical de la Constitución[53] en su esencia más íntima, modificando el alcance del art. 2; pero esto podría ocurrir única y exclusivamente en el pleno respeto de la legalidad constitucional y, por tanto, de acuerdo con el art. 168[54] de la Constitución española, donde, en particular a partir del tercer párrafo, se pone de manifiesto la necesidad de un reparto absoluto de las modificaciones excepcionales. La decisión de Cataluña de independizarse nunca puede ser unilateral, nunca puede excluir la voluntad de las demás comunidades, y nunca puede eludir el consentimiento de todos los ciudadanos españoles.

---

[52] La Constitución democrática fue aprobada por el referéndum de ratificación del 6 de diciembre de 1978, en el que Cataluña votó a favor por una amplia mayoría (90,46%), incluso por encima del consenso medio de todo el país (87,78%).

[53] Para un análisis lingüístico y semántico detallado y peculiar del texto constitucional español, véase V. ZAPATERO GÓMEZ, "El lenguaje de la Constitución", en M.Á. RAMIRO AVILÉS, G. PECES-BARBA (eds.), *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*, 2004, pp. 143-154.

[54] "1. Si se propone la revisión total de la Constitución o la revisión parcial referida al Título Preliminar, al segundo Capítulo, a la Sección Primera, al Título I o al Título Segundo, la aprobación debe ser dada en principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara y luego la disolución inmediata de las Cortes.

2. Las Cámaras elegidas aprobarán la decisión y procederán al estudio del nuevo texto constitucional, que será aprobado por mayoría de dos tercios en cada Cámara.

3. La reforma aprobada por las Cortes Generales será sometida a referéndum para su ratificación".

4.2. El principio de la libre determinación de los pueblos

Los independentistas apelan al principio de la autodeterminación de los pueblos e invocan la protección de la Unión Europea. Sin embargo, este principio -desarrollado por el derecho internacional- no se aplica a la situación catalana. "Al di fuori del contesto coloniale, dove il principio è sorto, l'autodeterminazione non ha portata retroattiva. Quindi il principio non si applica in Europa ai territori occupati con la forza prima della II guerra mondiale"[55].

La elaboración del principio de autodeterminación ha permitido a los países bajo dominio colonial reivindicar su autonomía, independencia y soberanía, pero, en la práctica, se ha descartado en todo caso darle efectos retroactivos que permitieran cuestionar situaciones territoriales definidas como consecuencia de los acontecimientos bélicos más importantes del siglo XX, ya que ello plantearía dudas sobre la certeza de las fronteras nacionales.

Las reivindicaciones independentistas que han estado latentes durante décadas -también a causa de la larga dictadura franquista[56]- han recobrado impulso sólo en las dos últimas décadas, y es legítimo basarlas en las razones económicas, determinadas por la crisis que ha asolado Europa en los últimos años, y no sólo en la afirmación de la identidad de una minoría dentro del Estado español, una de las fuentes que han llevado al alzamiento y despertar de estas reivindicaciones.

Sin embargo, el punto crucial de la cuestión parece ser la diatriba en torno a la definición de la comunidad catalana, como pueblo o como minoría, ya que a las minorías no se les reconoce el derecho a la autodeterminación excepto en la forma de autonomía, la cual ya disfruta Cataluña[57].

---

[55] N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale,* Giappichelli Editore, Torino, 2013, p. 539.

[56] Las aspiraciones independentistas y el sentimiento nacionalista de los catalanes tienen profundas raíces y se vieron reforzadas en el siglo XIX, también por el desarrollo de la Renaixença, un movimiento literario que activó el renacimiento de la literatura catalana. El 6 de octubre de 1934 es una fecha crucial para los catalanes desde el punto de vista histórico, el día en que el presidente de la Generalitat de Catalunya, Lluís Companys, proclamó el "Estado catalán en el marco de una República Federal de España", en aquel momento todavía inexistente.

"¡Catalanes!", exclamó desde el balcón de la Generalitat, sede del gobierno catalán. "En esta hora solemne, en nombre del pueblo y del Parlamento, el gobierno que presido asume todas las competencias de Cataluña, proclamando el Estado catalán de la República Federal Española.

[57] Parece muy difícil dar una definición unívoca y no caracterizada por los límites de la vaguedad de las nociones de pueblo y minoría. Por otra parte, persiste la misma incertidum-

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1187

La más apropiada de las definiciones de minorías dadas en el derecho internacional es la del Subcomité de las Naciones Unidas de Lucha contra la Discriminación y Protección de las Minorías, publicado en 1977: minoría significa un "grupo numéricamente menor que el resto de la población de un Estado, en una posición no dominante, cuyos miembros, ciudadanos del Estado, poseen, desde un punto de vista étnico, religioso o lingüístico, características que difieren de las del resto de la población y que también muestran una cierta comunidad entre ellos con vistas a preservar su cultura, tradición, religión y lengua".

Si, por tanto, Cataluña se configurara como minoría, el derecho a la autodeterminación que ostenta parecería ser un derecho a la secesión autoproclamado, que no encuentra la comodidad de ningún reconocimiento en el ámbito de las normas de derecho internacional generalmente reconocidas; y aunque podría presumir legítimamente del derecho a la autodeterminación, este último, en cualquier caso, parecería estar fuertemente limitado, no sólo por su carácter de irretroactividad fuera del contexto colonial, sino porque, al mismo tiempo, "deve essere contemperato con il principio dell'integrità territoriale degli Stati"[58].

4.3. Sobre la nulidad de fondo

Si las determinantes razones antes mencionadas sancionan la ilegitimidad constitucional del referéndum, no menos significativas son las que invalidan su validez en cuanto al fondo. La oportuna intervención del Gobierno español eliminó inmediatamente la legitimidad del referéndum, a pesar de que los independentistas continuaron apoyándolo.

Esto también ha guiado e influido en la participación en el referéndum mismo: si la elección de la independencia ha obtenido casi el plebiscito absoluto, que asciende al 90%, el porcentaje de participantes se limita a sólo el 41% de la población con derecho a voto. Incluso si calculamos la zona electo-

bre, aunque se recurre a las definiciones que pueden extraerse del derecho internacional. Las características que llevan a considerar a una comunidad como pueblo y no como minoría por razones históricas, de hecho, no siempre parecen ser unívocas. De hecho, la comunidad internacional considera a Cataluña como una minoría y no como un pueblo. Sobre la noción de personas proporcionada por el derecho internacional, véase F. MOSCONI, "Diritti dei popoli, minoranze e diritti dell'uomo" en *Il politico*, vol. 2, Rubbettino Editore, Catanzaro, 1979, p. 353 y siguientes.

[58] N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, cit., p. 538.

ral a la que las fuerzas de seguridad españolas han impedido efectivamente el ejercicio del derecho a voto, el porcentaje del 50% seguiría estando alejado 5 puntos .

Nadie puede presentar datos incontrovertibles sobre la preferencia de la mayoría silenciosa que ha decidido no participar: ya sean independentistas o constitucionalistas que no han acudido a las urnas conscientes de la invalidez del referéndum (aunque parece mucho más probable que consideren que la mayoría de la población no participante está en contra de la declaración de independencia) o si se trata de una facción electoral desinteresada con el resultado, de hecho es una porción demasiado grande, probable que sea del 55%, que no se ha expresado sobre el tema. Por lo tanto, incluso si se pudiera configurar la legitimidad de un referéndum unilateral, la decisión no sería realmente representativa de la voluntad de todos los catalanes.

5. EL DERECHO DE ASILO

Tras reflexionar sobre la cuestión catalana, el análisis se centra en un tema estrechamente relacionado con el principal requisito fisiológico para conceder la ciudadanía a los extranjeros, es decir, a su presencia en el territorio del Estado. Entre las diversas situaciones que pueden llevar a la persona a establecerse permanentemente, o al menos durante un período de tiempo significativo en otro Estado, ocupa un lugar destacado el derecho de asilo, el cual debe garantizar la protección de la figura del prófugo contra las estructuras de poder, y que siempre ha sido un firme baluarte de los derechos humanos en las relaciones internacionales. "Su larga y venerable historia se remonta al comienzo de la vida política organizada", y es "el único vestigio moderno del principio medieval según el cual *quidquid est in territorio est de territorio*" [59].

El extranjero siempre ha sido, con respecto a los miembros de una comunidad, una figura extraña, un personaje querido por los dioses o por el mismo dios, como en la mentalidad griega, pero al mismo tiempo un fenómeno que alarma a la sociedad, que pone en peligro la seguridad de la comunidad, ya que es visto como sospechoso potencial y origen de ciertos peligros [60]. En este sentido, hay un impulso espontáneo de rechazar y cerrarse en banda,

[59] H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Comunità, Milano, 1957, p. 389.

[60] Para un análisis de la ciudadanía y cuestiones de seguridad relacionadas, véase M. BARBERIS, *Cittadinanza e sicurezza. Fra diritti e solipsismo di massa*, en "Tigor: rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica", cit., pp. 13-21.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1187

pero también la curiosidad de abrirse y experimentar la "alteridad" de nuevas costumbres y valores. Los principios sobre los que se basan las razones de exclusión, acogida y tolerancia[61] del extranjero son los del conocimiento de los *xenos*, preservando al mismo tiempo los méritos de la "eugenia" y la "isonomía". La "eugenia" valora los orígenes autóctonos, protegiéndolos de cualquier contaminación externa para hacer posible una buena constitución política, la "isonomía"[62].

5.1. La idea de la hospitalidad: *hostis, hospes*

Según el lenguaje de la alteridad y la extrañeza, se deben analizar tres términos, el primero alemán y el otro latino: *elend*, *hostis*, *hospes*, resaltando sus diferencias etimológicas y semánticas[63]. Destaca la relación entre la miseria y la condición del extranjero, el sentido del extranjero y el del enemigo, pero también la conexión del extranjero con los conceptos de hospitalidad y acogida. La hospitalidad ha tenido, a lo largo de la historia de la humanidad, una importancia fundamental, ya que ha permitido a los seres humanos prestar servicios recíprocos y formarse en la sociedad, dando lugar a prácticas concretas de inclusión destinadas a garantizar las condiciones e instrumentos indispensables para la subsistencia. Sin embargo, a lo largo de los siglos, la idea de hospitalidad ha experimentado cambios significativos en los distintos grupos étnicos y civilizaciones. En los primeros días en sociedad, el extranjero representaba a la persona "enviada a una determinada familia o comunidad" por una deidad, por lo que la recepción se basaba en justificaciones religiosas y espirituales[64]. Incluso la filosofía clásica ha definido el momento de la hospitalidad en sentido extremadamente positivo. Platón y Aristóteles "le attribuiscono il rango più alto tra le virtù proprie dell'uomo saggio e nell'*Etica nicomachea* Aristotele la paragona all'amicizia"[65].

---

[61] Para un análisis lingüístico-semántico y filosófico-político, respectivamente, del término y del tema de la "tolerancia", véase P. COMANDUCCI, *Sul problema della tolleranza*, en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (ed.), *Analisi e diritto 1993 - ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli editore, Torino, 1993, pp. 249-259.

[62] R. ASTORRI, F. A. CAPPELLETTI (eds.), *Lo straniero e l'ospite. Diritto. Società. Cultura*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 2.

[63] A. G. CONTE, *Elend: il linguaggio dell'alterità*, en R. ASTORRI, F. A. CAPPELLETTI (ed.), *Lo straniero e l'ospite*, cit., p. 7.

[64] F. M. BARLASSINA, "Ospitalità, cultura e diritto. Lo straniero: ospite od ostile?" en R. ASTORRI, F. A. CAPPELLETTI (eds.), *Lo straniero e l'ospite*, cit., p. 21.

[65] Ivi, p. 22.

5.2. La secularización del derecho de asilo

Aunque en los *Evangelios* hay pocas referencias a la figura del extranjero en la predicación de Jesús[66], con el cristianismo el derecho de asilo conoce su período de mayor expansión, motivado por los valores del altruismo y la penitencia, pero sobre todo reforzado por la universalidad del mensaje caritativo que va más allá de los límites y las exclusiones. Cuando el asilo cristiano se estableció en el siglo IV, su originalidad con respecto al asilo pagano -con el que los Padres de la Iglesia repudiaron los lazos de continuidad- era más que evidente.

No es casualidad que haya una tendencia a sustituir el término *asylum*, demasiado unido a los errores de la antigua religión, por términos como "*ad ecclesiam confugere*". Así, en los primeros siglos de su historia, la Iglesia hace del asilo religioso el bastión de sus *libertas* contra el poder político y lo eleva al momento esencial de la virtud de la *charitas*. Dar hospitalidad a los que huyen de una guerra o de una justicia, a menudo atroz, es un deber igual al de dar consuelo al mendigo, cuidar a los enfermos, alimentar a los pobres, conforme el mensaje de Cristo[67]. No obstante, con el surgimiento de los Estados-nación y el fortalecimiento del fenómeno de la secularización, se impone una concepción cada vez más laica del mundo, en la que la legalidad prevalece sobre lo sagrado y el asilo adquiere las características de un derecho de la persona que los teóricos del derecho natural identifican con el concepto de la posesión original de la tierra.

Según Hugo Grocio, las relaciones entre los pueblos se basan en los principios de intercambio y paz acordados por las normas eternas e inmutables de la ley natural. En *De iure belli ac pacis* de 1625, el pensador holandés aclara los supuestos teológicos e históricos de este deber universal de recepción señalando cómo Dios, después de la creación, otorgó a la humanidad una ley común sobre todas las cosas. "En caso de extrema necesidad", el derecho original se reafirma legitimando comportamientos como el de tomar posesión de las cosas de otros necesitados, y dar lugar a los derechos de comunicación y comercio, de paso, de cesar permanentemente, de esposarse sin tener que recurrir al nivel religioso de la caridad. A los extranjeros no se les debe negar

[66] Evangelio de Mateo, cap. 25, 31-46. "Porque tuve hambre y me disteis de comer, tuve sed y me disteis de beber; fui forastero y me acogisteis […] cada vez que hicisteis estas cosas a uno solo de estos mis hermanos más pequeños, me las hicisteis a mí".

