



DERECHOS Y LIBERTADES

REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO y DERECHOS HUMANOS

#46

uc3m | Universidad **Carlos III** de Madrid
Instituto de Derechos Humanos
Gregorio Peces-Barba



 FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

Dykinson, S.L.
EDITORIAL

DERECHOS Y LIBERTADES

Número 46, Época II, Enero 2022



uc3m | Universidad Carlos III de Madrid
Instituto de Derechos Humanos
Gregorio Peces-Barba

FC FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

Dykinson, S.L.

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

La Revista superó la III Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y renovó el Sello de Calidad FECYT hasta 2020.

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

Redacción y Administración

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



Suscripción en papel

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

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

Suscripción versión electrónica (revista en pdf)

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

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

ISSN: 1133-0937

Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:

Dykinson, S.L.

C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

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

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

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

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

Revista fundada por GREGORIO PECES-BARBA

Director:

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

Subdirector:

JAVIER DORADO PORRAS (Universidad Carlos III de Madrid)

Secretario:

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

Consejo Científico

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

RAFAEL DE ASÍS ROIG (Universidad Carlos III de Madrid)

RICARDO CARACCILO (Universidad de Córdoba, Argentina)

PAOLO COMANDUCCI (Università di Genova)

J. C. DAVIS (University of East Anglia)

ELÍAS DÍAZ GARCÍA (Universidad Autónoma de Madrid)

RONALD DWORKIN (†) (New York University)

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA (Universidad Carlos III de Madrid)

CARLOS FERNÁNDEZ LIESA (Universidad Carlos III de Madrid)

VINCENZO FERRARI (Università di Milano)

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO (Universidad de León)

PETER HÄBERLE (Universität Bayreuth)

MASSIMO LA TORRE (Università Magna Graecia, di Catanzaro)

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

JAVIER DE LUCAS MARTÍN (Universidad de Valencia)

JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA (Universidad de Cantabria)

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

ANTONIO E. PÉREZ LUÑO (Universidad de Sevilla)

PABLO PÉREZ TREMPES (Universidad Carlos III de Madrid)

MICHEL ROSENFELD (Yeshiva University)

MICHEL TROPER (Université de Paris X-Nanterre)

AGUSTÍN SQUELLA (Universidad de Valparaíso)

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

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

GUSTAVO ZAGREBELSKY (Università di Torino)

VIRGILIO ZAPATERO GÓMEZ (Universidad de Alcalá)

Consejo de Redacción

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

Sentido de la Revista

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

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

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

ÍNDICE

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

IN MEMORIAM

J.C. Davis. <i>In memoriam</i>	17
MIGUEL ANGEL RAMIRO AVILÉS	

ARTÍCULOS

Sexo, género y derechos: del “derecho a la orientación sexual y la identidad de género” al “derecho a la libre determinación del género”	23
---	----

Sex, gender and rights: from the “right to sexual orientation and gender identity” to the “right to self-determination of gender”

JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO

Los otros rostros de Alf Ross. Ideas para un análisis crítico del <i>Demokrati, magt og ret, 1974</i>	65
--	----

The other faces of Alf Ross. Hints for a critical analysis of Demokrati, magt og ret, 1974

ALESSANDRO SERPE

Hacia la no-dominación en el ámbito laboral: algunas propuestas neorrepublicanas	85
---	----

Towards non-domination in the workplace: Some neorepublican proposals

RAMÓN RUIZ RUIZ

La defensa de la República y los derechos a la renta del suelo y a la existencia en Thomas Paine y Maximilien Robespierre. Análisis comparativo	115
<i>The defense of the Republic and the rights to the income of the soil and the existence in Thomas Paine and Maximilien Robespierre. Comparative analysis</i>	
MARÍA LUISA SORIANO GONZÁLEZ	
El Reichsgericht como “guardián de la constitución” en la obra de Carl Schmitt	145
<i>The Reichsgericht as “guardian of the constitution” in Carl Schmitt’s work</i>	
PABLO RIQUELME VÁZQUEZ	
Una aproximación jurídico-filosófica a la memoria y al olvido desde la teoría de los derechos fundamentales	177
<i>Legal and philosophical approaches to memory and the right to be forgotten from a fundamental rights theory</i>	
MÓNICA MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ	
El principio de la reciprocidad: fundamentos para el ejercicio de las libertades fundamentales	213
<i>The principle of reciprocity: foundations for the exercise of fundamental freedoms</i>	
MARC-ABRAHAM PUIG HERNÁNDEZ	
Desafíos para la ciudadanía y el sistema de derechos fundamentales en la era digital	241
<i>Challenges for citizenship and the fundamental rights system in the digital age</i>	
CARLOS ARCE JIMÉNEZ	

¿No tengo (aún o ya) la edad? (In)visibilidad, vulnerabilidad y violencia de las personas menores y ancianas	273
<i>Am I not (yet or already) old enough? (In)visibility, vulnerability and violence of children and elderly</i>	

MARIA GIULIA BERNARDINI

Las moratorias científicas en el contexto de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos	297
<i>Scientific moratories in the context of the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights</i>	

MANUEL JESÚS LÓPEZ BARONI

RECENSIONES

Cintia FARACO y Simona LANGELLA (ed.), <i>Francisco Suárez (1617-2017) Atti del convegno in occasione del IV centenario della morte</i>	329
JESÚS MUÑOZ ALMAZÁN	

Octavio SALAZAR BENÍTEZ, <i>La vida en común. Los hombres que deberíamos ser después del coronavirus</i>	337
ALICIA CÁRDENAS CORDÓN	

Hugo SELEME, <i>Puro cristianismo</i>	345
LISANDRO N. GÓMEZ	

Georgios MILIOS, <i>El derecho a la vida familiar de los extranjeros.....</i>	351
FERNANDA TORRES VILLARRUBIA	

NOTICIAS

El Instituto de Derechos Humanos “Gregorio Peces-Barba” inaugura un nuevo curso en el que retoma la presencialidad	363
Reflexiones sobre la primera edición del foro “Mujeres frente a la pandemia: mirada de género para una respuesta feminista”	366
Webinar internacional “Free speech, democracy and right of minorities”, 7 julio-26 julio 2021	369
CV de los participantes	371

NOTA DEL DIRECTOR

El número 46 de Derechos y Libertades se inaugura con un recuerdo del Profesor J. C. Davis por parte de Miguel Angel Ramiro. Colin Davis destacó por sus estudios del siglo XVI y, desde su puesto en la Universidad de East Anglia, en Norwich, mantuvo un fructífero contacto con los profesores del Instituto.

La sección de artículos se abre con el trabajo de José Martínez de Pisón, *Sexo, género y derechos: del "derecho a la orientación sexual y la identidad de género" al "derecho a la libre determinación del género"*. El artículo analiza el debate en torno a los derechos del colectivo LGBTIQ. Estos derechos tienen por objeto evitar la discriminación de estas personas, la prohibición de la violencia y el odio y el pleno disfrute de los derechos y libertades fundamentales. Sin embargo, siguen existiendo grupos de personas, como los intersexuales, los transgénero, los queer, los no binarios, etc., que no se sienten identificados con la formulación de este derecho. La propuesta del autor gira en torno a la posibilidad de explorar una vía para la justificación de un derecho a la libre determinación del sexo.

En *Los otros rostros de Alf Ross. Ideas para un análisis crítico del Demokrati, magt og ret, 1974*, Alessandro Serpe propone un análisis del libro de Alf Ross, en el que, más allá de su preocupación por la teoría del Derecho, el autor danés se sumerge en aspectos de la práctica jurídica y del debate político de su tiempo. El volumen muestra cómo los principales presupuestos de su realismo le sirvieron de indicios para comprender cuestiones prácticas y, lo que es igualmente importante, revela los diferentes rostros del autor y su personalidad multifacética.

Por su parte, Ramón Ruiz regresa a las teorías republicanas, sobre las que ha publicado contribuciones anteriormente. Pero en esta ocasión concentrando la atención en una esfera específica, la laboral. En efecto, en el trabajo *Hacia la no-dominación en el ámbito laboral: algunas propuestas neorepublicanas*, parte de la idea de que la finalidad última del republicanismo cívico es hacer realidad el ideal de la libertad como no-dominación. No obstante, las amenazas para la libertad así entendida no proceden únicamente de los

poderes públicos, sino también de ciertos ámbitos privados, incluyendo el mundo laboral, donde con frecuencia los empleados están supeditados a las decisiones arbitrarias de sus empleadores. A partir de ahí, analiza las propuestas que desde el republicanismo de nuestros días se han formulado y están encaminadas a eliminar o a reducir la dominación en el ámbito laboral.

En *La defensa de la república y los derechos a la renta del suelo y a la existencia en Thomas Paine y Maximilien Robespierre. Análisis comparativo*, María Luisa Soriano propone un estudio de las posiciones que estos dos autores mantuvieron en relación con la defensa de la república y el reconocimiento de los derechos sociales. Ambos defienden una república representativa, pero difieren en relación con la cuestión del proceso de construcción. Ambos persiguen la supresión de la pobreza, pero el derecho a una renta del suelo de Paine es universal e incondicionado, mientras que el derecho a la existencia de Robespierre no atañe a todas las personas, sino a las que son pobres o carecen de trabajo. Consecuentemente, Paine puede ser considerado el precursor de la renta básica universal y Robespierre un pionero defensor del derecho de subsistencia condicionado.

La función defensiva de la Constitución que Carl Schmitt atribuye a los juzgados y tribunales ordinarios de la República de Weimar es estudiada por Pablo Riquelme en *El Reichsgericht como "guardián de la Constitución" en la obra de Carl Schmitt*, en donde se analiza una novedosa perspectiva de la reflexión schmittiana acerca de los diversos mecanismos institucionales disponibles para proteger la ordenación básica de una sociedad. De esta forma se plantea un claro distanciamiento respecto de los sobreentendidos más habituales en relación con la crítica del jurista alemán al liberalismo. En el trabajo se trata de mostrar que Carl Schmitt nunca se opuso a un control jurisdiccional de la constitucionalidad muy restringido y exclusivamente funcional a los intereses de la burguesía weimariana. De la misma manera, se señalan las implicaciones de lo dicho para la doctrina de las garantías institucionales desarrollada por el autor en los años finales de la república alemana y, en general, para su teoría institucionalista del Derecho.

En *Una aproximación jurídico-filosófica a la memoria y al olvido desde la teoría de los derechos fundamentales*, Mónica Martínez procede a analizar, la regulación del derecho al olvido. La elaboración automática de perfiles, la compilación y la presentación descontextualizada que las NTIC generan y hacen universalmente accesible en el mundo en línea. Nuestro mundo digital, basado en el recuerdo como principio categórico y el olvido como defecto

anómalo, pone en tela de juicio el principio de que la dignidad humana es el fundamento y el valor superior de todo orden democrático y constitucional, garantizando el derecho de toda persona a definir libremente su identidad y proyecto de vida. En tiempos digitales, los derechos más personalísimos requieren un cierto poder de control, una autodeterminación y autonomía informativas. Desde un enfoque basado en los derechos fundamentales, se estudia la justificación de este mecanismo de control.

El principio de reciprocidad, entendido como un principio lógico que opera en la posibilidad del ejercicio de las libertades fundamentales, constituye el centro de atención del artículo de Marc-Abraham Puig en el artículo *El principio de la reciprocidad: fundamentos para el ejercicio de las libertades fundamentales*, en donde se recurre a ejemplos de estas libertades, como la libertad de expresión y la de creencias, que ilustran una tesis controvertida, a saber, la de que no toda creencia puede tener cabida en el foro público democrático, que encuentra su lugar en la obra de Rawls. El autor ofrece una explicación distinta a la propia del modelo teórico principialista y, en este sentido, se propone un replanteamiento del modelo garantista de Ferrajoli a través de lo que se consideran las condiciones necesarias para el ejercicio de las libertades fundamentales.

El entorno digital es el marco de la reflexión del trabajo de Carlos Arce. En *Desafíos para la ciudadanía y el sistema de derechos fundamentales en la era digital*, se considera que la ciudadanía, como instrumento político-jurídico para la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales, afronta serios desafíos en el contexto de la era digital y de la expansión global de las nuevas tecnologías. Estos retos se pueden calificar como sistémicos, ya que cuestionan estructuralmente el concepto de ciudadanía, tanto en sus dimensiones subjetiva y objetiva como en las herramientas jurídico-formales que precisa para su desarrollo. Al mismo tiempo, se analizan las dificultades específicas que la digitalización y las nuevas tecnologías representan para derechos fundamentales clave en la perspectiva liberal de la ciudadanía y para el principio de igualdad material, así como las respuestas alternativas que desde las ciencias políticas y jurídicas se están alumbrando.

En *¿No tengo (aún o ya) la edad? (In)visibilidad, vulnerabilidad y violencia de las personas menores y ancianas*, Maria Giulia Bernardini subraya que, en relación con la cuestión de la violencia, la literatura crítica ha sacado a la luz el carácter estructural adoptado por ese fenómeno con respecto a determinados sujetos y grupos, indicados como “vulnerables”, poniendo de relieve

como la cuestión se relaciona, incluso antes que con el plano jurídico, con aquel sociocultural, puesto que es en ese plano donde la violencia recibe una primera legitimación. Asumiendo este cuadro teórico-conceptual como base, la autora reflexiona sobre el nexo que une (in)visibilidad, vulnerabilidad y violencia con respecto a las personas menores y ancianas; es decir, en relación con factor “edad”.

El último trabajo que publicamos en esta ocasión es el de Manuel Jesús López Baroni, *Las moratorias científicas en el contexto de la Declaración universal sobre bioética y derechos humanos*. El punto de partida está constituido por la Conferencia de Asilomar, que en 1975 inauguró una forma de normatividad que ha sido en general minusvalorada por los juristas: la declaración de una moratoria científica de carácter voluntaria, temporal y universal. Desde entonces, se han sucedido este tipo de declaraciones, aunque con desigual resultado. Su principal característica es que los científicos realizan un descubrimiento o innovación tecno-científica cuyo alcance inmediato no pueden calibrar, en un contexto de anomia jurídica y de desconocimiento total y absoluto por parte de la sociedad y los poderes públicos. El trabajo plantea en qué medida el Derecho podría o debería receptar este tipo de declaraciones con objeto de que sean vinculantes, en concordancia con el contenido de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO.

El número se cierra con las secciones relativas a las reseñas y a las noticias. En este sentido, cabe destacar que la Fundación Española de Ciencia y Tecnología ha renovado en 2021 el certificado de *revista excelente* para Derechos y Libertades, que viene siendo reconocido desde la primera convocatoria, de mayo de 2011. Como director de la revista, creo que es una muy buena noticia para nuestros autores y nuestros lectores, y también para los que trabajamos en mantener a la revista dentro de un alto nivel de calidad científica.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Director

IN MEMORIAM

J.C. DAVIS
In memoriam

El profesor J.C. Davis, Colin Davis, falleció el pasado 25 de julio de 2021 en Glasgow. Era miembro del Consejo Científico de la revista *Derechos y Libertades* y en diversas ocasiones participó en las actividades académicas del Instituto de Derechos Humanos 'Bartolomé de las Casas' (ahora 'Gregorio Peces-Barba') de la Universidad Carlos III de Madrid.

El profesor Colin Davis nació el 28 de mayo de 1940 en Hesse, Yorkshire. Su padre era pescador en un barco de arrastre, aunque en el momento de su nacimiento estaba enrolado con la *Royal Navy*, y su madre se ocupaba de las tareas del hogar. En Hess cursó la educación primaria y posteriormente fue alumno del Kingston High School en la ciudad de Hull. Los buenos resultados en los exámenes *A-Levels* le valieron una plaza en la Universidad de Manchester, donde estudió Historia Moderna, Economía y Política, licenciándose en 1962 y obteniendo el título de *Master in Arts* en 1963.

Entre 1963 y 1964 trabajó para el *Foreign Office*, donde, como recuerda Dámaso de Lario, estaba destinado a convertirse en un experto en temas rusos, y entre 1964 y 1966 trabajó como tutor regional de la *Workers Educational Association* en Lancashire. Es en 1966 cuando comienza su aventura neozelandesa y su carrera académica pues la Universidad de Waikato le contrata como *Lecturer* en Historia, donde posteriormente promocionaría a *Senior Lecturer*. Ese mismo puesto ocupó en la Universidad Victoria en Wellington entre 1971 y 1984, fecha en la que promociona a *Reader*. En 1985 es contratado como *Professor* de Historia en Universidad Massey, donde trabaja hasta 1990 y donde es elegido Director del Departamento. En 1991, junto a su esposa (Sandra) e hija (Kate) regresa al Reino Unido para ocupar el puesto de *Professor* de Historia Inglesa en la Universidad de East Anglia (Norwich, Norfolk). Allí se estableció hasta su retiro en 2004. En sus años en la UEA, el profesor Davis ocupó distintos cargos académicos pues fue Director del Centro de Estudios Históricos, Decano de la Facultad de Historia y Pro-Vice Chancellor en dos ocasiones, de 1996 a 1999 y de 2002 a 2003. Junto a su familia, vivía en

Wymondham, una pequeña localidad cercana a Norwich, donde reunía su vasta biblioteca y extensa colección de música. En 2014, junto a Sandra, se mudó a la ciudad escocesa de Glasgow.

Como recuerdan John Morrow y Jonathan Scott, en todas las universidades por las que Colin Davis pasó, dejó su huella. No sólo por su capacidad de liderazgo de la comunidad académica en la que se integraba sino por algo que pude comprobar en primera persona: era un profesor que inspiraba a sus estudiantes. La meticulosidad de sus correcciones, el reto que suponía la siguiente reunión, la generosidad de quien da todo y no pide nada a cambio. Desde que le conocí allá por 1995, nuestra relación fue progresivamente transformándose y forjándose una amistad que ha ido profundizándose día a día. El intercambio epistolar, primero en cartas escritas con una excelente caligrafía y luego por correo electrónico, y los encuentros en Madrid o Wymondham siempre eran felizmente celebrados y así serán recordados.

La producción científica del profesor Colin Davis, además de prolífica, ha sido reconocida internacionalmente y una buena parte de quienes hicieron la tesis doctoral bajo su supervisión ocupan hoy puestos académicos y de investigación en universidades neozelandesas, americanas y británicas. Un nutrido grupo reunió una colección de trabajos en el libro *Liberty, Authority, Formality: Political Ideas and Culture, 1600-1900*, con el que se rindió tributo a su jubilación.

A través de su obra académica, Colin Davis ha transformado nuestra comprensión de la literatura utópica y del contexto en que se produjo. Es célebre su tipología de sociedades ideales con la que subrayaba que la obra de Thomas More era única y singular por el mantenimiento de estructuras formales de gobiernos a través de las que los habitantes de la isla de Utopía eran libres. De igual forma, sus escritos han obligado a reevaluar el significado de movimientos (*The Levellers, The Ranters*) e individuos (Gerrard Winstanley, James Harrington, Oliver Cromwell) que jugaron un papel prominente en la Revolución Inglesa. Colin Davis eligió, pues, a soñadores y perdedores para hacer su trabajo de investigación histórica sobre una serie de ideas políticas que proyectaba hacia el presente.

Ambas líneas de investigación confluían en su interés en la interrelación entre la libertad y la autoridad y en cómo era necesario recuperar la persona cívica, que no atendía sólo a sus derechos sino también a sus deberes hacia la *commonwealth*. Su concepción de la libertad, en todo caso, subraya la necesidad de preservar y garantizar unas mínimas condiciones de vida bajo las que

las personas puedan desarrollar su vida de manera digna. Esta concepción tiene una importante repercusión en cómo se ejerce la autoridad legítima. A través de la lectura de sus obras puede, pues, encontrarse su intento de identificar la verdadera naturaleza de la autoridad y de cómo se relaciona con la libertad. Este intento, indudablemente, tiene una tremenda repercusión en lo que hoy conocemos como 'derechos humanos', cuya semilla estaba plantada pero cuyo lenguaje no había aflorado en los años a los que Colin Davis dedicó su investigación.

No quiero terminar sin recordar unas palabras que Jeroen van Busleyden dedica a Thomas More en 1516 tras la lectura de *Utopia* que son perfectamente aplicables a mi amigo y maestro: «Tu enorme capacidad, mi querido Moro, no se limitó a dedicar desvelos, trabajo y esfuerzos a asuntos e intereses de los particulares. Con esa entrega y generosidad que te es propia quisiste aplicarte al bien común (...) Adiós, mi querido Moro, el más sabio y más humano de los hombres, gloria de Inglaterra y de nuestro mundo».

MIGUEL ANGEL RAMIRO AVILÉS

ARTÍCULOS

**SEXO, GÉNERO Y DERECHOS:
DEL “DERECHO A LA ORIENTACIÓN SEXUAL
Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO”
AL “DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DEL GÉNERO”**

*SEX, GENDER AND RIGHTS: FROM THE
“RIGHT TO SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY”
TO THE “RIGHT TO SELF-DETERMINATION OF GENDER*

JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN
Universidad de La Rioja

Fecha de recepción: 16-2-21

Fecha de aceptación: 26-4-21

Resumen: *Desde principios del siglo XXI, la orientación sexual y la identidad de género están siendo reconocidos como derechos del colectivo LGBTIQ por informes de organizaciones, documentos internacionales sobre derechos humanos y por sentencias judiciales. Estos derechos tienen por objeto evitar la discriminación de estas personas, la prohibición de la violencia y el odio y el pleno disfrute de los derechos y libertades fundamentales. Sin embargo, siguen existiendo grupos de personas, como los intersexuales, los transgénero, los queer, los no binarios, etc., que no se sienten identificados con la formulación de este derecho. Este artículo analiza los diferentes aspectos de este debate y explora la vía para la justificación de un derecho a la libre determinación del sexo.*

Abstract: *Since the beginning of the 21st century, sexual orientation and gender identity have been recognized as rights of the LGBTIQ collective by reports from organizations, international documents on human rights and by court decisions. These rights are intended to prevent discrimination against these people, the prohibition of violence and hatred and the full enjoyment of fundamental rights and freedoms. However, there are still groups of people, such as intersex, transgender, queer, non-binary, etc., who do not feel identified with the formulation of this right. This article analyzes the different aspects of this debate and explores the way to justify a right to self-determination of sex.*

Palabras clave: derechos personas LGBTIQ, orientación sexual, identidad de género, libre determinación del género.
Keywords: LGBTIQ people rights, sexual orientation, gender identity, gender self-determination

1. PREGUNTAS BÁSICAS

La entrada del nuevo siglo ha supuesto un avance importante en el cambio de la percepción de la situación de las personas LGBTIQ¹ y de sus derechos. Cada vez más, las sociedades nacionales, las organizaciones internacionales, los ciudadanos en general son conscientes del daño personal, de la indignidad y de la injusticia a la que se ha visto sometido durante mucho tiempo este colectivo: desde un injustificado ostracismo, hasta la coacción y la violencia, la persecución e, incluso, la pérdida de la vida, pasando por la estigmatización social y la patologización. En muchos casos, esto ha sucedido con el respaldo del ordenamiento jurídico, que penaliza sus conductas sexuales y sus expresiones del género, y de las autoridades gubernativas.

Sin embargo, las dos primeras décadas del siglo XXI han visto un cambio generalizado y perceptible en la actitud hacia las personas LGBTIQ que se ha concretado también en importantes modificaciones en las políticas de los gobiernos, en los ordenamientos jurídicos nacionales y, sobre todo, en la posición de los organismos internacionales, especialmente, lo vinculados al reconocimiento y protección de los derechos humanos. Estas importantes mutaciones, desde luego, no han sido posible sin la iniciativa, el tesón y la perseverancia del activismo en favor de los derechos LGBTIQ y de los movimientos sociales que han reflejado en el mejor sentido la idea de R. Ihering sobre la “lucha por los derechos” como un motor para el cambio del derecho.

¹ Utilizo el acrónimo LGBTIQ frente a LGTBI utilizado por los movimientos sociales y la literatura especializada española porque es el empleado por la Comisión Europea en su *Unión of Equality. LGBTIQ Equality Strategy 2020-2025*, (https://ec.europa.eu/info/files/lgbtiq-equality-strategy-2020-2025_en, última vez consultado 6 de enero de 2021) y, además, está más extendido allende nuestras fronteras. Según la *Estrategia*, dada a conocer el 12 de noviembre de 2020, las personas LGBTIQ son aquellas personas que sienten atracción hacia otras de su propio género (lesbianas, gays) o de ambos (bisexual); aquellas cuya identidad y/o expresión de género no corresponde al sexo asignado en el momento del nacimiento (trans, no-binarios); aquellas que han nacido con características que no se ajustan a la definición típica de hombre o mujer (intersex); y aquellas cuya identidad no se ajusta a la clasificación binaria de la sexualidad y/o género (*queer*).

Ahora bien, ¿cuáles han sido y son las causas de estos cambios? Realmente, ¿se han producido a plena satisfacción del colectivo? ¿Cuáles han sido los hitos más relevantes del proceso de reconocimiento de los derechos de las personas LGBTIQ, si es que los ha habido? En última instancia, ¿cuál es la justificación para su reconocimiento y su protección y en qué figuras jurídicas pueden concretarse, si es que cabe hablar de derechos para este colectivo?

El objetivo de este artículo es dar respuesta a estas cuestiones y, a la postre, realizar un análisis de los derechos reivindicados por las personas LGBTIQ, de su evolución y de su fundamento y de algunos conceptos básicos. El punto de partida, que a su vez sirve también como importante elemento de justificación a favor de la reivindicación de los derechos LGBTIQ, lo constituyen las descripciones de los informes de situación de las personas de este colectivo que se realizan con carácter global. Por la institución que lo realiza, uno de los más notorios y relevantes es, sin duda, el del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). Pues bien, este destacado defensor de los derechos humanos ya se pronunció sobre la cuestión en 2015 en un informe denominado *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, en el que presenta ciertamente un panorama desolador. Tras destacar los progresos realizados en los años anteriores, "sin embargo, estos avances positivos se ven eclipsados por las violaciones continuas, graves y muy extendidas de los derechos humanos que se cometen, demasiado a menudo con impunidad, por motivos de orientación sexual e identidad de género. Desde 2011 ha habido cientos de víctimas mortales y miles de heridos en ataques brutales y violentos, algunos de los cuales se describen a continuación. Otras vulneraciones documentadas son la tortura, la detención arbitraria, la negación de los derechos de reunión y de expresión, y la discriminación en la atención sanitaria, la educación, el empleo y la vivienda. Estos y otros abusos justifican una respuesta concertada de los gobiernos, los parlamentos, las organizaciones regionales, las instituciones nacionales de derechos humanos y la sociedad civil, así como de los órganos de las Naciones Unidas, incluido el Consejo de Derechos Humanos"².

² Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 2015, p. 4 (<https://undocs.org/es/A/HRC/29/23>, última vez consultado el 8 de enero de 2021). Como resultado del creciente interés de Naciones Unidas por la situación del colectivo LGBTIQ ha sido la creación de la figura del Experto Independiente sobre la protección contra

En esta misma línea, resulta también revelador el dato aportado por el Informe ILGA de *Homofobia de Estado*, del año 2020, según el cual todavía 70 (67 más 3) Estados de los 193 estudiados, pertenecientes a Naciones Unidas, penalizan *de iure* o *de facto* los actos sexuales consentidos entre personas adultas del mismo sexo³. De ellos, hay certeza de que 6 castigan estas relaciones con la pena de muerte a los que hay que añadir 5 más en los que potencialmente puede imponerse un castigo semejante⁴.

En este momento, fuertemente condicionado por las restricciones y los confinamientos derivados de la pandemia del COVID-19, siguen siendo válidas las palabras que las co-secretarías de ILGA, Tuisina Ymania Brown y Lus Elena Aranda, escribieron en la ampliación del Informe del año 2019, realizada en el mes de diciembre. En ellas, señalan los importantes avances que han tenido lugar en la lucha por los derechos de las minorías sexuales, pero, al mismo tiempo, señalan que “ser complacientes con nuestros logros es uno de los peores errores que podemos cometer. Las tendencias polarizadoras que están teniendo lugar a escala mundial significan que, si bien cada vez más de nosotres vemos nuestros derechos reconocidos, más personas LGBTI

la violencia y discriminación por motivos de orientación sexual y la identidad de género que elabora informes anuales para la Asamblea General y para el Consejo de Derechos Humanos. El primer Experto Independiente fue Vitit Muntarbhorn. En la actualidad, el puesto lo ocupa el costarricense Víctor Madrigal-Borloz, quien anualmente presenta sus informes temáticos sobre aspectos particulares de la situación: la violencia contra el colectivo trans (2018), las “terapias de conversión” (2020), etc. En el primero de ellos, en consonancia con otros informes de organismos internacionales y del activismo trans, escribe: “La violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o orientación de género existen en todos los rincones del mundo. Varios estudios exhaustivos han demostrado que las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero y de género no conforme corren un mayor riesgo de sufrir violencia física y sexual y que, en la mayoría de esos casos, la orientación sexual o la identidad de género de las víctimas fueron causas determinantes de los abusos. Los datos disponibles indican que se enfrentan a la cuasi certidumbre de sufrir violencia durante su vida y que, como norma general viven cada día conscientes de ello y con ese temor” (<https://www.ohchr.org/SP/Issues/SexualOrientationGender/Pages/AnnualReports.aspx>, última consulta 22 de enero de 2021).

³ ILGA es el acrónimo de la *International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association*. Desde 2007 ILGA elabora anualmente unos importantes Informes *Homofobia de Estado* en los que se denuncia este tipo de situaciones y, además, se analiza las legislaciones nacionales de los estados miembro de Naciones Unidas. Estos informes se han convertido en un punto de referencia de la lucha del colectivo, así como de otros organismos internacionales, incluyendo, órganos jurisdiccionales. Vid en <https://ilga.org/es>

⁴ Informe ILGA de *Homofobia de Estado* 2020, p. 27 (https://ilga.org/downloads/ILGA_Mundo_Homofobia_de_Estado_Actualizacion_Panorama_global_Legislacion_diciembre_2020.pdf, última vez consultado el 6 de enero de 2021).

también corren peligro de ser discriminadas, atacadas, perseguidas e incluso asesinadas". En otras palabras, se han producido avances importantes en la mejora de la situación de las minorías sexuales, pero no debe descartarse, en algunos casos, un retroceso, dependiendo del país y del gobierno de turno, y, sobre todo, queda mucho por hacer.

Alguna de estas tendencias, así como los problemas y los conflictos a los que se tienen que enfrentar las personas LGBTIQ son visibles y constatables en el espacio geográfico del Consejo de Europa⁵. Empezando por la dificultad por recopilar datos, por conocer la realidad misma. Tenemos, no obstante, el conocido Informe temático *Derechos Humanos e identidad de género*, realizado en 2009 por el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Th. Hammarberg, en el que se señalan un conjunto de problemas de calado: las dificultades legales y burocráticas e, incluso, la imposibilidad de lograr el reconocimiento del género elegido o los obstáculos para el cambio de sexo y de nombre para las personas trans, así como de formar una unidad familiar. A eso se suma la discriminación y los problemas en el acceso a la atención sanitaria, el mercado laboral, en el ámbito educativo, etc. Sin contar los casos de transfobia y de violencia contra personas de este colectivo que, además, se agrava cuando las personas son refugiadas o solicitantes de asilo. El gran problema es, según el informe, la transfobia y la violencia pues es transversal a todos los ámbitos, actividades y prácticas sociales⁶. Si esto pasa

⁵ La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa lamentó, en la resolución 2048, de 22 de abril de 2015, la discriminación que sufren las personas trans en general y, en particular, sus dificultades en el acceso al trabajo, a la vivienda y los servicios de salud, así como el acoso y la violencia física y psicológica, e instó a los Estados, siguiendo el ejemplo de Malta, eliminar las trabas burocráticas, promulgar leyes que estableciese el delito de odio hacia este colectivo, suprimiesen las dificultades mencionadas y reconociesen el derecho a la autodeterminación de género. En suma, aplicasen las normas internacionales de derechos humanos. Vid. <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=21736>, última consulta 6 de febrero de 2021.

⁶ Como se afirma en el Informe Hammarberg: "Los artículos 2 y 5 del ECHR (Convenio Europeo de Derechos Humanos) garantizan el derecho a la vida y la seguridad de tod*s. A pesar de ello, muchas personas trans tienen miedo y se enfrentan a la violencia en el transcurso de sus vidas. Esta violencia va desde la hostilidad, el acoso, el abuso verbal, la violencia física y las agresiones sexuales hasta los crímenes de odio que se convierten en asesinatos. La transfobia –entendida como el miedo irracional y/o hostilidad hacia las personas que son trans o transgreden las normas tradicionales del género de cualquier otro modo– puede considerarse como una de las principales causas de la violencia y la intolerancia a la que se enfrentan muchas personas trans. Hay quien parece tener problemas con la mera existencia de seres humanos cuya expresión exterior de su identidad de género interna no es la misma que su género

en la civilizada Europa, es fácil imaginar lo que sucederá en otros lugares del planeta.

Estos son algunos datos y alguna información que muestra el elemento sociológico, real de la cotidianidad del colectivo LGBTIQ y que sirven, a su vez, de punto de partida y acicate en la reivindicación de sus derechos. Queda una larga lucha por su reconocimiento pleno, por la supresión de las actitudes homófobas, por la conquista de unas condiciones de vida dignas para lesbianas, gays, trans, intersex, *queers*, etc., de un igual estatuto de ciudadanía para todos con independencia de su orientación sexual y su identidad de género, de su expresión de género y sus características sexuales.

Se es consciente de las dificultades conceptuales, políticas, sociales y jurídicas del tema tratado. Desde la perspectiva del derecho, aunque la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en su artículo 1, proclama que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, la realidad es que el día a día demuestra que se está muy lejos de cumplir este objetivo. El mismo sistema internacional de derechos humanos, aun siendo un denominador común de normas éticas que la humanidad se ha dotado para construir un mundo más justo, más igualitario, más digno y más humano, sin embargo, adolece de carencias notorias. Y el caso de las personas LGBTIQ es muy llamativo. Como se ha señalado, a pesar de la proclama del artículo 1 de la DUDH en favor de la universalidad de los derechos humanos, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ni el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) recoge como motivo específico de discriminación la orientación sexual y la identidad de género, y así, desgraciadamente, las violaciones de los derechos del colectivo LGBTIQ “quedan englobadas en la cláusula abierta que establece discriminación por otras razones de diversa índole” y que, en consecuencia, cualquier reclamación por trato inhumano o degradante, por violencia, odio u homofobia, etc., deba justificarse con otros argumentos jurídicos y, especialmente, con referencia a otros derechos y libertades fundamentales⁷.

determinado en el nacimiento. Las agresiones contra personas trans no pueden, sin embargo, excusarse en que son resultado de la ignorancia y la falta de educación”. Th Hammarberg, *Informe temático Derechos humanos e identidad de género*, Berlín, 2009, p. 15 (<https://rm.coe.int/16806da528>, última vez consultado el 6 de enero de 2021).

⁷ C. MONEREO ATIENZA, *Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas*, Dykinson/Instituto Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 60.

Por eso, uno de los objetivos de este texto es mostrar cómo se ha ido asentando en los informes de los organismos internacionales, especialmente del sistema de Naciones Unidas, y en la jurisprudencia –sobre todo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)– un “derecho a la orientación sexual y a la identidad de género” que se ha ido construyendo, lentamente, caso a caso. Sin embargo, aun siendo encomiables los esfuerzos de construcción de este derecho, lo cierto es que no satisface plenamente la compleja realidad de todas las personas LGBTIQ, pues, si bien recogería las aspiraciones de lesbianas, gays e, incluso, algunas del colectivo *trans*, con todo, las personas intersexuales, *queers*, no binarias, etc., quedarían fuera de su amparo. Sobre todo, y especialmente, no reflejaría la reivindicación de la total despatologización de la situación personal del grupo trans e intersex, tal y como reclama el activismo LGBTIQ desde hace años⁸. De ahí que, en este texto, se analice y estudie, se reivindique no sólo este derecho, sino también un “derecho a la libre determinación del género” que proteja las diferentes percepciones de la sexualidad y del género existente en nuestra sociedad. Que contemple las cuestiones del sexo y del género de acuerdo a los tiempos, no como algo petrificado, sino como algo dinámico y flexible y, sobre todo, alejado de los modelos normativos y de los protocolos médicos.

2. BREVE CLARIFICACIÓN TERMINOLÓGICA: SOBRE SEXO, GÉNERO Y OTROS CONCEPTOS BÁSICOS

Los conceptos básicos que tienen relación con la realidad, las reivindicaciones y los derechos de las personas LGBTIQ son numerosos, además de controvertidos e interrelacionados entre sí. Han tenido, como todos los términos del lenguaje, su propia evolución al albur de las transformaciones sociales, de los avances de la ciencia y de la tecnología o de la evolución de los usos sociales. Un contenido semántico líquido en una sociedad líquida. Con todo, necesariamente, en este texto, tan sólo podré dar unas pinceladas de las categorías más polémicas y algunos retazos de las controversias generadas, con el riesgo de que las palabras, las teorías y las discusiones terminológicas

⁸ El término “patologización” ha sido acuñado por el activismo de los derechos de las minorías sexuales para hacer referencia a la consideración como enfermedad (patología) de todo aquello que no responde a la norma heterosexual. Las tendencias sexuales no normales son consideradas un trastorno mental y así han sido objeto de análisis médicos para su tratamiento y normalización. Más adelante, trataré esta cuestión con algo más de detalle.

oculten la complejidad del colectivo, la diversidad de experiencias personales, la lucha y los diferentes frentes en los que se plantea la dura pelea por sus derechos y, sobre todo, de que el lenguaje y su semántica nos lleve a desconocer e ignorar la cruda realidad que muchas personas LGBTIQ soportan a lo largo del planeta, tal y como los informes de ILGA o del ACNUDH han denunciado.

Los conceptos “sexo” y “género” constituyen el núcleo central de la discusión sobre los derechos de las minorías sexuales –también son importantes nociones como “sexualidad”, “cuerpo”, “deseo”–, así como otras categorías que los desarrollan y que están enlazados con ambos. Me refiero a las parejas natural-artificial, biología-psicología, macho-hembra, hombre-mujer, heterosexual-homosexual, masculino-femenino, público-privado, patriarcado-matriarcado, etc. Son conceptos no exentos de polémicas como corresponde a las categorías sociales, políticas y jurídicas más relevantes.

Estas distinciones pueden comprenderse mejor a la luz de lo que habitualmente se entiende por sexo y género. El uso del término “sexo” suele estar relacionado con el conjunto de características físicas, biológicas, anatómicas y fisiológicas de los seres humanos que, en principio, permite atribuir a cada uno el calificativo de macho o hembra. Mientras que “género” hace referencia al conjunto de características sociales culturales, políticas, psicológicas, jurídicas y económicas que se asignan de forma diferenciada al macho como hombre y a la hembra como mujer⁹. De esta manera, se diferencia lo natural y lo biológico (el sexo) de lo artificial y cultural o social (el género) como si fuesen dos mundos separados, pero estrechamente ligados pues tal y como se defina lo natural y biológico condicionará lo artificial, cultural o social.

Corresponde a la teoría feminista el mérito de haber desvelado la estrecha relación entre “sexo” y “género” y su función en la construcción de la sociedad patriarcal. Su crítica fue directa contra el modelo biológico imperante y su determinismo social que relegaba a las mujeres a un papel secundario. Hasta los años 60 y 70 del siglo pasado, los estudios clásicos sobre esta cues-

⁹ No soy nada partidario de recurrir en trabajos académicos a las definiciones del diccionario de la Real Academia Española (RAE). En esta ocasión, desde luego, poco nos aclara para la cuestión su definición de “sexo”, como “condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas”, y la de “género”, como “grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde el punto de vista socio-cultural”, no biológico. Me ha parecido más acertada la que aparece en <https://www.aboutspanol.com/definicion-de-sexo-genero-y-sexismo-1271572>.

ción partieron del axioma de que existen dos sexos y dos géneros y que su relación está determinada por el imperativo biológico, es decir, por la idea de la existencia de dos sexos (macho-hembra), que constituyen el elemento natural, y dos géneros (masculino-femenino) y que ello condiciona nuestra posición social como sujetos (hombre-mujer) y nuestro papel en la esfera política (público-privado). Y esta visión binaria de la biología ha marcado durante siglos las relaciones sociales y las estructuras de poder en las sociedades occidentales¹⁰. C. Garaizabal, en el siguiente texto, ha resumido muy bien las consecuencias de este diseño:

“Así, el estudio del impulso sexual se convirtió tanto en la exploración de las fuentes de la sexualidad como en la búsqueda de una justificación natural de los diferentes comportamientos y relaciones sociales que se daban entre hombres y mujeres. De manera que las diferencias sexuales biológicas se convirtieron en la explicación de los diferentes papeles sociales de mujeres y hombres, y en la causa fundamental de nuestras subjetividades diferenciadas.

Todo ello dio lugar a la creación de unos prototipos de masculinidad y feminidad dicotómicas y complementarios donde los comportamientos sexuales juegan un papel importante en su definición. Prototipos que definen la feminidad como el contraluz de la masculinidad, que sigue siendo lo más valorado socialmente y en los que la heterosexualidad aparece como la meta del desarrollo sexual, la preferencia sexual privilegiada, tanto porque es la más adecuada a la finalidad reproductiva que marca el instinto, como porque refuerza la complementariedad de los géneros”¹¹.

¹⁰ Sobre las lecturas del sexo desde la antigüedad y su repercusión en las relaciones sociales puede verse el libro de Th. LAQUEAUR, *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*, trad. de E. Portela, Cátedra, Madrid, 1994. Resulta interesante y está insuficientemente divulgada la tesis central del libro de que el concepto de sexo se construye históricamente a partir del “modelo de un solo sexo” y que sólo a partir del siglo XVIII se escribe e investiga a partir del “modelo de dos sexos”. LAQUEAUR rastrea en los textos médicos las descripciones del cuerpo femenino “como una versión menor” del masculino y su evolución hacia una concepción de cuerpo opuesto y “de mucha menor entidad”. Estas representaciones biológicas se reflejaron por supuesto en el papel familiar, social y político de cada uno de los sexos. En realidad, la tesis que subyace es que son la epistemología y la política las que condicionan la visión biológica de los cuerpos femenino y masculino. Vid. un resumen breve en Th. LAQUEAUR, *La construcción del sexo*, cit., pp. 10 y 11; también pp. 21 y ss., en particular, la p. 27 y 32, así como otras páginas concomitantes como la p. 55, 401, etc.

¹¹ C. GARIAZABAL, “Transexualidades, identidades y feminismos”, en M. MISSÉ y G. COLL-PLANAS, *El género desordenado. Críticas en torno a la patologización de la transexualidad*, prolog. de J. Butler, 3ª edic., Egalet, Barcelona, 2016, pp. 126-7.

En consecuencia, para la posición más tradicional, que mantiene el modelo binario¹², el sexo es lo natural, lo biológico, que nos determina siempre como macho o hembra y que condiciona nuestro género, que es lo artificial, lo social, lo cultural, que nos convierte en hombre y mujer y nos ubica socialmente en una posición preponderante o, por el contrario, secundaria. Este modelo, basado en la heterosexualidad, es elevado a la categoría de norma vinculante, aunque ésta sea implícita, y con él se juzgan las diferencias y los comportamientos sexuales distintos (homosexualidad, transexualidad, bisexualidad, intersexualidad, etc.) con los resultados que históricamente pueden constatarse y que, en el momento presente, se manifiestan en la patologización de estos colectivos, en su persecución u ostracismo, en las medidas penales de pérdida de libertad e, incluso, la vida, como sucede en un tercio de los estados miembros de Naciones Unidas, según ILGA, además de dificultades en el acceso a la sanidad, la educación, la trabajo, la vivienda, etc., a una vida estable y digna.

Frente a este determinismo biológico, reaccionó el feminismo de la “segunda ola”¹³. Frente a la tesis de que el género está condicionado por el sexo, lo cultural y social por lo natural y biológico, las feministas de esa época centraron sus propuestas teóricas y sus investigaciones en la idea de que sexo y género son entes independientes y autónomos y que, por supuesto, el género no está condicionado por el sexo. La tesis central de esta corriente del feminismo queda adecuadamente expresada en la frase de S. de Beauvoir de que “no se nace mujer, sino que se llega a serlo”. “Ser mujer” no es algo determinado biológicamente, sino que es algo que se aprende en un contexto social y cultural a través de los modelos normativos que se interiorizan en la práctica y que se exteriorizan en los gestos, en el lenguaje, en la vestimenta,

¹² El modelo binario recibe otros nombres: esencialismo, biologismo, determinismo biológico, género normativo, matriz heterosexual, etc., que, en definitiva, sustentan la visión patriarcal de la sociedad y del mundo y que se proyecta sobre los juicios en torno a las minorías sexuales. Esencialismo biologista porque considera que, en el hombre y en la mujer, hay un elemento genético, biológico, inmutable, constitutivo de cada individuo que condiciona y determina la posición social y la sociedad misma. Las diferencias y las desigualdades entre hombres y mujeres son así inevitables y deben aceptarse como un dato objetivo. Sobre el “esencialismo biologista” vid cap. 3 de G. COLL-PLANAS, *La voluntad y el deseo. La construcción social del género y la sexualidad: el caso de lesbianas, gays y trans*, Egales, Barcelona, 2010, pp. 51-84.

¹³ Una aproximación a los avances, las dificultades, las diferencias, los problemas e, incluso, la autocrítica de las “oleadas” feministas puede verse en la obra de N. FRAZER, *Fortunas del feminismo. Del capitalismo gestionado por el estado a la crisis neoliberal*, trad. de C. Piña, Traficantes de Sueños, Madrid, 2015.

en las costumbres, etc. Las pautas, las actitudes, los comportamientos no son expresión de la naturaleza, sino que son objeto de aprendizaje y son, por tanto, un constructo social.

Con este bagaje, el feminismo de la tercera ola, en los años 80 y 90 del siglo pasado, aún dio un giro más al debate sobre la relación entre sexo y género. Si la generación anterior había separado ambos ámbitos dándoles autonomía e insistiendo en el carácter artificial del género como un ataque frontal al patriarcado imperante, la teoría feminista de esta época, de la mano de A. Fausto-Sterling, M. Wittig o J. Butler, N. Frazer y de otras activistas –cada una desde enfoques y con intereses distintos–, fue más allá para sustentar la tesis de que el sexo es también un constructo social, que la “matriz heterosexual” vigente se proyecta sobre lo que supuestamente es natural –sobre todo, de la mano de la medicina y del derecho–, que constituye una norma que es la medida de la atribución de lo masculino y de lo femenino desde el primer momento del nacimiento¹⁴. El “sexo”, en cuanto objeto de asignación¹⁵, es, pues, también una construcción social y, como tal, una pieza más del modelo binario o de la matriz heterosexual que se proyecta sobre todos los órdenes de la sociedad y sobre el rol social de las mujeres convirtiendo en “natural” lo que es “artificial”: la función meramente reproductora, su reclusión en el ámbito privado, etc., así como las diferencias y las desigualdades sociales, políticas y económicas.

La obra J. Butler es un ejemplo de las propuestas de ese ciclo crítico con las perspectivas anteriores. Butler lleva la tesis de De Beauvoir sobre el género hasta sus últimas consecuencias. Sus aportaciones, como la tesis de la performatividad del género, su análisis de los contextos *queer* o su célebre referencia a los *drags*, son ya una tradición en la literatura y crítica feminista. Pero, lo que aquí interesa es precisamente que, siguiendo a la pensadora francesa, traslada el carácter artificial y construido del género al sexo hasta el punto que es

¹⁴ La “matriz heterosexual” es un concepto acuñado por J. BUTLER para referirse al modelo normativo de sexualidad que se impone sobre las personas y que les atribuye un género. Sobre esta cuestión puede verse J. BUTLER, *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, trad. de M.A. Muñoz, Paidós, Barcelona, 2007, en particular, el Prefacio de 1990. Sobre la obra de J. BUTLER, P. SOLEY-BELTRÁN, *Transexualidad y la matriz heterosexual. Un estudio crítico de Judith Butler*, Ediciones Bellaterra, 2009. y V. KIRBY, *Judith Butler: Pensamiento en acción*, trad. D. L. Sanromán, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2011.

¹⁵ Como afirma A. FAUSTO-STERLING, “interpretar la naturaleza es un acto sociocultural”. A. FAUSTO-STERLING, *Cuerpos sexuados*, trad. A. García Leal, Melusina, Barcelona, 2006, p. 99.

el primero -la matriz heterosexual- el que predetermina al segundo. Como afirma: "Si se refuta el carácter invariable del sexo, quizás esta construcción denominada 'sexo' esté tan culturalmente construida como el género; de hecho, quizá siempre fue género, con el resultado de que la distinción entre sexo y género no existe como tal"¹⁶. Ni el género es cultura, ni el sexo es naturaleza. En realidad, el "sexo siempre ha sido género"¹⁷, pues es el resultado de un discurso que está determinado por un modelo social y previamente construido que es la matriz heterosexual, a partir de la cual se sitúa a los sujetos en un género normal (masculino-femenino) o anormal (lesbianas, gays, transexuales, bisexuales, intersexuales, *queers*, personas no binarias, etc.).

En relación al sentido del binomio sexo-género, es igualmente deconstruccionista la propuesta de A. Fausto-Sterling. Esta bióloga y activista intersex defendió en 1993 la tesis de que debía reemplazarse el sistema de dos sexos por otro de, al menos cinco, pues es lo constatable en la naturaleza humana. Estos deben ser: machos, hembras, *herm* (hermafroditas auténticos), *serm* (pseudo hermafroditas masculinos) y *serf* (pseudohermafroditas femeninos)¹⁸. Esta conclusión dio mucho que hablar entonces, aunque, realmente, lo que hizo es rehabilitar viejas perspectivas médicas. Por otro lado, en consonancia con la posición de Butler, su tesis fuerte "es que etiquetar a alguien como varón o mujer es una decisión social. El conocimiento científico puede asistirnos en esta decisión, pero sólo nuestra concepción de género, y no la ciencia, puede definir nuestro sexo. Es más, nuestra concepción del género afecta al conocimiento sobre el sexo producido por los científicos en primera instancia"¹⁹. O sea, también la ciencia -biología, psicología, medicina, etc., y las supuesta evidencia física- está condicionada por la visión del género, reproduce el esquema normativo y, luego, lo aplica sobre los cuerpos y las personas atribuyendo uno u otro sexo. Lo que es determinante en el caso del mundo intersexual.

Las propuestas de J. Butler y de A. Fausto-Sterling, tan brevemente descritas, resultan muy sugerentes. Interesa tenerlas bien presentes pues, en este vuelco en el que no cabe distinguir tan fácilmente el sistema sexo-género, en el que ambos son construidos socialmente y en el que el sexo es sexo generizado, se encuentran las bases conceptuales del posterior surgimiento y evo-

¹⁶ J. BUTLER, *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, cit., p. 55.

¹⁷ *Ibidem*, p. 57.

¹⁸ A. FAUSTO-STERLING, *Cuerpos sexuados*, cit., p. 103 y ss, y 127. Vid también de la autora "Los cinco sexos" en J. A. NIETO PIÑEROBA, *Transexualidad, intersexualidad y dualidad de género*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2008, pp. 79-89.

¹⁹ *Ibidem*, p. 19-20.

lución de los derechos de las minorías sexuales. De las personas LGBTI como "sujetos" de derechos²⁰.

3. EL DERECHO A LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO. ALCANCE Y LIMITACIONES

Los colectivos LGBTIQ reclaman como sujetos de derechos el respeto a su orientación sexual y a la identidad de género. ¿Qué quiere indicarse con la reivindicación de estas dos categorías, la orientación sexual y la identidad de género? ¿Se cubre con ambas las exigencias y todas las situaciones de quienes se incluyen en el colectivo y constituyen una garantía jurídica válida contra las persecuciones y violaciones de su dignidad tal y como han sido denunciadas por ACNUD, ILGA y otras organizaciones, otros gobiernos y otros movimientos sociales? Si no es así, ¿cabe alguna respuesta convincente que satisfaga a todos y a cada una de sus reclamaciones? ¿Es posible, en suma, que las personas que componen este colectivo puedan acceder a vías que favorezcan el libre desarrollo de su personalidad tal y como está recogido en nuestro texto constitucional para todos los ciudadanos (art. 10.1 CE)?

3.1. La orientación sexual y la identidad de género

Los conceptos de orientación sexual y de identidad de género han sido elaborados, popularizados y generalizados a partir de las reivindicaciones de las organizaciones y de los movimientos sociales en defensa de los derechos del colectivo LGBTIQ. Su significado y su uso se han consolidado y extendido con los *Principios de Yogyakarta (PY, 2006)*. En el Preámbulo de este

²⁰ No es posible desarrollar otras propuestas deconstructivas que, aunque diferentes a la de Butler y A Fausto-Sterling, van en la misma línea de denunciar la norma heterosexual y sus consecuencias. Entre otras, merece la pena mencionar a M. Wittig quien, con su provocativa afirmación "las lesbianas no son mujeres", va en la misma línea crítica del patrón de la heterosexualidad y de desmitificación del "la categoría del sexo" y su uso político. "Pero lo que creemos que es una percepción directa y física no es más que una construcción sofisticada y mítica, una 'formación imaginaria' que reinterpreta rasgos físicos (en sí mismos tan neutrales como cualquier otro, pero marcados por el sistema social) por medio de la red de relaciones con que se los percibe". M. WITTIG, *El pensamiento heterosexual y otros ensayos*, 3ª edic., trad. de J. Sáez y P. Vidarte, Egales, Barcelona, 2016, p. 36. La conocida frase de Wittig, que provocó y provoca un verdadero tsunami en el pensamiento feminista, está en el ensayo que da título al texto recopilatorio de sus escritos políticos, "El pensamiento heterosexual" (p. 58), que es una conferencia impartida en Nueva York en 1978.

texto, aparecen las siguientes definiciones que, desde entonces, han tomado carta de naturaleza:

*“La **orientación sexual** se refiere a la vivencia de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”.*

*“La **identidad de género** se refiere a la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”²¹.*

La orientación sexual, de acuerdo con esta declaración internacional, tiene por objeto el reconocimiento de los derechos afectivos y sexuales del conjunto de personas tanto hetero como homosexuales. Entrando más en detalle, de acuerdo a esta definición, la homosexualidad es la atracción afectiva, romántica, de personas del mismo sexo e incluiría a los colectivos de lesbianas, esto es, la mujer que siente esa atracción por otra mujer, y de gays que hace referencia al hombre que siente lo mismo por otro hombre. El afecto entre todos ellos no queda en una mera atracción, sino que se entiende que también se desea una relación plena con la persona del mismo sexo. Igualmente, dentro de esta categoría se incluye a las personas bisexuales, esto es, quienes tienen indistintamente relaciones afectivas con individuos de uno y otro sexo.

Por su parte, la identidad de género es definida como la “vivencia del género” tal y como la siente cada individuo con independencia de la coincidencia o no con el sexo asignado en el momento del nacimiento. Tiene que ver con el deseo de vivir de acuerdo a un género (masculino o femenino, incluso, indefinido o neutro) y que puede conllevar o no una reasignación del sexo, cirugía del cuerpo, uso de vestimenta, modo de habla o ademanes como expresión del género deseado. Con la categoría de la identidad de género, se pretende garantizar así los derechos de las personas trans e intersexuales, la diversidad y la complejidad de las situaciones individuales y, por ende, del

²¹ Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>).

colectivo. No siempre los intereses de todos discurren por el mismo sendero, como se ha evidenciado en los recientes movimientos por la despatologización de la transexualidad. Al final, lograda en 2018 gracias a la campaña internacional *STOP Trans Pathologization*²². Por eso, para una mejor comprensión de la cuestión, de las diferentes situaciones y del ámbito de aplicación de sus derechos, conviene hacer algunas precisiones terminológicas.

El concepto *trans* incluye a aquellas personas en las que no se produce una correspondencia entre sexo asignado en el nacimiento y el deseado y, por lo tanto, con el género. Por ello, el término *trans* es de ámbito general e incluye diferentes grupos con sus perfiles y diversidad: hace referencia a transexuales, transgéneros y travestis. Los *transexuales* son aquellos *trans* que han optado por la modificación de su cuerpo a través de hormonación y la cirugía, es decir, por la reasignación del sexo; los *transgéneros* son quienes rechazan el cambio de sexo por medios médicos y lo hacen por diferentes razones, porque prefieren el sexo vivido, porque se niegan a escoger entre el género femenino o masculino, etc.; y el *travesti*, hace unas décadas muy utilizado en España, es la persona que disfruta vistiéndose con ropa del sexo opuesto, y, en Latinoamérica, es sinónimo de transexual. A su vez, este grupo de personas pueden ser *transexuales masculinos* o *transexuales femeninos*, según si la reasignación del sexo ha sido a un género u otro²³. Variedad y diversidad.

²² El objetivo de esta campaña era “la retirada de la clasificación de los procesos de tránsito entre los géneros como trastorno mental de los manuales diagnósticos (DSM de la *American Psychiatric Association* APA y CIE de la Organización Mundial de la Salud), el acceso a una atención sanitaria trans-específica públicamente cubierta, el cambio del modelo de atención sanitaria trans-específica, desde un modelo de evaluación hacia un enfoque de consentimiento informado, el reconocimiento legal de género sin requisitos médicos, la despatologización de la diversidad de género en la infancia, así como la protección contra la transfobia” De la web *STP Stop Trans Pathologization* (<http://stp2012.info/old/es>, consultada el 31 de marzo 2020). La transexualidad entró en 1980 en los manuales de diagnóstico mencionados como una enfermedad mental al tiempo que la homosexualidad salía de los mismos. La despatologización, tras sucesivas campañas anuales desde 2007, se logró en 2018 con la supresión en el CIE-11 de la transexualidad como trastorno mental. Precisamente, las consecuencias de la despatologización es una de las cuestiones controvertidas dentro del mundo *trans*, pues de llevarse a cabo plenamente sacaría del sistema público de salud a los transexuales, es decir, a aquellos *trans* que están dispuestos a pasar por la cirugía para la reasignación del sexo. Dado que este tipo de intervenciones resultan caras, la gran mayoría sólo puede realizarla en el seno de la sanidad pública. Esta circunstancia lleva a que el movimiento reivindique que la despatologización no conduzca a esta situación y se siga teniendo derecho a la reasignación dentro del sistema público.

²³ G. COLL-PLANAS, *La voluntad y el deseo...*, cit., p. 26 y vid. J. A. NIETO PIÑEROBA, *Transexualidad, intersexualidad y dualidad de género*, cit., p. 183.

También el mundo *intersex* es un universo variado y diverso, y muy controvertido. Con su historia, porque hermafroditas han existido siempre, y con su complejidad. Además, objeto de extraña atracción y de estudio por la ciencia. Y con diferencias y similitudes con las personas *trans*. Para muchos, constituyen el ejemplo palmario de que la naturaleza no impone el modelo binario del sexo, macho y hembra: “Los cuerpos de las personas intersexuales cortocircuitan la posibilidad de fundar el género en una distinción aporoblemática entre cuerpo machiles y hembriles”²⁴. El hecho de que nazcan personas con partes de su cuerpo que representan a un sexo y parte a otro mostraría las limitaciones del modelo biologista y esencialista. No existen dos sexos que se corresponden con dos géneros, sino que existen varios sexos. O, mejor, un continuum desde el macho a la hembra o desde la hembra al macho en el que los rasgos de uno y otro sexo se entremezclan.

En las clasificaciones de la historia del hermafroditismo, se distinguían varias categorías: los pseudohermafroditas masculinos, los pseudohermafroditas femeninos y los hermafroditas verdaderos²⁵. Esta distinción fue rehabilitada recientemente por A. Fausto-Sterling, tanto para una defensa de la tesis de la variedad sexual (5 o más sexos) frente al binarismo biologista, como para la realización de un análisis de la situación y de la singularidad de las personas *intersex*, y en contra de las prácticas médicas que han dominado la cuestión desde los años 60 del siglo pasado. La intersexualidad, a pesar de que su número pueda resultar bajo, supone un importante desafío al modelo binario de sexos y a la tesis naturalista que liga sexo-género²⁶. Por

²⁴ G. COLL-PLANAS, *La voluntad y el deseo*, cit, p. 80.

²⁵ Los *hermafroditas verdaderos* tienen un testículo y un ovario y los *pseudohermafroditas* tienen gónadas y los cromosomas coincidentes con uno de los sexos, pero sus genitales externos y otras características sexuales no coinciden con aquellos. En la actualidad, se considera que hay cinco tipos: hipospadia, hiperplasia suprarrenal congénita, síndrome de Klinefelter, síndrome de insensibilidad a los andrógenos y síndrome de Turner. Más información en Vid. N. GREGORI FLOR, “Llegar a ser mujer/hombre desde un diagnóstico de intersexualidad o ADS”, en E. PÉREZ SEDEÑO y E. ORTEGA ARJONILLA (eds.), *Cartografías del cuerpo. Biopolíticas de la ciencia y la tecnología*, Cátedra, Madrid, 2014, pp. 423-468. Para una explicación más sencilla, vid. G. COLL-PLANAS y M. VIDAL, *Dibujando el género*, Egales, Barcelona, 2012, p. 64 y ss. Por otra parte, puede encontrarse una magnífica reconstrucción de la historia del hermafroditismo y un buen estudio de la categoría intersexual realizada por D. J. GARCÍA en su Introducción a la obra de P. F. MONET, *Sobre el derecho de los hermafroditas*, edic. de D. J. GARCÍA, Melusina, Barcelona, 2015, pp. 9-196. También en A. FAUSTO-STERLING, *Cuerpos sexuales*, cit., p. 49 y ss.

²⁶ Según la *Intersex Society of North America*, se calcula que entre 1 de cada 1500 a 1 de cada 2000 nacimientos conllevan alguna anomalía sexual que requiere la intervención de

lo tanto, su mero reconocimiento supone un ataque a la línea de flotación del dogma de que todo viene predeterminado por la naturaleza. Lo expresa con nitidez Nieto Piñero: "Desde la 'heterodoxia y excentricidad corporal', la intersexualidad desafía los principios del modelo dos sexos/dos géneros que, desde la sociedad, sobreentendiendo que es la naturaleza quien nos los brinda, se asumen. La intersexualidad no se ajusta al orden natural de las cosas; su presencia física tampoco se acomoda a la conceptualización dos sexos/dos géneros de la sociedad. Esto es así porque la transparencia natural/social apuntada, en el sentido de ser varón o ser mujer, no se da en los intersexuales, por ser justamente intersexos, ..." ²⁷.

El intersexual no se acomoda a los modelos sobre el sexo imperantes en nuestras sociedades. Por eso, ha recibido, sobre todo, a lo largo del siglo XX, una respuesta casi exclusivamente desde la perspectiva médica, siguiendo así la estela de lo que han sufrido otras personas sexualmente anormales (homosexuales, trans). Los intersexuales han estado en manos de endocrinos, cirujanos, psicólogos, psiquiatras, de profesionales de la medicina que han determinado el tratamiento de estas personas con el objetivo de normalizarlas sexualmente.

En suma, los intersexuales y los *trans* descabalgan el sistema binario sexo/género y ponen de manifiesto, más bien, la necesidad de reconocer la "erodiversidad", el abanico de posibilidades diversas que componen el espectro del sexo y, asimismo, la gama multicolor de vivencias del género. Es, precisamente, esta variedad y diversidad la que conduce a una polifónica reivindicación de reconocimiento, de protección frente a la inseguridad y a la violencia y, en suma, a la reclamación del disfrute pleno del estatuto de ciudadanía como el resto de personas, de su dignidad y de su autonomía.

3.2. El derecho a la orientación sexual y la identidad de género. Origen, desarrollo y base documental

Como ya anticipé, ni el art. 1 de la DUDH, ni el PIDCP, ni el PIDESC establecen un derecho específico que recoja y garantice la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género de manera que las violaciones de los derechos de las personas LGBTIQ se asimilan a la cláusula

un especialista en diferenciación sexual, pero hay muchos más casos en los que se presenta "alguna forma más sutil" de anomalía que, en ocasiones, se exterioriza a lo largo de la vida. (<https://isna.org/faq/frequency/> última vez consultada el 10 de enero de 2021).

²⁷ J. A. NIETO PIÑEROBA, *Transsexualidad, intersexualidad y dualidad de género*, cit., p. 363.

general de discriminación de otra índole. De esta manera, en cualquier reclamación por algún daño sufrido –trato inhumano o degradante, violencia, homofobia, etc.– debe alegarse el principio general de no discriminación, junto al derecho específico vulnerado –vida, integridad física y psíquica, seguridad personal y familiar, acceso a la atención sanitaria, educación, empleo, vivienda, etc.–. Es decir, debe invocarse el derecho general violado acompañado del principio general de no discriminación.

Como tengo escrito en otro lugar, este estatuto jurídico satisface a buena parte de las organizaciones y del colectivo LGBTIQ; incluso, esta postura tiene también el visto bueno del ACNUDH: “los organismos internacionales de Naciones Unidas, algunos Estados miembros y el mundo LGBTI se resisten –por no escribir, rechazan–, a la configuración y el reconocimiento de un derecho a la orientación sexual y la identidad de género. No se quiere un trato especial o la reivindicación de un “derecho específico”, pues se trata, tan sólo, de cumplir las proclamas de la DUDH, tantas veces recordadas en este texto, de que todos los seres humanos nacen libres e iguales y que, por ello, deben tener asegurado el disfrute de los derechos recogidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Como se recoge en *Nacidos Libres e Iguales*, ‘la protección de las personas LGBT contra la violencia y la intimidación no exige la creación de una nueva serie de derechos específicos para ellas ni el establecimiento de nuevos estándares internacionales de derechos humanos’²⁸. Pues las obligaciones de los Estados respecto a sus ciudadanos están bien claras en los tratados y son vinculantes para todos ellos. Y, entre ellas, se encuentra la salvaguarda de la dignidad y libertad de todos los seres humanos, la materialización de la igualdad y la protección frente a la discriminación, entre las que se incluye por motivo de orientación sexual e identidad de género”²⁹.

Con ser ésta una valiosa y meritoria opinión, además de extendida y ampliamente generalizada en el colectivo LGBTIQ, sin embargo, no la comparto. En primer lugar, porque, después de tantas décadas de reconocimiento de los derechos y libertades consagrados en las declaraciones internacionales

²⁸ ACNUDH, *Nacidos libres e iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*, New York/Ginebra, Oficina del Alto Comisionado Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012, p. 9 (https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_SP.pdf, última consulta el 15 de enero de 2021).

²⁹ J. MARTÍNEZ DE PISÓN, “Los derechos de las personas LGBTI: ¿hacia un derecho a la orientación sexual y la identidad de género?”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 42, 2020, pp. 225-226.

les, los derechos de las personas LGBTIQ (a la vida y a la seguridad personal, a la integridad, la libertad de expresión, el derecho de reunión y manifestación, el derecho a la salud, a la educación, a un empleo digno, a la vivienda, etc.) siguen sin ser efectivamente reconocidos, materializados y garantizados como tales para estos individuos. Son discriminados en muchas áreas del planeta y, si quieren la protección de las instituciones nacionales o internacionales tienen, que alegar, si es que pueden, el principio de igualdad y el derecho violado en particular. En segundo lugar, en la época de la *especificación* los derechos (como niño, como mujer, como anciano, como consumidor, etc.), ¿por qué no reivindicar uno o varios derechos propios para las personas LGBTIQ? Y, en tercer lugar, porque ya existen documentos y declaraciones internacionales que, aunque, en principio, no son vinculantes, sin embargo, permiten pergeñar un derecho a la orientación sexual y la identidad de género. Entiendo la fuerza simbólica de la negativa a un reconocimiento expreso, con sus garantías, de un derecho particular para el colectivo, pero la realidad es tozuda y su ausencia deja el flanco jurídico expedito para que pueda suceder, como sucede en algunos lugares, que los gobernantes, las administraciones, terceras personas, etc., violen sus derechos y queden impunes.

Pero, como he adelantado, existen bases documentales para justificar la creación y configuración de un derecho a la orientación sexual y la identidad de género. Primeramente, en el ámbito internacional, al amparo de Naciones Unidas, los colectivos LGBTIQ y movimientos sociales, después de una ardua lucha, han logrado la aprobación de textos en los que ha tomado cuerpo este derecho con sus derivaciones específicas. Además, en el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha ido también, paso a paso, realizando una interpretación extensiva, dinámica y creativa del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* (CEDH), ha ido construyendo ese derecho a la orientación sexual e identidad de género. Finalmente, los estados han movido ficha y vía legislativa han ido reconociendo también derechos específicos de las personas LGBTIQ que, aunque no sean regulados a plena satisfacción de todo el colectivo, al menos, responde a una parte de la realidad.

Dos textos de carácter no jurídico y, por lo tanto, no vinculante para los estados y sus gobiernos, han ido allanando el camino en la reivindicación de un "derecho a la orientación sexual y a la identidad de género". Por un lado, los *Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad*

de género (PY, 2006)³⁰. Como bien ilustra el subtítulo, los PY son el resultado de la reflexión y el consenso de un conjunto de expertos (29) en derechos humanos de diferentes especialidades y sensibilidades, que, reunidos en la Universidad de Gadjah Mada (Yogyakarta, Indonesia), especificaron unos principios derivados de los textos internacionales sobre derechos humanos aplicables a las minorías sexuales, en favor, por tanto, de un derecho a la orientación sexual y a la identidad de género. Su trabajo consistió en el análisis de los derechos de las declaraciones internacionales y su especificación al colectivo LGBTIQ. No concluyó ahí su tarea, pues, además, concretaron esos derechos en las correspondientes obligaciones para los estados, así como en unas recomendaciones que deberían orientar las políticas de los gobiernos. En los PY, se pueden encontrar no sólo una definición de los conceptos básicos, sino también el reflejo del derecho a la orientación sexual y la identidad de género en un contenido más concreto. Por ello, ha servido de referencia a los documentos posteriores. Los PY fueron asumidos como propios por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 2007. No es de extrañar que, desde entonces, “estos principios supusieron un gran avance en la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género”³¹.

Los PY fueron el resultado de un proceso de configuración de los conceptos básicos, de reivindicación y de lucha por un derecho para el colectivo LGBTIQ realizado por el activismo y los movimientos sociales y que se manifestó en jornadas, foros y reuniones que fueron la antesala de la presentación de diversas iniciativas para su reconocimiento ante la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (después, Consejo de Derechos Humanos). La primera iniciativa de reconocimiento la presentó Brasil ante la Comisión en 2003 (y 2004 y 2005). Igualmente, otra iniciativa de la croata Jelena Postic, en 2004. Luego, vinieron diversas declaraciones que fueron preparando el camino: Nueva Zelanda (2005), Noruega (2006) y Montreal (2006). Sin duda, la más importante es esta última realizada en el seno de los *OutGames de Montreal*. La *Declaración de Montreal* se inicia con el recordatorio de la afirmación del art. 1 de la DUDH y concreta los derechos fundamentales del colectivo LGBTIQ, los retos mundiales, la diversidad de la

³⁰ Vid. *Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género* (<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>)

³¹ C. MONEREO ATIENZA, *Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas*, cit., p. 62.

comunidad, su presencia en la sociedad y la necesidad de un cambio social. Entre los aspectos más relevantes debe mencionarse que hace una labor de especificación del contenido de los derechos más urgentes de este colectivo: el derecho a la vida y a la seguridad personal frente a la violencia del Estado y de la violencia privada, la libertad de expresión, el derecho de reunión y asociación y “la libertad para tener relaciones sexuales con personas del mismo sexo (en privado, con consentimiento mutuo y entre adultos)”³². Los PY de 2007 fueron diez años más tarde modificados por los PY+ para adaptarlos a las luchas y nuevas sensibilidades del colectivo LGBTIQ.

El segundo texto mencionado antes es la *Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes* (DUDHE, 2007) que constituye un instrumento programático de los nuevos derechos para el milenio entrante y en la cual se concretan también derechos relacionados con las reivindicaciones de las minorías sexuales³³. Fue aprobada en el Forum de Monterrey (México) e inspirada en los PY introduce al derecho a la orientación sexual y la identidad de género entre los “derechos emergentes”, entre los derechos para el siglo XXI (art. 4 y 6 DUDHE). Aún más, especifica un derecho a la autodeterminación persona y a la autonomía sexual, un derecho para elegir los vínculos personales, a la protección de la vida familiar cualquiera que sea el sexo de los adultos que la compongan, etc.

Después de estos textos, vendría ya la importante labor del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos (ACNUDH) y las declaraciones del Consejo de Derechos Humanos (CDH), sobre todo, la Resolución de 17 de junio de 2011 sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género (A/HRC/RES/17/19)³⁴, la primera y no menos importante de la que han derivado otras más. En esta resolución se encarga, entre otras tareas, a la ACNUDH la elaboración de un estudio sobre las leyes y la normativa de los Estados discriminatorias con el colectivo LGBTIQ “y la forma en la que la normativa internacional de derechos humanos puede aplicarse para poner fin a la violencia y a las violaciones conexas de los derechos humanos motivadas por la orientación sexual y la identidad de género”. El ACNUDH, desde esa fecha ha seguido presentando al Consejo de Derechos

³² Vid. *Declaración de Montréal* en <http://www.declarationofmontreal.org/DeclaraciondeMontrealES.pdf>

³³ Vid. *Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes* publicada por el Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, 2009. (<https://www.idhc.org/arxius/recerca/1416309302-DUDHE.pdf>)

³⁴ Vid. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/148/79/pdf/G1114879.pdf?OpenElement>

Humanos los oportunos informes y estudios sobre la situación de las personas LGBTIQ³⁵. Finalmente, el Consejo de Derechos Humanos decidió, por resolución de 30 de junio de 2016, nombrar un Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivo de orientación sexual o identidad de género quien realiza informes anuales sobre el estado y evolución de las normativas nacionales, sobre la situación del colectivo, sobre las discriminaciones, etc. Además, está obligado a establecer buenas prácticas y todo tipo de recomendaciones que mejore su situación³⁶. Desde la resolución de 2011, la situación, la evolución y la mejora –sobre todo, la no discriminación– de las personas LGBTIQ está en la agenda de Naciones Unidas.

Un segundo pilar muy destacado en la configuración de un derecho a la orientación sexual y la identidad de género ha tenido como protagonista la labor de los tribunales internacionales de ámbito regional. Entre ellos, en particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que, en esto como en otros asuntos, marca el camino a seguir por la jurisprudencia de las naciones europeas e, incluso, del resto de tribunales internacionales³⁷. En efecto, ha sido encomiable y muy meritoria, determinante en la protección contra la discriminación de las personas LGBTIQ en nuestras sociedades y en la construcción de un derecho a la expresión sexual y la identidad de género. Para ello, ha realizado una interpretación extensiva, dinámica y flexible de los artículos 8, en el que se reconoce el derecho a la vida privada, y 14, en el que se recoge el principio de no discriminación, del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* (CEDH), del Consejo de Europa³⁸.

³⁵ El ACNUDH elaboró dos interesantes informes: *Nacidos Libres e Iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos* (2012) y *Vivir Libres e Iguales. Qué están haciendo los Estados para abordar la violencia y la discriminación contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersex* (2016). Vid. la web donde se detalla la labor del ACNUDH y estos informes <https://www.ohchr.org/sp/issues/lgbti/Pages/index.aspx>, última consulta el 16 de enero de 2021.

³⁶ Sobre el Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación o identidad de género y su labor vid. <https://www.ohchr.org/SP/Issues/SexualOrientationGender/Pages/Index.aspx>, última consulta el 16 de enero de 2021.

³⁷ Es injusto centrar todo el protagonismo del avance de los derechos LGTBIQ exclusivamente en la labor del TEDH. Es un mérito compartido por el resto de tribunales internacionales de ámbito regional. Especialmente, habría que mencionar aquí a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁸ Sobre esta misma línea hermenéutica y sobre el trabajo del TEDH puede verse el monográfico de la *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17, 2013, (https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=3&numero=17). En particular, los artículos de J. DÍAZ

Ahora bien, el trayecto hasta el reconocimiento de la discriminación por orientación sexual e identidad de género por parte de TEDH ha sido progresivo dando los oportunos pasos a medida que las sociedades europeas modificaban el significado de los valores, sus costumbres y sus opiniones. Ha sido un proceso también prudente, pero audaz en el momento adecuado. Como ha sido destacado por los especialistas, la evolución en la jurisprudencia se ha producido a lo largo de una serie de etapas³⁹. En un primer momento, el TEDH fue reacio al reconocimiento de la discriminación de las personas LGBTIQ y mostró una clara resistencia a valorar su situación como una violación de derechos fundamentales. Posteriormente, el TEDH pasó a reconocer la necesidad de una despenalización de las relaciones homosexuales siempre que se produzcan en privado y entre personas adultas que consienten la relación. El siguiente paso tuvo por objeto la equiparación de la edad para tener relaciones heterosexuales y homosexuales. Después, amplió el ámbito de los derechos de las personas homosexuales para reconocer su derecho a la vida privada, a la formación de unidades familiares y a la adopción de menores. Luego, ha venido el reconocimiento de la discriminación de las personas trans, la protección de sus derechos, etc. Y es previsible que la línea iniciada por el TEDH en estos asuntos determine los fallos en los diferentes supuestos y realidades que se vayan presentando en su sede.

Uno de los cambios más relevantes en la jurisprudencia del TEDH sobre los derechos de las personas LGBTIQ se produjo a partir de la sentencia

LAFUENTE, de Fco. RUIZ-RUISEÑO, F. REY y A. ELVIRA. También los de D. BORRILLO, "De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual", *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 11, 2011 (<https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/629>), G. CANO PALOMARES, "La protecció dels drets de les minories sexuals pel Tribunal Europeu de Drets Humans", en AA.VV., *Orientació sexual i identitat de gènere. Els drets menys entesos*, Barcelona, Institut de Drets Humans de Catalunya, 2007, pp. 33-54, E. GILBAJA "La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Político*, núm. 91, 2014, pp. 303-340 (<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPolitico-2014-91-7070&dsID=Documento.pdf>), I. MANZANO, "La jurisprudencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV/2, 2012, pp. 49-78 (<http://www.revista-redi.es/es/articulos/la-jurisprudencia-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-sobre-orientacion-sexual-e-identidad-de-genero/>), J. MARTÍNEZ DE PISÓN, "Los derechos de las personas LGBTI: ¿Hacia un derecho a la orientación sexual y la identidad de género", cit. y V. MERINO SANCHO, "Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual", *Derechos y Libertades*, núm. 38, 2018, pp. 327-358.

³⁹ Vid los especialistas mencionados en la nota anterior.

Dudgeon c. Reino Unido, de 22 de octubre de 1981, en la que, básicamente, consideró una injerencia en la vida privada la prohibición penal de los actos homosexuales consentidos entre hombres mayores de edad, en esa época 21 años en el Reino Unido⁴⁰. Desde los años 50s del siglo XX, el TEDH había resuelto casos similares justificando su negativa a la protección de la vida privada de las personas homosexuales con el argumento de que los Estados podían penalizar dicha conducta en base a leyes que buscaban asegurar la salud o la moral colectiva. Con esta sentencia, como se ha indicado oportunamente, el TEDH inició la senda de reconocimiento y protección de los derechos de las personas LGBTIQ⁴¹. Tras esta sentencia, fue virando la vieja doctrina sobre la situación y la protección de las minorías sexuales en favor de una concepción más amplia de los derechos y libertades fundamentales recogidos en CEDH y en los ordenamientos jurídicos nacionales.

En esta nueva dirección doctrinal, el TEDH fue sensible a los cambios de opinión que se estaba produciendo en las sociedades europeas, cada vez más favorables a la despenalización de las relaciones homosexuales consentidas entre personas adultas. Dado este primer paso, no era descartable que, poco a poco, fuese ampliando el espacio de reconocimiento y protección de la situación de las personas LGBTIQ y así fue mostrando la discordancia entre la evolución de la opinión de la sociedad europea y el mundo del derecho. Al mismo tiempo, el TEDH se ha decidido a ir limitando cada vez más el ámbito de apreciación de los estados en estos asuntos restringiendo el margen de discrecionalidad de las autoridades nacionales en favor de un correcto aseguramiento de los derechos y libertades. En resumen, en lo que se está tratando: “Desde que en 1981 se pronunciara contra la penalización de las relaciones sexuales entre hombres en el Reino Unido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una considerable jurisprudencia en materia de protección de los derechos de las minorías sexuales. En esta jurisprudencia, el Tribunal ha declarado contrarias al Convenio, entre otras, la prohibición de relaciones sexuales en privado entre personas del mismo sexo, así como la diferencia en la edad de consentimiento. Asimismo, ha censurado un número creciente de prácticas discriminatorias llevadas a cabo por las

⁴⁰ Puede consultarse la información sobre los fallos en asuntos concernientes a personas LGBTIQ en el gabinete de prensa del TEDH. Para identidad de género, el link: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_ENG.pdf. Para orientación sexual: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Sexual_orientation_ENG.pdf.

⁴¹ I. MANZANO, “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, cit., p. 52.

autoridades nacionales en el disfrute de derechos y libertades fundamentales protegidos por el Convenio. Ello ha llevado en numerosas ocasiones a los Estados miembros del Consejo de Europa a modificar sus respectivos ordenamientos jurídicos internos para acomodar los avances realizados en materia de protección LGBT⁴².

Si la argumentación y el fallo del caso *Dudgeon vs. Reino Unido* supuso un cambio importante en la jurisprudencia del TEDH en relación de las personas homosexuales, otro tanto hay que afirmar respecto a la sentencia *Godwin vs. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002, en relación con el mundo trans y, por tanto, con la definición y estatuto jurídico de la identidad de género. En este caso, la demandante concluye el proceso de reasignación de sexo y solicita una nueva documentación acorde a su nueva situación siguiendo las pautas de la legislación británica cuya administración, no obstante, deniega, lo que tuvo consecuencias en la tramitación de la pensión por jubilación. El TEDH, modificando su doctrina anterior, va a resolver considerando que el Reino Unido vulnera el artículo 8 del CEDH en el que se protege el derecho a la vida privada. Como se ha puesto de manifiesto, esta sentencia no sólo ha supuesto un cambio de posición jurídica, si no también en la relación del derecho con la medicina en los casos de identidad de género: en esta sentencia, "el TEDH se aleja del discurso científico y abre un campo hermenéutico novedoso en el que los márgenes interpretativos se amplían: si los efectos del reconocimiento jurídico no pueden supeditarse a criterios médicos, los derechos de los transexuales deben ser amparados y protegidos a todos los efectos, con independencia de cuál sea la causa de la transexualidad. La identidad de género queda incluida en la esfera de protección del artículo 8 del CEDH y, por tanto, el Derecho debe proteger cualquier injerencia en la misma, así como reconocer efectos jurídicos a los cambios de sexo"⁴³.