[67] Ver F. A. CAPPELLETTI, *Dalla legge di Dio alla legge dello Stato. Per una storia del diritto d'asilo*, en B. M. BILOTTA (ed.), *Il diritto d'asilo*, Cedam, Padova, 2006, pp. 3, 9, 24-25.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1187

una *residencia fija*[68]… siempre y cuando se sometan a las leyes del Estado y se abstengan de cualquier actuación que pudiera dar lugar a una sedición"[69].

Se esboza un derecho de asilo con términos muy amplios, que los sucesivos legisladores naturales proporcionarán para limitarlo, subyugándolo a los intereses del Estado. En su crítica a Hobbes, y refiriéndose a las *Sagradas Escrituras*, en el *Droit de la nature et des gens* Samuel Pufendorf recuerda que la verdadera naturaleza de los hombres es ayudarse unos a otros. "Dans la disette d'autrui, chacun a, pour ainsi dire, compassion de lui-même"[70].

La hospitalidad disminuyó gradualmente con la intervención de una práctica pública de la caridad, a partir del siglo XVI. En la época de la Ilustración, los creadores de la *Enciclopedíe* creían que el proceso de la civilización había censurado inexorablemente la hospitalidad. Diderot y D'Alembert señalan que las antiguas tradiciones de los pueblos han sido superadas y han caído en desuso porque Europa ha asimilado un caracter comercial. Fue precisamente el comercio lo que permitió a los ciudadanos desplazarse sin grandes dificultades, pero la hospitalidad, que se convirtió en la "bienvenida del viajero", requirió aún más atención a medida que aumentaba el coste del alojamiento[71].

Al mismo tiempo, se ha impuesto un deber recíproco de solidaridad, que da lugar a una serie de derechos, los cuales van desde el transporte de mercancías hasta la circulación de personas, pasando por la recepción temporal o incluso definitiva de extranjeros, basados no tanto en la propiedad común y original de la tierra como en el mismo "loix de l'humanitè" en cuyo nombre "chacun est tenu de laisser à autrui un usage innocent de son bien"[72]. Sin embargo, el valor universal de la solidaridad va acompañado de la necesidad de mantener la ley y el orden, lo que exige que la recepción se limite dentro de límites tolerables para salvaguardar el equilibrio del país de acogida. Los extranjeros no deben ser demasiado numerosos, ni siquiera belicosos, no tie-

---

[68] "La posibilidad de poder disfrutar de un hogar, además, es el requisito previo para emprender un proceso efectivo de integración del extranjero en la sociedad […] así como un punto de partida necesario para poder reconstruir una serie de lazos afectivos con sus familias presentes en el territorio del Estado". A. CIERVO, "Il diritto all'abitazione dei migranti", en L. RONCHETTI (ed.), *I diritti di cittadinanza dei migranti – Il ruolo delle Regioni*, cit., p. 265.

[69] U. GROZIO, *Il diritto della guerra e della pace*, editado por S. MASTELLONE, Firenze, 2002, pp. 42 y 93-94.

[70] S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, MDCCXL, Londres, p. 41.

[71] F. M. BARLASSINA, *Ospitalità, cultura e diritto*, cit., p. 28.

[72] S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, cit., p. 42.

nen derecho a tomar posesión de las tierras que deseen, sino que sólo deben tomar lo que se les concede gracias a un acuerdo político que combina libertad y prudencia, solidaridad humana y "razón de Estado".

5.3. Los derechos de "visita" kantianos

En su ensayo *Para la paz perpetua* de 1795, el filósofo de Königsberg[73] considera que toda persona tiene un "derecho de *visita*", un verdadero derecho humano basado "en la posesión común de la tierra". En el mundo de la Ilustración, unificado por la globalización del comercio y abierto a la poderosa renovación vinculada al nacimiento de la gran industria, la figura del extranjero, como artífice de prosperidad, pierde la habitual "carga amenazadora". La hospitalidad es el derecho de un extranjero que llega al territorio de otro Estado "a no ser ostilmente tratado por este", escribe Kant en 1795[74], no teniendo el Estado anfitrión el deber de acoger definitivamente al extranjero, sino de permitirle ejercer "un derecho de visita, que incumbe a todos los hombres", no por filantropía o sociabilidad innata, generosidad o misericordia humana, sino porque este derecho pertenece a todos los seres humanos como posibles ciudadanos de una república mundial[75]. Este derecho, que puede definirse como un derecho de residencia temporal, viene determinado sobre todo por la naturaleza esférica de la Tierra y, por lo tanto, por el hecho de que "los hombres no pueden dispersarse aislándose infinitamente, sino que, finalmente, deben acceder al encuentro y a la convivencia"[76].

La esperanza kantiana va más allá de las razones utilitarias por las que las potencias occidentales buscan llegar a toda la superficie del globo sólo

[73] El propio Kant, cuestionado en esta contribución en el análisis del derecho de asilo, trató en sus estudios el tema de la ciudadanía; véase M. LA LATTA COSTERBOSA, "Eguaglianza e cittadinanza in Kant", *Studi Kantiani vol. 12*, Fabrizio Serra Editore, Pisa-Roma, 1999.

[74] I. KANT, "Per la pace perpetua. Progetto filosofico (1795)", en Id., *Scritti politici*, Utet, Torino, 1956 (pp. 283-336), p. 301.

[75] Ver sobre el tema el hipertexto web, Senza patria. Formas y caminos de la ciudadanía contemporánea; S. BENHABIB, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004. T. BEN JELLOUN, *Ospitalità francese* (1984), Editori Riuniti, Roma, 1998; ver. M. CELLERINO (ed.), *Usi e abusi delle identità*; Associazione Cultura e Sviluppo, Alessandria, 2007. Véase tambien S. BENHABIB, *Il significato contemporaneo del "diritto di visita" kantiano*, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, (ed. or. 2004), Raffaele Cortina, Milano, 2006, pp. 29-32.

[76] I. KANT, "Per la pace perpetua", cit., p. 302.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1187

con el fin de fortalecerse económicamente, mientras preveen contactos frecuentes con otros pueblos y culturas para que finalmente sea posible "acercar cada vez más a la raza humana a una constitución cosmopolita"[77]. Kant pretende definir una condición universal en la que todos los componentes de la especie humana se incorporen en una condición de asociación legal mutua y se conviertan en ciudadanos de un orden civil planetario. Esta condición civil de convivencia jurídica, sin embargo, no puede consistir en la pertenencia a un sistema político republicano, ya que los ciudadanos cosmopolitas de Kant tendrán que utilizar sus propias repúblicas particulares para completar su plena ciudadanía. Esto explica por qué el filósofo distingue tan cuidadosamente un "gobierno mundial" de una "federación mundial".

Un "gobierno mundial", que a su juicio sólo podría producir una "monarquía universal", sería un "despotismo horrible", mientras que una unión federativa permitiría el ejercicio de la ciudadanía dentro de comunidades territorialmente definidas"[78].

La paz kantiana perpetua implica, en todo caso, actos de equilibrio entre las obligaciones morales de los Estados hacia los que buscan refugio y la protección de sus propios intereses. El derecho universal de hospitalidad debido a cada ser humano impone un deber moral *imperfecto* de ayudar y ofrecer refugio a aquellos cuyas vidas, integridad y bienestar están en peligro. Debe ser "imperfecta", es decir, condicional, en la medida en que permita ciertas excepciones, y puede ser exceptuada sobre la base de una reivindicación legítima de autoconservación, ya que, por ejemplo, no existe la obligación de ofrecer refugio o incluso la ciudadanía a otra persona cuando esta pueda poner en peligro su propia vida e integridad.

6. CONCLUSIÓN

El temor y la desconfianza hacia el extranjero no han impedido la difusión, junto con el criterio de la ciudadanía por derecho de nacimiento, del criterio del *ius soli*, especialmente en el continente americano.

En este sentido, la diatriba *ius sanguinis/ius soli* parece francamente irrelevante, y carente de un fundamento jurídico serio, si toda la cuestión se enmarca en un contraste entre dos conceptos antitéticos, componentes de una dicotomía insuperable, sin investigar la naturaleza real de la misma, en

[77] Ibidem.
[78] Véase S. BENHABIB, *I diritti degli altri*, cit.

realidad ramificada -no contrastada- de una sola raíz. Nacer en el territorio de un Estado, o ser descendiente de padres que poseen la ciudadanía de un Estado, obviamente, son hechos puros: el sistema jurídico tiene la tarea de reconocer o no la pertinencia jurídica para ellos, vinculando (en este caso) el efecto de atribuirles la condición de ciudadanos. Pero las normas que rigen el reconocimiento de la condición de ciudadano sólo tienen un fundamento: la voluntad del individuo de convertirse en *civis*, de participar activamente en la vida política, social y económica del Estado, mediante el ejercicio de los consiguientes deberes y derechos, en el indispensable compartir y respetar los principios fundamentales del sistema jurídico. Diversos son los vehículos a través de los cuales se pueden manifestar las explicaciones de este fundamento.

En Italia, si la atribución del *status* de ciudadano al hijo del padre o de la madre ciudadanos se basa en la presunción de la plena participación, el respeto y la protección de los principios fundamentales de la Constitución -que se derivan de una complejidad de factores no identificables en la educación y la instrucción que normalmente realizan los padres que son ciudadanos[79], sino también en el desarrollo de su personalidad en las estructuras de la República-, debe determinarse una *ratio* similar para la atribución de la ciudadanía a los menores extranjeros adoptados por el ciudadano italiano[80], al cónyuge extranjero de un ciudadano italiano[81], al extranjero o apátrida que haya residido en el territorio de la República durante un período determinado de tiempo establecido por la ley[82] (y que evidentemente se considere adecuado para la plena absorción de los principios fundamentales de nues-

[79] Y que, por lo tanto, se asume que, a su vez, están formados y educados para respetar y compartir los principios fundamentales de la Constitución italiana.

[80] Art. 3 c°1 L. 5 de febrero de 1992, n. 91.

[81] "El cónyuge extranjero o apátrida de un ciudadano italiano adquiere la ciudadanía italiana cuando ha residido legalmente durante al menos seis meses en el territorio de la República, o tres años después de la fecha del matrimonio, si no ha habido disolución, anulación o cesación de los efectos civiles y si no hay separación legal", art. 5 c°1 L. 5 febrero 1992, n. 91.

[82] "La ciudadanía italiana puede ser concedida por decreto del Presidente de la República, previa consulta al Consejo de Estado, a propuesta del Ministro del Interior:

a) a un extranjero cuyo padre o madre o uno de los ascendientes en segundo grado sea ciudadano por nacimiento, o que haya nacido en el territorio de la República y, en ambos casos, haya residido legalmente en él durante al menos tres años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, letra c);

b) un extranjero mayor de edad adoptado por un ciudadano italiano que haya residido legalmente en el territorio de la República Italiana durante al menos cinco años después de la adopción;

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1187

tro ordenamiento jurídico), al extranjero que haya prestado servicio, también fuera, durante al menos cinco años al servicio del Estado.

Así es el juicio al que debe someterse el *ius soli* propuesto y teorizado con el Ddl 2092 de la XVII Legislatura, y por lo tanto las diversas hipótesis que permitirían la adquisición de la ciudadanía italiana. Se debe de prestar especial atención a la inclusión del "*ius culturae*", que, por una parte, suscita consenso porque tiende a reforzar el papel del sistema escolar como lugar de educación primaria del ciudadano y, por otra, suscita algunas preocupaciones sobre su formulación que parecen bastante imprecisas. Es aconsejable limitar el "*ius culturae*" al primer ciclo de la enseñanza obligatoria, implicando al sistema escolar de manera más incisiva en la cuestión de la ciudadanía con la inclusión, en los planes de estudio pertinentes, de los principios fundamentales de la Constitución italiana, y definir, para aquellos que solicitan su atribución, límites de edad y términos que en el Decreto nº 2092 son variables.

Dada una situación histórica compleja y crítica a nivel nacional e internacional, parece esencial que el Estado italiano proteja en primer lugar a los que ya son ciudadanos, cubriendo la urgente necesidad de seguridad que actualmente sufre la mayoría de la población; es necesario, sin embargo, que el propio Estado italiano se enfrente a una importante decisión legal para proteger e integrar responsablemente en el tejido social, como nuevos ciudadanos, a los extranjeros que merecen vivir en nuestro país. Desde este punto de vista, limitar el derecho de asilo exclusivamente a los migrantes[83] que buscan protección contra la guerra, los disturbios civiles, las violaciones de los derechos humanos, la persecución política, racial, religiosa y de género, y rechazar a los solicitantes de asilo de la pobreza extrema, parece injusto no sólo sobre la base de una mera evaluación del mérito, que no considera que las peticiones de los que huyen del sufrimiento causado por la pobreza

---

c) a un extranjero que haya prestado servicios, incluso en el extranjero, durante al menos cinco años al servicio del Estado;

d) a un nacional de un Estado miembro de las Comunidades Europeas si reside legalmente en el territorio de la República Italiana desde hace al menos cuatro años;

e) apátridas que hayan residido legalmente en el territorio de la República durante al menos cinco años;

f) un extranjero que haya residido legalmente en el territorio de la República durante al menos diez años", artículo 9, apartado 1, de la Ley no 91, de 5 de febrero de 1992.

[83] A este respecto, véase S. MEZZADRA, *Diritto di fuga - Migrazioni, cittadinanza, globalizzazione*, Ombre corte, Verona, 2002.

cotidiana necesiten ser atendidas por igual[84], sino también desde el punto de vista de la remuneración, teniendo en cuenta el número de ciudadanos italianos que, no hace tanto, optaban por emigrar a otros países en busca de una vida mejor[85].

El análisis de la cuestión, sin embargo, no puede separarse del contexto histórico en el que tuvo lugar, o nos encontrariamos ante un juicio ajeno a la realidad, y por lo tanto carente de un fin en sí mismo. Por lo tanto, la evaluación del número real de extranjeros que el Estado puede recibir y proteger de forma permanente y definitiva, en un proceso de integración en el que el trabajo, como el desempeño de una función socialmente útil, proporciona una integración efectiva en la comunidad, debe ser apoyada por una medida económica adecuada[86]. En la situación actual, nuestro país, todavía inmerso en la crisis, afligido por un preocupante porcentaje de desempleo -sobre todo en el Sur y en el plano juvenil- no sanado por medidas gubernamentales que han demostrado ser paliativas hasta ahora, no parece capaz de asegurar la realización profesional ni siquiera a un número considerable de sus propios

[84] Véase INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Immigration and International Human Rights Law*, Geneva, 2012, p. 33: "En principio, los migrantes son personas que se desplazan de su país de residencia o ciudadanía a otro territorio. Un migrante puede desplazarse por razones económicas o culturales, o para escapar de la persecución, las violaciones de los derechos humanos, las amenazas a la vida o a la integridad física, las guerras y los disturbios civiles. La distinción entre causas migratorias no es fácil y los límites establecidos por el derecho internacional no siempre reflejan la realidad de la vida de los migrantes. Por ejemplo, un migrante puede abandonar su país por persecución por motivos de raza o porque vivió en condiciones de extrema pobreza: en el primer caso tendrá derecho a solicitar el estatuto de refugiado; en el segundo, será considerado un caso de migración 'económica' que no justifica una protección internacional particular, incluso si la amenaza para la vida individual puede ser igualmente significativa".

[85] A este respecto, véase P. BEVILACQUA, A. DE CLEMENTI, E. FRANZINA (ed.), *Storia dell'emigrazione italiana*, vol. 1, Salidas, Donzelli Editore, Roma, 2001.

[86] El pasaje de Rodotà sobre el tema es esclarecedor: "La democrazia ha sempre cercato di dire, e ha detto, più del traducibile. Ben venga il rasoio del realismo. Ma questa democrazia scarnificata, ridotta alla misura delle cose ordinarie, sarà per questo solo esorcizzata? O tornerà, nei mille modi insegnati nel corso di decenni e decenni, a porre problemi nuovi e, più di ieri, inquietanti, perché non più eludibili con l'argomento, realistico appunto, di un nemico da fronteggiare a ogni costo, fosse pure con l'abbandono (provvisorio, provvisorio…) di lembi più o meno estesi delle veste democratica? Sappiamo che i nemici, o i vincoli, risorgono con sembianze diverse. Come ieri la minaccia dei totalitarismi, così oggi la scarsità delle risorse segna i confini delle prassi democratiche. Ma sono i fatti a porre le domande, a obbligare al cimento con interrogativi sempre più ardui". S. RODOTÀ, "Cittadinanza: una postfazione", en D. ZOLO (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, cit., pp. 293-294.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1187

ciudadanos, forzándoles a entrar en un sector laboral sumergido al margen de la legalidad, en el que los salarios y los derechos se reducen drásticamente, y en el que los males repetitivos y endémicos como el clientelismo y la corrupción emergen con mayor evidencia.

Esta difícil situación nacional debería llevar al mundo político a compactarse para encontrar soluciones eficaces y salir de la crisis en lugar de alimentar polémicas estériles y perjudiciales sobre el tema de la acogida. Por un lado, la facción que muestra un drástico *no* a la migración -con el riesgo de incurrir en evidentes violaciones de los derechos humanos, no sólo cubiertas por las normas del derecho internacional[87]- parece encontrar, tras el punto de inflexión soberano, un argumento sólido para superar las cumbres del consenso en la opinión pública; por otra parte, la facción del *sí*, que persevera con el propósito de una acogida incondicional e incontrolada, pero que se limita a un estacionamiento de inmigrantes en el país italiano como un fin en sí mismo que no va seguido de un proceso de integración serio y efectivo, no es capaz de ofrecer una alternativa viable. El silencio ensordecedor de la Unión Europea pesa sobre esta oposición agotadora.

Si la obligación de ayudar a los migrantes en el mar[88] puede suponer una carga para los Estados ribereños del Mediterráneo, habida cuenta de la

[87] Nos referimos en particular tanto a la obligación de rescatar a los inmigrantes en el mar como a la obligación de prestar primeros auxilios, que probablemente se prestarán en tierra. A este respecto, véase C. R. FERNÁNDEZ LIESA, "Desarrollos normativos del principio de protección internacional de los derechos humanos en el tratado de Union Europea", *Derechos y Libertades*, núm.1 1993, pp. 503-522.

[88] "El artículo 98 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar) ha regulado un principio consuetudinario de larga tradición marítima: la obligación del capitán de un buque de asistir a toda persona perdida en el mar y de prestar asistencia a toda persona que se encuentre en el mar en peligro, si conoce su necesidad de asistencia. En virtud de las normas internacionales de derechos humanos, el deber de buscar y prestar asistencia a las personas en peligro en el mar puede ser el resultado de las obligaciones positivas de los Estados de proteger la vida de las personas bajo su jurisdicción. En aguas territoriales, el Estado tiene jurisdicción y, en consecuencia, está claramente obligado por el derecho internacional de los derechos humanos a tomar las medidas necesarias para proteger la vida de las personas presentes en este espacio. En alta mar, en virtud del derecho internacional, la jurisdicción corresponderá al Estado del pabellón, es decir, al Estado en el que esté registrado el buque de rescate. Además, el Estado responsable de una zona determinada de la RAE tiene la obligación de acudir al rescate y coordinar la operación de rescate y las medidas de protección apropiadas". INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani*, cit., pp. 94-95.

dinámica habitual de estos viajes desesperados, la Unión Europea no puede, sin embargo, eximirse de asumir compromisos de responsabilidad moral y jurídica, tras el rescate y la primera acogida. Existe una obligación de solidaridad que cada Estado miembro de la Unión debe asumir, en proporción a su respectiva capacidad.

De hecho, aunque nuestras sociedades europeas contemporáneas denominadas *de derecho* parecen inclinar cada vez más sus principios hacia las razones *del mercado*, se puede argumentar, de acuerdo con la opinión de grandes pensadores, que Europa, al tiempo que respeta sus raíces históricas y culturales, no tiene perspectivas de progreso si no preserva y refuerza el principio de la protección de la dignidad humana como un valor fundamental inprescindible.

Laura Zavatta
Antonio Scaramozza
Università degli studi del Sannio
Dipartimento DEMM - Corso di Laurea in Giurisprudenza

Università Benevento, Italia
Via Nicola Calandra, 4
82100 Benevento - Italia
e-mail: lauranita.zavatta@gmail.com

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1187

RECENSIONES

Thomas CASADEI y Gianfrancesco ZANETTI,
Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti,
Turin, Giappichelli, 2019, V-402 pp.*

GAETANO ANTONIO GUALTIERI
Istituto delle Arti di Trento

Palabras clave: categorías jurídicas, poder, sociedad, contextos históricos
Keywords: juridical categories, power, society, historical contexts

La obra en cuestión tiene el propósito de presentar, en manera sintética y con una finalidad eminentemente didáctica, los aspectos salientes de la reflexión de los autores, que han contribuido a definir el concepto de derecho, extendiéndolo, en la mayoría de los casos, con la finalidad de comprender sus relaciones con la sociedad y las formas del poder.

Cada autor viene presentado a través de las categorías fundamentales de su pensamiento y también con relación a los contextos desde los cuales ellas emergen y sobre los cuales las susodichas categorías han tenido una influencia directa. Es oportuno subrayar que el escrito es el resultado de una larga reflexión de Thomas Casadei y Gianfrancesco Zanetti, una reflexión caracterizada por un amplio camino de indagación y dialogo y que está corroborada por el aporte de dudas que derivan de los desafíos más recientes.

Los objetivos del volumen están expuestos a partir del *incipit* de la Introducción, en la cual, entre otras cosas, se remarca que los temas y los problemas de filosofía del derecho se han abordado "con categorías teóricas y contextos históricos, sino también con métodos y perspectivas de investigación que se han elaborado en el ámbito más extenso de la 'filosofía práctica', o sea de esa orientación particular que tiende a reproducir y mantener vínculos firmes entre derecho, política y moral" (p. VII). En el texto aparece una determinada forma de entender la filosofía del derecho que, en primer lugar, quiere

* Traducción de Carlo Mercurelli.

"someter a la discusión científica un enfoque hacia una disciplina que siempre fue 'de frontera'" (Ibid.). Además la obra propone una herramienta que puede resultar útil tanto para los estudiantes de las Licenciaturas en Jurisprudencia, como para los ciudadanos y las ciudadanas "interesados en un complejo de reflexiones que frecuentemente tienen una influencia directa sobre el funcionamiento de las instituciones, sobre las maneras de entender las relaciones entre derecho y moral, así como sobre las relaciones entre culturas, identidades, estilos de vida y además sobre las modalidades de enfrentar los desafíos que las nuevas tecnologías y su amplia difusión plantean" (Ibid.).

Casadei y Zanetti aclaran que las doctrinas y las categorías jurídicas no crecen en un *vacuum*, sino están conectadas a diferentes factores tanto teóricos y doctrinales como institucionales, politícos y culturales. Por tanto es evidente que un manual de filosofía del derecho no pueda prescindir de la dimensión histórica y sociológica, situando algunas de las figuras clave más significativas de la historia del pensamiento. Sin embargo este *Manual* se dirige más allá del intento de enfocarse en la historia; no es casualidad que el texto tome en consideración también temas y problemas del debate jusfilosófico de las últimas décadas y de la época actual, poniendo énfasis en el aspecto social y en la influencia de las categorías y de las teorías elaboradas por los diferentes autores examinados.

El volumen analiza un gran número de pensadores -Platón, Aristóteles, Cicerón, San Agustín, Santo Tomás de Aquino, Dante, Marsilio de Padua, Grocio, Hobbes, Locke, Hume, Vico, Montesquieu, Rousseau, Kant, Burke, Paine, Hegel, Marx, Tocqueville, John Stuart Mill, Austin, Nietzsche, Schmitt, Kelsen, Dewey, Ross, Arendt, Hart-, toma en consideración una tragedia (*Antígona* de Sófocles) y además se detiene en la filosofía del derecho de las últimas décadas del siglo XX, o sea la que se desarrolla después de la teorización de Herbert L.A. Hart hasta el presente.

En el marco de esta estructura hay ocho *focus* de profundización: *La herencia de Atenas y Jerusalén. Filósofos y profetas*; *Una mirada hacia la China*; *La media luna islámica*; *Los dilemas del "Nuevo mundo"*; *Esclavitud y colonialismo: el derecho y la "línea del color"*; *Una mirada imprevista sobre el derecho: orígenes y desarrollo del feminismo jurídico*; *Las guerras mundiales, los totalitarismos y el difícil desafío de los derechos humanos*; *Cuerpos, sujetos, redes: un mapa (sumario) de los desafíos del presente*.

Cada capítulo contiene algunas citas directas o pasajes breves extraídos de las obras más significativas de los filósofos examinados, para consentir una relación directa con su especulación.

Al mismo tiempo, en cada capítulo, subdividido a su vez en párrafos, están referencias a otras figuras, relacionadas al autor principal que viene considerado, y otros conceptos relevantes inherentes al contexto intelectual en que él ha desarrollado su actividad, y también indicaciones relativas a los más más significativos interpretes contemporáneos. Los diferentes capítulos están completados por referencias biográficas, en el marco de las cuales vienen presentados los escritos fundamentales del autor examinado y vienen indicadas -como lecturas recomendadas- algunas de las obras monográficas principales de la literatura crítica (privilegiando las más recientes).

Los autores del libro, antes de todo, plantean el problema de rastrear los orígenes de la filosofía del derecho, poniendo en evidencia la dificultad de la tarea. La ansiedad de buscar un punto de inicio de esta compleja disciplina lleva inevitablemente a ampliar el campo de acción más allá de la esfera filosófica y jurídica en sentido estricto, identificando la tragedia sofoclea de *Antígona* como un momento esencial de la reflexión sobre la filosofía del derecho. Esta obra debe su valor filosófico-jurídico a la manera en que "a lo largo de los siglos, se ha leído, *rectius*, tanto es así que se ha hablado de *Antígonas* en plural" (p. 2). Por otro lado, una de las características de la historia de la filosofía del derecho consiste en considerar que si una obra ha influido en el funcionamiento de ordenamientos normativos reales, esa es importante para la disciplina más allá del hecho de que pueda ser o no ser directamente relacionada a la materia jurídica.

Los dos protagonistas del drama, Antígona y Creonte, vienen presentados como dos personajes extremos e irreconciliables; alrededor de ellos están figuras caracterizadas por dudas y debilidades. Creonte es la encarnación de las razones del orden jurídico-político, en cambio, como sabemos, Antígona es el símbolo de la resistencia a la ley injusta, del ser humano libre, que no se doblega a la voluntad del tirano, de la desobediencia civil.