Por último, el derecho a la orientación sexual y la identidad de género tiene un tercer e importante fundamento en la acción legislativa de los Estados que han ido incorporando a sus ordenamientos jurídicos las ideas de las declaraciones internacionales y las reivindicaciones del activismo LGBTIQ. Lo han hecho con carácter general, es decir, con una ley estatal que incluye un derecho a la identidad de género, expresión de género, etc., según las dife-

⁴² I. MANZANO, "La jurisprudencia del del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género", cit., p. 74.

⁴³ V. MERINO SANCHO, "Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual", cit., pp. 342-343.

rentes acepciones, donde se regulan todos los aspectos jurídicos, médicos, políticos, sociales, etc., como son los casos de Malta, Argentina, Portugal, Dinamarca, etc. O bien, como en el caso de España, se han dado pasos parciales, timoratos, en ese camino. En esta línea hay que mencionar la *ley 13/2005, de 2 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, y la *ley 3/2007, de 15 de marzo reguladora de la Rectificación Registral de la Mención relativa al Sexo de las Personas*.

Parte de las carencias legislativas generales en España se han cubierto en el ámbito autonómico. Así, en relación a los derechos del colectivo LGBTIQ hay que referirse a: la *Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid*, y la *Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid*, o la *Ley 8/2017, de 7 de abril, de la Generalitat, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género de la Generalitat Valenciana*, o la *Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGBTI y sus familiares en Andalucía*. Leyes que vienen, sin duda, a cubrir un hueco dejado por la legislación general del Estado, cuyos gobernantes no han sido capaces de aprobar una ley integral sobre el mundo LGBTIQ antidiscriminación. Cuando ha legislado lo ha hecho insatisfactoriamente, como es el caso de la *Ley 3/2007, de 15 de marzo*, antes citada, que insiste en la medicalización de las personas trans y no responde adecuadamente a la realidad de los menores y adolescentes que no están de acuerdo con su identidad de género.

En definitiva, el derecho a la expresión sexual y la orientación de género, por su origen y por su justificación, supone el reconocimiento expreso y la protección de los derechos de las personas LGBTIQ. O, al menos de una buena parte del colectivo, como veremos. En efecto, con este derecho específico de las minorías sexuales, se verían ampliamente garantizados los bienes jurídicos que, por más que los tratados y documentos internacionales aseguran para todos, sin embargo, en el caso del grupo LGBTIQ, se ven obstaculizados, negados, prohibidos, violados, etc.: la vida y la seguridad personal y familiar, la integridad física y psíquica, el derecho a formar una unidad familiar y a tener relaciones filiales, la libertad de expresión, el derecho de reunión y manifestación, el derecho a la educación, el derecho a la salud y el acceso al sistema sanitario público con todas sus consecuencias, la posibilidad de un empleo digno, de una vivienda, etc. Sin duda, con la configuración de

este derecho se abre un campo y un amplio escenario para la reflexión y la profundización, y el debate en torno a las causas, la justificación y el desarrollo de su contenido, de las formas de garantía, de su materialización, de las políticas que equilibren la situación histórica y eviten más daño a las personas LGBTIQ. Sin embargo, no todo está escrito sobre los derechos de este colectivo, sobre los derechos relacionados con el “sexo” y el “género”.

4. EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE GÉNERO. ¿LA ÚLTIMA FRONTERA DE LOS DERECHOS LGBTIQ?

4.1. La peculiaridad del mundo intersexual

En efecto, la mera referencia a la orientación sexual y la identidad de género, a primera vista, satisface una buena parte de las reivindicaciones del colectivo de personas LGBTIQ. No obstante, no se insiste suficientemente en la variedad, en la complejidad y en la riqueza de las vivencias que, en el fondo, se esconden bajo estas siglas. En las sociedades del siglo XXI, son muchas las formas de vivir el sexo y el género: algunas estaban ocultas o reprimidas, otras eran desconocidas, otras son objeto de nuevas experiencias, de una nueva concepción sobre la sexualidad y el género. Todo ello no es más que expresión del dinamismo, de la vivacidad y de la energía de la naturaleza humana.

Pues bien, analizando en profundidad los contornos de este derecho a la orientación sexual y la identidad de género resulta que su definición, su configuración y su contenido no abarca toda la compleja y rica realidad de las minorías sexuales tal y como se ha ido desarrollando en las últimas décadas del siglo XX y las primeras del XXI. Ciertamente, parece satisfacer las reivindicaciones del mundo homosexual y permite una redefinición de sus relaciones con la mayoría heterosexual. E, incluso, tal y como se entiende habitualmente en la opinión pública y en los debates sociales, los proyectos vitales de las personas transexuales quedarían adecuadamente preservados sin ser objeto de estigmatización y patologización pudiendo acceder al sistema sanitario público y llevar una vida de acuerdo al sexo sentido y no al establecido en el momento del nacimiento. Pero, como insisto y conviene no olvidar, la complejidad y la variedad de vivencias es lo que determina el perfil del colectivo y esto condiciona la satisfacción de los diversos planes de vida de manera que no todas las personas LGBTIQ comparten los mismos intereses, las mismas luchas y las mismas reivindicaciones.

Ciertamente, el significado mismo de “orientación sexual” e “identidad de género” amplía el sentido de los derechos a un amplio colectivo de personas LGBTIQ, pero, al mismo tiempo, determina también los contornos de su campo semántico y, por tanto, de sujetos que no se sienten reconocidos por los perfiles de la orientación sexual y la identidad de género. En efecto, los debates y discusiones en su seno –en el feminismo, entre homosexuales, gays, lesbianas, en el mundo trans, etc.– ha dado origen a otras perspectivas, a otras cosmovisiones que da una mayor diversidad y que, a su vez, genera más variedad y riqueza acorde a la naturaleza y a la imaginación humana. De esta manera, dentro de la secuencia histórica de lucha, reivindicación y reconocimiento, primero, de la realidad homosexual y, luego, de las vivencias de los transexuales, en la actualidad, no es exagerado afirmar que buscan también su visibilización otras minorías no menos importantes como son las personas transgénero, bisexuales, intersexuales, *queer*, cuir, no binarios, etc., que, en puridad, no se sienten amparadas bajo el paraguas del derecho a la orientación sexual y la identidad de género, sino que buscan el reconocimiento de esas otras formas de vivir el sexo y el género y, por supuesto, su protección frente a la discriminación, frente a la violencia y los otros modos de manifestación del odio y del ostracismo social. El respeto, en definitiva, a su genuina manera de entender su identidad personal. Es, por eso, que cabe preguntarse si estamos en ciernes de la configuración de un nuevo derecho –*el derecho a la libre determinación del género*– que en su perfil definitivo puede, o no, incorporar los requerimientos y postulados del primero. En este sentido, es en el que cabe preguntarse si con el derecho a la libre determinación del género estamos ante la última frontera de los derechos LGBTIQ.

Así pues, dentro de este colectivo que no encuentra plena satisfacción de sus vivencias y, por tanto, de sus reivindicaciones en el derecho a la orientación sexual y la identidad de género, están las personas *queer*, cuir, bisexuales, quienes obvian definirse por uno u otro sexo, los trans que rechazan la reasignación del sexo y los métodos quirúrgicos, etc. Y los intersexuales. Como ya expuse antes, la realidad intersexual supone, con toda su complejidad, una importante puesta en cuestión del binarismo del sexo y del género, pero lo más destacado es que, desde la perspectiva de los derechos, plantea nuevas preguntas y avanza nuevos horizontes.

La estrategia de las sociedades desarrolladas durante el siglo XX en relación a las personas intersexuales ha estado determinada por una política biomédica donde el esfuerzo se ha puesto en la reasignación de sexo, como

macho o como hembra, para una feliz integración social de acuerdo a uno de los géneros imperantes, masculino o femenino. La cuestión era cuál. La pauta a seguir fue establecida por un grupo de médicos del hospital de la John Hopkins University, liderados por John Money, para Estados Unidos y, de ahí, este modelo se expandió al resto de países. La filosofía de Money se resume en la idea del *body building*, de la posibilidad de modificar y moldear el cuerpo humano a través de la medicina, sobre todo, de la cirugía, y de que el género, al ser una cuestión cultural, se aprende en los primeros años de vida y se desarrolla en sus diferentes fases. De hecho, Money estaba convencido de que el recién nacido no conoce las pautas sociales correspondientes a uno de los géneros, nace con la mente en blanco y que, en consecuencia, el modelo se va aprendiendo, se interioriza con la socialización. Por eso, pensaba que las operaciones de reasignación de sexo debían realizarse hasta los dieciocho o veinticuatro meses del nacimiento. Una vez realizada la mutilación genital, es ya cuestión de hormonación y de aprendizaje social.

La política biomédica establecida por Money y su grupo, entre ellos, los psiquiatras John y Joan Hampson, tuvo mucho éxito durante la década de los años 60 del siglo XX y fue imitada por toda la comunidad médica mundial, inspirando los diagnósticos sobre intersexualidad. Desde luego, generó, y sigue generando, mucha polémica; ha dejado muchas heridas abiertas a pesar de que, ya en los 70, se demostró que sus casos de éxito habían sido un fracaso, que no resolvía la cuestión de la identidad sexual y que las personas afectadas quedaban lastradas por patologías psicológicas⁴⁴. El colectivo *intersex* reclama, después de esta experiencia, el abandono de las políticas biomédicas, que no se realicen reasignaciones de sexo en edad tan temprana y que, en última instancia, sea la propia persona intersexual la que decida sobre su identidad, que preste, en suma, su consentimiento para cualquier tipo de cirugía, si es el caso. Dicho de otra manera, la libre determinación

⁴⁴ El caso de reasignación de sexo realizado por Money y su equipo es el de David Reimer, convertido en John/Joan. Durante décadas fue presentado como ejemplo de las bondades de la política biomédica establecida por Money. El niño David perdió el pene por un error médico al hacer la circuncisión con tal suerte que se le asignó el sexo opuesto. Durante mucho tiempo, fue presentado como el ejemplo de que el *body building* es posible, pero la realidad fue muy distinta: un continuum de operaciones, de cirugía y de visitas al psicólogo. Finalmente, el mismo sujeto dio publicidad a su desesperada situación. El mito de la biopolítica de Money fue, realmente, desmontado gracias a la perseverancia de M. Diamond tras décadas de crítica a esta estrategia de reasignación. El testimonio de John fue determinante. Un estudio del caso en A. FAUSTO-STERLING, *Cuerpos sexuados*, cit, p. 88 y ss.

del sexo y del género. Que se moldee su cuerpo, si es preciso, de acuerdo a la voluntad del individuo con plena información de todos los aspectos de la intervención y sus efectos⁴⁵.

La cuestión es que las personas intersexuales y *trans* han estado determinadas por una similar estrategia biomédica cuyos resultados no son, precisamente, compartidos por ambos colectivos. En efecto, en la misma década que Money imponía su estrategia constructivista, un bien intencionado Harry Benjamin sentaba las bases del tratamiento que la sociedad, a través de la medicina, iba a practicar con el colectivo *trans*. También en este caso la solución a la falta de conformidad entre el sexo y el género pasaba por una reasignación de sexo, por el cambio de sexo a través de la hormonación y de la cirugía que, a su vez, sirve para justificar social y jurídicamente la posesión de un nuevo género⁴⁶. Como en el caso de la intersexualidad, la cirugía de reasignación de sexo fue la respuesta médica a la disconformidad entre sexo/género. Si en el caso de los intersexuales ésta debía hacerse en los primeros meses de vida y, luego, confiar a la socialización el aprendizaje del género, en el caso de los transexuales, primero se debía, y debe, mostrar la vivencia en el género deseado y, sólo después, previa certificación del psicólogo, puede entrar en el quirófano.

⁴⁵ Todos los estudios sobre intersexualidad y transexualidad tratan y polemizan con la política biomédica instaurada por Money y su equipo y exportada de todo el mundo. Una información más detallada puede encontrarse en las publicaciones ya citadas de J. A. NIETO PIÑEROBA, y G. COLL-PLANAS.

⁴⁶ En la historia de la transexualidad hay varios casos (entre ellos, el de C. Jorgensen) de reasignación de sexo que han llamado poderosamente la atención y que han tenido una importante repercusión social. Más allá de la noticia, la verdad es que el endocrino Harry Benjamin ha sido determinante en la mirada que la sociedad y, particularmente, la medicina ha proyectado sobre el mundo transexual. Benjamin popularizó el término “transexual”, acuñado unos años antes por D. O. Cauldwell. En 1966, Benjamin escribió el importante libro *The Transsexual Phenomenon* en la que describía los casos de transexuales que habían acudido a su gabinete, así como el tratamiento que habían recibido. Algunos consideran que es la primera investigación científica seria de la transexualidad: con sus teorías, su tipología, su estudio de las causas, etc. Aunque analiza los diferentes motivos por los que la persona *trans* quiere el cambio de sexo, finalmente, se centra en el origen biomédico. Esta conclusión le lleva bendecir la solución quirúrgica y a apoyar la solución de Money para los intersexuales. No fue el único; ni Estados Unidos fue el único país que optó por este diagnóstico. La obra de Benjamin será continuada por la asociación apadrinada por él mismo, la *Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association* (HBIGDA) –en la actualidad, la *World Professional Association for Transgender Health*–, que publicará los *Standards of Care for Gender Identity Disorders*. A su pesar, la visión de Benjamin será decisiva en la caracterización de la transexualidad como patología, en parte, de origen psicológico, y, de esta manera, para su definición posterior como “disforia de género” en la CEI de la OMS.

El empleo de la cirugía en ambos casos –transexualidad e intersexualidad–, como expresión de un biopoder normalizador del sistema sexo/género, ha sido y es muy polémico. Después de los primeros momentos, en los que se hipostasió sus bondades y los casos de éxito, fueron saliendo a la luz las rémoras, los complejos y los perjuicios, incluso, identitarios que sufrieron muchas de estas personas. Más todavía, cuando con la influencia de la poderosa APA, se patologizaron a estas personas, con el beneplácito de la OMS, y, como consecuencia de un mal entendido biologismo esencialista, se criminalizaron a estas personas con el resultado ya visto de que, en algunos Estados, pueden sufrir pérdida de su libertad y corren el riesgo de pena de muerte.

Por eso, en el seno del activismo *intersex*, y también del colectivo *trans*, han surgido ya en el siglo XXI, nuevas perspectivas y nuevos enfoques vitales que centran su posición en el rechazo a la patologización, a la respuesta médica, y reivindican formas no binarias de vivir el sexo y el género. Así, por un lado, los transgéneros quieren vivir el género sin necesidad de reasignar el sexo, sin mutilar el cuerpo. Y, por otro lado, el mundo *intersex* deviene en otras vivencias al estilo de los *queers*, y, sobre todo, también reclama la supresión de las viejas estrategias biomédicas y el papel de consentimiento informado cuando se trata de modificaciones corporales. Aquí es donde entra de lleno la reivindicación de un derecho a la libre determinación de género.

4.2. ¿Hay bases para una formulación de un derecho a la libre determinación del género?

El “derecho a la libre determinación de género” todavía está a expensas de una más específica materialización. De ahí que su construcción y conceptualización tenga perfiles controvertidos e imprecisos; incluso, dudas terminológicas⁴⁷. También en este caso ni la DUDH, ni el PIDCP, ni el PIDESC contemplan el supuesto de discriminación por motivo de identidad sexual y expresión de género como en el caso anterior. Por ello, la protección de los derechos de los intersexuales, de personas *queers* o no binarias, etc., quedarían amparados en el conjunto genérico de discriminación de otra índole y

⁴⁷ En la DUDE se hace referencia a “el derecho a la autodeterminación personal y la diversidad y autonomía sexual”. La ley de Malta de 1 de abril de 2015 lleva el rótulo omnicompreensivo de *Ley de Identidad de Género, Expresión de Género y Características Sexuales*. Y la proposición de ley 122/000191 presentada en 2018 por el grupo parlamentario confederal de Unidos Podemos y sus confluencias regula “el derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género”.

deberían ser justificados, además, en la violación de otros derechos y libertades fundamentales.

No obstante, como en el primer caso, podemos encontrar documentos elaborados por expertos e incluso aprobados por organismos vinculados a Naciones Unidas que apuntan ya en la dirección de este nuevo derecho LGBTIQ. Un primer texto de referencia es la ya mencionada DUDE, *Declaración Universal de Derechos Emergentes* (2007), del Fórum de Monterrey (México), cuyos artículos 4 y 6 pueden ser interpretados como un primer paso hacia el derecho a la libre determinación de género como derecho emergente⁴⁸. El artículo 4 afirma que “todos los seres humanos y toda comunidad tienen derecho a la igualdad de derechos plena y efectiva”. En el texto de la DUDE, los derechos se desglosan en apartados que especifican sus contenidos. Pues bien, el parágrafo 1 del art. 4 concreta que el **derecho a la igualdad de oportunidades** prohíbe “la discriminación por razón de raza, étnica, color, género u orientación sexual, características genéticas, ...”. Y el art. 6 que regula el **derecho a la democracia paritaria** se desglosa en importantes reconocimientos para los intersexuales y el colectivo LGBTIQ: 2.- **El derecho a la autodeterminación personal y la diversidad y autonomía sexual**, que reconoce a toda persona el *derecho a ejercer su libertad y orientación sexual*, así como a la adopción de infantes, sin discriminación. 3.- **El derecho a la elección de vínculos personales**, que se extiende al reconocimiento del *derecho a la asociación sentimental con la persona elegida*, incluyendo el derecho a contraer matrimonio, sin que exista obstáculo alguno al libre pleno consentimiento para dicho acto. Todo tipo de vínculo persona libremente consentido merece igual protección. 4.- **El derecho a la tutela de todas las manifestaciones de comunidad familiar, ...**. Por lo tanto, el reconocimiento de un derecho a la no discriminación por razón del género u orientación sexual y un derecho a la autodeterminación personal y la diversidad y autonomía sexual que pueden interpretarse en favor de la libre determinación del sexo y del género.

En segundo lugar, los *Principios de Yogyakarta (PY)* fueron objeto de revisión a los diez años de su entrada en vigor. El motivo de la redefinición es que fueron criticados por no contemplar las necesidades de las personas intersexuales que “correrían el riesgo de ser ignoradas al deberse su vulnerabilidad a priori ni a su orientación sexual ni a su identidad de género,

⁴⁸ *Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes*, 2009, p. 58-59 (<https://www.idhc.org/arxius/recerca/1416309302-DUDHE.pdf>, última consulta 27 de enero de 2021).

sino a presentar características sexuales diversas”⁴⁹. Urgía una ampliación que contemplase estas exigencias. El resultado fue un nuevo documento: los *Principios de Yogyakarta+10* (2017) que ya contemplan estas reclamaciones⁵⁰. El subtítulo del texto es muy significativo: *Additional Principles and State Obligations on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics to complement the Yogyakarta Principles*.

Como los PY de 2007, los PY+10 recogen diez derechos que complementan a los 29 anteriores, e incluyen también las obligaciones de los Estados, que emanan de las declaraciones internacionales de derechos humanos, más las pertinentes recomendaciones⁵¹. En relación con los derechos del colectivo que estoy tratando y del derecho a la libre determinación del género, pueden mencionarse los siguientes: 30.- **El derecho a la protección estatal**, por el cual todo el mundo, con independencia de la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género o las características sexuales, tiene derecho a la protección del Estado de la violencia, la discriminación u otros daños. 31.- **El derecho al reconocimiento legal**, que obliga al reconocimiento legal de las personas sin referencia o requerimiento del sexo, género, orientación sexual, identidad del género, expresión del género y características sexuales, a la expedición de documentos sin esos datos y posibilitar su modificación. 32.-**El derecho a la integridad física y mental**, que incluye, además de esta clásica reivindicación, el derecho a la autonomía y autodeterminación personal en relación a la orientación sexual, la identidad de género, expresión de género y características sexuales, la prohibición de la tortura y de tratos

⁴⁹ PEÑA DÍAZ, F. de A., *La lucha que no cesa. Los derechos del colectivo LGBTI como derechos humanos*, tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 41.

⁵⁰ Vid. *Principios Yogyakarta+10* (http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf, última consulta 1 de febrero de 2021).

⁵¹ Las nociones de expresión sexual e identidad de género tal y como fueron definidas por los PY en 2006 han alcanzado una considerable proyección en foros públicos y en documentos internacionales, pero, como vimos, han resultado insuficientes para englobar a toda la realidad LGBTIQ. Por eso, los PY+10 han ampliado el glosario terminológico con los conceptos de “expresión de género”, definido en su Preámbulo, “la presentación de cada persona de su género a través de la apariencia física –incluyendo la vestimenta, el peinado, los accesorios y el maquillaje– y los modales, el modo de hablar, los patrones de conducta, los nombres y las referencias personales”, y el de “características sexuales” por el que debe entenderse “los rasgos físicos de cada persona, relacionados con el sexo, incluyendo los genitales y otros rasgos anatómicos sexuales y reproductivos, los cromosomas, las hormonas y las características físicas secundarias que se manifiestan en la pubertad”. *Ibidem* p. 6.

inhumanos, crueles y degradantes y el uso de tratamientos médicos invasivos o irreversibles sin previo consentimiento libre e informado salvo que sea necesario para evitar daños serios e irreparables. En estas consideraciones se incluye también a los niños. Puede verse la relevancia del reconocimiento de todos estos derechos para el colectivo LGBTIQ, incluyendo a los trans, intersexuales, *queers*, no binarios, etc. Pero el listado sigue con otros derechos igualmente importantes como el de estar libres de criminalización de sanción (art. 33), el derecho de protección de la pobreza y exclusión social (34), derecho a la salud (35), el derecho a los derechos humanos en relación con las tecnologías de la información y comunicación (36), el derecho a la verdad (37) y el derecho a practicar, proteger, preservar y revivir la diversidad cultural (38).

En fin, en relación con el valor de los PY y PY+10: “Los 38 Principios de los YPs y YP+10 brindan una exposición autorizada y experta de la Legislación Internacional de Derechos Humanos tal como se aplica actualmente a las cuestiones de orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales. Su peso legal y normativo proviene directamente del conjunto comprendido en esa legislación, y los Restados deben regirse por estos Principios del mismo modo en el que deben regirse por la Declaración universal de Derechos Humanos”⁵².

Asimismo, la acción legislativa de los Estados también, poco a poco, sigue esta senda y va en la línea de visibilizar estas realidades y de establecer garantías y medios que eviten la violencia, el odio y el ostracismo social, de reconocer, proteger y garantizar los derechos humanos de las personas LGBTIQ. Ya se han mencionado antes algunos Estados que han introducido leyes protectoras de un derecho a la orientación sexual y la identidad de género. Alguno de ellos ha ido más lejos y ha introducido también el reconocimiento y la protección de un derecho a la libre determinación del género que recoja las reivindicaciones de los sectores LGBTIQ que estoy mencionando. El Experto independiente de Naciones Unidas para la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género señala que, a pesar de que hay países que penalizan las relaciones entre homosexuales o que las personas transgénero no consiguen que se reconozca el género con el que se identifican, “sin embargo, varios países, como la Argentina, Australia, Malta y los países escandinavos están marcan-

⁵² M. CABRAL GRINSPAN y J. EHRT, “Introducción a los Principios de Yogyakarta+10” en *Informe ILGA 2019*, cit., 43.

do ahora el camino al permitir que la legislación nacional reconozca el género con el que las personas se identifican sin necesidad de intervenciones quirúrgicas y procedimientos médicos conexos, a menos que opten por esta vía sin coacciones, y al reducir los obstáculos burocráticos existentes”⁵³. Igualmente, apunta que ésta es la estrategia a seguir en el caso de los intersexuales.

Dicho de otra manera, la lucha por los derechos LGBTIQ es la senda a seguir y en este camino, en efecto, hay países que destacan especialmente. Pero, en esta lucha, el Experto Independiente se queda un poco corto. Sólo en Europa ya hay once países en los que no se exige diagnóstico médico –lo que ya es un avance muy importante en la despatologización del colectivo trans– para el reconocimiento legal del género: Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Portugal, de la Unión Europea, en los que se reconoce el principio de autodeterminación de género, además de Noruega, Islandia y Suiza. En Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Austria, España, Italia, Polonia, Reino Unido y República Checa se exige dicho diagnóstico y/o tratamiento hormonal⁵⁴. Y Latinoamérica tampoco se queda atrás en la sensibilización a favor de los derechos de las personas LGBTIQ: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Panamá, Perú y Uruguay posibilitan el cambio de nombre sin acudir a diagnósticos médicos, informes psiquiátricos o reasignaciones quirúrgicas del sexo⁵⁵.

Pero, en efecto, Argentina fue el primer país que aprobó una ley relativa al derecho a la identidad de género. La *ley* 26.743, de 23 de mayo de 2012, recoge la definición estipulada por los PY y, en su artículo 1, regula el contenido del derecho a la identidad de género⁵⁶. En fin, una ley pensada para responder a las reclamaciones del mundo transexual –reasignación de sexo, cambio de identidad, acceso al sistema de salud, no discriminación, la

⁵³ Vid. *Experto Independiente para la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género*, informe 2017, parágrafo 57, p. 19 (<https://undocs.org/es/A/HRC/35/36>, última vez consultado 2 de febrero de 2021).

⁵⁴ Vid. https://www.antena3.com/noticias/sociedad/nuevo-choque-entre-psoe-y-up_20210203601aca7b745fb40001a5652f.html, (consultado el 3 y 4 de febrero de 2021).

⁵⁵ Vid. la información de *Infolibre*, consultada entre el 3 y el 5 de febrero de 2021, en https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/11/23/casilla_despatologizacion_certificado_reconocimiento_genero_asi_legislan_otros_paises_sobre_los_derechos_trans_113297_1012.html.

⁵⁶ “Toda persona tiene derecho: a) Al reconocimiento de su identidad de género. 2) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género. C) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada”.

situación de los menores trans, etc.– que, sin embargo, puede ser interpretada extensivamente yendo más allá de la literalidad y puede servir de punto de partida para el reconocimiento de alguna de las reclamaciones de los transgéneros, intersexuales, *queers*, no binarios, etc., en la medida en la que, a sensu contrario, puede considerarse un paso para limitar las mutilaciones genitales no consentidas y posibilita las modificaciones en la identidad de género.

El caso de Malta es, sin duda, especial y un paso más en el camino a seguir pues fue el primer país de Europa que, explícitamente, prohibió la cirugía de sexo o un tratamiento psicológico o médico como requisito previo. Y lo hizo por unanimidad en la *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*, de 14 de abril de 2015⁵⁷. El artículo 3 de esta ley es todo un símbolo. En su apartado 1, se afirma que todos los ciudadanos de Malta tienen el derecho a: a) “the recognition of their gender identity; b) the free development of their person according to their gender identity, c) be treated according to their gender identity and, particularly, to be identified in that way in the documents providing their identity therein; and d) bodily integrity and physical autonomy”. En fin, la libre determinación del género de acuerdo con el desarrollo de la personalidad de cada uno y a escoger la forma por la que quiere ser identificado en los documentos públicos, así como el derecho a la integridad y autonomía física.

Otro ejemplo muy meritorio es el de Portugal. La ley n° 38/2018, de 7 de agosto, sobre *Direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e a proteção das características sexuais de cada pessoa* establece este derecho en su artículo 1 y expresamente reconoce, además, el derecho a mantener las características sexuales primarias y secundarias (art. 4) y se prohíben las intervenciones quirúrgicas o tratamientos farmacológicos de los menores intersexuales salvo riesgo para la salud (art. 4). El fundamento de este derecho a la autodeterminación de la identidad de género y la expresión de género tiene su fundamento en el libre desenvolvimiento de la personalidad de acuerdo con la identidad y la expresión de género de cada cual (art. 3). Junto a estas importantes declaraciones, se incluyen la prohibición de discrimina-

⁵⁷ La ley de Malta, de 14 de abril de 2015, puede consultarse en https://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/04/Malta_GIGESC_trans_law_2015.pdf última vez consultada el 5 de febrero de 2021. Sobre la regulación maltesa y el marco normativo europeo en esta materia puede verse el artículo de V. MERINO SÁNCHEZ, “Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual”, cit., pp. 336 y ss.

ción, el derecho al cambio de nombre y un procedimiento bastante explícito, así como otras medidas de protección de estas personas en el ámbito de la salud y educación y enseñanza.

En fin, la lista de países que van poco a poco reconociendo la realidad del mundo LGBTIQ –sobre todo, la discriminación, la patologización y el ostracismo de trans e intersexuales–, y que van, al menos, introduciendo mecanismos de protección contra el odio y la violencia y de rectificación de viejas prácticas médicas y jurídicas, es cada vez más numerosa. Y es perceptible la evolución desde las primeras leyes que contemplaban la realidad transexual, estableciendo el derecho a la identidad de género, y las últimas más sensibles a la situación de los intersexuales y más proclives al reconocimiento del derecho a la libre determinación de género. El último paso es la inclusión en los documentos oficiales de una tercera casilla en la pregunta acerca del género de las personas: masculino, femenino o neutro. Como es el caso de Malta o Australia. En relación con las personas trans, la resolución 2048, de 22 de abril de 2015, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa avala todas y cada una de estas medidas, incluido el establecimiento de una tercera casilla, e insta a los Estados a los cambios legislativos necesarios, no sólo para eliminar la discriminación contra este colectivo y los discursos de odio, sino también para la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos y el reconocimiento del derecho a la libre determinación del género⁵⁸.

En España, ha proliferado legislación autonómica –las conocidas como leyes “trans”⁵⁹– en relación con los derechos LGBTIQ⁶⁰. A nivel estatal es de

⁵⁸ <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=21736>, última consulta el 6 de febrero de 2021.

⁵⁹ Desde 2009, doce CCAA han regulado total o parcialmente la situación del colectivo LGBTIQ, en particular, del mundo trans, obviando su patologización y protegiendo sus derechos. De ellas, 8 reconocen o hacen alusión al “derecho a la autodeterminación de género”. La primera que lo incluyó fue la ley andaluza, la ley integral para la no discriminación por motivos de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, de 8 de julio 2014. La ley de la Comunidad Valenciana, igual que la andaluza, es un fiel reflejo de este movimiento: *ley 8/2017, de 7 de abril, de la Generalitat, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género*. (vid. <https://www.elsaltodiario.com/lgtbiq/leyes-autonomicas-trans-lgtb-autodeterminacion-genero-documento-interno-psoe>, última consulta el 4 de febrero de 2021).

⁶⁰ En el momento que escribo estas líneas –los días 3 y 4 de febrero de 2021– ha salido en la prensa una nueva iniciativa de aprobación de una nueva ley de este tipo promovida por la Vicepresidenta de Igualdad perteneciente a Unidas Podemos. Hasta la fecha sólo han sali-

reseñar la loable iniciativa del grupo parlamentario confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea de presentar una proposición de Ley sobre *la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de a identidad sexual y expresión de género*, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 2 de marzo de 2018. Hubiera sido, sin duda, un paso muy importante que hubiera puesto a España en primera línea de los países que reconocen los derechos de las personas LGBTIQ, pero decayó al finalizar la legislatura. Su artículo 2.1 afirmaba: “Toda persona es titular del derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género y demás derechos previstos en esta Ley”: el mismo derecho a la identidad sexual y expresión de género y su ejercicio, el derecho a la adecuación de los datos personales, los derechos en el ámbito sanitario y de la salud, en el mundo social y laboral, en la educación. Toda una declaración de intenciones⁶¹. Lástima que decayese la legislatura.

5. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGBTIQ. UNA ÚLTIMA REFERENCIA A SU JUSTIFICACIÓN

Los derechos de las personas LGBTIQ –sea el derecho a la orientación sexual y la identidad de género, sea el derecho a la libre determinación del género– tienen tanto una justificación moral como jurídica e, incluso, social. Dejando aparte las consideraciones de carácter social y político, la raíz moral y jurídica de estos derechos tiene su fundamento en nuestras categorías más básicas y en nuestra misma concepción de la persona como sujeto clave de la sociedad, de la organización política y del ordenamiento jurídico. Causa horror y un tremendo rechazo la lectura de las violaciones de los derechos fundamentales de los diferentes grupos del colectivo LGBTIQ recogidos en los informes de organis-

do retazos de la futura ley que, a primera vista, responde a las reivindicaciones del colectivo LGBTIQ y refleja también las recomendaciones de las declaraciones y organismos internacionales, incluyendo las relativas a las personas intersexuales.

⁶¹ A título de ejemplo de lo novedosa que era esta ley, el artículo 3 presenta una serie de definiciones, la mayoría concordantes con lo previsto en los PY y otros documentos internacionales, y, entre ellas, la de “personas no binarias: Personas cuya identidad sexual, de género y/o expresión de género se ubica fuera de los conceptos de hombre/mujer y/o masculino/femenino, o fluctúa entre ellos. Las personas no binarias pueden o no emplear un género gramatical neutro, pueden o no someterse a procedimientos médicos, pueden o no tener o desear una apariencia andrógina, y pueden o no utilizar otros términos específicos para describir su identidad de género, como pueden ser, entre otros, género *queer*, variantes de género, género neutro, otro, ninguno o fluido”.

mos internacionales, de ILGA, del ACNUD, del Consejo de Europa, de la Unión Europea, del Experto Independiente de Naciones Unidas, etc.: que 70 Estados de Naciones Unidas penalicen las relaciones homosexuales consentidas entre personas adultas, que las autoridades amparen o no persigan actos violentos contra estas personas, que queden impunes estos delitos; el ostracismo social y la marginación; que, en suma, no puedan gozar de los derechos básicos de todo ciudadano. Todo ello remite a la categoría moral y jurídico-política de la dignidad humana como piedra angular de la sociedad y de la convivencia.

Al margen del enfoque y la respuesta moral a esta cuestión, estas descripciones y estas situaciones injustificadas han ido calando en la acción legislativa de los gobiernos y en los fundamentos jurídicos de los tribunales nacionales e internacionales que han ido buscando elementos de protección y vías de garantía de los derechos y libertades de las personas LGBTIQ. No quiero acabar estas páginas sin una referencia a los argumentos de uno de los organismos judiciales internacionales que más ha abogado por los derechos de las minorías sexuales y que, en ésta como en otras materias, está siendo el motor de la transformación del sistema de derechos y libertades fundamentales y de su adaptación a la sociedad del siglo XXI. Y lo está haciendo refiriéndose a las categorías jurídico-políticas básicas de la intimidad o privacidad, de la identidad y dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad. Me refiero al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

En efecto, el TEDH en el desarrollo de la protección de la orientación sexual e identidad de género –en suma, en la conformación de un derecho de este tipo– ha realizado una interpretación dinámica y expansiva del artículo 8 del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* (CEDH), del Consejo de Europa, en el que se recoge el derecho a la vida privada adecuando su significado y su contenido a la evolución de la opinión pública de las sociedades europeas. Gracias a eso ha posibilitado la protección de derechos básicos de las personas LGBTIQ en concordancia con el artículo 14 del mismo texto sobre los derechos fundamentales en el que se regula el principio de no discriminación. Así, puede afirmarse que el TEDH con la interpretación de los art. 8 y 14 del CEDH está formulando las bases de un derecho a la orientación sexual y la identidad de género. En última instancia, los mismos fundamentos pueden alegarse para el reconocimiento de un derecho a la libre determinación del género: la vida privada, el respeto a la identidad personal y la garantía de la dignidad humana, tal y como tienen sentido en la actualidad a la luz de este artículo 8.

Ha sido ampliamente señalada la sentencia del caso *Goodwin vs. Reino Unido* como la que determina un cambio radical de la posición del TEDH respecto al colectivo de transexuales, pero el sentido de esta resolución tiene un mayor alcance una vez analizada en profundidad⁶². Ciertamente, avala una de las reivindicaciones más importantes de las personas trans como es la necesaria adecuación del sexo jurídico al sexo sentido, así como legitimó también el cambio de nombre⁶³. Y lo hizo con una interpretación extensiva del artículo 8 del CEDH, además de una defensa de los límites de la “apreciación” de los estados en materia del derecho a la vida privada y de la existencia de “obligaciones positivas” para las autoridades públicas; importante avance junto al reconocimiento de las “obligaciones negativas” que había establecido veinte años antes en el conocido caso *Dudgeon* a partir del cual modificó sustancialmente la doctrina en relación a los gays.

En efecto, lo importante es que fundamenta su decisión en la raíz misma en la que se sostiene el CEDH y, por tanto, los derechos y libertades de los individuos: la dignidad humana y la libertad de los hombres que son la “esencia misma del Convenio”⁶⁴. Y más: expresamente afirma el TEDH que la noción de autonomía personal es un principio importante en la interpretación de las garantías del artículo 8 del CEDH y que, bajo este artículo, se incluye la protección de una esfera personal en la que se engloba el derecho a establecer los aspectos de su identidad personal como seres humanos individuales, y, entre ellos, todo lo relativo al sexo y al género.

Esta misma filosofía aparece desde el caso *Goodwin vs. Reino Unido* en otras sentencias sobre circunstancias similares concernientes al colectivo

⁶² Vid. sobre esta sentencia y sobre la posición del TEDH en relación con los transexuales el artículo de V. MERINO SANCHO, “Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual”, *cit.*, especialmente, las páginas 338 y ss. Comparto plenamente su tesis de que el tribunal ha abierto, con la sentencia del caso *Goodwin* y otras, una importante vía de justificación del derecho a la libre determinación del género.

⁶³ El TEDH toma buena nota de la situación de los transexuales: stress, alienación y depresión engendrada por la discordancia entre género y derecho, por el conflicto entre la realidad social y la realidad jurídica, que coloca a las personas transexuales en una situación anormal que, a su vez, genera vulnerabilidad, humillación y ansiedad. Al mismo tiempo, constata las contradicciones del Reino Unido que reconoce la disforia de género, apoya y ayuda en la conversión sexual y presta los medios del servicio nacional de salud para la reasignación del sexo, y luego rechaza las consecuencias administrativas y jurídicas. Vid. *Goodwin vs. Reino Unido*, *cit.*, parágrafo 78.

⁶⁴ Vid. *Goodwin vs. Reino Unido*, *cit.*, parágrafo 90.

LGTBIQ. Desde el caso *I v. Reino Unido*, de la misma fecha que la anterior, hasta las últimas publicadas. Véase *Y. T. vs. Bulgaria*, de 9 de julio de 2020, *Rana vs. Hungría*, de 16 de julio de 2020, o el caso *Beizaras y Levickas vs. Lituania*, de 14 de enero de 2020, etc. En *Rana vs. Hungría*, por ejemplo, el TEDH señala no sólo que, como en el caso *Hämäläinen vs. Finlandia*, de 16 de julio de 2014, los Estados tienen un estrecho margen de apreciación en el ámbito de la “identidad íntima de los particulares”, puesto que se refiere a la identidad de género de la persona, sino que, además, en el caso de ciudadanos no húngaros se “limitaba desproporcionadamente su derecho a la dignidad humana”⁶⁵. De nuevo, pues la referencia a las categorías jurídico-políticas básicas que sustentan la sociedad democrática liberal.

Incluso, en el caso *Beizaras y Levickas contra Lituania*, en un asunto de delito de odio contra personas LGBTIQ y de inoperancia de las autoridades policiales, aún va más lejos al reiterar su opinión de que una de las “señas de identidad de una sociedad democrática” es el respeto del pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras, que la misma se construye “en el reconocimiento genuino y el respeto de la diversidad”, que el concepto de “vida privada” es un término amplio susceptible de abarcar la integridad física y psicológica de una persona y que la autodeterminación sexual “constituye uno de los aspectos del derecho de una persona al respeto de su vida privada”. Y, en cuanto a la actuación de las autoridades públicas: “Las obligaciones positivas del Estado son inherentes al derecho al respeto efectivo de la vida privada en virtud del artículo 8”. Entre las que incluye el establecimiento de medidas legales contra los delitos de odio contra el colectivo LGBTIQ y su persecución efectiva⁶⁶.

Pocas excusas pueden presentarse ya para el no reconocimiento jurídico de los derechos LGBTIQ –el derecho a la orientación sexual y la identidad de género y el derecho a la libre determinación del género–, una vez que el

⁶⁵ Caso *Rana vs. Hungría*, de 16 de julio de 2020, vid. parágrafos 39 y 40 <http://aranzadi.aranzadidigital.es.umbral.unirioja.es/maf/app/document?tid=&docguid=leacf1270cafc11eaab6f5b06e62c22298&base-guids=TEDH\2020\107&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6adc6000017773ce0c4d7ae17cc6&src=withinResuts&spos=1&epos=1>, última consulta el 5 de febrero de 2021.

⁶⁶ Caso *Beizaras y Levickas vs. Lituania*, de 14 de enero de 2020, parágrafos 106-110, vid. <http://aranzadi.aranzadidigital.es.umbral.unirioja.es/maf/app/document?tid=&docguid=1088570503e5011ea8ad6a83a254450ba&base-guids=TEDH\2020\7&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6adc500000177770c5c966f3931f3&src=withinResuts&spos=3&epos=3>, última consulta el 6 de febrero de 2021.

TEDH ha sentado las bases de su protección jurisdiccional. Sólo falta la acción legislativa de los Estados. Desde luego, es mucho mejor su introducción en el ámbito constitucional, pero esto es una quimera. Por ello, al menos, procede su positivación, el paso de la teoría a la práctica, a través del establecimiento de la oportuna ley relativa a estos derechos que los reconozca, que prohíba la discriminación (art. 14 CE), las políticas de conversión, las medidas quirúrgicas sin consentimiento informado, etc. En fin, que materialice efectivamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el derecho a la vida privada (art. 18.1 CE), incluyendo la configuración de la identidad personal y la integridad física y psíquica (art. 15 CE), y, en última instancia, que garantice el respeto de la dignidad humana de las personas LGBTIQ (art. 10.1 CE).

JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO
Universidad de La Rioja
Edificio Quintiliano
c/ La Cigüeña 60
26006 Logroño, La Rioja
Email: jose.mezdepison@unirioja.es

**LOS OTROS ROSTROS DE ALF ROSS.
IDEAS PARA UN ANÁLISIS CRÍTICO DEL
DEMOKRATI, MAGT OG RET, 1974***

*THE OTHER FACES OF ALF ROSS.
HINTS FOR A CRITICAL ANALYSIS OF
DEMOKRATI, MAGT OG RET, 1974*

ALESSANDRO SERPE
Università degli Studi G. D'Annunzio di Chieti e Pescara

Fecha de recepción: 19-2-21

Fecha de aceptación: 30-4-21

Resumen: *Alf Ross es conocido como uno de los filósofos del derecho más influyentes del siglo XX. Su pasión más profunda por la teoría del derecho no le impidió explorar hábilmente aspectos claves de la práctica jurídica y contribuir de alguna manera al debate público de su tiempo. Demokrati, magt og ret. Indlæg i dagens debat, de 1974, es un conjunto de artículos de prensa que ofrece un examen en profundidad de complejos problemas jurídicos, políticos y morales. El volumen muestra cómo los principales presupuestos de su realismo le sirvieron de indicios para comprender cuestiones prácticas y, lo que es igualmente importante, revela los diferentes rostros del autor y una personalidad multifacética y fascinante.*

Abstract: *Alf Ross is best known as one of the XX's century most authoritative legal-philosopher. His deepest passion for the theory of law did not refrain him from deftly exploring key-practical aspects of law and contributing in some way to the public debate of his time. Demokrati, magt og ret. Indlæg i dagens debat, 1974, is a collection of articles for newspapers offering a sustained examination of complex legal, political and moral issues. The volume displays how the main tenets of his Realism served him as a clue in understanding practical issues, and, equally importantly, it reveals a fascinatingly polyhedric personality.*

* Traducción al castellano de la Dra. Flor María Ávila Hernández y del Dr. Dimitri Endrizzi, Universidad Católica de Colombia.

Palabras clave: democracia, libertad de expresión, poder, derecho.
Keywords: democracy, freedom of expression, power, law.

1. INTRODUCIENDO A ROSS, 1974

No es inusual que un filósofo del derecho, por las razones más variadas, se sustraiga del debate público y persiga sus intereses e ideales permaneciendo dentro de la fuerte y pura *turris eburnea* del elitismo académico. Para el danés Alf Ross, fué diferente. Su hambre de ciencia no clausuró entre las paredes de una torre de marfil, sino que entró frecuentemente en la vida cotidiana, individual y colectiva. El volumen *Demokrati, magt og ret* (Democracia, poder y derecho), de 1974, constituye el más vivo testimonio de su empeño civil, de jurista práctico y comentarista agudo de la sociedad, por cuestiones prácticas de la ciencia política, de la economía y del derecho. En particular, del derecho penal, comparado e internacional. En este volumen, *Democracia, poder y derecho*, Ross selecciona y vuelve a publicar una serie de ensayos y artículos que habían salido en revistas y periódicos de su país de origen, Dinamarca, en un periodo que iba desde 1957 hasta 1974. El subtítulo, *Indlæg i dagens debat* (Contribuciones al debate actual) encierra, como en una fórmula matemática, su poner a prueba en la arena pública sus propias doctrinas y convicciones. El volumen está dividido en tres secciones: democracia, poder y derecho. Secciones diferentes entre sí, pero caracterizadas por una sustancial unidad y coherencia. El *fil rouge* que las une es un conjunto de reflexiones y de ejercicios civiles que se proponen comprender qué es efectivamente y qué debe ser la democracia, a través de los instrumentos de su infatigable fe filosófica: el realismo¹.

La traducción italiana de este volumen² es complementada, a nivel de apéndice, con dos ensayos significativos y consistentes escritos en años an-

¹ En el milieu académico escandinavo, se puede consultar A. ROSS, *Demokrati, magt og ret. Indlæg i dagens debat*, Lindhardt og Ringhof, Copenhague, 1974, prueba contundente de la recepción crítica del filósofo y jurista noruego Frede Castberg (1893-1977). Castberg fue un incansable partidario de un regreso al derecho natural, dentro de una concepción normativista del derecho, en profundidad para desligarse del realismo filosófico e jurídico de Axel Häägerström y de Alf Ross. Ver F. CASTBERG, "Alf Ross: Demokrati magt og ret, Kobenbavn 1974", *Lov og Rett*, 1975, pp. 43-46. Sobre la figura de Frede Castberg (1893-1977) dentro del panorama filosófico-jurídico escandinavo y, en particular, sobre los temas democracia, libertad e igualdad, en comparación con Ross, refiriéndose al mío: A. SERPE, *Realismo nordico e diritti umani. Le 'avventure' del realismo nella cultura filosofico-giuridica norvegese*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pp. 176-183.

² A. ROSS, *Democrazia, potere e diritto. Contributi al dibattito odierno* (introducción y traducción de A. SERPE), Giappichelli, Torino, 2016.

teriores, *Kommunismen og Demokratiet* (El Comunismo y la Democracia) y *Socialismen och Demokratien* (El Socialismo y la Democracia) publicados, respectivamente, en danés, en 1945, y en sueco, en 1947, en la revista *Tiden*³. El apéndice refuerza, debido a su perfil teórico y no contingente, el cuerpo de los textos contenidos en el volumen, confirmando, en el fondo, la intención de Ross: reflexionar y llevar a cabo una estrecha comparación entre el liberalismo, el comunismo y el socialismo. El programa es unitario y el espíritu del volumen no es traicionado.

El último escrito del volumen, *Credo*, parece estar allí para cerrar el cerco. Era el 21 de junio del 1974, pocos años antes de su desaparición. Ross, como en un testamento intelectual, respondía, entre la tranquilidad y quietud de los bosques al norte de Copenhague, a una entrevista para el diario danés *Berlingske Aften's kronik*. En el texto fluye su credo, sus creencias, junto a las inquietudes y al cansancio de una larga historia de lucha intelectual como jurista teórico y práctico. ¿En qué le cree Ross? “Crear en algo –escribía Ross– es más que un simple ‘considerar verdadero’⁴. Y después se preguntaba: “¿Qué es lo que considero o creo que es bueno y grande, aquello que le da sentido a la vida, aquello por lo cual puedo estar dispuesto a apostar en la vida? ¿Cuál es la espina dorsal de mi existencia?”⁵. Este es el núcleo central de sus creencias. A las fugas neuróticas de la razón que desbordan en la fe religiosa, fugas que constituyen la prueba, y a su vez la causa, de un escapar de la carga de la decisión y la responsabilidad, y a cualquier forma de iusnaturalismo Ross responde con la aceptación consciente de un vacío ineludible y la incomprendibilidad absoluta de aquellos “espacios infinitos en los que las nebulosas y las galaxias fluctúan millones de años luz distantes en el transcurso de un tiempo que no tiene principio ni fin”⁶. Una lección, cualquiera que sea la intención de Ross en la publicación de estos escritos, viene de la lectura de ellos: la libertad no se da fuera de la responsabilidad.

Casi como en un ‘inventario’, Ross explicaba, paradigmáticamente, sus credos: su credo en la democracia, su credo en la ciencia, su credo en la li-

³ A. ROSS, *Kommunismen og demokratiet*, Fremad, Copenhague, 1945 (trad. italiana de A. SERPE, “Il comunismo e la democrazia”, en A. ROSS, *Democrazia, potere e diritto*, cit., pp. 123-147); A. ROSS, “Socialismen och Demokratien”, *Tiden*, 39, 7, pp. 392-404 (trad. italiana de A. SERPE, “Il socialismo e la democrazia”, en A. ROSS, *Democrazia, potere e diritto*, cit., pp. 149-164).

⁴ Ibid., p. 114.

⁵ Ibid., p. 116.

⁶ A. ROSS, “Mit livstestament”, *Berlingske Tidende*, 14-5-1978.

bertad de los individuos, su credo en la responsabilidad, su credo en la virtud del juez⁷. Aguas arriba, su credo en la democracia. Y justo la democracia constituye el eje de la primera de las tres secciones del volumen. Qué se inicia, precisamente, desde ella⁸.

2. SOBRE LA DEMOCRACIA

Ya en julio de 1945, después de la liberación de las tropas alemanas, Ross se dejó involucrar en un apasionado activismo teórico concerniente al Estado y a la consistencia de la democracia. Un debate que contó con la participación de académicos refinados como Jørgen Jørgensen (1894-1969), profesor de filosofía en la misma universidad de Ross y destacado exponente del empirismo lógico, y Hal Koch (1904-1963), profesor de Historia de la Iglesia en la Universidad de Copenhague⁹.

Analicemos algunos aspectos del pensamiento de Jørgen Jørgensen y Hal Koch, autores cuyas ideas sobre la democracia marcaron los pasajes más importantes de las reflexiones de Ross alrededor de la democracia, el liberalismo y el socialismo. Jørgensen distinguía cuatro formas de democracia, teóricamente determinadas –política, social, cultural y económica– formas que, a su manera de ver, manifestaban una exigencia de igualdad, pero no de libertad. La libertad era, para Jørgensen, compatible con la democracia en la medida en que su ejercicio no obstaculizase la plena materialización de otros bienes democráticos fundamentales: en primer lugar, la igualdad

⁷ Ver también, A. SERPE, “I credo di Alf Ross. Scienza, democrazia, giustizia nelle pagine del *Demokrati, magt og ret*”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 2, 2017, pp. 421-448.

⁸ Las páginas teóricas de Ross son bastante conocidas. Los artículos de *Demokrati, magt og ret* muestran algunas otras facetas de Ross como respetado periodista, comentarista social y abogado litigante, asesor jurídico para particulares, así como para el gobierno danés. Ross se desempeñó como Juez del Tribunal Europeo Derechos Humanos (desde 1959 a 1972), ocupó el cargo de Secretario de la Cámara de Comercio (desde 1935 a 1977) y en 1953 participó en la redacción de la Constitución danesa.

⁹ Varias fueron las revistas que dieron la bienvenida al animado debate de esos años sobre democracia y libertad de expresión: además de *Frit Danmark*, también *Politiken*, *Bedingske Aftenavis*, *Frie Ord*, *Land og Folk*, *Social-Demokraten*. Sobre el debate danés de posguerra sobre el concepto de democracia, ver A. SERPE, “Giù dalla torre d’avorio? Ross difensore della democrazia nel dibattito danese degli anni del dopoguerra”, *Rivista di Filosofia del diritto*, núm. 2, 2017, pp. 293-314; también, A. SERPE, *Il pensiero filosofico e giuridico danese. Tra comunità democrazia e diritto*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 175-197.

social de los individuos. El comunismo habría garantizado la solución en cuanto al mantenerse de la democracia¹⁰. Para el teólogo e histórico de la iglesia Hal Koch, con el cual Ross, en 1949, trabajaría una voluminosa antología sobre el concepto de democracia nórdica¹¹, la esencia de la democracia estaba en el diálogo (*samtalen*), origen constitutivo del ser humano. Para Koch, la democracia ya no podía ser considerada solamente una forma política de gobierno fundada sobre la regla del principio de la mayoría, sino que debía entenderse como una forma de vida (*livsform*) que caracterizaría cualquier relación humana, a incentivarse con formas de aprendizaje y educación popular. Partiendo de los conceptos de respeto, comprensión, diálogo, participación a la vida pública y dentro de una perspectiva que tuviese conjuntamente en cuenta la retórica, la dialéctica y el cristianismo reformista de Grundtvig, Koch contraponía la ‘palabra’ (democracia) a la ‘espada’ (dictadura y totalitarismo)¹².

Vayamos a Ross. Ya en *Ordet eller Sværdet?* –una de sus primeras contribuciones al concepto de democracia– Ross sostenía una doble imposibilidad. En primer lugar, la imposibilidad de conciliar la democracia política con la democracia económica, social y cultural, en cuanto la democracia no expresaba, en su forma de ver, ninguna exigencia de equiparación y de igualdad, como se exigía, por ejemplo, en una economía planificada. En segundo lugar, la imposibilidad de reducir el concepto de democracia a una mera forma de vida. Para Ross, el diálogo satisface las condiciones requeridas por una democracia, pero la democracia es, antes que nada, un procedimiento que presupone el compartir de una ideología. Una tripartición de los significados del concepto de democracia aparece en la breve monografía

¹⁰ J. JØRGENSEN, “Demokratiet har Ret til at forsvare sig”, en S. HEIN RASMUSSEN y N. KAYSER NIELSEN (eds), *Strid om demokratiet. Artikler fra en dansk debat 1945-46*, Aarhus Universitetsforlag, Aarhus, 2003, pp. 20-23.

¹¹ H. KOCH y A. ROSS (eds), *Nordisk Demokrati*, Westermann, Copenhagen, 1949.

¹² Nikolai Frederik Severin Grundtvig (1783-1872) fue teólogo, filólogo, político y reformador danés que vivió a lo largo de los años del desarrollo moderno de la sociedad danesa. Ver A. SERPE, “Forme di vita e religione nel luteranesimo riformista del teologo danese Hal Koch. Dalla coscienza del popolo alla democrazia”, *Diritto e religioni*, núm. 1, 2017, pp. 477-488; también A. SERPE, *Il pensiero filosofico e giuridico danese. Tra comunità democrazia e diritto*, cit., pp. 61-85. Sobre Koch y su concepción de democracia como forma de vida: H. KOCH, “Loke og Thor” en S. HEIN RASMUSSEN y N. KAYSER NIELSEN (eds), *Strid om demokratiet. Artikler fra en dansk debat 1945-46*, cit., pp. 188-207; H. KOCH, “Ordet eller Sværdet” en *Ibid.*, pp. 65-75; H. KOCH, “Ungdomsopdragelsen” en H. KOCH y A. ROSS, *Nordisk Demokrati*, cit., pp. 395-406; H. KOCH, *Hvad er demokrati?*, Gyldendal, Copenhagen, 1991.

de 1945, *Kommunismen og Demokratiet*, contenida, como se anticipó previamente, en un apéndice a la traducción italiana *Democrazia, potere e diritto*. En el mencionado trabajo, Ross, con el fin de suministrar respuestas adecuadas respectivamente acerca de la posibilidad de desarrollo del comunismo y del socialismo en Dinamarca y de la democracia en la Unión Soviética, consideraba necesario aclarar el opaco e intencionalmente distorsionado mal uso de la palabra ‘democracia’. En la tripartición de significados relativos a la democracia planteada por Ross –*democracia política* (como forma de gobierno), *democracia humana* (como forma de vida), *democracia económica* (como forma de economía planificada)– se puede notar de forma clara la influencia de Jørgensen y Koch¹³. Para Ross, ‘democracia’ es y debe ser un concepto formal y jurídico que denota el cómo y no el qué: la democracia es un método procedimental fundamentado sobre los principios de representación (*repræsentationsprinsippet*) y mayoría (*flertalsprincippet*)¹⁴.

Ross aclara las declinaciones del significado atribuido al concepto de democracia, llegando a la conclusión de que se trata de un método para la resolución pacífica de conflictos. La democracia es, antes que nada, un procedimiento que, para poder funcionar, debe presuponer una ideología¹⁵. Para Ross, la democracia es, y no puede no ser, “una forma de gobierno; es decir, una forma de organización política, un método político”¹⁶. Un procedimiento que, gracias al derecho, crea unos límites a las acciones de aquellos que

¹³ A. ROSS, *Democrazia, potere e diritto*, cit., p. 130.

¹⁴ Ver también: A. ROSS, *Hvorfor Demokrati?* (1946), Tiden Norsk Forlag, Oslo, 1969, pp. 95-107; A. SERPE, “Su democrazia libertà eguaglianza. À proposito del Ross di *Hvorfor Demokrati?*”, *i-lex*, num. 20, 2013, pp. 453-478.

¹⁵ A. ROSS, “Ordet eller Sværdet?” en S. HEIN RASMUSSEN y N. KAYSER NIELSEN (eds), *Strid om demokratiet. Artikler fra en dansk debat 1945-46*, cit., p. 161. Sobre su concepción de democracia: A. ROSS, *Hvorfor Demokrati?*, Nyt Nordisk forlag, Copenhagen 1946 (traducción en inglés: *Why Democracy?*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1952); H. KOCH y A. ROSS (eds), *Nordisk Demokrati*, cit. (la colección fue traducida, en parte, al inglés: J.A. LAUWERYS (ed), *Scandinavian Democracy. Developments of Democratic Thought & Institutions in Denmark, Norway and Sweden*: The Danish Institute, The American Institute, The Norwegian Office of Cultural Relations, The Swedish Institute, The American-Scandinavian Foundation, Copenhagen 1958). Vale la pena señalar que esta traducción fue movida por la necesidad de Ross de proponer, en los años difíciles y agotadores de las democracias de posguerra, una idea distintiva común y generalizada de la democracia escandinava, la democracia nórdica. Sobre el concepto de democracia nórdica, cfr. A. SERPE, “Giù dalla torre d’avorio? Ross difensore della democrazia nel dibattito danese degli anni del dopoguerra”, cit., pp. 297-302.

¹⁶ A. ROSS, *Why Democracy?*, cit., p. 91.

ejercen el poder político. La forma adecuada de democracia se fundamenta en la idea de legitimación y representación. Por supuesto, el pueblo es el titular de la soberanía, pero lo que resulta decisivo es el mandato. Se puede afirmar que un Estado es democrático sólo en la medida en que el poder pertenece al pueblo. Sin embargo, la unidad de medida de una democracia está en el grado real de influencia del pueblo en el ejercicio del poder por parte de las autoridades públicas. Ross señaló las diversas e interactuantes formas en que se materializa la influencia del pueblo: intensidad (*intensitet*), en términos de acceso de los participantes al electorado activo y pasivo; efectividad (*effektivitet*), en relación con el grado de posibilidad otorgado al pueblo para afirmar sus propios puntos de vista; amplitud (*ekstensitet*), con respecto a la medida en que la influencia popular adquiere modos de control sobre los poderes públicos¹⁷.

Una digresión es necesaria. Para Ross, el modelo y las instituciones de la democracia formal no son incompatibles con los ideales y las instancias del socialismo. No es una coincidencia que Ross le hiciese ojitos, ya en la primera posguerra, a los socialdemócratas y a su programa de reforma económica *Fremtidens Danmark*, presentado en el Congreso del partido en agosto de 1945. Programa que, en opinión de Ross, presentaba altos niveles de 'racionalidad' tanto en el uso de recursos como de los medios de producción. En lugar de una alternativa dicotómica entre iniciativa privada y economía planificada, Ross vio, más bien, una posibilidad de armonización entre ellas: en el marco de las instituciones de la tradición democrática y liberal, una forma de control público sobre las empresas privadas, pero no entendido como un socialismo de Estado o una centralización burocrática. "Aquel del partido socialdemócrata –declaró Ross, acercándose las elecciones danesas, en un artículo publicado en un periódico sueco de orientación socialdemócrata– es un programa amplio y constructivo que, sin estar atado a una ortodoxia marxista anticuada, se alinea con la ciencia económica más moderna"¹⁸. Libertad e igualdad, los grandes valores de la humanidad, contra los temores y dramatizaciones de cada una de las partes, comunistas y capitalistas, en el modelo socialdemócrata de Ross se estarían integrando recíprocamente sin aniquilarse¹⁹. Para Ross, el futuro de la democracia se encuentra en la

¹⁷ Ibid., pp. 194, 199, 200.

¹⁸ A. ROSS, "Hvorfor jeg stemmer paa Socialdemokratiet", *Social-Demokraten*, 25-10-1945.

¹⁹ Algunas influencias intelectuales son evidentes en el pensamiento de Ross: Hans Kelsen (ideal de la pureza de la ciencia), Max Weber (la objetividad *wertfrei*; Axel Hägerström

apertura del liberalismo al socialismo. Quien lea sus ensayos, *El Comunismo y la Democracia* y *El Socialismo y la Democracia* no podrá no acordarse de estas ideas. “El objetivo –escribía Ross en la parte final de un ensayo de 1945– no es intercambiar nuestra democracia política con un socialismo económico, sino unificarlos. El objetivo del programa contenido en el manifiesto social-demócrata *Fremtidens Danmark* es concretar una emancipación económica sin perder los valores culturales fundamentales de la libertad política que hemos heredado. El socialismo conectado con la democracia es la finalidad. La democracia social es el camino”²⁰.

Y, finalmente, una última advertencia: Socialismo, sí, pero no en las formas que –como se verá más adelante– se desviarán de sí mismas y se materializarán en hechos como la politización de las universidades y el ‘contrabando’ de opiniones políticas disfrazadas de ‘ciencia’. Realidades contra las cuales el Ross maduro de los años Sesenta elevará fuertes críticas.

3. DEMOCRACIA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El liberalismo democrático, la democracia representativa y la libertad de expresión son los puntos focales en torno a los cuales se desarrolla el discurso de Ross en los artículos del volumen de 1974. Antes que todo, el liberalismo de John Stuart Mill contra la filosofía de Jean Jacques Rousseau fundada en su creencia en el genio original del pueblo, y, también, contra la ‘prueba’ utilitarista benthamiana de la absoluta infalibilidad de la democracia²¹. En otras palabras, Ross reivindica la especificidad de los ideales de salvaguarda y protección de las libertades individuales, ideales que se pueden concretar con y a través de la democracia. Democracia como participación directa o

(nihilismo teórico); Herbert Tingsten (concepción de democracia como *overideologi*), Myrdal (proyecto de *ingeniería social*). Ver, en particular: H. TINGSTEN, “Nordisk Demokrati”, *Nordens Kalendar*, 1938, pp. 41-50; H. TINGSTEN, *Demokratiens problem*, Norstedts, Stockholm, 1945; G. MYRDAL, *An American Dilemma - the Negro problem and Modern Democracy*, Harper & Brothers, New York, 1944; J. STRANG, “Overcoming the rift between ‘is’ and ‘ought’”. Gunnar Myrdal and the philosophy of social engineering”, *Ideas in History*, vol. 2, pp. 148-158, 165-168. Sobre las convergencias y divergencias entre el pensamiento de Ross y Weber, cfr. A. SERPE, “Dardi di fuoco contro la sociologia del diritto. Geiger, Aubert e Goldschmidt nel mirino di Alf Ross”, *Sociologia del diritto*, núm. 2, 2019, pp. 36-38.

²⁰ A. ROSS, *Il comunismo e la democrazia*, cit., p. 147.

²¹ A. ROSS, *Why Democracy?*, cit., pp. 41-74. Ver también, A. ROSS, “Il romanticismo politico del nostro tempo” en A. ROSS, *Democrazia, potere e diritto*, cit., pp. 23-27.

indirecta del pueblo en la vida política. El núcleo de los derechos de libertad, los derechos civiles, constituyen para Ross la primera condición; ellos, a su vez, encuentran ulterior fuerza en los derechos políticos, complementándose y sosteniéndose entre sí. La democracia es, para el danés (como para Kelsen) procedimiento, método político, forma de gobierno. Sin embargo, estos elementos no son sino el requisito previo para un liberalismo social completo²².

Para Ross, hablar de los ideales de autodeterminación y autonomía no significa estar hablando de democracia directa. Estos supuestos, casi el corazón de su reflexión sobre la democracia, siguen siendo significativamente fuertes y se afirman, en los mencionados ensayos, de manera ejemplar. En los años de revueltas estudiantiles en la Universidad de Copenhague, Ross se encargó de mostrar la falsa moralidad y la nociva infidelidad de las denominadas corrientes revolucionarias que, especulando sobre el concepto de democracia, lograron ser consideradas como actores del cambio social. “Existen dos ideologías entre ellas radicalmente diferentes. Según la primera –escribía Ross, a propósito de las revueltas estudiantiles de los fines de los años Sesenta– recurrir a la representación es solo uno de los instrumentos técnicos a utilizar en algunas circunstancias específicas. Como principio general, es deseable que el pueblo tome decisiones directamente (...). Se trata en este caso de democracia directa. Con base en la segunda concepción, la representación es, al contrario, deseable en sí. El oficio del pueblo se concreta solamente en escoger sus propios representantes, no en tomar decisiones políticas. El pueblo es el órgano que nombra, no el órgano que decide. Bajo esta perspectiva, se materializa la democracia puramente representativa”²³.

Para el liberal Ross, el ideal de la autodeterminación, en el cual tiene sus raíces el modelo de la democracia directa, no es incompatible con aquel de la democracia representativa. De hecho, la autodeterminación debe unirse al “reconocimiento del rol del liderazgo y la necesidad de competencias en la vida política”²⁴. Con respecto a la Universidad, Ross concluía: “La competencia que se requiere para administrar una universidad –por ejemplo, para tomar decisiones sobre la organización de los exámenes, sobre el contenido de los estudios, sobre el nombramiento de profesores, sobre la asignación de títulos, etc.– es la misma que posee el personal docente, especialmente los

²² H. KELSEN, *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1998, pp. 191-199.

²³ A. ROSS, “Il romanticismo politico del nostro tempo: la democrazia diretta” en A. ROSS, *Democrazia, potere e diritto*, cit., p. 24.

²⁴ *Ibid.*, p. 25.

más altamente calificados”²⁵. Una exaltación del uso de la democracia constituía la razón infundada de la atribución del gobierno de las universidades a un personal diferente al de los funcionarios puramente técnicos, académicos y administrativos.

Democracia representativa y libertad de expresión caminan mano a mano en las reflexiones de Ross. En muchas de sus páginas, el autor plantea, casi como un imperativo, la necesidad de una libertad de expresión sin restricciones. A principio de la década de 1960, Ross se interrogaba: “¿Estamos dispuestos, para la defensa de la democracia –en su núcleo de derechos democráticos de libertad, la libertad de expresión y, con ella, la libertad de religión, de asociación, de reunión– a limitar, y también a prohibir, actos contrarios a la democracia, inclusive la sola propaganda antidemocrática y la conformación de partidos antidemocrático?”²⁶. Y también: “Podemos cerrar la boca a la gente –leemos en las páginas de un ensayo de los años Sesenta– pero no mantener amarrados sus pensamientos. Aquellos que quieren defender a los pueblos de la propaganda antidemocrática son como Odiseo, que tapó las orejas de sus marineros con cera de modo tal que no pudieran escuchar ni dejarse atrapar por el canto peligroso de las Sirenas. No creo que, en este modo, se pueda hacer eterna la democracia”²⁷. Sin embargo, para Ross, la libertad de expresión no significa apertura a toda forma de manifestación: es legítimo pensar en una restricción de libertad de expresión, si en su ejercicio comprendiera evocación e incitación a la violencia²⁸.

Estas adquisiciones teóricas de finales de los años cuarenta encontraron vitalidad y confirmación en los años difíciles de las protestas juveniles y las revoluciones anticapitalistas que se materializaron, a los ojos de Ross, como expresiones de formas violentas de cultura y acción. Propaganda inculcada, plazas llenas de gente, estruendo. Así se dio una cultura de la violencia en la opulenta sociedad de finales de los años sesenta. La teoría social de Marcuse, un pensador de la escuela de Frankfurt muy popular en esa época, se convirtió, aterradoramente, en el vademécum de los revolucionarios, un remanente indigesto del hegelianismo “absolutamente incompatible –en palabras de

²⁵ A. ROSS, “Democrazia e amministrazione delle università” en A. ROSS, *Democrazia, potere e diritto*, cit., p. 35.

²⁶ A. ROSS, “Libertà - anche per i nemici della libertà?”, en A. ROSS, *Democrazia, potere e diritto*, cit., pp. 17-22.

²⁷ *Ibid.*, pp. 20, 21.

²⁸ Sobre esto punto ver también: A. ROSS, *Why Democracy?*, cit., pp. 234-236.

Ross— con la ciencia empírica moderna y la filosofía crítica”²⁹. ‘Liberación’, ‘gente’, ‘conciencia’, ‘verdad’, ‘adoctrinamiento’ son los términos con los que Marcuse, para Ross, mostró su verdadera intención: subvertir el sistema político y legal, y también disolver la moral social. En opinión de Ross, la libertad no admite violencia. Para aquellos que profesan una conciencia profundamente democrática se vuelve fundamental rechazar cualquier forma de incitación al uso de la violencia y otros métodos ilegales.

Las suposiciones de Ross son las mismas a lo largo de los años: la democracia, si es auténtica democracia, conlleva también la cura para sus dolencias. Como es evidente, los argumentos de Ross presentes en los ensayos aquí recopilados no difieren de aquellos que caracterizaron los años de la posguerra. Ciertamente años diferentes. Sin embargo, los argumentos de Ross dejaban entrever el mismo espíritu: la fe en la democracia y en la libertad de expresión.

4. DEMOCRACIA Y PODER

La segunda parte de *Demokrati, magt og ret* recoge sus artículos sobre el tema del poder en la política internacional y presenta una elevada coherencia respecto al espíritu de los artículos contenidos en la primera parte. Estos artículos de Ross mantienen firme, en las formas que se verán, dominio jurídico y dominio político, aclarando, cada vez, la intrínseca defensa del derecho a partir del poder. En consecuencia, Ross no cierra la brecha entre la ley y la política y muestra, en las tramas de su escenario histórico contemporáneo, el recíproco juego de espejos.

Ross ocupó la cátedra de Derecho internacional en la Universidad de Copenhague desde 1938. Ya en la mitad de los años cuarenta, Ross había construido un sistema teórico de cierta consistencia. Sus reflexiones sobre la democracia mal se entenderían si no se tomasen en cuenta dentro del marco de una conciencia ya extendida, abierta gracias a su desencantado realismo. Analicemos el tema más de cerca.

Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law es de 1946.

El volumen retornaba a su precedente trabajo del 1934, que había sido destinado a un público escandinavo, con el título de *Virkelighed og gyldighed*

²⁹ A. ROSS, “Allora leggete il Marcuse!”, en A. ROSS, *Democrazia, potere e diritto*, cit., p. 3.

*i retslæren*³⁰. Esta obra marcaba, por un lado, la distancia de Ross del maestro Hans Kelsen y, por el otro lado, mostraba una evidente inspiración en la filosofía antimetafísica de Axel Hägerström. Quizás demasiado evidente fue la inspiración: el escrito *Kritik der sogennanten praktischen Erkenntnis*, de 1933, había sido acusado de plagio por parte del discípulo sueco de Hägerström, el filósofo Anders Wedberg (1913-1978)³¹. De hecho, *Virkelighed og gyldighed* deja entrever una profunda influencia de la filosofía de Hägerström: la filosofía antimetafísica de los fenómenos morales y jurídicos. La idea de que las expresiones de deber y de valor no son sino expresiones sin algún significado lógico constituyó la inspiración teórica decisiva para el ‘nuevo’ Ross.

Ross tradujo al inglés gran parte de su trabajo de 1934: *Towards a realistic jurisprudence* es, como se anticipó, de 1946. El intento de Ross fue el de reconstruir, después de los eventos bélicos, un puente científico entre el contexto escandinavo y el contexto americano, ambos caracterizados, desde su punto de vista, por la misma tendencia hacia una concepción realista del derecho y de los fenómenos jurídicos. Del mismo año de *Towards a Realistic Jurisprudence*, –caracterizada por una crítica a la ontología de los conceptos jurídicos– es su primera monografía sobre el derecho internacional, *Lærebog i Folkret. Almindelig Del* (Manual de Derecho Internacional. Parte general). Si Ross, por un lado, es consciente del hecho de que la literatura en lengua inglesa abundaba en tratados sobre Derecho internacional, por el otro, tenía clara la originalidad de su trabajo. Las visiones del Derecho allí contenidas y la consiguiente doctrina de los roles de la jurisprudencia desde una perspectiva escandinava, en su opinión, no tenían precedentes similares en la literatura angloamericana³². El manual, escrito unos años después de obtener la cátedra de Derecho Internacional en la Universidad de Copenhague, será traducido, solo un año después, al inglés con el título *A Textbook of International Law. General Part*.

³⁰ *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren. En Kritik af den teoretiske Retsvidenskabs Grundbegreber*, Levin & Munksgaard, Copenhague, 1934 fue publicado cinco años después del debatido *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Vorlag Franz Deuticke, Leipzig y Viena, 1929, trabajo en el cual Ross, desde su prefacio, sin ocultar sus deudas con Hans Kelsen, y de sólo un año posterior al igualmente conocido *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*, Munksgaard, Copenhague-Menier, Leipzig, 1933, volumen, este último, dedicado, como es conocido, al maestro Axel Hägerström.

³¹ J. EVALD, *Alf ross et liv*, Jurist og Økonomforbundets Forlag, Copenhague, 2010, pp. 114-117.

³² A. ROSS, *A Textbook of International Law. General part*, Longmans, London, 1947, preface.

Towards a Realistic Jurisprudence y *A Textbook of International Law* presentan una fuerte continuidad conceptual, ambos comparando teoría y práctica. Voy a señalar, nada más que a través de pocos renglones, algunas de las implicaciones filosóficas de *A Textbook*, con el fin de sentar los grandes lineamientos de los ensayos de la segunda parte de este libro. Según las instancias teóricas de *Towards a Realistic Jurisprudence* y en los modos de un proceso de ‘desracionalización’ no existe ningún ‘mundo’ de normatividad objetiva³³. Para el Ross de *Virkelighed og gyldighed*, la validez (“*Sollen*” eller “*Gyldighed*”) no es un concepto o una categoría, ni, tanto menos, un hecho exterior, un comportamiento. La validez es un ‘no sentido’, si se entiende o se comprende como categoría conceptual, o cual esfera de la existencia coordinada con la realidad. Para Ross, la validez “pertenece a las racionalizaciones (*Rationaliseringer*) y a las construcciones (*Konstruktioner*) y es generada por las experiencias del deber recubiertas por una ilusión de objetividad (*Objektivitetsillusion*)”³⁴. Ross proponía un análisis psicológico según el cual por ‘validez’ había que entenderse la expresión conceptualmente racionalizada de algunas experiencias subjetivas de impulsos (*forestillingsmæssigt rationaliserede Udtryk for visse Subjektive Oplevelser af Impuls*)³⁵.

En los modos de un proceso de ‘deracionalizante disolución conceptual’, Ross remplazaba el obsoleto término de tradición iuspositivista-estatalista ‘validez’ (*Gyldighed*), categoría radicalmente discrepante de la realidad, con aquel de ‘experiencia de validez’ (*Gyldighedsoplevelser*); es decir, de experiencias subyacentes al proceso de racionalización. Para Ross, no se da en el mundo espacio-temporal alguna ‘cosa’ que sea ‘validez’, ni algún ‘mundo’ de normatividad objetiva: se dan, más bien, expresiones conceptualmente racionalizadas de determinadas experiencias subjetivas de impulsos. Reemplazando el término ‘validez’ con la expresión ‘experiencia de validez’, Ross terminaba sosteniendo que un sistema jurídico puede ser considerado ‘ordenamiento social’ si, y solo si, estuviese fundado sobre tres impulsos peculiares: las actitudes de comportamientos desinteresados (*uinteresserede Adfærdsindstillinger*), inducidas por la fuerza de la sugestión social; las acti-

³³ Ibid., pp. 91, 96-101. Sobre este punto ver también: A. ROSS, “Retskilde og metodelære i realistisk belysning”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1931, pp. 241-301, especialmente p. 295.

³⁴ A. ROSS, *Virkelighed og gyldighed i retslæren*, cit., p. 72; véase también, A. ROSS, *Towards a realistic jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law*, Munksgaard, Copenhagen, 1946, p. 48.

³⁵ A. ROSS, *Virkelighed og gyldighed i retslæren*, cit., p. 91; véase también, A. ROSS, *Towards a realistic jurisprudence*, cit., p. 77.

tudes de comportamientos interesados (*interesserte Adfærdsindstillinger*), inducidas por el temor de la sanción; la *interplay*, una real interacción inductiva (*induktorisk Vekselvirkning*) de los dos elementos; es decir, la creencia en la idea práctica de ‘validez autoritativa’, fundada sobre impulsos desinteresados para actuar, generados por la sugestión social (elemento de validez) y por el temor a la sanción (elemento de la realidad)³⁶.

Las adquisiciones de *Towards a Realistic Jurisprudence* se vierten en cascada en cuanto a los conceptos de ‘fuerza vinculante del derecho internacional’ y ‘fuentes del derecho internacional’, y no menos en cuanto al binomio ‘derechos-deberes’. Basándose en el mecanismo algo incomprensible de los motivos de la acción, el concepto de ‘fuerza vinculante’ no podrá decirse fundado ni en la voluntad de la persona sobre quien descansa la obligación, ni en ideas y postulados objetivos; sino que será, ella también, simplemente, un fenómeno sociopsicológico³⁷. Estas serán argumentaciones de acuerdo con las cuales la soberanía, o mejor dicho nuestra soberanía, ha sido hecha pedazos por Ross.

Llegamos a los ensayos presentados aquí. El horizonte de las reflexiones de Ross sobre el derecho internacional es un espacio bipolarizado en torno a las dos grandes superpotencias de la época, Estados Unidos y la Unión Soviética, caracterizado por una división persistente entre Occidente y Oriente, alimentada por la presencia de mini-Estados capaces de impedir que la Organización de las Naciones Unidas desempeñe su cargo de garante de la paz en el mundo. La Asamblea General de las Naciones Unidas es tomada como rehén por los mini-Estados: “Después de que la Asamblea General fue inundada –escribió Ross ferozmente– por Estados liliputienses, subdesarrollados, no autónomos e impotentes en su propia casa, pero tan codiciosos para arreglar los asuntos del mundo, esta perdió el derecho a ser considerada la expresión de la opinión mundial. La Asamblea General se ha convertido en la sede de una propaganda llamada ‘anticolonial’ y ‘anti-imperialista’, y esto en realidad significa propaganda antioccidental, con la cual los estados comunistas, con ingenio, han explotado el odio de los países en vía de desarrollo hacia las antiguas potencias coloniales”³⁸. Para Ross, la liquidación del antiguo sistema colonial generó un desconocimiento de las

³⁶ Ibid., p. 92. véase también, A. ROSS, *Towards a realistic jurisprudence*, cit., p. 78 (*disinterested behaviour attitudes; interested behaviour attitudes; interplay*).

³⁷ A. ROSS, *A Textbook of International Law*, cit., pp. 46-49.

³⁸ A. ROSS, “La Danimarca deve vietare la propaganda di guerra?”, en A. ROSS, *Democrazia, potere e diritto*, cit., p. 83.

grandes potencias, beneficiando la vanidad, como un fin en sí mismo, de soberanías insignificantes. La inundación de estados pequeños dentro de las Naciones Unidas, en términos de derecho, su paridad de igualdad jurídica del derecho a la cooperación, no pudo que haber generado un estancamiento significativo del derecho internacional. La intrincada cuestión de la aplicación del Capítulo VII en el caso Rodesia del Sur, en las reflexiones de Ross, no solo evidencia un probable abuso de la Carta, a raíz del control numérico de la Asamblea General por parte de los países en desarrollo, sino también de un alzamiento de una fuerza ideológica que es explotada sistemáticamente por la política en detrimento de la fuerza física jurídicamente legitimada³⁹. Las operaciones en Corea, en Gaza, en el Congo, exhibían para Ross la cara de un fracaso de la política de seguridad internacional⁴⁰.

Dicho eso, también en referencia a las decisiones de la Corte Internacional, la falta de una autoridad internacional hace que no sea posible garantizar el cumplimiento de sus decisiones. Ross denunciaba con fuerza la actitud de Islandia –totalmente extraña al espíritu de observancia del poder judicial por parte de los países nórdicos– de deliberada no conformidad a la sentencia emanada de la Corte, relativa al caso de la extensión de las aguas territoriales marítimas islandesas, en perjuicio de Inglaterra. Según Ross, la actitud de Islandia a la Corte es todo menos que derecho, es una burla a los grandes Estados sin encontrar ninguna resistencia, y el falso moralismo con respecto al desempleo de la fuerza es también un síntoma de una política internacional fallida. “No existe –así Ross escribía con crudo realismo– ninguna autoridad internacional con el poder de garantizar que las decisiones de la Corte sean observadas. Y visto que el empleo de la fuerza (...) es condenado, un pequeño estado como Islandia puede insultar a la Corte sin correr riesgos y reírles en la cara a los grandes estados”⁴¹.

El mantenimiento de la paz, lo que Ross asume y defiende energicamente, está, en el fondo, confiado a una red de acuerdos bilaterales que conciernen disjuntamente a las dos superpotencias, Estados Unidos y Unión Soviética. Y no es muy difícil entender hacia cuál de las dos superpotencias se orientó el apoyo de Ross. Frente a una indignada y moralista opinión pú-

³⁹ A. ROSS, “L’abuso della Carta dell’ONU”, en A. ROSS, *Democrazia, potere e diritto*, cit., pp. 71-77.

⁴⁰ A. ROSS, “Le Nazioni Unite”, en A. ROSS, *Democrazia, potere e diritto*, cit., p. 68.

⁴¹ A. ROSS, “L’oltraggio dell’Islanda alla Corte”, en A. ROSS, *Democrazia, potere e diritto*, cit., p. 92.

blica que condenaba la intervención de los Estados Unidos en Vietnam, Ross, sin ambigüedad ni incertezas, se declaró a favor de los americanos, ‘culpables’ de combatir una guerra para “defender –con palabras de Ross– los valores que son también los nuestros, contra un peligro que nos amenaza también a nosotros”⁴². Posición por cierto incómoda y difícil en aquellos años.

5. DEMOCRACIA Y DERECHO

La tercera y última parte del libro en cuestión se compone de un par de ensayos que unen, en la más plena conciencia de sus implicaciones filosóficas, la libertad de expresión y las funciones propias del derecho penal en una democracia liberal y social. La lección liberal de Mill emerge una vez más, enriquecida por las reflexiones de Herbert Hart sobre la relación entre derecho y moral, en particular con respecto a las disposiciones penales sobre el pudor y la publicación de escritos obscenos y más ampliamente entre liberalización y *enforcement* de la moral en la sociedad. Es fácil entender cómo la posición de Ross se situó, junto a Hart, contra el moralismo legal y, más en general, contra las tareas del derecho dentro de una sociedad en fuerte transformación.

¿Se puede sostener la moral dentro de una sociedad a través del instrumento del derecho? En el fondo, estaba el debate sobre las relaciones entre moral y derecho, que se había desarrollado en Inglaterra entre los años cincuenta y sesenta del siglo pasado: la nota de la Comisión inglesa Wolfenden había sido tenida en cuenta con el fin de expedir un informe sobre la criminalización de la prostitución y de la homosexualidad. En los escritos que componen la tercera parte del volumen de 1974, Ross retomaba la cuestión y se interrogaba sobre la punibilidad o menos de aquellos comportamientos que una parte de la sociedad, grande o pequeña que fuese, consideraba inmorales, aunque no hiciesen daños a terceros. ¿Es realmente necesario castigar tales comportamientos con el fin de mantener un supuesto orden público y las fundamentales existencias de un recíproco respeto para salvaguardar –para decirlo con palabras del distinguido estudioso del derecho penal y miembro de la Cámara de los Loes, Lord Devlin– la sociedad del peligro de desintegración?⁴³. Ross se mostraba también dispuesto a formas

⁴² A. ROSS, “Corea, Vietnam e l’anti-americanismo”, en A. ROSS, *Democrazia, potere e diritto*, cit. p. 97.

⁴³ Ver P. DEVLIN, *The enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1965.

de represión penal, pero sólo en los casos en que fuese posible ‘medir’ la cantidad de mal provocado por actos entre homosexuales. No existe, para Ross, así como para Hart del *Law, liberty and morality*, de 1963, una moral absoluta a la cual el conocimiento práctico, mediante la razón, tenga acceso. Para responder a la pregunta, Ross, aunque partiendo del concepto de Mill de ‘daño indebido’, iba más allá: el ‘daño indebido’ no ofrece por sí mismo un criterio exclusivo para una aplicación unívoca. Es absolutamente posible que un cierto tipo de comportamiento pueda ofender los sentimientos de los demás. Entonces, la virtud del juez –y de aquí emerge el significado profundo de su realismo– deberá intervenir balanceando consideraciones prácticas y juicios de valor para ofrecer el argumento conclusivo. El liberalismo de Ross se fundamentaba, así, en la necesidad de librar la realidad de las incrustaciones de los prejuicios generados por la intolerancia religiosa y la intransigencia de la moral. Cuánto sarcasmo en las palabras con las cuales Ross se burlaba de las dificultades en las cuales el famoso estudioso Carriò estaba atrapado cuando, durante el trabajo de traducción al castellano de *Law and Justice*, se tropezó con la expresión: “Like a harlot, natural law is at the disposal of everyone”! “Hay que reír o llorar? Escojamos reír –así Ross se respondía a sí mismo– porque me parece liberador. Conocemos bien a estos buenos católicos sudamericanos, su santidad, su culto a la mujer y su doble moralidad, como se ve en sus prósperas casas de tolerancia”⁴⁴.

Para Ross, la conciencia moral no es un vaticinio en el cual hable la voz de Dios, de la naturaleza humana o de la razón, “la reacción espontánea de tipo instintivo a las cuestiones incorporadas en el ambiente en el cual el individuo ha sido educado, y que, por ello, refleja los juicios y los prejuicios del tiempo”⁴⁵. Precisamente por este asunto, Ross concluye que las reacciones sancionatorias con respecto a la esfera de la vida sexual se justificarían si, y solamente si, se lograra demostrar que sirven para la protección de intereses merecedores de tutela.

El punto –se puede entrever– está en la brecha entre el sentimiento del pudor y la indignación moral: diríamos entre certeza sin verdad y verdad sin certeza. La línea de demarcación de la noción de ‘daño a otros’ está –contra la prolongación espantosa de las intolerancias– en la experiencia real y pragmática vivida por el individuo. “El pudor –así Ross– se encuentra ofendido por aquello a lo cual se asiste, mientras que la indignación moral puede des-

⁴⁴ A. ROSS, “Omaggio a Fanny Hill”, en A. ROSS, *Democrazia, potere e diritto*, cit., p. 101.

⁴⁵ Ibid.

pertarse inclusive solo sabiendo de algo que está equivocadamente ocurriendo. La violación del pudor presupone una experiencia realmente visible (...) El pudor no puede, como es el caso del sentimiento moral, ser solicitado por el sólo conocimiento que algo ha sido realizado”⁴⁶.

La línea divisoria entre la indignación moral y la ofensa al sentimiento de pudor no debe traspasarse nunca. Nos ofrece –dice Ross– un criterio decisivo en cuanto al tema de la publicación y difusión de escritos con contenido pornográfico. Es a la luz de estos argumentos que Ross, en *Homenaje a Fanny Hill*, no mostró reticencia alguna en apoyar la traducción danesa y la sucesiva publicación de la novela *Memoirs of a Woman of Pleasure*, un clásico de la literatura pornográfica inglesa escrito por John Cleland y publicado en 1749. Mejor conocida como *Fanny Hill*, la novela cuenta la historia erótica de una joven que se entrega con soltura a los placeres del cuerpo. La publicación en danés se inició en 1957 y luego fue detenida por la policía por violar las disposiciones penales sobre la publicación de actos obscenos. Tras un largo proceso judicial, en 1965, el Tribunal Supremo decidió autorizar su publicación, habiendo reconocido cierto valor literario a la novela⁴⁷. El principio invocado por Ross a favor de su publicación fue la tolerancia, por lo que ningún acto debe prohibirse únicamente sobre la base de que otros se sientan ofendidos. “Y en virtud de este principio –así concluyó Ross con inevitable humor– exijo el derecho a ser blasfemo (...) y también a leer toda la literatura pornográfica que deseo”⁴⁸.

Así que Ross le cerró las puertas a la posibilidad de imponer sanciones penales con respecto a los actos y comportamientos susceptibles de propiciar solo indignación moral (*moralisk foragelse*) y no respecto a comportamientos que puedan ofender al sentimiento del pudor (*blufærdighed*): la posible viabilidad de la misma exposición a imágenes ‘obscenas’ (potencialmente perjudicial para el pudor, por razones de decencia pública) depende del contexto (lugar y forma)⁴⁹. No se puede evitar la exposición pública a imágenes pornográficas, observó Ross. Piénsese en las que aparecen en una pantalla o en un escaparate, por ejemplo. Por el contrario, puede ser evitado por completo el contenido ‘obsceno’ de un libro, desde el momento en que la lectura presu-

⁴⁶ Ibid., p. 111.

⁴⁷ Por una reconstrucción del asunto judicial ver: J. EVALD, *Alf Ross- et liv*, cit., p. 339.

⁴⁸ A. ROSS, “Omaggio a Fanny Hill”, cit., p. 105.

⁴⁹ Léase sobre este punto: M.E.J. NIELSEN, “Ross og ytringsfriheden”, en J.v.H. HOLTERMANN y J. RYBERG (eds), *Alf Ross, Kritiske gensyn*, Jurist og Økonomforbundets Forlag, Copenhague, 2006, pp. 127-149.

pone y requiere una participación activa del lector que podrá, con el tiempo, advertir el carácter ‘dudoso’ del libro⁵⁰.

Una vez más, Ross no traiciona el espíritu que mantiene unidos los bellos ensayos del volumen de 1974: el derecho no puede reducirse tanto al poder como a cualquier otro fenómeno social, y mucho menos a la moral. Para Ross, el derecho no es más que un instrumento de defensa y de expansión del individuo. El ejercicio de la razón, entre la libertad de expresión y la acción responsable, se concreta precisamente en la práctica de la democracia. Una vida entera, la de Ross, caracterizada por una enérgica aversión a los ensueños metafísicos y a las fugas hacia la fe, peligrosos a sus ojos, debido a que oscurecen la idea de la razón.

Demokrati, magt og ret se cierra con estas hermosas palabras: “¿La vida se vuelve insoportable sin el consuelo de la fe? No. La conciencia del gran vacío impregna la vida, con amarga dulzura, de la preciosidad por la cual ella sólo puede ser vivida una vez”⁵¹. Palabras más bellas no pudieron revestir su mensaje de iluminismo incondicional, un mensaje que Ross, en su incansable actividad como filósofo, jurista y comentarista social, defendió a capa y espada hasta los últimos días de su vida.

ALESSANDRO SERPE
 Dipartimento di Scienze giuridiche e sociali
 Università degli Studi G. D’Annunzio di Chieti e Pescara
 Italia
 e-mail: alessandro.serpe@unich.it

⁵⁰ Sobre el punto ver también, A. ROSS, “Blufærdighed og moralsk foragelse”, *Politiken*, 1-11-1966, también en I. FOIGHED, H. GAMMELTOFT-HANSEN y H. ZAHLE (eds), *Alf Ross 1899-1999. Ret sam teknik, kumt og videnskab - og andre essays. Alf Ross 100 år*, Jurist og Økonomforbundets Forlag, Copenhague, 1999, pp. 90-94.

⁵¹ A. ROSS, “Credo”, en A. ROSS, *Democrazia, potere e diritto*, cit., p. 119.

HACIA LA NO-DOMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL: ALGUNAS PROPUESTAS NEORREPUBLICANAS

TOWARDS NON-DOMINATION IN THE WORKPLACE: SOME NEOREPUBLICAN PROPOSALS

RAMÓN RUIZ RUIZ
Universidad de Jaén

Fecha de recepción: 12-5-21

Fecha de aceptación: 17-5-21

Resumen: *Puede afirmarse que la finalidad última del republicanismo cívico es hacer realidad el ideal de la libertad como no-dominación. Ahora bien, las amenazas para la libertad así entendida no proceden únicamente de los poderes públicos, sino también de ciertos ámbitos privados incluyendo, en gran medida, el mundo laboral, donde con frecuencia los empleados están supeditados a las decisiones arbitrarias de sus empleadores. Por ello, desde esta doctrina se han formulado algunas propuestas encaminadas a eliminar –o, al menos, mitigar– la dominación en este ámbito de las que se dará cuenta en este trabajo.*

Abstract: *It is possible to argue that the ultimate aim of civic republicanism is to implement the ideal of freedom as non-domination. Threats to freedom thus understood do not only come from the public powers, but also from certain private spheres, including, to a large extent, the world of work, where employees are often subject to the arbitrary decisions of their employers. Thus, from this doctrine some proposals have been formulated aimed at eliminating –or, at least, mitigating– domination in this area, which will be reported in this paper.*

Palabras clave: republicanismo cívico, libertad como no-dominación, puesto de trabajo, renta básica, democracia, disputatibilidad

Keywords: civic republicanism, freedom as non-domination, workplace, basic income, democracy, contestation

1. INTRODUCCIÓN

Desde sus orígenes, allá por los tiempos de las polis griegas y de la república romana, ha sido una constante en los escritos de los autores habitualmente encuadrados en la tradición republicana –como lo es en los que actualmente se pueden considerar “neorrepublicanos”– mostrar su preocupación por que los ciudadanos disfruten de una cierta igualdad económica y por que se les garantice un razonable nivel de vida, de modo que nadie se sitúe en una posición de riesgo de exclusión social (según terminología actual), toda vez que, en tal caso, el disfrute de su libertad –entendida en la variante característicamente republicana de “libertad como no-dominación”– se vería gravemente comprometida.

Ciertamente, estos escritores entienden que una persona que no posea independencia económica difícilmente podrá escapar de la dominación en diferentes ámbitos de su vida: familiar, social, laboral, político, etc. en tanto que, a la inversa, quienes son significativamente más ricos, pueden a menudo convertir esta riqueza en capacidad de dominio sobre sus conciudadanos.

Ahora bien, conviene puntualizar que aunque, como se ha señalado, los neorrepublicanos –al igual que sus predecesores– apuestan por la adopción de medidas políticas, económicas y laborales encaminadas a evitar sociedades muy desiguales, no llegan a abogar por una igualdad absoluta o extrema; de lo que se trata es de que la desigualdad no sea tan pronunciada que favorezca la dominación de unos individuos por parte de otros, pero es evidente que una persona puede tener los medios suficientes para no estar expuesta a la dominación sin necesidad de tener los mismos recursos que cualquiera otra –en palabras de Pettit, “no tengo que ser tan rico como mi patrono para ser lo suficientemente rico como para no tener que someterme a interferencias arbitrarias mezquinas”¹–.

Las grandes desigualdades, además del mal que en sí mismo representan, pues la erradicación de la dominación puede considerarse el fin último del republicanismo cívico, cuya máxima aspiración es lograr una sociedad en la que todos y cada uno de sus miembros sean libres –esto es, no estén

¹ Ph. PETTIT, *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 212. Lo que nos recuerda aquellas celebérrimas palabras de Rousseau en *El Contrato Social* cuando sostenía que por igualdad no se ha de entender que los grados de poder y de riqueza sean absolutamente los mismos, sino que ningún ciudadano sea tan opulento que pueda comprar a otro y ninguno tan pobre que se vea precisado a venderse.

sujetos a la voluntad arbitraria de nadie², engendra otros males, no ya de ámbito individual, sino colectivo, en el sentido de que la comunidad en sí misma se verá debilitada, pues algunos de sus integrantes no se sentirán identificados con ella. Ciertamente, como señala Añón³, es importante asegurar que cada persona sea considerada como un miembro pleno de una sociedad de iguales, y por ello, que se le garantice el acceso a los recursos básicos precisos para el ejercicio pleno y real de los derechos, puesto que las desigualdades y las situaciones de insatisfacción de necesidades básicas interfieren claramente con la afirmación de la solidaridad como vínculo social de cohesión⁴ –y coincide Honohan *sensu contrario* en que “si los ciudadanos ven que las leyes favorecen sus intereses, serán más confiados y confiables en sus interacciones políticas y también más dispuestos a cumplir con sus responsabilidades”⁵–.

Y una consecuencia de lo anterior será, a su vez, la baja calidad de la democracia pues, como señala Taylor, “una democracia de los ciudadanos es altamente vulnerable a la alienación que producen las profundas desigualdades y el sentimiento de abandono e indiferencia que fácilmente surge entre las minorías marginadas”⁶. Esto es así, por un lado, porque las grandes desigualdades económicas comprometen la independencia real del individuo y

² En cambio, una persona dominada es una persona a la que no se le respeta ni valora como tal, cuyos intereses y opiniones no son tenidos en cuenta y a quien se le imposibilita perseguir sus propios fines en la vida con autoconfianza (vid. N. HSIEH, “Rawlsian Justice and Workplace Republicanism”, *Social Theory and Practice*, vol. 31, núm. 1, 2005, p. 125).

³ Vid. M^a. J. AÑÓN, “Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, 2002.

⁴ Ahora bien, el Estado ha de procurar bienes y recursos a los ciudadanos, pero de un modo tal que estos, al mismo tiempo, conserven un alto grado de seguridad e independencia frente a aquel, pues de otro modo no podrán conducirse con el espíritu constructivo y comprometido, pero también crítico, que de un ciudadano virtuoso se espera (vid. C. SUNSTEIN, *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1993, p. 136).

⁵ I. HONOHAN, *Civic Republicanism, Civic republicanism*, Routledge Nueva York, 2002, p. 172.

⁶ C. TAYLOR, “Por qué la democracia necesita el patriotismo”, en M. C. NUSSBAUM, *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 146. Escribe en este sentido Dagger que los neorrepublicanos no coinciden en algunas apreciaciones con los republicanos clásicos pero sí en otras, como por ejemplo cuando Aristóteles, Harrington o Rousseau señalaban los peligros de una sociedad dividida entre ricos y pobres, pues en tal sociedad los ricos no se contentarían con ser meros ciudadanos al mismo nivel que los demás y los pobres no serían capaces de alcanzar la independencia que la igual ciudadanía requiere; por ello, no sería probable que ni unos ni otros compartieran el sentido de comunidad que mueve a los pueblos a trabajar por el bien público (vid. R. DAGGER, “Neo-

favorecen el clientelismo, lo que impide acudir al foro público con criterios propios y defender aquellas políticas que en conciencia se estiman más beneficiosas para la comunidad y, por otro, porque quienes apenas disponen de lo básico para subsistir, difícilmente podrán preocuparse por los asuntos públicos ni sentirse comprometidos con una sociedad que no les corresponde⁷.

Sin embargo, en este trabajo no se van a abordar las repercusiones políticas derivadas de la escenarios de profunda desigualdad o de extrema necesidad de la ciudadanía –cuestión que ya he tenido ocasión de analizar en otros lugares⁸–, sino que, en la primera parte se tratará de dar cuenta de las relaciones de dominación existentes en el ámbito laboral, así como las causas estructurales que subyacen a las mismas. Ahora bien, el núcleo del trabajo y lo que ocupará las tres secciones restantes lo constituirá la exposición de las principales propuestas que se han esbozado desde la doctrina neorrepublicana para tratar de reducir en la mayor medida posible dicha dominación de los empleados por parte de los empleadores tales como son la implantación de una renta básica universal, la democratización de la gestión de las empresas y, en fin, lo que algunos califican como “workplace republicanism”, que implica una combinación de un mayor desarrollo de la legislación laboral junto con la instauración de instrumentos que permitan a los trabajadores cuestionar las decisiones arbitrarias de los empresarios. Estas propuestas han sido abordadas en estas páginas por ser las más elaboradas hasta el momento y las que cuentan con un mayor número de proponentes.

2. LA DOMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL

Frente a lo que en ocasiones se proclama, el Estado no es la única fuente de dominación, sino que esta procede también –y en un país democrático me atrevería a afirmar que fundamentalmente– del ámbito privado incluyendo, en gran medida, el mundo laboral, donde con demasiada frecuencia los empleados están supeditados a las decisiones arbitrarias de sus empleadores. Denuncian, en este sentido, muchos neorrepublicanos que las empresas tra-

republicanism and the civic economy”, *Politics, Philosophy and Economics*, núm. 5 vol. 2, 2006, p. 154).

⁷ Vid. P. BREST, “Further Beyond the Republican Revival: Toward Radical Republicanism”, *Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, p. 1627.

⁸ Por ejemplo, en “Democracia, virtud cívica y derechos sociales”, *Derechos y libertades*, núm. 35, 2016.

dicionales, con su estructura jerárquica, son instituciones autocráticas donde los empleados están a merced de la autoridad arbitraria –tanto si realmente la ejercen como si no– de los empresarios bajo la constante amenaza del despido, de la no renovación de sus contratos o del traslado a otro centro de producción si protestan o si amenazan con ir a la huelga, por ejemplo⁹, y donde los mecanismos legales de protección, a pesar de las buenas intenciones de la legislación laboral, no siempre son eficaces en la práctica, pues permite a los empleadores un amplio margen de discrecionalidad a la hora de tomar decisiones sin consultar a los trabajadores, todo lo cual les lleva a sentenciar –en palabras de Kathi Weeks– que el puesto de trabajo muestra “las relaciones de poder más inmediatas, inequívocas y tangibles a las que la mayoría de nosotros nos enfrentaremos a diario”¹⁰.

Estamos, por tanto, ante una cuestión nada baladí si tenemos en cuenta el rol central que el trabajo juega en las vidas de tantas personas¹¹ en el sentido de su doble potencial para contribuir, por un lado, a nuestra libertad, dado que excepto para algunos pocos, el trabajo es la fuente esencial de provisión de recursos que posibilita no estar a merced de otros y, sin embargo, y en sentido inverso, el trabajo constituye en sí mismo una importante fuente de dominación¹².

Este ambiente de dominación en el puesto de trabajo se puede presentar de variadas formas. La más obvia se deriva de la potestad discrecional de los directivos en relación a las tareas que se encargan a los empleados y a cómo las desarrollan; por ejemplo, en relación al ritmo de trabajo, el ambiente la-

⁹ Vid. I. GONZÁLEZ RICOY, “Firms, States, and Democracy: A Qualified Defense of the Parallel Case Argument”, *Law, Ethics and Philosophy*, núm. 2, 2014, p. 33.

¹⁰ K. WEEKS, *The Problem with Work. Feminism, Marxism, Antiwork Politics, and Postwork Imaginaries*, Duke University Press, Londres, 2011, p. 16.

¹¹ Reflexiona al respecto Watkins: “¿Qué les da a los empleadores tal poder sobre los empleados, a menudo mucho más allá de lo que está oficialmente autorizado y sancionado? Las razones económicas por supuesto, son centrales aquí: la mayoría de la gente necesita su trabajo ineludiblemente pues perderlo le supondría una catástrofe económica. Pero es más que eso, porque los trabajos son centrales para nuestra identidad y vida, por lo que la amenaza de perderlo es muy relevante por motivos tanto económicos como sociales y psicológicos” (D. WATKINS, “Republicanism at Work: Strategies for Supporting Resistance to Domination in the Workplace”, *Spectra*, núm. 4, vol. 2, 2015). Apunta en esta misma línea Bryan que el desempleo no solo deteriora el estatus de ciudadano y la igualdad en el disfrute de la libertad como no-dominación, sino que afecta también al sentido de autorrespeto, a la salud, la esperanza de vida, la felicidad y la salud mental (A. BRYAN, “The Dominating Effects of Economic Crises”, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2019, p. 4).

¹² Vid. *ibidem*.

boral, las horas extras, los turnos de trabajo, las remuneraciones, las oportunidades de formación o los criterios de promoción, entre otras muchas, que no solo afectan al ámbito laboral en sí mismo, sino que también tienen consecuencias en la vida personal fuera del puesto de trabajo e, incluso, pueden afectar a la autoestima de los trabajadores cuando sus intereses y opiniones no son tenidos en cuenta “menoscabando por ello, a sus ojos y a los ojos de los demás, su estatus como personas libres e iguales”¹³.

Se trata de una situación que sería compatible con la libertad entendida como no-interferencia con tal de que las decisiones arbitrarias –o las amenazas– no llegaran a materializarse, pero incompatible con la libertad como no-dominación, puesto que esta no se ve satisfecha con la mera ausencia de interferencia real, sino que se requiere la exclusión de la posibilidad de que se puedan materializar, de modo que el mero hecho de que el empleador pudiera actuar “a su antojo” coactivamente ya daría lugar a una relación de dominación¹⁴.

Por eso, desde el neorrepblicanismo se proponen medidas que ayuden a paliar directamente la dominación y que también lo hagan indirectamente, pues su aplicación, a su vez, contribuiría a aumentar la igualdad, no solo económica, sino también jurídica. Se trataría en definitiva, de que, también en este ámbito, se cumpla lo que Pettit denomina el “eyeball test”, el indicador de que una persona es verdaderamente libre en el sentido republicano: que pueda mirar directamente a los ojos de cualquiera (incluyendo su empleador) sin motivos para sentir miedo o necesidad de rendir pleitesía¹⁵.

En cualquier caso, se pueden englobar bajo el, por otro lado, polisémico, término “economía cívica” el conjunto de medidas planteadas desde el pensamiento neorrepblicano encaminadas a lograr una cierta igualdad entre los ciudadanos en los ámbitos económico y laboral con el objetivo de hacer realidad el ideal de la no-dominación.

¹³ K. BREEN, “Freedom, Republicanism, and Workplace Democracy”, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, núm. 18 vol. 4, pp. 470-485.

¹⁴ Vid. C. MCMAHON, “The Indeterminacy of Republican Policy”, *Philosophy and Public Affairs*, núm. 33 vol. 1, p. 81.

¹⁵ Que se podría traducir como “test de la mirada” (D. CASASSAS MARQUÉS, J. MARTÍNEZ-CAVA AGUILAR, D. RAVENTÓS PAÑELLA, “Socialismo y renta básica. Razones republicanas de la propuesta”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. 15, 2020, p. 48). Este test, asegura Pettit, encaja bien con la imagen del *liber* celebrado en la larga tradición republicana desde Roma hasta el Renacimiento y desde la Inglaterra del siglo XVII hasta los Estados Unidos del periodo revolucionario (vid. P. PETTIT, “The Globalized Republican Ideal”, *Global Justice: Theory, Practice, Rhetoric*, núm. 9 vol. 1, 2016, p. 52).

Ahora bien, reconoce Gourevitch que en el debate sobre la libertad republicana, se ha escrito muy poco en relación al ámbito económico o laboral y solo recientemente “hemos visto algo como un intento sistemático de explorar las implicaciones del ideal republicano para la vida económica e incluso entonces la organización del trabajo es esencialmente ignorada”¹⁶. Por eso, conviene señalar desde el principio que, hasta la fecha, las publicaciones sobre esta cuestión no van más allá de trabajos puntuales, escritos con trazos más o menos gruesos entre los cuales, además, no hay unanimidad, sino que las propuestas formuladas por parte de los autores que se describen como neorrepblicanos son variadas y, en ocasiones, incluso discordantes.

No obstante, hay algunos elementos en los que parece haber un razonable consenso. Así, desde el punto de vista macroeconómico –al que solo dedicaré unas pocas líneas, pues sería muy osado hacerlo con más detalle– parece justificado asumir que el republicanismo cívico sería incompatible con una economía “neoliberal”, toda vez que tal modelo económico genera un alto nivel de desigualdad en la distribución de la riqueza y favorece la dominación de los empleados que, a menudo, se encuentran a merced de la interferencia arbitraria de sus empleadores de los que dependen para subsistir (esto es lo que en la literatura anglosajona se conoce como “wage slavery”¹⁷).

Además, en una sociedad republicana ideal, no sería deseable que hubiera grandes fortunas, por su potencial dominador, ni tampoco, por este mismo motivo, la existencia de monopolios, especialmente en sectores sensibles como la alimentación, la energía o la vivienda¹⁸. Y en relación al mundo laboral, los gobiernos neorrepblicanos tendrían que hacer todo lo que esté en sus manos por llegar a una situación de pleno empleo, toda vez que cuanto mayor sea la tasa de empleo, menores serán las oportunidades de explotación de la ciudadanía y mayores las expectativas de alcanzar un nivel satisfactorio de libertad como no-dominación¹⁹.

¹⁶ A. GOUREVITCH, “Labor and Republican Liberty”, *Constellations*, núm. 18 vol. 3, 2011, p. 431.

¹⁷ Vid. S. WHITE, “The Republican Critique of Capitalism”, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, núm. 14 vol. 5, 2011, p. 575.

¹⁸ Vid. B. MCDONNELL, “Employee Primacy, or Economics Meets Civic Republicanism at Work”, *Stanford Journal of Law, Business & Finance*, núm. 13 vol. 2, 2008, p. 362. Asimismo, los republicanos apostarán más por las pequeñas empresas locales porque a su juicio si los que toman decisiones están integrados en la comunidad local es más probable que tengan en cuenta los intereses de esta.

¹⁹ En este mismo sentido Stuart White opina que en una economía con pleno empleo y un mercado laboral restringido será raro que los trabajadores se encuentren en una situación

Por eso afirma Pettit que hay buenas razones para la intervención del estado republicano en la economía y en el mercado de trabajo en diferentes ámbitos. Y también Fusco señala, en este mismo sentido, que desde el punto de vista republicano hay motivos justificados para que el Estado intervenga en el mercado laboral si este es incapaz de crear un nivel de empleo aceptable o si el trabajo no proporciona los medios adecuados para la subsistencia²⁰.

Esta intervención tendría como finalidad dotar a los ciudadanos en el ámbito laboral –si bien no solo en el laboral– de lo se ha calificado como “antipoder”, es decir, de la capacidad de resistir al poder y, por tanto, a la dominación, de los potentados –en este caso los empleadores–, lo cual solo se puede lograr por medio de la ley, que es la que neutraliza el poder que poseen estos y que de otro modo podrían emplearlo para constreñir la libertad de sus conciudadanos²¹.

Ahora bien, el reto está en que el Estado intervenga en la sociedad, y en relación a lo que aquí nos ocupa, en el ámbito económico y laboral, con el fin de disminuir la dominación privada de unos ciudadanos por parte de otros pero sin que esta intervención propicie la dominación pública; de lo que se trata es de eliminar o, al menos reducir al máximo posible, la dominación, no de sustituir un tipo de dominación por otro²². Por eso Pettit llega a plantear que las diferentes medidas que se adopten en este terreno –especialmente las relacionadas con prestaciones o ayudas de cualquier tipo– sería deseable que tuvieran una garantía constitucional, alejándolas así de los “vaivenes políticos y de los caprichos burocráticos”²³.

3. LA RENTA BÁSICA UNIVERSAL

No obstante, hay quienes critican el intervencionismo público en el ámbito de las relaciones laborales basándose en el concepto de libre consentimiento; esto es, según aquellos, los empleados se someten libremente a un

de vulnerabilidad en el sentido de dependencia de sus empleadores (vid. S. WHITE, “The Republican Critique of Capitalism”, cit., p. 566).

²⁰ Vid. A. FUSCO, “Liberalism and Republicanism: Public Policy Implications”, *Freedom, the Market, and Citizenship: A Republican Sketch of the Civic Economy*, 2013, p. 16.

²¹ Vid. G.F. GAUS, “Backwards into the Future: Neorepublicanism as a Postsocialist Critique of Market Society”, *Social Philosophy and Policy*, núm. 20 vol. 1, 2003, p. 67.

²² Vid. A.L. BOGG, “Republican Non-Domination and Labour Law: New Normativity or Trojan Horse?”, *International Journal of Comparative Labour Law*, núm. 33 vol. 3, pp. 394-417.

²³ Ph. PETTIT, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, cit., p. 213.

estado de dominación y dependencia a cambio de un puesto de trabajo y de una seguridad en sus ingresos, por lo que el Estado no tendría nada que decir ni hacer al respecto²⁴.

Este argumento asume que el consentimiento ha sido otorgado libremente en el marco de un mercado laboral perfectamente competitivo, donde el empleador es dependiente del empleado en la misma medida en que este lo es de aquel, pues el trabajador podría dejar su empleo cuando no se sienta satisfecho con el mismo, con las condiciones laborales o con alguna de las decisiones del empresario. Sin embargo, a nadie se les escapa que esto es algo irreal, pues la vasta mayoría de los trabajadores necesitan a sus empleadores más de lo que los empleadores los necesitan a ellos, toda vez que no pueden dejar sus puestos de trabajo porque precisan el sueldo ya no únicamente para subsistir, sino para poder hacer realidad sus planes de vida²⁵ y porque, como bien apunta Schaff, el trabajo reporta también beneficios no pecuniarios como cierto reconocimiento social, autorrespeto al no verse sometido a una forma inaceptable de dependencia de la caridad privada o de las prestaciones públicas y la autorrealización que proporciona llevar a cabo actividades que son personalmente satisfactorias –al menos, en algunos casos–²⁶.

Y, lógicamente, esta situación de dependencia es conocida por el empleador, lo cual le permite ejercer un poder arbitrario sobre los términos del contrato y las condiciones de trabajo; de modo que la imposibilidad de gran parte de la ciudadanía de no depender *del* trabajo, les impide ser independientes *en* el trabajo²⁷, estableciéndose así, en términos republicanos, una relación de dominación.

Por ello, desde esta doctrina se propone que el Estado adopte medidas que faciliten la movilidad laboral con el fin de que el derecho a dejar el puesto de trabajo (lo que en la literatura anglosajona se conoce como *right to exit*) sea un opción real y no un derecho meramente formal para los trabajadores

²⁴ Vid. D. CABRELLI y R. ZAHN, “Theories of Domination and Labour Law: An Alternative Conception for Intervention?”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, núm. 33 vol. 3, 2017, pp. 339-364.

²⁵ Vid. R. FREGA, L. HERZOG Y C. NEUHÄUSER, “Workplace Democracy: The Recent Debate”, *Philosophy Compass*, núm. 14 vol. 3, 2019, p. 5.

²⁶ Vid. K.P. SCHAFF, “Democratic Rights in the Workplace”, *Inquiry. An Interdisciplinary Journal of Philosophy*, núm. 55 vol. 4, 2012, p. 389.

²⁷ Vid. O. LAZAR, “Work, Domination, and the False Hope of Universal Basic Income”, *Res Publica*, published online 22 October 2020.

cuando se sientan tratados de manera arbitraria, sin que ello les suponga un coste excesivo en todos los sentidos²⁸.

Entre las medidas que se suelen proponer para superar la dominación en general y en el ámbito laboral en particular, la más recurrente y que –en opinión de Taylor– cada vez cuenta con más partidarios tanto en el mundo académico como en el político es la implantación de una renta básica universal e incondicionada²⁹ que desde cierto sector del neorrepblicanismo se configuraría como un instrumento idóneo para llevar a la práctica el ideal de independencia socioeconómica tanpreciado para esta doctrina.³⁰

Señala en este sentido Dagger que esta debería ser una de las finalidades fundamentales de la economía cívica, puesto que gracias a ella se garantizaría a todos los ciudadanos su independencia socioeconómica y, con ello, no solo se favorecería la no dominación en el ámbito privado, sino también la igualdad política y el autogobierno para todos los miembros de la sociedad³¹. Reconoce Dagger que este tipo de medidas quizás perjudicarían la eficiencia de la economía porque, por ejemplo, daría lugar a un incremento de los precios, pero esos inconvenientes no serían tantos como para no considerar atractivas este tipo de medidas puesto que, además, se compensarían con creces por el beneficio que supondrían para la igualdad laboral y política, la virtud cívica y el autogobierno.³²

²⁸ Vid. N. HSIEH, “Rawlsian Justice and Workplace Republicanism”, cit., p. 128. Entre estas medidas podrían incluirse algunas que promovieran el autoempleo, como por ejemplo, otorgar un pequeño capital para iniciar un negocio propio, así como el asesoramiento y la formación necesarios para ello (vid. R. TAYLOR, *Exit Left. Markets and Mobility in Republican Thought*, Oxford University Press, pp. 55-56).

²⁹ Vid. R. TAYLOR, *Exit Left*, cit., p. 61. También Rey Pérez opina que en España la fundamentación republicana de la propuesta de la Renta Básica Universal ha tenido mucho éxito (vid. J.L. REY PÉREZ, “Renta básica universal”, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 19, 2020, p. 234).

³⁰ Vid. D. CASASSAS MARQUÉS, J. MARTÍNEZ-CAVA AGUILAR, D. RAVENTÓS PAÑELLA, “Socialismo y renta básica”, cit. p. 46. Señala en esta línea Raventós que la instauración de una renta básica supondría una independencia socioeconómica y, con ello, la libertad republicana para buena parte de la ciudadanía, especialmente los pertenecientes a los sectores más vulnerables y susceptibles de interferencia arbitraria por parte de otros conjuntos de personas o por alguna persona en particular, y por tanto en situación de dominación (D. RAVENTÓS, “De qué hablamos cuando decimos que la renta básica es (o no) justa. Sobre liberalismos y republicanismos”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. 6, 2011, p. 234).

³¹ Vid. R. DAGGER, “Neo-republicanism and the civic economy”, *Politics, Philosophy and Economics*, núm. 5 vol. 2, 2006, p. 166.

³² Vid. R. DAGGER, “Neo-republicanism and the civic economy”, cit., p. 169.

En efecto, muchos de sus proponentes se muestran convencidos de que la instauración de una renta básica instrumental tendría efectos verdaderamente radicales y transformadores sobre el puesto de trabajo y la dinámica de poder entre los trabajadores y los empleadores³³, pues rompería la dependencia de aquellos respecto a estos motivada por la necesidad imperiosa del sueldo, solucionando así, o al menos aliviando, el problema de la vulnerabilidad³⁴, no solo por el hecho de que garantizaría la subsistencia económica, sino porque aseguraría un poder más parejo a la hora de negociar el contrato de trabajo³⁵. Señala en este sentido Raventós³⁶ que uno de los efectos más interesantes de la renta básica desde el punto de vista republicano sería el aumento del poder de negociación de los trabajadores frente a los empresarios, pues la seguridad de los ingresos impediría que se viesan impelidos a aceptar una oferta de trabajo de cualquier condición. Además, en muchos casos ni siquiera sería necesario dejar el trabajo porque los empleadores, conscientes de en un estado republicano la amenaza de renunciar al empleo por parte de los trabajadores es verosímil, responderían adecuadamente mejorando preventivamente los sueldos y el resto de las condiciones laborales³⁷.

Otro factor que contribuiría al incremento del poder de negociación de los trabajadores es que gracias a esta renta se fortalecería el derecho a la huelga. En efecto, en la actualidad, dependiendo de los días de huelga, los salarios pueden llegar a reducirse de forma difícilmente soportable si, como acostumbra ocurrir para la inmensa mayoría de la clase trabajadora, no se dispone de otros recursos; sin embargo, la renta básica supondría, en caso de huelga, una especie de caja de resistencia incondicional e inagotable que,

³³ Vid. O. LAZAR, "Work, Domination, and the False Hope of Universal Basic Income", *Res Publica*, published online 22 October 2020.

³⁴ Vid. S. WHITE, "The Republican Critique of Capitalism", cit., p. 567.

³⁵ Vid. A. GOUREVITCH, "Labor and Republican Liberty", cit., p. 599.

³⁶ Vid. D. RAVENTÓS, *Las condiciones materiales de la libertad*, El Viejo Topo, Barcelona, 2007, pp. 87-88. Escribe al respecto Pettit lo siguiente: "supongamos que hay pocos empleadores y muchos empleados disponibles y que los tiempos son duros. En esas condiciones yo y los que como yo no serán capaces de ganar un salario decente, un salario que nos permita funcionar adecuadamente en la sociedad. Y en esas condiciones estaríamos sin defensa frente al abuso mezquino de nuestro empleador o su poder para despedirnos arbitrariamente. Habría otras protecciones frente al control ajeno tales como las que podrían proporcionarnos unos sindicatos fuertes. Pero la más efectiva de todas las protecciones y que debería complementar las demás medidas, sería la capacidad de cada uno de dejar el empleo y contar con una renta básica disponible incondicionalmente proporcionada por el estado" (Ph. PETTIT, "A Republican Right to Basic Income?", *Basic Income Studies*, vol. 2, núm. 2, 2007, p. 5).

³⁷ Vid. R. TAYLOR, *Exit Left*, cit., p. 61.

indudablemente, reforzaría su posición de fuerza en las negociaciones y los conflictos colectivos.

Por otra parte, hay quienes abogan por que la renta básica tenga un carácter condicionado, como es el caso de Fusco³⁸. Para él, no debería concederse esta prestación a quienes únicamente quieren vivir una vida ociosa, pues esto en nada beneficia a la no-dominación; a su juicio, solo deberían recibirla, como recompensa, aquellos cuyas actividades sí promuevan este objetivo como, por ejemplo, quienes trabajan como cuidadores de personas dependientes –especialmente familiares–, pero que no son reconocidos como agentes económicos³⁹. El motivo es que estos están actuando como agentes de la libertad de otras personas, porque quienes necesitan su cuidado y asistencia no podrían de otro modo ejercer su ciudadanía en las mismas condiciones que el resto de la población. De este modo, una renta cívica reconocería estas contribuciones como una forma de actividad económica y haría posible que aquellos que se dedican a este trabajo cívico tan esencial pudieran vivir de ello.

Sin embargo, esta no es la postura mayoritaria, sino que prácticamente todos los neorepublicanos que defienden esta medida apuestan por una renta básica universal e incondicional⁴⁰. Señala al respecto Pettit⁴¹ –coincidiendo aquí con Dagger– que indudablemente es cierto que esta prestación sería mucho más costosa para la sociedad en términos económicos que otor-

³⁸ Vid. A. FUSCO, “Liberalism and Republicanism: Public Policy Implications”, cit., p. 18.

³⁹ Opina Rey Pérez al respecto que habría que ampliar el sentido de la palabra trabajo, pues hay mucho más trabajo que empleo, aunque el mercado no lo reconozca, como el que realizan quienes se dedican a cuidar a los demás, que aporta mucho a la riqueza de los países. Por eso, propone que se debería replantear el sentido del trabajo; si trabajo es toda aquella actividad en la que alguien usa sus destrezas físicas y psicológicas para interactuar con los demás y aportar algo al grupo social, no tiene sentido seguir identificando derecho al trabajo con derecho a un empleo. El derecho al trabajo debería interpretarse como el derecho a ser reconocido, a la inserción social, a la valoración de esas actividades que cada uno haga, dentro o fuera del mercado, reciban o no la valoración de este, siempre que sirvan para el crecimiento de toda la comunidad. Si esto es así –concluye–, la renta básica universal podría entenderse como una garantía de este derecho, como una institución que otorga, de partida, un reconocimiento a todas las personas que forman parte de la comunidad política (vid. J.L. REY PÉREZ, “Renta básica universal”, cit., p. 253).

⁴⁰ De hecho, el que quizás siga siendo a día de hoy el más conocido proponente de la renta básica universal considera que dicha prestación es intrínsecamente incondicionada y que exigir a cambio una contrapartida no encaja en su definición misma (vid. P. VAN PARIJS y Y. VANDERBOGHT, *La renta básica: Una medida eficaz para luchar contra la pobreza*, Paidós, Barcelona, 2006, pp. 70-71).

⁴¹ Vid. Ph. PETTIT, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, cit., p. 213.

gar algún tipo de subsidio a aquellos que no puedan satisfacer sus necesidades básicas por sí mismos, pero también lo es que este otro tipo de ayudas implican en ocasiones una potestad discrecional por parte de las autoridades que tienen que aprobarlas y concederlas. Por ello, la renta básica tiene que ser incondicional y estar configurada como un derecho, no pudiendo revestir la forma de una donación que pueda retirarse a capricho de un burócrata, ni siquiera a capricho de una mayoría electoral o parlamentaria, pues en este caso al beneficiario le sería negada su libertad como no-dominación por el mismo que supuestamente habría de promoverla, esto es, el estado sustituyéndose así la dominación privada por la dominación pública. Además, al constituirse como un derecho universal visibilizaría la igualdad fundamental: solo algunos dependerán de la renta básica que todos recibirán, pero todos pueden ver que la renta está ahí por si llegan tiempos difíciles⁴².

Ahora bien, desde un punto de vista neorrepublicano una medida como esta no necesariamente tendría que implicar que sus receptores pudieran salir completamente del mercado laboral, sino que sería plenamente compatible con las demandas de la libertad como no-dominación una renta que les permitiera no estar atrapados en un puesto de trabajo particular y optar a otro menos exigente o en el que se sintieran más realizados aunque estuviera peor pagado, o incluso optar por un trabajo a tiempo parcial pero más enriquecedor⁴³.

No obstante, parece razonable concluir que la renta básica universal, si bien es un instrumento adecuado para reducir la dominación en el puesto de trabajo, no puede decirse que sea el instrumento “definitivo”, sino una herramienta más para hacer realidad tal fin. Esto es así porque la cuantía de esta prestación, según las propuestas que se suelen hacer al respecto, permitiría a sus destinatarios subsistir, al asegurárseles unos ingresos mínimos básicos⁴⁴; pero la mayoría de las personas no quieren conformarse con sub-

⁴² Vid Ph. PETTIT, “A Republican Right to Basic Income?”, *Basic Income Studies*, núm. 2 vol. 2, 2007, pp. 2-9.

⁴³ Vid. D. CASASSAS y J. DE WISPELAERE, “Republicanism and the Political Economy of Democracy”, *European Journal of Social Theory*, núm. 19 vol. 2, 2016, p. 288.

⁴⁴ Señalan en este sentido Bertomeu y Raventós que el criterio de la renta básica es al menos el umbral de la pobreza que para la Unión Europea estaría en unos ingresos inferiores al 60% de la mediana de los ingresos de la población. Esto se concretaría en unos 7.741 euros anuales para los mayores de 18 años en el caso de España (M.J. BERTOMEU y D. RAVENTÓS, “Renta básica y renta máxima: Una concepción republicano-democrática”, *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, núm. 18, 2020, p. 204).

sistir, sino que aspiran a un nivel de vida lo más elevado posible que les posibilite realizar sus planes de vida, por lo que necesitan un empleo que les proporcione los ingresos pertinentes para ello. Solo si la renta básica supusiera unos ingresos lo suficientemente elevados como para vivir holgadamente y poder hacer realidad los proyectos que cada uno escogiera, supondría una amenaza creíble para los empleadores.

En este caso, la renta básica permitiría aumentar el bienestar, pero no la libertad en las relaciones sociales y en las laborales concretamente⁴⁵. En efecto, la renta básica no resuelve el problema de la dominación en el puesto de trabajo en sí mismo, todo lo que hace es permitir a los empleados renunciar a su trabajo para buscar otro. Pero a no ser que encuentren un empleo en una cooperativa o que se autoempleen, esta prestación no garantiza que el nuevo trabajo que encontremos sea no dominado; nada impide que mi nuevo jefe sea tan dominante como el anterior.

En los empleos con niveles salariales más bajos sí es posible que la renta básica tuviera un efecto disuasorio para los empresarios, que se verían impelidos a mejorar las condiciones laborales por no encontrar a quienes estuvieran dispuestos a aceptar sus ofertas de empleo, pues se podrían obtener unos ingresos similares gracias a la renta básica, pero tal efecto disuasorio no se daría necesariamente en aquellos trabajos cuyo salario fuera mucho mayor que esta prestación. E incluso en aquellos casos, el empresario podría verse obligado a aumentar el sueldo para que el empleo fuera más atractivo, pero no a modificar las condiciones laborales y a eliminar las relaciones de dominación.

Es por estas razones por lo que algunos neorrepblicanos son de la opinión de que como medio para emancipar a los trabajadores, la renta básica es insuficiente, e incluso hay quien llega a sostener que es potencialmente contraproducente, porque se centra esencialmente en incrementar el poder individual de negociación, pero no promueve directamente la reducción de las prerrogativas del empleador ni una transformación de unos sistemas jurídicos que permiten una gran desigualdad en las relaciones laborales.⁴⁶

Por ello, hay quienes concluyen –como Lazar– que aunque la renta básica universal puede ser un buen primer paso en la lucha por la mitigación de

⁴⁵ Vid. D. CASASSAS MARQUÉS, J. MARTÍNEZ-CAVA AGUILAR, D. RAVENTÓS PAÑELLA, “Socialismo y renta básica”, cit., 2020, p. 48.

⁴⁶ Vid. A. GOUREVITCH, “The Limits of a Basic Income: Means and Ends of Workplace Democracy”, *Basic Income Studies*, núm. 11 vol. 1, 2016, p. 23.

la dominación en el puesto de trabajo, no pueden descartarse otras medidas como, por ejemplo, la democratización de la gestión de las empresas⁴⁷. Esta medida es más controvertida y no cuenta con un respaldo tan mayoritario como la anterior, pero parece interesante explorarla aquí sucintamente.

4. LA EMPRESA DEMOCRÁTICA

Si bien es cierto que en la tradición republicana la participación no es considerada por lo general un bien intrínsecamente valioso, sino que tiene un carácter instrumental, no obstante se concibe como un mecanismo imprescindible de protección frente a la dominación por parte de los poderes públicos –junto a otros como la separación de poderes, por ejemplo–. Esto es así porque gracias a la participación política, activa y vigilante, se podrá asegurar que las normas y su aplicación no sean arbitrarias y que los intereses de todos los ciudadanos –y no solo los de los más pudientes– sean tenidos en cuenta en el proceso legislativo y en la acción política en general. Trasladada esta máxima al mundo del trabajo, los defensores de la democratización de la empresa aducen que los empleados deberían tomar parte en la elaboración de las regulaciones internas de las compañías y en la toma de decisiones en general para asegurarse de que tanto unas como otras no sean arbitrarias⁴⁸.

Por su parte, según Hsieh, una empresa democrática sería aquella en la que a los empleados se les reconoce institucionalmente el derecho a participar en su administración y a determinar, por sí mismos o conjuntamente con los directivos o los propietarios, su regulación interna y su dirección estratégica⁴⁹. Ahora bien, los modelos de participación y control abarcales bajo esta amplia definición son muy variados y, en efecto, existen grandes diferencias entre las propuestas formuladas al respecto. Así, por ejemplo, hay quienes proponen el control exclusivo y directo de la empresa por parte de todos los que trabajan en ella, como en el caso de algunas cooperativas, en tanto que otros apuestan por un sistema de co-determinación en el que los

⁴⁷ Vid. O. LAZAR, "Work, Domination, and the False Hope of Universal Basic Income", *Res Publica*, published online 22 October 2020.

⁴⁸ Vid. I. GONZÁLEZ RICOY, "The Republican Case for Workplace Democracy", *Social Theory and Practice*, 2014, vol. 40, núm. 2, p. 245.

⁴⁹ Vid. N. HSIEH, "Justice in Production", *The Journal of Political Philosophy*, núm. 16 vol. 1, 2008, p. 82. En la literatura anglosajona se utiliza el término "workplace democracy", que en este trabajo se ha adaptado como "democracia en la empresa", "democratización de la empresa" o "empresa democrática", según el contexto.

empleados compartan el control de la compañía con los directivos o los accionistas –por citar solo dos de las posturas seguramente más habituales–⁵⁰.

No obstante, lo que las distintas propuestas tienen en común es que representan modelos alternativos a las relaciones laborales convencionales en la medida en que otorgan a los empleados algún tipo de participación en la toma de decisiones sin exigírseles ningún título de propiedad en la misma.

Este debate en relación a la democratización de las empresas que “en tiempos fue un “grito de guerra” entre los trabajadores y un tema de investigación principal entre los ámbitos de las relaciones industriales, la economía laboral y la filosofía política” pero que “poco a poco fue languideciendo en su interés por parte tanto de los académicos como de los políticos y los trabajadores”⁵¹ ha resurgido en los últimos años, alentado por algunos teóricos que han constatado que la expansión de la democracia a nivel político que se ha producido en las últimas décadas no se ha visto acompañada por una similar extensión en otros ámbitos, particularmente el laboral⁵². Y, sin embargo, no cabe duda de que en ocasiones las decisiones de una empresa influyen en las vidas de sus empleados tanto como las decisiones de los gobiernos, de que los directivos tienen casi tanto poder sobre los trabajadores como las autoridades públicas sobre los ciudadanos ni de que, en fin, las grandes empresas pueden llegar a influir en la sociedad tanto como los Estados.

Precisamente, la justificación más extendida de la democratización de las empresas es la que en la literatura anglosajona se suele denominar el “parallel-case argument”, esto es, la que se basa en la existencia de una analogía entre empresas y Estados debido a las similitudes existentes entre ellos, sobre todo en relación con el ejercicio del poder y los efectos internos de las decisiones, lo cual implicaría –según sus proponentes– que cualquier argumento contra la democracia en la empresa fuera también de aplicación a la democracia política y viceversa, trasladando el debate sobre la deseabilidad de la democracia en la empresa a la esfera política, en la que se da por supuesta la deseabilidad de la democracia⁵³.

⁵⁰ Vid. I. GONZÁLEZ RICOY, “The Republican Case for Workplace Democracy”, cit., p. 232.

⁵¹ I. GONZÁLEZ RICOY, “Firms, States, and Democracy”, cit., p.33.

⁵² González Ricoy escribía en 2014 que a raíz de la gran recesión que se acababa de vivir se había despertado de nuevo el interés por la democratización de las empresas, seguramente, por la gran resiliencia que las cooperativas habían demostrado ante la crisis (vid. I. GONZÁLEZ RICOY, “The Republican Case for Workplace Democracy”, cit., p. 232).

⁵³ Vid. I. GONZÁLEZ RICOY, “Firms, States, and Democracy”, cit., p.34. Un interesante y pormenorizado trabajo sobre las objeciones a la analogía empresa-estado y las re-

Seguramente sea Robert Dahl quien ha formulado la versión más célebre de este argumento con estas conocidas palabras: “si la democracia está justificada para gobernar el Estado, entonces debe también estar justificada para gobernar las empresas; y decir que no está justificada para gobernar las empresas significa afirmar que no está justificada para gobernar el Estado”⁵⁴. La idea que subyace aquí es la ya anunciada analogía entre la empresa y el Estado en virtud de la cual si consideramos que todos los individuos son iguales, en tal caso es indudable que se les ha de reconocer el derecho a ser gobernados de manera democrática, no sólo en el ámbito de la comunidad política, sino también en otros tipos de asociación humana⁵⁵.

Se suele aducir, sin embargo, en detrimento del argumento de la analogía que la sujeción de los ciudadanos a las normas del Estado es obligatoria en contraste con la supuesta voluntariedad de la sujeción a las normas de la empresa para la que trabajan. Sin embargo –como ya se ha discutido–, no se puede decir que en la mayoría de los casos los empleados permanezcan en una empresa de manera verdaderamente voluntaria, pues solo una minoría puede permitirse dejarla cuando no esté conforme con sus condiciones laborales.

También se alega que los poderes coactivos de los directivos de las empresas son sustancialmente distintos de los del Estado, tanto en su alcance como en su magnitud; en alcance porque su ámbito es más reducido, pues el Estado puede controlar muchos más aspectos de nuestras vidas; en magnitud, porque el Estado es el único que puede recurrir legítimamente incluso a la violencia para hacer cumplir sus decisiones, por lo que su poder es inigualable. La réplica, por su parte, asegura que es posible sostener que los empleadores, en el caso de que sus instrucciones sean contravenidas, tienen la potestad de aplicar sanciones tan severas a sus empleados como muchas de las sanciones penales y administrativas, hasta el punto de que la más severa sanción, el despido, que potencialmente condena a los trabajadores a la

puestas a las mismas se puede encontrar en H. LANDEMORE e I. FERRERAS, “In Defense of Workplace Democracy: Towards a Justification of the Firm-State Analogy”, *Political Theory*, núm. 44, 2016.

⁵⁴ R. DAHL, *A Preface to Economic Democracy*, University of California Press, Berkeley, 1985, p. 111.

⁵⁵ No obstante, Dahl es consciente de que, aunque este argumento es aplicable a la comunidad política, donde la igualdad se impone a la propiedad privada, no necesariamente es aplicable a nivel de las múltiples asociaciones que existen dentro de la misma comunidad política democráticamente organizada. Para que en el caso de las empresas fuera posible una igualdad estricta, estas tendrían que ser propiedad de los trabajadores.

exclusión social, es en algunos aspectos más dura que la mayor parte de las sanciones estatales, que rara vez implican la expulsión de la comunidad política o la exclusión de los ciudadanos de su relación con el estado (lo que se conoce como muerte civil)⁵⁶.

Pero los argumentos que aquí nos interesan son los esgrimidos por aquellos teóricos neorrepublicanos que han contribuido al resurgir del movimiento en pro de la democratización de las empresas arguyendo que es necesaria para evitar la dominación, así como para acrecentar la igualdad⁵⁷ e incluso para fortalecer y mejorar la democracia política⁵⁸. Aducen estos que es preciso un sistema de límites a la discrecionalidad de los directivos de las empresas para que no puedan interferir arbitrariamente en las vidas de los empleados y para que se aseguren los derechos de estos, así como una relación de igualdad con sus empleadores, pero entienden que para tal fin no es suficiente con la legislación laboral –si bien esta es necesaria–, por lo que abogan por la instauración de estructuras democráticas dentro de las empresas pues, de este modo, mediante su intervención en los procesos de toma de decisiones, los trabajadores tendrían capacidad para oponerse a medidas excesivamente autoritarias o arbitrarias de los empleadores.⁵⁹

Y esto es así porque no parece factible regular anticipadamente todas las posibles situaciones que pueden surgir en la actividad empresarial o laboral, ni quizás sería tampoco deseable, pues daría al traste con la flexibilidad necesaria para hacer frente a las vicisitudes e imprevistos que vayan surgiendo en un proceso de producción o en unas actividades económicas que con frecuencia requerirán que los trabajadores alteren sus rutinas⁶⁰. Por eso, para este sector del neorrepublicanismo garantizar a los trabajadores su participación en la gestión y administración de la empresa estaría justificado en orden a minimizar las posibilidades de que en aquellos ámbitos que no estuvieran

⁵⁶ Vid. I. GONZÁLEZ RICOY, "Firms, States, and Democracy", cit., p. 42.

⁵⁷ Vid. I. GONZÁLEZ RICOY, "The Republican Case for Workplace Democracy", cit., p. 234. Quien encuentra sorprendente que los filósofos políticos contemporáneos no hayan prestado atención a cuestiones relacionadas con el ámbito laboral teniendo en cuenta que los trabajadores pasan casi un tercio de sus vidas adultas en sus puestos de trabajo y que sus empleos afectan en gran medida a su bienestar.

⁵⁸ Vid. B.H. MCDONNELL, "Employee Primacy, or Economics Meets Civic Republicanism at Work", *Legal Studies Research Paper Series, Research Paper n° 06-06*, University of Minnesota Law School, 2006, p. 4.

⁵⁹ Vid. K.P. SCHAFF, "Democratic Rights in the Workplace", cit., p. 402.

⁶⁰ Vid. I. GONZÁLEZ RICOY, "Ownership and control rights in democratic firms. A republican approach", *Review of Social Economy*, núm. 78 vol. 3, 2019, p. 7.

jurídicamente regulados quedaran resquicios para la interferencia arbitraria que resultara en que los intereses de los empleados se vieran significativamente afectados.

Un argumento adicional que suelen aducir los partidarios de la democratización de la empresa es que tal medida contribuiría a lograr una mayor igualdad entre los ciudadanos. Esto es así porque –como ya opinara Dahl⁶¹– las desigualdades en la riqueza y los ingresos en países como los Estados Unidos están causadas por dos factores: una fuerte concentración de la propiedad y unas remuneraciones muy elevadas de los altos ejecutivos de las grandes empresas que adoptan sus decisiones con total independencia de cualquier control externo eficaz⁶². En este sentido –aducen aquellos–, un sistema de autogobierno de las empresas establecería una tabla salarial más equitativa, manteniendo a raya los salarios y bonificaciones de los ejecutivos; evidentemente –conceden– esto no sería suficiente para crear una sociedad perfectamente justa, pero sí una con un nivel de justicia distributiva muy superior al actual.

Y una tercera ventaja de la democratización de las empresas que se reitera desde determinadas posiciones neorrepublicanas tiene que ver con la creciente desafección ciudadana en las democracias occidentales, por entender que medidas de este tenor mejorarían la cantidad y la calidad de la participación ciudadana en la esfera política⁶³.

Sostiene en esta línea Schaff que en nuestro tiempo “los individuos experimentan una disonancia cognitiva entre la política democrática y la organización del trabajo antidemocrática: se espera que los ciudadanos participen en elecciones democráticas pero que trabajen en empresas jerárquicas”: así,

⁶¹ Vid. R. DAHL, *La democracia económica. Una aproximación*, Editorial Hacer, Barcelona, 2002, p. 126. Es cierto que las razones de Dahl para defender la democratización de las empresas son, a primera vista, diferentes a las de los neorrepublicanos, pues aquél tiene en mente la justicia redistributiva en tanto que estos lo ven como un instrumento para hacer realidad la no-dominación de los trabajadores. Sin embargo, los argumentos de Dahl son asumibles, en mi opinión, por los neorrepublicanos ente otras razones porque a mayor igualdad menor dominación.

⁶² De esta misma opinión es McDonnell, quien asegura que las empresas controladas por los trabajadores generan menos desigualdad porque las diferencias salariales suelen ser menores que en las controladas por los accionistas, además de por el hecho de que los beneficios son distribuidos entre todos los empleados y no solo entre los propietarios (vid. B.H. MCDONNELL, “Employee Primacy, or Economics Meets Civic Republicanism at Work”, cit., p. 44).

⁶³ Vid. I. GONZÁLEZ RICOY, “Democratizar la empresa: Un análisis desde la filosofía política”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 148, 2010, p. 52.

a nivel político se espera que participen en procesos de elección de unos cargos públicos que, además, habrán de responder ante ellos por su gestión, en tanto que en el puesto de trabajo, se espera que se muestren sumisos ante una autoridad que no tiene que rendirles cuentas⁶⁴.

Por otro lado, se muestra convencido Breen de que si a los empleados se les permitiese involucrarse activamente en el proceso de toma de decisiones empresariales, es indudable que desarrollarían sus capacidades deliberativas y se acostumbrarían a pensar en el bien común, y esa mentalidad es de suponer que la trasladarían a otros ámbitos de la vida, como el político⁶⁵. En cambio, en la empresa autoritaria, donde las decisiones son tomadas por los directivos y los propietarios, se reducen las oportunidades de los trabajadores para deliberar en relación al bien común y para desarrollar sus capacidades políticas y se fomenta una pasividad que socava la sociedad democrática en su conjunto. En sentido contrario, el grado hasta el cual los ciudadanos actúan libre y responsablemente en la esfera política se ve materialmente condicionado por el nivel de libertad y responsabilidad que se les permite en su vida laboral cotidiana. En definitiva, instaurar procedimientos democráticos en las empresas podría ser un instrumento óptimo para inculcar una cultura democrática en la ciudadanía, fortaleciendo así la participación cívica y contribuyendo a la estabilidad del sistema democrático⁶⁶.

Por otra parte, entre las objeciones más habituales a la democratización de la empresa encontramos el argumento de que por motivos de eficiencia y productividad las compañías no pueden quedar en manos de quienes no disponen de los conocimientos técnicos suficientes para hacerlo como es el caso de los trabajadores –o, al menos, de la gran mayoría de ellos–⁶⁷. Una de las respuestas a esta objeción recupera el paralelismo entre empresa y estado para esgrimir que conforme a ese argumento habría que rechazar también la democracia a nivel político y dejar el gobierno de los estados en manos de los más preparados para ello⁶⁸.

⁶⁴ Vid. K.P. SCHAFF, "Democratic Rights in the Workplace", cit., p. 392.

⁶⁵ Vid. K. BREEN, "Freedom, Republicanism, and Workplace Democracy", cit., pp. 470-485.

⁶⁶ Vid. R. FREGA, L. HERZOG Y C. NEUHÄUSER, "Workplace Democracy: The Recent Debate", cit., p. 5.

⁶⁷ González Ricoy cuenta que un directivo de una empresa, cuando se le plantó esta posibilidad respondió: "¿Cómo? ¿y dejar que los monos dirijan el zoo?" (vid. I. GONZÁLEZ RICOY, "Democratizar la empresa: Un análisis desde la filosofía política", cit., pp. 54-56).

⁶⁸ Vid. *ibidem*.

También se puede replicar a esta objeción que no siempre los propietarios de la empresa conocen mejor el funcionamiento que sus empleados, que pasan muchas horas de sus vidas trabajando en ella, por lo que pueden ser fuente de muchas ideas innovadoras y de propuestas de mejora de la productividad si se les escucha. Es cierto que pueden no estar al tanto de cuestiones financieras o estratégicas, pero tampoco suelen estarlo los propietarios, razón por la cual, sobre todo en el caso de las grandes empresas, habitualmente delegan sus decisiones en un cuerpo directivo, lo cual también podría hacerse en una empresa democrática para determinadas tareas específicas que requieran una especial capacitación. Esto es, si bien la democracia participativa puede ser ineficiente, de ello no se sigue que una compañía no pueda ser gobernada como una democracia representativa en la que los trabajadores elijan a los directivos cuyas potestades en relación a los trabajadores encuentren, además, unos límites legales.

Es más, hay quienes –como McDonnell⁶⁹– son de la opinión de que una empresa democrática es más productiva que una convencional porque, según su parecer, hay mucha evidencia científica que sugiere que los individuos se sienten mejor si se les permite tomar decisiones que afectan a sus vidas y esto es, evidentemente, aplicable al ámbito laboral, de modo que los trabajadores satisfechos son más productivos y se implican más en conseguir los objetivos de la empresa. A lo que habría que sumar otras características de las empresas democráticas que se pueden encontrar en las cooperativas, por ejemplo, que contribuirían a aumentar la productividad, tales como el hecho de que los empleados participen en el reparto de los beneficios, la reducción de costos de supervisión y de control de la labor de los empleados o el menor absentismo laboral como consecuencia de la mejora de las condiciones de trabajo y la reducción de los riesgos laborales⁷⁰.

⁶⁹ Vid. B.H. MCDONNELL, “Strategies for an Employee Role in Corporate Governance”, *Legal Studies Research Paper Series, Research Paper n° 12-07*, University of Minnesota Law School, 2012, p. 104.

⁷⁰ Vid. I. GONZÁLEZ RICOY, “Democratizar la empresa: Un análisis desde la filosofía política”, cit., p. 52. Si bien este mismo autor apunta que se han señalado las siguientes ineficiencias productivas inherentes a una empresa de este tipo: los costes asociados a la toma de decisiones de forma democrática, la mayor aversión al riesgo, las rigideces en la contratación, la tendencia a las maximizaciones salariales o las dificultades para atraer capital externo. A lo que se puede sumar el argumento de que algunos trabajadores puede que prefieran trabajar en una empresa tradicional al considerar que sería más eficiente que una democrática y por tanto, sus beneficios y con ellos los salario serían mayores (vid. R. FREGA, L. HERZOG Y C. NEUHÄUSER, “Workplace Democracy: The Recent Debate”, cit., p. 7).

Finalmente, otra de las más frecuentes objeciones a las propuestas de democratización de las empresas es la planteada por quienes entienden que estas han de ser dirigidas por sus propietarios al ser ellos quienes ponen en riesgo su inversión y su capital, además de que el derecho a la propiedad garantiza que cada cual disponga de esta como considere oportuno.

A esto se suele replicar que la democratización de una empresa no implicaría en ningún caso su expropiación o que la propiedad de la misma pasara a los empleados, sino que seguiría en manos de sus propietarios quienes también continuarían recibiendo los rendimientos de su inversión. Además, hay que recordar –como hace González Ricoy⁷¹– que el derecho de propiedad no se puede considerar como una “carta de triunfo” frente al Estado puesto que es, precisamente, la intervención estatal la que habilita institucionalmente y protege mediante coacciones y a cargo del erario público los derechos de propiedad. Y también nos recuerda en relación a este punto que la esfera productiva ya está de algún modo democratizada, en el sentido de regulada públicamente mediante la legislación laboral. Razones como esta son las que llevan a Dahl a sostener que el demos y sus representantes están autorizados para decidir por medio del proceso democrático cómo se debe concretar la propiedad y controlar las empresas con el objeto de alcanzar, en la medida de lo posible, valores como “la democracia, la equidad, la eficacia, el cultivo de las cualidades humanas deseables y el acceso al mínimo de recursos personales que resulten necesarios para una buena vida”⁷².

5. LA EMPRESA REPUBLICANA

Sin embargo, no todos los neorrepublicanos preocupados por mitigar la dominación en el ámbito laboral apuestan por la democratización de las empresas, sino que también los hay que son de la opinión de que no es preciso llegar tan lejos para lograr tal objetivo⁷³ –aparte del hecho de que no pare-

⁷¹ Vid. I. GONZÁLEZ RICOY, “The Republican Case for Workplace Democracy”, cit., p. 245.

⁷² R. DAHL, *La democracia económica. Una aproximación*, cit., p. 76.

⁷³ Así lo dice también González Ricoy: “Ahora bien, aunque la relación se pueda entender en este modo, ello no implica que deba ser democratizada puesto que si de lo que se trata es de proteger al segundo frente a los posibles abusos del primero, entonces existen mecanismos adicionales a la democracia en la empresa que pueden resultar más efectivos para ello. Por ejemplo, mediante la ampliación de las protecciones, tales como el salario mínimo, las limitaciones en el horario laboral, etc. recogidas en la legislación laboral. Por otra, mediante

ce un objetivo factible hoy por hoy-. Además de que el mero hecho de que una empresa sea gestionada de modo democrático no asegura por sí mismo que se elimine cualquier supuesto de dominación sobre sus empleados, pues también en este tipo de compañías habrá cadenas de mando en las que es posible que se establezca algún espacio para el ejercicio de la interferencia arbitraria⁷⁴ -esta es la razón por la cual, a nivel político, a la hora de eliminar la dominación no solo se requiere un sistema democrático, sino también un catálogo de derechos fundamentales⁷⁵-.

Precisamente por ello, algunos representantes de esta doctrina plantean (con diferentes matices) la instauración de lo que Hsieh ha denominado "workplace republicanism"⁷⁶. Esta propuesta incluye dos elementos básicos: por un lado, el desarrollo de una amplia legislación laboral que otorgue a los trabajadores un número significativo de derechos, creando una especie de *rule of law* en el ámbito laboral⁷⁷ y, por otro, la instauración de mecanismos para que los trabajadores puedan cuestionar las decisiones de los empresarios que tengan un carácter arbitrario.

la ampliación de las provisiones de bienestar y la mejora del poder de negociación de los trabajadores, de modo que estos dispongan de una opción de salida real. Y por último mediante formas institucionales alternativas a la democracia en la empresa pero quizás más efectivas en la protección de los trabajadores frente a los potenciales abusos de poder como, por ejemplo, la existencia de sindicatos fuertes y efectivos" (I. GONZÁLEZ RICOY, "Democratizar la empresa: Un análisis desde la filosofía política", cit., p. 63). Y también McDonnell plantea que en lugar de la democracia en las empresas, es suficiente que los empleados cuenten con sistemas eficaces de representación (vid. B.H. MCDONNELL, "Employee Primacy, or Economics Meets Civic Republicanism at Work").

⁷⁴ Vid. D. JACOB y C. NEUHÄUSER, "Workplace Democracy, Market Competition and Republican Self-Respect", *Ethical Theory and Moral Practice*, núm. 21, 2018, p. 934.

⁷⁵ Además de que, como plantea Anderson, del mismo modo que si el control de una empresa lo tienen únicamente los propietarios, es probable que los intereses de los trabajadores no estén debidamente protegidos, se puede aventurar que si fueran los trabajadores quienes tuvieran la última palabra en las decisiones empresariales, los intereses de los propietarios podrían verse perjudicados. Es menester, por tanto, idear un sistema de gobierno de la empresa que represente y proteja los intereses de unos y de otros, esto es, aplicar a este ámbito la antigua doctrina republicana del gobierno mixto (vid. E. ANDERSON, "Equality and Freedom in the Workplace: Recovering Republican Insights", *Social Philosophy and Policy*, núm. 31 vol. 2, 2015, p. 68).

⁷⁶ Vid. N. HSIEH, "Rawlsian Justice and Workplace Republicanism", *Social Theory and Practice*, vol. 31, núm. 1, 2005.

⁷⁷ De ahí que otros autores denominen a esta propuesta como "workplace constitutionalism".

El primer tipo de propuestas tendrían como finalidad establecer el rango de interferencia a la que se pueden someter a los trabajadores en el desarrollo de su actividad laboral y limitar significativamente la discrecionalidad del empleador en los casos en los que esto no sea factible. Una de las medidas más obvias en este sentido consistiría en que en el contrato de trabajo se definiera del modo más detallado y preciso posible las condiciones laborales y las funciones a realizar por el trabajador⁷⁸, lo que reduciría el margen de discrecionalidad del empresario en relación a estos aspectos y con ello su margen de interferencia arbitraria⁷⁹. Sin embargo, hay que dar la razón a Lazar cuando advierte de que ningún contrato puede legislar todo lo que sucede día a día, minuto a minuto en el trabajo, y en la medida en que la autoridad residual para interpretar esas lagunas contractuales permanezca en las manos de los empleadores, los trabajadores estarán dominados por aquellos⁸⁰. Y tampoco es posible –como es obvio y ya se ha comentado– que todas las posibles contingencias que acontecen en el desarrollo de la actividad económica y en las relaciones laborales en cualquier empresa pueden ser reguladas por la legislación laboral, pues siempre va a quedar un mayor o menor margen de discrecionalidad, pero, es más, aún si ello fuera posible, no sería deseable pues, como señala Lovett⁸¹, la estructura regulatoria sería tan densa e intrusiva que el Estado, sin duda, se convertiría él mismo en una gran fuente de dominación. A lo que habría que añadir las ya referidas razones de eficiencia por las que se requiere determinadas relaciones de jerarquía, si bien esto no necesariamente tiene que traducirse en que los empresarios ejerzan un poder arbitrario sobre sus trabajadores que les faculte para darles cualquier tipo de orden o de instrucción⁸².

⁷⁸ Vid. D. CABRELLI y R. ZAHN, “Civic Republican Theory and Labour Law”, cit., p. 13.

⁷⁹ Vid. I. GONZÁLEZ RICOY, “Democratizar la empresa: Un análisis desde la filosofía política”, cit., p. 63. Quien también opina, en la línea de lo ya indicado anteriormente, que la relación contractual entre empleador y empleado en una economía capitalista puede ser definida como una relación de poder, en la cual el empleador está en condiciones de interferir arbitrariamente, mediante la imposición de amenazas, en las acciones del empleado allí donde los términos de la relación no han sido especificados en el contrato laboral.

⁸⁰ Vid. O. LAZAR, “Work, Domination, and the False Hope of Universal Basic Income”, *Res Publica*, published online 22 October 2020.

⁸¹ Vid. F. LOVETT, *A General Theory of Domination and Justice*, Oxford University Press, 2010, pp. 197-200.

⁸² Vid. E. ANDERSON, “Equality and Freedom in the Workplace: Recovering Republican Insights”, cit., p. 61.

De este modo, el reto que se plantean sus proponentes es diseñar formas institucionalizadas de protección que permitan ciertos márgenes para el ejercicio de la discrecionalidad por parte de los empresarios pero que al mismo tiempo amparen a los trabajadores frente la interferencia arbitraria⁸³. Esto es, se trataría de proteger a los empleados contra las interferencias arbitrarias sin excluir la posibilidad de interferencia no arbitraria⁸⁴ porque –señala González Ricoy⁸⁵– los republicanos no deberían preocuparse por la interferencia de los empleadores sobre los trabajadores, lo cual además es inevitable, siempre que esta sea adecuadamente controlada, de modo que se asegure que el empleador se va a ver obligado a tener en cuenta los intereses del empleado.

Ahora bien, ¿cuándo una interferencia puede considerarse arbitraria y cuándo no? Podemos seguir en este punto a Hsieh⁸⁶, quien sostiene que es posible establecer, al menos, tres categorías de decisiones que pueden afectar a los empleados. Por un lado, estarían aquellas decisiones que implican que un trabajador debe realizar tareas concretas de forma puntual, tales como desplazarse a otra ciudad para hacer alguna gestión en favor de su empresa o hacer horas extras en un momento dado para dar respuesta a una repentina demanda del producto de la empresa; este tipo de decisiones requerirá que el empleado reajuste su propio horario, lo que puede afectar negativamente a sus compromisos y proyectos personales fuera del trabajo. La segunda categoría incluye aquellas decisiones que tienen que ver con el salario, la promoción dentro de la empresa o las condiciones de trabajo, especialmente las relacionadas con la seguridad laboral. Y están, en fin, las decisiones que no se toman directamente en relación con un trabajador, pero que le afectan igualmente, como la decisión de llevar a cabo una reorganización de la empresa que conlleva el despido de algunos de sus empleados o de trasladarla a otro lugar, con las implicaciones personales que ambas medidas implican.

En todos estos casos, a juicio de Hsieh, estas decisiones, aún si han sido tomadas escrupulosamente conforme a los procedimientos internos de la empresa, podrían considerarse como un supuesto de interferencia arbitraria si no están plenamente justificadas y no responden a los intereses de los

⁸³ Vid. K. BREEN, “Freedom, Republicanism, and Workplace Democracy”, cit., pp. 470-485.

⁸⁴ Vid. N. HSIEH, “Rawlsian Justice and Workplace Republicanism”, cit., pp. 134-135.

⁸⁵ Vid. I. GONZÁLEZ RICOY, “The Republican Case for Workplace Democracy”, cit., pp. 238-239

⁸⁶ Vid. N. HSIEH, “Rawlsian Justice and Workplace Republicanism”, cit., pp. 122-123.

trabajadores –no necesariamente a nivel individual, sino considerados en su conjunto y a largo plazo–.

Y es aquí cuando entraría en juego el segundo elemento constitutivo de la doctrina del “workplace republicanism”. El derecho laboral y la regulación pormenorizada del contrato de trabajo, dentro de lo posible y de lo aconsejable, se complementaría con la instauración de mecanismos de disputa de las decisiones empresariales en relación a la organización y las condiciones de trabajo por parte de los empleados una vez que estas ya han sido adoptadas –se trataría, por tanto, de unas facultades de control *ex post* en lugar de *ex ante*–.

Aducen al respecto sus proponentes –algo se ha dicho ya al respecto– que, conforme a la versión de Pettit, la esencia del republicanismo cívico y su estrategia para reducir la dominación no está tanto en la participación política de los ciudadanos –con ser esta imprescindible–, sino sobre todo en la restricción del ejercicio estatal del poder discrecional y la garantía del derecho del ciudadano a disputar⁸⁷ las decisiones tomadas por los poderes públicos; y esta misma estrategia es la que proponen que se implemente en el ámbito laboral⁸⁸. Compara Breen, al respecto, la democracia en el puesto de trabajo con el ejercicio de la libertad positiva, la cual no forma parte esencial de la tradición republicana⁸⁹, en tanto que el derecho a disputar las decisiones empresariales sería más acorde con la concepción republicana de la libertad como no-dominación⁹⁰.

Así, la diferencia entre una empresa democrática y una empresa republicana estaría, a grandes rasgos, en que la segunda no implica un control efectivo de las decisiones empresariales por parte de los empleados, ni siquiera que participen en el momento en que estas decisiones son tomadas, sino que es suficiente con que se les reconozcan ciertos derechos que les protejan frente a las decisiones arbitrarias del empleador⁹¹, así como que se les garantice

⁸⁷ El término utilizado por Pettit para esta figura es “contestation” y “to contest” que yo traduciré como “disputabilidad” y “disputar”, siguiendo a Toni Domènech en su traducción de Ph. PETTIT, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*.

⁸⁸ Vid. N. HSIEH, “Rawlsian Justice and Workplace Republicanism”, cit., pp. 134-135.

⁸⁹ En efecto, escribe Pettit que “lo que se requiere para que no haya arbitrariedad en el ejercicio de un determinado poder no es el consentimiento real a ese poder, sino la permanente posibilidad de ponerlo en cuestión, de disputarlo” (Ph. PETTIT, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, cit. p. 91).

⁹⁰ Vid. K. BREEN, “Freedom, Republicanism, and Workplace Democracy”, cit., pp. 470-485.

⁹¹ R. FREGA, L. HERZOG Y C. NEUHÄUSER, “Workplace Democracy: The Recent Debate”, cit. pp. 4-5.

que su voz será oída y su opinión tenida en cuenta a través de diferentes mecanismos institucionales, de modo que puedan cuestionar, rebatir e incluso impugnar las decisiones empresariales sobre la organización de la actividad empresarial o las condiciones laborales y a hacerlo sin temor a ser amenazados o represaliados.

Este derecho debería poder ejercerse en todos los niveles de la gestión empresarial, si bien tomando diferentes formas en cada caso. Así, por ejemplo, Hsieh sugiere que el derecho individual de los trabajadores de someter sus quejas o reclamaciones a un proceso de arbitraje podría considerarse un mecanismo suficiente de disputa al nivel del día a día de la actividad laboral; el derecho a hacerlo de forma colectiva podría ser adecuado para asuntos concernientes a las condiciones laborales; y la oposición a las decisiones tomadas al nivel más alto podría manifestarse de modo más eficaz a través de la representación de los trabajadores en la junta directiva de la empresa.

En cualquier caso, la forma paradigmática para ejercer el derecho a disputar las decisiones empresariales sería colectivamente, a través de los sindicatos, pues al tener que enfrentarse a los trabajadores como colectivo en lugar de individualmente, la capacidad del empleador de interferir arbitrariamente se reduce en gran medida⁹², si bien esto no excluiría el derecho de los empleados a expresar sus discrepancias de forma individual garantizándoseles, en este caso, protección frente a posibles represalias por parte del empleador.

El problema, como reconocen Bogg y Estlund o Cabrelli y Zahn⁹³, por ejemplo, es que este derecho a disputar las decisiones empresariales es muy abstracto y ellos mismos confiesan que no conocen ningún sistema legal que lo reconozca y lo proteja como tal, es más, ni tan siquiera ha sido concretado en las diferentes propuestas teóricas que se han hecho al respecto⁹⁴.

⁹² Vid. G.M. SHARRATT, "Free at work, free from work: Nondomination, unions, and basic income", *Journal of Labor and Society*, núm.22, 2019, p. 614.

⁹³ Vid. D. CABRELLI y R. ZAHN, "Theories of Domination and Labour Law: An Alternative Conception for Intervention?", cit., pp. 339-364.

⁹⁴ Vid. A. BOGG y C.L. ESTLUND, "Freedom of Association and the Right to Contest: Getting Back to Basics", *Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Working Paper n° 13-81*, New York School of Law, 2013.

6. CONCLUSIONES

Aunque no todos los comentaristas –ni siquiera todos los autores que se consideran a sí mismos neorrepublicanos– coinciden en este punto, en mi opinión el fin último de esta doctrina es hacer realidad el ideal de la no-dominación, esto es, diseñar una sociedad en la que todos y cada uno de sus integrantes sea verdaderamente libre en el sentido republicano del término. Todas las demás propuestas que durante siglos han sido formuladas por los representantes de esta tradición de pensamiento, tales como la incentivación de una participación política activa o la promoción de la virtud cívica serían indudablemente valiosas e incluso imprescindibles, pero cabe concebirlas como instrumentales para el logro de la erradicación de la dominación –esto es, de la interferencia arbitraria en las decisiones de cada individuo– tanto en el ámbito público como en el ámbito –o, mejor, los ámbitos– privado.

En relación a la esfera pública, afortunadamente se puede afirmar que las relaciones de dominación se han reducido en gran medida, al menos en los países democráticos. Sin embargo, y aunque también se ha avanzado en esta línea en la esfera de lo privado, aún existen espacios donde los individuos están expuestos a la interferencia arbitraria, como es el caso del ámbito laboral. En este sentido, creo que son acertadas las palabras de Watkins cuando escribe que “el puesto de trabajo se destaca como un lugar con riesgos de dominación que surgen cuando en una relación jerárquica la parte poderosa abusa de su poder extendiéndolo más allá de su propósito reconocido y legítimo”⁹⁵.

Indudablemente, también en este terreno ha habido significativos avances en los últimos tiempos como consecuencia del desarrollo de la legislación laboral, gracias a medidas tales como las relativas al despido improcedente, el salario mínimo, la regulación de la jornada laboral o los derechos sindicales, entre otras, que limitan la dependencia del empleado respecto al empleador y reducen el desequilibrio de poder inherente a las relaciones entre ambos. No obstante, a pesar de ello, la legislación laboral actual sigue sin ser suficiente en determinados casos y por ello es muy relevante que desde el neorrepublicanismo se aporten ideas y propuestas para erradicar, o al menos mitigar, las relaciones de dominación en el puesto de trabajo.

⁹⁵ Vid. D. WATKINS, “Republicanism at Work: Strategies for Supporting Resistance to Domination in the Workplace”, *Spectra. The Aspect Journal*, vol. 4, núm.2, 2015.