En esta tragedia se pueden identificar "las raíces del derecho natural". La norma que Antígona tiene presente es universal: respeto hacia los parientes y sepultura de los muertos. Creonte, en cambio, tiene presente un decreto específico: enterrar a Polinices está prohibido. La desobediencia de Antígona encuentra su razón de ser en la ley del corazón y, por lo tanto, está plenamente justificada. Por lo tanto en el capítulo dedicado a Antígona, el lector puede comprender que la diferencia entre derecho natural y derecho ordinario "no necesariamente se traduce en una serie de leyes grabadas en la piedra, mandamientos inmutables impuestos por la voluntad trascendente, normas pe-

rennes en las cuales basar el orden político y la vida asociada de los hombres y de las mujeres", pero puede "presentarse nuevamente como una categoría crítica, como la posibilidad perenne de cuestionar los marcos normativos establecidos, invocando a una instancia superior" (p. 7). En otras palabras, en este capítulo del volumen viene subrayado el hecho de que el derecho natural, que se expresa en Antígona, constituye, al mismo tiempo, el cuestionamiento de las normas del derecho ordinario y la premisa para la redacción de reglas alternativas y de reformas más globales. Justo por esta razón, la noción de derecho natural sigue siendo una noción de gran potencia y una especie de piedra miliar en el ámbito del concepto de derecho entendido en sentido lato.

Después de haber analizado los autores fundamentales del mundo clásico griego (Platón y Aristóteles: pp. 9-17; pp. 18-26) y romano (Cicerón y también Agustín: pp. 43-50; pp. 51-59), así como las figuras clave de la época medieval (Santo Tomás de Aquino, Dante, Marsilio de Padua: pp. 60-68; 69-76; 77-85), el volumen pone en evidencia la relevancia para la filosofía del derecho de algunas intuiciones de Maquiavelo y Grocio (pp. 95-102; pp. 103-110).

El pensamiento moderno, como sabemos, está rico de personalidades relevantes que han marcado indeleblemente la historia de la filosofía y del pensamiento jurídico.

Además de las figuras que mayormente caracterizan la escena desde la mitad del siglo XVII hasta finales del siglo XVIII -Hobbes, Locke, Hume, Rousseau (pp. 110-119; pp. 120-128; pp. 129-136; pp. 169-178)- objeto de investigación es, significativamente, también Giambattista Vico (pp. 149-157), quien presenta las primeras instituciones jurídicas como instituciones de derecho civil. En particular, con respecto a la creación de la institución de la familia, se puede observar que "le permite hacer algo que antes era imposible - casarse y vivir fielmente" (p. 152). Antes del rayo de Júpiter, en efecto, los seres humanos, que aún vivían en estado ferino, solo podían acoplarse en la cópula; la institución de la familia, en cambio, les permitió unirse conyugalmente, afirmando así un derecho que no solo no disminuye la libertad sino que incluso la mejora, haciendo posible lo que antes ni siquiera era admisible: el estado matrimonial. Además en el texto se pone de relieve que la norma fundamental en Vico sea una "regla constitutiva" que a su vez instituye la familia, la religión, las sepulturas, etc.

Otro ámbito de interés afirmado por el pensamiento de Vico es lo del conflicto social, en cuyo contexto se abren camino los conceptos de igualdad y desigualdad. En el texto se destaca también otra cuestión: el doble pasaje tanto

desde una "igualdad básica" (según la cual los plebeyos se enteran que son iguales) a una "igualdad normativa" (los plebeyos o *famuli* exigen ser tratados como iguales), como, al contrario, desde una "igualdad normativa" (los plebeyos reclaman los mismos derechos que los héroes) a una "igualdad básica" (los plebeyos sostienen que son iguales en todos los aspectos) (cpd. Ibid.).

La afirmación de la igualdad produce una sociedad democrática que, sin embargo, no se adquiere de una vez por todas: en efecto, puede ser puesta en discusión por la pérdida de la virtud y del pudor. El deterioro de la estructura socio-política puede, en efecto, producir una nueva y feroz barbarie, que en la concepción del autor napolitano viene conceptualiza a través del "recurso histórico".

Montesquieu es otra figura central de la filosofía del siglo XVIII que, en particular con su tratado sobre *El espíritu de las leyes*, ha ofrecido una contribución decisiva a la reflexión sobre la filosofía del derecho. En el capítulo dedicado al autor francés, son tres los aspectos principales, que vienen examinados.

Un primer aspecto se refiere a la tipología tripartita de las formas de gobierno. En particular, como se subraya, Montesquieu "se mide críticamente con la taxonomía tradicional de matriz aristotélico-polibiana y presenta, en realidad, no solo una tipología tripartita de las formas de gobierno, sino también una tipología bipartita de las mismas" (p. 159). La primera de las dos clasificaciones se basa en el principio de la concentración de los poderes estatales y pone de relieve, al mismo tiempo, la tipología de estructura constitucional que caracteriza cada una de las formas de gobierno y la pasión humana que permite preservar ese ordenamiento específico. Según la otra clasificación, de matriz eminentemente evaluativa, existen, por un lado, gobiernos moderados (o libres), típicos de Europa, por otro lado, gobiernos "inmoderados" o despóticos, presentes en otros lugares del planeta, pero característicos principalmente de Asia. Estos dos modelos taxonómicos se entienden mejor si se introducen dos categorías fundamentales de Montesquieu: "naturaleza" y "principio". La "naturaleza" identifica la forma de estado desde un punto de vista puramente jurídico y se refiere a la estructura constitucional del estado. El "principio", en cambio, "representa la fuerza específica de cohesión social, es decir, la energía psicofísica, que mantiene viva cada forma de gobierno; en otras palabras, se trata de la pasión humana que induce a los ciudadanos y gobernantes a actuar de forma coherente con respecto al tipo de ordenamiento en que viven" (Ibid.). El "principio" es, según una metáfora utilizada por el mismo Montesquieu, el *ressort* (el resorte) que hace que

un mecanismo se mueva. El reconocimiento de la importancia capital del "principio" en la vida de los pueblos, o sea de la identificación del elemento dinámico que impulsa a los individuos perteneciente a cada tipo de sociedad a comportarse de una determinada manera, permite a Montesquieu -como subrayó Renato Treves (cpd. R. Treves, *Sociologia del diritto*, Torino, Einaudi, 1991, pp. 11-17)- una extensión de su análisis en el nivel sociocultural de la existencia humana.

Un segundo aspecto se refiere a la concepción de la ley, que debe ser considerada como una relación constante entre variables fenoménicas (cpd. p. 162). A través de un análisis del concepto de ley, el pensador bordelés construye tanto la categoría de "despotismo" como el concepto de "libertad".

En fin, un tercer aspecto -que ha sido oportunamente evidenciado- subraya que según Montesquieu las leyes y las normas de cada gobierno no pueden prescindir de las características típicas de un determinado pueblo. Cada nación, en efecto, para el filósofo francés tiene su «espíritu general» que la define y la distingue de cualquier otra. Por esta razón, las leyes deben ser, en cierto sentido, también modeladas sobre las especificidades del pueblo al cual se aplican: esa es una idea que reaparecerá en la teorización hegeliana.

A este respecto es oportuno recordar que el texto se detiene en muchas otras personalidades fundamentales del pensamiento moderno y de la reflexión jusfilosófica: Kant (pp. 179-188); Burke (pp. 189-197); Paine (pp. 198-207); Hegel (pp. 225-235); Marx (pp. 236-245); Tocqueville (pp. 246-256); Mill (pp. 257-266); Austin (pp. 267-276); Nietzsche (pp. 277-285).

Entre las figuras del siglo XX, abordadas en el volumen -además de algunos clásicos de la filosofía del derecho como Schmitt, Kelsen, Dewey, Ross, Hart (pp. 299-309; pp. 310-321; pp. 322-344; pp. 369- 378)- también se encuentra, y la elección es ciertamente original, Hannah Arendt (pp. 345-355).

De esta última viene presentada la reflexión plural que abarca desde Platón hasta Agustín, desde Maquiavelo hasta Kant y Tocqueville, para mencionar solo algunos de los numerosos pensadores con los cuales la filósofa alemana se confronta. Montesquieu "ha influido en Arendt en el desarrollo de una concepción específica de la naturaleza y del significado de la política entendida como libertad" (p. 345). En el volumen se subraya que "libertad y pluralidad representan los dos principios esenciales del pensamiento crítico de Arendt, entrelazado con una específica 'gramática del límite'. Es significativo el hecho de que a la raíz de ésa se encuentran algunos 'descubrimientos' peculiares de Montesquieu" (Ibid.).

Según Arendt, precisamente Montesquieu ha reconocido la pluralidad como una condición esencial de la política, llegando a concebir el poder de una forma alternativa respecto a los cánones dominantes. El poder no es fuerza, no es comando, sino es participación, es una "actuación en conjunto", una expresión que, como se especifica en el *Manual*, la filosofía toma de Burke, autor leído por Arendt sobre todo con referencia a la revolución estadunidense (cpd. pp. 346-347).

La personalización extrema del poder, unida al concepto de terror, produce el totalitarismo, antitético a la participación. El totalitarismo, que lleva a sus consecuencias extremas los métodos de ejercicio del poder típico del despotismo, representa una connotación aún más radical que este último. La potencia, equiparada con el derecho, explicita el dominio de los poderosos sobre los débiles. En consecuencia, "ningún otro aspecto mejor que la concentración integral del poder en manos de uno solo […] prefigura la dimensión que se transmite desde el despotismo al totalitarismo: la totalidad" (p. 347). La totalidad elimina la política, impone el dominio y va más allá de la ley, entendida en su sentido, casi ontológico, de límite. La ausencia de límites aniquila el pluralismo y puede poner en peligro la existencia misma de la humanidad. La política es el lugar de la acción humana, de la *Vita activa*, en vez el despotismo y el totalitarismo se estructuran en las formas de la arbitrariedad absoluta de un individuo dominante.

En el texto se pone en evidencia que la época en que ha vivido Arendt se ha caracterizado no solo por los totalitarismos, sino también por las protestas de los movimientos sociales que han llevado a la afirmación de los derechos civiles de los negros y a la abolición de la segregación racial. En esos años, una parte de la discusión filosófica, política y social se ha basado en el tema de la desobediencia civil y a este debate han participado varios autores, incluidos John Rawls, Michael Walzer y Joseph Raz.

Los *focus* presentes en el *Manual* son de gran interés porque, incluso cuando tratan temas históricos, que aparentemente están lejos de nosotros, tanto en el tiempo como en el espacio, muestran una gran capacidad de actualización y una notable capacidad de *problematizar* el vínculo con nuestra cultura.

Tomamos como ejemplo "Una mirada hacia China" (cpd. pp. 34-41). Aquí se argumenta la necesidad de enfocarse en la cultura china, incluso porque "el hecho de que la cultura asiática sea diferente de la europea no significa […] que sea necesariamente incomprensible, oscura o -de alguna manera misteriosa- evasiva para los que no hayan crecido en su área". Además

las relaciones entre Asia y Europa son parte integral de la historia universal (y europea) y el contacto cultural específico con China se remonta a una figura de brillante y aventurero padre jesuita, Matteo Ricci (1552-1610), quien, a caballo de los siglos XVI y XVII, fue misionero e intelectual en el Imperio Celeste (Matteo Ricci fue proclamado por la Iglesia Católica Siervo de Dios el 19 de abril de 1984)" (p. 35).

El *focus* intitulado "Cuerpos, sujetos, redes: un mapa (sumario) de los desafíos del presente" (pp. 396-401) se detiene, en cambio, en las transformaciones de la sociedad y en los nuevos descubrimientos científicos y tecnológicos que "han determinado, en las últimas dos décadas, nuevos desafíos, incluso extremamente problemáticos, para la filosofía del derecho y para el derecho positivo" (p. 396). En consecuencia, por un lado, se han consolidado nuevas líneas de investigación crítica hacia teorías del pasado y en dirección a la realidad contemporánea; por otro lado, nuevos hilos de discusión se han abierto paso en las nuevas fronteras de la ciencia y de la tecnología.

En el aspecto relacionado de manera más específíca a la evolución de las ciencias, especialmente biomédicas, nuevos descubrimientos han generado amplios ámbitos de discusión y de intervención aplicativa; entre estos es necesario mencionar la ingeniería genética, la eutanasia, la declaración anticipada de tratamiento o testamento biológico, la medicina de precisión, la robótica, el *enhancement*. Estas cuestiones se refieren a áreas como la bioética y el biodere-cho, y conducen la reflexión filosófica a preguntas sobre cuestiones que conciernen el comienzo y el fin de la vida, el aborto, la reproducción asistida, los trasplantes, la cirugía estética, la rehabilitación y los tratamientos paliativos.

Las líneas de investigación de las últimas décadas han dirigido progresivamente el interés de las indagaciones jusfilosóficas desde la estructura jurídica a los sujetos, sobre la base de la crítica al juspositivismo y a su formalismo, proponiendo dudas antiguas sobre la relación entre el derecho y el poder y sobre los contenidos mismos del derecho, así como sobre las funciones del Estado y sus complejas relaciones con las necesidades de la sociedad.

Gaetano Antonio Gualtieri
Istituto delle Arti di Trento
E mail: gaetano.gualtieri@istitutodellearti.tn.it

Alexander SUNGUROV, Carlos Ramón FERNÁNDEZ LIESA, María del Carmen BARRANCO AVILÉS, María Cruz LLAMAZARES CALAZADILLA y Oscar PÉREZ de la FUENTE (eds.), *Current issues on Human Rights*, Colección Debates, Dykinson, Madrid, 2019, 339 pp.