Algunas de estas propuestas –si bien por lo general aún no han pasado de meros esbozos que necesitan mayor reflexión y concreción– son las que se ha tratado de exponer en estas páginas, y como la implantación de la renta básica universal, la democratización de las empresas o la instauración de mecanismos de disputabilidad de las decisiones adoptadas por los empleadores. Cada una de ellas tiene sus bondades y podría contribuir en gran medida al objetivo de limitar la dominación en el puesto de trabajo, si bien, haciendo un ejercicio de realismo, quizás sean las procedentes de las tesis del *workplace republicanism* las más factible hoy por hoy.

Así, por un lado, parece evidente que es preciso profundizar en la regulación de las condiciones laborales⁹⁶ –y en la mejora de los instrumentos para que se haga cumplir en todos los casos– pero además parece también acertada la estrategia de promulgar otro tipo de medidas que proporcionen al empleado la capacidad de hacer frente a las decisiones empresariales arbitrarias, esto es, aquellas en las que su voz y sus intereses no se hayan tenido en cuenta⁹⁷ y que pueda hacerlo con la absoluta seguridad de que no va a sufrir represalias por ello.

El reto está en diseñar de forma concreta esas medidas, estrategias e instrumentos que al tiempo que preserven el ejercicio de ciertas potestades discrecionales necesarias para la eficiencia de la empresa, permitan al trabajador ser verdaderamente libre en el sentido republicano, esto es, que sea capaz de mirar a los ojos de su patrón sin motivos para sentir miedo y sin necesidad de rendirle pleitesía.

RAMÓN RUIZ RUIZ
Universidad de Jaén
Campus de Las Lagunillas
23071 Jaén
e-mail: ramonrr@ujaen.es

⁹⁶ Como nos recuerdan Cabrelli y Zahan, precisamente, la finalidad del derecho laboral es hacer realidad una concepción particular de justicia social tal como una sociedad más igualitaria y con menos dominación (vid. D. CABRELLI y R. ZAHN, “Civic Republican Theory and Labour Law”, cit., p. 3).

⁹⁷ Vid. A. BOGG y C.L. ESTLUND, “Freedom of Association and the Right to Contest: Getting Back to Basics”, *Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Working Paper n° 13-81*, New York School of Law, 2013.

**LA DEFENSA DE LA REPÚBLICA
Y LOS DERECHOS A LA RENTA DEL SUELO Y A LA EXISTENCIA
EN THOMAS PAINE Y MAXIMILIEN ROBESPIERRE.
ANÁLISIS COMPARATIVO**

*THE DEFENSE OF THE REPUBLIC AND THE RIGHTS
TO THE INCOME OF THE SOIL AND THE EXISTENCE
IN THOMAS PAINE AND MAXIMILIEN ROBESPIERRE.
COMPARATIVE ANALYSIS*

MARÍA LUISA SORIANO GONZÁLEZ
Universidad Pablo de Olavide

Fecha de recepción: 27-1-19

Fecha de aceptación: 17-12-19

Resumen: *El trabajo es un análisis comparativo de dos cuestiones presentes en los escritos de Tomás Paine y Maximilien Robespierre: la defensa de la república y el reconocimiento de los derechos sociales. Ambos defienden una república representativa, pero difieren en el proceso de construcción y en el uso de la violencia. Ambos persiguen la supresión de la pobreza, pero el derecho a una renta del suelo de Paine es universal e incondicionado, mientras que el derecho a la existencia de Robespierre no atañe a todas las personas, sino a las que son pobres o carecen de trabajo. Consecuentemente, Paine puede ser considerado el precursor de la renta básica universal y Robespierre un pionero defensor del derecho de subsistencia condicionado.*

Abstract: *The work is a comparative analysis on two issues present in the writings of Tomas Paine and Maximilien Robespierre: the defense of the Republic and the recognition of the social rights. Both defend a representative republic but differ in the process of construction and the use of violence. Both also pursue the suppression of poverty, but the right to income of Paine is universal and unconditional while the right to the existence of Robespierre does not refer to all persons but those who are poor and lack of work. As a result, Paine can be considered the forerunner of universal basic income and Robespierre a pioneering advocate of the conditional subsistence right.*

Palabras clave: derecho a la existencia, república, renta básica universal
Keywords: right to existence, republic, universal basic income

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es precisar los nexos y divergencias entre Paine y Robespierre en dos cuestiones: a) cuál es la diferencia en la definición y alcance de la libertad de la república, y b) en qué medida pueden ser considerados ambos pioneros o precursores de la renta básica universal y cuál es la diferencia entre ellos en relación con esta renta, si es que existe.¹ La segunda cuestión necesita una previa aclaración en sede definitoria, motivo por el que dedicaré un primer epígrafe a definir brevemente en qué consiste la renta básica universal.

Sobre las libertades en ambos autores hay una copiosa bibliografía, después de un periodo largo en el que los dos fueron considerados autores malditos y no eran citados sino para despreciarles.² Pero mucho menor es la bibliografía sobre el análisis comparativo de ambos en lo que denominaban según la literatura de la época derecho a una renta del suelo y derecho a la existencia (semejantes a lo que hoy denominamos renta básica universal). Es oportuno, consecuentemente, precisar el significado y el alcance de la renta básica universal, tal como hoy la considera la doctrina, para a continuación justificar hasta qué punto los revolucionarios del siglo XVIII, Paine y Robespierre, pueden ser considerados pioneros de la misma, ya que en una extensa literatura se otorga a ambos el título de pioneros de una renta básica universal.³

¹ En adelante sustituiré la mención a la renta básica universal por sus siglas: RBU.

² Véase sobre la historia negra de Robespierre la monografía de J. R. RALLO, *Contra la renta básica*, Deusto, Bilbao, 2015.

³ Basta leer las obras generales insertas en la web de la Red Renta Básica Española, para advertir la frecuencia con la que Paine y Robespierre son citados expresamente como precursores o pioneros de la renta básica universal. Para un conocimiento de la historia doctrinal de esta renta recomiendo la obra de J. IGLESIAS, *Las culturas de las rentas básicas. Historia de un concepto*, Virus editorial, Barcelona, 2004, que presenta el interés de contener textos acotados de los autores en edición bilingüe. Asimismo las obras de un académico experto en la materia, D. Casasas, autor de una prolífica literatura sobre la RBU, de la que destaco su última obra, *Libertad incondicional. La renta básica en la revolución democrática*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2018. Igualmente, para tener una primera visión del significado y problemática de esta renta es conveniente la lectura de una obra de Cive Pérez, periodista y activista social, titulada *Renta básica universal*, Clave intelectual, Madrid, 2015. Hay que destacar también la

En la cuantiosa literatura sobre ambos autores y su relación con la RBU apenas se le dedica una pasajera atención, indicando sin más algunas frases de sus obras, y desde luego no existe, hasta donde llega mis noticias, una clara distinción entre ellos en la definición y los argumentos favorables a la RBU. Por lo tanto, una aportación de este trabajo consiste en una investigación no realizada: la comparación de Robespierre y Paine en el tema concreto de la RBU. Por desdoblado que hay trabajos que comparan ambas figuras, pero no dedicados al examen comparativo en la cuestión concreta apuntada. Conocía los escritos de ambos autores y entreveía que no eran susceptibles de colocarles en el mismo plano, y que quizás los derechos que ellos defendían no eran asimilables a lo que hoy entendemos como renta básica universal. La otra aportación es la de precisar las diferencias en el concepto de república.

Paso a continuación a indicar las notas más importantes sobre la RBU. Mi definición de la renta básica universal en un trabajo anterior sobre el derecho de subsistencia en Luigi Ferrajoli y su equiparación con la renta básica universal era la siguiente: *“La renta básica en pocas palabras es el derecho individual e incondicionado a recibir una prestación del Estado para atender a las necesidades básicas”*.⁴ La definición más simple es la de los profesores Daniel Raventós, presidente de la Red Renta Básica en España, y de Ramón Soriano expresada en la presentación de un debate sobre la renta básica: *“La renta básica es una asignación monetaria incondicional para toda la ciudadanía y residentes acreditados”*.⁵ Ramón Soriano, por su parte, amplía la definición de esta manera: *“un ingreso mínimo incondicionado para los ciudadanos y residentes de pleno derecho, compatible con otros ingresos, que tiene la finalidad de garantizar su derecho a la subsistencia y su libertad real, satisfaciendo sus necesidades más*

figura de P. Van Parijs, filósofo belga que en los años ochenta puso de moda ante la opinión pública la RBU por medio de una atrevida publicación, en la que defendía que la RBU era un medio para alcanzar el comunismo desde el capitalismo. El artículo “Una vía capitalista al comunismo”, redactado por Van Parijs y Van der Beer, fue publicado en la revista *Theory and Society* (núm. 15, 1986), y puede ser consultado en la revista *Zona Abierta*, 1988, pp. 19-45.

⁴ M. L. SORIANO GONZÁLEZ, “La renta básica y el derecho de subsistencia en Luigi Ferrajoli”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, diciembre de 2012, p. 232.

⁵ D. RAVENTÓS, R., SORIANO, “A modo de presentación. La renta básica: ¿una propuesta justa, razonable y posible?”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, núm. 5, 2010, p. 190. Es la introducción de ambos autores al interesante “Debate de RIPP” sobre la renta básica, en el que participaron los expertos en el tema como Arcarons, Lo Vuolo, Rey, Yanes y Zubero.

elementales".⁶ Una definición más amplia y autorizada es la de la asociación Basic Income Earth Network (BIEN): "ingreso incondicionado pagado a todos individualmente, sin sujetarlo a ningún test de recursos o al requisito de trabajar". Lo importante en la definición es precisar que se trata de un derecho incondicionado y que, por lo tanto, no exige una condición o situación determinadas del beneficiario/a de la renta –estar en paro, escasa retribución, enfermedad o incapacidad, etc.– para recibir la prestación del Estado. La persona o el ciudadano es titular de la renta de la misma manera que lo es de las libertades: por ser persona o ciudadano del Estado.

En el citado trabajo de Raventós y Soriano se señalan los caracteres de esta renta: a) *individual* (no se concede únicamente a la familia u hogar familiar como es frecuente en los subsidios), b) *incondicional*, cualidad que la separa de los subsidios sociales que exigen demostrar algunas carencias materiales o una actitud activa del subsidiado ante el trabajo, c) *universal*, pues todos los ciudadanos y residentes estables pueden acceder a ella, d) *básica*, porque se trata de un ingreso modesto a partir del cual pueden sumarse otras rentas provenientes de distintas fuentes, e) *periódica* (mensual o anual como periodicidad habitual), f) en *efectivo* (en especie tendría el problema de restringir las posibilidades que ofrece el dinero efectivo), g) *compatible* con otras rentas como los salarios del trabajo, h) *independiente* de estatus y nivel de renta, situación ante el trabajo, etc., de la persona, i) *estatal*, aunque nada impide que una institución jurídico-política por encima del Estado (la Unión Europea, p. e.) o por debajo (una comunidad autónoma, p.e.) otorgue una renta básica a los ciudadanos pertenecientes a un determinado territorio.⁷

Hoy presenta la RBU dos temas nada pacíficos; uno es el de su cualificación jurídica, que entra de lleno en la controvertida cuestión de las vías para su reconocimiento jurídico, recibiendo de la doctrina la catalogación como derecho social o garantía de derecho o libertad pública. El segundo se refiere a la relación de la RBU con las teorías filosófico-jurídicas clásicas: el liberalismo, el socialismo y el republicanismo. Es obvio que el segundo tema interesa especialmente a la filosofía jurídica.

La relación de la RBU con los derechos sociales es muy acentuada y compartida, porque cuando la doctrina se plantea las vías de reconocimiento

⁶ SORIANO, R., *Por una renta básica universal. Un mínimo para todos*, Almuzara, Córdoba, 2012, p. 19.

⁷ D. RAVENTÓS, R. SORIANO, "A modo de presentación. La renta básica: ¿una propuesta justa, razonable y posible?", cit., pp. 193-194.

jurídico de esta renta señala que el camino más adecuado es considerarla como un derecho social, de tal modo que vendría a representar el último derecho social conquistado e incorporado al ordenamiento jurídico de los países avanzados o el derecho social-compendio de los otros derechos sociales. Las otras vías menos solventes de reconocimiento serían la de contemplarla como una garantía de un derecho o una modalidad de libertad. Y así es un derecho social para L. Ferrajoli⁸, una modalidad de libertad, la libertad real, para P van Parijs⁹ y una garantía del derecho al trabajo para José Luis Rey¹⁰.

Respecto a la concepción de la RBU en el marco de las teorías clásicas de la filosofía jurídico-política las posiciones son diversas, y en todas ellas podemos encontrar aspectos que las unen y otros que las separan de esta modalidad de renta. La RBU se relaciona con claroscuros con el liberalismo, porque responde bien al postulado liberal de la autonomía de la persona y mal a otro postulado, el concepto de Estado abstencionista. La RBU permite el programa individual de vida de la persona porque le concede la independencia que supone un mínimo vital para atender a sus necesidades. Por otro lado, esta renta casa mal con la exigencia de la abstención estatal, con la no cooperación del Estado ayudando a las personas en situación de precariedad y redistribuyendo la riqueza. El Estado liberal es un modelo estatal que se mantiene al margen de las relaciones jurídicas privadas, y sin embargo la RBU comporta la idea de un Estado prestacionista.

La RBU se relaciona con el socialismo, porque es el medio para conseguir sus postulados, como es la libertad real, ya que el socialismo ha criticado, tanto el radical y antiestatalista como el moderado y estatalista, el concepto de libertad del liberalismo, porque es una libertad formal, retórica e ineficaz, que no es posible sin su sustitución por una libertad real, aquella que únicamente pueden disfrutar quienes disponen de unas condiciones socioeconómicas adecuadas para el disfrute de sus derechos. La RBU es el medio para hacer posible esa libertad real. Esta renta sería el primer paso para llegar a una sociedad socialista sin clases sociales; un instrumento para alcanzar un fin. Por otro lado, el socialismo, sobre todo el socialismo clásico,

⁸ L. FERRAJOLI, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2001 y *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

⁹ P. VAN PARIJS, *Libertad para todos. ¿Qué puede justificar al capitalismo (si hay algo que puede hacerlo)?*, Paidós, Barcelona, 2006.

¹⁰ J.L. REY PÉREZ, *El derecho al trabajo y el ingreso básico ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, Dykinson, Madrid, 2007. Una síntesis en *Revista Internacional de Pensamiento Político*, núm. 5, 2010, p. 205.

ha considerado al trabajo como el derecho universal a conquistar, y por ello es renuente con este propósito una renta que se pretende incondicionada y no sujeta a ninguna circunstancia y contraprestación (entre ellas precisamente el trabajo).

La renta básica universal se relaciona con el republicanismo, porque hace posible sus postulados más importantes: la participación política ciudadana, la virtud del ciudadano, los deberes cívicos del ciudadano. Una RBU haría a las personas ciudadanos virtuosos y participativos, que cumplirían con sus deberes cívicos, ya que dispondrían del mínimo vital para participar en la política de su país y convertirse en ciudadanos activos. Por otro lado, es evidente que uno de los principios del republicanismo, el cumplimiento de deberes cívicos, exige del ciudadano una actitud activa y responsable, que no se compece bien con una renta que se concede a la persona por su propia condición de persona, sin exigirle a cambio una contraprestación.

Pasamos ahora al análisis del objeto de este trabajo: las diferencias entre el inglés Paine y el francés Robespierre en el concepto de república y del derecho a una renta del Estado, que en el primero recibía el nombre de derecho a la renta del suelo y en el segundo derecho a la existencia (a la subsistencia, diríamos en el lenguaje de nuestra época).

2. THOMAS PAINE

Thomas Paine es el hombre de las dos revoluciones liberales del siglo XVIII. Primero la revolución de América y después la revolución de Europa. Teórico y práctico de ambas revoluciones, se convirtió en una de las personalidades más influyentes en su tiempo. Al igual que Jefferson, coetáneo y republicano como él, llevó una vida intensa repartida entre la reflexión y la escritura y el activismo político.¹¹ También aplicó una misma visión y fundamentos a los cuantiosos temas que trató en sus escritos: independencia de las colonias, formas de gobierno, abolición de la esclavitud, derechos de los

¹¹ Lloyd S. Kramer tras señalar las grandes diferencias entre Jefferson y Paine en sus vidas -la vida cómoda y de reconocimiento social del primero y la vida llena de obstáculos y peligros acompañada del desprecio social debido a sus ideas religiosas del segundo- a continuación subraya la cualidad que une a ambos: la unión de la reflexión teórica y la actividad política: "Paine y Jefferson sobresalen en la historia de la teoría política como figuras que combinaron sus escritos con frecuente participación en la lucha por el poder político" (L.S. KRAMER, *Paine and Jefferson on Liberty*, Continuum, Nueva York, 2000, p. 8).

ciudadanos, derechos de las mujeres, derechos de los animales, etc. Enfocó todo desde los nuevos valores liberales y un nuevo iusnaturalismo basado en la razón humana. Fue agasajado con el título de diputado de honor de la Convención francesa y la nacionalidad honorífica francesa. Dos hechos le llevaron a la fama entre sus coetáneos: su obra *El Sentido Común*, de 1776, en la que defendía la conveniencia de la separación de las colonias británicas de América septentrional de la metrópoli Inglaterra, y posteriormente su polémica con el conservador inglés Edmund Burke, quien frente al racionalismo jurídico de Paine y sus derechos naturales oponía la tradición jurídica y los derechos históricos. Burke había publicado un extenso libro, *Reflexiones sobre la Revolución francesa*, en 1790, y Paine le respondió en el corto plazo con otro extenso libro, *Los Derechos del Hombre*, redactado en los años 1791-92. Ambas obras son cruciales para entender, respectivamente, sus razones para la independencia de las colonias y su construcción de una república como forma de gobierno.

El parecido de Paine con Robespierre es enorme. Ambos pertenecen al ala radical de las revoluciones americana y europea; ambos también se caracterizan por la defensa de la república, la libertad religiosa, la igualdad en el disfrute de los derechos políticos y la supresión de la pobreza. El parecido es tan grande que ambos también sufrieron el olvido y desprecio de generaciones posteriores hasta que finalmente han sido rehabilitados y hoy son considerados como relevantes artífices de las revoluciones de la segunda mitad del siglo XVIII, dotados de un discurso político propio y radical. Paine además es agasajado en Estados Unidos como uno de los Padres Fundadores.

Pero, en contraste con ambos, Jefferson y Robespierre, Paine supo empatizar con el público en general, porque a la pasión en la exposición de sus ideas (en lo que se asemejaba a Robespierre y se apartaba de Jefferson), supo añadir un verbo directo y popular, para que sus palabras alcanzaran al mayor número de personas.¹² Por lo demás la vida de Paine estuvo salpicada de circunstancias contradictorias. La mayor de ella es que tras su enorme fama, y pudiendo atesorar una fortuna, murió pobre, solitario y olvidado en Nueva York.¹³

¹² M. Butler destaca el “uso del vocabulario y ritmos populares” por Paine (M. BUTLER, *Burke, Paine, Godwin and the Revolution Controversy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984, p. 17).

¹³ Cito algunas contradicciones de su biografía. Fue perseguido y condenado en rebelión por alta traición en Inglaterra por el Gobierno inglés por sus escritos contra la monarquía y estuvo a punto en Francia de ser condenado a muerte por oponerse a la pena de muerte del

2.1. El derecho al propio gobierno y la defensa de la república

Voy a tratar la defensa de la república sostenida por Paine con las miras puestas en Robespierre, pues no es objetivo de estas líneas explicar el concepto de república del autor, sino las similitudes y diferencias con Robespierre. Lógico es que la comparación exige previamente examinar el concepto de república de ambos pensadores y actores políticos.

En el conjunto de los autores liberales del siglo XVIII Paine se significa por la innovación en varias libertades: a la autodeterminación política, a la libertad religiosa y al voto. Su posición cerrada en favor de estas libertades le granjeó la enemistad de los conservadores de la época, viéndose envuelto en varias polémicas. Defiende la independencia de las colonias de la América septentrional respecto a Inglaterra, la defensa de lo que Paine llamaba el “derecho al propio gobierno” (que es el título que le da a este nuevo derecho y que nosotros enunciaríamos como derecho a la autodeterminación de los pueblos) con lo que pretende que las colonias británicas se separen de Gran Bretaña y adquieran su independencia instaurando un nuevo modelo de gobierno, la república.

El derecho al propio gobierno se sustenta en dos argumentos, uno estratégico y otro racionalista.¹⁴ El primero consiste en un cálculo de ventajas e inconvenientes, expuesto en su libro antes citado, *El sentido común*, donde llega

rey francés Luis XVI, exigida en la Convención precisamente por Robespierre. En el mismo periodo de tiempo Robespierre pronunció su discurso contra el ateísmo y a favor de la religión de Estado en la Convención francesa, mientras Paine, encarcelado, escribía *La Edad de la Razón*, defendiendo la libertad religiosa. Recibió una fortuna como derechos de autor de sus libros, *bestsellers* en su época, muy reeditados, que regaló a instituciones y asociaciones que luchaban por la independencia de las colonias inglesas y la promoción de los derechos humanos, viviendo y muriendo pobre. Los comentarios de sus coetáneos muestran que fue un hombre de extraordinario espíritu generoso, desprendido, y que supo perdonar a quienes le injuriaban. Como afirma F. Santos en su introducción a *Los derechos del hombre* (Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 21) “algunos estudiosos han llegado a calcular que solo en 1792 y 1793 se vendieron más de un millón de ejemplares”, cuyas ganancias Paine entregó al tesoro de la guerra de la independencia y a instituciones progresistas. B. Altamirano en otra introducción del mismo libro (*Los derechos del hombre*, FCE, México, 2017, p. 9) y en la misma línea de los contrastes recuerda que en América fue prestigioso cofundador de una república y posteriormente sus compatriotas le olvidaron y que en Francia le concedieron la nacionalidad honorífica y después le encarcelaron en la era del terror.

¹⁴ Así como el primer argumento está presente extensamente en la obra citada, *El Sentido común*, con algunas breves referencias en obras posteriores, el segundo hace acto de presencia en esta obra también extensamente, pero se despliega después de una manera amplia en las obras posteriores del autor, especialmente en *Los derechos del hombre*, y forma parte

a retar a que cualquiera demuestre una sola ventaja derivada de la anexión de las colonias a Gran Bretaña. El segundo se apoya en un derecho natural dentro de la lista de los nuevos derechos naturales de libertad productos de la razón y en un derecho generacional, el derecho de una generación a establecer libremente una línea de gobierno con independencia de sus antepasados, pues como Paine reitera en sus escritos y en su polémica contra Burke los muertos no tienen derechos contra los vivos.¹⁵

El argumento estratégico ocupa el mayor número de páginas de *El sentido común*, en la defensa de la independencia y la creación de un gobierno propio por las colonias británicas. Las razones son varias. No interesa a las colonias verse involucradas en las guerras continuas de Inglaterra con los Estados europeos; guerras continuas que en nada beneficia a las colonias y que tendrán que ser sufragadas por ella. Igualmente la dependencia de las colonias de las relaciones comerciales de Inglaterra, cuando les interesa el libre comercio sin ataduras, sobre todo porque disponen de excelentes recursos naturales; pone el ejemplo del comercio del trigo, que sufre las cortapisas de los aranceles e imposiciones del gobierno británico. Otro inconveniente es la larga distancia de las colonias respecto a Inglaterra. Y una razón de peso, porque conecta con el motivo originario de la fundación de las colonias, es la libertad religiosa, de creencias y culto, que obligó a gran parte de los británicos a exilarse y buscar en América una libertad para la práctica de su religión que la monarquía inglesa les negaba.¹⁶ Y no podía faltar el alegato contra un monarca absoluto, el rey inglés, quien además de gobernar sin control, ejercería el derecho de veto contra las decisiones tomadas en el Continente (expresión frecuente en Paine

de una obra breve y tardía que contiene un resumen de sus principios, *La disertación sobre los primeros principios del gobierno*, de 1795.

¹⁵ En un párrafo cita al propio Burke como guardián de los muertos que impiden a los vivos actuar con libertad: “el Sr. Burke propugna la autoridad de los muertos sobre los derechos y la libertad de los vivos” (T. PAINE, *Los derechos del hombre*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 37). Véase el contraste entre Burke y Paine en relación con la justificación de la forma de gobierno en el libro reciente de Y. LEVIN, *El gran debate. Edmund Burke, Thomas Paine y el nacimiento de la derecha y de la izquierda*, Gota, Madrid, 2015, pp. 271-300, en el que considera a ambos los fundadores de los partidos conservadores y liberales. El debate continuó y sigue en la actualidad según R.B. DISHMAN (*Burke and Paine*, Charles Scribner’s Son, Nueva York, 1971, p. 67), quien termina su monografía afirmando “El debate quedó inconcluso en su tiempo y continúa inconcluso en el nuestro”.

¹⁶ Con ironía afirma Paine advirtiendo que el descubrimiento de las nuevas tierras precedió a la Reforma “como si el Todopoderoso hubiera querido abrir un santuario a los perseguidos en el futuro, cuando la patria no depara ya amistad ni seguridad”. (R. SORIANO, E., BOCARDO, *El sentido común y otros escritos*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 31).

para referirse al territorio de las trece colonias inglesas), y que serían sometidas a los intereses prioritarios de las guerras y relaciones de Inglaterra con los Estados europeos. “No se harán otras leyes –concluye Paine– que las que el rey deje hacer”. Y la situación de inestabilidad en el ínterin de que las colonias alcancen la inevitable independencia, provocando que nuevos emigrantes dejen de venir por temor y muchos residentes por la misma razón abandonen el territorio de las colonias. Finalmente una razón de primera fila: la conveniencia de que las colonias constituyan Estados libres para que las demás potencias las traten como a un igual; mientras no sea así, no contarán en el concierto de las naciones, que siempre las verán como un apéndice político y territorial de Inglaterra. Paine sigue desbrozando otras razones de menor peso para la independencia, que cito brevemente, por no permitirlo la extensión de este trabajo: las monarquías siempre están en guerra entre ellas, la falta de confianza en la protección de Inglaterra en caso de necesidad, como ya se ha demostrado, la libre extracción y comercialización de recursos, sin trabas, de los que carece Inglaterra, la existencia de tierras vírgenes que serían concedidas a dignatarios de la Corona, la juventud de las colonias, que les proporciona entusiasmo y fuerzas, la ausencia de mediación de otras potencias en tanto las colonias sean súbditas de Inglaterra.

El argumento racionalista entra de lleno en los derechos naturales de libertad defendidos por Paine, entre los que señala el derecho al gobierno propio: “Tener un gobierno propio –afirma taxativamente– es nuestro derecho natural”.¹⁷ Y este auto-gobierno implica el derecho a la creación de una Constitución propia. Pero este derecho natural se queda en el gobierno de una nación, y no tiene consecuencias hacia generaciones futuras. Cada generación tiene derecho a establecer su propio gobierno, de la misma manera que también lo tienen las generaciones que le sucedan. Una generación no puede implicar a las futuras. En este argumento Paine rompe la línea de continuidad que predicaba Burke, exigiendo que los derechos y obligaciones, que denominaba de carácter histórico, estipulados por la tradición vincularan a la sucesión de generaciones futuras. Son numerosos los párrafos de las obras de Paine defendiendo que una generación es libre de establecer su gobierno. Elijo uno ilustrativo y contundente: “Cada edad y cada generación deben tener tanta libertad para actuar por sí mismas *en todos los casos* (cursiva del autor) como las edades y las generaciones que las precedieron”.¹⁸

¹⁷ SORIANO, R., BOCARDO, E., *El sentido común y otros escritos*, cit., p. 42.

¹⁸ T. PAINE, *Los derechos del hombre*, cit., p. 36.

Paine ha defendido hasta ahora el derecho al gobierno propio, pero ¿qué tipo de gobierno cree más conveniente para los nuevos Estados independientes?¹⁹ En este segundo escenario el pensador y activista inglés despliega su concepción de un nuevo Estado ideal, al que denomina república, tras el examen de las formas de gobiernos históricas. Opone república a monarquía, para la que tiene los peores dictérios, suprimiendo la fórmula tradicional de los gobiernos buenos y malos de Aristóteles, y considera que la mejor república es la representativa. Distingue simplemente dos tipos de gobierno: “El gobierno por elección y representación y el gobierno por sucesión hereditaria. Al primero se le conoce generalmente por el nombre de república; al segundo, por el nombre de monarquía o aristocracia”.²⁰

La república es obra del contrato social (“concerto mutuo” es su expresión) de los hombres, quienes eligen a sus representantes y gobernantes. Los hombres constituyen la nación de la que emana la soberanía y la nación tiene el “derecho inherente e inderogable” de crear una forma de gobierno y abolirla después, si es su voluntad, para crear otra en su lugar.²¹ En la república los derechos naturales de la persona, que todos poseen porque por naturaleza son iguales, se convierten en derechos civiles. Paine es copartícipe en el dibujo de la república con la mayoría de los liberales de las colonias inglesas y de Francia. Se diferencia de ellos en la plena igualdad del derecho al voto (en lo que concide, como veremos, con Robespierre) y en la también plena libertad religiosa como libertad de conciencia (en lo que se separa de él). Respecto al voto advierte: “Desde cualquier lado del caso, es peligroso e imprudente, a veces ridículo y siempre injusto, hacer de la propiedad el criterio del derecho al voto”.²² Y respecto a la religión: “Debe ser un indispensable deber de todo gobierno proteger la libertad de conciencia...Es voluntad del Todopoderoso que tenga que haber una diversidad de opiniones religiosas

¹⁹ Aunque Paine reitera sus temas y argumentos en la mayoría de sus obras, es en *Los derechos del hombre* donde dedica una mayor atención a las formas de gobierno, contrastando la república con la monarquía, y defendiendo con sólidos argumentos a aquella contra ésta, e incluso entrando en detalles sobre la organización de la república con acentos modernos (hay Estados democráticos que no observan algunos requisitos que él exigía más de dos siglos antes).

²⁰ T. PAINE, *Los derechos del hombre*, cit., p. 142.

²¹ Es claro que en estos momentos dulces revolucionarios, en los que en América y Europa caían los monarcas absolutos y eran sustituidos por repúblicas parlamentarias, a Paine no se le ocurría que los hombres soberanos pudieran querer construir otra forma de gobierno que no fuera la república.

²² R. SORIANO, E. BOCARDO, *El sentido común y otros escritos*, cit., p. 84.

entre nosotros”.²³ Paine defiende la libertad religiosa frente al cristianismo fanático e intransigente, llegando en la segunda y tercera parte de su libro *La Edad de la Razón* a describir las contradicciones de la Biblia, los textos desvirtuados, la imposibilidad de los milagros, lo que le granjeó la enemiga de muchos coetáneos y el olvido y desprecio de las generaciones futuras corriendo la misma suerte que Robespierre. Salvaba de sus dicerios a los cuáqueros, “la única confesión que no llevó a cabo persecuciones por razón de religión”. Como afirma H. H. Clark: “Paine citaba a los cuáqueros como la única excepción a la crueldad de las confesiones cristianas”.²⁴

2.2. La redistribución de la riqueza y el derecho universal a una renta del suelo

Los estudiosos de la RBU suelen indicar que son pioneros de la misma Robespierre y Paine. Podemos aceptar este papel de pioneros, pero ambos no tienen el mismo significado; no es cuestión de opinión sino de afirmación avalada por los hechos. Robespierre plantea una renta para los casos en que una persona no trabaje o esté en la pobreza. Paine para todas las personas con independencia de si trabaja o no y de cualquier otra circunstancia. Robespierre habla del derecho a la existencia. Paine del derecho a la renta del suelo.

Antes de entrar en la consideración de la renta del suelo hay que precisar cierta contradicción en la figura de Paine, que no deja de ser un hombre de su tiempo. Vamos a demostrar que es el autor de un verdadero proyecto de renta básica universal: que todas las personas reciban una prestación económica del Estado por el mero hecho de serlo, de una manera incondicional. Es una idea muy avanzada, que entraña nada menos que la supresión de la pobreza a medio plazo y la extensión a todos de la propiedad. Sin embargo, no es el autor más radical en el diseño de un nuevo proyecto económico, pues se mantiene en un punto medio entre los partidarios de la supresión de la propiedad privada y los que meramente pretendían una reforma económica basada en la imposición de impuestos a los ricos terratenientes. Un punto medio entre igualitaristas y meros reformistas.²⁵ Uno de sus biógrafos, H.J.

²³ R. SORIANO, E. BOCARDO, *El sentido común y otros escritos*, cit., pp. 53-54.

²⁴ H.H. CLARK, *Thomas Paine*, Hill and Wang, Nueva York, 1961, p. 13.

²⁵ Una posición equidistante entre los radicales franceses que pretendían sustituir la propiedad privada por el colectivismo de la comunidad de bienes –Babeuf, Morelly, Mably– y los fisiócratas, defensores de la libertad económica libre de trabas y de una imposición sobre

Kaye, le llama “el más grande radical de una época radical”.²⁶ Pero creo que es necesario matizar, porque Paine fue un radical en la defensa de los derechos civiles, pero no fue abolicionista de la propiedad privada y partidario de la propiedad comunal y el colectivismo económico.

Tanta importancia tiene en Paine una renta básica para todas las personas que le dedicó un libro, *Agrarian Justice, Justicia Agraria*, formando parte de la exigua lista de autores del siglo XVIII, que fueron más allá de las libertades y promovieron los derechos sociales. Para el autor inglés la igualdad en el disfrute de las libertades iba unida al goce de unas condiciones de vida mínimas y la cobertura de las necesidades básicas. *Justicia Agraria*, redactada según su autor en el invierno de 1795 a 1796, y publicada en 1797, responde a un hecho concreto que da lugar a una de las varias polémicas mantenidas por Paine con sus coetáneos conservadores. El hecho fue el escrito del obispo Watson, *Una apología de la Biblia*, criticando el libro de Paine titulado *La Edad de la Razón*. El obispo había titulado su escrito de la siguiente manera: “La sabiduría y bondad de Dios al haber creado ricos y pobres, con un apéndice que contiene reflexiones sobre el presente estado de Inglaterra y Francia”. Paine, tras aducir que los clérigos debían dedicarse a solventar las miserias humanas y a hacer el bien, asegura que este escrito, contenido de un sermón del obispo, le decidió a publicar su libro, en el cual el principal argumento es la conversión paulatina de los pobres en ricos mediante un sistema redistributivo de los patrimonios cuando eran objeto de transmisión hereditaria, que veremos a continuación.²⁷ Paine afirmaba que la pobreza no era un hecho natural, sino creado por la civilización, de la que pensaba que no había

los propietarios agrícolas –Quesnay, Dupont de Nemours, Lemercier de la Rivière. (Cfr. G. BABEUF, y otros, *Realismo y utopía en la revolución francesa*, Sarpe, Madrid, 1985, y QUESNAY, DUPONT DE NEMOURS, LEMERCIER DE LA RIVIÈRE, L’ABBÉ BAUDEAU, LE TROSNE, *Physiocrates*, (ed. de E. DAIRE), Slatkine Reprints, Ginebra, 1971).

²⁶ H.J. KAYE, *Thomas Paine and the promise of America*, Hill and Wang. Nueva York, 2006, p. 4.

²⁷ Posteriormente, ya en el siglo siguiente, algunas propuestas siguieron el método de Paine para la redistribución de la riqueza mediante una renta agraria. Cornelius Blatchly defendía redistribuir la herencia entre las personas al alcanzar la mayoría de edad con razones próximas a Paine: la tierra era de todos y todos tenían derecho a una parte de la misma; el derecho de todos había sido injustamente expropiado; además toda la riqueza existente había sido obra del esfuerzo de generaciones históricas; Orestes Brownson afirmaba algo más, a lo que no se habían atrevido Paine y Blatchly: el derecho de propiedad se extinguía con la muerte del propietario, lo que justificaba que las propiedades se distribuyeran a las personas con vida.

contribuido al bienestar de las generaciones, sino –todo lo contrario– había fomentado la extensión de la pobreza.²⁸

En Paine encontramos ya, no únicamente la defensa y promoción, sino toda una organización de la RBU con su definición, titularidad, fundamentos y procedimientos.

2.2.1. *Definición*

La “renta del suelo”, como dice el autor coincidiendo la expresión con lo que hoy denominamos RBU, es un derecho y no una muestra de caridad. La caridad nada alcanza, como tampoco la generosidad de los individuos y las minorías tratando de disminuir las miserias de los pobres. En su época los derechos sociales y las atenciones del Estado a los desfavorecidos brillaban por su ausencia. Por ello sorprende que en etapa tan temprana alguien considerara la renta del suelo como una renta para todos, que debería ser atendida y sufragada con un sistema estatal de redistribución de la propiedad mediante un impuesto a las transmisiones patrimoniales hereditarias. En esto consiste la renta del suelo: el derecho de todas las personas a una renta en dinero proporcionada por el Estado en una cantidad única de quince libras esterlinas al cumplir los 21 años y en cantidades anuales de diez libras desde que alcance los 50 años hasta su muerte, sin ningún tipo de condición. Se entiende que la renta se disfruta al comienzo de la vida laboral (21 años) y al final de la misma (50 años). Veamos los puntos del programa de redistribución de la riqueza del autor británico:

2.2.2. *Titularidad*

Concibe la RBU como un derecho de todas las personas, incluidas las mujeres y menores. No hay dudas al respecto, pues frecuentemente reitera que la RBU es un derecho que afecta a todos: “Se propone que los pagos, como se ha estipulado –dice Paine– se abonen a toda persona, ya sea rica o pobre”,²⁹ con lo que da a entender que la situación económica no es una va-

²⁸ P. LINEBAUGH (*Tomas Paine. Rights of Man and Common Sense*, Verso, Londres-Nueva York, 2009, p. 31) aduce que el autor inglés llegó a la conclusión de que a más civilización correspondía mayor pobreza, y que contribuyó a esta idea la visión de la organización de los indios nativos de América, como los indios de Pensilvania, donde se estableció al llegar a América desde Inglaterra, a los que conoció de cerca.

²⁹ R. SORIANO, E. BOCARDO, *El sentido común y otros escritos*, cit., p. 108.

riable para recibir o no los pagos de la renta del suelo. Incluso pone ejemplos concretos, como cuando sostiene que la renta de cada miembro de una pareja les ayudará a emprender un negocio para ganarse la vida. Esto es especialmente relevante, porque los pioneros de una RBU o de iniciativas afines suelen plantearla para destinatarios determinados y no para todo el colectivo de la sociedad.

2.2.3. *Fundamentos*

Paine hace una separación entre la común propiedad de la tierra y la propiedad privada. La primera es la que pertenece a todas las personas por el mero hecho de serlo. La segunda a quienes hayan producido mejoras en una tierra que en principio era de todos. “La tierra, en estado natural sin cultivar, –afirma– fue y debió haber continuado siendo LA PROPIEDAD COMÚN DE LA RAZA HUMANA (mayúsculas del autor)”.³⁰ Distingue entre estado natural y estado civilizado, entre tierra virgen y tierra cultivada. Todos los hombres en el estado natural eran propietarios de una parte alícuota de la tierra, pero posteriormente el sistema de propiedad personal de la tierra y el cultivo de la misma en el estado civilizado arrebataron la propiedad que era de todos y la convirtieron en la propiedad de unos pocos. El cultivo no es malo en sí mismo, sino en cuanto incorporado a la propiedad privada de la tierra, pues el cultivo según Paine ha sido uno de los más grandes adelantos de la invención humana, aunque haya desprovisto a muchos de su herencia natural y sin indemnización.

Pero, si la tierra era propiedad de todos primigeniamente y ahora nos la encontramos repartida y en propiedad de unos pocos, ¿qué hacer? Éste es el problema al que se enfrenta Paine y al que pretende dar solución; una solución que contente a todos los afectados por el conflicto y que él considera justa. “Mientras defiendo el derecho y me hago cargo de quienes fueron despojados de su herencia natural –dice– con la introducción de la propiedad de la tierra, defiendo igualmente el derecho del que posee la parte que es suya”.³¹

Parte del respeto a la propiedad privada tal como está instalada en su época; en esto se diferencia claramente de los igualitaristas sociales, los partidarios de la igualdad económica y de la supresión de la propiedad privada, como Babeuf y sus correligionarios, más presentes en Francia que en las

³⁰ Idem, p. 102.

³¹ Idem, p. 104.

colonias inglesas. Entiende que los actuales propietarios no pueden ser despojados de las mejoras que sus antecesores han realizado sobre la tierra en principio virgen. La tierra virgen, cuando se convierte en tierra cultivada, es susceptible de propiedad. Y no pueden ser despojados porque la culpa no reside en ellos, sino en el sistema de apropiación de la tierra, que tiene sus orígenes en los tiempos remotos. Y así como sucesivas generaciones desde los orígenes fueron apropiándose de una tierra que no era suya, a partir de la introducción de su proyecto las sucesivas futuras generaciones irán restituyendo la propiedad de la tierra a todos los desposeídos. Como afirma Paine, “la culpa no es de los actuales propietarios. Ninguna queja se propone, y ninguna debe ser alegada en su contra, a menos que cometan el delito de oponerse a la justicia. La falta está en el sistema, y él ha robado imperceptiblemente al mundo, ayudado después por el derecho agrario de la espada”.³²

Recuerda Paine a su maestro Locke, cuando éste afirmaba que el trabajo era la justificación de la propiedad de la tierra, y que el límite de la propiedad residía en el techo del trabajo de una persona. Paine habla de cultivo y tierra cultivada que sólo puede acaecer mediante el trabajo.

Pero, al mismo tiempo, hay que restituir de alguna manera a las personas su herencia natural de la tierra que ha sido apropiada por otros, sin reformar el estado de cosas y violentar la actual distribución de la propiedad, sin cambiar los títulos vigentes de propiedad, y para ello el método más razonable y efectivo es la imposición de un diez por ciento a los patrimonios en el momento en el que son transmitidos por herencia a sus herederos. “Todo propietario de tierra cultivada –asegura– debe a la comunidad una *renta del suelo* (cursivas del autor), no sé de otro término mejor para expresar la idea del terreno que él posee; y es de esta renta del suelo de la que ha de surgir el fondo propuesto”.³³ De esta manera los actuales propietarios no son molestados en el disfrute de su propiedad y a los no propietarios se les restituye el derecho a la herencia de la tierra mediante la percepción de una cantidad de dinero extraída de la minoración de los patrimonios en las sucesivas transmisiones hereditarias.

2.2.4. Procedimiento

Paine se apoya para establecer los ítems de su muy detallado proyecto en los datos oficiales suministrados por el premier británico Mr. Pitt, que es-

³² Idem, p. 107.

³³ Idem., p. 103.

timaba la renta nacional de Inglaterra en trescientos millones de libras esterlinas (la cuarta parte de la renta de Francia y Bélgica). Según Paine en treinta años se produce una rotación total de los patrimonios, es decir, que son objeto de transmisiones hereditarias debido a las defunciones. Luego a un año corresponde la trigésima parte: 43.333.333 libras esterlinas. De esta cantidad anual se detraería un diez por ciento aumentado en un diez por ciento más en el caso de las herencias que carecieran de herederos directos. Como la proporción entre los herederos directos y los indirectos es de 3 a 1, el resultado es de 30.000.000 libras esterlinas en el primer caso y 13.333.333. en el segundo. Y si a los herederos indirectos se les impone un diez por ciento complementario (añadido al diez por ciento inicial) se obtienen las cifras respectivas de 3.000.000 (herederos directos) y 2.666.666, que suman 5.666.666 libras esterlinas. Estas son las cifras de la restitución anual del total del patrimonio que rota anualmente mediante las transmisiones patrimoniales hereditarias.

Ahora queda por fijar las cifras de las personas que recibirían anualmente la renta del suelo. En esta distribución Paine sigue con suposiciones o conjeturas. De la población de Inglaterra de siete millones y medio de personas calcula que alcanzarían anualmente los veinte y un años 90.000 jóvenes y cincuenta años 400.000 adultos. Por lo tanto, los primeros arrojarían la cifra de 1.350.000 libras esterlinas a razón de 15 libras por persona y los segundos la cifra de 4.000.000 libras esterlinas a razón de 10 libras por persona. La cantidad final que emplearía el Estado para pagar anualmente la renta del suelo sería 5.350.000 libras esterlinas.

El plan de la distribución de la renta del suelo presentaría la siguiente organización:

1. En cada cantón el proceso sería encomendado a tres comisarios elegidos por las asambleas.
2. Los comisarios fijarán el valor de la propiedad transmitida y el diez por ciento correspondiente de su valor (herencias con herederos directos) o el veinte por ciento de su valor (herencias con herederos indirectos), exigiendo a los herederos la obligación de aportar al fondo la cantidad resultante. El título de la deuda será depositado en el Banco Nacional.
3. El heredero principal tendría la obligación de hacer los pagos en el plazo de un año desde la defunción con entregas trimestrales. El Banco Nacional emitiría pagarés contra las obligaciones de los herederos.

Su proyecto basado en la renta del suelo está muy lejos de un proyecto caritativo o resultado de la generosidad de las instituciones o del Estado. Es diferente a otras iniciativas para la extinción de la pobreza por tres razones. Primero: es un plan que surge de la justicia y no de la caridad; no se da una limosna a nadie, sino que a todos se les concede el derecho que ya les pertenecía en los orígenes de los tiempos, cuando existía una real propiedad comunal de la tierra. “Es la justicia –y no la caridad– lo que constituye el principio del plan”.³⁴ Segundo, porque es un proyecto que se apoya en un derecho: el derecho a la renta del suelo de todas las personas de Inglaterra con la finalidad de paliar los efectos de la apropiación de una tierra común a todos y que las generaciones primeras se apropiaron injustamente. Tercero, es un proyecto estable y eficaz, pues trata de remediar la pobreza globalmente y para todos los tiempos, muy lejos de dispensar determinadas mejoras para aliviar la situación de las masas de indigentes. El plan propuesto –dice Paine– alcanzará a todos y evitará la presencia de pobres menesterosos.

El planteamiento teórico y metodológico de la renta del suelo de Paine presenta algunos problemas en mi opinión.

- A) Quizás el más importante es la opción por el 10% como porcentaje de la contribución de las herencias al fondo común, que sirve para la restitución a la comunidad del robo de la herencia común de la tierra. Señala Paine este porcentaje, como podría ser otro, teniendo en cuenta que a un mayor porcentaje de la contribución corresponde una mayor proximidad temporal para alcanzar la reparación completa. Pero claro es que el porcentaje elegido es una opción entre varias y que no se sabe cuándo se conseguirá la restitución total de la herencia usurpada. Son una ficción el porcentaje del 10% y el momento histórico, en el que al fin se alcanzaría la deseada restitución y reparación del daño producido a la propiedad de toda la comunidad. El autor expresa que “sólo habría que sustraer de la propiedad una parte igual al valor de la herencia natural que ha sido absorbida”.³⁵ Es fácil decirlo, pero no tanto hacerlo y dar en el clavo. ¿Cuál es el porcentaje adecuado para que los propietarios no se llamen a la rebelión contra el sistema, ya que la principal preocupación de Paine es que su método no moleste a los propietarios y al mismo tiempo ayude a los menesterosos a salir de la pobreza?

³⁴ Idem, p. 114.

³⁵ Idem, p. 108.

¿Hasta cuándo se mantendrá el fondo común y la imposición a las herencias para la devolución a la comunidad de la apropiación indebida de la tierra?

Paine piensa que este porcentaje del diez por ciento es una cifra razonable y estratégica; razonable para rescatar, año tras año, la propiedad de la tierra robada a la comunidad; estratégica para evitar el conflicto social, la lucha entre ricos y pobres, si el porcentaje se aplicara a los patrimonios en vida de sus propietarios.

- B) Por las razones antes indicadas cabe decir lo mismo de las cifras de jóvenes y adultos que alcanzan, cada año, la edad de veinte y un y cincuenta años, respectivamente. Son cifras discutibles porque se apoyan en conjeturas.
- C) Su plan tiene por objeto –reitera Paine en sus escritos– evitar los conflictos entre pobres y ricos, pero qué duda cabe de que los herederos se sentirían injustamente tratados con la merma de un diez o veinte por ciento de sus herencias. Podría importar menos quizás a los actuales propietarios, a los que en vida se les mantiene íntegra su propiedad, pero no a sus herederos. El plan no cumple, por lo tanto, con la finalidad que tanto pregona su autor, porque no evitaría el conflicto social.
- D) Paine traza un plan de redistribución de la riqueza de largo futuro, que pretende que se vaya cumpliendo año tras año sin solución de continuidad, basado en unas cifras iniciales: los datos de la renta nacional y del padrón de población de Inglaterra de 1795 o 1796.³⁶ Como la renta y la población de Inglaterra cambian a mayor con el paso de los años, sus datos y cifras, que se extienden nada menos que a treinta años venideros, no son fiables.

3. MAXIMILIEN ROBESPIERRE

Maximilien Robespierre ha sido interpretado de varias maneras; hoy se rescita su valor como líder revolucionario influyente y avanzado sin las acusaciones de otros tiempos, en los que se le consideraba como el más sanguinario de los revolucionarios, partidario del terror y la violencia para sos-

³⁶ Son los años en los que dice Paine que redactó su *Justicia Agraria* al comenzar el pre-facio de su obra, luego las cifras de renta y población que él maneja deben corresponder a uno de estos años. Publicó el libro un año después: 1797.

tener a la república francesa.³⁷ Ambos autores objeto de mi estudio corrieron la misma suerte: el olvido y desprecio de las generaciones que le sucedieron; por distintas razones: Paine por su crítica al cristianismo; Robespierre por su política del terror. Pocos publicistas se atrevieron a valorar su figura y aportaciones a la revolución.³⁸ La visión negativa sobre el diputado de Arras procede no únicamente de la literatura sino de la opinión pública en general, que llega hasta nosotros.³⁹

Sin embargo, Robespierre representa en tan diversos proyectos de la revolución la república profunda e igualitaria y la conquista de los derechos sociales. Son los temas que tratamos a continuación. Decía A. Mathiez, uno de sus mejores biógrafos, reivindicador ya en la primera mitad del siglo pasado de la obra de Robespierre, que si Rousseau fue el autor más avanzado en la teoría democrática, aquél lo fue en su llevanza a la práctica.⁴⁰ Es uno de los más avanzados revolucionarios en contraste con sus correligionarios, defendiendo ya en el siglo XVIII los derechos sociales, como la universalización de la educación y lo que llamaba el derecho a la existencia (a la supervivencia o subsistencia, diríamos hoy). Es este derecho a la existencia el que nos permite hablar de Robespierre como uno de los pioneros de la renta básica universal. Fue también radical en su vida. Nos ha quedado la imagen de una persona de verbo rápido e hiriente; en sus discursos arremetía contra las nuevas instituciones, como la Asamblea Constituyente, igual que contra los poderosos y cínicos, que decían estar al lado de la revolución y la abandonaban cuando atentaba a sus intereses particulares.⁴¹

³⁷ Una relación de las obras denigratorias y restauradoras del pensamiento y obra de Robespierre puede verse en Joan Tafalla, <https://ddd.uab.cat/pub/reprep/18861970v2/18861970v2a15.pdf>

³⁸ M. MANFRED (*Robespierre*, Omegalfa, Biblioteca virtual, 2014, p. 30) alude a una excepción: “En vísperas de la tercera revolución —la revolución de 1848— y de la Segunda República, Robespierre fue glorificado en los trabajos de Buchez y de Louis Blanc, muy diferentes por su carácter y su significación”.

³⁹ McPhee en su excelente monografía incorpora una encuesta de 1989, que en fecha tan cercana dedica a Robespierre los peores comentarios. También nos dice que “proyectaron sobre su figura acciones y motivaciones basadas en rumores” y destaca “los paralelismos ridículos entre su perfil y el de Mao Tse-Tung, Pol Pot e incluso Stalin o Hitler” (Cfr. P. MCPHEE, *Robespierre. Una vida revolucionaria*, Barcelona, Península, 2013, pp. 23).

⁴⁰ “Los discursos de Robespierre —afirmaba— eran los principios del Contrato social en vía de realización, en lucha con las dificultades y los obstáculos, eran la teoría descendiendo del cielo a la tierra” (A. MATHIEZ, *Etudes sur Robespierre*, Editions Sociales, Paris, 1958, p. 23).

⁴¹ Las críticas a la Asamblea Constituyente son frecuentes en sus escritos. De ella decía: “Habría podido elevar al pueblo francés hasta el más alto grado de felicidad, de gloria y de li-

Robespierre es una figura equivalente a Jefferson en América septentrional. Ambos son los infatigables redactores de un sinnúmero de documentos de todo tipo en el proceso de las revoluciones liberales de las colonias británicas de América y de Francia. Jefferson en América, Robespierre en Francia. La diferencia personal entre ellos está en que Jefferson, de longeva vida, entraba y salía de la política, cobijándose de vez en cuando en su hacienda “Monticello” (por cierto con esclavos negros a su merced), mientras que Robespierre, de corta vida (muere a los 36 años), se dedicó completamente a la política. La diferencia ideológica es acusada. Jefferson se fija en las libertades individuales principalmente; el segundo en los derechos sociales preferentemente. Hay otra diferencia: Robespierre defiende la república francesa a ultranza, con toda clase de medios, también con la violencia. Jefferson no se sale de los procedimientos legales que va estableciendo la revolución.

3.1. La libertad de la república. Virtud y Gobierno revolucionario en defensa de la república

Se ha dicho que el diputado de Arras es un innovador de conceptos jurídicos y políticos. Sí, hasta cierto punto, pues en sus escritos es posible encontrar conceptos basados en aportaciones anteriores. Innovadora es la distinción entre Gobierno constitucional y Gobierno revolucionario. El primero conservador de la Constitución, que ya es una gran tarea ante enemigos interiores y exteriores. El segundo dinámico, cuyo fin es intentar innovar y alcanzar nuevas metas en la defensa de la república y la protección de los derechos de las personas necesitadas y la lucha contra la tiranía. Pero lo importante no es la definición de ambos tipos de Gobierno, sino las consecuencias de la calificación, pues así como el primero está sujeto a las propias normas constitucionales que defiende, el segundo debe estar libre de ellas, siendo justificado por la persecución del bienestar general en situaciones de amenaza y urgencia. Traza por lo tanto una peligrosa línea que distancia al Estado

bertad; y, por el contrario, ha permanecido muy por debajo de su sublime misión” (Exposición de mis principios, Artículo del primer número del diario *Le Défenseur de la Constitution*, mayo de 1792; véase en J. FUSTER, *La revolución jacobina*, Ediciones 62, Barcelona, 1992, p. 67) Y poco después, en un discurso ante la Asamblea Nacional, se expresaba con mayor dureza: “Si existe un espectáculo desagradable, éste es el que la Asamblea representativa sacrifique la seguridad de la Constitución a los intereses de algunos individuos ambiciosos y devorados por las pasiones” (Discurso pronunciado en la Asamblea Nacional el 21 de septiembre de 1791; J. FUSTER, *La revolución jacobina*, cit., p. 41).

de Derecho, que en esas fechas se va construyendo por la revolución, y el Estado de Excepción, libre de reglas previas, que Robespierre justifica por la necesidad del éxito del Gobierno revolucionario. Estamos en un tramo del discurso en el que aparece un político justificando la violencia como arma política, lo que explica la mala percepción que sobre su figura ha tenido la posteridad.

El concepto de Robespierre de república es semejante al de Paine, desde el punto de vista de su razón de ser y de su estructura. En Paine la república es la única forma de gobierno buena (distanciándose de las aristotélicas) frente a la monarquía. Igualmente para Robespierre la única forma de gobierno es la república. En ambos se trata de una república representativa. Hasta aquí llegan las semejanzas, porque las diferencias son claras en los medios o instrumentos para alcanzarla. En el segundo encontramos toda una teoría del terror de Estado que no está presente en el primero

No es en cambio innovador Robespierre en la definición de la virtud como amor de los ciudadanos a la patria y a sus leyes y a la misma república, donde sigue una tradición que emana de los tiempos renacentistas. Es fácil hacer un parangón de Robespierre con Maquiavelo. Llama terror a la violencia en la esfera pública, un concepto hermanado con los de república, virtud y justicia. La defensa de la república a ultranza, asediada por enemigos internos y externos, a punto de perecer, justifica la práctica del terror. Este es una consecuencia de la virtud, cuando ésta necesita de aquél para imponerse. Lo explica Robespierre con una de las frecuentes antítesis, que despliega en sus discursos: “La virtud, sin la cual el terror es cosa funesta. El terror, sin el cual la virtud es impotente”.⁴² El terror es el medio, en definitiva, para hacer posible la virtud. También está relacionado con la justicia, porque ésta, como la virtud, lo necesita en el desarrollo de un Gobierno revolucionario. “El terror no es otra cosa –dice Robespierre– que la justicia expedita, severa, inflexible”.⁴³ Asume el concepto de virtud renacentista: el amor a la patria. No es, pues, original en su idea de virtud ciudadana como guía de la república. “La virtud –afirma– es, en sustancia, el amor a la patria y a sus leyes”.⁴⁴ La república es por su parte el bien supremo, la expresión de la más

⁴² Discurso pronunciado en la Convención Nacional, el 5 de febrero de 1794 (J. FUSTER, *La revolución jacobina*, cit., p. 147).

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Discurso pronunciado en el Club de los Jacobinos, 21 de junio de 1791 (J. FUSTER, *La revolución jacobina*, cit., p. 142).

profunda democracia, por la que hay que luchar con los mayores sacrificios. Impresionante su posición en la Asamblea y la Convención, firme e inamovible, mientras que la gran mayoría de los diputados cambiaban de ideas y de bandos. Lo que le valió el apodo de “El Incorruptible”.⁴⁵ Unas palabras de su biógrafo, H. Belloc, definen bien su carácter: “Cuando se consagraba a algo lo hacía con increíble tenacidad y llevaba en el espíritu una fortaleza inexpugnable donde guardaba inalterables sus convicciones”.⁴⁶

Las semejanzas con N. Maquiavelo son muy evidentes, hasta el punto que, salvando las circunstancias históricas, las frases de uno pueden ser trasladadas a los escritos del otro y viceversa. En Maquiavelo el mantenimiento de la república permite al gobernante el uso de medios ilícitos.⁴⁷ La virtud es la cualidad de los ciudadanos protegiendo a la república de enemigos internos y externos; de los internos mediante el respeto a las leyes; de los externos por medio de una eficaz milicia.⁴⁸ Y la república es el mejor de los sistemas políticos que ha deparado la historia de los pueblos.⁴⁹ Lo mismo cabe decir de D. Giannotti, autor florentino de la época de Maquiavelo, menos conocido que éste, que sigue las claves de la teoría jurídico-política renacentista.⁵⁰

⁴⁵ El apodo “El Incorruptible” no es posterior a la vida de Robespierre, sino una expresión con la que vulgarmente se le conocía en los ámbitos de la revolución, destacando su carácter y conducta como diputado de principios firmes e irrenunciables.

⁴⁶ H. BELLOC, *Robespierre*, Editorial Juventud, Barcelona, 1985, pp. 29-30.

⁴⁷ Escojo una de las muchas frases extraíbles del *Príncipe* o los *Discursos*: “En las deliberaciones en que está en juego la salvación de la patria, no se debe guardar ninguna consideración a lo justo e injusto, lo piadoso y lo cruel, lo laudable y lo vergonzoso, sino que, dejando de lado cualquier otro respeto, se ha de seguir aquel camino que salve la vida de la patria y mantenga su libertad” (N. MAQUIAVELO, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 433).

⁴⁸ “Concluyo que no hay cosa más necesaria para la vida de una comunidad que... procurar que sean los ordenamientos y los hombres buenos” (N. MAQUIAVELO, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, cit., p. 310).

⁴⁹ “En la república es donde es posible la utilidad común que se deriva de la vida en libertad”. “Lo que hace grandes a las ciudades no es el bien particular sino el bien común. Y sin duda este bien común no se logra más que en las repúblicas, porque éstas ponen en ejecución todo lo que se encamine a tal propósito” (N. MAQUIAVELO, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, cit., pp. 82 y 196).

⁵⁰ Para no ser reiterativa, prefiero no enunciar frases de Giannotti, que podrían ser pronunciadas tres siglos después por Robespierre. He dedicado un artículo a desentrañar los perfiles ideológicos de Giannotti y otro a establecer sus nexos y divergencias con Maquiavelo (“La república de Donato Giannotti: *rara avis* de la teoría política renacentista”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, núm. 5, 2010, pp. 273-287; “De la república de Giannotti a la república de Maquiavelo”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, núm. 4, 2009, pp. 181-193).

La defensa de la república, a toda costa, es una de las más relevantes exigencias de la virtud ciudadana. Y a Robespierre le cupo defender su idea de la república con el ejemplo. Por la conservación de la república, acechada por enemigos internos y externos, no dudó en pedir la muerte del rey en un vibrante discurso, porque únicamente su muerte podría garantizar la pervivencia de la república. O monarquía o república. Se había opuesto a la pena de muerte con una excepción: los casos en los que era necesaria su ejecución por motivos de seguridad nacional. Y ningún caso era más justificado y acuciante que la pena de muerte para Luis XVI, ya que su mera existencia era un enorme peligro para las conquistas de la revolución. “Luis debe morir –aseguraba– porque es necesario que la patria viva”.⁵¹ Robespierre se extiende en todo tipo de argumentos en favor de su tesis: la muerte del rey sin previo proceso: argumentos filosófico, jurídico, político y estratégico.⁵² Interesa leer detenidamente el discurso, porque en él aparecen las razones de quienes preferían dejar al rey al margen de la revolución o, al menos, el pronunciamiento de una sentencia tras la celebración de un proceso; razones de todo tipo, que iban desde la defensa de la inmunidad de la persona del rey hasta el miedo a la venganza de las monarquías europeas.

La defensa de la república a ultranza llevó a Robespierre a construir una teoría del terror de altos vuelos (que hasta entonces no se había hecho), uniendo conceptos como virtud, gobierno revolucionario, libertad pública, justicia, república en torno al terror como instrumento de defensa de la república, cuya necesidad de implementación y ejecución dependía de la fortaleza o declive de la propia república. La etapa de los últimos años de la república, en las postrimerías de la Convención, se caracterizó por una reglamentación jurídica del terror como arma salvífica según el diputado de Arras para conservar la república.⁵³ Es curioso contrastar, por otra parte, cómo el

⁵¹ Discurso pronunciado en la Convención Nacional, el 3 de diciembre de 1792 (A. MARTÍNEZ ARANCÓN, *La Revolución francesa en sus textos*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 85).

⁵² Merece la pena reseñar someramente los argumentos: a) filosófico: la contradicción lógica entre república y monarquía: la república no existe si en ella convive un rey; o una u otro; b) jurídico: al caso hay que aplicar el derecho de gentes y no el derecho positivo nacional; además el rey está fuera de la república, sus leyes y los derechos de los ciudadanos; estos derechos únicamente pueden sobrevivir si el rey no existe; c) político: la pena de muerte se justifica porque lo exige la seguridad nacional, que está por encima de los derechos de los ciudadanos; d) estratégico: cuanto más se tarde en aplicar la pena de muerte al rey, de más tiempo disfrutarán las monarquías extranjeras para restaurarle en el trono.

⁵³ C. Aguilar, que ha estudiado el terror del Estados en varias épocas y regímenes políticos, apunta la “legalización del terror” como obra de Robespierre y correligionarios, que

terror es necesario para el triunfo de la revolución y la guerra por el contrario es contrarrevolucionaria. La guerra puede distraer de la consumación de la revolución y poner en peligro a la república al concitar contra ella el concierto de las potencias extranjeras.⁵⁴

3.2. Los derechos sociales y la universalización del derecho a la existencia

No solo en el tema de los derechos civiles y políticos, sino en el de los derechos sociales Robespierre avanza y profundiza. En su enunciado y fundamentación de los derechos sociales se sitúa claramente en la izquierda de la revolución, señalando una serie de derechos sociales –la educación, la exención de tributos de los pobres, la progresión de los impuestos en función del patrimonio, la subsistencia, etc.– que son derechos nuevos para una época, en la que la cuestión primordial era la consecución de los derechos civiles y políticos. En el discurso quizás más importante y citado del autor pronunciado el 24 de abril de 1793 se encuentra una lista de nuevos derechos sociales que posteriormente formarían parte de la Constitución de 1793. Son un conjunto de derechos que conforman lo que en el texto se denomina una declaración de derechos. Los derechos son ya presentados con una enumeración. El artículo 14 formula la universalidad de la educación: “la sociedad debe favorecer con todo su poder los progresos de la razón pública, y hacer la instrucción accesible a todos los ciudadanos”. El artículo 11 enuncia el deber de la sociedad de garantizar la existencia de todas las personas: “la sociedad está obligada a procurar la subsistencia de todos sus miembros, ya sea proporcionándoles trabajo, ya asegurando los medios de existencia a quienes están incapacitados para trabajar”. Esta subsistencia sería asegurada por dos medios alternativos: la encomienda de un trabajo o en su defecto la ayuda del Estado.

El derecho-deber de existencia se complementa con la exención de tributos de los pobres, que a su vez se correlaciona con el deber de subvenir a

servió de precedente para experiencias similares del futuro, (Véase C. AGUILAR, “El Terror de Estado francés: una perspectiva jurídica”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, núm. 7, 2012, pp. 207-243.

⁵⁴ Uno de los mejores conocedores de Robespierre, S. Zizek, en la presentación de su monografía sobre Robespierre asegura: “Para Robespierre, el terror revolucionario es lo más opuesto a la guerra...era muy consciente de que la guerra entre las naciones sirve por lo general como medio para ofuscar la lucha revolucionaria dentro de cada país.” (S. ZIZEK *Slavoj Zizek presenta a Robespierre. Virtud y Terror*, Akal, Madrid, 2010, p. 8).

las necesidades sociales de los pudientes mediante un sistema de impuestos estatales progresivos: quien más tiene, más debe contribuir. Así lo expresa el artículo 13: “los ciudadanos, cuyos ingresos no exceden a lo necesario para su subsistencia, están eximidos de contribuir a los gastos públicos. Los demás deberán soportarlos progresivamente, según la importancia de su fortuna”. Robespierre establecía un parangón entre la garantía de la existencia de las personas y los tributos progresivos al Estado, porque serían éstos los que podrían contribuir a subvenir las necesidades de los pobres desprovistos de trabajo. Si no hay trabajo, ahí está el Estado para atender a los menesterosos.⁵⁵

El discurso citado se complementa con otro anterior, de 2 de diciembre de 1792, pronunciado en la Convención, donde Robespierre habla del derecho a la existencia como el primer derecho y “la primera ley social es la que garantiza a todos los miembros de la sociedad los medios para existir” Este texto entrecomillado es el encabezamiento de su discurso. Entresaco el párrafo extenso y más importante del discurso en consonancia con el encabezamiento: “¿Cuál es el primer objetivo de la sociedad? Es mantener los derechos imprescriptibles del hombre. ¿Cuál es el primero de estos derechos? El derecho a la existencia. La primera ley social es pues la que garantiza a todos los miembros de la sociedad los medios de existir. Todos los demás están subordinados a éste. La propiedad no ha sido instituida o garantizada para otra cosa que para cimentarlo. Se tienen propiedades, en primer lugar, para vivir. No es cierto que la propiedad pueda oponerse jamás a la subsistencia de los hombres. Los alimentos necesarios para el hombre son tan sagrados como la propia vida. Todo cuanto resulte indispensable para conservarla es propiedad común de la sociedad entera; tan sólo el excedente puede ser propiedad individual, y puede ser abandonado a la industria de los comerciantes. Toda especulación mercantil que hago a expensas de la vida de mi semejante no es tráfico, es bandidaje y fratricidio”.⁵⁶

⁵⁵ Véanse los artículos citados de la Declaración en el discurso pronunciado en la Convención Nacional el 24 de abril de 1793, vulgarmente conocido como el “discurso sobre la propiedad”, pero que presenta un título más extenso: *Sobre la propiedad. Seguimiento del proyecto de Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Se trata de un amplio discurso, que abarca mucho más que las ideas de su autor sobre la propiedad, y de extraordinaria importancia histórica, porque algunos de los artículos fueron directamente vertidos en la Constitución de 1793 (J. FUSTER, *La revolución jacobina*, cit., pp. 106-110).

⁵⁶ Véase *Maximilien Robespierre. Por la Felicidad y por la Libertad*. Discursos, selección y presentación de YANNICK BOSCH, FLORENCE GAUTHIER Y SOPHIE WAHNICH, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Madrid, pp. 154-164, donde las cuidadoras de la edición afirman al final de la presentación: “Estamos ante el nacimiento de una concep-

3.3. La indistinción entre derechos políticos y derechos sociales: el reconocimiento de ambos tipos de derechos en el mismo plano de la relevancia jurídica

Es muy importante el enunciado de este epígrafe, que coloca a los derechos políticos y a los derechos sociales en el mismo lugar del reconocimiento y la aplicación. Importante porque se separa Robespierre de sus correligionarios para quienes la conquista de los derechos políticos y las libertades era el techo a conseguir, que es lo que realmente ha quedado en el constitucionalismo de la época; es necesario aguardar al siglo siguiente para encontrar el reconocimiento jurídico de algunos derechos sociales. Pero también es relevante, porque en el número de los derechos sociales se incluye al derecho a la existencia, con lo que este derecho alcanza el máximo posible de relevancia jurídica. Robespierre se sitúa así al margen del proceso de conquistas sucesivas de las generaciones de los derechos humanos; primero, las libertades; después, los derechos sociales. Podemos entresacar muchas citas de sus discursos para corroborar este aserto. Pero mejor es ir a su *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, formulada con articulado en uno de sus discursos de referencia; en ella expresa en el artículo 1 que “el objeto de cualquier asociación política es la conservación de los derechos naturales imprescriptibles del hombre y el desarrollo de sus facultades”. Y, ¿cuáles son esos derechos imprescriptibles? Va enunciándolos uno a uno en un amplio texto articulado y al principio, ya en el artículo 2, refiere los principales derechos, que son la libertad y la existencia: “Los principales derechos del hombre son los de subvenir a la conservación de su existencia y la libertad”. No pone a uno tras otro, sino ambos –libertad y existencia– en el mismo plano de relevancia jurídica

3.4. El derecho-deber de existencia y la renta básica universal

En primer lugar, el derecho a la existencia es lo mismo que el derecho a la subsistencia. Existencia equivale a subsistencia o vida. Así se despren-

ción de la economía política que se puede calificar de socialista, en la que el derecho social viene a limitar al derecho privado para asegurar el derecho a la existencia de cada uno, que es el fin de la sociedad” Es interesante esta colección de los discursos de Robespierre, porque es bastante completa y complementa otras existentes, donde no se contienen todos sus discursos. Publicada anteriormente como *Maximilien Robespierre, Pour le bonheur et pour la liberté*, La fabrique editions, Paris, 2000.

http://www.elsarbreresdefahrenheit.net/documentos/obras/2176/ficheros/127222226_Maximilien_Robespierre_Por_La_Felicidad_y_Por_La_Libertad_Discursos.pdf

de de los textos del autor. La existencia no es una cuestión filosófica para Robespierre, dicho más explícitamente. Es una cuestión física. Existencia como posibilidad de subsistir y vivir. Me ha llamado la atención las diversas interpretaciones de la doctrina sobre cómo enfrenta Robespierre lo que él denomina la existencia. Unos hablan de la obligación de la sociedad de garantizar la existencia de las personas y otros del derecho a la existencia. O el deber de la sociedad y el Estado o el derecho de las personas. Pero en realidad el autor que nos ocupa une ambas cosas: el deber y el derecho. Y lo hace reiteradamente. Y para que no haya lugar a dudas en la ya referida *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* dedica sendos artículos a recoger estas dos dimensiones jurídicas de la existencia de las personas. En efecto, en el artículo 2 cita al “derecho a la conservación de la existencia” como uno de los dos principales derechos y en el artículo 11 señala que “la sociedad está obligada a garantizar la subsistencia de todos sus miembros”. Por lo tanto, nos encontramos, como dice el enunciado del epígrafe, ante un derecho-deber de existencia; derecho para las personas y deber para la sociedad y la organización que ésta se ha dado, el Estado.

Los partidarios de la RBU siempre colocan a Robespierre entre los pioneros de ésta. Considero que es admisible, porque con su propuesta todas las personas quedaban cubiertas en sus necesidades básicas, bien por el trabajo o por la subvención del Estado, en el caso de que no trabajaran. Pero es un planteamiento de la RBU distinto al concepto tal como hoy la entendemos: la contribución del Estado dirigida a todas las personas por el mero hecho de serlo, trabajen o no. Si comparamos a Robespierre con Paine, la actitud de éste es más clara y apropiada en su papel de pionero o precursor de la RBU, como ya hemos podido comprobar.

4. CONCLUSIONES: LO QUE UNE Y SEPARA A PAINE Y ROBESPIERRE

Podríamos definir a Paine y Robespierre como revolucionarios radicales republicanos. Son dos activistas revolucionarios, que les cupo la suerte de vivir de lleno y en primera fila la revolución contra la monarquía absoluta dominante en Inglaterra y Francia con el gaje de pasar el primero sus últimos años pobre y solitario y el segundo terminar ejecutado en la guillotina, ambos despreciados y vilipendiados en siglos posteriores. Son auténticos revolucionarios, porque contribuyeron con sus acciones y escritos al triunfo de las revoluciones liberales, que dieron paso a una nueva concepción del

Estado (los nacientes Estados liberales de América septentrional y el Estado liberal francés). Son radicales porque ambos promueven en el espectro ideológico de la época las reformas políticas más extremas. Paine contrasta con las posiciones más moderadas de los revisionistas, los federalistas y liberales moderados del nuevo mundo. Robespierre se separa de las posiciones moderadas de los fisiócratas y liberales franceses, que formaban el núcleo de los opositores al absolutismo, y se aproxima a los igualitaristas sociales. Finalmente profesan un intenso republicanismo, un republicanismo de idea y vida, pues ambos lucharon con riesgo para sus propias vidas para destruir los cimientos de las monarquías absolutas dominantes en Europa y construir desde sus cenizas una nueva república presidida por los principios racionales que hoy conforman lo que denominamos liberalismo político y Estado de Derecho.

Les une la semejanza en la defensa de la república contra la monarquía, aunque en distintos contextos históricos, políticos y sociales. El diseño de la república en ambos es el de una república representativa que reúne las características propias del naciente liberalismo político en América septentrional y Francia: la soberanía del pueblo, el pacto social para acordar una forma de gobierno, elecciones de los representantes y gobernantes, imperio de la Constitución y la ley como fuente del derecho. Hay, no obstante, dos importantes diferencias. La primera es la construcción en dos etapas de la república en Paine, porque era necesario en primer lugar la independencia de las colonias inglesas respecto a la monarquía absoluta de Inglaterra y después la formación de la república. El paso previo a la república era la segregación territorial y política que no fue necesaria en Francia, donde la nueva república surge en el mismo territorio.

La otra diferencia es la defensa y el uso de la violencia interna por parte de Robespierre, ausente en Paine. No es que éste segundo estuviera al margen de la violencia, pero era ésta una violencia externa contra el enemigo opresor, Inglaterra. La defendida por Robespierre se producía entre los compatriotas franceses como el único recurso según él para mantener la república. El terror se convertía en virtud como instrumento necesario para una república que perseguía la libertad y el bienestar de los ciudadanos franceses. En Paine la violencia está fuera en forma de guerra, En Robespierre está dentro en forma de necesario recurso republicano. En este contexto la opinión sobre la guerra de ambos es diametralmente opuesta: la guerra es el único medio para el triunfo de la república según Paine; sin embargo, Robespierre

rechaza en sus discursos frontalmente la guerra contra las potencias extranjeras, porque sería contrarrevolucionaria, “una revolución sin revolución”, y pondría en peligro la conservación de la república.

Pasando ahora al ámbito de los derechos sociales separa a ambos la posición sobre una renta básica universal (fijándonos en sus expresiones: la “renta del suelo” de Paine y el “derecho a la existencia” de Robespierre). A pesar de que en cierta literatura jurídica a ambos se les pone en el mismo lugar como pioneros, antecesores o precursores de esta renta. Paine es un precursor de una renta básica universal, explicada con todo tipo de detalles en su *Justicia Agraria*, libro dedicado exclusivamente a su fundamentación y diseño. A Robespierre, en cambio, le viene bien el título de defensor del derecho de subsistencia condicionada, porque realmente no defiende lo que hoy llamamos renta básica universal, de la que es titular la persona por el mero hecho de serlo, sin necesidad del acompañamiento de ciertas circunstancias o condiciones, sino una renta para quienes están en la pobreza y carecen de trabajo. Precisamente hay dos partidos políticos españoles, el PSOE y Podemos, que en las elecciones generales de 2016 incorporaron en sus programas una figura semejante a la propuesta de Robespierre: el *ingreso mínimo vital* del primero y la *renta complementaria garantizada* del segundo. Podemos sí que llevó en su programa a las elecciones europeas de 2014 una renta básica universal, que posteriormente abandonó. El único caso en el que ha aparecido en los programas electorales de los partidos políticos con representación parlamentaria hasta ahora.

MARÍA LUISA SORIANO GONZÁLEZ
Universidad Pablo de Olavide
Carretera de Utrera, Km. 1
Sevilla 41013
e-mail: mlsorgon@upo.es

EL REICHSGERICHT COMO “GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN” EN LA OBRA DE CARL SCHMITT

THE REICHSGERICHT AS “GUARDIAN OF THE CONSTITUTION” IN CARL SCHMITT’S WORK

PABLO RIQUELME VÁZQUEZ*
Universidade de Vigo

Fecha de recepción: 28-8-20

Fecha de aceptación: 17-3-21

Resumen: *En este artículo se examina el peculiar rol defensivo de la Constitución asignado por Carl Schmitt a los juzgados y tribunales ordinarios de la República de Weimar. A tal fin se analiza un trabajo del autor alemán que apenas ha recibido atención por parte de los especialistas en la materia: “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (El Reichsgericht como guardián de la Constitución)”. La interpretación detallada y sistemática de esta contribución ofrece una novedosa perspectiva de la reflexión schmittiana acerca de los diversos mecanismos institucionales disponibles para proteger la ordenación básica de una sociedad. De esta forma se plantea un claro distanciamiento respecto de los sobreentendidos más habituales en relación con la crítica del jurista alemán al liberalismo. En concreto, con esta contribución se trata de mostrar que Carl Schmitt nunca se opuso a un control jurisdiccional de la constitucionalidad muy restringido y exclusivamente funcional a los intereses de la burguesía weimariana. A modo de corolario, se señalan las implicaciones de lo dicho para la doctrina de las garantías institucionales desarrollada por el autor en los años finales de la república alemana y, en general, para su teoría institucionalista del Derecho.*

* El autor desea hacer constar su agradecimiento hacia la Prof.^a Almudena Bergareche, y los Profs. Juan Carlos Utrera y José María Ordóñez por sus valiosas indicaciones a lo largo del proceso de elaboración de este trabajo. Una versión muy germinal del mismo fue presentada por su autor en el congreso internacional *Weimar Moments: Constitutionalising Mass Democracy in Germany, Italy, Spain, and Beyond*, celebrado entre el 13 y el 15 de noviembre de 2019 en Madrid. Durante el turno de intervenciones que siguió a su exposición, el autor se benefició de los comentarios y sugerencias de la Prof.^a Sabrina Ragone, y los Profs. José Agustín Menéndez, Michael Wilkinson, Ángel Aday Jiménez y José Antonio García Sáez.

Abstract: *This article deals with the peculiar defensive role of the Constitution assigned by Carl Schmitt to the ordinary courts of the Weimar Republic. To this end, we analyse a work published in 1929 by the German author which has received little attention from specialists: 'Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (The Reichsgericht as guardian of the Constitution)'. The detailed and systematic interpretation of this contribution offers a novel perspective of Schmitt's reflection on the various institutional mechanisms available to protect the basic arrangement of a society. This approach entails an emancipation from the most common prejudices in relation to the jurist's critique of liberalism. In particular, this paper argues that Carl Schmitt never objected to a narrow judicial review exclusively functional to the interests of the Weimarian bourgeoisie. To conclude, we note the implications of what has been said for the doctrine of institutional guarantees developed by the author in the final years of the German republic and, in general terms, for his institutionalist theory of law.*

Palabras clave: democracia de masas, derecho de control judicial, liberalismo, derechos fundamentales

Keywords: mass democracy, judicial review, liberalism, fundamental rights

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se presenta como una contribución muy específica al estudio de lo que Rainer Wahl y Friedrich Rottmann han caracterizado como “fase de incubación”¹ de la jurisdicción constitucional alemana. Los casi catorce años de vida de la finalmente malograda República de Weimar representaron, sin ningún género de dudas, un momento decisivo de dicha fase. La discusión a propósito de los diferentes rasgos o elementos que, en nuestros días, han terminado por definir la justicia constitucional² se caracterizó a la sazón, en el territorio alemán, por una intensidad seguramente mayor que la alcanzada allí donde el control concentrado de constitucionalidad ya había sido efectivamente implantado a inicios de la década de 1930³. Esta circuns-

¹ R. WAHL y F. ROTTMANN, “Die Bedeutung der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik im Vergleich zum 19. Jahrhundert und zu Weimar”, en W. CONZE y R. LEPSIUS (eds.), *Sozialgeschichte der Bundesrepublik. Beiträge zum Kontinuitätsproblem*, Klett-Cotta, 2ª ed., Stuttgart, 1985, p. 356.

² *Vid.*, a modo de síntesis, los trabajos recogidos en G. JACOBSON y M. SCHOR (eds.), *Comparative Constitutional Theory*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018.

³ Me estoy refiriendo a los consabidos casos austriaco, checoslovaco y español [P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo del control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 246-276, 281-300, y 309-325, respecti-

tancia hace de los debates al respecto mantenidos por los iuspublicistas germanos del periodo de entreguerras un crisol de propuestas y planteamientos jurídicos de indudable valor científico. A la luz de tales controversias, Pedro Cruz Villalón, ha identificado tres dimensiones de la “aportación de Weimar al control de constitucionalidad”: la primera de estas dimensiones se correspondería con la experiencia del pleno y efectivo sometimiento de las “relaciones *Reich-Länder*” a una solución jurisdiccional; la segunda, con el esbozo de un modelo de “control abstracto de normas” sustitutivo del “control judicial difuso”; y la tercera, finalmente, con una serie de reflexiones teóricas sintetizables bajo la fórmula “relación dialéctica existente entre Constitución y jurisdicción constitucional”. Esta última dimensión de la aportación señalada habría puesto de manifiesto, en concreto, las diferencias cualitativas entre una jurisdicción constitucional únicamente garante de la regulación de los órganos del Estado y de la distribución territorial de competencias, y otra llamada, además, a proteger un catálogo de derechos fundamentales⁴.