Renato Sotelo Torres
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: Declaración Universal de Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas, grupos vulnerables
Keywords: Universal Declaration of Human Rights, United Nations, vulnerable groups

Este libro colectivo presenta un panorama sobre los derechos humanos a 70 años de la proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, "Declaración Universal"), documento adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Si bien, las razones que justificaron su aprobación estuvieron vinculadas en aquel entonces a las atrocidades masivas cometidas por las potencias que participaron en las conflagraciones mundiales, la razón de ser y el propósito esencial de la presente obra se puede resumir en la siguiente idea: el 70 aniversario de la Declaración Universal es una buena ocasión para reflexionar, a través de un diálogo amplio, incluyente y situado, sobre las distintas situaciones que atraviesan actualmente los derechos civiles, políticos, sociales y culturales en el orbe. Por esta razón, la principal valía del trabajo realizado deriva, precisamente, del hecho de recoger textos elaborados por veinticuatro autores de diversa procedencia geográfica.

Por otro lado, si tenemos en consideración que los derechos humanos son un concepto complejo que reúne distintas lecturas morales, políticas y legales, los trabajos recogidos aquí intentan explicar de manera meridiana el alcance de esa complejidad. Como es sabido, el proceso de formulación

de la Declaración Universal tampoco estuvo exento de estas eventualidades. Al respecto, el filósofo Jacques Maritain, quien tuvo un desempeño notable y una influencia decisiva entre los expertos que redactaron la Declaración Universal, señaló lo siguiente: "Estamos de acuerdo con los derechos pero con la condición de que nadie nos pregunte por qué. La discusión comienza cuando buscamos aclarar ese porqué"[1].

Dicho esto, el primer trabajo, "Scientific Aspects of the UDHR as a Cultural Milestone", a cargo del profesor Jesús García Cívico, propone que la Declaración Universal, entendida como un hito cultural, contiene preceptos universalizables que plantean la cooperación de todas las ramas científicas del conocimiento bajo un enfoque común: enfrentar los problemas globales como el calentamiento global o la desigualdad económica a gran escala. En definitiva, García Cívico plantea válidamente una concepción dual de la ciencia: como un derecho en sí mismo y, al mismo tiempo, como una herramienta al servicio de los derechos humanos.

A continuación, el profesor Christopher Lazarski reconoce en "Human Rights in History: Civic Rights and the 'Rights of Man', the Predecessors of Human Rights" que la aparición de los derechos humanos no fue espontánea, sino que proviene de una extensa genealogía que debe ser estudiada. En ese sentido, para el citado autor la dignidad y los derechos humanos pueden identificarse en varias civilizaciones, casi desde el comienzo de la humanidad, aunque solo en Occidente estos conceptos tuvieron continuidad hasta la actualidad. En ese orden de ideas, el autor destaca la importancia de la tradición judeocristiana y la noción de ley natural para comprender la dignidad humana, la posterior secularización de la ley natural en el tránsito a la modernidad, la idea de poder limitado como base para un orden liberal, entre otros hitos. Desde estas coordenadas, coincido con el autor en resaltar la importancia de la relación intrínseca entre derechos humanos, equilibrio de poderes y mecanismos eficaces contra el abuso de poder, pues la fuerza moral que tienen los derechos humanos no puede desatender, bajo ningún supuesto, la relevancia que tienen el derecho y el orden político existente.

En el trabajo "Constitutional Impunity: How U.S. Courts are Breaking the Promise of Universal Human Rights, A Comparative Analysis", el professor Jeffrey Davis presenta una sucesión de casos resueltos por los tribunales federales de Estados Unidos donde queda expuesto el "excepcionalismo",

[1] Introducción de Jacques Maritain al informe "Human Rights. Comments and Interpretations", publicado por Unesco en julio de 1948.

noción que refiere la posición de este país frente a tratados internacionales e instituciones multilaterales según la cual está exceptuado de cumplir las obligaciones jurídicas que rigen a los otros Estados del mundo. Al respecto, el autor realiza una crítica de las decisiones adoptadas en los casos Sergio Hernández, DeShaney, Alter Keith Jackson, Jane Doe y Christopher Walton, donde los tribunales federales declararon que ninguna ley exige que los funcionarios públicos deben proteger a las personas contra daños físicos e incluso la muerte. En contraste, el autor refiere oportunamente las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en casos como Andreou vs. Turquía (jurisdicción extraterritorial), McCann vs. Reino Unido (uso de la fuerza letal) y A vs. Reino Unido (protección frente a tratos crueles), donde este tribunal no ha tenido reparo alguno a la hora de establecer la obligación estatal de proteger los derechos a la vida y a la integridad personal. Este análisis comparativo revela de manera clara que una magistratura como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a diferencia de los tribunales federales de Estados Unidos, brinda mayores garantías de una protección efectiva para los derechos humanos.

Luego, el trabajo titulado "Research, Education and Promotion of Human Rights Universality: Responsibility of Academicians" destaca la importancia de vincular la investigación académica y el trabajo que realizan las organizaciones como UNESCO, a través de IPSA (donde más tarde se estableció el RC26 sobre derechos humanos), y de desarrollar la investigación interdisciplinaria que tenga por objeto no solo intercambiar datos y resultados, sino también enfoques y metodologías de trabajo. Por tanto, coincido con el autor de este texto, el profesor Alexander Sungorov, en la necesidad de explorar este horizonte, tarea que IPSA debe asumir decididamente durante los siguientes años.

En referencia al trabajo "Trustworthy Artificial Intelligence and Human Rights" de Migle Laukyte, cabe resaltar que este investigador plantea la posibilidad de comprender la Inteligencia Artificial (en adelante, "IA") como una herramienta que coadyuva la protección de los derechos humanos. Como lo explica el autor, las Directrices Éticas para una IA fiable, elaboradas por el Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre IA, no solo imponen ciertas condiciones a la IA (licitud, moralidad y robustez), sino que podrían ser útiles para promover activamente los derechos humanos. De esta forma, coincido en la importancia que tiene la IA para optimizar la protección de los datos personales y el derecho a la protesta, por citar dos ejemplos reseñados

en este trabajo. Además, resulta pertinente el énfasis que pone el autor en la necesidad de profundizar el estudio de los "nuevos" derechos que surgen con la IA: i) el derecho a conocer cuándo estamos interactuando con la IA, así como el derecho relacionado a tener una interacción humana, y ii) el derecho a conocer qué tipo de razonamiento y qué tipo de datos llevan a la IA a tomar una determinada decisión sobre nosotros.

Por su parte, el trabajo "The Right to Freedom of Opinion and Expression in the Universal Declaration of Human Rights. A Contemporary Perspective", desarrollado por el académico Jedrzej Skrzypczak, detalla los retos que enfrentan las libertades de opinión y expresión en el proceso de transformación de los medios tradicionales, como la prensa, la radio y la televisión, que consiste en el desarrollo de la radiodifusión digital utilizando plataformas terrestres, por cable y satelitales. Acertadamente, el citado autor refiere que esta transformación incluye dos revoluciones tecnológicas paralelas: la conversión analógico–digital, por un lado, y las tecnologías de información, por el otro. En ese contexto, merecen atención los desafíos legales, sociales y económicos que plantean estas revoluciones tecnológicas. Específicamente, resulta relevante discutir sobre la regulación de Internet (que atañe en igual medida a Estados, organizaciones internacionales y corporaciones) y la vigencia del artículo 19 de la Declaración Universal en la era digital.

A estas preocupaciones, debe sumarse una inquietud por la dimensión social de las libertades comunicativas pues, si bien las herramientas tecnológicas son decisivas en los procesos de deliberación pública, en ciertos casos dificultan la tarea de tomar en cuenta un punto de vista disidente. En efecto, las redes sociales, usadas con mayor frecuencia por los Estados, están guiadas por las preferencias eminentemente aleatorias de los usuarios (que muchas veces son cuentas automatizadas), antes que por el valor intrínseco de los temas sometidos a discusión. Consecuentemente, la agenda pública se reduce a la discusión de las etiquetas que lograron convertirse en tendencia, mientras se relegan los temas realmente importantes.

En torno a las referidas revoluciones tecnológicas, Andrzej Marian Świątkowski expone en "Social Rights in Europe and Free Platform Work" una preocupación legítima por el trabajo que se realiza a través de las plataformas en línea, debido a la incertidumbre que genera la situación de las personas empleadas y la regulación deficiente de estas actividades. Siguiendo los casos particulares analizados, resulta sensato converger con el autor en la necesidad de reformular, en el contexto de la cuarta revolución industrial, el

establecimiento y desarrollo de las relaciones laborales modernas pues, en la actualidad, las personas que prestan servicios a través de una plataforma de trabajo en línea están sujetas a contratos de índole civil o a un estatuto especial de trabajador autónomo. Estos escenarios impiden al trabajador acceder a los derechos sociales que otorga un contrato de trabajo.

En seguida, el profesor Oscar Pérez de la Fuente plantea en el curso de su investigación titulada "How Can the Internet Change Human Rights on Online Hate Speech Regulations?" una serie de cuestiones sobre la regulación del discurso de odio en Internet. Esta reflexión toma como premisa la reprobación del discurso de odio (por ser moralmente incorrecto, atentar contra la igualdad, dañar a terceros y dañar el "mercado de las ideas") para, posteriormente, discutir la validez de fijar prohibiciones a la difusión de este tipo de contenidos en Internet. Al respecto, resulta inevitable coincidir con Pérez de la Fuente en la necesidad de combatir el racismo en la red a través de la educación y evitar la censura, por un lado, y restringir el discurso de los intolerantes y racistas cuando un juez compruebe el efecto silenciador de un discurso determinado, por otro lado. En esta propósito, es sensato reconocer que existen escenarios donde será posible distinguir con mayor nitidez cuándo se "silencia[n] las voces de algunos para que se oigan las voces de [otros]"[2].

Por su parte, el trabajo realizado por el profesor Andrés Gascón Cuenca titulado "Glorification of Terrorist Acts and Protection of Freedom of Expression in Spain: Last Developments" refiere los aspectos mas relevantes de la compleja labor de criminalización y enjuiciamiento de las conductas de glorificación o justificación pública de los delitos de terrorismo o de quienes participaron en la ejecución de estas acciones, por un lado, y aquellos actos que implican descrédito o humillación de víctimas de terrorismo o sus familiares, por otro lado. Precisamente, como refiere el autor, cuando estos delitos son utilizados para reprimir el disenso político y las opiniones que son consideradas incómodas, el sistema jurídico se debilita y deslegitima.

En consecuencia, siguiendo lo señalado por la Unión Europea en la Recomendación 2017/541 y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia constante, estas conductas deben ser reprimidas cuando únicamente inciten o estimulen la comisión de actos violentos. Salvando la distancia temporal, John Stuart Mill expuso esta idea de la siguiente manera: "[l]a opinión que afirma que los comerciantes de trigo hacen morir de ham-

[2] O. M. FISS, *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 14.

bre a los pobres o que la propiedad privada es un robo, no debe inquietar a nadie cuando solamente circula en la prensa; pero puede incurrir en justo castigo si se la expresa oralmente, en una reunión de personas furiosas, agrupadas a la puerta de uno de estos comerciantes, o si se la difunde por medio de pasquines"[3]. En definitiva, el autor lleva razón al plantear que, si bien existen expresiones repudiables que merecen el rechazo unánime de los individuos, el pluralismo se erige como una condición fundamental de toda sociedad democrática.

En coautoría, los académicos Reginaldo Da Motta Corrêa De Melo Junior y Herena Neves Maués Corrêa De Melo plantean en "The Effectiveness of Budget Public Hearings in the Definition of Priorities in Public Policies for the Concretization of Social Rights" una preocupación válida por la efectividad de los mecanismos de participación ciudadana, incorporados en la Constitución brasileña, en la formulación, implementación y monitoreo de políticas públicas. Al respecto, siguiendo las inquietudes formuladas por los autores, es posible afirmar que, si bien resulta inevitable que los individuos tengan discrepancias alrededor de las prioridades de desarrollo, es necesario alcanzar compromisos conjuntos basados en la confianza[4]. Este objetivo se logra cuando, de forma auténtica, las autoridades implementan estrategias inclusivas para conocer las aspiraciones y necesidades de las personas. De ahí que, como señalan los autores, se requiere efectuar un análisis sobre la idoneidad de las audiencias públicas, tomando en consideración si, realmente, las conclusiones a la que se arriba mediante dichos mecanismos son tomadas en cuenta cuando se llevan a cabo acciones de gestión concretas o políticas públicas gubernamentales.

El investigador Tomasz Litwin expone en "Do the Same–Sex Couples Have the Right to Marry Under the Rules of the Universal Declaration of Human Rights and the Constitution of Republic of Poland from 1997?" que la Declaración Universal no prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo y que, por el contrario, el principio de igualdad condena la discriminación basada en la orientación sexual. Sin embargo, el autor es escéptico con la posibilidad de reformar las leyes en Polonia para garantizar el matrimonio igualitario. En relación con este diagnóstico, existe evidencia adicional que debe ser tomada en cuenta por las autoridades nacionales competen-

[3] J. S. MILL. *Ensayo sobre la Libertad,* Mestas, Madrid, 2006, pp. 96–97.

[4] J. E. STIGLITZ. *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita,* Taurus, Madrid, 2012, p 176.

tes al momento de discutir una modificación legal. Puntualmente, Naciones Unidas ha señalado que las personas con una orientación sexual o identidad de género diferente al modelo de sexualidad social o moralmente aceptado por determinado ámbito de la población han sido históricamente perseguidas y discriminadas, siendo común el uso de estereotipos en el trato hacia dicha comunidad[5]. Además, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha expresado que en todas las regiones del mundo hay personas que sufren violencia y discriminación debido a su orientación sexual o identidad de género[6]. Estas razones, que ponen en evidencia la existencia de un clima hostil contra un sector de la población, deberían bastar para impulsar la adopción de medidas legales que pongan fin a la exclusión y protejan la dignidad humana.