El trabajo que el lector tiene ante sí no se propone examinar en detalle cada una de las dimensiones de la “aportación de Weimar al control de constitucionalidad” a las que se acaba de hacer referencia; como se verá, ni siquiera se ocupará de la totalidad de aquellas –la segunda y la tercera– dentro de las que deben ser subsumidas las reflexiones que serán efectuadas a continuación. La riqueza y complejidad de las aproximaciones de los diferentes autores (Preuss, Poetsch, von Hippel, Morstein-Marx, Triepel, Neumann, Thoma, Jellinek, Radbruch, Brecht, Heller, Kelsen, Schmitt...) a la problemática del “control judicial difuso” y a la “relación dialéctica existente entre Constitución y jurisdicción constitucional” es tal que supondría una falta de rigor imperdonable tratar de abordar tan vasto tema en una contribución de estas características⁵. A lo largo de las páginas que siguen, la relación dialéc-

vamente]. El Principado de Liechtenstein también habría establecido un tribunal constitucional en 1921 (V. FERRERES COMELLA, *Una defensa del modelo europeo de control de la constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 25).

⁴ P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo...*, cit., pp. 224-227.

⁵ Este tema fue tempranamente pergeñado por A. HENSEL, “Grundrechte und Rechtsprechung”, en O. SCHREIBER (ed.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929)*. Erster Band: *Öffentliches Recht*, Walter de Gruyter & Co., 1ª reimpr., Berlín y Leipzig, 1983, pp. 1-32. Con posterioridad, ha sido exahustivamente estudiado, entre otros, por H. WENDENBURG, *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik*, Verlag Otto Schwartz & co., Göttingen, 1984, pp. 205-230; C. GUSY, *Richterliches Prüfungsrecht. Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985, pp. 120-129; P.

tica antedicha únicamente se analizará desde la perspectiva de una peculiar y no muy conocida contribución del autor más equívoco y seguramente más notorio de los que han sido enumerados hasta el momento: me estoy refiriendo al opúsculo “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung” publicado en el año 1929 por Carl Schmitt⁶.

¿Por qué estudiar, noventa años después de su publicación, una obra que apenas ha merecido atención por parte de los muchos especialistas que se han encargado de comentar los trabajos del polémico jurista alemán? ¿Y de qué manera aproximarse al opúsculo de un autor tan difícil de “ubicar” que se ha llegado a ver en él tanto a un firme defensor como a un destructor *avant la lettre* de la república⁷? Las respuestas a estos interrogantes deman-

CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo...*, cit., pp. 216 y ss.; C. BÖNNEMANN, *Die Beilegung von Verfassungskonflikten vor der Zeit des Grundgesetzes. Die Entwicklung verfassungsgerichtlicher Strukturen in Deutschland, ausgehend vom Frühkonstitutionalismus bis zum Ende der Weimarer Republik*, Frank&Time, Berlín, 2007, pp. 151 y ss.; H. WISSMANN, “Das richterliche Prüfungsrecht in Reichskonstitutionalismus und Republik – Wegmarke der Verfassungsgerichtsbarkeit”, en T. SIMON y J. KALWODA (eds.), *Schutz der Verfassung: Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgerichte. Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar vom 12. bis 14. März 2012* (Beiheft 22 zu „Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht“), Duncker & Humblot, Berlín, 2014, pp. 253-272; o H. DREIER, “Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik”, en T. SIMON y J. KALWODA (eds.), *Schutz der Verfassung: Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgerichte. Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar vom 12. bis 14. März 2012* (Beiheft 22 zu „Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht“), Duncker & Humblot, Berlín, 2014, pp. 317-372.

⁶ El trabajo fue concluido en agosto del año 1928 y publicado el 1 de octubre de 1929 como contribución a una obra conmemorativa del quincuagésimo aniversario del *Reichsgericht*: C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung”, en O. SCHREIBER (ed.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929). Erster Band: Öffentliches Recht*, Walter de Gruyter & Co., 1ª reimpr., Berlín y Leipzig, 1983, pp. 154-178. El opúsculo apareció posteriormente como C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, en Id. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Duncker & Humblot, 4ª ed., Berlín, 2003, pp. 140-174. En lo que sigue únicamente se citará esta última edición.

⁷ A la dificultad de “ubicar” a Schmitt se ha referido M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Recht in Deutschland. Dritter Band: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur. 1914-1945*, C. H. Beck, Múnich, 1999, p. 178. Ellen Kennedy, por su parte, ha ofrecido una sucinta, pero persuasiva exposición tanto de la “crítica intelectual común” como de la más reciente “ola de especialistas anglófonos en la obra del constitucionalista alemán” (E. KENNEDY, *Carl Schmitt en la República de Weimar. La quiebra de una Constitución*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 262 y s.). La heterogeneidad de enfoques referida está asimismo presente en un reciente libro colectivo a cargo de J. MEIERHENRICH y O. SIMONS, *The Oxford*

dan una aproximación al trabajo antedicho alejada de ciertos sobreentendidos más o menos habituales en relación con el intelectual alemán⁸, especialmente de aquellos que, adoptando como axioma interpretativo su nefanda vinculación personal con el nacionalsocialismo, se basan “*ex post* y retrospectivamente [en] situaciones posteriores y estructuradas de una forma totalmente diferente, situaciones que no habrían germinado hasta la quiebra de la legalidad weimariana”⁹.

En lo que concierne a la primera cuestión cabría señalar, en línea con lo sostenido por Hasso Hofmann, que la razón para estudiar una contribución aparentemente menor de Carl Schmitt radica en lo que se ha caracterizado como “subdesarrollado” reconocimiento académico del “impacto de la teo-

Handbook of Carl Schmitt, Oxford University Press, Oxford, 2017. En España, las “posiciones irreconciliables” en torno al pensamiento de Carl Schmitt han sido resumidas, entre otros, por J. MOLINA CANO, CARMELO JIMÉNEZ SEGADO: *Contrarrevolución o resistencia: la teoría política de Carl Schmitt (1888-1985)*, Tecnos, Madrid, 2009, 328 pp. “Un libro contra el mito de Carl Schmitt”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 146, 2009, pp. 223 y s.

⁸ Me estoy refiriendo a la interpretación que, siguiendo la línea tempranamente marcada por J. FIJALKOWSKI, *La trama ideológica del totalitarismo*, Tecnos, Madrid, 1966, categoriza enfáticamente al alemán como un jurista o pensador “iliberal”. B. A. SCHUPMANN, *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory. A critical analysis*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 27 y ss., ha tratado de refutar esta tesis distinguiendo entre los aborrecibles compromisos biográficos de Carl Schmitt con el antisemitismo o el nacionalsocialismo, por una parte, y sus valiosas contribuciones teóricas, por otra. La conveniencia de separar la vida y la obra de Carl Schmitt ya había sido anteriormente postulada por H. QUARITSCH, “Einleitung: über den Umgang mit Person und Werk Carl Schmitts”, en Id. (ed.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Duncker&Humblot, Berlín, 1988, pp. 12 y ss., o J. M. BAÑO LEÓN, “Estudio preliminar”, en C. SCHMITT, *Ensayos sobre la dictadura*, Tecnos, Madrid, 2013, p. XVI, entre otros.

⁹ C. SCHMITT, “Legalität und Legitimität (1932)”, en Id. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Duncker & Humblot, 4ª ed., Berlín, 2003, p. 350. Aunque únicamente en relación con el institucionalismo de Carl Schmitt, Jens Meierhenrich también ha defendido que “no hay una línea que conduzca directamente de un punto a otro del continuo teórico. El institucionalismo racial de Schmitt, en tanto que ejemplificación más radical de su institucionalismo extremista, no fue una consecuencia pre-ordenada, sino el resultado de una contingencia estructurada. Con esto quiero decir que el desarrollo intelectual de Schmitt lo predisponía a un pensamiento organizado (*orderly thought*). (...) Pero en la década de 1920 no era obvio –ni por el pensamiento ni por la conducta de Schmitt– que llegaría a ser un ardiente defensor intelectual del régimen nazi. Esta consecuencia –sostengo– dependió de acontecimientos más cercanos” (J. MEIERHENRICH, “Fearing the Disorder of Things: The Development of Carl Schmitt’s Institutional Theory, 1919–1942”, en J. MEIERHENRICH y O. SIMONS, *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 182).

ría schmittiana sobre la *Grundgesetz*¹⁰ (y, por extensión –cabría añadir–, sobre la Constitución Española de 1978 también¹¹). En este sentido, las obras de Carl Schmitt –entre las que “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung” no es una excepción– todavía gozarían de vigencia y relevancia a día de hoy:

[...] sea por su condición de paradigma de falacias teóricas todavía amenazantes y tal vez incluso seductoras; sea porque se da una afinidad inherente e irritante entre sus posiblemente todavía convincentes análisis de la política, por una parte, y su completamente inaceptable alianza personal con el nacionalsocialismo, por otra; sea, finalmente, porque su trabajo nos confronta con percepciones sobre características estructurales de nuestras democracias constitucionales que nos generan aversión, ya que podría haber algo de verdad en ellas¹².

Por lo que hace a la segunda pregunta y dejando a un lado los infaustos aspectos biográficos ya consabidos, en nuestros días abundan los autores para los que Carl Schmitt fue un intelectual “ocasionalista” que nunca elaboró un verdadero sistema¹³. Estas opiniones contrastan con las del propio

¹⁰ H. HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität: der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Duncker&Humblot, Berlín, 1992, p. III.

¹¹ Francisco Rubio Llorente explicó hace cuarenta años ya que la configuración de los derechos y libertades dispuesta por la Constitución Española obligaba a los iuspublicistas patrios a “germanizarse” (F. RUBIO LLORENTE, “La Constitución como fuente del Derecho”, en VV. AA., *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 67). Así, por ejemplo, el art. 53.1 CE habría sido redactado bajo la influencia directa de los artículos 1.3 –que establece la vinculación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a los derechos constitucionalmente consagrados– y 19.2 –que prohíbe la vulneración del contenido esencial de los derechos antedichos– de la *Grundgesetz* alemana.

¹² U. K. PREUSS, “Political Order and Democracy: Carl Schmitt and His Influence”, en C. MOUFFE (ed.), *The Challenge of Carl Schmitt*, Verso, Londres, 1999, p. 155.

¹³ H. QUARITSCH, “Einleitung: über den Umgang mit Person und Werk Carl Schmitts”, cit., pp. 21 y s. Un diagnóstico análogo puede encontrarse, p. ej., en D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 41, o K. LÖWITZ, “El decisionismo ocasional de Carl Schmitt”, en Id., *Heidegger, pensador de un tiempo indigente: sobre la posición de la Filosofía en el siglo XX*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006, p. 55. Como ha señalado U. K. PREUSS, “Political Order and Democracy: Carl Schmitt and His Influence”, cit., pp. 156 y s., ni siquiera la *Verfassungslehre* supuso una nueva exposición sistemática de la democracia constitucional weimariana; a su entender, esta obra no ofrece más que una “remodelación” de los principales temas del Derecho Constitucional basada en la esencial relevancia de “lo político” –esto es, de energías políticas pre- y a-constitucionales– para la determinación de todos los procesos constitucionales. En un sentido similar (aunque no del todo coincidente en lo que específicamente concierne a la *Verfassungslehre*) sostenido Rafael Agapito Serrano

Schmitt¹⁴ o Ernst-Wolfgang Böckenförde, quien llegaría a hablar de la “trabazón sistemática (*systematischen Zusammenhangs*)” de la obra del primero¹⁵. El antagonismo que se acaba de esbozar podría haber sido sintéticamente superado por aquellos especialistas para los que Carl Schmitt no fue tanto un intelectual ultraconservador como un “burgués revolucionario que luchó por la preservación del orden liberal-burgués bajo las condiciones de la intensificada lucha de clases del siglo XX”¹⁶. Según esta interpretación de su obra, el controvertido intelectual alemán no buscó otra cosa que el mantenimiento de las instituciones cardinales del orden social decimonónico –propiedad privada, herencia, libertades de comercio, contrato e inversión, etc.– en el marco de una conflictiva, voluble e imprevisible democracia de masas¹⁷. Mariano Croce y Andrea Salvatore¹⁸, o Benjamin A. Schupmann, han respaldado metodológicamente este enfoque en los últimos años al

que las obras de Carl Schmitt “se presentan como respuestas a las cuestiones prácticas que en cada caso atraerán su atención” (R. AGAPITO SERRANO, “Introducción”, en C. SCHMITT, *El concepto de lo político*, Alianza editorial, Madrid, 2012, pp. 11-38, p. 12). J. MEIERHENRICH, “Fearing the Disorder of Things...”, cit., pp. 183 y s., finalmente, ha ofrecido ejemplos concretos de la reactividad schmittiana en la forma de lo que ha conceptualizado como diferentes fases del “institucionalismo” del autor alemán.

¹⁴ C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen: Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, Duncker & Humblot, 3ª ed., Berlín, 1963, p. 17.

¹⁵ E.-W. BÖCKENFÖRDE, “Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatrechtlichen Werk Carl Schmitts”, en H. QUARITSCH (ed.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Duncker & Humblot, Berlín, 1988, p. 286. En esta dirección parecen señalar también J. de MIGUEL y J. TAJADURA TEJADA, “Kelsen y Schmitt: dos juristas en Weimar”, *Historia Constitucional. Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 20, 2019, p. 379, al sostener que ‘es preciso recordar que frente a las acusaciones de falta de rigor metodológico, la *Teoría de la Constitución* (1928) es su propuesta –primera frase del libro– “para sistematizar el constitucionalismo del Estado burgués de Derecho” (cursivas nuestras) (sic).

¹⁶ U. K. PREUSS, “Political Order and Democracy: Carl Schmitt and His Influence”, cit., p. 159. Cfr. los destacados trabajos de R. CRISTI, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State, Free Economy*, University of Wales Press, Cardiff, 1998; E. KENNEDY, *Carl Schmitt en la República de Weimar...*, cit., pp. 261 y ss.; o H. HELLER, “Authoritarian Liberalism?”, *European Law Journal*, vol. 21, núm. 3 (mayo), 2015, p. 300, quien ya en 1932 no dudó en motejar a Carl Schmitt de “liberal autoritario”. Con independencia de las opiniones de los especialistas referidos, la tesis sostenida encuentra un apoyo claro en el propio texto de C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., pp. 99 y s., tal y como se detalla *infra*, pp. 61 y ss.

¹⁷ I. MAUS, “Zur “Zäsur” von 1933 in der Theorie Carl Schmitts”, *Kritische Justiz*, Heft 2, 1969, pp. 113 y ss.

¹⁸ M. CROCE y A. SALVATORE, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, Routledge, Abingdon, 2013.

abordar los escritos de Carl Schmitt como si fueran “islas de un archipiélago conectado bajo la superficie”¹⁹.

Suponiendo que las elaboraciones más generales o abstractas de Carl Schmitt puedan ser leídas como puntuales intentos de reconciliar su búsqueda de seguridad y de un orden estable con la experiencia de las vacilantes y amenazantes dinámicas de la sociedad alemana de entreguerras, ¿no deberían entonces sus específicos planteamientos acerca del “derecho de control judicial (*richterliches Prüfungsrecht*)”²⁰ sobre las leyes federales (*Reichsgesetze*) ser interpretados en este sentido también? En lo que sigue, el enfoque dual referido informará la exégesis detallada del trabajo de 1929 más arriba aludido. A resultas de semejante opción metodológica, este elemento supuestamente aislado de la producción schmittiana aparecerá como una primera (pero crucial) etapa de la más amplia reflexión del autor alemán sobre el “guardián de la Constitución”. Con dicha exégesis, que no soslayará ninguna de las oscuridades características de los intrincados textos de Carl Schmitt, se intentarán iluminar las principales conexiones conceptuales de su planteamiento y se valorará la pervivencia de sus premisas en la “realidad europea contemporánea”²¹.

2. HIPERINFLACIÓN, PROPIEDAD PRIVADA Y POLÍTICA JUDICIAL: LA RELEVANCIA DEL ENTORNO FÁCTICO EN LA OBRA DE CARL SCHMITT

El trabajo publicado por Carl Schmitt en el año 1929 se presenta como una aclaración de la particular posición que, según el Derecho vigente a la sazón, debía corresponder al *Reichsgericht*²² en el entramado institucional de

¹⁹ B. A. SCHUPMANN, *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory...*, cit., p. 28

²⁰ Por “derecho de control judicial” se entiende “la potestad y la obligación judicial de comprobar la constitucionalidad de las normas (especialmente las leyes) relevantes para la decisión y de inaplicarlas en caso de vulneración de la Constitución” (P. BADURA, “Richterliches Prüfungsrecht und Wirtschaftspolitik”, en P. OBERNDORFER und H. SCHAMBECK (eds.), *Verwaltung im Dienste von Wirtschaft und Gesellschaft. Festschrift für Ludwig Fröhler zum 60. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 1980, p. 325).

²¹ G. LOMBARDI, “Estudio preliminar”, en C. SCHMITT y H. KELSEN, *La polémica Schmitt / Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 2009, p. XLII.

²² El *Reichsgericht* -cuya traducción literal es “Tribunal Imperial”- había sido creado en 1879 con la finalidad de satisfacer, tras siglos de dispersión, “el anhelo de unificación” de la más alta instancia jurisdiccional alemana [G. ANSCHÜTZ *et al.*, “Vorwort”, en O. SCHREIBER

la república alemana. En concreto, la reflexión del autor alemán discute, desde la “trascendental”²³ perspectiva de la teoría de la Constitución, la licitud del control material de la constitucionalidad de las leyes federales que algunos tribunales ordinarios habían comenzado a ejercer pocos años antes²⁴. La Constitución de Weimar (en lo sucesivo, WRV)²⁵ no prohibía expresamente este control (tal y como, por el contrario, hacía el art. 113.3 de la Constitución Federal Suiza de 29 de mayo de 1874), aunque tampoco establecía expresamente un sistema de control difuso. En la particular coyuntura económica y política de la década de 1920, este “silencio constitucional” había dado pábulo a varias decisiones judiciales²⁶ desencadenantes de una de las polémicas doctrinales más importantes del período –la consistente en determinar si los jueces y magistrados estaban facultados para controlar la constitucionalidad

(ed.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929). Erster Band: Öffentliches Recht*, Walter de Gruyter & Co., 1ª reimpr., Berlín y Leipzig, 1983, p. III]. Durante la época republicana siguió siendo, sin perjuicio de las competencias atribuidas al *Staatsgerichtshof* o “Tribunal Estatal” (H. DREIER, “Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik”, cit., pp. 345-363), la más alta instancia jurisdiccional del país.

²³ Vid., en relación con la interpretación de la obra de Carl Schmitt como una crítica tanto «inmanente» como «trascendente» al parlamentarismo liberal, P. de VEGA, “Prólogo”, en C. SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 13 y ss.; o M. ARAGÓN REYES, “Estudio preliminar. Carl Schmitt: la autoridad del poder”, en C. SCHMITT, *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. XV y ss. Sin perjuicio de lo dicho por los dos autores españoles mencionados –los cuales, por otra parte, basan su análisis de forma más o menos explícita en la obra de J. FIJALKOWSKI, *La trama ideológica del totalitarismo*, cit.–, la referencia de Carl Schmitt a la teoría de la Constitución debe ser interpretada, a los efectos que aquí interesan, como un reconocimiento de la dependencia conceptual de “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung” respecto de algunas de las categorías acuñadas un año antes en *Teoría de la Constitución (Verfassungslehre)*.

²⁴ C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 66.

²⁵ *Verfassung des Deutschen Reiches*, de 11 de agosto de 1919 (RGBl., p. 1.383), más conocida en Alemania como *Weimarer Reichsverfassung*.

²⁶ Vid., a este respecto, C. GUSY, *Richterliches Prüfungsrecht...*, cit., pp. 80-86; M. STOLLEIS, “Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic”, *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 2, 2006, pp. 272 y s.; C. BÖNNEMANN, *Die Beilegung von Verfassungskonflikten vor der Zeit des Grundgesetzes...*, cit., p. 141; B. J. HARTMANN, “Das richterliche Prüfungsrecht unter der Weimarer Verfassung”, en T. VORMBAUM (ed.), *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, Tomo 8, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín, 2006/2007, p. 167; o H. WISSMANN, “Das richterliche Prüfungsrecht in Reichskonstitutionalismus und Republik...”, cit., pp. 263-267.

de las leyes federales postconstitucionales²⁷– y Carl Schmitt no dejaría pasar la ocasión de manifestar su opinión al respecto.

A fin de respaldar su posición en la polémica mencionada, sin embargo, el intelectual germano no abordó frontalmente la problemática planteada por el derecho de control judicial, sino que comenzó su trabajo de 1929 con el examen de la “situación histórico-constitucional (*verfassungsgeschichtliche Lage*)”²⁸ que explicaba por aquél entonces el interés por un “guardián de la Constitución”. Este peculiar arranque discursivo no merecería reproche alguno de no ser por su carácter artificioso. En su referencia a dicha situación histórico-constitucional, Carl Schmitt no dedicó ni una sola palabra a cuestiones socialmente relevantes o espinosas de aquella época como, por ejemplo, el entorno fáctico de las resoluciones que permitieron considerar “zanjada” la polémica anteriormente aludida y “el control judicial difuso (...) un hecho”²⁹. El autor alemán se limitó en las primeras páginas del opúsculo a efectuar una serie de consideraciones relacionadas con la degeneración o perversión del concepto de ley³⁰ en la República de Weimar, y omitió toda mención de hechos cuyo conocimiento resulta determinante para entender cabalmente su opinión acerca del “derecho de control judicial” y su postura ante la problemática “relación dialéctica existente entre Constitución y jurisdicción constitucional”. En lo que sigue, por tanto, y a falta de una mejor explicación por boca del propio Carl Schmitt, se efectuará un sucinto resumen de las principales circunstancias que enmarcaron las sentencias controvertidas, a fin de que el lector contemporáneo disponga de los principales

²⁷ En Alemania, el control judicial de las leyes de los Estados federados ya había sido más amplio que el de las leyes federales durante la época imperial (1871-1918) y lo siguió siendo durante la época republicana (1919-1933). *Vid.*, al respecto, C. J. FRIEDRICH, “The Issue of Judicial Review in Germany”, *Political Science Quarterly*, vol. 43, núm. 2, 1928, p. 189; P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo...*, cit., p. 80; o H. DREIER, “Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik”, cit., pp. 322 y ss.

²⁸ Esta opción metodológica no debe extrañar en un autor que no en vano ha sido incluido por M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Recht in Deutschland...*, cit., pp. 178 y ss., en el grupo de juristas “antipositivistas” de la época de Weimar. Carl Schmitt siempre mostró una clara tendencia a huir de “construcciones abstractas” y a “atenerse al carácter histórico del objeto sobre el que ha de operar el Derecho Constitucional” (R. AGAPITO SERRANO, “Introducción”, cit., p. 12).

²⁹ P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo...*, cit., p. 87 y s., y 95. Puede verse una síntesis de la discusión científica al respecto en H. WENDENBURG, *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit...*, cit., pp. 58-62 y 68-72.

³⁰ C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., pp. 63-69.

elementos de juicio relevantes a la hora de enfrentarse con los zigzagueos argumentativos del alemán.

La I Guerra Mundial había exacerbado extraordinariamente el malestar social en el país, al sembrar la destrucción por todo el territorio alemán y crear en el mismo condiciones económicas altamente inestables. Esta situación inicialmente desfavorable se vio agravada cuando los sucesivos gabinetes de gobierno³¹ se mostraron incapaces de dar una respuesta efectiva a las graves crisis económicas y financieras que se desataron periódicamente a partir de 1922. En cuanto la inflación se descontroló a mediados de este año³², la inacción gubernativa y el rígido apego de la judicatura a la letra de los contratos no sólo tuvieron un efecto demoledor sobre la economía de un proletariado pauperizado, sino también sobre la de las clases medias del país. Como ha explicado Michel Hughes, al aplicar el principio “M=M (un marco de papel devuelto durante la inflación es igual a un marco de oro invertido antes de la [misma])”³³, los juzgados y tribunales llevaban a cabo verdaderas expropiaciones de los acreedores. A resultas de esta situación comenzaron a proliferar los grupos de interés que perseguían una revalorización (*Aufwertung*) de las deudas contraídas antes de la “gran inflación”. Con estos grupos se fue alineando paulatinamente una judicatura que veía de cerca los efectos sobre las relaciones monetarias ocasionados por una política gubernativa de permanente déficit presupuestario³⁴. El gabinete de Wilhelm Marx, inicialmente contrario a la revalorización reivindicada, se vio obligado a reconsiderar su posición a causa de una sentencia del *Reichsgericht* de 28 de noviembre de 1923³⁵, por virtud de la cual, se actualizaba el valor de

³¹ Me estoy refiriendo específicamente a los encabezados por el independiente Wilhelm Cuno (22 de noviembre de 1922 - 12 de agosto de 1923), Gustav Stresemann (13 de agosto de 1923 - 3 de octubre de 1923 y 6 de octubre de 1923 - 23 de noviembre de 1923), perteneciente al *Deutsche Volkspartei* (DVP), y Wilhelm Marx (30 de noviembre de 1923 - 26 de mayo de 1924 y 3 de junio de 1924 - 15 de diciembre de 1924), dirigente del *Deutsche Zentrumspartei* (Zentrum).

³² E. KENNEDY, *Carl Schmitt en la República de Weimar...*, cit., p. 234, ha señalado el asesinato de Walter Rathenau (24 de junio de 1922) como el punto de inflexión del valor del marco alemán, que comenzó a desplomarse a partir de ese momento sin que el *Reichsbank* pudiese hacer nada por evitarlo. Vid. también J. M. BAÑO LEÓN, “Estudio preliminar”, cit., p. XLVII, y la bibliografía allí citada.

³³ M. L. HUGHES, “Economic Interest, Social Attitudes, and Creditor Ideology: Popular Responses to Inflation”, en G. D. FELDMAN (ed.), *Die Deutsche Inflation / The German Inflation Reconsidered: Eine Zwischenbilanz / A Preliminary Balance*, De Gruyter, Berlín, 1982, p. 387.

³⁴ *Ibid.*, p. 388.

³⁵ En lo que sigue, esta y otras resoluciones se citarán con arreglo a la Colección de sentencias del *Reichsgerichts* en materia civil (*Entscheidungsammlungen der Entscheidungen des*

una hipoteca contraída en “marcos de papel” con anterioridad a la guerra. El total desbarajuste económico y monetario provocado por esta resolución judicial –que se combinó a la sazón con serias amenazas para las instituciones políticas republicanas³⁶– obligó a renunciar a los instrumentos de gobierno habituales en una democracia parlamentaria:

Así, por primera vez a finales de septiembre de 1923, se procedería a declarar un Ausnahmezustand, en todo el territorio del Reich, que tendría continuidad en el primer Ermächtigungsgesetz del 13 de octubre de 1923, y el segundo Ermächtigungsgesetz del 8 de diciembre de 1923, hasta la disolución del Reichstag el 13 de marzo de 1924; de esta forma los canales usuales de la legislación quedaron suspendidos en favor de la «dictadura comisarial» del presidente prevista en el artículo 48³⁷.

Sobre este trasfondo –marcado por los antecedentes políticos y jurisprudenciales señalados, y por la grave crisis financiera que situó la inflación en cotas desconocidas hasta la fecha–, la ulterior sentencia del *Reichsgericht* de 4 de noviembre de 1925 terminaría haciendo época. A ello contribuiría el mantenimiento del pulso sostenido entre el gobierno del canciller Marx –que seguía oponiéndose a la revalorización exigida³⁸– y el propio *Reichsgericht* con el Dr. Walter Simons, su presidente, a la cabeza. En una declaración publicada en la *Juristische Wochenschrift* a principios de enero de 1924, el Dr. Simons advirtió (al canciller) de que una actuación normativa contraria a la revalorización pretendida sería susceptible de violar el principio de buena fe que informaba la contratación civil, así como el derecho a la propiedad privada consagrado en el art. 153 WRV. En concreto, la intervención del *Richterverein beim Reichsgerichtshof* (esto es, la asociación de los jueces integrantes del *Reichsgericht*) perseguía que las hipotecas y otras situaciones crediticias similares quedasen excluidas de la todavía insignificante revalorización que,

Reichsgerichts in Zivilsachen). La abreviatura empleada será “RGZ”. A continuación, se indicará el número de tomo y la página del mismo en la que comienza la sentencia. Cuando no coincida con la primera, se indicará entre paréntesis la página en la que se encuentra el pasaje citado. En esta ocasión, la referencia sería: RGZ 107, 78.

³⁶ F. SOSA WAGNER, *Maestros de Derecho Público (II)*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 67 y ss.

³⁷ E. KENNEDY, *Carl Schmitt en la República de Weimar...*, cit., p. 235.

³⁸ Al amparo del segundo *Ermächtigungsgesetz*, el primer gabinete de Wilhelm Marx había aprobado una reforma –el tercer *Steuernotverordnung* de 14 de febrero de 1924 (RGBl. I, pp. 74 y ss.)– que limitaba la revalorización de los marcos de papel devaluados a un 15% de media respecto del valor de un marco de oro no devaluado.

según la prensa nacional, preveía el nuevo proyecto de ley elaborado por el gobierno; de lo contrario, la estabilización de la moneda se lograría “a costa de los acreedores” de la clase media³⁹. La *Ley sobre la revalorización de hipotecas y otros derechos* finalmente aprobada en el verano de 1925⁴⁰ representó una mínima concesión en este sentido, al establecer una revalorización máxima de los créditos hipotecarios del 25%⁴¹.

La resistencia a aceptar el derecho de control judicial reivindicado por los tribunales ordinarios fue finalmente vencida cuando el *Reichsgericht* se pronunció sobre las pretensiones de un acreedor en relación con un préstamo formalizado con anterioridad a la gran inflación. En la célebre sentencia del 4 de noviembre de 1925, el alto tribunal alemán desestimó el recurso de casación interpuesto por un individuo que se negaba a pagar la diferencia entre los valores actualizado y nominal del dinero -50.000 marcos- que le había sido prestado (al 5% de interés) en 1909, y que había terminado restituyendo íntegramente en 1923, esto es, en pleno periodo hiperinflacionista. En cuanto la *Aufwertungsgesetz* entró en vigor, el prestamista interpuso una demanda civil para recuperar del deudor -el después recurrente en casación- una cantidad mayor de la que le había sido reintegrada dos años antes⁴². Habiendo fallado a su favor los órganos jurisdiccionales civiles de primera y segunda instancia⁴³, el *Reichsgericht* ratificó la decisión sin por ello renunciar al derecho a revisar la constitucionalidad de las leyes federales que solo tentativamente había ejercido en otras ocasiones.

³⁹ E. FORSTHOFF, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit. Ein Abriss*, W. Kohlhammer, 2ª ed., Stuttgart, 1961, p. 185. La controversia en torno a la revalorización terminaría dando lugar a una abundante bibliografía, entre la que cabe destacar los trabajos de M. WOLFF, “Reichsverfassung und Eigentum”, en AA. VV., *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923*, J. C. B. Mohr (P. Siebeck), Tübingen, 1923, pp. 3-30, así como todos aquellos citados por M. L. HUGHES, “Economic Interest, Social Attitudes...”, cit., pp. 384-408, o H. RITTSTIEG, *Eigentum als Verfassungsproblem. Zu Geschichte und Gegenwart des bürgerlichen Verfassungsstaates*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1975, pp. 262-265 y 269 y ss.

⁴⁰ *Gesetz über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen*, de 16 de julio de 1925 (RGBl. I, p. 117), más conocida como *Aufwertungsgesetz*.

⁴¹ Para más detalles al respecto, *vid.* S. OMLOR, *Geldprivatrecht: Entmaterialisierung, Europäisierung, Entwertung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, p. 458.

⁴² RGZ 111, 320.

⁴³ Se trataba, respectivamente, del *Landgericht II Berlin* y el *Kammergericht* correspondiente (RGZ 111, 320).

Tal y como se puede leer en la histórica sentencia, el *richterliches Prüfungsrecht* fue ejercido debido a los ataques públicos que la norma aplicable al caso, la ley de revalorización del año 1925, había sufrido desde su entrada en vigor⁴⁴. El problema, por tanto, el concreto peligro a conjurar, por usar la terminología de Carl Schmitt, estuvo originado por las dificultades experimentadas por el gobierno y una parte del *Reichstag* a la hora de confrontar una situación económica excepcionalmente adversa para la sociedad alemana de la época. Tales dificultades determinaron que la polémica descrita fuese reconducida al terreno judicial para garantizar, de este modo, una respuesta por parte de los poderes públicos acorde con las que habían sido caracterizadas como “las más elementales exigencias de equidad”. En semejante coyuntura, el tribunal se postuló sin ambages como el supremo intérprete de estas exigencias y, como corolario, de la propia Constitución: “Las controversias sobre el derecho civil condujeron a exigencias constitucionales por el poder juzgar y, en último término, a un conflicto que era más de tipo político que jurídico: ¿quién debía defender la Constitución?”⁴⁵.

3. ¿EL REICHSGERICHT COMO “GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN”?

La ausencia de una regulación expresa en relación con el control judicial de la constitucionalidad de las leyes federales se daba, en la república alemana alumbrada el año 1919, sobre el trasfondo de una intrincada multiplicidad de órganos (y formaciones) jurisdiccionales. Entre ellos sobresalía un *Staatsgerichtshof* dotado de ciertas facultades de control en relación con los *Länder*, o de la competencia de juzgar al canciller y a los ministros por las vulneraciones culposas de la WRV en que eventualmente hubiesen po-

⁴⁴ RGZ 111, 320 (322). Las dudas acerca de la constitucionalidad de la *Aufwertungsgesetz* reposaban sobre la supuesta contravención de los artículos 153 (derecho a la propiedad privada), 109.1 (principio de igualdad ante la ley), 105 (prohibición de tribunales de excepción y derecho a un juez predeterminado por la ley) y 134 (obligación general de contribuir a las cargas del Estado de acuerdo con los medios de cada uno) WRV (RGZ, 111, 320, 323). Según Ellen Kennedy el temor a que “justamente las clases de la población sobre las que se había asentado inicialmente el Estado resultaran ahora proletarizadas por una lectura conservadora del derecho” habría determinado la adopción de la resolución de que tan minuciosamente se ocupó Carl Schmitt en el trabajo aquí analizado (E. KENNEDY, *Carl Schmitt en la República de Weimar...*, cit., p. 235).

⁴⁵ *Ibid.*, p. 238.

dido incurrir (art. 59 WRV)⁴⁶. La heterogeneidad y la compleja regulación de las diferentes instancias judiciales no hacían en modo alguno imposible⁴⁷ una solución jurisdiccional de las violaciones de una norma constitucional eventualmente perpetradas por el *Reichstag*, pero impedían –en opinión de Schmitt–, ver en cualquiera de ellas un “guardián de la Constitución” por antonomasia⁴⁸. Por razones que sólo empezarán a entrecruzarse en las páginas sucesivas, Carl Schmitt trató de evitar con su distinción entre el derecho de control judicial, por una parte, y la salvaguardia de la Constitución, por otra, el recurso a los jueces y tribunales con motivo de *todas y cada una* de “las cuestiones dudosas y diferencias de opinión” en materia constitucional⁴⁹.

⁴⁶ Este tribunal especial había sido creado, con arreglo a los arts. 19, 108 y 172 WRV, por la Ley del *Staatsgerichtshof* (*Gesetz über den Staatsgerichtshof*), de 9 de julio de 1921 (RGBl, p. 905). Puede consultarse una más amplia descripción de esta jurisdicción estatal (*Staatsgerichtsbarkeit*) en E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789 (Band 6: Die Weimarer Reichsverfassung)*, Kohlhammer, Stuttgart, 1993, pp. 544 y ss. A muy grandes rasgos cabe señalar que el *Staatsgerichtshof* había sido erigido para resolver los conflictos que pudiesen suscitarse entre los “actores del proceso político”, por más que no tuviese su “fundamento, ni desde luego, su punto de partida, en la idea de la supremacía de la norma constitucional (...), con la consiguiente subordinación de todo el resto de la producción normativa a un control de constitucionalidad” (P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo...*, cit., pp. 128 y ss.).

⁴⁷ B. J. HARTMANN, “Das richterliche Prüfungsrecht unter der Weimarer Verfassung”, cit., pp. 161 y ss., ha explicado con cierto detalle los argumentos jurídicos tanto a favor como en contra del *richterliches Prüfungsrecht* que cabía extraer del propio articulado de la WRV.

⁴⁸ A su juicio, esta última cuestión debía buscar su sentido y orientación en las específicas amenazas y peligros que concretamente se deseaban conjurar [C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., pp. 66 y 72]. La aprobación formalmente regular de una ley federal materialmente inconstitucional, por ejemplo, suponía un problema diferente de los planteados por una situación económica excepcional o por la imposibilidad de legislar a causa de una extrema fragmentación parlamentaria. Riesgos de naturaleza diferente requerían inevitablemente “guardianes” también diferentes, y sometidos a específicas y distintas regularidades. Si, en su obra, existe una acentuada propensión a hablar de un único “guardián de la Constitución”, ello no se debe a que Carl Schmitt estimase oportuno o conveniente hacer frente a todos los desafíos de la maltrecha república bajo la égida de una única institución. Su peculiar postura en relación con el problema del “guardián de la Constitución” evolucionó entre los años 1929 y 1931 en una coyuntura extremadamente adversa para la estabilidad política del país (F. SOSA WAGNER, *Maestros de Derecho Público (II)*, cit., pp. 85-115) y en contacto con diversos intelectuales conservadores entre los que gozaba de especial consideración Johannes Popitz, quien publicaría un trabajo –titulado “*Wer ist Hüter der Verfassung?*” [C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., pp. 100 y ss.]- revelador de la gran sintonía entre ambos.

⁴⁹ Vid., por no citar más que uno sólo de los muchos pasajes que apuntan en la dirección pergeñada, C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 69,

Con tal restricción, el autor alemán no perseguía en modo alguno oponerse al control material de la constitucionalidad de las leyes federales por parte de los juzgados y tribunales ordinarios, sino solo a un desmedido ensanchamiento de las competencias de cualquiera de estos órganos al amparo del título que, dentro de su particular constelación conceptual, sólo a una “alta instancia política (*hochpolitische Instanz*) con un poder político especialmente intenso”⁵⁰ podía corresponder.

Con el objeto de aclarar un poco más esta cuestión, en lo que sigue se prestará especial atención a tres aspectos centrales del bosquejo del jurista germano. El primero de ellos tendrá que ver con los concretos conceptos de “Constitución” y “litigio constitucional” empleados por Carl Schmitt en el opúsculo de 1929; el segundo, con la específica construcción dogmática de la competencia “accesoria” y “ocasional” de los jueces y magistrados para revisar la constitucionalidad de las leyes federales; y el tercero, finalmente, con la valoración del control jurisdiccional efectivamente ejercido por el *Reichsgericht* en la histórica sentencia del año 1925.

3.1. Los conceptos de “Constitución” y “litigio constitucional”

En una destacada resolución del 15 de octubre de 1927, el *Staatsgerichtshof* se había arrogado abiertamente la competencia para resolver, de acuerdo con la WRV, los conflictos ante él planteados y se había autodenominado, además, “guardián de la Constitución”⁵¹. Semejante actuación podía ser interpretada en la línea de las tesis que abogaban a la sazón por un modelo concentrado de control de la constitucionalidad. A fin de justificar su disconformidad con semejante posibilidad, Schmitt dedicó algunas palabras a la estructura y el contenido de todo fallo judicial⁵². De acuerdo con su análisis de la significación del poder judicial en un Estado de Derecho, una jurisdicción o una justicia específicamente constitucionales serían jurisdicción o justicia sólo en apariencia y, en su caso, lo serían en muy otro sentido que la civil, la

donde se puede leer: ‘La Constitución en tanto que complejo unitario, los 181 artículos de la Constitución de Weimar con su variopinto contenido, las numerosas leyes de reforma constitucional [aprobadas] desde el año 1919 –todo lo cual compone el “contenido aleatorio de párrafos constitucionales escritos” – todo esto hay que diferenciarlo mejor antes de que se hable sin más de protección de “la” Constitución’ (énfasis añadido).

⁵⁰ Ibid., p. 70.

⁵¹ H. DREIER, “Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik”, cit., p. 358.

⁵² C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., pp. 73 y ss.

penal o la contencioso-administrativa. La Constitución no representaba un “ámbito de la actividad estatal” como el de la resolución jurídica de disputas civiles, el de la aplicación de penas o el de la impugnación de resoluciones administrativas. Tales ámbitos de la actividad estatal estaban caracterizados por decisiones judiciales consistentes en la subsunción de ciertos acontecimientos en el supuesto de hecho enunciado en una norma preexistente a los mismos. Esta subsunción típicamente judicial era precisamente lo que, sin embargo, no siempre permitían efectuar las normas constitucionales⁵³. ¿Qué impedía, según el autor alemán, la debida subsunción judicial?

Según el autor de *Verfassungslehre*, en un Estado de Derecho no resulta posible deducir el contenido de actos de naturaleza política como la legislación de las determinaciones constitucionales que la vinculan materialmente. La decisión que despeja la duda sobre el contenido de un enunciado constitucional rara vez puede ser colegida; no aparece, en principio, como decisión judicial alguna⁵⁴. Como consecuencia del peculiar concepto de Constitución que se expondrá a continuación, Carl Schmitt rechazaría de entrada cualquier asimilación de las decisiones acerca del contenido de una ley con las que, como las resoluciones judiciales, tienen lugar sobre la base de una ley: la disputa relativa al contenido de una decisión legislativa no era, en su opinión, justiciable porque no se podía resolver a través de una decisión judicial, sino sólo de una decisión política del legislador federal (el *Reichstag*)⁵⁵. Una excesiva formalización jurídica de estas cuestiones amenazaba con oscurecer el significado material de la función a realizar por el legislador en el marco de un sistema de gobierno parlamentario, y con convertir a un tribunal o

⁵³ Ibid., p. 79.

⁵⁴ De darse una duda razonable a propósito del contenido de la norma constitucional, la primera (la duda razonable) casi nunca se deja resolver por referencia a la segunda (la norma constitucional), sino que surge una “alternativa sencilla y convincente”: bien se produce una contradicción *evidente* entre la norma legal y el enunciado (y, por consiguiente, el tribunal que determine completa y expresamente esta vulneración ejerce lo que Carl Schmitt llama aquí una “justicia vindicativa del tipo de la justicia penal”), bien la norma constitucional resulta en sí misma tan poco clara que no cabe fundar sólidamente una duda sobre la contradicción de una ley con la misma ni puede un tribunal hablar de vulneración (incluso aunque políticamente sus integrantes puedan tener una opinión distinta que la del legislador). Un tribunal se haría sospechoso de fungir como legislador en caso de estimar claros preceptos de la Constitución de contenido dudoso, ya que, en tales circunstancias, la suya no aparecería como una argumentación jurídicamente irrefutable, sino como una “decisión” destinada a suprimir autoritariamente una duda (ibid., pp. 80 y s.).

⁵⁵ Ibid., p. 78.

corte constitucional en un verdadero órgano político. El “centro de gravedad del fallo político se halla situado en la legislación”, sentenciaría años más tarde Schmitt para resumir esta concepción⁵⁶.

¿Qué ocurría entonces con el derecho de control judicial reivindicado por los juzgados y tribunales ordinarios de la república? ¿Debía ser rechazado conjuntamente con las pretensiones manifestadas por el *Staatsgerichtshof*? A la luz del “concepto de Constitución en sentido positivo” elaborado por el jurista alemán, esta última en ningún caso podía ser entendida como el “objeto⁵⁷ de un proceso” judicial. La Constitución “en su sustancia positiva” era para él algo más que una norma jurídica, era una decisión política concreta sobre el tipo y forma de existencia política –a saber, forma de Estado republicana, forma de gobierno parlamentaria, organización territorial federal y Estado burgués de Derecho– que formaba “el supuesto básico para todas las ulteriores regulaciones”⁵⁸. De la Constitución “en su sustancia positiva” había que distinguir, sin embargo, un concepto relativo de Constitución determinado por su estricta formalidad jurídica; carácter escrito y procedimiento dificultado de reforma resumían suficientemente los rasgos identificativos de las “leyes constitucionales (*Verfassungsgesetze*)” representativas de esta noción. El texto constitucional integraba así un núcleo de normas expresivo de las decisiones fundamentales del pueblo alemán⁵⁹ y una periferia de pre-

⁵⁶ C. SCHMITT, *El defensor de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 52.

⁵⁷ Carl Schmitt confunde aquí el objeto del proceso con lo que se conoce como “parámetro (*Maßstab*)” de control de la constitucionalidad (B. J. HARTMANN, “Das richterliche Prüfungsrecht unter der Weimarer Verfassung”, cit., p. 155). En rigor, el objeto de la controversia constitucional nunca es la norma constitucional, sino la norma o acto cuya constitucionalidad se cuestiona (P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo...*, cit., pp. 78 y ss.).

⁵⁸ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Duncker&Humblot, 5ª ed., Berlín, 1970, p. 24.

⁵⁹ Este núcleo se erigía sobre “ciertas cualidades prepolíticas” (U. K. PREUSS, “Political Order and Democracy: Carl Schmitt and His Influence”, cit., p. 169) expresadas por el poder constituyente alemán en una decisión de conjunto sobre la forma de la unidad política. La persistencia del Estado no reposaba por ello para Carl Schmitt en norma alguna, sino en un “hecho existencial de la vida colectiva” (E.-W. BÖCKENFÖRDE, “Der Begriff des Politischen als Schlüssel...”, cit., p. 288), es decir, se basaba en consideraciones políticas que en modo alguno habrían podido contribuir a aliviar una situación de crisis parlamentaria en la que, tal y como M. WEBER, *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland: zur politischen Kritik des Beamtentums und Parteiwesens*, Duncker&Humblot, Munich, 1918, pp. 99 y ss., había anticipado proféticamente, los gobiernos no estaban en condiciones de llevar a la práctica su programa de gobierno y eran derribados sin que ningún otro fuese capaz de sustituirlos. *Vid.*, a propósito de la influencia de Max Weber sobre Carl Schmitt, G. GÓMEZ ORFANEL,

ceptos de la más variada índole⁶⁰. Pues bien, el caso es que estas leyes constitucionales marginales (o, cuando menos, algunas de ellas) sí toleraban un “simple control jurisdiccional accesorio que, permaneciendo estrictamente dentro de los límites de una decisión procesal civil, penal o administrativa, bien salvaguarda de una forma puramente defensiva su propia esfera constitucional [bien] se infiere en caso de colisión entre normas sustantivas de la inmediata vinculación del juez al supuesto de hecho de una norma general”⁶¹. Que el “derecho de control judicial” así demarcado tuviese un carácter “accesorio” significaba que no distaba mucho de la comprobación (efectuada por cualquier autoridad pública) de los requisitos de la actividad (principal) a realizar, de tal manera que el control material de la constitucionalidad quedaba relegado en todo caso a un plano secundario: el consistente en verificar que la sentencia en el caso concreto se iba a dictar con arreglo a los límites competenciales⁶² del juzgado o tribunal correspondiente.

Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 89 y ss.

⁶⁰ Así, por ejemplo, dentro del conjunto de garantías (*Gewährleistungen*) constitucionales presentes en la segunda parte de la WRV, Schmitt llegó a diferenciar entre: derechos de libertad de los individuos, derechos políticos de los ciudadanos, derechos de los individuos a prestaciones positivas de tipo social o cultural por parte del Estado, derechos de las corporaciones de derecho público frente al Estado, garantías institucionales, garantías de instituto y garantías del *status quo* de una determinada situación jurídica o de determinados derechos (C. SCHMITT, “Grundrechte und Grundpflichten (1932)”, en Id. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Duncker & Humblot, 4ª ed., Berlín, 2003, pp. 206-217).

⁶¹ C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 83. Esta conclusión parcial se encuentra tanto implícita como explícitamente respaldada por otras afirmaciones realizadas por Carl Schmitt en la primera mitad del escrito que se viene analizando. Así, por ejemplo, al definir la “Constitución en su sustancia positiva”, el autor alemán sostiene que guardián de la Constitución en tal sentido “sólo puede ser una alta instancia política con un poder político especialmente intenso. Otra cuestión es (...) de qué manera puede ser protegido el efecto estabilizador y conservador de ciertas normas legal-constitucionales particulares frente al legislador ordinario, es decir, la salvaguarda de intereses y derechos a los que la Asamblea Nacional o una mayoría capaz de reformar la Constitución decidieron conceder una protección suprallegal frente a la mayoría parlamentaria” (ibid., p. 70). Asimismo, en una ulterior nota al pie llamativamente larga, Schmitt (ibid., p. 80) afirmará sin ambages que un “juez puede con ocasión de un proceso dejar de aplicar una norma, pero sólo porque la prece de otra norma vinculante bajo cuyo tipo debe subsumir el caso controvertido. En eso se basa el ejercicio del control jurisdiccional (ley constitucional como norma superior frente a la ley ordinaria; ley federal como norma superior a la ley regional)”.

⁶² Lejos de ostentar un valor meramente descriptivo, por ende, la distinción entre “Constitución (*Verfassung*)” y “ley constitucional (*Verfassungsgesetz*)” sostenida por el autor alemán despliega en el opúsculo de 1929 una evidente relevancia funcional (U. K. PREUSS,

Los argumentos expuestos permiten concluir que Carl Schmitt era partidario de una *judicial review*⁶³ ejercida dentro de los límites estrictamente marcados por su peculiar concepción del Estado burgués de Derecho. Como se expondrá a continuación, el autor alemán no sólo no rechazaría un ejercicio moderado de tal facultad por parte de los órganos judiciales de la República, sino que incluso llegaría a considerarlos como las instituciones idóneas para garantizar la vigencia de una buena parte de las disposiciones recogidas en la célebre segunda parte de la WRV.

Carl Schmitt se ocupó en la segunda mitad de su opúsculo de aclarar los límites precisos dentro de los cuales debía ser ejercido el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. El enfoque adoptado por el jurista alemán atendió en todo momento a “la posición de la justicia frente al *legislador* y [a] la relación entre dos diferentes poderes”⁶⁴, confirmando de esta forma la aludida relevancia funcional de la distinción entre “Constitución” y “ley constitucional”. Que esta competencia “accesoria” debiese ser ejercida de modo incidental y conforme a las posibilidades de cada juez, es decir, en forma difusa⁶⁵, ya no revestirá tanto interés en lo que sigue. A mi juicio, la segunda parte del trabajo de 1929 importa sobre todo por haber puesto cla-

“Political Order and Democracy: Carl Schmitt and His Influence”, cit., pp. 167 y ss.). Ello se debe a que la distinción en cuestión viene a operar como criterio capital para la identificación de un verdadero “litigio constitucional (*Verfassungsstreitigkeit*)” [C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 74] y, por consiguiente, para la determinación de los límites competenciales de los diferentes poderes del Estado legítimamente implicados en una eventual disputa sobre la constitucionalidad material de las leyes federales, a saber, la judicatura y el *Reichstag*.

⁶³ Por más que Carl Schmitt no llegase a emplear la expresión “*judicial review*” en el opúsculo aquí analizado, la utilización de la fórmula anglosajona para traducir “derecho de control judicial” viene avalada por afirmaciones como: “Ya el ejercicio del derecho de control judicial por parte del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América (...)” [C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 79]. Otros autores (como, p. ej., C. J. FRIEDRICH, “The Issue of Judicial Review in Germany”, cit., o M. STOLLEIS, “Judicial Review, Administrative Review...”, cit.) también han empleado con naturalidad la categoría inglesa para referirse a la actuación del *Reichsgericht* que motivó la reflexión de Carl Schmitt. Cfr. *infra*, pp. 170 y s.

⁶⁴ C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 83.

⁶⁵ Los efectos del derecho de revisión judicial apenas rebasarían, por tanto, la disputa jurídica existente. La toma de posición en favor de la aplicación o la inaplicación de la ley ordinaria no tendría eficacia *erga omnes*; se reduciría a la puesta en circulación de un nuevo precedente judicial. Vid., al respecto, B. J. HARTMANN, “Das richterliche Prüfungsrecht unter der Weimarer Verfassung”, cit., p. 157. En consecuencia, la inaplicación de la ley al proceso concreto objeto del fallo únicamente terminaría teniendo “para las decisiones de otras ins-

ramente de manifiesto que la cuestión primordial no radicaba sin más para Carl Schmitt en quién debía salvaguardar la Constitución, sino en la particular operatividad de las concretas garantías disponibles en el contexto de crisis pergeñado. Esto sugeriría –en la línea con lo sostenido por Ingeborg Maus y otros– que Carl Schmitt no fue un simple “conservador tradicional”⁶⁶, sino que entendió adecuadamente los problemas políticos y jurídicos planteados por el “capitalismo organizado”⁶⁷ e hizo todo lo posible por preservar los va-

tancias (...) un efecto de precedencia más o menos calculable” (C. SCHMITT, *El defensor de la Constitución*, cit., p. 55).

⁶⁶ I. MAUS, “Zur “Zäsur” von 1933 in der Theorie Carl Schmitts”, cit., pp. 113 y ss. Vid., en el mismo sentido, U. K. PREUSS, “Political Order and Democracy: Carl Schmitt and His Influence”, cit., pp. 159, quien diferencia a Carl Schmitt de los intelectuales ultraconservadores y reaccionarios que lamentaban la abolición de la monarquía y cultivaban un hostil resentimiento hacia la república democrática. Por su parte, autores como G. MASCHKE, “Die Zweideutigkeit der „Entscheidung” - Thomas Hobbes und Juan Donoso Cortés im Werk Carl Schmitts”, en H. QUARITSCH (ed.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Duncker&Humblot, Berlín, 1988, p. 202, o, más recientemente, J. M. BAÑO LEÓN, “Estudio preliminar”, cit., p. XIX, han subrayado las diferencias “esenciales” entre Carl Schmitt y “teóricos del conservadurismo contrarrevolucionario” como Bonald, de Maistre y, sobre todo, Donoso Cortés.

⁶⁷ Esta afirmación podría ilustrarse a través de su interesante análisis de la función social de la *United States Supreme Court*. Baste señalar como indicación al respecto que, para Carl Schmitt, la “peculiaridad más eminente y genuinamente fundamental de esta *Supreme Court* consiste, sin duda, en que, con ayuda de ciertos principios generales, abusivamente designados como «normas», y de ciertos criterios fundamentales, se comprueban la equidad y razón de ser de la ley y, en caso necesario, se declara ésta inaplicable. El Tribunal es apto para ello porque, en realidad, aparece frente al Estado como *protector de una ordenación social y económica indiscutible por naturaleza*. Como R. Gneist ha dicho con certera frase, ejerce frente al Estado ‘un poder trascendente’” (C. SCHMITT, *El defensor de la Constitución*, cit., pp. 45 y s. [énfasis añadido]). La situación alemana de la época –con su marcada conflictividad social y la enorme inestabilidad económica concomitante a la cabeza– no podía encontrarse más lejos de la experiencia norteamericana. El tribunal norteamericano había podido defender contra el legislador los principios de la ordenación social y económica del pueblo de los Estados Unidos, porque esta podía ser considerada “como la ordenación suprema y como la verdadera Constitución” (ibid., p. 47) de la nación. Vid., en relación con los diferentes “paradigmas” constitucionales empleados por la *Supreme Court* norteamericana a lo largo de su historia, L. POMED SÁNCHEZ, “Estudio preliminar”, en E. LAMBERT, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos: la experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. XXI y ss. Por el contrario, la WRV sólo contenía en su segunda parte fórmulas ambiguas que incluso tomaban frecuentemente en consideración puntos de vista contradictorios [C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 82]. Sustraerlos a la discusión política, delegando en el juez decisiones cuya razonabilidad y justicia siempre cabría cuestionar, no sólo habría significado vulnerar los presupuestos fundamentales de un Estado de Derecho, sino que habría podido generar

lores del orden liberal decimonónico en el marco de una neófita democracia de masas. Desde esta perspectiva, la aceptación explícita de un control material de la constitucionalidad planteaba una cuestión ineludible: ¿hasta dónde debía llegar, de acuerdo con los postulados del Estado burgués de Derecho, esa competencia accesoria y ocasional que los jueces siempre tienen ya?

3.2. Delimitación general de la competencia “accesoria” y “ocasional” de los juzgados y tribunales ordinarios

Para Schmitt eran dos los supuestos en los que, en términos generales, los jueces y tribunales ordinarios de la República de Weimar podían ejercer lícitamente el “derecho de control judicial”.

El argumento en favor del *richterliches Prüfungsrecht* se desprendía, en primer lugar, de la distinción (típicamente decimonónica) entre legislación y justicia característica de la Constitución de cualquier Estado de Derecho. De acuerdo con la misma, los juzgados se configuraban como instancias estatales independientes merced a su estricto sometimiento a leyes concebidas como normas generales. Tal independencia se veía seriamente comprometida tan pronto como estas normas jurídicas dejaban de ser generales e impedían con ello la subsunción de los hechos probados en tipos jurídicos genéricos. La primera modalidad del derecho de control judicial a ejercer por los órganos jurisdiccionales era, por consiguiente, de tipo defensivo y se apoyaba en el axioma liberal que veía en la generalidad de la ley la mayor garantía para la libertad individual⁶⁸. La potestad judicial de revisar los presupuestos de la propia actividad se dirigía entonces particularmente contra peligros como, por ejemplo, la “justicia de gabinete, la sustracción al juez legal, los tri-

una inestabilidad política todavía mayor que la más arriba descrita; de ahí que, aun ejerciendo una competencia perfectamente homologable a la descrita por el *Chief Justice* Marshall en el célebre *mandamus case* [5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803)], el *Reichsgericht* alemán fuese “más cuidadoso” y argumentase “menos categóricamente (*weniger prinzipiell*)” [C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 90, n. 54] que el tribunal norteamericano. Cfr. *infra*, pp. 170 y s.

⁶⁸ En 1931, finalmente, C. SCHMITT, *El defensor de la Constitución*, cit., p. 50, abogaría explícitamente por admitir un “derecho de control judicial (defensivo) para garantizar la posición constitucional de la justicia”. Sobre la obsesión liberal por evitar el privilegio, la discriminación y la arbitrariedad, *vid.* A. BERGARECHE GROS, “La Costituzione in senso materiale: l’importanza della realtà dell’organizzazione”, en A. CATELANI y S. LABRIOLA (coords.), *La Costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un’idea*, Giuffrè Editore, Milán, 2001, p. 371.

bunales de excepción, etc.”⁶⁹. Dado que la conservación de sus competencias se hallaba entre las potestades de cualquier poder constitucional, al rechazar la aplicación de las normas que las desconociesen estarían los jueces y tribunales actuando efectivamente como guardianes, pero no de la Constitución en su conjunto, sino de una parte muy específica de una Constitución liberal, a saber, de la que garantizaba la independencia judicial.

En el marco de la jurisprudencia existía, para Carl Schmitt, una segunda posibilidad de control material de las leyes federales: la consistente en proteger, frente a estas, los intereses que hubiesen encontrado la protección de una mayor fuerza jurídica a través de una garantía legal-constitucional. De esta forma, el jurista alemán ponía rumbo hacia la problemática que en páginas precedentes se denominó “relación dialéctica existente entre Constitución y jurisdicción constitucional”.

A los redactores de la Constitución de Weimar les había parecido imprescindible proteger ciertas “minorías frente a las alternantes mayorías parlamentarias”, y asegurar frente a ellas diversos intereses y valores. Con lo que Schmitt motejaría recelosamente como “más o menos instinto político”, la Asamblea nacional constituyente (la *Nationalversammlung*) había intentado sustraer determinados asuntos a la alternancia política, dotando de rango constitucional intereses y valores que hasta la fecha no habían ocupado sino al legislador ordinario. Tales intereses y valores no podían ser directamente identificados con la “Constitución en sentido positivo”, es decir, con aquello que había sido definido, en su substancia positiva, como “una decisión política concreta sobre el tipo y la forma de la existencia política (república, democracia parlamentaria, Estado burgués de Derecho, organización federal)”⁷⁰. Con las regulaciones legal-constitucionales aludidas se perseguía proteger frente al legislador únicamente el efecto socialmente estabilizador y conservador de *determinadas* normas incluidas en la célebre segunda parte de la WRV. ¿A qué valores e intereses, de entre los muchos enunciados entre los arts. 109 y 165 WRV, se entendía entonces concedida por parte de la *Nationalversammlung* la protección de una fuerza *supra*-legal?⁷¹

Esta espinosa cuestión no fue explícitamente contestada por Carl Schmitt en el opúsculo aquí analizado. A decir verdad, en el texto de 1929 hay indicios suficientes como para reconstruir hermenéuticamente la respuesta, pero

⁶⁹ C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., pp. 86 y ss.

⁷⁰ Ibid., pp. 68 y ss.

⁷¹ Ibid., p. 70.

el autor alemán en ningún momento especificó con claridad qué preceptos constitucionales podían llegar a conformar el parámetro de control de la constitucionalidad a emplear por los jueces y tribunales ordinarios.

El primero de los indicios aludidos, consiste en que la protección de estos intereses y valores a través del derecho de control judicial nada tuviese que ver con la garantía jurisdiccional de una Constitución concebida como norma jurídica⁷². Para Schmitt, la potestad en cuestión se configuraba en todo caso como un accesorio de la “situación de necesidad (*Notstande*)”⁷³ en la que se encontraba el juez, quien no tenía, por así decirlo, “la particular tarea de controlar al legislador”. Ello implicaba que el ejercicio del derecho de control judicial debía partir siempre de una premisa básica: en caso de duda, la ley ordinaria debía reputarse válida, porque era al legislador y no al juez al que correspondía tomar la decisión controvertida; en tiempos críticos y movidos, la justicia no podía dirimir conflictos sociales y políticos. Sólo en caso de no albergar dudas acerca de la efectiva incompatibilidad material de la ley ordinaria con la constitucional estaba el juez o magistrado obligado a subsumir el caso en la segunda, que era así antepuesta a la primera sin que ello permitiese hablar de una jerarquía de normas o instituciones⁷⁴. El principio rector de esta actuación no era la superioridad institucional del órgano jurisdiccional frente al legislador, sino su estricto sometimiento a las normas conformadoras del orden social constitucionalmente garantizado. La cuestión era, así las cosas, esta: ¿en qué casos podía ser descartada la duda?

Esta pregunta conduce al segundo de los indicios anunciados, el cual resulta de la problemática planteada por la segunda parte de la WRV. Esta había sido descalificada en su conjunto por Schmitt a causa de su condición de “compromiso de fórmula dilatoria” al que cabía imputar “las más importantes dudas”⁷⁵ y divergencias de opinión en materia constitucional. Para el autor alemán, bajo el rótulo “Derechos y deberes fundamentales de los alemanes”, se reunía una serie de programas inspirados en los más distintos contenidos y convicciones políticas, sociales y religiosas: “Garantías individualistas burguesas de libertad personal y propiedad privada, puntos de programa socialista y Derecho natural católico han sido mezclados en una

⁷² Cfr. H. KELSEN, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en Id., *Estudios sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, pp. 115 y ss.

⁷³ C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 87.

⁷⁴ Ibid., pp. 88 y s.

⁷⁵ Ibid., p. 82.

síntesis con frecuencia confusa”⁷⁶. Esta situación hacía en principio impensable un ejercicio del derecho de control judicial en relación con cualquiera de los intereses y valores recogidos en los artículos comprendidos entre el 109 y el 165 WRV, ya que aquel requería, para no constituir una actuación judicial *ultra vires*, la ausencia de dudas o discrepancias acerca de la compatibilidad de la ley ordinaria con el texto constitucional. Sin embargo, el fallido intento de compromiso entre las aspiraciones liberal-burguesas y las socialistas se encontraba reflejado de tal forma en el texto constitucional que las reformas sociales sólo “se introdujeron en parte, y en parte se proclamaron como programa, [...] mientras que no se extrajeron consecuencias políticas específicas de los principios del socialismo. La decisión fundamental recayó por completo a favor del Estado burgués de Derecho y de la democracia constitucional”⁷⁷.

En el contexto de las numerosas “continuidades” efectivas en la República de Weimar, esta afirmación revelaba un importante rasgo de la judicatura de la época. Puesto que el dilema de principio no se había podido soslayar, en la situación dada había terminado por imponerse el *statu quo* social, es decir, la ordenación burguesa de la sociedad, toda vez que la decisión alternativa (representada por una llamada a la revolución practicada a la manera soviética) había sido rechazada expresamente incluso por los socialdemócratas⁷⁸. En coherencia con este escenario, la judicatura sólo continuaba (y debía continuar) haciendo valer el orden existente, tal y como sugería la circunstancia de que la problemática del derecho de control judicial hubiese surgido en conexión con una norma atinente al derecho de propiedad enunciado en el art. 153 WRV⁷⁹. Según Schmitt, esta circunstancia no permitía ver en la actuación de los juzgados y tribunales una suerte de “justicia de clase (*Klassenjustiz*)”, puesto que sería acorde con la naturaleza de las cosas que, “allí donde no ha recaído una decisión clara y unívoca en favor de un nuevo principio, el orden existente siga operando con sus principios y se haga valer judicialmente”⁸⁰. De todo lo dicho cabía concluir que sólo la amenaza de los valores e intereses del liberalismo decimonónico –propiedad privada, heren-

⁷⁶ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 34.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 31.

⁷⁸ M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Recht in Deutschland...*, cit., p. 78

⁷⁹ Vid., al respecto, C. J. FRIEDRICH, “The Issue of Judicial Review in Germany”, cit., p. 196; H. WENDENBURG, *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit...*, cit., pp. 50 y 90; o M. STOLLEIS, “Judicial Review, Administrative Review...”, cit., p. 271.

⁸⁰ C. SCHMITT, “Grundrechte und Grundpflichten (1932)”, cit., p. 198.

cia, libertades de comercio, contrato e inversión, etc.– protegidos por medio de una garantía legal-constitucional podía despejar las dudas que restringían el ejercicio de la novedosa potestad de control, ya que “sólo el compromiso con la libertad individual [era] capaz de generar el status político de Weimar y satisfacer su teoría del Estado y la Constitución absolutos”⁸¹.

Aclarado lo que antecede, la última cuestión radicaba en dirimir si, en su decisión del 4 de noviembre de 1925, el *Reichsgericht* había respetado los estrechos límites de su competencia de control de la constitucionalidad de las normas válidamente aprobadas por el *Reichstag*.

3.3. Los límites del control judicial de la constitucionalidad de las leyes federales

En opinión de Carl Schmitt, el alto tribunal alemán no había ejercido en la sentencia mencionada más que un control de la constitucionalidad accesorio y ajustado a los límites impuestos por los postulados del Estado burgués de Derecho. A su juicio, el respeto de los principios liberal-burgueses se derivaba sin asomo de duda de tres afirmaciones extraídas de la célebre sentencia del año 1925.

En primer lugar, el *Reichsgericht* había formulado una proposición basada por completo en el principio de jerarquía normativa⁸² inherente a la idea de Estado de Derecho. Que el juez estuviese sometido al imperio de la ley (art. 102 WRV), no debía excluir que “a una ley federal o alguna de sus determinaciones individuales se las pueda privar de validez en tanto se encuentren en contradicción con otros preceptos precedentes vinculantes para el juez”⁸³. Como consecuencia de esta primera proposición, el juez ordinario tenía que dejar sin aplicación cualquier nueva ley ordinaria contraria a una norma anterior de mayor rango para aplicar preferentemente la segunda: la constatación de una contradicción sólo podía conducir a la inaplicación de la

⁸¹ B. A. SCHUPMANN, *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory...*, cit., p. 174. Vid. igualmente J. MEIERHENRICH, “Fearing the Disorder of Things...”, cit., p. 193, para quien el planteamiento de Carl Schmitt ‘no dejaba lugar a dudas: “clara y estricta separación” de esferas vitales, de Estado y sociedad (*was unambiguous: “clear and strict separation” of spheres of life, of state and society*)’.

⁸² Carl Schmitt parece incurrir aquí en una contradicción con lo dicho *supra*, p. 168, n. 74. Vid., a propósito de la relación entre control y jerarquía normativas, B. J. HARTMANN, “Das richterliche Prüfungsrecht unter der Weimarer Verfassung”, cit., p. 155.

⁸³ C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 90.

ley federal reputada inconstitucional, pero no a su anulación. Esta primera proposición planteaba, como corolario, una ulterior duda precisada de aclaración: ¿en qué casos se debería proceder de esta manera?

A tal fin se había formulado la segunda de las proposiciones anunciadas. Según esta, a una ley federal se le podía negar la aplicación al caso concreto cuando se produjese una contradicción material entre dicha norma y una o varias *leyes constitucionales*, sin que hubiesen concurrido los requisitos prescritos por el artículo 76 WRV para la reforma constitucional. La contradicción debía ser manifiesta, por lo que –matizaría Schmitt– no cabría revisión judicial de una ley federal sobre la base de su incompatibilidad ni con los principios básicos de la Constitución, ni con los principios del Estado de Derecho –separación de poderes y derechos fundamentales–⁸⁴. De conformidad con lo dicho en el apartado previo⁸⁵, sólo ciertas determinaciones legal-constitucionales permitían la necesaria subsunción y, por ende, el ejercicio del derecho de control judicial. Dejando a un lado la nebulosa distinción entre estas determinaciones legal-constitucionales y los derechos fundamentales enunciados en la WRV, el problema de la propuesta de Carl Schmitt radicaba en que sólo podía funcionar cuando (o precisamente porque) al juez o tribunal se le suponía una clara conciencia del contenido –heredado– de tales determinaciones. Algunos años más tarde concedería el jurista alemán que:

“[una] segunda cuestión se plantea cuando se trata de determinar hasta qué punto es posible otorgar al juez una cierta libertad de movimientos y señalar un campo de acción para su arbitrio en el sector privado, en virtud de conceptos imprecisos y generales, con referencia a las normas de la buena fe o las costumbres mercantiles. Relaciones relativamente estables y conceptos sociales fijos pueden procurar una escala de valores y una sujeción suficientes. También en el sector del Derecho público, particularmente en materias administrativas y hasta gubernativas, existe la posibilidad de conceptos imprecisos desde el momento en que la situación que presupone cada norma puede encontrar una regulación suficientemente clara y segura en las opiniones de los jurisconsultos y en la jurisprudencia, aunque no exista decisión expresa de la legislación o del Gobierno. En todos los casos, los fundamentos del control y de la decisión judicial han de ser normas que permitan una subsunción precisa y delimitada”⁸⁶.

⁸⁴ Ibid., p. 92.

⁸⁵ Vid. supra, pp. 162 y s.

⁸⁶ C. SCHMITT, *El defensor de la Constitución*, cit., p. 53.

Por último, tampoco cabría la revisión judicial de una ley federal ordinaria sobre la base de su compatibilidad material con los rasgos típicos de la ley en un Estado de Derecho⁸⁷ ni, desde luego, la de las leyes promulgadas con arreglo al procedimiento del artículo 76 WRV⁸⁸.

Las dos proposiciones formuladas se apoyaban sobre una tercera que cabía sobreentender a la luz del conjunto de la regulación constitucional weimariana: “Puesto que la Constitución no contiene ninguna disposición según la cual la decisión sobre la constitucionalidad de una ley federal se hubiese sustraído a los tribunales para entregársela a otro órgano, debe ser reconocido el derecho y el deber del juez a comprobar la constitucionalidad de las leyes federales”⁸⁹. Esta circunstancia sólo podía ser modificada a través de la aprobación de una ley con arreglo a lo dispuesto en el art. 76 WRV; sólo una reforma constitucional podía excluir efectivamente cualquier tipo de intervención por parte del tribunal.

De lo dicho se desprende con claridad que Schmitt únicamente estaba en contra de un tribunal que pudiese llegar a determinar “las líneas directrices de la política y el contenido de las leyes”⁹⁰. El principal peligro que trataría de conjurar Carl Schmitt con el opúsculo analizado, por consiguiente, no sería tanto el de que se llegase a producir una excesiva formalización jurídica de la materia política como el de que la judicatura abandonase la neutralidad política, que hacía de ella un valioso contrapeso frente al pluralismo político tan temido por el jurista alemán⁹¹. Para él resultaba improbable que, desde

⁸⁷ Cfr. G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz: Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, Verlag von Otto Liebmann, Berlín, 1925.

⁸⁸ En su caso, aquí nos encontraríamos en el terreno de lo que Schmitt caracterizaría como quiebras constitucionales ilícitas y actos apócrifos de soberanía (C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 93).

⁸⁹ *Ibid.*, p. 94.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 98.

⁹¹ En este sentido es significativa la apelación, en las últimas líneas del opúsculo, a la afirmación de Guizot –paradigmático representante del pensamiento jurídico liberal-burgués– según la cual con semejantes intentos de formalización jurídica “la política no tendría nada que ganar y la justicia todo que perder” (*ibid.*, p. 100). Vid., en relación con la prohibición (recogida en el art. 20.a de la *Grundgesetz*) de que los órganos judiciales decidan con criterios propios en materia de política social, D. MURSWIEK, *Die Staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik. Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985, p. 56, quien habría acuñado la plástica fórmula de «cláusula del miedo (*Angstklausel*)» para referirse a dicha prohibición. En nuestro país este tema ha sido abordado por J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “La forma de vincular de los preceptos del Capítulo tercero del Título I de la Constitución Española”, en M. RODRÍGUEZ-

un “punto de vista práctico-político”, un *Reichsgericht* respetuoso de las premisas anunciadas pudiese llegar a sustraer competencias al Parlamento en un caso serio⁹². Sobre un trasfondo social inevitablemente conflictivo y que, a su entender, había convertido al *Reichstag* en un órgano completamente disfuncional desde el punto de vista político e institucional, a Carl Schmitt no le preocupaba la preservación de la esfera competencial de aquél. Más que como manifestación de una sentida preocupación democrática, su pretensión de “corrección funcional” constituía un intento de preservar los elementos de neutralidad del Estado en un contexto de “policracia” que amenazaba con subvertir la concreta ordenación social por la que, en 1919, se había decantado el soberano alemán.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Para finalizar se efectuará una serie de consideraciones que conecten estas líneas con futuras investigaciones. En el trabajo de 1929 aquí analizado, Carl Schmitt esbozó para la República de Weimar una *judicial review* de “importancia muy moderada si se la compara con el derecho de control del Tribunal americano”⁹³, pero perfectamente orientada hacia la protección de algunos de los valores recogidos en la WRV. A tal fin, el jurista alemán definiría con claridad la procedencia (carácter incidental y difuso), el objeto (leyes federales) y los efectos (inaplicación al caso concreto de la ley ordinaria controvertida) del control de constitucionalidad. La determinación del parámetro a emplear, sin embargo, habría quedado un poco difuminada en la necesidad práctica de preservar ciertos intereses legal-constitucionales especialmente protegidos⁹⁴.

¿Suponía esto que los juzgados y tribunales estuviesen facultados para hacer valer contra el legislador todos y cada uno de los derechos recogidos en la parte dogmática de la Constitución? No parece que quepa afirmar tal cosa: *desde un punto de vista estrictamente positivo*, el derecho de control judi-

PIÑERO Y BRAVO-FERRER, y M. E. CASAS BAAMONDE (dirs.), M. PÉREZ MANZANO e I. BORRAJO INIESTA (coords.), E. ARNALDO ALCUBILLA y J. REMÓN PEÑALVER (eds. lit.), *Comentarios a la Constitución española*, vol. 1, tomo 1, Boletín Oficial del Estado / Tribunal Constitucional / Wolters Kluwer / Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, p. 1.491, entre otros.

⁹² C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 95.

⁹³ C. SCHMITT, *El defensor de la Constitución*, cit., pp. 47 y s.

⁹⁴ C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 100.

cial ejercido por el *Reichsgericht* se movía, en opinión del autor alemán, “en un ámbito más reducido” que la *judicial review* norteamericana⁹⁵. Esta asimetría, con todo, no se debía a que el derecho de control judicial alemán y la *judicial review* norteamericana hubiesen sido desarrollados con la finalidad de proteger diferentes tipos de “ordenaciones sociales y económicas”⁹⁶, sino a que en el texto de la WRV no se habían garantizado adecuadamente los “principios” fundamentales del “sistema constitucional”⁹⁷.

Por esta razón había priorizado Schmitt un año antes⁹⁸ las libertades negativas sobre cualquier otro tipo de derechos, una preferencia que se terminaría reflejando más tarde, en lo que al derecho de control judicial concierne, en una categoría dogmática cuya vigencia e implicaciones se extienden hasta nuestros días: la de “garantía institucional”⁹⁹. Llamativamente, la restricción del potencial del amplio catálogo constitucional de derechos fue llevada a cabo por Carl Schmitt en el mismo momento de configurar la competencia a ejercer por el *Reichsgericht*, de tal manera que la procedencia, el objeto y los efectos del derecho de control judicial, ya permitían anticipar un parámetro de control de la constitucionalidad completamente preconcebido. Según Schupmann, la finalidad perseguida con ello no habría sido otra que la de evitar cualquier tipo de instrumentalización de la Constitución en aras de

⁹⁵ C. SCHMITT, *El defensor de la Constitución*, cit., pp. 47 y ss.

⁹⁶ En rigor, uno y otra resultaban perfectamente funcionales a los intereses de la burguesía. Esto fue advertido con meridiana claridad por Friedrich, como demuestra su referencia a la “tradicional actitud de sospecha por parte de los grupos progresistas y radicales hacia el conservadurismo de la magistratura” (C. J. FRIEDRICH, “The Issue of Judicial Review in Germany”, cit., p. 199, n. 3). Algunos años más tarde, esta circunstancia se habría visto reflejada, por ejemplo, en la “inicial indiferencia o completa oposición de los socialistas europeos occidentales (*initial indifference or outright hostility of Western European socialists*)” hacia la creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (M. DURANTI, *The Conservative Human Rights Revolution. European Identity, Transnational Politics, and the Origins of the European Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 5 y 7).

⁹⁷ C. SCHMITT, “Legalität und Legitimität (1932)”, cit., p. 311.

⁹⁸ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 125. Vid. *supra*, p. 7, n. 23.

⁹⁹ C. SCHMITT, “Freiheitsrechte und institutionellen Garantien der Reichsverfassung (1931)”, en Id. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Duncker & Humblot, 4^a ed., Berlín, 2003, pp. 140-174. Para Pedro Cruz Villalón, entre otros, garantía institucional “en su significado adjetivo es lo mismo que «contenido esencial» de los derechos, un «contenido esencial» *avant la lettre*, porque entonces no existía como tal y ello es así porque el «contenido esencial» es precisamente una derivación de la «garantía institucional» en su significado adjetivo” (P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo...*, cit., p. 60). Vid., en relación con la vigencia e implicaciones de la categoría, lo dicho *supra*, p. 5, n. 11.

metas sociales, reduciendo así los efectos negativos que una democracia de masas podía tener sobre un orden social y político estable¹⁰⁰. Con razón se ha dicho que la obra de Carl Schmitt fluctúa permanentemente entre la censura de un liberalismo débil y el visceral temor a una revolución democrática¹⁰¹.

Esta peculiar aportación del autor alemán a “la relación dialéctica existente entre Constitución y jurisdicción Constitucional” no alcanzaría su expresión más acabada hasta la publicación de “Derechos de libertad y garantías institucionales de la Constitución (*Freiheitsrechte und institutionellen Garantien der Reichsverfassung*)”, pero este trabajo y la teoría de las garantías institucionales allí preconizada no pueden ser entendidos sino en conexión con el opúsculo de 1929. Lo que falta en este último (a saber, la concreción del parámetro de control a utilizar para valorar la constitucionalidad de una ley federal) monopoliza hasta tal punto la reflexión de 1931, que en ella se omiten casi por completo las referencias a los elementos de la *judicial review* (procedencia, objeto y efectos del control) identificados dos años antes. Ambos trabajos, sin embargo, deben ser conjuntamente interpretados para entender cabalmente la toma de posición de Carl Schmitt en relación con el problema del “guardián de la Constitución”, una toma de posición que no se reduce a la monografía *Der Hüter der Verfassung*, por más que sólo el Presidente de la República (el *Reichspräsident*) mereciese para el alemán ese calificativo. El fundamento autoritario y anti-democrático de las competencias del último era evidente; más difícil (pero seguramente mucho más revelador) resulta constatar de qué otros poderes públicos cabía aguardar una actuación orientada hacia los mismos valores que se trataban de preservar a través de la “acción salvadora”¹⁰² del *Reichspräsident*.

¹⁰⁰ B. A. SCHUPMANN, *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory...*, cit., p. 187. En este sentido, J. MEIERHENRICH, “Fearing the Disorder of Things...”, cit., p. 194, ha insistido en que Carl Schmitt, al igual que su discípulo y amigo Ernst Forsthoff, no preconizaba un despotismo totalitario, sino el “Estado autoritario de la ‘revolución conservadora’ que reconciliaría conservadurismo y modernidad, un compromiso con los valores y la eficiencia”. Seguramente por influencia de su amigo Johannes Popitz, este compromiso tomó en Carl Schmitt la forma de una profunda preocupación por la desaparición del “mecanismo autorregulatorio de la economía y el mercado libres (*der sich selbst regulierende Mechanismus der freien Wirtschaft und des freien Marktes*)” (*ibid.*, p. 193).

¹⁰¹ R. CRISTI, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State, Free Economy*, cit., p. 17.

¹⁰² C. SCHMITT, “La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la moderna lucha de clases proletaria”, en Id., *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 65. Vid. igualmente E. R. HUBER, “Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Endzeit”, en H. QUARITSCH (ed.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Duncker&Humblot, Berlín, 1988, pp. 33 y ss.

Lo dicho impediría ver en Carl Schmitt un enemigo de cualquier forma de control de la constitucionalidad de las leyes. Su matizada postura y su simpatía hacia una *judicial review* funcional a los intereses y valores de la burguesía alemana, sólo se logrará entender con un estudio más detallado del parámetro de constitucionalidad impuesto al *Reichsgericht*. El peligro de una actuación jurisprudencial *ultra vires* radicaba menos en el propio ejercicio del derecho de revisión judicial que “en una ilícita ampliación de supuestos de hecho individuales de la segunda parte de la Constitución”¹⁰³. Así pues, Carl Schmitt también confiaría en los juzgados y tribunales ordinarios para defender, frente a la temida disolución socializadora del ordenamiento jurídico, los compromisos político-existenciales básicos del pueblo alemán.

PABLO RIQUELME VÁZQUEZ

Departamento de Dereito Público da Universidade de Vigo

Facultade de Ciencias Xurídicas e do Traballo

Estrada do Colexio Universitario, s/n

Campus Lagoas-Marcosende da Universidade de Vigo

36310 Vigo (Pontevedra)

e-mail: priquelme@uvigo.es

¹⁰³ Schmitt se estaba refiriendo aquí, por ejemplo, a la estimación casi ilimitada de demandas indemnizatorias al amparo del art. 131 WRV y el §839 BGB, a través del cual cada actuación estatal, incluida la legislación, podía ser sometida a control judicial [C. SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)”, cit., p. 96]. Vid., al respecto, C. SCHMITT, “Die Auflösung des Enteignungsbegriffs (1929)”, en Id. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Duncker & Humblot, 4ª ed., Berlín, 2003, pp. 110-124.