A continuación, el investigador Pablo Sartorio resalta en "Human Rights behind Bars. Paying a Debt the Keeps On Growing" la necesidad de establecer estándares mínimos para la correcta gestión de centros penitenciarios y tratamiento de las personas privadas de libertad, tomando en consideración instrumentos como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (denominadas también "Reglas Nelson Mandela"). Estos principios de humanidad previenen el arraigo de prácticas como la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y desafían aquellas voces que plantean que, en el caso de ciertos delitos, una persona, además de cumplir con su condena, debe soportar por conexidad cualquier abuso o arbitrariedad en su contra. En pocas palabras, si tenemos en cuenta que la legitimidad del Estado surge del respeto a sus propias leyes, su conducta no puede decrecer equiparándose a quienes han delinquido. Por el contrario, el Estado debe procurar el cumplimiento de los fines de la pena, sin perder de vista la reintegración social de las personas privadas de libertad.

Por otra parte, Herena Neves Maués Corrêa De Melo expone en "The Ineffectiveness of the Constitutional Amendment Number 81/2014 and the Deconstruction of the Foundations of Contemporary Slavery Labor in Brazil" la urgencia de reglamentar la Enmienda Constitucional 81/2014 aprobada en Brasil, definiendo con claridad el concepto de esclavitud y posibilitando

---

[5] Naciones Unidas. *Informe Nacidos libres e iguales: Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*. HR/PUB/12/06. Nueva York – Ginebra, 2012.

[6] Naciones Unidas. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*. A/HRC/19/41, 17 de noviembre de 2011.

la confiscación de los bienes de aquellas personas que sometan a otros a esclavitud u otros actos análogos. Como reconoce la autora, la primera de estas acciones resulta fundamental para evitar que la noción de esta conducta se diluya o relativice, frente a la ofensiva de algunos grupos de interés que promueven maniobras legislativas dirigidas a obtener ventajas económicas utilizando mano de obra esclava.

En seguida, Joana Rebelo Morais aborda en el trabajo "Limitation of Political Rights. The Case of the First Democratic Election in Portugal (1975)" los fundamentos que motivaron la adopción de medidas de exclusión contra miembros y colaboradores de la dictadura en Portugal para, de esta manera, salvaguardar el proceso de democratización en dicho país. Bajo las particularidades de esta experiencia, este escrito nos invita a reflexionar sobre la naturaleza de estas medidas, así como sus efectos y alcances.

Por su parte, el profesor Carlos R. Fernández Liesa realiza en "Nationalism, Pluralism and Minorities in Spain: the Case of Catalonia" una revisión de los argumentos que respaldan la pretensión soberanista de Cataluña. Situado en ese escenario, el autor sostiene que España es una nación plural en un sentido de identidad, pero no un Estado plurinacional. Agrega que Cataluña no tiene derecho a la libre determinación pues era una parte integrante de España antes de que aparecieran las normas sobre colonización, por ende no podría ser aplicable a Cataluña el derecho a la libre determinación. Además, el autor resalta que Cataluña nunca fue una colonia ni un territorio ocupado.

En ese orden de cosas, la profesora Helena Torroja Mateu expone en el trabajo "Human Rights, Self–Determination of Peoples and Secession" que, en el desarrollo del Derecho Internacional, no existe un derecho, distinto a la libre determinación, que otorgue a una parte de la población de un Estado la posibilidad de separarse. En suma, como reconoce Torroja Mateu, resultaría mas honesto y razonable reconocer que no existen argumentos legales o morales que sostengan la pretensión soberanista de Cataluña.

En concordancia con estos puntos de vista, el investigador Víctor C. Pascual Planchuelo destaca en "Catalonia: Is the Holding of a Referendum to Decide on the Secession of a Territory in Accordance with International Law? The Effects of the Recognition of States" que, una vez realizado el referéndum de 1 de octubre de 2017, los Estados de manera unánime rechazaron la declaratoria unilateral de independencia, pues consideraron que Cataluña no atraviesa una situación ilegal, sino que, por el contrario, goza de un alto

nivel de autogobierno, en el marco de una Constitución democrática, y no padece la ocupación ni el sometimiento de una potencia colonial.

En el trabajo "Ethnical Identity and Recognition Between Colonial And Post–Colonial Rights", la profesora Monique Falcão refiere a las "quilombolas", creadas por el artículo 68 de la Constitución de Brasil, como una identidad y un derecho de propiedad particular que reconoce la existencia de una tradición comunitaria. Si bien, la implementación de este tipo de mecanismos no ha sido armónica en los países en los que se ha llevado a cabo, y Brasil no es la excepción, la búsqueda de alternativas debe tener en cuenta la siguiente premisa: en los pueblos indígenas y tribuales existe una tradición comunitaria basada en una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra que tiene como eje el grupo y su comunidad, pues su vinculación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras[7].

Luego, la profesora Tatiana Barandova desarrolla el trabajo titulado "The (Possible) Role of Ombuds in implementation of Sustainable Development Goals 2030: Case of Russia in the biopolitical field of gender equity". En esta investigación la citada autora describe un escenario adverso para la mujer cuyos derechos han sido violados en Rusia, pues este país no cuenta con Ombuds capacitados en materia de género. Sin embargo, Barandova muestra optimismo frente al trabajo que realizan las Organizaciones No Gubernamentales para lograr la implementación de mecanismos nacionales idóneos para la protección de los derechos humanos de las mujeres.

Sin duda alguna el tema que plantea Veronica Reda, titulado "Climate change and sustainable development: facing present challenges and working towards goals and the future", es una prioridad en las agendas públicas de los Estados. Los efectos causados por el cambio climático (aumento de la temperatura promedio global de los océanos y la superficie terrestre, aumento promedio del nivel del mar, inundaciones recurrentes, entre otros) determina la urgencia de adoptar medidas concretas. Cabe resaltar que estas circunstancias no solo tienen un impacto en el entorno, sino también en los derechos humanos. Desde esas coordenadas, la interdependencia entre derechos humanos y desarrollo sostenible ha sido clave para la formulación de

[7] *Cfr.* Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de Noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 91, 121 y 129.

los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas. En ese sentido, la investigadora sugiere que todos los actores concernidos (Estados, organismos internacionales, sector privado y sociedad civil) deben enfocar sus esfuerzos en mitigar los efectos del cambio climático.

A su vez, la investigadora Patrizia Rinaldi nos plantea en "Unaccompanied migrant minors: vulnerable and voiceless" la urgencia de atender la situación de desamparo en la que se encuentran los menores no acompañados, los cuales son víctimas de la vulneración sistemática de sus derechos humanos. En efecto, resulta relevante resolver las desventajas reales que surgen debido a la inexistencia de un ente soberano que vele por los derechos de los menores no acompañados, pues estos están condicionados por la voluntad del Estado receptor. Desde este análisis, se menciona acertadamente una serie de acciones y estándares internacionales que deben considerarse respecto del tratamiento de este grupo vulnerable, resaltando que la detención debe ser el último recurso y dictarse por el menor tiempo posible. La aludida autora finaliza su exposición resaltando la necesidad de garantizar a todos los niños los derechos humanos consagrados en los diferentes tratados internacionales, sin tener en cuenta su estatus migratorio.

Alfredo Dos Santos Soares autor de la investigación "The (Un)Protection of Internally Displaced Persons Under The Global Compact On Refugees", nos transmite su preocupación por una de las secuelas más reprobables de la globalización y los conflictos: los desplazamientos forzados. En ese sentido, el autor limita su campo de estudio específicamente a los desplazados internos de la región africana, un grupo vulnerable que demanda una vida digna y el respecto por sus derechos humanos. Dos Santos refiere la situación de evidente abandono por parte del Estado. Sin embargo, el referido autor se muestra hasta cierto punto optimista frente a las muestras de solidaridad de la comunidad internacional que, en las últimas décadas, ha tomado una postura activa en el mejoramiento de las condiciones de existencia de los desplazados. Asimismo, el citado investigador saluda la adopción del Pacto Mundial para los Refugiados que, si bien no recoge directrices a favor de los desplazados internos, representa un parteaguas en el desarrollo de medidas favorables a la dignidad de estas personas.

El trabajo "The global compact for migration agreement and the principle of universality of human rights: the gender perspective" desarrollado por Matteo Pezzullo centra su análisis en la dignidad de la persona como fundamento de la noción de universalidad de los derechos humanos. En ese sentido, su investigación propone que dicho principio otorga a todas las per-

sonas en contexto de movilidad igual protección a sus derechos humanos, sin importar su "membresía" política. Además, postula que la universalidad rige a los tratados internacionales de derechos humanos, incluyendo a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En ese orden de ideas, Pezzullo es consciente del camino que falta recorrer para lograr la implementación de los derechos a los migrantes, sobre todo, los derechos sociales, que son aquellos que quedan, en mayor medida, a merced de la discreción de los Estados.

Finalmente, completa la obra el trabajo "The Securitization of Migration in United States. Human Rights Violations of Irregular Inmigrants", elaborado por Karen García Curiel, que plantea una crítica minuciosa de la política migratoria estadounidense que, a partir de los atentados terroristas de 2001, concibe a los inmigrantes en situación irregular como "enemigos" que deben ser combatidos a través de leyes penales inflexibles y fuerzas militares. A partir de estas dos cuestiones, la autora pone en evidencia la falta de razonabilidad en penalizar conductas que, según su gravedad, escasamente podrían llegar a ser consideradas infracciones administrativas. De igual manera, rechaza el empleo de fuerzas militares en las labores de orden interno, pues estas, a diferencia de la policía, están capacitadas para garantizar la soberanía nacional y la integridad territorial. En ese orden de ideas, resultan válidas las preocupaciones de la autora referidas a la ausencia de mecanismos de protección para los migrantes irregulares, debido al "excepcionalismo" (referido anteriormente) que impide la aplicación cabal de los estándares que han cimentado los órganos de derechos humanos a lo largo del tiempo.

Como el lector puede apreciar, en su conjunto los trabajos aquí reseñados se orientan a brindar un panorama completo sobre la situación de los derechos humanos a nivel global, así como una revisión de los retos y oportunidades existentes para lograr su tutela efectiva. Estamos, pues, ante un libro que no solo realiza una profunda reflexión teórica, sino que también formula alternativas para los grandes problemas de nuestro tiempo.

Renato Sotelo Torres
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail:100326158@alumnos.uc3m.es

Luca BARBARI, Francesco De VANNA (eds.),
***Il "diritto al viaggio". Abbecedario delle migrazioni*,**
Colección "Diritto e Vulnerabilità - Studi e ricerche del CRID"
Giappichelli, Turin, 2018, pp. 347

Sebastián Pattin
Instituto de Humanidades y Ciencias Sociales
Universidad Nacional Mar del Plata – CONICET

Palabras clave: migración, hospitalidad, inclusion, exclusión
Keywords: migration, hospitality, inclusion, exclusion

El presente abecedario puede ser comprendido como el fruto intelectual del *Festival della Migrazione* organizado a partir de 2016 por la *Associazione Porta Aperta* y la *Università degli Studi* en Modena, entre otras organizaciones estatales y no estatales. El lexicón, resultado también del esfuerzo editorial del *Centro di Ricerca Interdipartamentale su Discriminazioni e Vulnerabilità* con sede en el *Dipartimento di Giurisprudenza* de la *Università degli Studi de Modena* (*www.crid.unimore.it*), se compone de 45 conceptos especialmente relevantes para el campo de los estudios migratorios elaborados por estudiosos en su mayoría italianos y provenientes de diferentes disciplinas.

Organizaciones sociales, universidades y organismos públicos vinieron a proponer no solamente una serie de definiciones conceptuales, sino también un lenguaje, una gramática, en torno a la migración. A partir de miradas filosóficas, jurídicas, pedagógicas, políticas, religiosas y literarias, los autores abordan conceptos desde "asilo", "colonialismo", "fronteras", "cuerpos", "discriminación", "mujeres", "fe", "identidad", "mar", "muros", "ong", "pobreza" hasta "seguridad", "extranjero", "raza/racismo", "trata"/"esclavitud", "humanidad", y "vulnerabilidad".

Como sugiere el editor Luca Barbari en el *Prólogo* (pp. VII-XII), el abecedario puede ser recorrido a partir de dos gestos interpretativos bien diferenciados aunque no contradictorios. O bien una lectura técnica-jurídica donde los conceptos son aprehendidos a partir de su sentido político-jurídico o a partir de una comprensión de la propia existencia humana como un viaje. En ese sentido, "estar en viaje" se comprende también como un viaje interior.

Refiriéndose a los estudios de Georg Simmel, Emilio Santoro compara las «fronteras» (pp. 31-36) a los marcos y pone en evidencia la perspectiva epistemológica a la que dan lugar: en este sentido, la frontera se entiende, en primer lugar, como un hecho sociológico que se forma espacialmente a través de prácticas y discursos específicos de inclusión y exclusión que se reflejan, como señala Barbara Bello, también sobre las «segundas generaciones» (pp. 257-263), y también - Lucia Re lo explica de manera muy eficaz - sobre las condiciones de los "niños" (pp. 9-16).

A partir de la tesis de Wendy Brown sobre el declive de los estados nacionales, Enrica Rigo subraya la función de las "emociones" en los procesos de alteración, que hoy encuentran en la lógica "divisoria" y fronteriza de los "muros" (págs. 177-184) -incluidos los de los centros de detención- su efigie más típica y visible en el signo y en la retórica de la "seguridad" (sobre la cual escribe Fabrizio Battistelli: pp. 265-271).