UNA APROXIMACIÓN JURÍDICO-FILOSÓFICA
A LA MEMORIA Y AL OLVIDO
DESDE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

LEGAL AND PHILOSOPHICAL APPROACHES
TO MEMORY AND THE RIGHT TO BE FORGOTTEN
FROM A FUNDAMENTAL RIGHTS THEORY

MÓNICA MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ
Universitat de València

Fecha de recepción: 9-12-20

Fecha de aceptación: 3-6-21

Resumen: *Nuestro mundo digital, basado en el recuerdo como principio categórico y el olvido como defecto anómalo, pone en tela de juicio el principio de que la dignidad humana es el fundamento y el valor superior de todo orden democrático y constitucional, garantizando el derecho de toda persona a definir libremente su identidad y proyecto de vida. En tiempos digitales, los derechos más personalísimos, dispuestos bajo el paraguas de la dignidad y la libertad, requieren un cierto poder de control, una autodeterminación y autonomía informativas. La postura europea ha sido regular el conocido derecho al olvido ante la elaboración automática de perfiles, la compilación y la presentación descontextualizada que las NTIC generan y hacen universalmente accesible en el mundo en línea. Debido a las críticas de su regulación europea y española (2016-2018), el presente artículo analiza, desde un enfoque basado en los derechos fundamentales, la justificación ontológica de este mecanismo de control, para proteger la dignidad humana contra la resurrección perjudicial que producen un clic instantáneo y una memoria digital.*

Abstract: *Today's world is characterized by digital memory as a categorical principle and oblivion only as the anomalous default. This calls into question the principle that human dignity is the foundation and highest value of any democratic and constitutional order, guaranteeing the right of every person to freely define their identity and life plan. Fundamental rights, arranged under the umbrella of human dignity and freedom, require a certain power of control, a sort of*

autonomous and informational self-determination, especially in the context of information and digital technologies. The European stance has been to regulate the so-called right to be forgotten as a personal data control guarantee given the automatic profiling, compilation and decontextualized presentation that NICTs generate and make universally-accessible in the online world. In response to the criticism that the European and Spanish regulation (2016 and 2018) have received, this article analyses, from a fundamental rights-based approach, the rationale behind the need for this mechanism to protect human dignity against the harmful resurrection that an instant click and a digital online memory produce.

Palabras clave: derecho al olvido, dignidad humana, memoria, libre desarrollo, identidad
Keywords: right to be forgotten, human dignity, memory, free development, identity

1. FUNDAMENTACIÓN TECNO-JURÍDICA: APUNTES INTRODUCTORIOS SOBRE LA CUESTIÓN DIGITAL Y EL DERECHO AL OLVIDO

Los avances tecnológicos ocurridos en los últimos años, así como la rápida transformación de la sociedad ante la constante evolución del mundo digital, obligan a plantearse si la regulación jurídica actual de las NTIC, en general, y de la Red, en particular, es eficaz. Estos cambios han ampliado no sólo la difusión universal y la hiperaccesibilidad de datos de carácter personal, sino también los umbrales de la tolerancia pública ante la intromisión en la esfera privada y personal. Es fácil entender la creciente preocupación por los usos potenciales de la información disponible en la red, en una época de acelerado desarrollo tecnológico, en la que la misma herramienta se utiliza prácticamente desde el nacimiento hasta la muerte; una época caracterizada por el acceso libre y directo a la Red y en la que existe un uso masivo, a veces imprudente, de las redes sociales. El progreso tecnológico genera nuevos retos asociados directamente a los derechos clásicos y nuevos derechos personalísimos y, en última instancia, a la dignidad humana, lo cual obliga a ampliar la protección y garantía de los mismos.

Una de estas amenazas es la perennidad de la información que se publica y se comparte en la Red, lo cual supone una permanencia de datos potencialmente perjudiciales para la persona, que son universalmente accesibles con total ausencia de límites espacio-temporales. Como solución a este problema, se ha planteado regular el derecho al olvido digital, entendiéndolo

como un derecho a suprimir datos personales o desvincular enlaces con los mismos, referidos a hechos pasados o información devenida irrelevante o innecesaria que puedan afectar al libre desarrollo humano: olvido que, por el mero paso del tiempo, no sucede *motu proprio* en la Red por su infalible memoria, por la visibilidad que otorga a la información en línea, y, finalmente, por el perfeccionamiento de las NTIC en la Red, que perpetúan los hechos pasados de modo generalmente irrestricto. Funciona, por tanto, como un nuevo mecanismo real que garantiza el control de los datos y la identidad, el desarrollo de la personalidad y la dignidad en la Red. Así pues, cabe analizar el derecho al olvido, más allá de una virtud o un principio en la era digital¹, como un nuevo derecho y garantía, derivado de los derechos de la personalidad y de la autodeterminación informativa y que está estrechamente vinculado al derecho fundamental a la protección de datos.

El marco paneuropeo de protección de datos ha perfilado la forma en la que se procesan y tratan los datos personales en Europa, convirtiéndose en un punto de referencia a nivel mundial en materia de privacidad y protección de la dignidad en tiempos digitales. En un entorno que cada vez depende más del tratamiento de la información personal, la Unión Europea ha garantizado a las personas la posibilidad de controlar de manera más efectiva sus datos personales, a la vez que ha establecido un marco fiable para la innovación y el progreso. El *Reglamento general de protección de datos* (“RGPD”, en adelante) ha sido, sin duda, no sólo la piedra angular de la integración (y transición) digital europea, sino también la herramienta necesaria para la confianza y protección digital. Si bien se ha puesto en duda el enfoque basado en los derechos humanos de la normativa derivada original, por considerarse lo establecido en ella más bien “principios de buena gobernanza” y un enfoque basado en las “obligaciones procedimentales” de los responsables del tratamiento², se podría argumentar que el marco regulatorio de la entonces Directiva y, sobre todo del ahora RGPD, confiere un elenco variado de derechos y garantías además de dar expresión al derecho fundamental

¹ V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton University Press, New Jersey, 2009.

² B. VAN DER SLOOT, “Do data protection rules protect the individual and should they? An assessment of the proposed General Data Protection Regulation”, *International Data Privacy Law*, vol. 4, núm. 4, 2014, 307-325; así como J.A. CANNATAKI y J.P. MIFSUD-BONNICI, “Data protection comes of age: The data protection clauses in the European Constitutional Treaty”, *Information & Communications Technology Law Journal*, vol. 14, núm. 1, 2005, pp. 5-15.

a la protección de datos³. Esto, Lynskey lo ha considerado suficiente para clasificarlo como un sistema de atribución de derechos (*rights-conferring*⁴) y como un sistema cuyo diseño e interpretación son consistentes con la concepción subyacente de un derecho fundamental (*rights-based*⁵). Volveremos a esto más adelante.

El ‘nacimiento’ del llamado derecho al olvido emergió antes que su positivización en el RGPD, pues este derecho cobró su inusual protagonismo entre el 2013 y 2014, a partir de su invocación en la sentencia *Google Spain SL*⁶. No obstante, una de las novedades más relevantes del RGPD se encuentra precisamente en la consagración específica y el refuerzo de ciertos derechos, que permiten un mayor control sobre el uso de los datos de carácter personal, entre ellos, el archiconocido “derecho al olvido”. En este sentido, cabe hacer mención del Considerando 65 del RGPD⁷, así como de su Considerando 66⁸, con alusión explícita a la finalidad del derecho al olvido digital, bautizándolo como tal. Este derecho a obtener la eliminación de datos personales se reconoce y se regula expresamente en el artículo 17 bajo el título *Derecho de supresión* («el derecho al olvido»). Se podría argumentar que hubiera sido mejor hablar de “suprimir”, “desvincular” o “bloquear” que de “olvidar”. Unos advierten que todo derecho implica una correlativa obligación y que la obligación a olvidar es un imposible⁹. Otros, sin intención de hacer un juego de palabras, recuerdan que este derecho no está sujeto al paso del tiempo (pudiendo ser aplicado tan pronto como se procesen los datos, sin necesidad

³ Como ha dejado sumamente claro el propio Tribunal de Justicia en numerosas sentencias. *Vid.*, por todas, la primera en establecer que la Directiva de protección de datos debe ser interpretada a la luz del art. 8 de la CDFUE: asuntos acumulados C-465/00, C-138/01 y C-139/01, *Rechnungshof v. Osterreichischer Rundfunk*, STJUE de 20 de mayo de 2003.

⁴ O. LYNSKEY, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 35.

⁵ *Id.*, p. 36

⁶ Asunto C-131/12, *Google Spain, S.L., v. AEPD y Mario Costeja Gonzalez*, STJUE de 13 de mayo de 2014.

⁷ Cuando afirma que “los interesados deben tener derecho a que se rectifiquen los datos personales que le conciernen y un «derecho al olvido»[...] deben tener derecho a que sus datos personales se supriman y dejen de tratarse [...]”.

⁸ Que apunta que “a fin de reforzar el «derecho al olvido» en el entorno en línea, el derecho de supresión debe ampliarse de tal forma que el responsable del tratamiento que haya hecho públicos datos personales esté obligado a indicar a los responsables del tratamiento que estén tratando tales datos personales que supriman todo enlace a ellos, o las copias o réplicas de tales datos”.

⁹ R. PAZOS CASTRO, “El mal llamado ‘derecho al olvido’ en la era de Internet”, *Boletín del Ministerio de Justicia (Estudio doctrinal)*, núm. 2138, 2015, p. 6.

de que transcurra un lapso temporal)¹⁰. No obstante, se puede apreciar el peso e influencia que llegó a tener el caso *Google Spain, SL* para el legislador europeo, pues dedica una disposición a lo que el TJUE llamó precisamente un “derecho al olvido” digital. El artículo 17 RGPD establece la existencia de un derecho y un deber a la supresión de datos personales en determinadas circunstancias. Sentado lo cual, el propio RGPD deja claro que el derecho al olvido digital no es absoluto ni automático¹¹. Por lo tanto, llegamos a dos conclusiones principales relativas al orden axiológico y principios fundamentales, asentados en la dignidad de la persona y su necesaria conciliación y ponderación con otros derechos y libertades igualmente fundamentales¹².

Si bien algunos ponen en duda la novedad del art 17 RGPD, es indiscutible que como mínimo, el elemento más novedoso que establece es precisamente la obligación de los responsables del tratamiento, receptores de una solicitud “bona fide”¹³ de supresión de datos personales, cuando estén obligados a aceptarla, y teniendo en cuenta la tecnología a su alcance, a informar a demás entidades que conozcan o presupongan estén tratando dichos da-

¹⁰ S. CARNEROLI, *Le droit à l'oubli. Du devoir de mémoire au droit à l'oubli*, Larcier, Bruselas, 2016, p. 72.

¹¹ Pues existen unas excepciones para su aplicación: a saber, el ejercicio de la libertad de expresión, el cumplimiento de una obligación legal o misión realizada por motivos de interés público o salud pública, con fines de archivo, de investigación científica, histórica, con fines estadísticos, y en caso de ser necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

¹² M. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, “Nuevos perfiles del derecho al olvido en Europa y España”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. X, 2017, p. 243: “En primer lugar, el hecho de que exista una protección reforzada para los usuarios a través de un mayor control sobre sus propios datos personales hace que la adopción del nuevo RGPD sea un paso importante hacia la reafirmación de que la dignidad y libertad personal deben tener garantías específicas a través de una autodeterminación informativa que permita a los usuarios colocarse en igualdad de condiciones para enfrentarse a los daños potenciales que brinda la hipermnesia del mundo virtual y el uso que de sus datos se haga en él. Si hacemos una lectura atenta del RGPD, observamos que el derecho al olvido que consagra el artículo 17 supone la facultad o el poder de cada individuo de decidir sobre la facilidad o imposibilidad de acceso de sus propios datos personales. Así pues, el derecho al olvido se enmarca dentro de la dignidad y libertad personal de cada individuo y el respeto a su vida privada e intimidad en el ámbito digital. Y, en segundo lugar, el RGPD, como la jurisprudencia a todos los niveles y la doctrina no se cansan de apuntar, nos recuerda que ningún derecho es absoluto y que debe de existir un equilibrio entre derechos e intereses, siendo las llamadas libertades informativas (libertad de expresión, derecho y deber de información, principalmente) un contrapeso, que se vehicula mediante excepciones a la regla general”.

¹³ Así lo consideran D. ERDOS y K. GARSTKA, “The Right to be Forgotten Online within G20 Statutory Data Protection Frameworks”, *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, núm. 31, 2019, p. 4.

tos¹⁴. La facultad de actuación jurídica insertada en el contenido de otros derechos ya reconocidos, como el derecho al honor, la intimidad¹⁵ y la propia imagen¹⁶, ha servido de justificación para el posicionamiento jurídico sobre el derecho al olvido digital, como nuevo derecho enfrentado a las libertades de información¹⁷. Se estudia, precisamente, como una de las mayores preocupaciones respecto a las amenazas a la libertad de información en la red, la detección y el control de potenciales manipulaciones, discriminaciones y abusos, situaciones que pueden verse revertidas por un derecho a borrar, bloquear o desvincular información devenida innecesaria, obsoleta o irrelevante por el mero paso del tiempo, limitando el condicionamiento potencialmente negativo del pasado sobre el presente y el futuro.

El ordenamiento jurídico español, hasta hace relativamente poco tiempo, no contaba con una base jurídica específica que reconociera, de manera explícita, u ofreciera la posibilidad de desarrollar, un derecho al olvido digital. La Carta Magna española fue pionera en la *constitucionalización* de garantías frente a los riesgos inherentes a la revolución tecno-digital de la época (art. 18.4 CE). No obstante, más de cuatro décadas después, resulta incuestionable que la sociedad actual se enfrenta a nuevos riesgos de una “no solo mutada, sino también globalizada, informática”¹⁸. De tal modo, y como esgrime Rallo, nos enfrentamos a un desafío colosal: el de “*constitucionalizar nuevos derechos que satisfagan la demanda social de protección frente a riesgos y amenazas*

¹⁴ Vid. art. 17.2 RGPD

¹⁵ J.C. SUÁREZ VILLEGAS, “El derecho al olvido, base de tutela de la intimidad”, *TELOS*, 2014, p. 40.

¹⁶ E.R. JORDÀ CAPITÁN, “Un nuevo derecho: el derecho al olvido. Y un viejo conflicto: la colisión de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen de las personas con las libertades de información y de expresión”, en E.R. JORDÀ CAPITÁN y V. DE PRIEGO FERNÁNDEZ (dirs.) *La protección y seguridad de la persona en Internet. Aspectos sociales y jurídicos*, Reus, Barcelona, 2014, p. 159.

¹⁷ A. BOIX PALOP, “El equilibrio entre los derechos del artículo 18 de la Constitución, el «derecho al olvido» y las libertades informativas tras la sentencia Google”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38, 2015, pp. 1-40; y L. COTINO HUESO, “La colisión del derecho a la protección de datos personales y las libertades informativas en la red: pautas generales y particulares de solución”, en L. COTINO HUESO (dir.) *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, Publicaciones Universidad de Valencia, Valencia, 2011, pp. 386-401.

¹⁸ M. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, “Repensando el Derecho Constitucional a la Protección de Datos ante la Mutación de la Informática”, en J. MARTÍN CUBAS (ed.), *Repensando la Constitución 40 años después*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 158.

[sociodigitales] *presentes y futuras*"¹⁹. El derecho fundamental a la protección de datos requiere, al igual que la tecnología de la que nos pretende proteger, de una actividad tuitiva dinámica, reconociendo nuevos derechos y garantías efectivas. Sin lugar a dudas, el derecho al olvido se presenta como uno de estos nuevos derechos y garantías emergentes.

Cabe adelantar la existencia de un reconocimiento informal del derecho al olvido digital, a través del papel pionero de la Agencia Española de Protección de Datos y sus resoluciones relativas a la cancelación de datos personales en multitud de escenarios del entorno digital²⁰. No obstante, esto no conllevó una positivización de dichos desarrollos en el terreno normativo hasta una fecha reciente. Por ello, resulta necesario plasmar, a continuación, la evolución normativa del derecho al olvido en el ordenamiento jurídico español, con un doble objetivo: tomar como base el éxito logrado hasta ahora y aprender de los errores pasados, con el fin último de mejorar el sistema de garantías de los derechos en juego. En aras de cumplir con la normativa europea, España se embarcó en una reforma del marco español de protección de datos que culminó con la adopción de la LOPDGDD. En cuanto al derecho al olvido digital, dicha norma ha reconocido, de manera expresa, un derecho al olvido que presenta una serie de peculiaridades y características. Por un lado, el derecho no se ve consagrado en el título y capítulo correspondientes a los derechos del interesado (compuesto por los arts. 12-18 LOPDGDD) sino que se encuentra como "garantía de los derechos digitales" (arts. 79-96 LOPDGDD). La justificación de esta decisión propia del ejercicio discrecional de la técnica legislativa no la encontramos en el texto, y, de hecho, la exposición de motivos parece confundir más que aclarar la necesidad de dividir los derechos y garantías digitales, sobre todo cuando denomina estos últimos "*un elenco de **derechos** [y no garantías] digitales de los ciudadanos conforme al mandato establecido en la Constitución*" (énfasis nuestro). Si entendemos, aunque de manera simplista, que en principio los derechos suponen

¹⁹ A. RALLO LOMBARTE, "Del Derecho a la Protección de Datos a la Garantía de Nuevos Derechos Digitales" en R. GARCÍA MAHAMUT y B. TOMÁS MALLÉN (eds), *El Reglamento General de Protección de Datos un Enfoque Nacional y Comparado. Especial Referencia a la LO 3/2018 De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 137.

²⁰ P. SIMÓN CASTELLANO, *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y la UE. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014, Bosch*, Barcelona, 2015, pp. 204-221; y A. RALLO LOMBARTE, *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 55-135.

facultades y las garantías son los medios procesales para darles efectividad, parece difícil entender esta distinción entre facultades por parte del legislador español. Esto resulta todavía más confuso si añadimos que la norma, además, reconoce un derecho al olvido para las personas fallecidas, en otro apartado separado (art. 3 LOPDGDD), que permite que los herederos puedan solicitar la supresión de datos personales, extendiendo el ámbito del derecho al olvido y por ende permitiendo un mayor control de los datos de carácter personal incluso tras la muerte, y un derecho propiamente de “supresión” (art. 15 LOPDGDD) mediante el cual se remite al art. 17 RGPD y establece una particularidad en su ejercicio.

Por otro lado, al contrario de lo que sucede con gran parte de los derechos consagrados en ella, la norma no remite el contenido o el ejercicio de dicho derecho a lo establecido por el RGPD, sino que lo divide en dos garantías específicas: un derecho al olvido en búsquedas de Internet (art. 93 LOPDGDD) y un derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes (art. 94 LOPDGDD), estableciendo para cada uno su propio desarrollo. En este sentido, el primero hace referencia a un derecho de desindexación o desvinculación de información personal, en el contexto de búsquedas a partir de un nombre cuando dicha información resulte inadecuada, inexacta, no pertinente, no actualizada o excesiva, o hubiera devenido tal por el mero transcurso del tiempo. Similarmente, el segundo hace referencia al derecho de solicitar la eliminación de datos personales facilitados por el interesado o terceros para su publicación en servicios relativos a redes sociales u otros en el contexto de la sociedad de la información equivalentes bajo las mismas condiciones resumidas anteriormente. Todo lo cual demuestra la pretensión del legislador español: *“ha querido hacer una regulación expresa referida a los motores de búsqueda y a las redes sociales, acorde con la jurisprudencia comunitaria, acogiendo sus principios generales, y pese a que estaban también contenidos en el derecho de supresión. No por ello ha de entenderse que se limita a estos responsables [...]”*²¹.

Con ello, vemos reflejada la manifestación, por antonomasia, de la preocupación que concibió el constituyente español y que ahora desarrolla el legislador debido a la imparable recopilación e intercambio de datos personales, con el consiguiente perjuicio que puede causar su hiperaccesibilidad

²¹ E. GUICHOT, “El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el derecho europeo y español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 209, 2019, p. 82.

y “profusa difusión” con el paso del tiempo²², en el contexto de motores de búsqueda que, instantáneamente y, de manera organizada, rastrean, indexan y vinculan informaciones personales en la Red. Se ha resumido la situación de partida que produce determinadas situaciones de vulnerabilidad de la siguiente manera: “superado este espejismo de notoriedad otorgado por la presencia de internet, son cada vez más las voces que reclaman la necesidad de unos límites y de dotar al ciudadano de mecanismos de garantía de sus derechos”²³. El actual desarrollo normativo pretende que toda persona pueda requerir el borrado de los enlaces que contienen datos personales obtenidos en listas de resultados, ofrecidos por motores de búsqueda al teclear el nombre del interesado. Si bien puede parecer que ello implicaría un borrado masivo de información de la Red, es igualmente cierto que la disposición correspondiente hace referencia a que el ejercicio de este derecho no impedirá el acceso a la información publicada en el sitio web (o la fuente original) mediante el uso de otros criterios de búsqueda distintos del nombre del interesado (art. 93.2 LOPDGDD); de este modo, se procura tranquilizar a aquellos que insisten, erróneamente, en que el ejercicio del derecho al olvido implica, necesariamente, una censura o borrado de la historia.

En el contexto de los servicios de redes sociales y demás servicios, todo lo anterior se ha consagrado en el derecho de toda persona a requerir, sin necesidad de aportar motivo alguno (lo que la AEPD comúnmente llama “a su simple solicitud”²⁴) el borrado de información que hubiesen facilitado ella misma o terceros, para su publicación en dichos servicios. Dicha facultad, no podía ser de otra manera, supone la consiguiente obligación de borrado por parte del prestador de dicho servicio, debiendo proceder a la eliminación, sin dilación, cuando se den las condiciones ya referenciadas (relativas a la falta de adecuación, proporcionalidad, inexactitud, etc.). Se ofrece mayor protección, a través de una mayor facilidad procedimental, a aquellos que, cada vez a edades más tempranas, facilitan sus datos personales, a menudo sin consciencia de los efectos negativos que tiene dicha exposición sobre su presente y, sobre todo, sobre su futuro.

²² A. RALLO LOMBARTE, “Del Derecho a la Protección de Datos a la Garantía...” cit., p. 144.

²³ Álvarez citando a Rallo en M. ÁLVAREZ CARO, *Derecho al olvido en Internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*, Reus, Madrid, 2015, p. 67.

²⁴ AEPD: *El derecho fundamental a la protección de datos, Guía para el Ciudadano*, p. 27. Disponible en: http://www.092cr.net/doc/Guia_ciudadana_proteccion_datos.pdf

En los últimos años, la noción de ‘derecho al olvido’ se ha convertido en un recurso jurídico popular en el contexto de la transformación digital a la vez que en un concepto jurídico indeterminado. A pesar de su indudable repercusión tecno-socio-jurídica, todavía constituye un derecho emergente y una garantía en permanente evolución. Quizás por ello observamos concepciones muy diferentes basadas en el derecho al anonimato, en la efectividad de los principios de la protección de datos a través de la eliminación de datos personales, en revertir lesiones al honor, imagen e intimidad producidas por la difusión de datos personales, o un híbrido de todas. Así, para poder regular correcta y eficazmente este derecho emergente, debemos entender su fundamentación e interpretarlo a través de las teorías y principios filosófico-jurídicos más garantistas hacia el respeto de la dignidad de la persona.

2. LA FUNDAMENTACIÓN ONTOLÓGICA DE UN NUEVO ARS OBLIVIONALIS DIGITALIS

2.1. El olvido es elemento inherente a la autoconservación y autodefinición humana

¿Qué es la memoria sin el olvido? No hay luz sin oscuridad, bien sin mal, perdón sin ofensa, calor sin frío, lo positivo sin lo negativo, o la vida sin la muerte; rechazando la máxima *expressio unius est exclusio alterius*, nos decantamos por la máxima de que la existencia de la memoria y el recuerdo necesariamente implican la ausencia del olvido, probando así, su propia existencia. Quizás los dualismos atribuidos a la dialéctica cartesiana y hegeliana sean los culpables de este categórico pensamiento binario, pero la pregunta sigue siendo válida. Una potencial respuesta nos la proporciona el poeta Mario Benedetti en su libro de poemas *El olvido está lleno de memoria*²⁵. Adelantamos que, si bien en su poesía hemos encontrado un lugar predilecto para reflexionar, y dice grandes verdades sobre las injusticias de ciertos actos de amnesia forzada, no concordamos del todo con su incomprensión ante la existencia del olvido o la necesidad de evitar el recuerdo como intento de frenar el remolino destructivo que a veces supone, u ocasiona, la memoria.

De una parte, resulta paradójico, y realmente fascinante, la persistencia con la que el ser humano, a lo largo de la historia de la humanidad, en un

²⁵ M. BENEDETTI, *El olvido está lleno de memoria*, Visor, Madrid, 1995.

plano colectivo, ha tratado de mejorar su capacidad de recordar información y conmemorar eventos significativos, y al mismo tiempo, en un plano individual, impelido por el temor de su incapacidad de olvidar (pues “nada graba tan fijamente alguna cosa a nuestra memoria como el deseo de olvidarla”²⁶), se ha visto impulsado a tratar de forzarlo, siendo, a veces, la abstención del recuerdo una cuestión de supervivencia. De hecho, el principio de autoconservación es parte inherente de la biología humana, y, de nuevo, paradójicamente, el propio cerebro utiliza la supresión como medida contra una mayor destrucción. Los estudios pioneros en el campo de la Biología y la Neurociencia, han estudiado los mecanismos moleculares y celulares del olvido activo que realiza nuestro propio cerebro, desbancando el mito de que el olvido es un proceso pasivo: resulta que el cerebro está ingeniosamente diseñado para olvidar y forzar el olvido, y esto es algo positivo para el conjunto de su sistema²⁷.

De otra parte, podría parecer una tarea sumamente osada el aventurarnos en el estudio del olvido, y defenderlo como garantía de los derechos fundamentales en el momento actual en el que se ha dejado de sobra claro, a nivel mundial, que ciertos actos no gozan ni de perdón ni de olvido y que el borrado de la historia supone la peor profanación de la preservación de certidumbres y, en última instancia, de las verdades, de la humanidad. Desde luego, el entorno sociopolítico actual, caracterizado por el rechazo absoluto a la censura, caracterizado por los discursos de la memoria histórica y por las demandas de que las transgresiones totalitarias de la historia y los crímenes de guerra y lesa humanidad sean perseguidos y castigados, no ofrece las condiciones más favorables para la tranquila contemplación, exaltada defensa, o al menos la apertura a la aceptación de un derecho al olvido. No obstante, ni los derechos, ni las posiciones teóricas son absolutas. A tal respecto, encontramos muy esclarecedoras las reflexiones de Sánchez Martínez, pues para el ejercicio libre y pleno de los derechos fundamentales, entre los que cita la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad, la persona, en ciertos momentos necesita recordar y, en otros, olvidar, y que, en la construcción del futuro es necesario, a veces desenterrar y a veces enterrar el pasado,

²⁶ Michel de Montaigne, citado por M. ROSSI, *La Memoria Transgeneracional*. Peter Lang, Oxford, 2016, p. 289.

²⁷ Todo ello se resume en L. GRAVITZ, “The forgotten part of memory. Long thought to be a glitch of memory, researchers are coming to realize that the ability to forget is crucial to how the brain works”, *Nature*, 24-07-2019. Disponible en: <https://www.nature.com/articles/d41586-019-02211-5>.

en algunas ocasiones, es necesario conocer y en otras, más bien desconocer y, según ella, “aunque ni el recuerdo ni el olvido pueden imponerse, sí se puede facilitar o dificultar la difusión de ciertos acontecimientos o datos para hacerlos presentes o ausentes en la formación de la memoria colectiva y desde ahí hacer más o menos posible el recuerdo o el olvido”²⁸.

2.2. Una aproximación multicultural al perdón, el olvido y la ‘impermanencia’

Dicho lo cual, tampoco podemos ignorar que las grandes religiones mundiales se han erigido sobre la base del perdón, el olvido y la premisa de la ‘impermanencia’. La mayoría de ellas del mundo incluyen enseñanzas sobre el perdón. Así, el Judaísmo pone como obligación moral el perdonar cuando hay arrepentimiento sincero (la llamada *teshuva* como acto piadoso o de expiación) y dedican un día especial, el *Yom Kippur*, para hacer un esfuerzo colectivo e individual para realizar la *teshuva*. En el Cristianismo, el perdón juega un papel principal, no sólo como modelo vital y esfuerzo personal en las relaciones con el prójimo, sino como obligación moral para estar en paz con Dios, sobre todo cuando se han cometido conductas contrarias a la moral cristiana. De una parte, y quizás la lección más importante que proporcionan las enseñanzas cristianas (palmaria en su segundo mandamiento) es una suerte de olvido de uno mismo para amar y servir al prójimo, conectándose con el despojo del egoísmo y la apertura hacia la abnegación y la humildad; ambas producto del olvido de uno mismo²⁹.

Por otra parte, el arrepentimiento y su subsiguiente perdón por un todopoderoso y misericordioso Dios van necesariamente ligados al olvido e implican una suerte de *tabula rasa*; idea que vemos es uno de los *leitmotivos* de la Biblia, que pivota alrededor de la Redención, el perdón universal de hechos del pasado, presente y futuro³⁰. En el Islamismo, la propia palabra

²⁸ M.O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, “Un derecho de palabras y silencios”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXXV, 2019, pp. 195-196.

²⁹ Aunque se tiende a interpretar, de manera equivocada, la humildad y el servicio cristiano a través de ese “auto olvido”, estos no implican el menosprecio de uno mismo, sino, como matiza C.S. Lewis “no es pensar menos de ti mismo, es pensar menos en ti mismo” (el texto original es de 1947, pero salió publicado en *The Weight of Glory* (1949), Harper Collins, New York, 2001, pp. 181-183; y C.S. LEWIS, *Essay on Forgiveness* (1947), Macmillan, London, 1960, pp. 1-2).

³⁰ Con relación a la todopoderosa misericordia de Dios demostrada a través de un olvido ciego tras un acto de contrición y de acercamiento destacamos los siguientes extractos

Islam, derivada del término *Salem*, significa ‘paz’, constituyendo el perdón un requisito previo para la auténtica paz eterna³¹. En análoga línea, las enseñanzas sobre el olvido y la mutabilidad se ven bien reflejadas en las religiones orientales del mundo. En el Budismo, existe la llamada *annica* (impermanencia) como canon y doctrina esencial que, a grandes rasgos, afirma que toda existencia es transitoria, evanescente e inconstante, quedando todo expuesto a un continuo nacimiento, cambio, decadencia y destrucción; la *annica* se incluye como la primera de las tres fases o marcas de la existencia hacia la iluminación y sus premisas han sido intensamente adoptadas por la filosofía y estética zen japonesa (los conocidos *muji* y *Mono no aware*). De manera similar, en el Hinduismo, el equivalente del término budista, la *anitya*, también se construye en sus principales textos espirituales. Desde luego, el perdón, que va, necesariamente de la mano del olvido, tiene efectos positivos en el bienestar de la persona, mantiene el orden social, fomenta las relaciones sociales, y, lo más importante de todo, es una fuerza liberadora para el espíritu y rehabilitadora para la dignidad humana. De igual manera, la filosofía oriental sobre la impermanencia, sobre todo su versión japonesa, tiene como fin último, a través de un entendimiento de que todo es transitorio y mutable, lograr la felicidad.

El refrán popular reza “más vale pedir perdón que pedir permiso” y Kant proclamaba que la razón necesita libertad³². Pues bien, por qué no seguir algo que tenemos tan interiorizado también en nuestra faceta vital digital: vivir y expresarse en libertad, abrazando esa espontaneidad que a veces caracteriza nuestras palabras y actos, y, en caso de arrepentimiento, de haber llegado a cierta madurez, o simplemente en caso de haber cambiado de parecer e identidad, con la misma libertad poder enterrar actos de libertad

bíblicos: “Porque seré propicio a sus injusticias, Y nunca más me acordaré de sus pecados y de sus iniquidades” (Hebreos 8:12-13); y “El volverá a tener misericordia de nosotros; sepultará nuestras iniquidades, y echará en lo profundo del mar todos nuestros pecados” (Miqueas 7:19). Con relación a la importancia de dejar el pasado atrás: “No os acordéis de las cosas pasadas, ni traigáis a memoria las cosas antiguas. He aquí que yo hago cosa nueva; pronto saldrá a luz; ¿no la conoceréis? Otra vez abriré camino en el desierto, y ríos en la soledad” (Isaías 43:18-19); “Hermanos, yo mismo no pretendo haberlo ya alcanzado; pero una cosa hago: olvidando ciertamente lo que queda atrás, y extendiéndome a lo que está delante” (Filipenses 3:13).

³¹ Según el Corán aquellos que perdonan y mantienen la justicia son recompensados por Allah.

³² Vid. los textos destacados de Kant en J. ECHEGOYEN OLLETA, *Historia de la Filosofía. Volumen 2: Filosofía Medieval y Moderna*, Editorial Edinumen. Disponible también en: <https://www.e-torredababel.com/Historia-de-la-filosofia/Filosofiamedievalymoderna/Kant/Kant-Libertad.htm>

pasados. Mejor pecar por excederse en la libertad que pecar de esconderse en la autocensura.

2.3. Del ‘oblivionismo’ científico en sentido amplio al ‘oblivionismo’ digital en sentido estricto

Intentamos, además, ampararnos en el hecho de que este trabajo acomete el estudio de otro tipo de perdón y de olvido, uno que despliega sus efectos en el entorno virtual, y lo hace, precisamente, no solo para permitir el libre desarrollo de la identidad y de la autonomía individual, sino también, y sobre todo, para proteger aquellos colectivos de personas que son víctimas directas de conductas deplorables, o sufren los daños colaterales que conlleva el confiar plenamente en la Red; es decir, no pretende resguardar a los sujetos que causan dolor y angustia, sino a los que lo padecen. Por último, encontramos cobijo científico en tratar el controvertido tema del olvido en cuanto este es, tal vez para sorpresa de algunos, parte innata del funcionamiento de cualquier ciencia del conocimiento (aunque es especialmente cierto en las ciencias puras como la química, las matemáticas o la computación). En el ámbito de la investigación científica, en general, se recurre constantemente al olvido en tanto en cuanto es necesario rechazar información desactualizada, superflua o irrelevante, sobre todo si no tiene cabida en el progreso científico o ayuda a avanzar el conocimiento. Este cupo, no de sesgo sino de olvido, es requisito básico de lo que algunos han llamado el “oblivionismo” científico³³. Al mismo tiempo, abogamos precisamente por un derecho al olvido que no se identifique con la censura de contenidos, en tanto en cuanto se basa en la desvinculación de información personal en la Red, y no de su fuente original (a no ser, por supuesto, que en esta se haya tratado o esté tratando, con incumplimiento de la normativa de protección de datos y de los principios que la estructuran). Se trata, pues, de evitar que la máxima que expone Osten (“vivimos del pasado y perecemos por el pasado”³⁴) sea el reflejo y la penitencia de lo que nos ha tocado vivir en la era digital.

El desarrollo y perfección de las NTIC y los sistemas informáticos específicos de la Red, así como su adopción y adaptación a todas las facetas de la

³³ H. WEINRICK, *Lethe: the Art and Critique of Forgetting* (trad. S. RENDALL), Cornell University Press, Ithaca, 2004, p. 214; o, más recientemente, M. VALENTINUZZI, “Oblivion Phenomenon in Science” *IEEE Pulse*, vol. 10, núm. 6, 2019, pp. 20-22.

³⁴ M. OSTEN, *La memoria robada. Los sistemas digitales y la destrucción de la cultura del recuerdo. Breve historia del olvido* (trad. M.A.VEGA) Ediciones Siruela, Madrid, 2008, p. 39.

vida, ha reconfigurado el significado y el uso de determinados términos, incluyendo los que pudieran parecer exentos de necesidad de aclaración; entre ellos, indudablemente, se encuentra el término de permanente actualidad: el 'olvido'. El Diccionario de la Lengua Española de la RAE, en su primera acepción define el *olvido* como la "cesación de la memoria que se tenía", y lo matiza definiendo *echar al (o en) olvido* "dejar de retener en la mente"³⁵. La propia Biología nos proporciona ejemplos paradigmáticos que aluden a la otra faceta del olvido: esa cesación devenida en descarte o destrucción. La persona, sin entrar todavía en aspectos psicológicos o identitarios, es completamente distinta a nivel biológico por el mero paso del tiempo pues todas las células humanas se destruyen y se renuevan cada siete a diez años; en el caso de las células principales de la epidermis este proceso ocurre cada dos semanas. En otras palabras, la destrucción, mejora y el renacimiento del ser humano es un proceso natural y necesario para su propia existencia y bienestar.

Es bien sabido que el olvido ha estado tradicionalmente vinculado a la Neurología y a la Psiquiatría, como ciencias de la salud que han estudiado y evaluado el binomio memoria-olvido en el contexto del trauma (bien con respecto a la amnesia postraumática o bien con respecto a trastornos postraumáticos caracterizados por la superestimulación memorística)³⁶ o en relación con el deterioro cognitivo propio de enfermedades neurodegenerativas como el Parkinson o el Alzheimer. Con respecto a las primeras, destacamos el estudio del trastorno de estrés postraumático que hace Schöenberg, que además de explorar la limitada capacidad de la memoria humana, sostiene que el propio cerebro descarta y suprime aquella información que no considera crítica e imprescindible, para dar cabida a nuevos conocimientos y muestra los beneficios del olvido para la recuperación de ciertas experiencias

³⁵ Olvido. (s.f.). *Diccionario de la Real Academia Española* (23ª ed.). Disponible en: <https://dle.rae.es/olvido>

³⁶ *Vid.*, por todas, las contribuciones que se encuentran en M. LINDEN y K. RUTKOWSKI, K. (eds.) *Hurting Memories and Beneficial Forgetting Posttraumatic Stress Disorders, Biographical Developments, and Social Conflicts*, Elsevier, London, 2013. Para estudios concretos de los beneficios psicológicos del olvido, sea para aumentar la creatividad o para disminuir los efectos emocionales de eventos traumáticos, *vid.*, por todos, B.C. STORM y T.N. PATEL, "Forgetting as a Consequence and Enabler of Creative Thinking", *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, Vol. 40, núm. 6, 2014, pp. 1594-1609; y C.R. BREWIN, "Remembering and forgetting" en M. FRIEDMAN, T. KEANE y P. RESICK, (eds.), *Handbook of PTSD: Science and Practice*, Guilford Press, New York, 2014, pp. 200-218.

vitales³⁷. Con respecto a las segundas, resultan particularmente interesantes los estudios sobre esta última enfermedad neurodegenerativa, conocida como la ‘enfermedad del olvido’, que demuestran las ventajas y efectos positivos de una supresión orientada y controlada (*directed forgetting*) de la información o recuerdos ‘irrelevantes’, para dejar paso a los ‘relevantes’³⁸.

Se ha hablado, en variados contextos, incluso del olvido como una forma de muerte, el paso necesario hacia la muerte o la muerte en sí misma³⁹. Ahora bien, queremos realizar dos puntualizaciones. Primera, que, en ocasiones, vivir únicamente del presente supone conquistar las ansiedades de la vida, pues vivir en el momento nos libra de las cadenas pesadas del pasado⁴⁰. Por ello, nos conformamos a medias con lo que dicen algunos: que la memoria es la base de nuestra personalidad, que somos lo que hacemos, lo que decimos y lo que nos pasa (“somos en cada momento la memoria de nosotros mismos”⁴¹). Nuestro pasado indudablemente nos condiciona, pero no nos determina, y es parte de la búsqueda individual de cada uno averiguar quién es; las respuestas, en cualquier caso, se hallan en el presente⁴². Segunda, no

³⁷ M. SCHÖNENBERG, “Pathological Modes of Remembering: The PTSD Experience”, en M. LINDEN y K. RUTKOWSKI (eds.), *Hurting Memories and Beneficial Forgetting Posttraumatic Stress Disorders, Biographical Developments, and Social Conflicts*, Elsevier, London, 2013, pp. 71-82.

³⁸ M. EL HAJ, “Memory suppression in Alzheimer’s disease”, *Neurological Sciences*, vol. 37, 2016, pp. 337-343.

³⁹ En palabras de Gabriel García Márquez (“la muerte no llega con la vejez sino con el olvido”). Asimismo, destacamos la interpretación que hace Marín del mitológico río Lete: “el río del olvido, y en el adjetivo «letal», lo que produce la muerte. Que el olvido sea letal y lo que causa la muerte significa que el olvido es la forma del tránsito del mundo de los vivos al de los muertos, el río en el que hay que dejar cuanto se traía hasta quedar despojado de uno mismo para ser casi invisible, una sombra irreconocible. De ahí que la muerte se presente como una transfiguración por desvanecimiento que hace perder la visibilidad, esto es, el cuerpo, y la identidad, es decir, los recuerdos”. Vid. H. MARÍN, “Muerte, memoria y olvido”, *Thémata. Revista de Filosofía*, núm. 37, 2006, pp. 312-313.

⁴⁰ Tal vez Paulo Coehlo lo haya dicho mejor en *La Quinta Montaña* (1996) y en *Aleph* (2011): el regalo de la vida está en vivir en el momento, en el presente, y en caso de pasados que nos dejan insatisfechos, el olvido, la reinención y el presente son la solución.

⁴¹ J.M. SEGOVIA DE ARANA, “Memoria y olvido” *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 80, 2003, p. 633.

⁴² Inspirados por el remake de la película *Total Recall* (2012) transcribimos la que consideramos la escena más significativa: “¿Qué es lo que quieres? [...] Quiero recordar [...] ¿Por qué? [...] Para poder ser yo mismo [...] Es la búsqueda de cada hombre para averiguar quién es realmente, pero la respuesta a eso está en el presente, no en el pasado [...] Pero el pasado nos dice en quién nos hemos convertido [...] El pasado es una construcción de la mente. Nos ciega. Nos engaña para que lo creamos. Pero el corazón quiere vivir en el presente. Mira allí. Encontrarás tu respuesta”.

podemos equiparar las circunstancias que rodean la memoria (y olvido) humano con la memoria (y “olvido”) digital, por la simple pero aplastante razón de que el primero está fuera de nuestro control, es decir, nos viene impuesto; en cambio, en el segundo, somos nosotros, de manera informada, consciente y voluntaria los que decidimos dejar algo en el olvido, y usar una libertad⁴³, autonomía y dignidad de las cuales la imperfecta memoria humana, en general, y la plagada por vacíos y lagunas, en particular, nos despojan. Concomitante con estas ideas, resulta igualmente triste y angustioso que la persona tenga que llevar siempre consigo el lastre de su pasado, viviendo, irremediabilmente, un presente perpetuamente atenazado por el mismo.

Hasta ahora, había sostenido que las premisas neurotécnicas de la memoria humana se concentraban en el hipocampo (en el caso de la memoria remota) y en la corteza prefrontal (en el caso de la memoria inmediata o próxima) y que los procesos humanos de memoria dependían de la transición de la segunda a la primera, sea por impacto o repetición⁴⁴. Con carácter añadido, resulta interesante el análisis y la tipología que nos presentan Schock y Knaevelsrud sobre la memoria y su correlación con el trauma (o la retraumatización) en función del sistema de memoria fisiológico⁴⁵. Llegados a este punto, podemos sugerir un auténtico paralelismo inverso entre la memoria humana y lo que algunos autores han llamado la memoria colectiva

⁴³ Pues el olvido, en palabras de Khalil Gibran, es una forma de libertad.

⁴⁴ Así lo he defendido, basándome en las teorías de Preston y Eichenbaum, en M. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “Nuevos perfiles del derecho al olvido... cit., p. 233. Vid., por tanto, A.R. PRESTON y H. EICHENBAUM, “Interplay of hippocampus and prefrontal cortex in memory”, *Current Biology*, vol. 23, núm. 15, 2013, pp. 764-773.

⁴⁵ K. SCHOCK y C. KNAEVELSRUD, “Retraumatization: The Vicious Circle of Intrusive Memory” en M. LINDEN y K. RUTKOWSKI (eds.), *Hurting Memories and Beneficial Forgetting Posttraumatic Stress Disorders, Biographical Developments, and Social Conflicts*, Elsevier, London, 2013, pp. 61-62. Ellos hablan del hipocampo y la amígdala, dividiendo la conocida memoria a largo plazo en dos categorías: la memoria explícita y la memoria implícita. En el caso de la primera, a la que también denominan “memoria declarativa” (o “fría” siguiendo su metáfora térmica), declaran que los recuerdos, por un lado, pueden recuperarse conscientemente, pues el contenido del evento en cuestión está disponible y accesible fácilmente, y, por otro lado, el contenido recordado incluye no solo la información básica sino también la circunstancial (elementos espaciales, temporales, otras personas presentes, etc.). En contraposición, en el caso de la segunda, a la que también llama “memoria no declarativa” (o “caliente” siguiendo la supracitada comparación), los recuerdos son imprevisibles e inconscientes, pues estos se almacenan únicamente en función de la percepción sensorial y emocional del evento en cuestión, o, como lo abordan ellos “en el marco de una red asociativa” que solo requiere “la activación de un único elemento” para habilitar el acceso al recuerdo.

o social⁴⁶ en el mundo virtual, algunos otros la memoria “transaccional”⁴⁷ y otros simplemente la memoria digital⁴⁸. Con independencia del término que se utilice, el problema que surge parece claro: cuando las relaciones humanas son confiadas, y la memoria humana está relegada, a infinitos bancos de datos y a una amalgama ilimitada de herramientas y sistemas, que permiten el almacenamiento por tiempo indefinido y la accesibilidad inmediata, con independencia del contexto espacio-temporal, perdemos la capacidad de controlar nuestra propia identidad e existencia. Es incontestable que las personas dejamos una huella digital⁴⁹, venga esta dado por las exigencias de vivir en un sistema democrático, y por tanto, burocrático, o venga de las consecuencias naturales de interactuar en la Red, haciendo la expresión *quod nos est in Google, non est in mundo*⁵⁰ tan cierta como reveladora y desconcertante. Todo lo que se le ha confiado a la Red, sea de manera consciente o no, sea de manera consentida o no, queda barnizado en un espacio sin fronteras y que

⁴⁶ E. ESPOSITO, *La memoria sociale. Mezzi per comunicare e modi di dimenticare*, Laterza, Roma, 2001; y más recientemente, A. SALARELLI, “Diritto all’oblio e archivi online dei quotidiani: alcune considerazioni sulla memoria sociale ai nostri tempi”, *JLIS: Italian Journal of Library, Archives, and Information Science*, vol. 5, núm. 1, 2014, p. 1; y R. GARCÍA-GAVILANES, A. MOLLGAARD, M. TSVETKOVA y T. YASSERI, “The memory remains: Understanding collective memory in the digital age”, *Science Advances*, vol. 3, núm. 4, 2017, pp. 1-7.

⁴⁷ D.M. WEGNER, “Transactive memory: a contemporary analysis of the group mind”, en B. MULLEN y G.R. GOETHALS (eds.), *Theories of group behaviour*, Springer Nature, Basel, 1987, pp. 185-208, y más adelante en A. F. WARD, “Supernormal: How the Internet is changing our memories and our minds”, *Psychological Inquiry*, vol. 24, núm. 4, 2013, pp. 341-342; y J. FIRTH, J. TOROUS, B. STUBBS, J.A. FIRTH, G.Z. STEINER, L. SMITH, M. ALVAREZ-JIMENEZ, J. GLEESON, D. VANCAMPFORT, C.J. ARMITAGE y J. SARRIS, “The ‘online brain’: how the Internet may be changing our cognition”, *World Psychiatry*, vol. 18, 2019, p. 122. Estos dos últimos, de hecho, hablan de las consecuencias nefastas que produce la memoria ilimitada de Internet para las funciones cognitivas: desde la reducción de la capacidad de atención y la memoria semántica hasta problemas socio-psicológicos de la ubicuidad que caracteriza a la red de redes.

⁴⁸ Se trata, pues, de una memoria que no sólo trasciende los límites de la memoria humana, diseñada ingeniosamente con la capacidad de olvidar, sino que, además, almacena toda la información generada por los usuarios de forma manual o directa y toda aquella información generada por su comportamiento. Vid. M. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, “Nuevos perfiles del derecho al olvido... cit., p. 233.

⁴⁹ E. DELGADO VALLE, “Derecho al recuerdo en Internet”, en J. VALERO TORRIJOS (coord.): *La Protección de los Datos Personales en Internet ante la Innovación Tecnológica*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, p. 436: “Incluso la más retraída y menos proactiva de las personas deja, en la actualidad, un rastro de su existencia”.

⁵⁰ R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “¿Quién debería olvidarnos en Internet?” *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 864, 2013, pp. 1-3.

no conoce límites. El personaje de Borges, Funes el Memorioso, y su sueño como depurador de recuerdos, terminó encontrando un competidor feroz⁵¹ y un digno oponente. En efecto, si algo ha traído Google y sus competidores análogos ha sido la memoria en superlativo⁵². En otras palabras, Google y compañía reflejan el epítome de la memoria, trayéndola a primera línea de batalla; una batalla existente desde hace décadas entre el derecho cuasi colectivo al acceso ilimitado al conocimiento e ideas frente a la intimidad y autodeterminación informativa del individuo.

En efecto, la infalibilidad de la memoria absoluta de Internet se contradice con los límites de la memoria humana, lo que sin duda alguna significa que las huellas que dejamos en el mundo digital, permanecen y nos siguen, como una sombra⁵³, dondequiera que vayamos. La memoria digital eterniza el elemento del tiempo, tan arraigado en nuestra propia existencia, pues impide que las personas se separen de su pasado, lo que, a su vez, puede evitar un crecimiento y desarrollo humano saludable. Como también ha afirmado Szekely, en comparación con la memoria digital, la memoria humana es imperfecta⁵⁴, porque distorsiona, omite y selecciona aleatoriamente, o no, qué información lleva a extremos desorbitados del recuerdo y qué información envía a la fuente del olvido y la insignificancia. Si bien no discrepamos de su caracterización de la memoria humana, sí lo hacemos de su consideración contrastiva. Recordemos que la memoria digital que supone la Red y aquellas herramientas de localización instantánea de la información que esa reserva inabarcable encuentra, como los motores de búsqueda, es igualmente imperfecta, pues también distorsiona, selecciona y clasifica la información –no siempre por el mismo criterio objetivo– y siempre la presenta fuera de su contexto temporal original, extrayéndola de los confines más profundos

⁵¹ J.L. BORGES, "Funes el Memorioso", en *Ficciones. El Aleph. El Informe Brodie* (1942), Destino, Barcelona, 2009, pp. 51-55.

⁵² En efecto, la memoria ahora, en palabras de Osten: "[ha sido] experta en el trato con asociaciones auto-generadas y clarividencias conexas, de repente se encuentra otra vez –y en cuanto usuaria habituada a capacidades de almacenaje– con conexiones formales técnicamente determinadas y dependiente de las 'máquinas de búsqueda' digital". Vid. M. OSTEN, *La memoria robada. Los sistemas digitales...cit.*, p. 79.

⁵³ A. GHEZZI, A. GUIMARES PEREIRA y L. VESNIC-ALUJEVIC, *The ethics of memory in a digital age: interrogating the right to be forgotten*, Palgrave Macmillan, Londres, 2014, p. 11.

⁵⁴ I. SZEKELY, "The Right to Forget, the Right to be Forgotten Personal Reflections on the Fate of Personal Data in the Information Society", en S. GUTWIRTH, R. LEENES, P. DE HERT, e Y. POULLET (eds.), *European Data Protection: In Good Health?*, Springer, Dordrecht, 2012, p. 355.

de la tierra del ciberespacio. Es precisamente “la amplia gama de información, a veces anárquica, a veces perfectamente ordenada, pero siempre descontextualizada, en la Red” lo que hace de la ciudad virtual que es la Red de Internet, los mandatarios que la controlan y todos los súbditos que conviven en ella “lo que la hace tan potencialmente perjudicial”⁵⁵.

Como ya han expuesto los grandes especialistas en la materia, históricamente, el olvido era la regla y la memoria la excepción, pero hoy en día la transformación tecno-digital ha invertido los roles, elevando al recuerdo no solo como regla por defecto y diseño⁵⁶ sino como mandamiento absoluto de la deidad en la que se ha convertido la omnipresente, omnisciente y omnipotente Red que dispone y conoce todo. Y, de hecho, incluso siguiendo las categorías propuestas por Schock y Knaevelsrud, esto es incluso más problemático, pues la propia naturaleza de la Red, y su versión mejorada gracias a los operadores fieles que residen en ella, hacen que esta sea simultáneamente memoria explícita e implícita, seleccionando lo más perjudicial de ambas: por un lado, es capaz de recuperar todo tipo de información de manera fácil e instantánea y lo puede hacer con la activación de un único elemento –el nombre de la persona–. Esta situación se agrava en tanto en cuanto esta información se presenta vestida de engaño, de manera estructurada y actual, pues la despoja de su contexto y la encabeza como lo más relevante del presente con independencia del trascurso del tiempo.

2.4. El perjuicio de la memoria digital para la vida real: influencias nietzscheanas, benthianas y orwellianas

Si bien no compartimos las perspectivas utilitaristas, por considerar la utilidad contraria a la dignidad e individualidad humana⁵⁷, hay argumentos de Nietzsche sobre el “perjuicio de la historia para la vida”⁵⁸, y, por exten-

⁵⁵ M. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, “Los nuevos límites al derecho al olvido en el sistema jurídico de la Unión Europea: la difícil conciliación entre las libertades económicas y la protección de datos personales”, *Estudios de Deusto*, vol. 65, núm. 2, 2017, p. 171.

⁵⁶ En un principio V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete: The Virtue of Forgetting...cit.*, pp. 2, 44 y 196; y más reciente, A. RALLO LOMBARTE, *El derecho al olvido en Internet... cit.*, p. 17.

⁵⁷ La dignidad humana, para los que todavía defendemos las premisas del iusnaturalismo, tiene un valor intrínseco, no como medio o instrumento que se utiliza para un fin social más amplio o más importante, ni para maximizar la utilidad. Por sí misma, la persona tiene un valor intrínseco que merece ser respetado. Y por tanto, es un error pensar en la justicia o en el derecho como la suma de preferencias o de balances de coste-beneficio.

⁵⁸ F. NIETZSCHE, *Sobre la utilidad y el perjuicio de la historia para la vida: II Intempestiva* (trad. G.CANO), Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.

sión de la memoria, que resultan interesantes en el contexto del derecho al olvido, pues, aunque proporciona argumentos propios de las críticas a la negación histórica, también se sostiene sobre posturas propias de la negación de la filosofía de la historia⁵⁹. Así, especula sobre el deseo innato, e incluso necesario, de olvidar, para no encerrarse en un horizonte limitado, sin que ello implique descartar reflexiones y críticas de qué es exactamente lo que se debe, o no, olvidar, para no producir la ignorancia de las injusticias. Así, por un lado, destaca la cruel y oscura perspectiva que se adopta cuando se suspende temporalmente el olvido⁶⁰, examinando el pasado, generalmente, despreciando cualquier tipo de justificación o clemencia, perspectiva que se considera peligrosa para la vida misma, en tanto en cuanto se juzga y se aniquila el pasado, desmoronando y degenerando, a su vez, el presente y el futuro⁶¹. Por otro, recuerda que la verdad antagónica de que todos (como país, como sociedad, como generación –y, por supuesto, como individuos–) somos resultado de nuestro pasado, y que si bien parece imposible liberarse de sus cadenas o errores, ello no impide la lucha innata por una nueva versión renovada y mejorada de uno mismo, en contraposición con la rémora que puede pervivir desde nuestro pasado, una versión o naturaleza que, a base de hábitos, conduce inexorablemente a la transformación posterior de la naturaleza en la principal y hace que la anterior desaparezca⁶².

Nietzsche duda de esta posibilidad, pues considera difícil encontrar un equilibrio sano entre la negación del pasado y el triunfo de su superación⁶³. No obstante, admite que soportar la carga cada vez más aplastante del pasado, que resulta abrumadora y paralizante, supone un obstáculo para la marcha hacia delante y el desarrollo de la persona⁶⁴. Habla del exceso de la historia como amenaza constante para la vida; habla de la “sobresaturación” histórica del pasado como fuerza debilitante de la personalidad, como obstáculo para la madurez y píldora peligrosa del cinismo y egoísmo⁶⁵. Así, el olvido de las cadenas del pasado es *conditio sine qua non* de la máxima de la felicidad⁶⁶. Muchos otros estudiosos nos han advertido sobre la oposición y la dualidad olvido/memoria.

⁵⁹ A la vez que habla de los peligros del historicismo los defiende. Id., pp. 46-47.

⁶⁰ Id., p. 66.

⁶¹ Id., p. 52.

⁶² Id., pp. 66-67.

⁶³ Id., p. 66.

⁶⁴ Id., p. 41.

⁶⁵ Id., pp. 76-78.

⁶⁶ Id., pp. 42-43.

Resulta difícilmente cuestionable que la historia de la humanidad se ha movido y sigue moviéndose “en un vaivén ininterrumpido entre memoria y olvido”⁶⁷, y por ende, también se mueven así las reflexiones acerca de los mismos.

Sin embargo, con el auge incesante de la “memoria de acero”⁶⁸ de Internet, y su perfeccionamiento a causa de la labor de los motores de búsqueda, el vaivén se desequilibra por completo, para dar paso a una suerte de limbo en el bando de las fuerzas reminiscentes. El híbrido resultante de la simbiosis entre la versión 2.0 de la Biblioteca de Alejandría, la versión 2.0 del Panóptico benthiano y la versión 2.0 de la Galaxia de Gutenberg no supone únicamente una “crisis de valores” en el acceso a información de “calidad”⁶⁹, sino la herramienta clave para sistemas opresivos de los que ya nos advirtieron, entre otros, Orwell, Zamyatin y Huxley⁷⁰. Sin entrar en cuestiones ampliamente estudiadas sobre las nuevas facetas de la vigilancia electrónica, tanto pública como privada (*surveillance*), sí que cabe, al menos, citar al nuevo fenómeno de la *dataveillance* en la era post-Snowden⁷¹ y la transformación del Panóptico al Períptico, en tanto ya ni sabemos quién nos vigila, ni cómo, ni para qué⁷². En tal sentido, la transformación digital, en general, y la Red, en particular, se han convertido en el ‘Gran Hermano’ que nos vigila, manipula nuestra libertad y, lo que es peor, están (y nos ponen) al servicio de más de un amo (el Estadonación en su sentido clásico o desde el prisma de los nuevos “Estados” digitales como es *Facebook Nation*⁷³).

⁶⁷ H. BAUZÁ, *Sortilegios de la memoria y el olvido*, Akal, Buenos Aires, 2015, p. 19.

⁶⁸ B.J. KOOPS, “Forgetting Footprints, Shunning Shadows. A Critical Analysis of the ‘Right To Be Forgotten’ in Big Data Practice”, *SCRIPTed*, vol. 8, núm. 3, 2011, p. 2.

⁶⁹ “una crisis de valores al haber confundido cantidad con calidad; así, por ejemplo, nos presentan la falacia de hacernos creer que algo es bueno [o cierto] en tanto ha sido mencionado muchas veces” según H. BAUZÁ, *Sortilegios de la memoria y el olvido... cit.*, p. 118.

⁷⁰ Aldous Huxley en *Un Mundo Feliz* y George Orwell en *1984* han puesto precisamente el acento sobre el problema del trans-humanismo y la “supra-revolución” tecnológica; problemática que se ha hecho realidad y cuya reflexión sigue siendo de lo más acertada a día de hoy.

⁷¹ Una suerte de recogida y agregación panóptica en la que los datos reunidos a través de las prácticas de vigilancia del ciudadano ordinario da paso a mecanismos de vigilancia del Estado, a través de las corporaciones que poseen esos datos. *Vid.*, V. BAKIR, “Veillant panoptic assemblage. Mutual watching and resistance to mass surveillance after Snowden” *Media and Communication*, vol. 3, núm. 3, 2015, pp. 12-25; y, más recientemente, las referencias que hace Sancho López a la “normalización social de la cultura de la vigilancia” y el concepto de “dataveillance”, en M. SANCHO LÓPEZ, *El derecho al olvido en el big data: nuevos retos para la protección de la privacidad*, Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 2018, pp. 39-47.

⁷² I. SZEKELY, “The Right to Forget, the Right to be Forgotten...”, *cit.*, p. 352.

⁷³ N. LEE, *Facebook Nation: Total Information Awareness*, Springer, New York, 2014.

Tomamos prestadas precisamente las palabras de Orwell “*Quien controla el pasado controla el futuro. Quien controla el presente controla el pasado*”. Si bien esta sombría realidad se presenta sumamente problemática en el caso de que el control se sitúe sobre la cima en la cadena del poder, en un sistema político y ordenamiento jurídico, en el supuesto de que fuera el propio individuo el que tuviera este poder de control, se marcaría una radical diferencia. Inspirados en Rodríguez de las Heras⁷⁴, no podemos sino compartir la pregunta con la que da comienzo a su presentación: antes del perfeccionamiento de la era 4.0 había que preguntarse si el destino o lo que nos depara el futuro, estaba escrito; ahora, la pregunta es justo la contraria, ¿determina lo que está escrito (en la Red) lo que nos depara el futuro? La respuesta, a nuestro pesar, es en clave afirmativa. Ante estos escenarios y frente a este horizonte desconcertante, cabe aludir a un retocado *ars oblivionalis*⁷⁵ tanto como respuesta a los retos que plantea la memoria absoluta e indulgente de la transformación digital, en general, y de la Red, en particular, como mecanismo natural adaptado a las exigencias actuales. De ahí que el derecho al olvido se haya denominado un derecho a la “muerte digital”⁷⁶.

El recuerdo y el olvido son elementos inseparables de la condición humana y del cerebro humano, ingeniosamente diseñados, en su creación y evolución, con esa capacidad de destruir lo superfluo o lo dañino, de lo que se hace eco la expresión que acuña Bauzá y que adaptamos “*bienaventurados los desmemoriados*”⁷⁷ porque de ellos es el reino de la paz y la salud emocional. Recordamos y olvidamos selectiva e inconscientemente; a veces somos nosotros mismos los que anhelamos y deseamos olvidar, a veces es el propio cerebro el que, como mecanismo de autodefensa o por economía organizativa, decide descartar lo irrelevante o imponernos cierto olvido, todo ello con el fin último de no impedir avanzar y disfrutar del presente y el futuro. Las reflexiones de Osten al respecto, y su paralelismo con el paradigma digital actual son de obligada referencia⁷⁸.

⁷⁴ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, “El derecho al olvido”, TEDxUPValència, 2016.

⁷⁵ H. WEINRICK, *Lethé: the Art and Critique of Forgetting* (trad. S. RENDALL), Cornell University Press, Ithaca, 2004, pp. 11-12.

⁷⁶ V. ESCANDÓN PRADA, *El olvido en los tiempos de las fake news*, Tesis Doctoral, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2019, p. 68.

⁷⁷ H. BAUZÁ, *Sortilegios de la memoria y el olvido...* cit., p. 51.

⁷⁸ M. OSTEN, *La memoria robada. Los sistemas digitales...* cit., p. 105: “recuerdo y olvido ¿son sólo algoritmos de las funciones del cerebro? ¿Cambia el concepto de la memoria, lenta pero seguramente, del plano individual o colectivo al plano biológico? ¿Es la fragilidad de la memoria en

La naturaleza absoluta y perpetua de Internet, en contraposición con la humana, permitiendo que las huellas que dejamos en el mundo digital, permanezcan y nos sigan, como sombras digitales de manera temporalmente irrestricta, rinde homenaje a las reflexiones del poeta latino Virgilio *sed fugit interea, fugit irreparabile tempus*, o en el caso de la Red, más bien *tempus fugit non autem memoria digitalis*. La puesta a disposición atemporal de la información personal que permite la Red ha dado lugar a un verdadero efecto “eternizador”⁷⁹ o “de contemporaneidad”⁸⁰ entre lo hecho, dicho (o lo que han hecho o dicho sobre nosotros) en el pasado y el presente, difuminando la línea divisoria entre ambos. Con semejante instrumento, los recuerdos, los buenos, los malos, los feos⁸¹, hasta los no consentidos, quedan grabados en la Red, devenida una suerte de bomba (y subsiguiente lápida) personal o profesional de relojería. Y así, el derecho al olvido, es, a fin de cuentas, poder decidir quiénes somos, poder controlar lo que está escrito sobre nosotros. Si no pudiéramos controlar lo que está escrito en la Red, ¿podríamos controlar realmente nuestro destino?

3. LA POSTURA IUSFUNDAMENTAL DEL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL

Como apuntan Pagallo y Durante, la memoria y el olvido “cooperan en la construcción de la identidad personal” y son las “dos caras de una misma moneda”⁸². En tal sentido, como hemos podido observar, mantener *sine die* cierta información de carácter personal tiene efectos gravemente perjudiciales para

definitiva deudora de la evolución? Así como esta nos regala el recuerdo ¿nos regala también al parecer con el beso del olvido? Con un olvido que nosotros mismos en todo caso fomentamos mientras tanto con vehemencia individual, colectiva y digitalmente. Quizá se podría definir en este sentido la posmodernidad como una sociedad de riesgo anamnético, cuyo saber técnico-informativo entiende al hombre cada vez más como un agregado neuroquímico en tránsito hacia la inteligencia y existencia artificial digitalmente dirigidas”.

⁷⁹ C. DE TERWANGNE, *The Right to be Forgotten and the Informational Autonomy in the Digital Environment*, en A. GHEZZI, A. GUIMARES PEREIRA y L. VESNIC-ALUJEVIC, *The ethics of memory in a digital age: interrogating the right to be forgotten*, Palgrave Macmillan, Londres, 2014, p. 84.

⁸⁰ J.C. SUÁREZ VILLEGAS, “El derecho al olvido... cit., p. 40.

⁸¹ M. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, “Nuevos perfiles del derecho al olvido... cit., p. 234.

⁸² U. PAGALLO y M. DURANTE, “Legal Memories and the Right to be Forgotten” en L. FLORIDI (ed.) *Protection of Information and the Right to Privacy – A new Equilibrium*, Springer, Basel, 2014, p. 19.

la dignidad y el libre desarrollo de la persona y esa construcción de su identidad, llevándole, potencialmente, a ningún otro puerto que al de una suerte de muerte civil –en ocasiones incluso laboral y mercantil–, imposibilitando la autorrealización de cualquier faceta vital. Es precisamente a tal efecto que se han generado no pocas preocupaciones sobre el impacto de la memoria extraordinaria e infalible de las NTIC y en particular de la Red, que lo hace todo más accesible, sobre el libre desarrollo y dignidad de las personas. De esta, precisamente, ha surgido la paradójica necesidad de “acordarse de olvidar”⁸³, pues el olvido, como veremos, tiene más virtudes que vicios en el contexto digital.

Ante nuestra insistencia en el respeto de la dignidad humana, en tanto que “referente metafísico”⁸⁴, y la protección de los derechos fundamentales (especialmente, por lo que se refiere a este trabajo, los que denominamos digitales), consideramos importante efectuar unas aclaraciones conceptuales y reflexiones preliminares adicionales. En primer término, cabe resaltar que no compartimos la clasificación generacional de los derechos humanos⁸⁵, pues, en los tiempos actuales, y desde los orígenes del Derecho, la elección de las palabras importa, y por ende, preferimos posicionarnos en la necesidad de enfatizar su universalidad, indivisibilidad, interdependencia y su fundamento compartido en la dignidad humana⁸⁶. Así, entendemos la dignidad humana como “referente humano para la construcción de la universalidad real en derechos, libertades y exigencias de justicia”⁸⁷. En segundo término, sí que resulta relevante su materialización como categorías históricas o a tra-

⁸³ V. MAYER-SCHÖNBERGER, “Remembering (to) Delete: Forgetting Beyond Informational Privacy” en F. THOUVENIN (ed.), *Remembering and Forgetting in the Digital Age (Law, Governance and Technology Series)*, Springer, Cham, 2018, p. 123.

⁸⁴ J.M. GUTIÉRREZ DÍAZ, *Proyección práctica de la dignidad humana*, Fundación Emmanuel Mounier, Madrid, 2014, p. 11.

⁸⁵ Cuyo máximo exponente fue en su día K. VASAK, “Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights”, *UNESCO Courier* 30:11, United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, Paris, 1977; y cuya clasificación también se encuentra en numerosos trabajos de excelencia académica, examinando los derechos en esta clave: véase, con carácter más reciente J. BUSTAMANTE DONAS, “La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales”, *TELOS*, 2010, pp. 1-10.

⁸⁶ Recordemos la Declaración y el Programa de Acción de Viena adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. Versión en español disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf

⁸⁷ J.M. GUTIÉRREZ DÍAZ, *Proyección práctica de la dignidad... cit.*, p. 13.

vés de “contextos temporalmente determinados”⁸⁸. Como magistralmente apunta Salvioli: si bien las clasificaciones teóricas de los derechos pretenden agruparlos con el fin de incidir en su surgimiento histórico, su reconocimiento, grado de exigibilidad o de las garantías jurídicas al alcance de sus titulares, esto no debe desvirtuarles de su indivisibilidad, de su condición ‘fundamental’ (pues todos, en tanto en cuanto derivan de la dignidad humana como categoría universal, lo son)⁸⁹.

En tal sentido, a diferencia de las mal llamadas primera, segunda y tercera generación de los derechos humanos, como productos de teorías y movimientos de diversa índole, la archiconocida ‘cuarta generación’ de derechos es el resultado directo de la experiencia humana y su relación con el entorno tecno-digital, y específicamente en el contexto del ciberespacio, la “expansión del concepto de ciudadanía digital”⁹⁰ y la “apropiación social de las nuevas tecnologías”⁹¹. A pesar de cierta crítica⁹², estos derechos se han llamado, y hemos venido llamando, ‘nuevos’ derechos o derechos ‘digitales’ o ‘emergentes’, entre los que indudablemente se circunscriben el derecho a la protección de datos y el derecho al olvido. Con todo lo anterior en mente, si bien es verdaderamente útil, en el contexto docente, y resulta sumamente atractivo en la difusión y transferencia del conocimiento, catalogar y denominar a los derechos en función de su proceso de reconocimiento histórico, no resulta del todo conveniente⁹³.

⁸⁸ A.E. PÉREZ LUÑO, “Las generaciones de derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991, p. 205.

⁸⁹ F.O. SALVIOLI, *Introducción a los Derechos Humanos: concepto, fundamentos, características, obligaciones del Estado y criterios de interpretación jurídica*, Instituto Interamericano de Responsabilidad Social y Derechos Humanos, México, 2019, pp. 132-133.

⁹⁰ E. DELGADO VALLE, “Derecho al recuerdo en Internet...”, cit., pp. 418-421.

⁹¹ E. DELGADO VALLE, “Derecho al recuerdo en Internet...”, cit., p. 421.

⁹² Subrayar, a modo anecdótico, que si bien hay un acuerdo considerable entre la doctrina académica, autores como Pérez Luño han considerado estos derechos particularmente afectados por las NTIC como parte de la tercera generación, al no considerar que otras denominaciones contribuyen a mayores malentendidos y confusiones. Vid., en tal sentido, A.E. PÉREZ LUÑO, *Los Derechos Humanos en la sociedad tecnológica*, Editorial Universitas, Madrid, 2012, pp. 17-25.

⁹³ M. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, “La Carta Social Europea y los derechos sociales emergentes: una aproximación al derecho de acceso a la información ambiental”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 9, núm. 1, 2019, p. 175: “conviene evitar la paradoja proveniente de tal encasillamiento, principalmente la conversión de prioridades cronológicas en prioridades axiológicas [...] semejante jerarquización, vinculada a dicha idea restrictiva de fundamentalidad, no es objeto de unanimidad, máxime cuando se tienen presentes los estándares internacionales sobre derechos hu-

La clasificación de los derechos debe tener como único objetivo un mayor entendimiento de su origen y evolución, y no provocar “jerarquías incompatibles con las características de indivisibilidad e interdependencia”⁹⁴. Apoyándonos en las declaraciones de Leturia Infante, el derecho al olvido debe ser analizado desde la lógica de los derechos fundamentales⁹⁵, y, por supuesto, desde su proyección de la dignidad humana. No nos cabe duda de que los derechos emergentes, como es el derecho a la protección de datos y su faceta en el derecho al olvido, dimanan directamente de la dignidad humana como valor, principio angular y fundamento del ordenamiento jurídico europeo. La dignidad, según su acepción kantiana, hace referencia a un valor inherente al ser humano por el simple hecho de serlo, en cuanto ser racional, dotado de libertad; es decir, la dignidad se proyecta como cualidad consustancial al ser humano. De un análisis conjunto del constitucionalismo europeo, del cual se puede vislumbrar el carácter inseparable de la relación dignidad/derechos, concluimos que la proyección sobre los derechos humanos se fundamenta en la dignidad de la persona, la cual no solo constituye el punto de arranque del reconocimiento de los demás derechos, sino que, además, es la esencia que permanece inalterada, con independencia de la situación o estado de la persona, constituyendo un “mínimum invulnerable”, que impide limitaciones en el disfrute de estos, si conllevan el “menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”⁹⁶.

Aunque la noción de la dignidad humana no la encontremos expresamente reconocida en los instrumentos más importantes de la UE, hasta la reforma del Tratado de Lisboa que revisa los tratados constitutivos e incorpora la CDFUE como parte del Derecho originario, otorgándole una naturaleza jurídicamente vinculante, se puede decir con total y absoluta certeza que la dignidad humana y su protección ha sido un valor latente en la Europa de la

manos (y la idea de indivisibilidad)”. Conviene traer a colación, en tal sentido, las contribuciones de J. MORA GALIANA, “Preferencias axiológicas y valores jurídicos. Para una deontología profesional”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2009, pp. 166-179; y J.L. MONEREO PÉREZ, “El principio de indivisibilidad e interdependencia en el sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”, *Revista derecho del trabajo*, núm. 15, 2017, pp. 21-68.

⁹⁴ F.O. SALVIOLI, *Introducción a los Derechos Humanos...* cit., p. 138.

⁹⁵ F. J. LETURIA INFANTE, “Fundamentos jurídicos del derecho al olvido, ¿un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos fundamentos?”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, núm. 1, 2016, pp. 91-113.

⁹⁶ Así de elocuentemente lo ha puesto nuestro propio Tribunal Constitucional. Vid. STC 120/1990, de 27 de junio (FJ 4).

segunda posguerra. La CDFUE, como instrumento de tutela de los derechos y libertades, precisamente en su primer Título lleva por rúbrica “Dignidad”, sirviendo de pórtico a los sucesivos Títulos. Encontramos la misma lógica del mínimo invulnerable en el art. 1 CDFUE (“La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”) y en las explicaciones elaboradas bajo la responsabilidad del *Praesidium* de la Convención que redactó la CDFUE: “la dignidad de la persona humana no solo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales”⁹⁷. Así, la inmunidad de la dignidad a sufrir injerencias, en el seno de la UE, se manifiesta como parte del contenido esencial de cada derecho; no pudiendo atentar contra ella, incluso en caso de limitación de los derechos reconocidos en la misma⁹⁸. En otras palabras, la CDFUE detalla el sentido inseparable de la noción de dignidad que se pretende dar a la idea actual de Europa, por lo que lo reitera como límite y concepto informador de toda la actuación de la UE, y, en definitiva, como base axiológica absoluta.

Este complejo concepto ha sido completado como garantía negativa (derecho a no sufrir injerencias) y positiva (autodisponibilidad y autodeterminación de la persona) o lo que se ha resumido como el pleno desarrollo de la personalidad⁹⁹. La dignidad de la persona es el fundamento de los derechos humanos, siendo estos, por tanto, concreciones de aquella para el desarrollo integral de la persona. La dignidad, como fundamento de los derechos humanos y estos como concreciones de esta para el desarrollo integral de la persona. La dignidad humana, como mínimo (y máximo) denominador común del enfoque basado en los derechos humanos, se ve particularmente reflejada en los principales instrumentos jurídicos internacionales, europeos así como nacionales¹⁰⁰. Volviendo a la teoría kantiana de la dignidad, su concepción como

⁹⁷ Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de 14 de diciembre de 2007. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214(01)&from=EN)

⁹⁸ En otras palabras: “la Carta describe el sentido inseparable de la noción de dignidad que se pretende dar a la idea actual de Europa, se reitera como límite y concepto informador de toda la actuación de la UE o, en otras palabras, como base axiológica absoluta”. Vid. M. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, Una revisión del derecho fundamental a la protección... *op.cit.*, p. 46.

⁹⁹ A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos: Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 324.

¹⁰⁰ Para la evolución normativa y universalización de la noción de dignidad humana *vid.* M. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. un reto en clave de diálogo judicial y constitucionalismo multinivel en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 44-48.

valor fundamental de las nociones de persona hace que igualmente englobe una dimensión moral de la personalidad, fundamentada en la propia libertad y autonomía individual, encarnándose a su vez, como principio legitimador de los llamados derechos de la personalidad. En semejante línea se ha evocado que los derechos fundamentales (o si se prefiere, humanos) son “la expresión singular de la dignidad humana”, y así, su reconocimiento “como fundamento para los derechos humanos hace posible su dignificación”¹⁰¹.

4. CONSIDERACIONES FINALES PARA QUE LA DIGNIDAD NO CAIGA EN EL OLVIDO

4.1. La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad como *priora* lógicas y ontológicas para la autodeterminación informativa

En las coordenadas expuestas, nuestra aproximación jurídico-filosófica comporta inexorablemente que el núcleo axiológico de la dignidad no caiga en el olvido. En efecto, en tanto en cuanto es fundamento y valor superior que garantiza el derecho de toda persona a definir libremente su proyecto de vida, en la era digital actual, esto indudablemente se pone en entredicho por las NTIC. En el caso del derecho a la protección de datos, y su concreción en el derecho al olvido, no sólo encontramos la dignidad humana como fundamento, sino que estos, del mismo modo, se especifican en la autorrealización del individuo, en el desarrollo de su identidad y de su personalidad, evidentemente relacionados con la libertad. Recordemos, además, la importancia que se le atribuyó a la vida privada y la intimidad, como garantía para la libertad y “autodeterminación personal”, y en última instancia como garantía de “una mejor calidad de vida”¹⁰². Estos derechos, si se configuran bajo el paraguas amparador de la dignidad humana y la libertad, inexorablemente requieren de cierta potestad de control, y esto resulta especialmente necesario en el contexto de la revolución y mutación de la informática: “*la libertad*

¹⁰¹ M. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, *Una revisión del derecho fundamental a la protección...* cit., p. 48.

¹⁰² M. CARRILLO, “Los ámbitos del derecho a la intimidad en la sociedad de la comunicación” en *Cuadernos y Debates* núm. 248: *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, p. 15.

informativa representa una nueva forma de desarrollo de la libertad personal"¹⁰³. No obstante, es una verdad, a nuestro juicio evidente, que la potestad de control que debería brindar la libertad, se ve coartada y limitada por el empleo de técnicas informáticas, que comprometen o menoscaban gravemente su práctica, en particular aquellas relativas al tratamiento de datos de carácter personal, como potencial agresión a lo más inherente de la persona resultante "del uso torticero del tratamiento automatizado de datos personales"¹⁰⁴, que lo recopila todo y no nos lo deja olvidar.

Por todo lo anterior, y sobre la base de que el principio de selectividad está bien arraigado en el concepto de la memoria humana, al igual que los algoritmos neurológicos, establecen, por diseño y por defecto, cierto grado de oscuridad o de selectividad en el acceso de determinados recuerdos, por el bien del sistema en su conjunto, los algoritmos de la Red y los de sus operadores deberán contemplar una versión de oscuridad o desenfoque digital; lo que nosotros hemos llamado, según el contexto y la situación particular de la persona, un derecho al olvido en tanto que derecho de supresión, o un derecho al olvido digital en tanto derecho a la re-contextualización digital que *motu proprio* no permite la Red. Sin profundizar en los riesgos y consecuencias de las NTIC, a pesar de sus numerosas ventajas, hay que considerar aquí que operan, de una parte, como arma destructiva que pone en riesgo la dignidad humana, y, de otra, como escudo insuficiente frente a las víctimas de la guerra que ella misma genera. Desde el punto de vista de la protección de las personas en situación de vulnerabilidad, actúa como factor agravante de las mismas y, si no proporciona garantías y mecanismos efectivos, puede llegar a ser factor menguante en la protección de los derechos fundamentales de determinados colectivos. Ante la nueva y compleja realidad socio-digital, surge el reto (y subsiguiente deber) del Derecho (y por qué no, además la Ética) de paliar semejantes afrentas a la persona. Ello implica no sólo la conveniencia de reforzar los clásicos derechos personalísimos del ser humano, sino también la necesidad de asegurar una verdadera y efectiva autodeterminación informativa como presupuesto necesario para garantizar la dignidad humana (siendo esta, a su vez, *prius* lógico y ontológico) a través del diseño y ejercicio de nuevos mecanismos de tutela.

¹⁰³ V. FROSINI, *Informática y Derecho* (trad. J. Guerrero y M. Ayerra Redín), Temis, Bogotá, 1988, p. 23.

¹⁰⁴ A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, "La nueva Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos Personales ¿Un cambio de filosofía?", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 34, 2000, p. 305.

La concreción de derechos “emergentes” o la redefinición de los derechos “clásicos” responde a un proceso de evolución de las necesidades humanas como respuesta a los cambios y revoluciones y, por ende, a las consiguientes y potenciales amenazas que estas pueden tener sobre la libertad y dignidad individual; en definitiva, los derechos fundamentales deben redefinirse para adaptarse a los requisitos siempre cambiantes de nuevos contextos y realidades, y ello debe hacerse inspirándose en los principios y valores que los guían, siendo el orden axiológico máximo la dignidad. La necesidad de efectuar una constante revisión y perfilamiento de derechos fundamentales viene dada, entre otras muchas razones, por el supracitado progreso socio-tecno-digital, como recurso para evitar la “indigencia” de la persona¹⁰⁵. Debido a la revolución tecnológica y a la actual transformación digital, vivimos en un mundo acompañado de una constante e imparable creación, almacenamiento e intercambio masivo de información y datos, en muchas ocasiones de carácter personal, que construyen identidades y perfiles digitales de los que nos volvemos esclavos y no podemos escapar.

Si bien somos seres de carne y hueso, parte de nuestra existencia e identidad está en la Red, troceada, desordenada y desperdigada en bits y bytes, pero fácilmente recuperable y presentada en un formato estructurado (si bien fuera de su contexto) en cuestión de un solo clic. Ortega y Gasset (1914) decía “yo soy yo y mi circunstancia”, y, hoy en día nuestra circunstancia se multiplican, pues no son sólo las que se desarrollan en el mundo real sino también las que se desarrollan en el mundo virtual; o lo que, con mayor síntesis decía Rodotà bajo el lema “somos nuestros datos”¹⁰⁶. En efecto, no somos nosotros los que decidimos quiénes somos, para el mundo digital y exterior, somos quien la Red y los motores de búsqueda dicen que somos¹⁰⁷. Parece que estemos destinados a vivir dos vidas, la real y la virtual, pero a pesar de ello, en los tiempos que corren, parece solo importar la segunda (la identidad digital primigenia): “al igual que Proteo, la Red Internet no sólo lo sabe todo, sino que nunca olvida nada que constara en ella alguna vez”¹⁰⁸. Parece que, en una época en la que la verdad es todo aquello que existe (en la Red),

¹⁰⁵ N. BOBBIO, *El tiempo de los derechos* (trad. R. De Asís Roig), Editorial Sistema, Madrid, 1991, p. 18.

¹⁰⁶ S. RODOTÀ, *El derecho a tener derechos* (trad. J.M. Revuelta López), Trotta, Madrid, 2014, p. 360.

¹⁰⁷ En el correspondiente póster de la *I Jornada de Divulgación de Tesis Doctorales de la Universitat de València*, celebrada el 18 de enero de 2019.

¹⁰⁸ M. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, “Nuevos perfiles...”, cit., p. 260.

somos testigos de un nuevo tipo de dictadura: la dictadura de la verdad posmoderna. Parece, además, que ante esta nueva realidad, estamos destinados a quedar invadidos, sometidos y manipulados, en función de los datos que recogen y exponen sobre nosotros, incluso “de manera invisible”, por “mecanismos ingeniosos y máquinas pensantes”¹⁰⁹ construidas y operadas bajo premisas legítimas pero con intenciones encubiertas y riesgos impredecibles. Así, al igual que con la protección de datos, volviendo a tomar prestadas las palabras del maestro Rodotà, el derecho al olvido, de la misma manera, tiene el objetivo de retornarle a la persona autonomía, libertad y dignidad.

Con el fin de proteger y garantizar de manera eficaz los derechos y libertades puestos en entredicho por algunos de los usos de las NTIC, se ha visto necesario asumir una tarea de especialización en el seno de la UE, adquiriendo, el derecho a la protección de datos, algunas de las premisas del derecho al olvido: autonomía e independencia, aunque sin abandonar del todo su fundamentación originaria, basada en la dignidad humana, y, de manera especial, en los demás derechos personalísimos del ser humano. Esta especialización (o si se prefiere, “singularización”¹¹⁰) obedece a la necesidad de dar mejor respuesta y mayor protección a la persona ante las posibilidades impensables de la tecnociencia. Así, a nivel europeo, se ha apostado por una clara regulación distintiva a través del cisma del clásico marco jurídico. El derecho a la protección de datos se regula en el art. 8 CDFUE como derecho autónomo y difiere de otro derecho protegido por la misma, el derecho a la vida privada y a la intimidad (art. 7 CDFUE). Esta distinción, coincidimos con Rodotà, no es “de fachada”¹¹¹. Cabe resaltar que la ‘constitucionalización’, como derecho fundamental, de la protección de datos, como autodeterminación informativa, queda, además, reforzada y ampliada por la cobertura jurídica, bajo la justificación de proteger la dignidad de la persona frente a los riesgos que supone el tratamiento de los datos de carácter personal.

4.2. El derecho al olvido y otras fórmulas tecno-jurídicas para no sucumbir ante la indigencia de la persona en tiempos digitales

No podemos sucumbir al pesimismo que ocasiona ver las consecuencias demoleadoras de las NTIC para los derechos fundamentales: Rodotà habla

¹⁰⁹ S. RODOTÀ, *El derecho a tener derechos...* cit., p. 289.

¹¹⁰ L. REBOLLO DELGADO, *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 102.

¹¹¹ S. RODOTÀ, *El derecho a tener derechos...* cit., pp. 360-361.

del desafío a la identidad, del empobrecimiento de la capacidad de decidir, de la inutilidad de suplicar mayor privacidad¹¹². Pero la resistencia que él considera vana debe producirse. Rechazamos vehementemente que la respuesta a las injerencias de la memoria infalible de Red en los derechos personalísimos sea la abstinencia digital, la autocensura, la acogida con beneplácito de la idea de que *quien no tiene nada que ocultar no tiene nada que temer*, la resignación a tener que sufragar personal y profesionalmente hipotecas vitalicias, el recurrir a lo que algunos han llamado “la ingeniosidad humana”¹¹³ (como por ejemplo, técnicas de desinformación *a priori* con nombres o cuentas falsas) o cualquier otro retroceso en el camino allanado en materia de igualdad y justicia; como sería el permitir, por omisión, que solo aquellos con determinado poder adquisitivo puedan pagar por solicitar ‘desaparecer’ de la Red (como lleva pasando años atrás). Esto es intolerable, pues se debería asegurar a todas las personas una garantía para el control efectivo de sus datos personales, de su identidad, y como estudiábamos con Nietzsche y Rousseau, su vida, su libertad y la búsqueda de su felicidad, valores atribuidos al constitucionalismo americano, pero igualmente amparados en el europeo. Así, el derecho al olvido se ha convertido en garantía imprescindible para la protección de datos, los demás derechos fundamentales, y en última instancia, como garantía sin la cual no es verdaderamente realizable la libertad, ni es concebible la dignidad.

Se requiere pues que la regulación y la aplicación de los derechos y garantías digitales se haga desde una ética y perspectiva de los derechos humanos¹¹⁴. Además, ello requiere encontrar un justo equilibrio para la ponderación efectiva y la protección de los intereses en juego; por ello proponemos dos derechos al olvido en función de la necesidad de un absoluto borrado y en función de la necesidad de que la información quede menos accesible¹¹⁵. Asimismo, se requiere hacer uso de los modelos ya proporcio-

¹¹² Id., pp. 296-297.

¹¹³ A. ROUVROY e Y. POULLET, “The right to informational self-determination and the value of self-development: Reassessing the importance of privacy for democracy” en S. GUTWIRTH, Y. POULLET, P. DE HERT, C. DE TERWANGNE y S. NOUWT (eds.), *Reinventing Data Protection?*, Springer, Dordrecht, 2009, pp. 45-76.

¹¹⁴ L.Q. VILLACORTA MANCEBO y A. VILLACORTA CAÑO-VEGA, *Nuevas dimensiones de protección asumidas por los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 41: “antes los derechos fundamentales solo valían según la medida de las leyes, hoy las leyes solo valen en la medida de los derechos fundamentales”.

¹¹⁵ Así lo he hecho en M. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, *La garantía del derecho al olvido: protección de datos, retos futuros y propuestas de regulación de situaciones de vulnerabilidad en la Unión*

nados al respecto, adaptándolos a las exigencias propias del olvido y de los intereses contrapuestos a favor de la memoria. Si bien el derecho al olvido se concibe como un derecho reactivo (pues se ejerce *a posteriori* del tratamiento de la información personal), que también puede concebirse como derecho y garantía protectora, mediante la cual la supresión de cierta información, tras el trascurso del tiempo, se deja pactada *a priori*: el principio de minimización del tratamiento y la privacidad (y el olvido) desde el diseño y por defecto en materia de plazos de retención (y en conexión con el principio de limitación de la finalidad y del periodo de conservación), conceptos ya existentes, son mecanismos adecuados para paliar las consecuencias descritas en estas páginas.

En cuanto al principio de minimización exige que los datos sean adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados (art. 5.1(c) RGPD y art. 11(b) LOPDGGDD), quedando deslegitimado cualquier tratamiento incompatible con la finalidad inicial por la que se recogieron los datos personales. De tal modo, la finalidad con la que se recaban y se tratan datos de carácter personal se convierte en legitimación y limitación del tratamiento a la vez. Ello conecta directamente con el derecho al olvido, a través de la jurisprudencia constitucional española: *“el tratamiento de los datos debe limitarse únicamente a su propósito y los interesados deben conservar un control efectivo sobre sus propios datos [...] el principio de minimización de datos conecta con el denominado “derecho al olvido” (Sentencia TC 292/2000, de 30 de noviembre) poder eliminar el rastro virtual dejado en el uso de la red, por ejemplo, el perfil en una determinada red social”*¹¹⁶. En cuanto a la privacidad/protección de datos por diseño y por defecto, como estrategias básicas enfocadas en la proactividad y prevención en vez de la reactividad y corrección, serían sumamente útiles y garantistas en su aplicación hacia un olvido o inaccesibilidad “forzados” tras cierto periodo de tiempo.

Bajo las anteriores premisas, y ante las preocupaciones sobre el impacto y aumento de los riesgos potenciales para los derechos fundamentales, nacieron los intentos –y posteriores éxitos– de reconocer el derecho al olvido en Europa y nace la inquietud intelectual por perfilarlo, de manera especial,

Europea, Tesis doctoral, Universidad de Valencia, Valencia, 2020.

¹¹⁶ J.R. SAURA, P.R., PALOS SÁNCHEZ, y F.R. DEBASA NAVALPOTRO, “El problema de la reputación online y motores de búsqueda: Derecho al olvido”, *Cadernos de derecho actual*, núm. 2018, p. 226.

en atención a aquellas personas que más necesitan no quedar ancladas en el pasado, ni ser sometidas a cadenas (ni condenas) digitales perpetuas. El presente ensayo pretendía dar una perspectiva de reflexión filosófica sobre el olvido, precisamente aprovechando la existencia de este nuevo derecho en el contexto digital. Se trata de contribuir a hacer de nuestra sociedad virtual, que es igualmente real, un mundo más digno “más justo, más solidario, y en definitiva, más humano”¹¹⁷.

MÓNICA MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ
Universitat de València
Avenida de los Naranjos s/n
46022 Valencia
e-mail: Monica.martinez-lopez@uv.es

¹¹⁷ J.M. GUTIÉRREZ DÍAZ, *Proyección práctica de la dignidad humana...cit.*, p. 95.

**EL PRINCIPIO DE LA RECIPROCIDAD:
FUNDAMENTOS PARA EL EJERCICIO
DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES**

*THE PRINCIPLE OF RECIPROCITY:
FOUNDATIONS FOR THE EXERCISE
OF FUNDAMENTAL FREEDOMS*

MARC-ABRAHAM PUIG HERNÁNDEZ*
Universidad Autónoma de Barcelona

Fecha de recepción: 7-3-21

Fecha de aceptación: 3-6-21

Resumen: *El principio de la reciprocidad es un principio lógico que opera en la posibilidad del ejercicio de las libertades fundamentales, esto es, sobre las condiciones que hacen posible ese ejercicio. Con el fin de hacer ver este principio se recurre a ejemplos de estas libertades, como la libertad de expresión y la de creencias, que ilustran una tesis controvertida, a saber, la de que no toda creencia puede tener cabida en el foro público democrático; tesis que puede dibujarse someramente con la obra de Rawls. En el trabajo nos vemos obligados a ofrecer una explicación distinta a la propia del modelo teórico principialista, en tanto que debemos situarnos en un estadio previo al juicio de ponderación y a la observancia del principio de proporcionalidad en la aplicación de los derechos fundamentales. De ahí que repensemos el modelo garantista de Ferrajoli con lo que hemos denominado las condiciones necesarias para el ejercicio de las libertades fundamentales.*

Abstract: *The principle of reciprocity is a logical principle that operates on the possibility of exercising fundamental freedoms, that is, on the conditions that make this exercise possible. We rely on examples of these freedoms, such as freedom of expression and freedom of belief, which illustrate a controversial thesis, namely: not every belief can have a place in the public forum; thesis that can*

* Agradezco a un revisor anónimo su lectura atenta y afinados comentarios, de gran ayuda para mejorar la exposición de la idea del trabajo sobre el papel.

be drawn briefly with the work of Rawls. While theorizing, we are forced to offer an explanation different from the principlist model, insofar as we must place ourselves in a stage prior to the weighing trial and the observance of the principle of proportionality in the application of fundamental rights. Hence, we rethink the Ferrajoli's garantist model with what we have called the necessary conditions for the exercise of fundamental freedoms.

Palabras clave: principio de la reciprocidad, libertades fundamentales, elementos constitucionales esenciales, condiciones necesarias
Keywords: principle of reciprocity, fundamental freedoms, constitutional essentials, necessary conditions.

1. INTRODUCCIÓN

¿Realmente podemos justificar cualquier creencia? Dicho de otro modo, si determinadas manifestaciones de la libertad no tienen cabida en nuestras democracias constitucionales, ¿no será que las razones que las justifican quedan igualmente proscritas?

La pregunta puede sonar extraña, al menos, por dos motivos. El primero sería que intuitivamente parece innecesario que haya alguna razón tras el ejercicio de la libertad. Una persona tiene capacidad para perseguir sus propios fines. Formalmente, ni siquiera las mayorías pueden negársela. De ahí que podamos referirnos a esa persona en los términos de un sujeto libre. Sin embargo, no podemos obviar el motor que la impulsa a actuar en un sentido u otro: al manifestar sus preferencias, esto es, al ejercer su libertad, no hace otra cosa que exteriorizar sus creencias, su ideología, sus convicciones de tan diversa índole, en definitiva, cómo ha configurado su propia concepción de las cosas.

Y esto nos lleva al segundo motivo. De acuerdo, pensará el lector, podemos identificar algún ideario o creencia tras la acción de las personas, tras cómo ejerce su libertad, pero de ahí inferir que no pueda justificarse una creencia en particular tal vez sea ir demasiado lejos. Desde luego eso parece acorde con algunos ordenamientos jurídicos, como el nuestro, cuando se hace referencia a doctrinas como el indiferentismo ideológico, tal y como se desprende de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Según esta doctrina, al Estado ni le importa ni puede interesarle el ideario adoptado por sus ciudadanos, esto es, que profesen las creencias y asuman los dogmas que deseen, pues nadie, y eso incluye a todo poder público, puede cuestionar dicha postura.

Ahora bien, diferente es el caso de manifestar dicho ideario, pues ahí nos situamos allende el fuero interno del individuo. Este ejercicio externo se rige por el respeto al orden público. En este último aspecto es en donde surge la hipótesis de este trabajo. Hay creencias y convicciones que por sí mismas no pueden asegurar que la conducta se pondere, que llegue a respetar el orden público. Cualquier manifestación de las mismas supone la negación de ese debido respeto, sea a través de la libertad de expresión, sea a través de una práctica o un culto determinados o de cualquier otra forma de exteriorizarlas. Y si esto es así, dichas ideas no pueden despertar nuestra indiferencia; en ningún caso podrían justificarse a través de principios democráticos.

Esa es la tesis controvertida que intentaré exponer en este trabajo: ni cualquier manifestación de la libertad, en sentido amplio, tiene cabida en el ámbito público ni podemos justificar creencias o ideologías que para trasladarse al foro democrático necesariamente deben imponerse al conjunto de los ciudadanos. En este punto debo lanzar una advertencia. En el trabajo recurro asiduamente a los ejemplos de la libertad de expresión y de la libertad de creencias o ideológica como instancias particulares de las libertades fundamentales. Es una opción metódica que tiene sus riesgos. Uno de ellos, el principal, es que se confunda el todo con la parte, es decir, que pensemos en la posibilidad de ejercicio de cualquier libertad fundamental como circunscrita a las garantías características de la libertad de expresión o la de creencias. Advierto que tengo en mente en todo momento el hecho de poder ejercer cualquier libertad, aunque llegue a abusar de estos ejemplos particulares, pues entiendo que exponen el objeto de estudio mansamente, situándolo entre las opciones de nuestro ordenamiento, en lugar de volcarme en un análisis formal y lógico pormenorizado que intuyo terminaría con la paciencia del lector en la misma introducción. Asumo el riesgo, pero le pongo en aviso.

Para tratar de sostener la hipótesis del trabajo, que por lo menos cae en sospecha de no ser pacífica o fácilmente asumible, recurriré a la noción de razón pública de John Rawls, que nos será de utilidad para dibujar el esquema inicial teórico. A partir de ella, perfilaremos después algunos postulados del constitucionalismo garantista.

Este recurso corre el peligro de querer demostrar demasiado. Cuando nos referimos a que la razón pública debe decir algo al respecto de aquellas creencias que negarían o quebrantarían el respeto del orden público (advierto ya que asumo una noción de orden público en tanto que el conjunto de derechos y obligaciones igualmente legítimos en cualquier relación jurídica),

no invocamos o construimos un límite *a priori* del ejercicio de las libertades fundamentales. Ese sendero abriría la puerta a una teoría que sustraería las libertades proclamadas en un texto constitucional de sus titulares. Al contrario, la razón pública tiene que permitirnos observar cuáles son las condiciones que permitan el ejercicio de las mismas, como intentaré defender a continuación.

La teoría de la justicia de John Rawls se caracteriza en esencia por su rasgo procedimental y la Teoría del Derecho de Luigi Ferrajoli podríamos decir que por su formalidad, lo que quiere decir, por formalizar las implicaciones lógicas de los contenidos teórico-jurídicos y sus relaciones sintácticas. Ninguna de las dos teorías nos muestra ni especula acerca del contenido objetivo de la vida buena, esto es, del contenido contingente del Derecho. Ambos autores elevan una teoría axiomática de principios y garantías procedimentales que pivotan, en esencia, sobre el eje de una democracia constitucional con control de constitucionalidad de las leyes. Este territorio común en lo estipulativo nos sirve para elaborar, en el plano intensional del paradigma constitucionalista, una interpretación de carácter axiológico desde el punto de vista lógico, interno, de las dimensiones formal y sustancial de la democracia, a través de la filosofía política. De hecho, el propio autor de *Principia Iuris* desarrolla este tipo de interpretación en la cuarta parte del primer volumen de esa obra y defiende sus tesis semánticas en el tercer volumen.

Advirtamos ya que nuestra interpretación no sería predicable en un modelo de Estado diferente al de una democracia constitucional. Además, si observamos las principales corrientes políticas que caracterizan la escena europea, nuestra hipótesis será pacíficamente asumida por liberales clásicos, socialdemócratas, verdes y presumiblemente también por democristianos. Sin embargo, provocará un rechazo profundo en los nacionalismos radicales, en el neoliberalismo revelado a través de poderes fácticos que escapan a los cánones constitucionales, lejos ya del origen comprometido con lo cívico e ilustrado liberal, y en las opciones extremistas, de izquierdas y de derechas, cuyas propuestas precisamente pasan por hacer tambalear los cimientos de nuestras democracias.

Es conveniente hacer mención a dos cuestiones más, una referente a la metodología y otra a la estructura de este trabajo. En primer lugar, la metodología empleada depende de las premisas escogidas de la obra de estos dos autores para deducir las consecuencias prácticas de aplicación al ejercicio de las libertades fundamentales, y por tanto en defensa de la hipótesis anun-

ciada. En segundo lugar, la estructura del trabajo queda circunscrita igualmente a los autores, dedicando un epígrafe a cada uno: el tercero al concepto de razón pública y el cuarto al constitucionalismo garantista. El segundo epígrafe nos permite plantear un ejemplo un ejemplo “hipotético” y al que recurriremos en diferentes ocasiones a lo largo de la exposición.

2. LA LIBERTAD... ¿EN EL NOMBRE DEL ARTE?

La hipótesis que manejamos consiste en que no toda manifestación de las libertades fundamentales puede tener cabida en el foro público, especialmente aquellos casos en que su ejercicio implique que el resto de ciudadanos queden desprovistos de la capacidad para ejercer idénticos derechos¹. Esta premisa es relevante para cercar la manifestación de creencias o convicciones particulares: aquellas que no respeten el mínimo respeto por la convivencia que presupone lógicamente toda democracia constitucional. Lo que ofrezco es una exploración por el razonamiento que subyace a esa lógica.

Imaginemos que quien escribe estas páginas pertenece a una secta caníbal que contempla el sacrificio de seres humanos como parte esencial de una tradición ancestral, como el culto y el rito debidos a esa creencia. No debe haber muchas dudas en que cualquier manifestación de esta creencia corrompe algo que está latiendo en el mismo concepto de democracia. Para darnos cuenta de esa degradación, no es necesario que llegásemos a aceptar públicamente el sacrificio humano o la antropofagia. Antes que discutir en el foro de todos sobre cómo manifestarla, debemos aceptar si la razón de ser de esa creencia tiene cabida, esto es, si hay buenos motivos para que un humano mate a otro, para que se lo coma y si debemos respetarlo como una creencia válida.

Cambiamos momentáneamente de ámbito y vayamos al arte. De forma similar al caso caníbal, una obra de arte puede ser el resultado de seguir una serie de reglas formales para su creación (me refiero a las reglas prescriptivas

¹ Ya J. ORTEGA Y GASSET, *Meditaciones del Quijote*, Cátedra, Madrid, 2007, pp. 54-55, había expresado esta inquietud, en sus primeras obras, en unos términos similares: “Toda ética que ordene la reclusión perpetua de nuestro albedrío (...) es *ipso facto* perversa. (...) No se opone, pues, en mi alma, la comprensión de la moral. Se opone a la moral perversa la moral integral para quien es la comprensión de un claro y primario deber. La merced a él crece indefinidamente nuestro radio de cordialidad y, en consecuencia, nuestras probabilidades de ser justos”.

propias de una disciplina artística y que guían la elaboración de una obra, por ejemplo, emplear un pincel para pintar un cuadro, mediante alguna de las técnicas que de ahí se derivan, en lugar de rascar sobre el lienzo empleando una sartén²), una serie de reglas comúnmente aceptadas según la técnica pictórica empleada.

Ahora bien, podríamos evaluar esa misma obra de acuerdo con un ideal objetivo que nos llevara a la conclusión de que aquello no puede considerarse siquiera una obra de arte. En el nombre del arte no todo vale, sino que puede estimarse ulteriormente la realización de una obra según un ideal de lo que es bello. De acuerdo con esta lógica, un cuadro elaborado con temple, óleo y fluidos escatológicos no deja de ser una cosa de mal gusto. Y ello es porque cabe justificar que lo escatológico se sitúa en las antípodas de lo bello, que podemos extenderlo a la forma en cómo se alcanza lo bello y, en definitiva, que se trata de una obra de mal gusto que merece nuestro reproche y una negativa a adquirirlo.

Respecto al Derecho igualmente podemos evaluar las normas de acuerdo con los postulados de un ideal, por ejemplo, el de justicia. Pero en el caso que ahora discutimos no es necesario recurrir a la filosofía moral o a la teoría objetiva de los valores, como la de Scheler o la de Hartmann, sino que podemos esclarecer por qué la manifestación de ciertas creencias o convicciones plantea un problema de justificación para la propia democracia sin tener que recurrir a ellos. Lo que ahora discutimos no consiste en el principio de legalidad formal, por el cual una libertad estaría justificada por encontrarse ex-

² F. SCHAUER, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Oxford University Press, 1991, pp. 57-59 (hay traducción al castellano por C. ORUNESU, y J. L. RODRÍGUEZ, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons). Este autor explicó que las reglas prescriptivas se emplean para presionar sobre un estado de cosas existente. Este tipo de reglas “se las usa en un intento por modificar algún patrón de conducta preexistente, tornando menos aceptable un curso de acción que, de otro modo, un agente podría haber elegido, o volviendo más aceptable un curso de acción que, de otro modo, no habría elegido”. Sin embargo, en el sentido que ahora empleamos la noción de regla prescriptiva, el mismo autor detalla que, en otras ocasiones, esas reglas “no se emplean para modificar la conducta sino para *impedir* esa modificación. Buscan reforzar patrones de conducta preexistentes a la regla, evitando que la gente se aparte de dicho patrón de conducta” (cursiva del autor). De manera similar, aunque en relación estricta al Derecho, encontramos en M. ATIENZA y J. RUÍZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 12, que las reglas de acción nos encomiendan a realizar una conducta específica para conseguir un determinado estado de cosas que se corresponda en la mayor medida posible con el contenido de esas reglas.

presamente reconocida en una constitución o amparada por el principio de las mayorías. El razonamiento debe girar en torno a si debemos aceptar que cualquier forma de exteriorizar las creencias y las convicciones quede justificada por esa legalidad formal, cuando aceptarlo implicaría negar lo que Ferrajoli ha denominado el principio de legalidad estricta, constitucional, o sustancial³. Esto es, antes de que el ejercicio de la libertad entre en conflicto con otras libertades y derechos fundamentales, que señalemos y critiquemos la negación del principio de legalidad sustancial.

Si seguimos la doctrina del TC sobre el indiferentismo ideológico⁴, la esfera de inmunidad que garantiza las ideas del individuo no puede imponerse en su exteriorización, como hemos indicado ya, a fin de coordinar su manifestación con las obligaciones exigibles y los derechos y las libertades igualmente legítimos. De acuerdo con esta doctrina, para nuestras democracias constitucionales no importa tanto que profesemos el culto a ritos vikingos, que aceptemos la visión budista del mundo o que comulguemos con la filosofía de los Jedi, como que se respete el cúmulo de expectativas jurídicas en toda relación de acuerdo con el modo particular en que cada Estado lo ordena. En otras palabras, respetando el orden público.

Esta doctrina permite explicar la gran mayoría de los casos. La dimensión interna de la libertad de pensamiento o de conciencia queda siempre garantizada, mientras que la dimensión externa se somete a las reglas o contrapesos del orden público. Como ninguna libertad se practica enteramente en el fuero interno del individuo, su exteriorización se ve condicionada en determinados casos, no así suprimida, a que se respeten el resto de derechos y de libertades. En alguna medida siempre existe la expectativa de exteriorizar el pensamiento, una esfera de *agere licere*. De lo contrario, estaríamos en presencia de una “libertad mutilada”⁵. Ahora bien, si damos con un caso en

³ Vid. un resumen de su postura en L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, vol. 1. *Teoría del derecho*, trad. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, J.C. BAYÓN, M. GASCÓN, L. PRIETO SANCHÍS y A. RUIZ MIGUEL, A., M, Trotta, Madrid, 2011, p. 127 y en FERRAJOLI, L., *La democracia a través de los derechos*, trad. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., Trotta, Madrid, 2014, p. 30.

⁴ Cfr. SSTC 13/2001, de 29 de enero; 48/2003, de 12 de marzo; 235/2007, de 7 de noviembre; y 12/2008, de 29 de enero. Acerca de las críticas a la doctrina sobre el indiferentismo ideológico, vid. J. JIMÉNEZ CAMPO, “Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución”, *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980, pp. 87-91 y J. PÉREZ ROYO, “Artículo 168: La revisión de la Constitución”, en O. ALZAGA VILLAAMIL (coord.), *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo XII, Madrid, Edersa, 2006, pp. 501-503.

⁵ La expresión pertenece a L. RECASENS SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México D.F., 19ª ed., 2008, p. 568, quien la empleó para explicar el vínculo

que la creencia o visión del mundo no puede llevarse a la práctica porque su manifestación necesariamente niega o necesariamente suprime la libertad de otros, esto es, para poder ejercerse, entonces no podemos sostener que haya operado el límite al ejercicio de las libertades fundamentales (el orden público señalado en la libertad y los derechos de los demás), cuando entran en conflicto en un supuesto particular, más bien el respeto del orden público habrá operado de otra manera.

Podemos precisar con mayor rigor en qué consiste este respeto si partimos del concepto de razón pública. A continuación, intentaremos destacar los aspectos relevantes que delimitarían esta noción a través de lo que aquí nos referiremos como las “condiciones necesarias” para el ejercicio de las libertades fundamentales.

3. LA RAZÓN PÚBLICA RAWLSIANA

Para ilustrar la idea que pretendo defender en este trabajo hay un párrafo de John Rawls que lo ejemplifica con claridad y, además, resume muy bien cuáles son los elementos que estructuran esta idea. Insisto, es un párrafo ilustrativo y recurro al mismo a modo de ejemplo y síntesis de la idea⁶.

En *The Idea of Public Reason Revisited*, John Rawls ofreció una explicación sobre el concepto de razón pública a través de los denominados «elementos constitucionales esenciales» (*constitutional essentials*), que englobarían cuestiones como la organización y la división de poderes del Estado o los derechos y las libertades fundamentales, y las «cuestiones de justicia básica» (*matters of basic justice*), relativas a asuntos como la justicia distributiva o el principio de igualdad. La razón pública nos sirve para ver cómo ese respeto a la libertad, el principio de la reciprocidad que ahora intento teorizar, entra

entre la libertad de pensamiento, dimensión interna de la libertad, y la libertad de expresión, dimensión externa de la misma.

⁶ Esta aclaración inicial no es una cuestión sin más, de paso o de relleno. Al contrario, es de la mayor importancia. Traigo a colación unas líneas de Rawls sobre la razón pública, mas entiéndase bien que estoy empleando el concepto de razón pública rawlsiana como escopetazo inicial. Me limito al carácter ilustrativo de su exposición y, de este modo, prescindo de elementos relevantes del autor para construir su concepto de razón pública, como pueden ser los de consenso entrecruzado o la independencia de las doctrinas comprensivas específicas. Lo que me interesa ahora es exponer unas líneas suyas a propósito del principio de la reciprocidad, destacando su utilidad para el objeto que ahora estudio sin que ello comprometa la obra y los conceptos rawlsianos.

en escena: cuando debe cercarse un argumento acerca de estos dos tipos de cuestiones, los elementos constitucionales esenciales y las cuestiones de justicia básica, que va a pasar al foro público⁷.

El recurso a la razón pública rawlsiana no nos servirá para resolver cualquier cuestión de trasfondo político, sino aquellas que guarden relación con las dos anteriores nociones. Según este autor, en el debate de estas cuestiones, el juez juega un papel preponderante en el foro de la razón pública y lo hace de acuerdo con el «criterio de la reciprocidad». En el momento de decidir un caso, en lugar de hacer valer su propio punto de vista político sobre el asunto el juez ofrece argumentos que van en la línea de respetar los precedentes constitucionales y de fundamentar su decisión según los principios y los criterios que se desprenden de la propia constitución. De lo contrario, ese juez contravendría su deber⁸. A esto es a lo que Rawls se refiere por razonar mediante la razón pública y guiarse por el criterio de la reciprocidad.

Asimismo, la función decisoria del juez se traslada a la tarea cívica del ciudadano⁹. Del mismo modo que el primero confina su punto de vista a

⁷ El foro público es un concepto que en la tradición jurídica norteamericana se remonta a la época de Oliver Wendell Holmes en la Corte Suprema de Massachusetts, en el caso *Commonwealth v. Davis*, 39 N.E. - 113 Massachusetts (1895) y que terminaría por llegar en 1897 al Tribunal Supremo. Con este asunto dio comienzo un intenso debate acerca de la vinculación de los poderes públicos a las exigencias de la Primera Enmienda de la Constitución, en detrimento del *Common Law*, y por tanto si las facultades públicas alcanzan la intervención de aquellos espacios donde habitualmente se lleva a cabo el debate ciudadano, por ejemplo, predicar sin autorización administrativa, como el caso que originó la disputa judicial. Puede consultarse un estudio sobre la evolución del papel de los poderes públicos en relación a la primera enmienda en L.C. BARNETT LIDSKY, S. GEY, R.J. KROTOSZYNSKI, y C.E. WELLS, "The Government as Speaker, Employer and Educator", en *The First Amendment: Cases and Theory*, Nueva York, Wolters Kluwer, 2008, cap. 12.

⁸ Según O. O'NEIL, *Constructing Authorities. Reason, Politics and Interpretation in Kant's Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 56-68, los supuestos de fondo principales sobre los que descansa la razón pública rawlsiana son los relativos a la legitimación democrática, a partir de la que se explica el deber del juez. Además, la autora identifica el deber o compromiso cívico de reciprocidad como una cuestión que Rawls no resuelve con claridad, por ejemplo, al mostrar unas veces predisposición por una concepción voluntarista y otras por acentuar la capacidad para hacerlo.

⁹ Autores como M. NUSSBAUM, "Rawls Political Liberalism. A Reassessment", *Ratio Juris*, vol. 24, núm. 1, 2011, pp. 17 y ss., emplean la fórmula «deber cívico» para definir esta tarea del ciudadano. Sin embargo, el término no es pacífico debido a la divergencia de interpretaciones sobre el alcance de su exigencia. El propio Rawls utilizó esta expresión en 1993 en *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, pero no siendo ajeno a las críticas y a los comentarios que suscitó, matizó su postura sobre la razón pública y

la Constitución, el ciudadano debe ordenar su conducta siguiendo un patrón que se considere razonable en el foro público en un sentido equivalente. Rawls lo resume de la siguiente manera:

Del mismo modo que los jueces tienen que decidir los casos a través de los fundamentos de derecho de los precedentes, de los estándares establecidos sobre interpretación jurídica y de otros fundamentos jurídicos relevantes, los ciudadanos tienen que razonar por medio de la razón pública y guiarse por el criterio de la reciprocidad siempre y cuando están en juego elementos constitucionales esenciales y cuestiones de justicia básica¹⁰.

La razón pública es un concepto que en principio no tiene por qué ser incompatible con doctrinas como las del indiferentismo ideológico. De ella se sigue una valoración respecto a la reciprocidad con los elementos necesarios para una democracia constitucional, como los derechos fundamentales, sin llegar a predicar algún tipo de militancia democrática. Ahora bien, esta noción nos lleva a realizarle anotaciones, similares a las realizadas por Michael J. Sandel a la neutralidad estatal en esta obra de Rawls¹¹. Para aquel autor, las personas, en sus vidas privadas, tienen afectos, inclinaciones y lealtades que no podrían ni deberían dejarse de lado para debatir cuestiones públicas.

Sin embargo, ello contradice la tesis rawlsiana que defiende la idea de que esas cualidades no deberían ser relevantes para configurar su identidad en tanto que ciudadanos. El motivo para dejar de lado las preferencias personales sería respetar el pluralismo razonable que se da en la sociedad y que a menudo impide que en una discusión libre las personas lleguen a una idéntica conclusión¹². En consecuencia, la neutralidad liberal rawlsiana debe interpretarse en clave procedimentalista, de tolerancia hacia el desacuerdo. De esta manera, el Estado se mantendría imparcial respecto a las doctrinas y las convicciones morales contrapuestas. Es entonces que empieza a vislum-

este deber con una introducción para la edición rústica de esa misma obra en 1996 *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York (hay traducción al castellano a cargo de A. DOMÈNECH, *Liberalismo Político*, Debate, Barcelona.), y, asimismo, en su trabajo de 1997 "The Idea of Public Reason Revisited", en J. RAWLS (ed.), *The Law of the Peoples*, Harvard University Press Cambridge, MA.

¹⁰ J. RAWLS, *The Law of the Peoples (with "The Idea Of Public Reason Revisited")*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2000, p. 797.

¹¹ M.J. SANDEL, *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, trad. J.P. Campos Gómez, Debate, Barcelona, 2012, pp. 281-284.

¹² J. RAWLS, *Political Liberalism*, 1993, cit., p. 91.

brarse el concepto de razón pública: el Estado no toma como propia ninguna concepción, ética o moral particular, sino que exige reciprocidad a través de que los ciudadanos separen la identidad ciudadana de sus convicciones para implicarse en el foro público.

Al pasar del ejemplo del juez a los ciudadanos, el autor deja entrever su influencia kantiana, pues la exigencia para actuar de ese modo es actuar de tal manera que sus argumentos puedan ser razonablemente aceptados por el resto de ciudadanos. Y ahí es cuando operan las condiciones de ejercicio de las libertades fundamentales: los elementos constitucionales esenciales y las cuestiones de justicia básica. Sin la aparición de estos elementos no quedaría claro cuál sería el momento en que deben dejarse a un lado las convicciones particulares.

Ahora bien, la vida privada y familiar o los acuerdos y lealtades con terceros no pueden considerarse asuntos aislados del foro público. Si realmente lo anterior tuviera que dejarse siempre de lado en aras de la identidad ciudadana, los propios ciudadanos se encontrarían tallados a la imagen de un mismo patrón despojado de creencias, convicciones y éticas particulares. Carecería de sentido que discutiéramos en torno a la libertad religiosa, que pasaría a ser una cuestión estrictamente privada de los individuos. Curiosamente, vemos que ni siquiera el Estado puede mantenerse al margen de esos temas y no acogerse a alguna concepción particular. Por ejemplo, la ordenación de festividades anuales pasaría a convertirse en una invasión de la esfera individual, como adornar las calles con motivos religiosos en Navidad o en Janucá o fijar vacaciones para la Semana Santa. Con ejemplos parecidos, Sandel hace ver que el Estado no puede ser neutral para regular la vida pública, al tener que optar por unas razones sobre el trasfondo de la materia que divergirán de las visiones tendencialmente contrapuestas de algunos ciudadanos.

Entonces, el momento de apartarse de ello pasa a ser el de la reciprocidad con las cuestiones esenciales a las que nos remite la razón pública. De no mediar el principio de reciprocidad, la razón pública rawlsiana sería un concepto impracticable porque, fuera del pluralismo, nos encontraríamos frente a un modelo definido de ciudadanía, frente al patrón tallado al que me referí anteriormente. Si por el contrario dicho modelo debiera evidenciar esa connotación de pluralidad, como es el caso de las democracias constitucionales, los individuos no tendrían por qué despojarse de caracteres como sus convicciones o su visión particular del mundo. La garantía de la pluralidad y de la de-

mocracia pasa a ser entonces la reciprocidad con las condiciones que permiten ese mismo modelo plural de ciudadanía, con los elementos constitucionales esenciales como los derechos fundamentales, que determinan la igual libertad de todos para darnos nuestros propios fines y para poder perseguirlos.

La razón pública nos está remitiendo a las condiciones en las que queda definida la igual libertad de todos, que precisamente es la que no admite una visión hegemónica del mundo, sino la que cada individuo adopte para sí mismo. Ejemplos de creencias, como el canibalismo, y manifestaciones, como la quema del medio de transporte de un conciudadano durante una manifestación, son expresiones de las libertades fundamentales. La idea está en que tanto el canibalismo como la acción de quemar un contenedor exteriorizan una convicción propia del individuo; se lleva a cabo un ejercicio de la libertad que no supera el filtro de la razón pública en el sentido que vengo exponiendo, porque no se observa una reciprocidad respecto a las condiciones necesarias, a las posibilidades, que permiten su externalización.

Volvamos de nuevo a Rawls. Vimos con su párrafo que de un modo similar a los jueces, los ciudadanos deberían adecuar su conducta en el foro público invocando no cualquier concepción o ideario asumido como propio, cualquier doctrina comprensiva específica, sino los principios o la ética pública que presuponga una cierta reciprocidad con los postulados constitucionales y democráticos que permiten ejercer las libertades fundamentales. De ahí viene la idea de la preferencia de lo correcto sobre lo bueno.

Dicho con nuestras palabras, lejos de un modelo militante de ciudadanía, la participación en el foro público viene condicionada por el respeto de los elementos constitucionales esenciales y de las cuestiones de justicia básica. Por eso el autor recurre a los ejemplos de la abolición de la esclavitud y el discurso a favor de los derechos civiles de Martin Luther King, Jr.: en ambos casos se apeló a doctrinas constitucionales de la época para argumentar cambios políticos y jurídicos¹³. No les era extraño este concepto de razón pública; al contrario, buscaron la justificación de sus reivindicaciones mediante la reciprocidad con los principios definidos en la propia constitución. Y en cuanto al principio lógico de la reciprocidad debemos comprenderlo como la observancia de las condiciones que garantizan constitucionalmente la libertad de todos, como garantía de la posibilidad de ejercicio de estas libertades¹⁴.

¹³ J. RAWLS, *Political Liberalism*, 1996, cit., pp. 248-250.

¹⁴ Debo insistir una vez más en contextualizar el principio lógico objeto de este trabajo y el concepto de razón pública rawlsiana. Este hecho es de suma importancia para no caer en

Al recurrir a la noción de razón pública estamos remitiéndonos a las condiciones necesarias para poder ejercer las libertades fundamentales que se recogen en toda constitución, la cual además se caracterice por ser democrática. Los elementos constitucionales esenciales y las cuestiones de justicia básica presuponen la condición de ciudadanía en calidad de igualdad¹⁵. Del mismo modo en que la razón pública nos remite a dos caracteres esenciales de las democracias constitucionales, los elementos constitucionales esenciales y las cuestiones de justicia básica, nuestro principio lógico de la reciprocidad nos remite a las condiciones que permiten el ejercicio de la libertad para que dé comienzo la partida en el foro público.

Podemos sintetizar este principio del siguiente modo: subyace la lógica de exigir a aquellos que pretendan ejercer sus libertades fundamentales la reciprocidad con lo que hace posible su ejercicio desde la propia constitución, y que se nos atribuye a todos por igual. Por el momento, dejemos esta cuestión para más adelante; la retomaremos al hablar del constitucionalismo garantista.

De no ser por la reciprocidad, aceptar determinadas manifestaciones de creencias o convicciones, como el sacrificio de humanos o la antropofagia, nos llevaría a observar que el Estado asume que en una democracia constitucional existen diferentes clases de ciudadanos. Unos tendrían derechos y libertades fundamentales con carácter previo al idéntico rango de derechos y libertades del resto, puesto que para garantizarlos necesariamente deberíamos suprimir la posibilidad de que los demás se acojan a los mismos de-

ningún equívoco. El principio de la reciprocidad que ahora teorizamos es un principio lógico que no se observa propiamente en el ejercicio de las libertades fundamentales, sino en la posibilidad de su ejercicio. Es importante situarse en este instante lógico porque, de lo contrario, el concepto rawlsiano nos remite al de hecho de haber discursos protegidos por las garantías de determinados derechos fundamentales, pero que no alcanzan a justificarse a la luz del concepto de razón pública rawlsiana. Ahora bien, el principio lógico nos indica que no pueden suprimirse las condiciones que permiten ejercer las libertades fundamentales porque implica que éstas no existirían *de facto*, como trataré de exponer en los siguientes epígrafes.

¹⁵ Según J. HABERMAS, J., “‘Razonable’ versus ‘verdadero’, o la moral de las concepciones del mundo”, en J. HABERMAS y J. RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, trad. Vilar Roca, G., Barcelona, Paidós, 1998, p. 169, “con las propias premisas de Rawls la ‘razón pública’ de los ciudadanos puede imponer estas constricciones sólo cuando ya se ha conseguido un consenso político básico”. Por dichas constricciones se refiere a que la pretensión de validez del razonamiento público queda circunscrita a una justificación acorde a las exigencias de la generalidad y de la reciprocidad. Esta exigencia se limita precisamente a los elementos constitucionales esenciales y las cuestiones de justicia básica.

rechos y libertades. Y el ejercicio de los mismos por parte de estos últimos estaría condicionado al respeto de los primeros. Incluso el primer principio de justicia de Rawls requiere de esta reciprocidad lógica para ser operativo, para poder llevarse a la práctica.

El principio de la reciprocidad, en definitiva, zanja un hipotético antagonismo entre la moralidad propia o asumida por el individuo y los principios y valores que nuestra democracia garantiza para todos los ciudadanos. Hay unas condiciones necesarias en la sociedad para satisfacer el florecimiento de los valores propios del individuo y la reciprocidad nos remite a que los intereses individuales y egoístas no pueden hacer ceder esas condiciones mínimas que hacen posible la realización de los valores de la persona humana¹⁶.

4. ¿CONDICIONES NECESARIAS O LÍMITES? A VUELTAS CON EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

Es cierto que al recurrir a la noción de razón pública rawlsiana nuestro principio lógico pueda ser sometido a objeciones. Seguramente, la principal es que se presente este principio como un límite que impida el ejercicio de las libertades fundamentales con carácter previo a su práctica. De ser así, el principio de la reciprocidad no sería interpretado como las condiciones para el ejercicio de estos derechos constitucionales, sino como una cláusula de cierre a la que cualquier poder acudiría para limitar los derechos fundamentales. Pero nada más lejos de la interpretación que intentamos defender, en nombre del garantismo y del correcto ejercicio de esas libertades.

Claro que, esta advertencia, lejos de disipar las dudas al lector, le habrá puesto en guardia. ¿Cuántas veces se ha suprimido el ejercicio de los derechos y libertades más básicos del ciudadano en nombre de la seguridad y de su misma salvaguarda? Bien, temo que ese comentario cuente con mucha razón. La única contrarréplica para matizar esa afirmación es la de insistir en el contexto jurídico y político en que opera este concepto. De nada nos sirve

¹⁶ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México D.F., 1970, p. 328, sostiene idéntica visión teorizándola desde un punto de vista humanista: “Se puede y se debe dar armonía entre ambos tipos de valores (se refiere a los propios del individuo y los propios de la sociedad), pero, bien entendido, dentro de una concepción humanista, que sitúa cada uno de los dos tipos de valores en su respectivo lugar. Sin embargo, esa armonía no es una armonía en paridad, sino a distinto nivel: los valores sociales como condiciones y medios necesarios al servicio de hacer posible la realización de los valores individuales”.

apelar a las condiciones elementales que permiten desenvolver estas libertades en la esfera pública si nos situamos en un régimen autocrático. Por el contrario, el principio de la reciprocidad contribuye a reforzar el paradigma constitucional en la medida en que las normas jurídicas esenciales que dispone esa norma fundamental no se reducen a las contingencias éticas y políticas de un momento determinado, sino a las reglas básicas que dan forma al foro público democrático. De ahí la vinculación con las cuestiones esenciales a las que nos remite la razón pública rawlsiana, igualmente incardinadas en el paradigma de una democracia constitucional.

El principio de la reciprocidad es un concepto que se observa antes de debatir acerca de la naturaleza *prima facie* y de la definitiva de los derechos y libertades fundamentales. Esto es, en un momento diferente al que situaríamos el debate acerca de la naturaleza principialista de estos derechos. Pretendo hacer ver que, de igual modo que las cuestiones esenciales a las que nos remitimos con la razón pública, esto es, los elementos constitucionales esenciales y las cuestiones de justicia básica, cuando seguimos la reflexión lógica del principio de la reciprocidad el debate acerca del alcance de los derechos fundamentales acontece *a posteriori*, en los casos particulares. Entonces, hay dos momentos distintos.

Las implicaciones lógicas que ahora extraeremos proceden del plano teórico anterior al eventual conflicto entre derechos fundamentales, esto es, del nivel axiomático en el que mejor se desenvuelve el garantismo. Ahora bien, destacaremos una serie de conceptos teóricos y sus relaciones lógicas que irremediamente evidenciarán consecuencias vinculantes para la práctica, o el ejercicio, de las libertades fundamentales, esto es, para ese segundo momento. No parece descabellado entonces acercar los términos que hemos ido destacando sobre la razón pública hacia la teoría garantista.

Con ello, en las siguientes líneas, intentaré deshacer un posible equívoco que subyace en la obra de Ferrajoli, lo que nos servirá para mostrar el instante en el que opera el principio de la reciprocidad. Para ello, como veremos, las nociones esquemáticas sobre la razón pública rawlsiana aún son de interés.

Creo que seguir con el lenguaje de la razón pública al volcar el principio lógico de la reciprocidad sobre el garantismo está justificado porque ayuda a esclarecer la ambigua postura que parece mantener Ferrajoli acerca de la concepción de los derechos fundamentales en tanto que derechos potencialmente conflictivos entre sí. Esto es, el autor habitualmente rechaza la ponde-

ración entre principios constitucionales, aunque también ha dado a entender lo contrario en algunos pasajes. Si bien por un lado la tesis principal del autor aboga por que dicha concepción degradaría el carácter normativo de los mismos, como si los derechos fundamentales “en vez de normas de derecho positivo, fuesen (...) meras declaraciones de intenciones políticas”¹⁷, por otro lado llegó a asegurar que no piensa “que no se den conflictos entre los derechos fundamentales. Ésta sería una extraña tesis ético-cognoscitivista, que por lo demás vendría desmentida por cualquier texto constitucional que previera simultáneamente derechos palmariamente en conflicto”¹⁸.

Respecto a la primera postura, el temor del autor es que este tipo de derechos se vieran lesionados por poderes fácticos que escapan a la democracia y que, al aceptar su naturaleza conflictual, quedaran debilitados indebidamente. Si interpretamos este temor siguiendo los márgenes definidos por los elementos constitucionales esenciales y las cuestiones de justicia básica, no sería lo mismo sostener que ciertos poderes menoscaban la democracia constitucional porque corrompen sus condiciones esenciales que entender que dichos poderes, al manifestarse a través de determinados derechos, principalmente los de autonomía, desplazan a los derechos fundamentales. Dicho de otro modo, esos poderes inquietantes estarían alterando las condiciones básicas que sostienen nuestras democracias constitucionales, no así manifestándose a través de derechos cuyas garantías pasarían por encima de las de los derechos y libertades fundamentales. Si fuera así, las garantías de los derechos que hacen valer esos poderes prevalecerían sobre las de los derechos fundamentales, lo que, de acuerdo con la lógica de la teoría del propio autor, nunca puede pasar.

Si lo que el autor quería decir era esto último, en realidad no hay ninguna incoherencia en sus dos afirmaciones, aunque aparentemente parezca que digan una cosa y su contraria. Ahora bien, para despejar esta duda hemos tenido que hacer uso de la noción de razón pública rawlsiana. Visto de esta manera, que determinados poderes fácticos (sean de carácter económico o de cualquier otra índole) hayan alcanzado un determinado estatuto jurídico y político dentro de una democracia a través de la conquista de derechos tam-

¹⁷ L. FERRAJOLI, *Principia Iuris*, vol. 1. *Teoría del derecho*, cit, p. 72 (nota al pie 25).

¹⁸ L. FERRAJOLI, *Principia Iuris*, *Teoría del derecho y de la democracia*, vol. 2. *Teoría de la democracia*, trad. P. Andrés Ibáñez, J.C. Bayón, M. Gascón, I. Prieto Sanchís, y A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011, p. 71. Puede observarse esta idéntica postura a través de los ejemplos de L. FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. A. De Cabo, y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 4ª Ed., 2009, pp. 350-353.

poco es incompatible con la idea de derechos y libertades fundamentales. Por norma general, prevalecerían los segundos porque sus garantías irrigan el contenido sustancial del resto del ordenamiento jurídico. Ahora bien, en los casos en que se manifiestan esos poderes a través de derechos y libertades constitucionales, por ejemplo, a través de la libertad de empresa, tendría que decidirse el derecho que prevalece a través de la clásica ponderación en el caso concreto¹⁹. Pero incluso en este caso, hasta esos poderes fácticos, digamos, admiten las condiciones esenciales impuestas por la democracia constitucional, que son las condiciones esenciales del principio de la reciprocidad: primero, que se *pueda ejercer* un derecho fundamental proclamado en la norma fundamental y, luego, ya veremos qué derecho es el que prevalece en un caso concreto. En consecuencia, desde la teoría conflictivista o principialista de los derechos fundamentales no podemos afirmar que se hayan alterado las condiciones básicas para que en una democracia constitucional se dé prioridad a tales poderes.

Es necesario exponer con más detalle lo que se presenta como una divergencia profunda entre el constitucionalismo garantista y el modelo principialista para, así, dar cuenta del encaje de nuestro principio lógico de la mano de la noción de razón pública en el primer modelo y de que esta tensión no es irreconciliable. Decíamos, por un lado, que para Ferrajoli los derechos fundamentales se debilitarían si antepusiéramos las garantías de derechos como los de la autonomía contractual. Por otro, que la exigencia del principio de la reciprocidad nos exige que sea posible ejercer los derechos y libertades fundamentales, con independencia de si después entran en conflicto unos con otros.

El principio de reciprocidad tal y como lo vengo exponiendo difiere del consentimiento característico de los derechos de autonomía y por tanto dista también de la libertad que los fundamenta. La cuestión no estriba en si tenemos o no la capacidad para ejercer nuestras libertades fundamentales, lo que nos situaría, en efecto, en el ámbito de la autonomía y del consentimiento de los individuos, sino en respetar las condiciones que nos permiten manifestar nuestras preferencias o los fines que nos hemos dado a nosotros mismos.

La diferencia estriba en las condiciones que permiten ejercer la libertad y no en la misma libertad o en su ejercicio. Si esas condiciones, que podemos

¹⁹ El propio L. FERRAJOLI, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. A. Greppi, Trotta, Madrid, 2013, p. 91, ha defendido la idoneidad del juicio de ponderación para resolver este tipo de conflictos.

perfectamente identificar con las de la razón pública rawlsiana, pivotaran sobre la autonomía y el consentimiento de los ciudadanos, podríamos acordar un pacto cuyo objeto fuese nuestra propia libertad. Por ejemplo, que el caníbal nos incluya en su menú y que nosotros estuviéramos de acuerdo. Sin embargo, esto no es posible porque el contenido del acuerdo suprimiría derechos fundamentales que son inalienables. Ese acuerdo afronta las condiciones sustanciales básicas de nuestra democracia al hacer disponible lo que es indisponible. Luego, de la autonomía o de la capacidad para ejercer los derechos y libertades no se sigue la reciprocidad con las condiciones que permiten ejercer las libertades, ni tampoco con los elementos que constituyen la razón pública. ¿Por qué? Pues porque ahí identificamos una condición *ex ante* e interna a los derechos fundamentales, tal y como sugiere Ferrajoli.

Detengámonos a observar en qué consiste esta teoría interna de los derechos fundamentales para acabar de delimitar el momento en que opera el principio de la reciprocidad. Si estoy en lo cierto, con ello podremos definitivamente prescindir, deshacernos más bien, de la teoría principialista para manejar este principio.

De acuerdo con la teoría interna propia del constitucionalismo garantista, la indisponibilidad de la libertad resultaría de que los derechos de libertad²⁰ constituyen, en la esfera de lo no decidible, lo que ninguna mayoría puede decidir. Ningún poder puede decidir que estos derechos son inaplicables, por ejemplo, al permitir por ley que las partes pudieran disponer de ellos. Si bien esta idea parece indiscutible en la teoría, lo cierto es que los casos difíciles que encontramos en la práctica darían lugar a explicaciones no del todo satisfactorias.

Autores como Moreso o Prieto Sanchís han patentizado esta dificultad²¹. Cabe advertir que los comentarios de estos autores no deben ser tildados de beligerantes o contrarios al constitucionalismo garantista. Más bien deben comprenderse como estudios atentos de la obra de su principal teórico enca-

²⁰ L. FERRAJOLI, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit, pp. 37-40 y 367-371; *Principia Iuris*, vol. 1, cit., pp. 773-777; *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, cit., pp. 66-69; y *La democracia a través de los derechos*, cit., pp. 19-20, emplea las categorías de derechos de libertad para referirse a lo sustraído del margen de decisión tanto de cualquier poder como de las mayorías y de derechos sociales para indicar lo que no puede quedar sin decidir.

²¹ J.J. MORESO, *La Constitución: Modelo para armar*, Marcial Pons, Barcelona, 2009, pp. 323 y ss. y L. PRIETO SANCHÍS, "Constitucionalismo y garantismo", en M. CARBONELL, y P. SALAZAR, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, p. 49.

minados a afinar su propuesta teórica y a discutir aquellos aspectos que impedirían traerla a su mejor luz. Las aportaciones de estos autores han generado un fructífero debate mediante ejemplos ya célebres como el de la cajera en *topless* y el trabajador uniformado.

Según Ferrajoli, por una parte, una persona es libre para vincularse contractualmente y vestirse con uniforme, pero, por otra, le parece que pedirle a una cajera trabajar en *topless* en un supermercado atentaría “obviamente” contra sus derechos al honor y a la dignidad²². Sin embargo, el argumento sobre la libertad nos serviría para explicar ambos casos. Si se es libre para aceptar la afrenta a la libertad respecto a la vestimenta en el primer caso, debería serlo también para el segundo. Tanto en uno como en otro la libertad de las personas mengua en detrimento de la autonomía contractual. No parece tan obvio por qué el contenido definido de las libertades fundamentales se vería interferido sólo en un caso, cuando hay que aceptar en ambos una adecuación del mismo.

La solución que propone el modelo principialista pasa por la teoría externa de los derechos fundamentales, por aplicar el principio de proporcionalidad. Dado un conflicto entre derechos, éste se resolvería por la dimensión de principio que ostentan los derechos fundamentales. En tanto que derechos *prima facie* su ejercicio puede ser al mismo tiempo legítimo y una alteración del orden público, y pasan a ser definitivos si triunfan frente a los límites que en el caso concreto genera la primera circunstancia²³.

Como hasta aquí he ido haciendo referencia a las condiciones necesarias para el ejercicio de las libertades fundamentales como condición de la posibilidad de ese ejercicio, detengámonos ahora a realizar también una aportación estipulativa desde la razón pública al constitucionalismo garantista a partir de la idea esquemática de las denominadas cuestiones de justicia básica. Nos será de ayuda para trazar una línea divisoria entre el objeto de esta teoría y la del modelo principialista. Limitémonos a señalar esta afirmación desde la seguridad jurídica y la tesis de la certeza como previsibilidad²⁴.

²² En respuesta de L. FERRAJOLI en *Principia Iuris*, vol. 2., cit., p. 132, al “conflicto efectivo con derechos fundamentales” que había señalado MORESO, J.J., “Sobre los conflictos entre derechos”, en M. CARBONELL, y P. SALAZAR, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, cit., pp. 164-165, en casos de trabajadores, defensores de animales y herederos.

²³ L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2017, pp. 91-92.

²⁴ Con ello también reflejamos otra tesis, la de que la seguridad jurídica es condición necesaria pero no suficiente de la justicia. Esto es, la eficacia de las normas y saber a qué atenerse normativamente es necesario para que haya justicia, pero no determina cuál es su conte-

De acuerdo con esa tesis sobre la seguridad jurídica, adecuamos nuestra conducta y prevemos el comportamiento del resto de ciudadanos según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. Ahora bien, lo que pretendo hacer ver es que perderíamos esa capacidad de previsión si nuestros derechos y libertades fundamentales estuvieran sujetos al ejercicio de determinadas creencias, convicciones o ideologías. Por ejemplo, dando por hecho que hay poderes fácticos, comportamientos o determinadas manifestaciones de creencias que no pueden reprocharse antes del conflicto entre derechos, como se desprendería del constitucionalismo principialista.

Si elevamos el juicio de ponderación y el de proporcionalidad del caso concreto al de teoría general que explica las desaprobaciones o los reproches a las libertades fundamentales, no podríamos justificar adecuadamente aquellas situaciones en que es imposible dar cabida a otros derechos fundamentales. La solución principialista pasa por esperar a que se produzca un resultado y que los tribunales evalúen el derecho que definitivamente prevalece en esa situación. Sin embargo, esperar puede significar que se suprima la posibilidad de ejercer otras libertades fundamentales. Esta es la solución externa que propone la teoría, acudir a la ponderación y a la proporcionalidad. Mas, en ese caso, el lector tendrá que confiar en que estoy de broma y en que esta noche no guisaré sus riñones o calentaré la carne de su lomo en la brasa. Puede confiar de todos modos, porque cuando se haya producido el resultado, esto es, eso que tendríamos que ponderar, para entonces ya le habré sacrificado y tampoco tendremos necesidad de decidir qué derecho prevalecía.

Si no me equivoco, en realidad, no hace falta llegar al sacrificio. Pongamos dos opciones más en que puede aparecer la creencia caníbal: a través de la libertad de expresión y mediante los derechos de autonomía. En el primer caso, lo que supone el fondo de la cuestión es que cabe justificar opiniones sobre esa macabra tradición y que acabar con la vida de otros ciudadanos es un argumento con cabida en el foro público²⁵. En el segundo, que

nido. De ahí que no añada valor moral alguno al ordenamiento. Para un análisis más profundo de esta cuestión, remito al estudio sobre el valor instrumental de la seguridad jurídica de R. GARCÍA MANRIQUE, *El valor de la seguridad jurídica*, Iustel, Madrid, 2012, y en particular, las pp. 347-348 y 351-355.

²⁵ M. ATIENZA, *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 36-47, expuso un ejemplo de la aplicación del principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación a través de la libertad de expresión. Analizó los criterios interpretativos del TC respecto al derecho al honor en un caso de declaraciones referentes a la actuación nazi sobre los judíos y a los campos de concentración. El criterio distingue, por una parte, entre la libertad de expresión, en relación

los derechos y libertades fundamentales están a disposición, por ejemplo, de los contratantes. Este segundo ejemplo no cubre todo el elenco de garantías primarias de los derechos fundamentales, como traté de referirme hace un momento. Ningún ejemplo daría muestra de la reciprocidad con las cuestiones de justicia básica por razones como que la vida humana de nuestros conciudadanos tiene una posición privilegiada en nuestro ordenamiento jurídico, y por tanto las opiniones en contra de su primacía deben tener un filtro más exigente, o que generalizar este tipo de conductas generaría una desigualdad respecto a quienes pudieran profesar esta creencia y quienes se vieran privados de ejercer su libertad para garantizar las primeras. Sería injusto e incoherente con el propio ejercicio de la libertad que fuera legítimo practicar el rito ancestral del sacrificio y que por el contrario quedara suprimida la posibilidad de acogerse al derecho a la vida de quien me voy a zampar. Al legitimar el primer tipo de creencias estaríamos degradando nuestra democracia constitucional porque su ejercicio libre supone reforzarlas con una posición privilegiada respecto al ejercicio del mismo tipo de libertades por parte del resto de ciudadanos.

Con el filtro que exige el principio de la reciprocidad no debemos salir de la teoría interna de los derechos fundamentales para resolver lo que ya no sería un conflicto de derechos, sino la sujeción a la lógica propia de las condiciones para ejercer los derechos, y que intento mostrar a través del recurso a la razón pública rawlsiana. Vimos que teorizar este principio nos lleva a un escenario lógico diferente del expuesto por el modelo principialista. Plantear que el ejercicio de determinadas libertades es ilegítimo respondería a la falta de reciprocidad de la conducta respecto al núcleo sustancial de nuestras democracias. En lugar de resolver la asimetría en sede del conflicto de derechos podemos sostener que manifestar determinadas opciones en nombre de la libertad rompe con las condiciones necesarias para que se ejerzan otros derechos y libertades fundamentales. Y esta observación la situaríamos ciertamente en un momento anterior al ejercicio de la libertad. Por así decirlo, el

a opiniones y juicios de valor, y la libertad de información, sobre la veracidad de los hechos, y por tanto entre juicios de valor y juicios de hecho; y por otra parte, acerca de la protección del derecho al honor, diferencia sobre si ésta recae en personas físicas, más estricta, o en personas jurídicas o colectivos, más débil. Este ejemplo ilustra los criterios del tribunal para resolver el conflicto de derechos, a los que recurriríamos para emitir un juicio de ponderación. En cambio, vengo insistiendo en que el principio de la reciprocidad nos exigiría emitir un juicio acerca del respeto a las condiciones que hacen posible el ejercicio de la libertad.

principio de la reciprocidad nos envía de nuevo al momento *ex ante* que se sigue de la sintaxis del modelo garantista.

Intentemos, pues, reformular las condiciones necesarias a las que nos remite el principio de la reciprocidad desde este modelo. Aquí es donde aparece la dimensión sustancial de la democracia.

Siguiendo a Ferrajoli, podemos equiparar las condiciones necesarias para el ejercicio de las libertades fundamentales con las cuestiones básicas que hemos destacado de la razón pública rawlsiana. A través de una crítica a la teoría exclusivamente formal de Kelsen sobre la democracia, Ferrajoli ha explicado que la dimensión sustancial que procede de los derechos y las libertades fundamentales constituye una condición mínima para que pueda hablarse de democracia. Tales condiciones son “un nexo lógico según el cual la democracia resultaría contradicha por la ausencia de la garantía de estos ulteriores derechos”²⁶.

La propia sintaxis del derecho nos lleva a admitir que hay ciertamente una forma *ex ante* de ver o de identificar un nexo con el contenido mínimo de derechos y libertades fundamentales, presupuestos por toda democracia constitucional, sin necesidad de acudir a un conflicto de derechos. Sin ese contenido esencial no podríamos ponernos de acuerdo sobre el alcance de las garantías de estas libertades hasta que entraran en conflicto con otros derechos. Pero, como hemos intentado mostrar, ese contenido concreto no puede inducirse desde un caso concreto hasta configurar una teoría general.

²⁶ L. FERRAJOLI, *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Kelsen*, trad. P. Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2017, p. 233. Asimismo, en L. FERRAJOLI, “Lógica del derecho, método axiomático y garantismo”, *DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 42, 2019, p. 31: “dicha concepción de la democracia (la del estado constitucional de derecho) debe ser integrada, además, por el reconocimiento de una dimensión sustancial, en virtud de la cual la validez de las leyes y la voluntad de las mayorías son condicionadas (...) por el respeto y por la actuación de los derechos fundamentales y de los otros principios constitucionalmente establecidos”. Ferrajoli señala diez aporías en la obra de Kelsen. Una de ellas es la señalada concepción exclusivamente formal de la democracia, donde impera la regla de la mayoría, que da lugar a una concepción puramente política de la misma. En este modelo la regla de la mayoría es la condición de validez y la condición de legitimidad política. El propio Kelsen había contradicho esta explicación, que es la que había mantenido, por ejemplo, en su *Teoría pura del derecho*. Así, en H. KELSEN, “Foundations of Democracy”, *Ethics: An International Journal of Social, Political, and Legal Philosophy*, vol. 66, núm. 1, part 2, 1955, p. 27, encontramos que “la democracia moderna no puede separarse del liberalismo político. El principio básico de este es que el gobierno no debe intervenir en ciertas esferas de interés del individuo, que deben ser protegidas por la ley como derechos o libertades humanas fundamentales”.

Y ello no niega que tal contenido mínimo pueda ir ampliándose a través de los casos concretos²⁷. Claro que tampoco es sencillo identificar ese contenido sustancial de los derechos, pues la teoría garantista, al ser formal, remite a los derechos positivizados en las constituciones y a la interpretación llevada a cabo por los tribunales constitucionales acerca del alcance de los mismos.

Ahora bien, pese a las dificultades en la identificación exacta de las condiciones, la posibilidad, o los mínimos, de una democracia, la lógica de unos derechos estructurados en diferentes niveles, con primacía de los derechos y libertades fundamentales, explica una dimensión sustancial que opera, como es sabido, como límite y vínculo de contenido. Esta sintaxis es la que confiere el carácter lógico a exigir que, aunque se trate de una manifestación de creencias a través de derechos y libertades fundamentales, no podamos negar el contenido sustancial de nuestras democracias, no podamos obviar lo igualmente supraordenado. Nos obliga a no contradecir la idea de democracia constitucional. Y esto no puede ser otra cosa que la condición necesaria para el ejercicio de derechos, libertades, poderes, facultades, pretensiones o expectativas. En otras palabras, un principio lógico sobre su ejercicio, a saber, el de la reciprocidad.

Esta lógica late indiferentemente de que se produzca un conflicto de derechos. Con carácter previo, estamos en condiciones de afirmar que no toda creencia o convicción tiene cabida en una democracia constitucional porque su dimensión sustancial proyecta un vínculo que no podemos suprimir para dar paso a la manifestación de cualquier creencia. En casos como el canibalismo

²⁷ Ejemplo de ello sería la cuestión sobre si las garantías del derecho fundamental a la libertad ideológica dan lugar a un derecho genérico a la objeción de conciencia. En ese caso, es inevitable plantearlo como un derecho tendencialmente conflictivo, en tanto que acogerse a los postulados de la conciencia puede proyectarse en innumerables situaciones y, en consecuencia, ser al mismo tiempo una manifestación de la conciencia y una vulneración del orden público. Sin embargo, tener presente esta proyección como principio de las garantías de este derecho fundamental no supone que exista definitivamente un derecho genérico a la objeción de conciencia, sino la posibilidad de que en un determinado caso, el conflicto se resuelva a favor de la expectativa de protección de la libertad, de acogerse a los postulados de la conciencia. Esta postura se encuentra en la principal doctrina española sobre la materia: G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; M. GASCÓN ABELLÁN, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990; R. NAVARRO-VALLS, y J. MARTÍNEZ TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Iustel, Madrid, 2012; y L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, cit., cap. X.

mo o los nacionalismos obcecados no hablamos del ejercicio de una libertad, pues en ellos se niegan las garantías que permiten ejercerla a los demás, sino de una imposición, al no respetar las condiciones necesarias para ejercerlas que dibuja cualquier democracia constitucional, al negar la posibilidad de ejercer la libertad a los demás.

5. CONCLUSIONES

He recurrido a la razón pública rawlsiana que aparece cuando en el foro público entran argumentos relativos a elementos constitucionales esenciales, como los derechos fundamentales, cuestiones de justicia básica, o como la desigualdad en el ejercicio de las libertades. Con ello he introducido el principio lógico de la reciprocidad que opera en el ejercicio de las libertades, impidiendo que se suprima la posibilidad de ejercicio de las mismas libertades al resto de ciudadanos.

De acuerdo con este principio lógico, nuestra propuesta defiende que el correcto ejercicio de las libertades fundamentales, en una democracia constitucional, se circunscribe al respeto de las condiciones necesarias para el ejercicio de las mismas, esto es, a la reciprocidad con cuestiones como las que nos remite la razón pública y, en definitiva, a lo que no puede suprimirse, como la dimensión sustancial de nuestras democracias. De este modo, hemos visto a través de algunos ejemplos de las libertades fundamentales que hay creencias, convicciones, ideologías, que no pasan el filtro que nos imponen tales condiciones, esto es, que quiebran la posibilidad de ejercicio de idénticas libertades. Y aunque esas creencias se nos presenten escudadas en el ejercicio legítimo de la libertad, no son más que una imposición: su manifestación necesariamente conlleva suprimir las garantías del ejercicio de la libertad para el resto de ciudadanos, las condiciones necesarias que la permiten, que la posibilitan.

Este peaje es inadmisibles para la lógica democrática porque contradice la dimensión sustancial de nuestras democracias constitucionales. Aceptar la exteriorización de aquéllas empuja a reducir la democracia a la forma, a desprenderse de las exigencias estrictas, de la rigidez, sustanciales, del constitucionalismo.

Dicha lógica aparece antes de que el ejercicio de las libertades invada la esfera de protección de otros derechos y libertades. Del principio de la reciprocidad se desprende el respeto de las exigencias que una constitución

rígida imprime a través de su dimensión sustancial. De ahí que, en lugar de acudir a la teoría externa de los derechos fundamentales propia del modelo principialista, la tarea crítica de este principio se observe en un momento distinto, como sugería Ferrajoli, *ex ante* o previo al conflicto entre derechos, y en consecuencia trayendo este concepto ante los ojos del modelo teórico garantista.

Al volcar este principio sobre la teoría interna de los derechos fundamentales estamos en condiciones de afirmar que no hay una tensión irreconciliable entre los modelos garantista y principialista. Mientras que el primero analiza las consecuencias de la reciprocidad con cuestiones relativas a la propia democracia constitucional, el segundo explica y teoriza el razonamiento sobre el juicio de ponderación.

En definitiva, el principio de la reciprocidad, de la mano de nociones esenciales de la razón pública rawlsiana, arrastra las democracias constitucionales hasta el terreno puramente estipulativo para hacernos ver que las implicaciones lógicas de su dimensión sustancial son las condiciones necesarias que aseguran la libertad de todos. Condiciones sin las cuales no cabría hablar de democracia, sino de un régimen en el que el ejercicio de la libertad de unos dependa del privilegio de otros para ejercer su libertad.

Finalmente, el principio de la reciprocidad, siguiendo la terminología garantista, es un principio *iuris tantum*. En la teoría del Derecho y de la democracia de Ferrajoli tenemos dos tipos de principios teóricos. Son los que el autor denomina los Principia Iuris. Por un lado, están los *principia iuris tantum*, que son principios lógicos de los cuales se derivan una serie de consecuencias teóricas por el hecho de aprehender un ordenamiento jurídico como el de las actuales democracias constitucionales. Por ejemplo, al supraordenar una serie de derechos y libertades fundamentales al resto del conjunto de normas se crean una serie de vínculos y de límites formales, procedimentales y también materiales, sustanciales, de contenido, que el resto de normas debe respetar. Por otro lado, están los *principia iuris et in iure*, que son principios dados por el propio Derecho, por el contenido, por la materia, que garantizan una serie de derechos y de libertades fundamentales supraordenados y protegidos a través de garantías jurisdiccionales.

El principio de la reciprocidad que he intentado fundamentar pertenece al primer tipo de principios, a los *principia iuris tantum*. Veamos por qué. Al supraordenar una serie de derechos y de libertades fundamentales se crean vínculos y límites para que se respeten los mismos. Habitualmente, cuando

principios implícitos en los derechos y libertades entran en conflicto entre sí se recurre a la ponderación para razonar cuál de esos principios tiene mayor peso en el caso y debe prevalecer en ese supuesto. Hasta aquí, según mi criterio, la teoría es pacífica, en el sentido de que estas coordenadas son ampliamente aceptadas por nuestra comunidad científica. Ahora bien, nada decimos al respecto del ejercicio de derechos y de libertades fundamentales cuando éste implica suprimir de facto los derechos y las libertades igualmente fundamentales de nuestros conciudadanos. Este es un supuesto que sobrepasa la ponderación de principios constitucionales, pues no hay nada que ponderar cuando la posibilidad de ejercicio de una de las partes supuestamente en conflicto ha quedado necesariamente suprimida para dar paso al ejercicio de otros derechos.

Y nada decimos porque en el discurso práctico nos limitamos a repetir las aseveraciones del TC que abogan por que nuestro modelo de Estado no es una democracia militante, contrariamente a lo que sucede, por ejemplo, en Alemania. En nuestro modelo, al continuar siendo indiferente qué creencias o ideología profese cada uno, aun contrarias o beligerantes al modelo de democracia constitucional, es factible que los ciudadanos asimilen, profesen, cualesquiera de esas creencias o idearios.

Claro es que, en el momento de introducirse en el foro público, están limitadas por la célebre cláusula de orden público. Antes de este segundo paso es cuando opera el principio de la reciprocidad: hay determinadas creencias, convicciones, ideologías, que sólo se abren paso en el foro público suprimiendo los presupuestos que habilitan el ejercicio de las libertades para el resto de ciudadanos. Esto es, para ejercerse los primeros, es *conditio sine qua non* que aquellos otros derechos y libertades se supriman.

Aquí, en este momento, hemos dejado el nivel de abstracción de la axiomática jurídica y hemos bajado a un nivel sustancial, material, de contenido, como el caso de nuestro caníbal. Al plantearnos supuestos del ejercicio de las libertades fundamentales hemos topado con una serie de creencias que suprimen o que exigen silenciar la dimensión sustancial de la democracia para poderse practicar, para llevarlas al foro público. Ese contenido concreto, el del caso caníbal, es evidente. Volvamos a elevar el nivel de abstracción para extraer algunas implicaciones teóricas.

El ejercicio de unos derechos conlleva la supresión de idénticos derechos. Parece que consista en una cuestión de opción, de decidir en cada caso cuál de los dos abanicos de derechos y libertades debe tener preponderancia en el foro público. Sin embargo, estamos ahora intentando defender otra idea, estamos

dando mayor peso a otro contenido axiomático, a otro *principia iuris*. Ese principio no es otro que una cuestión de todo o nada, consistente en que no puede dejar de haber una dimensión sustancial de la democracia. No puede erradicarse esa dimensión sustancial, pues es condición necesaria para que estemos ante una democracia constitucional. Es por ello que afirmaba no poder hablar de democracia constitucional, sino de otra cosa, como un régimen del terror o algo peor, pues aparentemente cabría justificación a suprimir la dimensión sustancial de la democracia a través de una aporía lógica desde el propio sistema.

Con el constitucionalismo principialista vemos muy bien en qué consiste la ponderación. Mas nuestra cuestión se sitúa antes de ese momento, antes del conflicto entre principios constitucionales: unos derechos y libertades deben suprimirse con carácter previo para aceptar que otros se abran paso. No llega a haber propiamente conflicto entre principios porque hemos aceptado que no hay garantías que posibiliten el ejercicio de los de una parte. Por tanto, queda descartada la naturaleza potencialmente conflictiva de los derechos y de las libertades fundamentales en esta cuestión.

Estamos en un estado previo, anterior, en el que debemos aceptar que debe suprimirse la posibilidad de proteger o de ponderar derechos y libertades para dar cabida a otros. Es un estado anterior, previo, *ex ante*. Aceptando unas creencias, aceptamos que una vida está a su disposición sin que pueda defenderse. Y esto es así por más vueltas que le demos: no hay ocasión para el conflicto de intereses de potencial resolución judicial. No es una cuestión gradual: o se tienen derechos y libertades fundamentales, que es posible ejercerlos siempre (ya se verá después si prevalecen), o no se tienen. En un caso, puede tener derecho a abrazar la ideología que prefiera, pero se puede cercar su irrupción en el foro público. En el otro, los derechos y las libertades fundamentales son papel mojado porque es necesario suprimirlos para dar paso a los que tienen el privilegio de imponer sus creencias al resto de las gentes.

Ante esta situación, el garantismo constitucional nos dice que no puede dejar de haber esa esfera sustancial en ningún momento, aun *ex ante*, previo al conflicto de principios. La razón es simple: si lo aceptamos, aceptamos que no hay derechos y libertades fundamentales, que la democracia constitucional no tiene ciertamente una dimensión sustancial, sino un esquema del que primero llegue, vence. Ahí tiene toda la razón Ferrajoli. Se ve claramente con las esferas de inmunidad: hay que suprimir esa esfera del ámbito de los ciudadanos, que ni los poderes públicos pueden traspasar, para que los cánibales podamos practicar nuestros ritos tribales cocinando los sesos de nuestros conciudadanos.

El principio de la reciprocidad nos dice que antes de cualquier conflicto entre principios constitucionales no puede limitarse o suprimirse la dimensión sustancial de nuestras democracias, que no podemos suprimir de antemano los derechos y las libertades fundamentales. Al menos, que exista la posibilidad de un conflicto potencial. La reciprocidad es exactamente eso: permitir el ejercicio de los derechos y las libertades de todos, ya se verá cuáles prevalecerían en conflicto, pero no puede lógicamente extirparse la posibilidad de que puedan ejercerse los derechos y libertades.

Y no es contradictorio cercar creencias e ideologías antes de que se abran paso en el foro público a través del ejercicio de libertades fundamentales. En tanto que creencias e ideologías están permitidas en el fuero interno del individuo, y por tanto, siguiendo el lenguaje principialista, estarían permitidas *prima facie*. El principio de la reciprocidad nos lleva a no condenar lo que acontezca en el fuero interno del ser humano, pero también a impedir que se erradique la dimensión sustancial de la democracia, y por tanto nos obliga a cercarles el paso en el foro público, a que no pueda justificarse su ejercicio. Esto es, nos exige que observemos la posibilidad o imposibilidad de ejercer otros derechos y libertades fundamentales.

Es por ello que, en síntesis general, el principio de la reciprocidad nos remite a respetar la posibilidad del ejercicio de las libertades fundamentales por parte de nuestros conciudadanos, no propiamente a respetar su ejercicio. Esta posibilidad, o las condiciones necesarias que permiten el ejercicio de las libertades fundamentales, nos sitúa en un instante anterior al efectivo ejercicio de las mismas. Mientras que las condiciones necesarias para ejercer estas libertades exigen ser respetadas a todo trance, una vez nos situamos en su ejercicio nos guiaríamos por las clásicas normas de la ponderación en caso de conflicto entre derechos constitucionales.

MARC-ABRAHAM PUIG HERNÁNDEZ

Área de Filosofía del Derecho del Departamento de Ciencia Política y Derecho Público

Universidad Autónoma de Barcelona (UAB).

Facultad de Derecho, Edificio B

08193 Bellaterra, Cerdanyola del Vallès

E-mail: marcabraham.puig@uab.cat

**DESAFÍOS PARA LA CIUDADANÍA
Y EL SISTEMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
EN LA ERA DIGITAL**

*CHALLENGES FOR CITIZENSHIP
AND THE FUNDAMENTAL RIGHTS SYSTEM
IN THE DIGITAL AGE*

CARLOS ARCE JIMÉNEZ
Universidad de Córdoba

Fecha de recepción: 15-10-20

Fecha de aceptación: 24-9-21

Resumen: *La ciudadanía, como instrumento político-jurídico para la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales, afronta serios desafíos en el contexto de la era digital y de la expansión global de las nuevas tecnologías. Estos retos se pueden calificar como sistémicos, ya que cuestionan estructuralmente el concepto de ciudadanía, tanto en sus dimensiones subjetiva y objetiva como en las herramientas jurídico-formales que precisa para su desarrollo. En el presente artículo también analizamos las dificultades específicas que la digitalización y las nuevas tecnologías representan para derechos fundamentales clave en la perspectiva liberal de la ciudadanía y para el principio de igualdad material, así como las respuestas alternativas que desde las ciencias políticas y jurídicas se están alumbrando.*

Abstract: *Citizenship, as a legal and political instrument for the ownership and the exercise of Fundamental Rights, faces serious challenges in the context of the digital era and the global expansion of new technologies. These challenges can be named as systemic as they structurally question the concept of citizenship, both in its subjective and objective dimensions and in the legal tools that it requires for its development. This article also analyses the particular obstacles that the digitization and new technologies represent for Fundamental Rights, key in the liberal perspective of citizenship and for the principle of material equality, as well as alternative proposals from legal and political sciences.*

Palabras clave: ciudadanía, digitalización, derechos fundamentales, libertad, principio de igualdad
Keywords: citizenship, new technologies, fundamental rights, digitization, principle of equality

I've seen things you people wouldn't believe...

Blade runner (1982). Ridley Scott (dir.)

1. RETOS PARA LOS PILARES DE LA CIUDANÍA

La ciudadanía, entendida como el concepto jurídico, político y social que determina las relaciones de derechos/deberes de la persona con la organización político-territorial y el ordenamiento jurídico a los que se halla vinculada, afronta retos y desafíos de gran calado derivados del impacto de las nuevas tecnologías y la digitalización a nivel global (y transversal).

La ciudadanía contemporánea, como cualquier otra institución político-jurídica, ha experimentado un proceso de construcción histórica que ha afectado tanto a sus dimensiones subjetiva y objetiva como a los instrumentos formales de los que se sirve para desplegar sus efectos desde las revoluciones liberales hasta nuestros días¹. Sin embargo, la peculiaridad del “contexto tecnológico-digital” actual reside en que afecta de forma simultánea y con singular profundidad a los señalados pilares de la ciudadanía. En el presente apartado nos detendremos en cada uno de esos aspectos.

En “Blade runner”, mítica película dirigida por Ridley Scott, donde de forma muy temprana y con maestría se planteaban las grandes cuestiones que a la Humanidad le podían plantear avances tecnológicos como la robótica o la inteligencia artificial, el “replicante” Roy Batty (interpretado por Rutger Hauer) le anunciaba al policía Rick Deckard (encarnado por Harrison Ford) que había visto “cosas que no creería”. En la materia que nos ocupa, no sería necesario que nos visitara un androide visionario para explicarnos

¹ Hemos tratado en profundidad el concepto de ciudadanía y su proceso de construcción histórica en C. ARCE, *La ciudadanía en la era de la globalización: el reto de la inclusión*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2009 y en C. ARCE, *Los derechos políticos de los residentes extranjeros: la ciudadanía inclusiva*, Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2012.

las profundas transformaciones sociales, políticas y jurídicas que conlleva la nueva realidad tecnológica. Para los que pertenecemos a la generación de “emigrantes digitales” nos basta realizar una mirada retrospectiva para caer en la cuenta de que muchos de los elementos de nuestra cotidianidad presente a 30 años vista no distarían mucho de presenciar “naves ardiendo más allá del cinturón de Orión”.