En el término "cuerpos" (pp. 37-44), Orsetta Giolo pone de relieve los procesos de deshumanización de las personas migrantes, condenadas por dispositivos institucionales especiales a convertirse en "no personas", cuerpos, mudos excluidos y explotados por la violencia histórica de las políticas estructurales de dominación. Eso ocurre en particular a las "mujeres" que -como observa oportunamente Carla Faralli (pp. 69-74)- a pesar de los medios de protección introducidos por las leyes nacionales y las convenciones internacionales, siguen siendo objeto de graves "discriminacines" (Serena Vantin explica este aspecto en su escrito: pp. 65-68), que resultan más evidentes en el caso de las mujeres migrantes, incluso, y de forma dramática, en los contextos multiculturales de los países occidentales.

Entre las luces de *Il diritto al viaggio*, además encontramos las definiciones de unos conceptos muy antiguos como los de "raza"/"racismo" (Gf. Zanetti), "colonialismo" (Russo), "extranjero" (V. Sorrentino) y "trata"/"esclavitud" (Th. Casadei).

Zanetti propone comprender el concepto de "raza"/"racismo" a partir de la lógica simbólica de los cinco sentidos (pp. 247-256). El sentido del ol-

fato, el olor, o, mejor dicho, el hedor o la pestilencia atribuida a la otredad, representa lo inevitable de la presencia del "otro entre nosotros". El único de los sentidos que no puede ser obstruido o bloqueado ya que se pueden cerrar los ojos, tapar los oídos y evitar el contacto físico, pero el olfato y la respiración necesariamente se superponen. En concreto, el "racismo" se funda en la esencialización de una serie de características accidentales, un olor, una religión, una cultura, una territorialidad. Este aspecto llega a la exacerbación máxima de la identidad (este tema, muy controvertido, ha sido abordado por Simone Ramilli: pp. 111-116) y de la idea misma de "raíces" (que trata Daniele Cantini: pp. 239-246).

Por otro lado, Vincenzo Sorrentino asocia al «extranjero» con el concepto de "bárbaro" quien posee una lengua no comprensible (pp. 279-284). Ahora bien, no sólo no se comprende su lengua, sino que el "extranjero" es también una alteridad distante, herética, impura. A partir de una ética de la proximidad a través de la compasión, Sorrentino apunta que uno debiera reconocer en sí mismo la extranjería de la otredad. El uno mismo como "extranjero". La caracterización del extranjero como "ladrón de trabajo", "criminal" o "terrorista" convierte en definitiva a la víctima en amenaza obstruyendo la necesaria compasión en el proceso de reconocimiento. Ello abre las puertas a la violencia. Por lo tanto, el encuentro de la otredad debe darse independientemente del contexto y el cuadro jurídico-normativo que la define.

Finalmente, Thomas Casadei indica la inexorable relación entre "trata"/"esclavitud" con el fenómeno más amplio de la migración (pp. 299-308). En los estudios migratorios, la "trata"/ "esclavitud" constituye el reverso de la narrativa de la "seguridad", la "integración" y la "utilidad económica". La vulnerabilidad (sobre la cual se detiene Baldassare Pastore: pp. 323-327), la incertidumbre y la indefinición propia del migrante en su nuevo destino terminan reproduciendo las desigualdades sociales en los países de origen. Así mujeres, niños, niñas y adolescentes configuran las víctimas principales de las redes de trata y esclavitud laboral en los países centrales. En la actualidad, la paradoja reside en que millones de personas en esclavitud laboral sostienen economías llamadas capitalistas. Por otro lado, la explotación sexual de las mujeres suele comprenderse a partir del fenómeno de la trata donde quienes buscan un futuro mejor por cuestiones económicas, políticas y sociales terminan siendo víctimas de redes criminales. Sin embargo, también podría incorporarse el reverso del turismo sexual de occidente hacia el sudeste asiático.

En el término "humanidad" (pp. 309-316) Luca Baccelli recuerda los estilos recurrentes de cada proceso de deshumanización, denunciando sus aporías, a partir de la asimetría que caracteriza al *ius peregrinandi*- hoy sistemáticamente negado por los estados nacionales y hace tiempo expresión de la justificación 'liberal' de la *Conquista*. Por lo tanto ocurre que un derecho, una vez fundado filosóficamente y defendido públicamente, hoy sea desconocido, obligando a un gran número de personas a emigrar por mar. El mar, emblemáticamente el Mediterráneo, como observa Fabio Macioce, se convierte en el escenario típico de las migraciones: el mar vuelve a poner en comunicación, a unir, a llevar al hombre más allá de las limitaciones materiales determinadas por la espacialidad terrestre (pp. 167-175). Sin embargo el mar, más allá que un lugar de tránsito, es un lugar de muerte, de riesgos para los hombres y mujeres que se escapan de condiciones de "pobreza" (como explica Teresa Marzocchi: pp. 213-220) y de situaciones de opresión y falta extrema de libertad (en este sentido -como afirma Roberta Biagiarelli- es posible un paralelo con el difícil camino hacia una vida libre y mejor representada por el "éxodo": pp. 83-88). En este sentido -como escribe Francesco De Vanna (pp. 185-189)- las "Ong" llegan a ser decisivas: con sus operaciones de búsqueda y socorro, "han contribuido en los últimos años a salvar la vida de un número significativo de personas". Desde este punto de vista, las palabras clave para considerar los fenómenos migratorios son "asilo (derecho de asilo)", tema tratado por Alessandra Sciurba, "protección internacional / refugiados", cuestiones analizadas por Stefania Ascari, así como "hospitalidad" (Alberto Caldana, pp. 191-198) y "proximidad / acogida", (Gian Carlo Perego, pp. 221-229).

Entre las sombras de la contribución aquí reseñada, valen observarse algunos aspectos puntuales. Por un lado, es deseable esperar que *Il diritto al viaggio* se configure como un puntapié para una futura colaboración continental o trasnacional, o global en el *argot* de los últimos 20 años de las ciencias sociales y humanas, que agregue distintas miradas provenientes también de países americanos y asiáticos, incluso plumas de otros países Europeos propiamente periféricos como aquellos de la denominada Europa del Este. Por el otro, *Il diritto al viaggio*, así también como todo lexicón sujeto a una diversidad de plumas y disciplinas, no siempre sostiene a lo largo de la lista de conceptos claves la misma rigurosidad teórica y metodológica en sus definiciones. Además los abordajes afines a la filosofía o a la política, dependiendo de su autor, recrean definiciones con una menor capacidad de opera-

cionalización. Por último, migrar o «estar en viaje» es una condición que va más allá de la tradicional distinción político-cultural de centro-periferia. Los movimientos migratorios también encuentran en ocasiones otros destinos de la llamada periferia. Es decir, los estudiosos pueden encontrarse con dinámicas periferia-periferia que desafían las concepciones más economicistas de la migración.

Un párrafo aparte para los interesados por el rol de la religión en la vida moderna dado que el *Epilogo* (pp. 329-332) vino escrito por Gualtiero Bassetti, arzobispo de Perugia-Città della Pieve y cardenal Presidente de la Conferencia Episcopal Italiana. A luz del giro propuesto por Francisco respecto de la migración en general, pero de la migración en Europa en particular, el cardenal italiano insta en su breve conclusión a una renovación de la Iglesia italiana, pero también universal. Así Bassetti propone una Iglesia "en viaje". Una Iglesia inclusiva, abierta, peregrina, solidaria y generosa con la otredad. Se tratade aspectos que conciernen la manera de pensar las "ciudades" (Andrea Bosi: pp. 17-22) y también el "Estado" y sus divisiones administrativas (Donatella Loprieno: pp. 273-277).

En conclusión, el abecedario editado por Barbari y De Vanna lejos se encuentra de querer suturar el todavía *in fieri* debate conceptual en torno a la migración y su naturaleza poliédrica, sino que quiere por el contrario abrirlo a nuevas voces, definiciones y miradas.

Por lo tanto, *Il diritto al viaggio* es un valioso esfuerzo colectivo por construir un corpus de conceptos compartidos al momento de analizar los movimientos migratorios pasados, presentes y, sobre todo, futuros.

Sebastián Pattin
Instituto de Humanidades y Ciencias Sociales
Universidad Nacional Mar del Plata – CONICET
E-mail: spattin@hotmail.com

NOTICIAS

I Congreso Internacional de Alumnos y Alumnas del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, *Universidad Carlos III de Madrid, 22, 23 y 24 de enero 2020*

Los días 22, 23 y 24 de enero de 2020 se celebró en el Campus de Getafe de la Universidad Carlos III de Madrid el I Congreso Internacional de Alumnos y Alumnas del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas". La importancia de dicho Congreso fue doble: por una parte, por el contenido del propio Congreso, por otra, por lo que representó de punto de arranque de la "Asociación de Estudiantes y Egresado/as del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas".

El Congreso fue el resultado de un proyecto largamente anhelado por alumnas/os y profesores/as que han trabajado y trabajan en los distintos programas de docencia e investigación que se realizan en el seno del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" (en adelante IDHBC o simplemente el Instituto).

El Instituto fue creado por el Real Decreto 843/1993 de 28 de mayo, aunque ya venía realizando actividades como Centro de la Universidad Carlos III de Madrid desde 1990, habiendo ya puesto en marcha para el bienio 1992-1994 la primera promoción del Doctorado en Derecho: Programa de Derechos Fundamentales (origen de lo que hoy día son el Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos y el Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos). A lo largo de todos estos años el Instituto ha puesto en marcha otros programas de estudios en derechos humanos, algunos que ya acabaron, como el Título de Especialista en Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos y otros que se siguen impartiendo de manera ininterrumpida, como el Máster en Derechos Fundamentales, que el próximo curso académico comenzará su 23ª edición. Eso supone que en el Instituto se han formado muchos cientos de alumnas/os de las más diversas nacionalidades en derechos humanos, habiendo muchas/os de ellas/os realizado una exitosa carrera profesional en la defensa

de los derechos y ocupando algunas/os puestos de la máxima responsabilidad en organizaciones e instituciones jurídicas y políticas a nivel nacional e internacional. Sn embargo, hasta ahora el IDHBC no tenía una asociación que sirviera de espacio de encuentro para todas las personas que habían estado o continuaban estando vinculadas al Instituto; por ello, ante la necesidad sentida desde hacía tiempo de crear ese espacio de encuentro, se impulsó la celebración del I Congreso Internacional de Alumnos y Alumnas del IDHBC.

El Congreso se estructuró en torno a seis grandes temas, cinco de ellos responden a cuestiones que tradicionalmente han sido de especial interés en la investigación y la docencia del Instituto, así cuestiones relacionadas con la dignidad humana, las garantías de los derechos, el género, las niñas y los niños, y los problemas actuales de los derechos humanos; el sexto tema que se abordó de forma específica fue en relación con la especial situación social que se vivía en Chile después del estallido social que se produjo en octubre de 2019. Las respectivas ponencias estuvieron a cargo de alumnas/os y exalumnas/os del Instituto, que vinieron de diferentes partes del mundo exclusivamente para participar en el Congreso. El Congreso fue un éxito por la calidad de las ponencias y por el enriquecedor debate que se produjo con el público asistente, constituido en su mayoría por alumnas-/os y exalumnas/os que también se trasladaron al mismo desde sus respectivos países. El Congreso fue asimismo seguido en streaming, puede ser visualizado en el siguiente enlace: *https://media.uc3m.es/video/5e2955ff8f42082ec28b4665*, y sus ponencias serán publicadas en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*.

En paralelo al Congreso, pero, como antes indicaba, vinculada a la misma, se realizó una reunión entre alumnas/os y exalumnas/os del IDHBC. De dicha reunión salió un compromiso serio de repetir la experiencia exitosa del Congreso y de poner en marcha la "Asociación de Estudiantes y Egresado/as del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas". Ambas iniciativas han sido impulsadas de manera importante, habiéndose ya programado, por una parte, que el II Congreso Internacional de Alumnos y Alumnas del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" se celebre el próximo curso académico en el Campus Universitario Valle del Lili de la Universidad Autónoma de Occidente (Cali -Colombia-); y, por otra, que el 16 de abril (fecha que tendrá que ser aplazada como consecuencia de las medidas que en el momento de escribir esta nota se han adoptado en

España para controlar la extensión del Covid-19) se firme el Acta constitutiva de la Asociación de Estudiantes y Egresados/as del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.

La celebración del I Congreso Internacional de Alumnos y Alumnas del IDHBC constituyó un gran acontecimiento académico, pero también constituyó una gran ocasión de reencontrarse antiguas/os compañeras/os y amigas/os y un muy esperanzador inicio de puesta en funcionamiento de la anhelada "Asociación de Estudiantes y Egresado/as del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas", que servirá de ámbito de encuentro y desarrollo de muchas iniciativas que permitirán construir un mundo en el que se dé un mejor reconocimiento y protección de los derechos humanos.

Ignacio Campoy Cervera

Noticias de la unidad académica de DERTECNIA, *Derechos Humanos, Diversidad y Nuevas Tecnologías, septiembre 2019 – febrero 2020*

Después del éxito y de las muchas ideas que se pusieron sobre la mesa durante la segunda conferencia anual de Dertecnia que tuvo lugar el 29 mayo 2019, se han organizado de nuevo, desde el septiembre 2019 hasta el febrero 2020, distintos coloquios de dicha unidad académica.

Esos coloquios podemos organizarlos en dos grupos:

(1) el primer grupo son los coloquios que tuvieron lugar desde septiembre hasta diciembre 2019. Todos ellos se inspiraron en libros recién publicados, cuyos autores aceptaron amablemente efectuar su presentación en esos eventos;

(2) el segundo grupo lo constituye el primer coloquio del año 2020, introduciendo un tema completamente nuevo como es la cuestión de la tecnología y la lucha contra la violencia del genero.

Pero empecemos por orden: el 3 de octubre 2019 Pablo García Mexía al que, entre muchos otros reconocimientos y cargos institucionales, le ha sido otorgado recientemente el Premio ISACA (Information Systems Audit and Control Association) 2019, —un reconocimiento que dicha organización adjudica a los mejores juristas en el campo de Ciberseguridad—participó en el coloquio de Dertecnia con la presentación "La Regulación de Blockchain" explicando esta tecnología y sus particularidades. Dicha presentación estuvo basada en su libro "Criptoderecho. La Regulación de Blockchain" (Wolters Kluwer 2018). Las explicaciones del autor fueron fundamentales para entender la importancia y disruptividad de esta tecnología no solo para el Derecho sino también para el mundo financiero y otros ámbitos. La gran capacidad y facilidad comunicativa del autor fueron fundamentales para explicar cuestiones tecnológico-jurídicas y contextualizarlas en el más complejo entorno de la innovación.

El segundo libro presentado en los coloquios de Dertecnia en el otoño-invierno 2019 fué el escrito en coautoría por Pilar Zapatero Martín y Lucrecio Rebollo Delgado, prof. de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), titulado "Derechos Digitales"

(Dykinson 2019). Los autores presentaron el objetivo perseguido con dicha publicación donde se explica cuales son esos derechos digitales introducidos por la Ley Orgánica 3/2018 del 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Los participantes debatieron y trataron dichos derechos uno por uno, así como en su conjunto. Las cuestiones debatidas fueron, por citar algunas, la relativa a si esos nuevos derechos digitales son una nueva forma de los derechos fundamentales y que relación tienen con los ya existentes, cómo se garantiza el derecho a la seguridad digital, cómo se ejercitan los derechos de rectificación, actualización y supresión de la información personal, cuáles son las particularidades de los derechos digitales en el ámbito laboral y en el caso de los sujetos menores de edad, y que pasa con el testamento digital.

El tercer coloquio del mes de diciembre tuvo como protagonista el libro "Legal Tech. La transformación digital de la abogacía" (Wolters Kluwer 2019) cuyo autor es Moisés Barrio Andrés, abogado, letrado del Consejo de Estado y profesor. Dicho libro es una guía para los profesionales del Derecho: no solo abogados sino también otros profesionales de las ciencias jurídicas (registradores y notarios, entre otros) que ahora tienen en dicho libro una ayuda para orientarse en el complejo mundo de las tecnologías que ya no llamamos "nuevas", sino "disruptivas". El autor explicó también distintas perspectivas adoptadas por distintos países del mundo respecto a dichas tecnologías, explicando el impacto que la mismas tienen para los grandes y pequeños despachos, proveedores, y la administración pública. Fue un coloquio muy interesante y enriquecedor, muy especialmente para los asistentes que aún tenían muchas dudas y preguntas sobre la relación y los problemas jurídicos que suponen muchas de las tecnologías de las que oímos hablar todos los días.

La unidad académica de Dertecnia ha empezado el año 2020 con un coloquio dedicado a un tema doloroso y muy importante como es la violencia de género: las profesoras de la UC3M, Clara Sainz de Baranda Andujar (Departamento de la comunicación) y Celia López Ongil (Departamento de la Tecnología Electrónica) han presentado la herramienta BINDI y el proyecto EMPATIA-CM (protEcción integral de las víctimas de violencia de género Mediante comPutación AfecTIva multimodAl). BINDI es una herramienta que ayuda a los investigadores a entender las reacciones de las víctimas de la violencia de género ante las situaciones de peligro, generar detección automática de dichas situaciones y poder intervenir en el futuro para pararlas

y prevenirlas. Las investigadoras han explicado la importancia de las herramientas de este tipo para poder garantizar la seguridad, así como también expusieron las posibilidades que dichas herramientas tienen para las demás mujeres o hombres que puedan encontrarse en situaciones de peligro. Sin ninguna duda la importancia de esta investigación dejó a todos los asistentes con ganas de saber más y esperamos que en los próximos números de "Derechos y Libertades" podamos contar cómo este proyecto está aportando su granito de arena en esta lucha.

MIGLE LAUKYTE

PARTICIPANTES EN ESTE NÚMERO

Ángeles Solanes Corella

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Facultat de Dret de la Universitat de València. Actualmente es la presidenta del Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica. Su investigación aborda temas relacionados con los derechos humanos y la filosofía jurídico-política desde la perspectiva del derecho español y el comparado. Es autora de diversos libros y múltiples artículos en revistas científicas especializadas. Entre sus obras más recientes puede citarse la monografía *Derechos y Culturas. Los retos de la diversidad en el espacio público y privado* (2018).

Es miembro fundador del Instituto Universitario de Derechos Humanos de la Universitat de València. Además, colabora como evaluadora de diferentes agencias nacionales e internacionales y forma parte del Comité Nacional de Responsabilidad Social Corporativa de la RFEF. Es la directora del Anuario de Filosofía del Derecho y participa como evaluadora en revistas científicas españolas y extranjeras.

Antonio Manuel Peña Freire

Es Doctor en Derecho y Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Granada. Es autor de libros como *La garantía en el Estado Constitucional de derecho* (1997) o *Legalidad y orden jurídico* (2018) y numerosos capítulos de libro y artículos, como "La teoría fuerte de los derechos sociales" en *CEFD*, "Fue Auschwitz legal?" en *Isonomía*, "There must be rules" en *Eunomía* o "Reasons for Legality: The moral Idel of Legality and Legal Positivism" en *Diritto&Questioni Pubbliche* o "Garantismo y constitucionalismo: una relación difícil" en los *ACFS*. También es editor, junto a Mª Ángeles Cuadrado, de *Bioseguridad, derecho y defensa* (2013).

Paola Chiarella

Es Profesora de Filosofía del Derecho en la Universidad Magna Graecia de Catanzaro, donde obtuvo su doctorado en "Teoria del diritto e ordine giuridico europeo". Sus intereses de investigación se refieren a temas de solidaridad y derechos sociales, crisis de la solidaridad en Europa, cuestiones bioéticas del fin de vida, laicidad y modernidad.

Francesco Biondo

Es investigador (Ricercatore) en Filosofía del Derecho de la Università di Palermo, Dipartimento di Giurisprudenza. Es autor de dos monografías, una de ellas traducida en castellano *Desobediencia civil y teoría del derecho* (2016) y de varios artículos publicados en la revista *Derechos y Libertades*.

Ilario Belloni

Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Pisa (Italia), donde enseña Filosofía del derecho y Interpretación y argumentación jurídica. Sus principales intereses de investigación se refieren a la historia del pensamiento jurídico, las teorías de los derechos, el derecho y literatura. Sobre estos temas ha publicado varios artículos en revistas italianas y extranjeras, así como las monografías *Una dottrina "assai strana". Locke e la fondazione teologico-deontologica dei diritti* (2011) y Ex obligatione salus? *Diritto, obbedienza, sicurezza: percorsi della modernità* (2013).

Angelo Anzalone

Doctor en Derecho. Profesor Ayudante Doctor (acreditado a Contratado Doctor) del Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Córdoba. Autor de varios artículos, capítulos de libro y monografías sobre historia del pensamiento filosófico-jurídico, neo-idealismo jurídico, teoría comunicacional del Derecho y nuevas tecnologías de la información. Ha realizado estancias de investigación en las Universidades de Bologna, Bayreuth y Évora.

Arianna Maceratini

Es investigadora en Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Macerata y profesora agregada de Informática Jurídica en la Universidad de Macerata. Entre sus trabajos sobre la teoría de sistemas de Luhmann y la teoría discursiva de Habermas mencionamos *Procedimiento como norma. Reflexiones filosófico-jurídicas sobre Niklas Luhmann* (2001), *Discurso y norma. Perfil filosófico-jurídico de Jürgen Habermas* (2010).

Mª Dolores Pérez Jaraba

Es Doctora en Derecho por la Universidad de Jaén; leyó su tesis "Derechos fundamentales y mediación: la mediación familiar" en marzo de 2017. Es profesora Asociada de Filosofía del Derecho en la misma universidad desde el año 2008 y abogada en ejercicio, especializada en derecho de familia y mediación familiar. Sus principales líneas de investigación son: derechos humanos, mediación, género y menores.

Jesús Ignacio Delgado Rojas

Es Doctor en Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid. Máster en Derecho Público y doble licenciado en Derecho y Dirección y Administración de Empresas por la misma Universidad. Profesor-ayudante con contrato predoctoral (FPU). Imparte clases de Filosofía del Derecho y Filosofía Política. Es miembro del Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia (GIDYJ). Entre sus temas de investigación destacan los relacionados con el Derecho y la Moral (en especial los referentes al moralismo legal), el liberalismo político, la dignidad humana y el autorrespeto.

Eduardo C. B. Bittar

Profesor Asociado del Departamento de Filosofía y Teoría General del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP). Fue Miembro del Comité Nacional de Educación en Derechos Humanos – SDH-PR (Brasil, 2008-2010). Fue Miembro Titular del Consejo de la Cátedra UNESCO de "Educação para a Paz, Direitos Humanos,

Democracia e Tolerância", do IEA - USP (2007-2010). Fue Miembro del Comitê de Área del Derecho - CAPES (2010). Fue Presidente de la Asociación Nacional de Derechos Humanos – ANDHEP (Brasil, 2007-2010). Ha sido Coordinador de Educación en Derechos Humanos de la Secretaría Municipal de Derechos Humanos y Ciudadanía de la Ciudad de São Paulo (2013-2016). Ha sido Visiting Professor de la Università di Bologna (Bologna, Itália). Ha sido también Visiting Professor de la Université Paris- Nanterre (França, Paris). Ha sido Miembro de la International Advisory Committee of the 9th International Conference on Human Rights Education en la Western Sydney University (Austrália, Sydney).

Laura Zavatta

Se licenció en Filosofía en la Universidad de Bari "Aldo Moro" con una valoración de 110/110 cum laude. En 1998 se doctoró en "Filosofía y teoría del derecho social y político" en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nápoles "Federico II". En 2003 recibió una especialización postdoctoral sobre el tema "El sistema punitivo de '700 a '900". Filosofía, Política, Derecho". Es miembro de la Sociedad Italiana de Filosofía del Derecho desde 2006. En la actualidad enseña Filosofía del Derecho en la Universidad de Sannio. En 2018 obtuvo la habilitación nacional como profesora titular. Es codirectora de la revista *Filosofia dei diritti umani - Philosophy of Human Rights*. Es miembro del comité científico de la "Revista Interdisciplinar de las Ciencias Sociales Latinoamericanas *Questiones de Ruptura*".

Entre sus publicaciones más recientes: *Paradigmi di salvezza nella crisi della modernità*, Giuffrè, Milano 2014, *Il praxeologismo giuridico* (2016), *Il diritto nella volontà di potenza. Saggi su Nietzsche* (2016), *Il femminismo giuridico. Il ruolo della giurisprudenza nella differenza e violenza di genere* en "Filosofia dei diritti umani"; *Nietzsche nella caverna di Platone. La missione legislatrice dei filosofi*, in "*Platone nel pensiero moderno e contemporaneo*", XII Vol., (2017), *Controversial Theories on the Death Penalty*, en "Beijing Law Review", 2017, *Costituzionalismo e oggettività etica del diritto. Dworkin dopo Hart* (2017); *La sfida dei CLS alla mainstream legal scolarship* en "Filosofia dei Diritti Umani" (2018).

Antonio Scaramozza

Abogado en ejercicio, es también profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sannio, donde se licenció en Derecho en 2017. En agosto de 2017, junto con Laura Zavatta, publicó el volumen *I nuovi soggetti di diritto* con la editorial Aracne de Roma, y dos artículos en la revista *Filosofia dei diritti umani - Philosophy of Human Rights*.

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 **(fcojavier.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).

© 2012 Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas"

INSTRUCTIONS FOR PUBLISHING ARTICLES IN DERECHOS Y LIBERTADES

Instructions for authors established following the norm AENOR UNE 50-133-94 (equivalent to ISO 215:1986) about *Presentation of articles in periodic and serial publications* and following the norm AENOR UNE 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1687) about *Bibliographic references*.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12 and space 1,5, is 30 pages aprox. Books reviews maximum length should be 10 pages with 1,5 space. Also It has to be submitted an abstract of 10 lines with a maximum of 150 words and some keywords (max. 5) both in Spanish and English.

Originals will be submitted to an anonymous and external referee that could : a) advise their publication b) not advise their publication c) propose some changes. Derechos y Libertades will not consider the publication of articles which had been submitted to other reviews. An original should be submitted to Derechos y Libertades as a compromise that the manuscript will not be sent for any other publication while the time it is under Derechos y Libertades consideration for publishing. Originals will not be returned to their authors.

Articles should be submitted in Pc Word format to the Journal's e-mails (**fcojavier.ansuategui@uc3m.es; derechosylibertades@uc3m.es**). For facilitating the anonymity of the external referee, in one file author's details should be omitted. In a separated file, It should be included these details: author's name, University's address, author's e-mail address and a brief five-lines CV.

Authors of the published articles will receive an issue of the review and twenty copies of their own article.

Originals should be submitted in Spanish.

Derechos y Libertades establish the use of the following reference's rules as a condition for accepting the articles:

Books: E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

Articles included in collective works: G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A.García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derecho del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semantica della teoria del diritto" en U. SCAPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali.* Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

Articles included in periodic publicactions: 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 €

Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho dykinson

ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS

- Filosofía de la vulnerabilidad. Percepción, discriminación, derecho *por Zanetti, Gianfrancesco*
- 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 Mª (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, Mª 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