1.1. Perspectiva subjetiva

Tal como hemos adelantado, la titularidad de la ciudadanía ha sufrido una profunda transformación. Ha existido una suerte de “proceso inclusivo” que facilitó el acceso a la ciudadanía plena a colectivos inicialmente excluidos, al superar algunas barreras formales como las patrimoniales, étnicas o de género, entre otras². La era tecnológico-digital no es una excepción, y también ha alterado la dimensión subjetiva de la ciudadanía, pero de una forma diferente. Ya no consiste en la incorporación de nuevas capas sociales, sino que cuestiona la configuración tradicional de la propia persona como titular de la ciudadanía.

La digitalización transversal de la sociedad ha producido un desdoblamiento de la persona: mi “yo analógico” y mi “yo digital”. De esta manera se podría hablar de la necesidad de una nueva dimensión digital de la ciudadanía³. De la incontestable existencia del “yo digital” da cuenta el hecho de que en no pocas ocasiones su “nacimiento” se adelanta al del analógico: hace ya una década cerca del 25% de las personas no natas tenían alguna presencia en internet (porque sus progenitores han subido a redes sociales ecografías, resultados de pruebas de embarazo...). Esas cifras se disparan hasta el 81% antes de cumplir los dos años⁴.

En la misma línea, la proyección del titular de la ciudadanía se puede considerar que abarca también aquellos dispositivos electrónicos donde se almacenan datos personales, imprescindibles para el libre desarrollo de la

² Otras persisten, como ostentar la nacionalidad del país en el que se reside. C. ARCE, *Los derechos políticos de los residentes extranjeros... cit.*

³ V. MORENTE, “Big data o el arte de analizar datos masivos. Una reflexión crítica desde los derechos fundamentales”, *Derechos y Libertades*, núm. 41, 2019, pp. 225-260.

⁴ “Digital Birth: Welcome to the Online World”, Informe elaborado por AVG Technologies. Disponible en: <https://www.engadget.com/2010-10-08-study-finds-92-of-kids-are-online-by-age-2-baby-dating-site-va.html> (07/05/2021).

personalidad y la construcción de la propia identidad⁵. Rodotà afirma que la “cualidad de lo humano” se extiende también a estas máquinas, reforzando la idea de las distintas configuraciones posibles de la persona titular de derechos fundamentales: analógica, digital o tecnológica⁶.

La citada dimensión digital de la ciudadanía debe ofrecer herramientas para que el “yo digital” pueda ejercer de forma adecuada sus derechos en los nuevos espacios que surgen para ello de la mano de las nuevas tecnologías. Los instrumentos que jurisprudencial, normativa y doctrinalmente se han ido construyendo al servicio del “yo analógico”, tradicional titular de la ciudadanía, se revelan como inadecuados, ya que en ocasiones las aspiraciones y necesidades de ambas facetas de la persona pueden ser divergentes, o incluso aparentemente contradictorias. Volveremos sobre este particular en el próximo apartado.

Para la dimensión subjetiva de la ciudadanía en este contexto gana relevancia el concepto de “identidad personal”. Toda persona aspira a construir de la forma más libre posible dicha identidad, esencial para el desarrollo de la personalidad y la interacción social. La proyección digital de la misma se ha convertido en una piedra angular en su configuración, siendo las redes sociales el ejemplo más evidente de ello. El Derecho ha tratado de dar respuesta a las necesidades de la identidad en el mundo digital. Destaca el denominado “derecho a la autodeterminación informativa”⁷, reconocido por la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 254/1993, que pretende dotar al individuo de la capacidad de controlar la información que sobre él circula en diferentes ámbitos, entre ellos el digital, ya que es la base sobre la que construir la proyección externa de su identidad.

Hay diversos factores que cuestionan la libre determinación de la identidad en la “red de redes”. Podemos señalar la ruptura de la lógica lineal del tiempo propia del mundo analógico; pasado, presente y futuro conviven simultáneamente en internet, siendo además la memoria digital “infinita”⁸.

⁵ En este sentido es pionera la Sentencia Tribunal Constitucional alemán de 27/02/2008, que considera inconstitucional la posibilidad de intervenir cualquier dispositivo implicado en la gestión de internet que contemplaban las leyes sobre los servicios de seguridad, creando un nuevo derecho fundamental a la integridad y reserva de los sistemas informáticos tecnológicos. S. RODOTÀ, *El derecho a tener derechos*, Trotta, 2014, pp. 290-291.

⁶ S. RODOTÀ, *El derecho a tener derechos...* cit p. 292.

⁷ Afirmado de forma temprana por la jurisprudencia constitucional alemana (Sentencia BVerfGE 65, 1, de 15 de diciembre de 1983).

⁸ V. MORENTE, “Big data o el arte de analizar datos masivos... cit., p. 251. Como respuesta a esta ruptura surge el denominado “derecho al olvido”.

Otro de los elementos muy relevantes es la multiplicidad de espacios donde transitan los datos personales que configuran la identidad, en muchos casos escapando del control efectivo de la persona, en gran medida porque en el contexto de las nuevas tecnologías lo privado se construye en el espacio público. La identidad acaba “dispersándose”, pudiendo llegar a ser “incognoscible” para el propio interesado, o en el otro extremo existe el riesgo de que se establezcan unas características “obligadas” de la misma para evitar el posible rechazo social a quiénes no se ajusten a esos requisitos⁹.

1.2. Perspectiva objetiva

También la dimensión objetiva de la ciudadanía afronta grandes retos en la era digital. Principalmente dos cuestiones se plantean en este ámbito: cómo afectan las nuevas tecnologías al ejercicio de los derechos fundamentales “tradicionales” y si es posible y/o necesario construir nuevos derechos que den respuesta a los citados desafíos. Trataremos el primer interrogante en el siguiente apartado, centrándonos brevemente en el segundo en el presente, con algunos ejemplos de una marcada relevancia en los últimos tiempos.

El derecho de acceso a la información, y más en concreto a estar informado de los asuntos de interés público, se puede considerar un contenido más de la libertad información del art. 20.1.d) de la Constitución española (CE). Sin embargo, las enormes posibilidades de gestión y acceso a información que facilita la digitalización global han hecho que se plantee la posibilidad de un derecho a la transparencia en lo concerniente a la gestión de los asuntos públicos. Por supuesto que se pueden incardinar los diferentes aspectos de la transparencia en la libertad de información y los derechos de participación política (art. 23 CE), pero la configuración propia que la misma ha ido adquiriendo en conexión con otros conceptos político-jurídicos emergentes como el de “gobierno abierto” hace sostenible la defensa de la independencia de la transparencia como derecho. En esta línea, la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información y buen gobierno afirma en su exposición de motivos¹⁰:

⁹ S. RODOTÀ, *El derecho a tener derechos...cit.*, pp. 292 y ss.

¹⁰ R. SERRA, “La opinión pública ante la vigilancia masiva de datos. El difícil equilibrio entre acceso a la información y seguridad nacional”, *UNED Revista de Derecho Político*, núm. 92, 2015, pp. 73-118.

La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos.

Incluso los avances en el campo de la genética pueden ofrecer nuevos contenidos del derecho a la información con aspiración de alcanzar ciertos niveles de autonomía. Al igual que ya existe un derecho a conocer el propio estado de salud (art. 4 Ley 41/2002), cada persona podría tener derecho a conocer la información sobre su mapa genético¹¹.

Van surgiendo otros elementos vinculados a derechos fundamentales como a la intimidad, libertad de expresión u opinión que en el contexto digital ganan relevancia e incluso demandan un reconocimiento individualizado. Así, por ejemplo, la integridad y reserva de los sistemas informativos tecnológicos respecto al derecho a la intimidad, o el “derecho al anonimato” proclamado por el Tribunal Supremo de Israel en sentencia de 25/03/2010 como imprescindible para un adecuado ejercicio de las libertades de expresión e información en internet¹².

La necesidad de un abordaje más global de esta realidad se va consolidando en los centros de decisión político-jurídica. El Gobierno de España ha elaborado en el año 2020 el Plan España Digital 2025, en el que desde un enfoque multidisciplinar se plantean estrategias para afrontar los retos que las nuevas tecnologías y la digitalización suponen para nuestro país en los próximos años. Entre las prioridades se encuentra contar para 2025 con una Carta de Derechos Digitales que garantice un adecuado ejercicio de los derechos fundamentales para toda la ciudadanía en el mundo digital, tanto a través de nuevos instrumentos para los derechos “tradicionales” como de la consolidación de otros derechos de nueva creación¹³.

¹¹ J.M. MARTÍNEZ, “La generalización de los test genéticos y su incidencia en los derechos fundamentales”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 29, 2017, p. 254.

¹² S. RODOTÀ, *El derecho a tener derechos...* cit., pp. 304 y ss.

¹³ Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/230720-Espa%C3%B1aDigital_2025.pdf (07/05/2021).

Pero es el acceso a internet el posible derecho fundamental emergente vinculado a las nuevas tecnologías más consolidado¹⁴. En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), la Declaración de Ginebra de 2003 y la Declaración de Principios Túnés de 2005 afirman que el mismo se deriva directamente del art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). Por su parte, la “Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet” -2011- (Organización de las Naciones Unidas -ONU-, Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa -OSCE-, Organización de Estado Americanos -OEA- y Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos -CADHP-) determina la *obligación positiva de facilitar el acceso universal a Internet* (apdo. n° 6 a). El Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión a la Asamblea de Naciones Unidas el 16 de mayo del 2011 reclama políticas públicas para que *Internet resulte ampliamente disponible, accesible y asequible para todos los sectores de la población*. Como cierre la “Declaración conjunta Desafíos para la libertad de expresión en la próxima década” (ONU, OSCE, OEA y CADHP) -2019- califica al acceso y uso de internet como *un derecho humano* (apdo. n° 2 a). Se le considera como un derecho de carácter instrumental imprescindible para el adecuado ejercicio de otros derechos fundamentales de contenido sustantivo¹⁵ en el escenario de la globalización digital.

En el marco del Derecho comparado también se abre paso la consideración del acceso a internet como derecho fundamental. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos (EEUU) en 1997 consideró que se le debía otorgar un nivel de protección similar al de la libertad de expresión (caso *Reno vs ACLU*), y el Consejo Constitucional francés estableció que el acceso a internet debe ser garantizado plenamente (sentencia n° 2009-580). En 2001 se introduce un nuevo artículo 5.2 en la Constitución griega que afirma el *dere-*

¹⁴ Lorenzo Cotino ha analizado con profundidad esta materia en los últimos años; usaremos como referencia en las próximas líneas sus principales trabajos al respecto. En concreto ver L. COTINO, “Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a internet y las garantías a partir de la redefinición de las clásicas libertades informativas”, en VVAA, *La responsabilidad del Estado por la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)*, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 51-94 y L. COTINO, “Online-offline. Las garantías para el acceso a internet y para la desconexión, bloqueo, filtrado y otras restricciones de la red y sus contenidos”, *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 108, 2020, pp. 13-39.

¹⁵ Libertades de expresión, opinión e información, participación política, derecho a la educación...

cho de participar en la sociedad de la información. Desde el 2013 la Constitución mexicana proclama que *El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación... incluido el de banda ancha e internet.* (art. 6). A un nivel legal Estonia¹⁶ y Finlandia¹⁷ garantizan el acceso a internet a su ciudadanía.

En el ámbito de la UE, la Directiva 2002/22/CE (Directiva de servicio universal), proclama el acceso universal, pero sin configurarlo como un derecho subjetivo. La exposición de motivos del Reglamento (UE) 2015/2120 se acerca algo más a ello al señalar que *Los usuarios finales deben tener derecho a acceder a información y contenidos... a través de su servicio de acceso a internet.*

En lo concerniente al Derecho español, lo más relevante lo encontramos en las previsiones de los Estatutos de Autonomía de nueva generación. Destacan entre ellos los Estatutos valenciano y andaluz; el primero establece en su art. 19.2 que *Queda garantizado el derecho de acceso de los valencianos a las nuevas tecnologías...* y el segundo en su art. 34 que *Se reconoce el derecho a acceder y usar las nuevas tecnologías...* La propia formulación que de estos derechos hacen los textos estatutarios los sitúan en el mismo contexto que los principios rectores constitucionales en cuanto a su carácter programático y a su dependencia del desarrollo mediante legislación ordinaria. Esta perspectiva queda reforzada por la STC 247/2007, que considera que los nuevos derechos incluidos por los Estatutos de 2ª generación no pueden ser considerados directamente como subjetivos y ejercitables judicialmente. El siguiente hito lo encontramos en la Ley Orgánica 3/2018 de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPD 2018), cuyo art. 85 proclama un *Derecho de acceso universal a Internet.* Consideramos reseñable que se formule como derecho, sin embargo, la propia LOPD 2018 deja claro que en ningún caso podemos entender el acceso a internet como derecho fundamental, ya que excluye al art. 85 de los preceptos que tienen carácter orgánico dentro de ella (Disp. Final 1ª).

De lo expuesto hasta ahora podemos destacar que la tendencia general a la hora de reconocer jurídicamente el acceso a internet pone mayor acento en evitar la discriminación formal en el mismo que garantizarlo con un contenido prestacional¹⁸. Ello representa un serio hándicap en la lucha contra la

¹⁶ Art. 5 Ley de Telecomunicaciones (2000).

¹⁷ Ley del Mercado de Comunicaciones (2009).

¹⁸ La constitución mexicana, y en mayor medida las citadas leyes estonia y finlandesa pueden constituir una excepción.

desigualdad material que representa la brecha digital, que analizaremos en los siguientes apartados.

Con ello no se quiere decir que no existan riesgos relevantes para la igualdad formal en el acceso a internet. Concluimos este apartado haciendo una breve alusión a uno de ellos: el cuestionamiento del principio de neutralidad de la red. Por neutralidad se entiende que todos los usuarios y contenidos deben tener un acceso equitativo y un trato igualitario en el tráfico de la red¹⁹; por razones comerciales los proveedores de internet presionan para romper, o al menos matizar, este principio y poder priorizar tanto en el acceso como en la velocidad en el tráfico a sus clientes más rentables económicamente. Por razones obvias minar la neutralidad de la red incrementa exponencialmente el peligro de discriminación respecto a los usuarios más vulnerables y a aquellos contenidos que, pudiendo alcanzar la mayor relevancia desde múltiples puntos de vista, tengan un menor valor comercial.

1.3. Herramientas formales y técnicas para el ejercicio de la ciudadanía

Junto a las analizadas dimensiones subjetiva y objetiva de la ciudadanía, no son de menor importancia para la efectividad de los derechos fundamentales a ella vinculados las herramientas formales y técnicas disponibles para su ejercicio. En el presente apartado nos detendremos en tres que a nuestro juicio tienen un gran protagonismo en la globalización digital: el Big data, los perfiles y los algoritmos.

1.3.1. Big data

Con este término hacemos alusión a dos realidades diferentes: a la ingente cantidad de datos que sobre las personas se pueden obtener y tratar en el actual contexto digital, por una parte, y a las herramientas tecnológicas que lo hacen posible, por otra. Algunos de estos datos son facilitados de forma voluntaria por sus titulares en sus múltiples interacciones en la red, pero otro gran porcentaje de esa información se extrae de nuestra estela digital detectada por diferentes dispositivos rastreadores de forma ajena a nuestra voluntad y consentimiento. Y, por supuesto, tanto la acumulación como la

¹⁹ Este principio está reconocido, entre otros, por el apdo. 5º de la Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet -2011- (ONU, OSCE, OEA y CADHP), por al art. 3 del Reglamento UE 2015/2120 y el art. 80 LOPD 2018.

gestión de esos datos no es neutra ni aséptica para la indemnidad de los derechos fundamentales²⁰.

Una de las principales aplicaciones del Big data es la elaboración de perfiles a partir de los cuales se pueden tomar decisiones sobre materias muy sensibles para la persona afectada. Volveremos sobre los perfiles en el siguiente apartado.

El Big data proyecta diferentes peligros. Morente destaca los derivados de su opacidad, ya que es muy difícil conocer con precisión el “quién, cómo y cuándo” del proceso de obtención de los datos que lo alimentan y también los conectados a su “inconmensurabilidad”, dado el enorme volumen de datos que de cada individuo se acumulan y la multiplicidad de actores implicados en su tratamiento²¹. Igualmente se pone de relieve que los “macrodatos” del Big data tienen serias dificultades para ofrecer un análisis objetivo e imparcial sobre la materia de que se trate, muy especialmente cuando se aplica al ámbito individual²².

Se plantea como solución facilitar una mayor información al afectado sobre la recogida de información y el tratamiento que se hace de ella a través de las herramientas del Big data. Quizás con ello se palía en cierta medida el citado riesgo de la opacidad, pero el aluvión de datos que representaría podría vaciar de contenido material el consentimiento que la persona otorgara²³. De hecho, toda la construcción en materia de protección de datos tiene como base el consentimiento informado, algo que se empieza a ver seriamente cuestionado por elementos como el Big data²⁴. En realidad, no es una situación muy diferente a la que tuvo que afrontar el tradicional consentimiento civil-mercantil con el advenimiento de los contratos de adhesión y los cláusulados generales de la contratación.

Tal como señalamos, el ámbito de la investigación científico-médica es uno donde las posibilidades que ofrece el Big data tienen una mayor inci-

²⁰ A. GARRIGA, “La elaboración de perfiles y su impacto en los derechos fundamentales. Una primera aproximación a su regulación en el reglamento general de protección de datos de la Unión Europea”, *Revista Derechos y Libertades*, núm. 38, 2018, pp. 107-139.

²¹ V. MORENTE, “Big data o el arte de analizar datos masivos... cit., pp. 235-236.

²² F. MONTALVO, “Una reflexión desde la teoría de los derechos fundamentales sobre el uso secundario de los datos de salud en el marco del Big Data”, *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 106, 2019, pp. 43-75.

²³ V. MORENTE, “Big data o el arte de analizar datos masivos... cit., p. 237.

²⁴ F. MONTALVO, “Una reflexión desde la teoría de los derechos fundamentales... cit., p. 55.

dencia. Existe una tensión entre la protección de la intimidad individual y el interés general que representan los avances en materia de salud pública que se pueden derivar del uso masivo de datos por parte de la ciencia médica. Ello pone en el punto de mira el principio general de exigencia del consentimiento informado para cualquier tratamiento de datos de carácter personal. El Reglamento UE 2016/679 y la LOPD 2018 matizan ese principio para la investigación médica, permitiendo el uso secundario de datos personales al servicio del interés general y la salud pública sin necesidad de un nuevo consentimiento expreso, siempre que sean “seudonimizados”. Algunos autores sin embargo consideran imprescindible dar un paso más en este campo, suprimiendo incluso la necesidad de contar con ese consentimiento previo inicial, garantizando eso sí la plena “anonimización” de los datos²⁵.

1.3.2. Perfiles

Una de las principales aplicaciones del Big data es la elaboración de “perfiles”, definidos por el art. 4.4 del Reglamento (UE) 2016/679 como:

toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimiento de dicha persona física

La utilización de estos perfiles en la toma de decisiones que afectan a los derechos fundamentales de las personas hace que se deba ser exigente con la calidad de los datos que se utilizan y con la transparencia en el procedimiento de su elaboración. Coincidimos con Garriga en señalar que, junto a la amenaza para la intimidad, estos perfiles representan el peligro de reforzar estereotipos negativos que afectan a ciertos colectivos, ahondando en su situación de exclusión. En general, puede decirse que inciden notoriamente en el control de la propia identidad del interesado²⁶.

En la configuración de los perfiles tienen un papel protagónico los omnipresentes “algoritmos”, que otorgan a los primeros el halo exactitud y neu-

²⁵ F. MONTALVO, “Una reflexión desde la teoría de los derechos fundamentales...cit., p. 67.

²⁶ A. GARRIGA, “La elaboración de perfiles y su impacto en los derechos fundamentales...cit., pp. 130 y ss.

tralidad que se le suele asignar a lo matemático, que en muchas ocasiones no se corresponde a la realidad. No son infrecuentes tanto los errores materiales directos derivados de malas praxis en la obtención de datos o de conclusiones inexactas, como los sesgos “estructurales” que se introducen en los perfiles y en los algoritmos sobre los que se elaboran²⁷.

Ante esta tesitura, el art. 22 Reglamento (UE) 2016/679²⁸ garantiza que:

Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar.

Esta contundente afirmación queda muy matizada por las amplias excepciones contenidas en el mismo precepto, ya que estas decisiones automatizadas (basadas en su mayoría en perfiles) se pueden producir en el contexto de las relaciones contractuales, cuando lo contemple el Derecho de la Unión Europea (UE) o de los Estados miembros (con una genérica alusión a medidas de protección de los derechos fundamentales) o mediando el consentimiento expreso de la persona afectada. También se establece en el art. 22 una prohibición especial para el perfilado y la toma de decisiones automatizadas que se basen en los datos sensibles contemplados por el art. 9 del reglamento (los que hacen referencia a la ideología, creencias, biometría, a la genética/salud y a la vida/orientación sexual), aunque de nuevo cuenta con excepciones no menores (conurrencia del consentimiento del interesado o de un “interés público esencial”).

No compartimos la idea de que el perfilado con fines comerciales o de marketing sea inocuo desde la perspectiva ético-jurídica, ya que igualmente puede afectar directa o indirectamente al derecho a la intimidad y a la protección de datos personales del afectado si no se respetan los principios básicos del Reglamento UE 2016/679 y la LOPD 2018 en su elaboración. Por el contrario, tenemos la misma inquietud que muchos autores respecto a la gran peligrosidad que representan los perfiles que incluyen los datos sensibles del citado art.9 del reglamento para la dignidad de la persona en general y el principio de igualdad en particular²⁹. Algunas iniciativas tomadas en el actual contexto de la pandemia que “perfilan” sobre datos sanitarios inciden a nuestro juicio en esos riesgos.

²⁷ V. MORENTE, “Big data o el arte de analizar datos masivos...cit., p. 238.

²⁸ Con el antecedente del art. 15 de la Directiva 95/46/CE.

²⁹ V. MORENTE, “Big data o el arte de analizar datos masivos...cit., p. 242.

1.3.3. Algoritmos

Cerramos este apartado con una referencia a los algoritmos, pieza clave en el binomio ciudadanía-nuevas tecnologías que estamos analizando en el presente artículo. En palabras de Rodotà, en el mundo digital *la construcción de la identidad queda sustraída de la autonomía de la voluntad del sujeto, quedando entregada por completo a los algoritmos*³⁰. En la misma línea, la confluencia entre Big data y algoritmos puede cuestionar el propio concepto de privacidad³¹.

Nos parecen muy pertinentes las reflexiones de Boix Palop sobre el carácter normativo de los algoritmos³², que analizamos a continuación. Dada la apariencia puramente técnica de la materia, existe la tentación de dejar su configuración a la autorregulación de los agentes privados que intervienen en la “industria del algoritmo”, ya que al fin y al cabo son “los que entienden” de una cuestión meramente tecnológica en teoría ajena a lo jurídico.

Sin embargo, hemos comprobado que nada más lejos de la realidad, ya que los algoritmos intervienen de forma directa en la toma de decisiones con consecuencias jurídicas sobre la ciudadanía. Sería aplicable la premisa kelseniana respecto a que a la hora de definir una norma como jurídica prima el contenido materialmente normativo respecto a la dimensión formal. Por lo tanto, es lógico que se exijan procedimientos y garantías similares a las de las “normas analógicas” en la creación de estas “normas digitales”. Desgraciadamente, por el momento tanto en el ámbito de la UE como en el español se está lejos de esta perspectiva, y tan solo a través de la regulación en materia de transparencia se puede tener acceso en determinados casos a conocer los algoritmos en sí y a los programas informáticos utilizados en su elaboración, lo que tan solo cubre algunos de los aspectos del procedimiento normativo.

Andrés Boix presta especial atención a la utilización de estas herramientas normativo-tecnológicas en las relaciones de la Administración con la ciudadanía, y defiende que los algoritmos y sus “códigos fuente” deben ser con-

³⁰ S. RODOTÀ, *El derecho a tener derechos...cit.*, p. 307.

³¹ P. TUCKER, “¿Han hecho los grandes volúmenes de datos que el anonimato sea imposible?”, MIT Technology Review, 16/05/2013, traducción de Francisco Reyes (OPINNO). Disponible en: <https://www.technologyreview.es/negocios/43072/han-hecho-los-grandes-volumenes-de-datos-que-el/> (07/05/2021)

³² A. BOIX, “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1, 2020, pp. 223-269.

siderados como reglamentos, siéndoles de aplicación por tanto los requisitos generales de elaboración de normas reglamentarias previstos en el Título VI de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Ley 39/2015). De esta manera estaría vigente el principio de publicidad íntegra, se garantizaría la participación ciudadana, tendrían que respetarse con plenitud los nuevos requerimientos en materia de transparencia y estaría abierta la opción de los recursos directos o indirectos de los que pueden ser objeto los reglamentos.

Y no estamos ante disquisiciones futuristas de ciencia ficción. Por ejemplo, desde el año 2007 se encuentra en marcha el Sistema de Seguimiento Integral de los casos de Violencia de Género (Ministerio del Interior)³³ que, en base a los datos que sobre la materia recopila y analiza, a través de un algoritmo realiza predicciones sobre potenciales amenazas delictivas de este perfil. Y en el contexto de la pandemia de la COVID-19, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital ha lanzado la aplicación Radar-COVID³⁴, que de nuevo mediante algoritmos evalúa posibles riesgos de contagios. Tanto por la sensibilidad de los datos manejados como por las consecuencias derivadas de estas herramientas para los derechos fundamentales, las garantías arribas expuestas para el proceso de su elaboración y aplicación se revelan como imprescindibles.

2. LA DIMENSIÓN LIBERAL DE LA CIUDADANÍA EN UN MUNDO DIGITALIZADO³⁵.

Llama la atención que sea la dimensión liberal de la ciudadanía (en la que se incardinan los derechos civiles y políticos), la más consolidada político-jurídicamente, la principalmente afectada por la revolución tecnológico-digital. Analizaremos esta circunstancia a través de algunos de los derechos fundamentales sobre los que se sostiene la misma.

³³ <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/violencia-contra-la-mujer/sistema-viogen> (07/05/2021).

³⁴ <https://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.ac30f9268750bd56a0b0240e-026041a0/?vgnnextoid=359f50a4c34b3710VgnVCM1000001d04140aRCRD&vgnnextchannel=864e-154527515310VgnVCM1000001d04140aRCRD> (07/05/2021).

³⁵ Una completa visión del impacto de las nuevas tecnologías en la ciudadanía y democracias liberales en J.M. LASSALLE, *Ciberleviatán: El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*, Arpa Editores, Madrid, 2019.

2.1. Derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen

El derecho a la intimidad se ha definido tradicionalmente como el “derecho a estar solo” o “a ser dejado en paz”. Se vincula con la existencia de un espacio íntimo propio al que solo pueden tener acceso los terceros autorizados por el titular en el uso de su autonomía personal. El advenimiento de las nuevas tecnologías ha incidido en el bien jurídico protegido “intimidad” en dos aspectos: surgen nuevos peligros para el mismo que demandan herramientas jurídicas innovadoras para su protección³⁶; y la propia esencia del concepto muta desde una perspectiva básicamente negativa (protección frente al “tercero curioso indeseado”) a otra mucho más proactiva (control en la gestión de mi privacidad, que ya no en todo caso se desea esconder de la mirada ajena)³⁷.

En la mutación del concepto de intimidad tiene un protagonismo singular el descrito desdoble entre “yo analógico” y “yo digital”. A nuestro juicio, en las relaciones sociales en las que no intervienen las nuevas tecnologías todavía se mantienen algunas demandas no tan alejadas del “derecho a estar solo”, mientras que en el ámbito digital la tendencia es a compartir voluntariamente aspectos muy íntimos, reclamando para ello instrumentos de gestión, no de exclusión. Estas diferentes expectativas, en gran medida contradictorias, pueden generar tensiones y disfunciones en la respuesta jurídica para la protección del bien jurídico que nos ocupa.

Las redes sociales son un ejemplo paradigmático de los nuevos retos. Los usuarios vuelcan de forma compulsiva y masiva información personal sin conocer (por falta de posibilidad material y/o interés) el destino final o el uso secundario que se puede hacer de la misma³⁸. Por otra parte, el control de la privacidad no solo implica al titular original de los datos que se comparten, sino que también involucra a todas las personas con las que interactúa en las redes sociales³⁹. A pesar de los retos derivados del nuevo contexto digital, la jurisprudencia constitucional sigue afirmando que debe existir en él una “expectativa razonable de confidencialidad”, aunque evidentemente dicha expec-

³⁶ Algo que ya intuyó el constituyente español al incluir el apdo. 4º al art. 18 CE.

³⁷ J. MARTÍNEZ DE PISÓN, “Vida privada sin intimidad. Una aproximación a los efectos de las intromisiones tecnológicas en el ámbito íntimo”, *Derechos y Libertades*, núm. 37, 2017, pp. 51-84.

³⁸ L. FLORES, “Facebook y el derecho a la propia imagen: reflexiones en torno a la STC 27/2020, de 24 de febrero”, *Revista Estudios de Deusto*, vol. 68 núm. 1, 2020, pp. 335-376.

³⁹ A. GARRIGA, “La elaboración de perfiles y su impacto en los derechos fundamentales... cit., p. 121.

tativa se modulará en función de la herramienta tecnológica utilizada: no es lo mismo un mensaje privado remitido persona-persona a través de una aplicación de mensajería, que un “post” en un chat de acceso público⁴⁰.

Ante estas circunstancias, el Derecho empezó a reaccionar de forma temprana con la afirmación de la existencia de un derecho a la “autodeterminación informativa” (STC 254/1993), que tiene una vertiente “defensiva” (contemplada en el art. 18.4 CE, con esa primitiva alusión a la *limitación del uso a la informática*) y otra proactiva que haría referencia al citado control efectivo de los datos.

Pronto se vio desbordada la “autodeterminación informativa” por el incesante y vertiginoso desarrollo de las nuevas tecnologías, y como consecuencia de ello se alumbró la protección de datos de carácter personal como derecho fundamental independiente, que tuvo su consagración como tal en el art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) en el ámbito europeo, con el antecedente de la Directiva 95/46/CE y el posterior desarrollo mediante el Reglamento (UE) 2016/679. En España, los hitos normativos y jurisprudenciales clave fueron la primigenia LOPD (LO 15/1999), la STC 292/2000 y la vigente LOPD 2018. Los instrumentos básicos para la protección de los datos de carácter personal son los denominados derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición)⁴¹, que se vieron completados con el “derecho al olvido”⁴². El Reglamento (UE) 2016/679 trata de reforzar la exigencia a los proveedores de servicios digitales de mayores esfuerzos directos y preventivos en la protección de la intimidad, ya que seguir centrando la misma principalmente en el consentimiento informado se ha mostrado como muy insuficiente⁴³.

Por razones obvias el derecho a la propia imagen es otro de los especialmente concernidos en el mundo digital. Muy vinculado con el de intimidad, es un derecho fundamental autónomo⁴⁴ que otorga a su titular la facultad

⁴⁰ Ver SSTC 241/2012 y 170/2013. L. COTINO, “Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a internet... cit., p. 75.

⁴¹ J. MARTÍNEZ DE PISÓN, “Vida privada sin intimidad. Una aproximación a los efectos... cit., pp. 65 y ss.

⁴² Reconocido jurisprudencialmente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en sentencia de 13 de mayo de 2014 (C-131/12) y plasmado normativamente por el art. 17 Reglamento UE 2016/679 y los arts. 93-94 LOPD 2018.

⁴³ V. MORENTE, “Big data o el arte de analizar datos masivos... cit., p. 248.

⁴⁴ Amplia jurisprudencia del TC ha ido estableciendo la configuración constitucional de este derecho: SSTC 231/1988, 99/1994, 117/1994, 81/2001, 83/2002; 14/2003; 72/2007; 176/2013, entre otras.

de controlar la captación y difusión de la información sobre los rasgos (físicos, voz, nombre...) que identifican a una persona. De nuevo en el uso de la propia imagen por terceros el consentimiento se establece como clave de bóveda, incidiendo desde su origen por las propias características del bien jurídico protegido más en el control que en la exclusión.

El derecho fundamental con el que tradicionalmente entra en conflicto el derecho a la propia imagen es la libertad de información. La jurisprudencia del TC ha establecido la preponderancia de esta última siempre que concurre un "interés social" en el contenido informativo en el que se use la imagen (STC 19/2014). En esta línea ya el art. 8.2 LO 1/1982 dispensaba de la concurrencia del consentimiento para la utilización de la imagen de los "personajes públicos" captadas en actos o lugares igualmente públicos, así como de su caricatura. Tampoco hace falta el consentimiento de personas sin esa relevancia pública si su imagen aparece con carácter accesorio en un contenido informativo.

Tal como hemos destacado, en el mundo digital ha crecido exponencialmente la exposición de la propia imagen, singularmente en las redes sociales. Consideramos relevante en este aspecto la reciente STC 27/2020 referente a la utilización por parte de un medio de comunicación de una imagen compartida por un usuario en la red social Facebook para ilustrar una noticia sin su consentimiento. Hay algunos aspectos muy interesantes en esta sentencia.

Respecto al consentimiento, el TC afirma que el hecho de compartir una imagen en una red social no conlleva una especie de consentimiento tácito para que se pueda usar libremente por terceros fuera del contexto de esa red y sus condiciones de uso (art. 2.2 LO 1/1982 exige un consentimiento "expreso")⁴⁵. A la hora de valorar la posible concurrencia de las excepciones contempladas en el art. 8.2 LO 1/1982 en estos casos, no las descarta de forma general la sentencia, aunque no las considerara aplicables al supuesto de hecho concreto objeto de la misma. Por último, también a los efectos del art 8.2 LO 1/1982, el TC afirma que una red social no puede considerarse "un lugar abierto al público", espacios donde es posible atenuar el vínculo directo entre consentimiento y uso de la imagen por un tercero⁴⁶.

⁴⁵ El máximo intérprete constitucional afirma que ese consentimiento tácito no se podría inferir ni siquiera de la aceptación de las frecuentemente genéricas, poco comprensibles e incluso abusivas políticas de privacidad de la mayoría de redes sociales.

⁴⁶ Un completo análisis de la sentencia en L. FLORES, "Facebook y el derecho a la propia imagen...cit.

2.2. Libertad de expresión e información

No hay duda de que, potencialmente, las libertades de expresión e información pueden ser los derechos fundamentales más beneficiados de la digitalización y las nuevas tecnologías. Pero al mismo tiempo corren unos riesgos específicos en este contexto.

En lo que afecta a la libertad de expresión se podrían destacar diversos abordajes. Por supuesto, la era digital ofrece poderosas herramientas a los Estados que no cumplen los estándares democráticos mínimos para ejercer la censura y la represión del ejercicio de aquellos derechos fundamentales que tienen en el medio digital un nuevo cauce instrumental fundamental⁴⁷. Partiendo de la indudable relevancia de la dimensión estatal, nos parece igualmente necesario destacar el creciente papel que juegan los agentes privados en este ámbito, básicamente las empresas proveedoras de los distintos servicios imprescindibles para interactuar en internet⁴⁸. Hay que tener en cuenta que los grandes instrumentos del DIDH no establecen obligaciones directas para las empresas en materia de Derechos Humanos; los documentos existentes al respecto tienen un marcado carácter programático y “softlaw”⁴⁹.

El papel de las empresas va más allá del rol predominante que le da el monopolio material de la infraestructura de la “red de redes”, ya que incluso intervienen en la determinación de la regulación en esta materia, especialmente en lo que tiene que ver con las normas “técnicas” y las políticas sectoriales⁵⁰.

En ocasiones las propias empresas rechazan la responsabilidad excesiva que desde los Estados se les otorga para controlar el cumplimiento de la legisla-

⁴⁷ Con la imposición de bloqueos o filtros, cierres de sitios web, desconexión de usuarios... Ver “Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión”, Frank La Rue. Consejo de Derechos Humanos. 17º período de sesiones 16/05/2011. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/17/27> (07/05/2021).

⁴⁸ Ver “Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión” David Kaye. Consejo de Derechos Humanos. 32º período de sesiones 11/05/2016, al que hacemos referencia en las siguientes líneas. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/32/38> (07/05/2021).

⁴⁹ Por todos los “Principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos”. Alto Comisionado Derechos Humanos ONU. 2011. https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf (07/05/2021).

⁵⁰ P.ej., La Unión Internacional de Telecomunicaciones participa en la construcción de las políticas de telecomunicaciones globales.

ción aplicable a la libertad de expresión/opinión. Una de las prácticas con más impacto en este aspecto es la del filtrado y bloqueo de contenidos potencialmente ilícitos, ya que se está poniendo en manos privadas la limitación material de derechos fundamentales. En otros supuestos son las políticas internas de los proveedores de servicios las que establecen bloqueos arbitrarios muy cercanos a la simple censura⁵¹. Ya indicamos la relevancia de mantener la neutralidad de la red para el ejercicio en el mundo digital de los derechos fundamentales en general, y de la libertad de expresión particular, y las presiones de las empresas del sector en sentido contrario, por lo que damos aquí por reproducidas las consideraciones hechas en su momento. Por último, hay que señalar que los mecanismos internos que ofrecen los proveedores de servicios digitales para reparar los daños infligidos a la libertad de expresión de sus usuarios dejan mucho que desear, siendo las vías alternativas de reclamación (judiciales o arbitrales) onerosas en tiempo y dinero e inciertas en su resultado material práctico.

En resumen, los tradicionales parámetros establecidos por el DIDH para considerar como legítima la limitación de la libertad de expresión⁵², quedan distorsionados por la intervención de estos agentes privados en su ejercicio en el mundo digital.

La libertad de información tiene un doble contenido: el derecho de transmitir libremente la información, vinculado históricamente al ejercicio profesional del periodismo, por una parte, y el derecho de la ciudadanía a acceder también libremente a una información veraz. Aunque se puede afirmar que los principios básicos de este derecho fundamental siguen vigentes en el mundo digital, las nuevas tecnologías plantean retos tanto en el plano objetivo como en el subjetivo. En la primera perspectiva destaca el cambio de las coordenadas de espacio-tiempo; en cuanto al espacio determina que cualquier información pueda tener potencialmente alcance global gracias al fenómeno de la “viralización”, mientras que el tiempo se debate entre la caducidad inmediata vinculada al aluvión inabarcable e ininterrumpido de información y la “vida eterna” que puede tener una noticia en el mundo digital. En este sentido nos parece muy interesante la idea de un “derecho al

⁵¹ En este sentido ha sido ampliamente cuestionada la práctica de la red social “Instagram” de bloquear imágenes donde aparezcan pezones femeninos desnudos, permitiendo sin embargo aquellas que muestran pezones masculinos. Ver Normas Comunitarias de Instagram: <https://help.instagram.com/477434105621119> (07/05/2021).

⁵² Entre otros ver el art. 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) en el caso núm. 6538/74, *The Sunday Times v. The United Kingdom* (26/04/1979).

contexto” que acompañe a la información y la preserve de las distorsiones derivadas de los desafíos de las nuevas tecnologías⁵³.

Teniendo en cuenta la conexión directa entre la libertad de información y la profesión periodística, hemos de destacar la revolución que ha supuesto la irrupción del “ciberperiodismo” en este ámbito. Ha modificado profundamente la praxis profesional por la combinación de diversos factores: priorización de la inmediatez sobre la calidad de la información, precarización laboral y pérdida de peso de las tradicionales “cabeceras de referencia” con la proliferación de nuevos medios digitales. Por otro lado, ha permitido el ascenso del “periodismo ciudadano”, donde la ciudadanía pasa de mera receptora pasiva de la noticia a intervenir de forma proactiva en su creación y difusión.

Esta nueva realidad para el ejercicio de la libertad de información tiene una indiscutible vertiente positiva en la medida que refuerza el pluralismo y la democratización del espacio informativo. Sin embargo, el deterioro del rigor que conlleva la pulsión por la inmediatez y la precarización laboral, unida a la intervención de actores no profesionales, puede poner en riesgo al derecho a recibir una “información veraz”⁵⁴ que asiste al ciudadano (art. 20.1 d) CE). Por otra parte, aunque se ha afirmado que la libertad de información no es patrimonio exclusivo de los periodistas⁵⁵, sí que se otorga una protección reforzada a la profesión periodística y a los medios de comunicación por su rol protagonista en la formación de la opinión pública, herramienta clave para el sistema democrático⁵⁶. Consideremos que no hay grandes dificultades para extender esa protección de mayor rango a las nuevas formas de hacer periodismo, incluidos los medios de comunicación emergentes que tienen una configuración muy diferente a los tradicionales. Genera dudas por el contrario que sin más se le pueda aplicar al “periodismo ciudadano” cuando se ejerce fuera de cualquier estructura profesional⁵⁷. Quizás esa realidad tenga todavía un mejor encaje en la libertad de expresión.

⁵³ R.M. GARCÍA, “La difícil relación del instituto de la opinión pública y los procesos de comunicación pública en internet: la desinformación desafiando las garantías constitucionales”, *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 106, 2019, pp. 77-104.

⁵⁴ Hay que tener en cuenta que “información veraz” no es sinónimo de verdad objetiva: «lo que ampara el art. 20.1 d) es la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible» (STC 121/2002, de 20 de mayo, F.º 5).

⁵⁵ STC 6/1981 y STEDH Youth Initiative for Human Rights vs. Serbia de 25/06/2013.

⁵⁶ SSTC 165/1987 y 105/1990.

⁵⁷ J. de MIGUEL “Las transformaciones del derecho de la información en el contexto del ciberperiodismo”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 173, julio/septiembre 2016, pp. 141-168.

Otras cuestiones vinculadas al mundo digital afectan de forma intensa a la libertad de información, cuyo tratamiento detallado se escapa a la acotada extensión de este texto. Simplemente hacer alusión al creciente peso de la inteligencia artificial en este campo, tanto por el hecho de que comienza a estandarizarse la elaboración automatizada de noticias de determinado perfil (meteorológicas, deportivas...) como la intervención de la misma en la creación y difusión de las “noticias falsas” y en la manipulación informativa⁵⁸. O como en el reconocimiento del nuevo “derecho al olvido”, cuando interacciona con la libertad de información, se ha protegido la fuente original de la información (la hemeroteca del medio de comunicación donde originalmente se recoge la noticia), imponiendo las restricciones a los “buscadores”, que son los que en realidad pueden introducir la distorsión temporal que trata de corregir el citado derecho⁵⁹.

2.3. Derechos de participación

La digitalización tampoco ha pasado de largo de la participación ciudadana. Tal como indicamos para otros derechos, en el contexto de las nuevas tecnologías podemos afrontar esta materia desde diversas perspectivas, pero nos interesa especialmente aquella que está vinculada a la libertad de información que acabamos de analizar.

Una de las funciones constitucionales de la libertad de información es la configuración de la “opinión pública”, imprescindible para que el valor superior “pluralismo político” proclamado por el art 1.1 CE sea efectivo. Algunos autores señalan que un internet verdaderamente libre sería una herramienta muy valiosa para la construcción de la opinión pública, pero consideran que ha sido una oportunidad perdida por la inacción de los Estados y el predominio de los intereses privados de las empresas del sector⁶⁰.

El nuevo marco tecnológico ha transformado profundamente el espacio público-político⁶¹, que en la actualidad se caracteriza por el predominio de

⁵⁸ J.L. MANFREDI y M.J. UFARTE, “Inteligencia artificial y periodismo: una herramienta contra la desinformación”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 124, (abril de 2020), pp. 49-72.

⁵⁹ Ver Sentencia TJUE C-131/12, de 13/05/2014, y STS 545/2015, de 15/10/2015.

⁶⁰ R.M. GARCÍA, “La difícil relación del instituto de la opinión pública... cit., pp. 95-96.

⁶¹ Es básico en esta materia el predominio de lo audiovisual en la configuración de la opinión pública y su correspondiente impacto en el espacio político y en la participación ciudadana. Ver G. SARTORI, *Homo videns: La sociedad teledirigida*, Taurus, Madrid, 1998.

lo afectivo sobre lo racional y por una pronunciada polarización. En ello las redes sociales han tenido un papel protagónico. Los partidos políticos tradicionales ven peligrar su papel “mediador” hegemónico en este ámbito y se refuerzan los hiperliderazgos personales. La emotividad empuja hacia la búsqueda de la reafirmación de los posicionamientos de partida y el sentimiento de grupo, minando la reflexión y la deliberación; más que convencer racionalmente al votante se pretende influenciar en sus sensaciones y percepciones⁶². Estamos en la época de la “posverdad”, donde la opinión o el “relato” sobre la realidad tiene una mayor relevancia que los hechos que la constituyen⁶³. Por lo expuesto, se impone la polarización haciendo muy difícil el debate transaccional, esencial para la democracia.

La utilización de la desinformación⁶⁴ y la manipulación como herramienta política es casi consustancial a la organización de la sociedad humana como comunidad. No era otra cosa lo que criticaba Sócrates a los sofistas. El gran cambio reside en el efecto multiplicador que sobre la desinformación tienen instrumentos como las redes sociales⁶⁵. El peligro de las “noticias falsas”⁶⁶ no está en que sean prueba de la existencia de la mentira en el espacio público, ya que incluso hay quien afirma que la acción de mentir en realidad forma parte de la libertad de expresión (con los límites inherentes a cualquier derecho fundamental, evidentemente) y que la democracia no es un régimen que busque una verdad objetiva científicamente constatable. El riesgo se encuentra en la incapacidad de discernir lo real de la falacia manipuladora, y eso es lo que precisamente facilita el nuevo contexto tecnológico con su aluvión de información sin filtro ni contexto, poniendo en cues-

⁶² M. ARIAS, “La digitalización de la conversación pública: redes sociales, afectividad política y democracia”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 173, 2016, pp. 27-54.

⁶³ C. PAUNER, “Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 41, 2018, pp. 297-318.

⁶⁴ Entendemos por desinformación en el mundo digital la *creación, producción y distribución de informaciones falsas, imprecisas o descontextualizadas, así como la captura de información privada (perfiles y prácticas en redes sociales) con fines propagandísticos y la creación de perfiles y usuarios falsos para operaciones de influencia*. J.L. MANFREDI y M.J. UFARTE, “Inteligencia artificial y periodismo... cit., p.51.

⁶⁵ D. INNERARITY y C. COLOMINA, “La verdad en las democracias algorítmicas”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 124, 2020, pp. 11-23.

⁶⁶ *Informaciones publicadas deliberadamente en medios digitales que no han sido comprobadas ni verificadas, carecen de fuentes identificadas y sin supervisión de un editor. Su objetivo es influir en la opinión pública y crear inseguridad, sospechas, desestabilización para apoyar o desacreditar o, a veces, simplemente diversión*. C. PAUNER, “Noticias falsas y libertad de expresión... cit. pp. 300-301.

ción la confianza de la ciudadanía en el correcto funcionamiento del sistema democrático⁶⁷.

Los algoritmos y perfiles también sirven de catalizador en la expansión y consolidación de la desinformación. En el primer aspecto porque los ítems que tienen en cuenta los algoritmos de buscadores y redes sociales para viralizar contenidos suelen coincidir con las características esenciales de las noticias falsas⁶⁸. Los perfiles por su parte construyen para cada individuo una suerte de “caja de resonancia reafirmante” donde solo ingresan contenidos políticos-ideológicos afines al mismo, lo que dotará de una mayor apariencia de veracidad a informaciones que serían notoriamente dudosas fuera de ese marco filtrado tendenciosamente de partida⁶⁹.

En los países democráticos ha empezado a ser una prioridad la lucha contra la desinformación. Se tratan de poner medidas técnicas y humanas de “fact checking” de carácter público y privado para localizar y neutralizar las noticias falsas, y también empiezan a tomarse algunas medidas legislativas al respecto. Hay que buscar un delicado equilibrio entre prevenir la desinformación y no cuestionar las libertades de expresión e información⁷⁰.

En el ámbito de la UE se ha propuesto implicar a las empresas proveedores de servicios de internet en esta materia a través de la aprobación de un Código de prácticas autorreguladoras sobre la desinformación⁷¹, aprobado en octubre 2018. Consideramos que este tipo de iniciativas no son las más adecuadas, primero porque los intereses de estas empresas miran su objetividad e imparcialidad, así como por la poca pertinencia de dejar en manos privadas decisiones que pueden afectar directa o indirectamente a derechos fundamentales. Dos Estados miembros de la UE han aprobado recientemente en su Derecho interno normas específicas contra la desinformación.

⁶⁷ V.Y. GARCÍA, “Donde habitan las mentiras: libertades de expresión e información en tiempos de odio e hiperinformación”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 124, 2020, pp. 25-47.

⁶⁸ D. INNERARITY y C. COLOMINA, “La verdad en las democracias algorítmicas”, cit., p.21.

⁶⁹ C. PAUNER, “Noticias falsas y libertad de expresión... cit., pp. 303-304.

⁷⁰ R.M. GARCÍA, “La difícil relación del instituto de la opinión pública...cit., pp. 81-82. En este sentido el TJUE ha advertido contra el uso masivo e indiscriminado de sistemas de filtrado o bloqueo, incluso cuando se alegue la defensa de otros derechos: SSTJUE C-70/10, *Scarlet c. SABAM*, de 24 de noviembre de 2011, C-360/10, *Netlog c. SABAM*, de 16 de febrero de 2012 y Internet STJUE C-314/12, caso *Telekabel*, de 27 de marzo de 2014.

⁷¹ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation> (07/05/2021).

Alemania aprobó la Ley de aplicación de la red en 2018, que obliga a las plataformas en línea a retirar en un plazo de 24 horas desde la recepción de la denuncia de un usuario contenidos considerados como discurso de odio, noticias falsas o delictivos, incluyendo fuertes sanciones económicas para aquéllas que no se avengan a hacerlo. En el caso de Francia, también en 2018 se aprobó la Ley relativa a la lucha contra las falsas informaciones, que en el contexto de los procesos electorales permite suprimir de forma inmediata los contenidos calificados como desinformación mediante orden judicial. En el caso de España, todavía no se ha desarrollado ninguna iniciativa normativa específica sobre la materia⁷².

Por último, hay que destacar aquellos aspectos en los que las nuevas tecnologías pueden ofrecer oportunidades para las herramientas de participación ciudadana. En esta línea señalar la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la democracia electrónica (CM/Rec -2009- 1)⁷³ y la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 2017, sobre la democracia digital en la Unión Europea: posibilidades y retos (2016/2008 -INI-)⁷⁴. Ambos documentos alientan a los Estados a fomentar la “e-democracia”, ya que consideran que con ella se aumentan las oportunidades de la ciudadanía de acceso a la información sobre asuntos públicos, de rendición de cuentas de las instituciones y de participación más directa. Junto a esas oportunidades coinciden en advertir de las dificultades específicas para el principio de igualdad material que también conlleva la e-democracia, a las que nos referiremos en el siguiente apartado. Dentro de las opciones a desarrollar llama especialmente la atención el “voto electrónico a distancia”, por afectar a la herramienta por antonomasia de la democracia representativa, el derecho de sufragio. En Estonia desde el año 2007 existe esta posibilidad en sus procesos electorales⁷⁵.

⁷² R. MAGALLÓN, “La (no) regulación de la desinformación en la Unión Europea. Una perspectiva comparada”, *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 106, septiembre-diciembre 2019, pp. 319-347.

⁷³ https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/Recommendation_CM_Rec2009_1_en_PDF.pdf (07/05/2021).

⁷⁴ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0095_ES.pdf (07/05/2021).

⁷⁵ M.Á. PRESNO, “Premisas para la introducción del voto electrónico en la legislación electoral española” *Revista de Estudios Políticos*, núm.173, 2016, pp. 277-304.

3. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y PRINCIPIO DE IGUALDAD MATERIAL

Hemos puesto de relieve en anteriores apartados que uno de los mayores desafíos que afronta la ciudadanía en un mundo tecnológico y digitalizado está relacionado con el principio de igualdad material. Realmente no podemos decir que sea un reto exclusivo de las nuevas tecnologías, pero sí que desde su consolidación toma otra dimensión.

En este contexto se habla principalmente de la “brecha digital”, concepto que analizaremos de inmediato. Sin embargo, la quiebra de la igualdad material empieza en aspectos previos a la tecnología digital. En el año 2015 todavía había unos 1.200 millones de personas en el planeta sin acceso a la electricidad; por ejemplo, en las zonas rurales de África subsahariana la tasa de electrificación apenas llega al 17%. La Agencia Internacional de la Energía consideraba en 2015 altamente improbable que se consiguiera en 2030 el objetivo de desarrollo sostenible de un acceso universal a energías asequibles y limpias, ya que en esa fecha tan solo estaba comprometido el 5% de la inversión necesaria estimada para ello⁷⁶. Sin garantizar la disponibilidad de energía eléctrica, el acceso a las nuevas tecnologías se convierte una quimera, y con ello quedan vedadas las formas de ejercicio de los derechos fundamentales a ellas vinculadas.

Por brecha digital se puede entender la separación existente entre aquellas personas y grupos que tienen acceso material a las nuevas tecnologías y a los conocimientos-habilidades imprescindibles para su utilización, y aquellas que no lo tienen⁷⁷. Hay que tener en cuenta que estamos ante un concepto poliédrico y multidimensional, y desde esa perspectiva debe ser analizado.

Como hemos destacado, una de las características de la gobernanza del mundo digital es la escasa intervención estatal y el papel protagonista del “mercado” y los agentes privados que en él operan. Desde un punto de vista global, éste es un escenario abonado para ahondar la brecha digital entre países de altos y bajos ingresos⁷⁸.

⁷⁶ A. PUEYO, “El acceso universal a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna”, *Colección monografías CIDOB*, 3/2017, Objetivos de desarrollo sostenible, pp. 35-48.

⁷⁷ S. OLARTE “Brecha digital, pobreza y exclusión social”, *Revista Temas Laborales*, núm. 138, 2017, pp. 285-313 y L. COTINO, “Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental...cit., p. 58.

⁷⁸ Declaración de principios de la Cumbre de la Sociedad de la Información, ONU, 2003: <https://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html#:~:text=Nosotros%2C%20los%20representantes%20de%20los,Informaci%C3%B3n%20centrada%20en%20la%20persona%2C> (07/05/2021).

Otro ejemplo de lo poliédrico de la “exclusión digital” lo podemos encontrar en la invisibilización que sufren los colectivos y realidades sociales subalternas. Los algoritmos que rigen el Big data los condenan al ostracismo de los “márgenes tecnológicos”, relegando a un segundo plano sus necesidades, intereses y aspiraciones⁷⁹.

En realidad, la brecha digital es, por una parte, una consecuencia de las desigualdades sociales previas, y por otra, es causa de que dichas desigualdades se profundicen y perpetúen. En este sentido se puede hablar de brecha digital de género, generacional, territorial... para destacar como las nuevas tecnologías en gran medida trasladan las tradicionales exclusiones del mundo analógico al digital⁸⁰.

Algunos datos nos pueden ayudar a contextualizar la vinculación entre pobreza y exclusión digital. Según la Encuesta de Condiciones de Vida de 2019 (Instituto Nacional de Estadística -INE-)⁸¹, más de una cuarta parte de la población residente en España está en riesgo de pobreza (25.3%, tasa AROPE). Este riesgo aumenta de forma sensible para las personas menores de 16 años (30.1%), extranjeras de terceros países no UE (54.2%) y residentes en Andalucía o Extremadura (37.7%). Poniendo en relación estas cifras con las de la Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares de 2019 (INE)⁸², podemos encontrar alguna conexión reveladora. Teniendo como referencia ese 25% de riesgo de pobreza en España, vemos que un 22% de las personas residentes en España no usa internet a diario, el 19% de los hogares no poseen los dispositivos electrónicos más vinculados al ámbito laboral o educativo (ordenador o tablet) y el 15% no dispone de acceso a banda ancha de internet en su modalidad fija. También es llamativo que sea el territorio de España con una menor tasa de riesgo de pobreza (Navarra, 11.7%) el que tiene un mayor porcentaje de usuarios de internet (95%). No sería muy aventurado establecer un nexo causa-efecto entre ambas realidades.

Hay que destacar que menos del 40% de los residentes en España tiene unas “habilidades digitales avanzadas”, circunstancia en la que puede influir tanto el riesgo de exclusión como la brecha generacional. Respecto a

⁷⁹ V. MORENTE, “Big data o el arte de analizar datos masivos...cit., pp. 228-229.

⁸⁰ S. OLARTE “Brecha digital, pobreza y exclusión social”... cit., pp. 292-293 y L. COTINO, “Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental...cit., p. 58.

⁸¹ https://www.ine.es/prensa/ecv_2019.pdf (07/05/2021).

⁸² https://www.ine.es/prensa/tich_2019.pdf (07/05/2021).

esta última, es reseñable que el acceso regular a internet entre jóvenes de 16 a 24 años es prácticamente pleno (99.1%), porcentaje que se desploma en casi 76 puntos a partir de los 74 años (23.4%). Afortunadamente constata el INE que el sesgo de género prácticamente ha desaparecido desde la perspectiva del acceso a la red, aunque se mantiene en cierta medida en lo concerniente a las actividades realizadas en la misma: las mujeres muestran mayor interés en temas sanitarios y sociales o en interactuar en las redes sociales, mientras que los hombres acceden más a contenidos informativos y a espacios online de compra-venta de bienes y servicios.

La generalización de las relaciones de la ciudadanía con la Administración vía electrónica es uno de los aspectos donde la digitalización transversal está generando nuevas grietas de desigualdad⁸³. En el estudio del INE que estamos usando como referencia se señala que más del 63% de los encuestados ha realizado trámites ante una institución pública por internet. El 11.3% de ellos señalan que no pudieron concluir la gestión, y es fácil de inferir que en el 37% que ni siquiera lo intentaron estarán sobrerrepresentadas las personas de mayor de edad y las que se encuentran en riesgo de exclusión social⁸⁴.

En la situación derivada de la pandemia del coronavirus se han intentado reforzar las vías telemáticas de ejercicio de derechos fundamentales como alternativa, con una singular incidencia en el derecho a la educación. Ello ha evidenciado el peso de la brecha “socio-digital”: durante la vigencia del primer estado de alarma en España el 34% de los hogares destacaban la bajada del rendimiento escolar de sus hijos/as: el 17% de ellos lo achacaban a la falta de dispositivos adecuados y otro 17% a la necesidad de un refuerzo educativo que no se podía prestar electrónicamente⁸⁵.

⁸³ El art.14 Ley 34/2015 reconoce a las personas físicas el derecho a elegir relacionarse con la Administración de forma analógica o digital. Por el contrario, estarán obligados a interactuar por vía telemática las entidades (tengan o no personalidad jurídica), los profesionales de colegiación necesaria o los empleados públicos. Sin embargo, en su tercer apartado abre la posibilidad de extender reglamentariamente la obligación a personas físicas siempre que quede acreditado que... *tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios*. Desde la perspectiva del principio de la igualdad material la dificultad residiría en cómo garantizar de forma efectiva esa disponibilidad.

⁸⁴ El 42% de los hogares en situación de exclusión social grave declaran no tener las competencias necesarias para realizar trámites administrativos en internet. Ver FOESSA, *Distancia social y derecho al cuidado 2020. Análisis y perspectivas*, Caritas, Madrid, 2020.

<https://caritas-web.s3.amazonaws.com/main-files/uploads/2020/06/C%C3%81RITAS-analisis-y-perspectivas-digital-00000002.pdf> (07/05/2021).

⁸⁵ FOESSA, *Distancia social y derecho al cuidado 2020...* cit., p. 25.

En el anterior apartado dimos cuenta de la existencia de iniciativas en la dirección de consolidar el voto electrónico. Esta digitalización del derecho de sufragio ofrece oportunidades y riesgos para el principio de igualdad. Por una parte, puede facilitar la participación de colectivos que se han visto seriamente perjudicados en el ejercicio de su derecho al voto por las trabas burocráticas, destacando entre ellos las personas españolas residentes en el exterior⁸⁶. Por el contrario, una apuesta demasiado apresurada por el sufragio electrónico que dejara sin efecto las vías analógicas para ejercerlo podría impactar negativamente en la participación de los sectores más afectados por la brecha digital, por lo que hay autores que defienden la necesidad de que se mantengan su voluntariedad y la disponibilidad de las fórmulas tradicionales⁸⁷. Si al nexo directo existente entre riesgo de pobreza y abstención electoral⁸⁸ le unimos el vínculo entre exclusión social y brecha digital, con seguridad se generará una mayor precarización de la participación política de las capas sociales más vulnerables.

Por lo tanto, en la erradicación de la brecha digital deben confluír estrategias multidisciplinares, que combinen la lucha contra la exclusión social “de partida”, la alfabetización digital y el garantizar el acceso a los instrumentos materiales imprescindibles para el ejercicio de los derechos fundamentales en el entorno digital⁸⁹. De esta manera, se puede defender que la universalización del acceso a internet como una manifestación del mandato de promover la igualdad material del art. 9.2 CE, o como parte de la dimensión objetiva y prestacional de derechos fundamentales para los que se ha constituido en herramienta esencial (la libertad de información, p.ej.)⁹⁰.

En el ámbito de la UE de forma temprana se tomaron iniciativas políticas de impulso de la inclusión digital de la ciudadanía europea, pero con un carácter mucho más declarativo que vinculante⁹¹. En España también se elabo-

⁸⁶ Ya analizamos esta realidad en C. ARCE; “Derecho de sufragio, Administración y principio de igualdad”, *Revista de Deusto*, núm. 66, vol. 2, 2018, pp. 249-280.

⁸⁷ M.Á. PRESNO, “Premisas para la introducción del voto electrónico... cit., p. 294.

⁸⁸ C. ARCE; “Derecho de sufragio, Administración... cit., pp. 272 y ss.

⁸⁹ S. OLARTE “Brecha digital, pobreza y exclusión social...cit., pp. 294-295.

⁹⁰ L. COTINO, “Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental...cit. pp. 58-59.

⁹¹ Ver “eEurope - Una sociedad de la información para todos” (COM -1999-687) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l24221&from=ES> (07/05/2021) y el Plan de acción “eEurope 2002 - Impacto y prioridades” (COM -2001-140) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A124226a> (07/05/2021).

raron instrumentos coetáneos similares que igualmente tuvieron un escaso recorrido⁹².

En el año 2013 se aprobó por el Gobierno de España la Agenda Digital para España⁹³, entre cuyos objetivos se encuentran *garantizar la conectividad digital y promover la inclusión y alfabetización digital*. En la Ley 9/2014 de Telecomunicaciones se acogieron algunos de los citados principios de la Agenda; su art.3 establece como objetivos de la norma, entre otros:

Promover el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, fomentando la conectividad y...su acceso, en condiciones de igualdad y no discriminación / Defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en condiciones adecuadas de elección, precio y buena calidad... en particular a través de un acceso abierto a Internet. En la prestación de estos servicios deben salvaguardarse los imperativos constitucionales de no discriminación / Salvaguardar y proteger... las necesidades de grupos sociales específicos, las personas con discapacidad, las personas mayores, las personas en situación de dependencia y usuarios con necesidades sociales especiales, atendiendo a los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación.

Dando continuidad a esta línea de acción en el año 2020 se aprobó el referido Plan España Digital 2025, que pretende alcanzar en 2025:

...una conectividad digital adecuada para el 100% de la población, promoviendo la desaparición de la brecha digital entre zonas rurales y urbanas (100% de la población con cobertura 100 Mbps) y un 80% de personas con competencias digitales básicas, de las que el 50% serán mujeres⁹⁴.

Por supuesto consideramos un avance la existencia de los citados instrumentos político-normativos con esos objetivos declarados en materia de inclusión digital; lo que genera más incertidumbre es si hay opciones reales de concitar el consenso de voluntades político-presupuestarias imprescindible para ello, y lo que es más difícil aún, sostenerlo en el tiempo.

⁹² Plan de Acción INFO XXI (2001-2003): <https://avancedigital.gob.es/programas-avance-digital/DescargasPrimerasIniciativas/2001-Plan-InfoXXI.pdf> (07/05/2021)

⁹³ <https://avancedigital.gob.es/programas-avance-digital/agenda-digital/Paginas/agenda-digital-para-Espana.aspx> (07/05/2021).

⁹⁴ https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/230720-Espa%C3%B1aDigital_2025.pdf (07/05/2021).

4. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto hasta ahora, podemos concluir que la ciudadanía en la era digital precisa de una profunda revisión a diferentes niveles:

- Una reconfiguración de su dimensión subjetiva para conseguir una coexistencia pacífica entre el “yo analógico” y el “yo digital”. Por una parte, será necesaria una “educación para la ciudadanía digital” con el objetivo de que el propio ciudadano se haga consciente de esa dicotomía y sus implicaciones, y por otra, habilitar las herramientas normativas para dar respuestas a los intereses, a veces contrapuestos, de ambas proyecciones del titular de la ciudadanía, y que también permitan controlar la “construcción de su identidad”.
- En su plano objetivo, se impone el reconocimiento del acceso a internet como derecho subjetivo, tanto desde la igualdad formal (art. 14 CE) para evitar la discriminación en el acceso, como desde la material (art. 9.2 CE), atendiendo al imprescindible contenido prestacional que debe tener este derecho. Valorando las dos vías utilizadas en el Derecho comparado (constitucionalización o reconocimiento por vía legal), dada la complejidad del sistema de reforma constitucional español, consideramos más viable la opción de la legislación ordinaria. En concreto, a través de la modificación de la Ley 9/2014 de Telecomunicaciones o introduciéndolo como complemento instrumental básico en la legislación orgánica que desarrolla los derechos fundamentales más concernidos (en la línea de lo que tímidamente apunta el art. 85 LOPD 2018).
- En cuanto a las nuevas herramientas formales y técnicas que afectan al ejercicio de la ciudadanía (como los analizados Big data, perfiles y algoritmos), concluimos que su nivel de afectación a los derechos fundamentales no permite dejarlas en manos de la autorregulación de los agentes privados que operan en el sector de las nuevas tecnologías. En este sentido, la propuesta de aplicarles los principios y procedimientos básicos de la producción normativa “analógica” nos parece pertinente. También entendemos que deben ser acotadas las amplísimas excepciones que vacían de contenido práctico a la prohibición del art. 22 Reglamento (UE) 2016/679 de ser sometido a decisiones que afecten a los derechos del ciudadano basadas exclusivamente en el tratamiento automatizado.

- Vinculado con lo anterior, la regla general del consentimiento informado fijada por el Reglamento (UE) 2016/679 y la LOPD 2018 ha mostrado su ineficacia para la protección material de derechos fundamentales como la intimidad, honor, propia imagen o la protección de datos en el contexto digital. El Estado debe tomar una actitud regulatoria proactiva de las condiciones contractuales que rigen las relaciones entre la ciudadanía y las grandes compañías que manejan de forma masiva datos personales. El camino recorrido en la protección de los consumidores frente a las condiciones generales de la contratación, contratos de adhesión o cláusulas abusivas puede ser de gran utilidad en esta materia.
- En lo concerniente a las libertades de expresión e información, nos parece alarmante la inacción estatal y la cesión de la toma de decisiones que afectan a estos derechos fundamentales a las empresas privadas dominantes en el mundo digital. En especial reclamamos la intervención pública a nivel estatal y de la UE para garantizar la neutralidad de la red. Por otra parte, si cualquier limitación de estas libertades llevadas a cabo por los poderes públicos, incluso cuando se fundamentan en la protección de otros derechos fundamentales, deben ser desarrolladas de una forma extraordinariamente restrictiva para evitar los riesgos de censura, consideramos que la imposición directa o indirecta de estas limitaciones por agentes privados es simplemente inaceptable. Sin embargo, funciones similares están siendo ejercidas por proveedores de servicios en la red.
- Somos conscientes del grave riesgo que suponen para el correcto funcionamiento de las instituciones democráticas la desinformación y las “noticias falsas” que se propagan a través de internet. En la lucha por neutralizar sus efectos entendemos que hay que poner el acento en la citada “educación para la ciudadanía digital” y el “fact checking”, siendo inicialmente refractarios a medidas limitativas de las libertades de expresión e información en la red.
- Por último, es imprescindible un abordaje holístico de la “brecha digital”. No se puede desconocer su conexión directa con la exclusión social que hunde sus raíces en el periodo analógico, que cuestiona la dimensión material de la ciudadanía desde sus orígenes. Por lo tanto, junto al reconocimiento del acceso a las herramientas tecnológicas imprescindibles para el ejercicio de la ciudadanía en la era digital como derecho subjetivo, es necesario paliar las carencias de

competencias para su adecuada utilización que tienen las capas sociales más vulnerables. Y mientras lo anterior se alcanza, hay que mantener los cauces analógicos de los derechos de los ciudadanos y de relaciones con las administraciones; una apresurada digitalización masiva de estos aspectos como la que estamos viviendo durante la pandemia del coronavirus está acentuando la exclusión de los sectores de la población más empobrecidos.

CARLOS ARCE JIMÉNEZ
Área de Derecho Constitucional
Departamento de Derecho Público y Económico
Universidad de Córdoba
Facultad de Derecho y CCEE.
Plaza de Puerta Nueva s/n,
14002 Córdoba.
E-mail: carce@uco.es

**¿NO TENGO (AÚN O YA) LA EDAD?
(IN)VISIBILIDAD, VULNERABILIDAD Y VIOLENCIA
DE LAS PERSONAS MENORES Y ANCIANAS**

*AM I NOT (YET OR ALREADY) OLD ENOUGH?
(IN)VISIBILITY, VULNERABILITY AND VIOLENCE
OF CHILDREN AND THE ELDERLY*

MARIA GIULIA BERNARDINI
Università di Ferrara

Fecha de recepción: 9-11-20

Fecha de aceptación: 17-3-21

Resumen: *Dentro de la reflexión jurídica, el tema de la violencia tiene una relevancia crucial. En particular, la literatura crítica ha sacado a la luz el carácter estructural adoptado por ese fenómeno con respecto a determinados sujetos y grupos, indicados como "vulnerables", poniendo de relieve como la cuestión se relaciona, incluso antes que con el plano jurídico, con aquel sociocultural, puesto que es en ese plano donde la violencia recibe una primera legitimación. Asumiendo este cuadro teórico-conceptual como base, la Autora reflexiona sobre el nexo que une (in)visibilidad, vulnerabilidad y violencia con respecto a las personas menores y ancianas; es decir, en relación con el factor "edad".*

Abstract: *In the legal reflection, the issue of violence has a crucial relevance. In particular, critical literature has focused on the structural character of this phenomenon with respect to certain subjects and groups, indicated as "vulnerable", stressing how, in addition to the legal field, the issue concerns also to the socio-cultural one. Indeed, violence receives in the socio-cultural dimension its first legitimation. Assuming this theoretical-conceptual framework as a basis, the Author reflects on the nexus among (in)visibility, vulnerability and violence with respect to minors and the elderly; that is, in relation to "age".*

Palabras clave: edad, edadismo, invisibilidad, vulnerabilidad, violencia
Keywords: age, ageism, invisibility, vulnerability, violence

1. DERECHO, VIOLENCIA, INVISIBILIDAD: UNA PERSPECTIVA CRÍTICA

La relación entre violencia y derecho es notoriamente ambivalente, tal vez contradictoria. Por un lado, una de las funciones principales del derecho es la de evitar que se lleven a cabo actos violentos por parte de los asociados –entendidos, en primer lugar, aunque no de forma exclusiva, como un uso arbitrario de la fuerza. Por otro lado, su carácter autoritario ha llevado a algunos a considerar que la violencia pueda estimarse como parte del derecho mismo o, por lo menos, de algunas de sus manifestaciones como, por ejemplo, las técnicas (represivas) de resolución de los problemas sociales¹. Así, algunos sectores del derecho (sobre todo el penal) serían violentos al producir consecuencias violentas en algunos sujetos y cuerpos² y por el hecho de que, normalmente, se desinteresan de los efectos producidos. Desde un punto de vista *critico*³ se hace necesario contrarrestar tales efectos.

De un modo más general, el tema de la violencia asume una relevancia crucial dentro del debate jurídico ya que éste “sigue estando impregnado de confusiones teóricas y prácticas, que nacen del solapamiento irresuelto entre los temas de la fuerza y de la violencia en su colocación en la esfera pública

¹ * Este trabajo es la versión en español, revisada y actualizada, del ensayo M.G. BERNARDINI “(In)visibili? La vulnerabilità alla violenza di chi non ha l’età”, *GenUS – Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*, vol VII, núm. 2, 2020, pp. 23-34. Agradezco a Anna De Giuli por la traducción.

Para un primer acercamiento a algunas de las cuestiones relevantes sobre esta temática, empezando por la profundización del pensamiento de Walter Benjamin, véase C. MENKE, “Law and Violence”, *Law & Literature*, núm. 22, vol. 1, 2010, pp. 1-17; en una óptica filosófico-política, véase también V. FABBRIZI, “On law, power and violence: from Christoph Menke to Hannah Arendt. A critical analysis”, *Philosophy kitchen*, núm. 4, 2017, pp. 33-42 y A. CATANIA, G. PRETEROSSO (eds.), *Forme della violenza, violenza della forma*, ESI, Napoli, 2007.

² O. GIOLO, “Oltre la critica. Appunti per una contemporanea teoria femminista del diritto”, *Diritto & questioni pubbliche*, núm. 15, vol. 2, 2015, pp. 63-82, p. 76.

³ Este trabajo adopta una aproximación crítica al derecho y, más específicamente, asume la óptica de las llamadas teorías críticas del derecho. Para una mayor profundización, se remite al clásico G. MINDA, *Postmodern legal movements. Law and jurisprudence at century’s end*, New York University, New York, 1995. Véase también los más recientes B. BIX, *Jurisprudence: theory and context*, Sweet & Maxwell, London, 1996 y E. CHRISTODOULIDIS, R. DUKES, M. GOLDONI (eds.), *Research handbook on critical legal theory*, Edward Elgar Publishing, Glasgow, 2019. También puede verse al respecto M.G. BERNARDINI, O. GIOLO (eds.), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini, Pisa, 2017 y EAD. (eds.), “Le teorie critiche del diritto. Saperi, politica, società”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XLIX, núm. 2, 2019, pp. 315-470.

y privada”⁴. Se trata, como es sabido, de ámbitos en los que solo una lectura *anacrónica* (o, podría aventurarse, *ideológica*)⁵ permite leerlos en términos dicotómicos o de separación neta. En verdad, ya desde hace tiempo, más allá de haber identificado la naturaleza *política* de los límites entre lo público y lo privado⁶, la reflexión (filosófico-)jurídica –además, no solo aquella atribuible al conjunto de las teorías críticas– ha puesto de relieve la *continuidad* de las dos esferas para llamar la atención sobre la necesidad de reconocer la relevancia que tienen las relaciones de poder tanto dentro de la esfera pública como de aquella privada.

Desde esta óptica, se destacan las asimetrías de poder que existen entre los sujetos (por lo general, por relacionarse con grupos sociales específicos) y la violencia puede interpretarse como una de las modalidades del mismo ejercicio del poder, cuyo fin es el mantenimiento de una relación jerárquica entre sujetos⁷. Por lo tanto, destacan dos cuestiones fundamentales, interconectadas entre sí, sobre las especificidades de los sujetos y de los cuerpos involucrados en las dinámicas de poder, que se reflejan incluso en la visibilidad de este fenómeno: se trata, en otras palabras, de entender quién ocupa la posición de dominancia y quién la de subordinación.

A este respecto, es posible identificar algunas constantes: representando al Otro⁸, mujeres, menores de edad, personas con discapacidad, ancianos, personas de una etnia diferente de la occidental, no sedentarios, no cristianos

⁴ Ivi, p. 73. Traducción propia.

⁵ Este, por ejemplo, es el planteamiento neoliberal; entre las aportaciones doctrinales más recientes a este respecto, véase O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, Jovene, Napoli, 2020.

⁶ Véase por lo menos J. TRONTO, *Moral boundaries: a political argument for an ethics of care*, Routledge, New York, 1993.

⁷ Con las palabras de Hannah Arendt: “fenomenológicamente se acerca a la fuerza individual, ya que los instrumentos de la violencia, como todos los demás instrumentos, se crean y utilizan con el único fin de multiplicar la fuerza natural hasta el punto de que, en el último estadio de desarrollo, puedan ocupar su lugar” (traducción propia de H. ARENDT, *On Violence*, Harcourt Bace J., London, 1970, p. 46).

⁸ La literatura sobre la temática de la alteridad y sobre lo que puede considerarse una “eterna guerra de uno contra el otro” –parafraseando a G.A. STELLA, *Stella, negri, froci, giudei & co.: l’eterna guerra contro l’altro*, Rizzoli, Milano, 2009–, practicada utilizando la violencia en cada una de sus manifestaciones, es tan extensa que no es posible tratarla en este lugar. Al menos desde Aristóteles, el tema de la alteridad es central en el pensamiento filosófico; sin pretensiones de exhaustividad, me remito a: E. LEVINÁS, *Totalità e infinito. Saggio sull’esteriorità* (1961), Jaca Book, Milano, 2016; P. RICOEUR, *Sé come un altro* (1990), Jaca Book, Milano, 1993; F. JULLIEN, *L’apparizione dell’altro. Lo scarto e l’incontro*, Feltrinelli, Milano, 2020. Sobre la relación entre la alteridad y la violencia, véase: L. SAMONÀ (ed.), “Filosofia e violenza: dialettica,

o con identidades de género no reconducibles al paradigma heteronormativo⁹, suelen ocupar más a menudo el segundo polo de la relación, sufriendo el ejercicio del poder por parte de quien se identifica en cada momento como sujeto “dominante”. Y este es un poder que, no pocas veces, se ejercita de forma violenta, hasta el punto de que puede considerarse “violencia” cualquier forma de abuso de poder y control que se exteriorice en un abuso físico, sexual, psicológico o económico.

Por tanto, no es casualidad que la literatura crítica sobre la temática de la violencia sea ya abundante y que, desde hace tiempo, se haya destacado el carácter *estructural* de ese fenómeno con respecto a determinados sujetos y grupos (usualmente denominados “vulnerables”)¹⁰, poniendo de relieve cómo la cuestión está relacionada con el plano socio-cultural, incluso antes que con el jurídico –o además del plano jurídico–, porque es en este lugar donde la violencia recibe su primera legitimación¹¹.

Con el fin de reconocer los casos de violencia –que claramente constituyen una precondition para la identificación de herramientas eficaces de contraste–, la cuestionada distinción entre público y privado adopta una re-

conflitto, alterità”, *Giornale di Filosofia*, núm. 32, vol. 2, 2010; G. STRUMMIELLO, “Violenza dell’umano/(Non-)violenza dell’inumano”, *Annali d’Italianistica*, núm. 35, 2017, pp. 37-50.

⁹ Quizás merece la pena explicitar que el concepto de heteronormatividad se refiere a la existencia de un paradigma como fundamento de las normas morales, sociales y jurídicas basado en la premisa de que hay una orientación sexual correcta, la heterosexual, que existe coincidencia entre sexo biológico y género y que existe una natural y necesaria complementariedad entre hombre y mujer. Para una profundización sobre el tema, véase, por ejemplo, la sección monográfica E. ABBATECOLA, L. STAGI (eds.), “L’eteronormatività tra costruzione e riproduzione”, *About Gender*, núm. 4, vol. 7, 2015.

¹⁰ En particular, cuando se ejercita sobre mujeres y personas menores de edad. Dentro de una bibliografía muy abundante, en el ámbito de la literatura italiana véase, entre otros, los recientes L. RE, E. RIGO, M. VIRGILIO (eds.), “Le violenze maschili contro le donne”, número monográfico de *Rivista Studi sulla questione criminale*, 2019, vol. 1-2; B. PEZZINI, A. LORENZETTI (eds.), *La violenza di genere dal Codice rosso al Codice Rocco. Un itinerario di riflessione plurale attraverso la complessità del fenomeno*, Giappichelli, Torino, 2020.

¹¹ Por ejemplo, las normas de género que transmiten un concepto estereotipado de masculinidad –cuando esta se asocia a la dominación masculina– favorecen la adopción de conductas violentas dentro del ámbito familiar, lo cual se traduce en la realización de actos violentos hacia la pareja y maltratos hacia personas menores de edad. A este respecto, véase, por ejemplo C. ODDONE, “‘Tutti gli uomini lo fanno’. Il ruolo della violenza nella costruzione sociale della maschilità: il punto di vista dei maltrattanti”, *About Gender*, núm. 6, vol. 11, 2017, pp. 74-97. El artículo se inserta dentro de una sección monográfica más amplia sobre la “construcción de lo masculino”: S. CICCONE, K. NARDINI (eds.), “Maschilità: tras/formazione, cambiamenti, resilienze e riconfigurazioni”, *About Gender*, núm. 6, vol. 11, 2017.

levancia especial. La presencia de un espacio cerrado, apartado de la vista de las instituciones –que, a pesar de las críticas mencionadas al principio, mantienen un rol de tutela de los derechos–, favorece la aparición y la perpetuación de las dinámicas violentas y, ocultándolas, hace que resulte más difícil intervenir¹². Por esa razón, la sinergia entre actores públicos y privados se convierte en un elemento fundamental para identificar los factores sistémicos de la violencia y contrarrestarlos.

Así pues, no es casualidad que ya desde hace un tiempo el estudio de las relaciones entre (in)visibilidad, vulnerabilidad y violencia haya adquirido una importancia creciente –aunque en su mayor parte siga siendo sectorial– dentro de la reflexión (filosófico-)jurídica.

La significación de una temática que plantea relevantes cuestiones socio-culturales además de jurídicas y la inadecuación tanto de los instrumentos normativos de prevención y contraste de los que disponemos en la actualidad, como de las mismas categorías conceptuales de las que aún hacemos uso para captar la vastedad y complejidad de estas interacciones, han llevado a que un número cada vez mayor de estudiosas y estudiosos pongan el foco en la urgencia de enfrentarse de manera sistemática a los desafíos presentados por ese objeto de investigación.

Desafortunadamente, esta temática se visibiliza según una lógica “emergencial”, por la atrocidad de algunos casos de crónica o por darse a conocer en el plano público su extensa difusión, con ocasión de algunas “jornadas” dedicadas específicamente a ello. Por tanto, la sobreexposición (sobre todo mediática) y la invisibilidad se entrelazan sin llegar a abarcar del todo el carácter *estructural* integrado por el fenómeno de la violencia.

Así, esta invisibilidad, la cual se genera y se favorece por la ausencia de datos al respecto¹³ y por el hecho de que estos actos de violencia se llevan a

¹² No obstante, no se excluye que la violencia pueda llevarse a cabo incluso en las “fronteras”: piénsese en aquellos fenómenos como el *trafficking* y los procesos migratorios, en particular los que llevan a cabo los menores extranjeros no acompañados. Como confirmación de la invisibilidad de estos sujetos, como es fácil de imaginar, los datos sobre las formas de violencia padecidas por los menores en el proceso migratorio son incompletos; un intento de investigación es el de A. JUD, E. PFEIFFER, M. JARCZOK, “Epidemiology of violence against children in migration: a systematic literature review”, *Child Abuse & Neglect*, núm. 108, 2020, pp. 1-13 (artículo 104634).

¹³ Se trata de datos que son difíciles de conseguir, justamente por la peculiaridad del tema y por la dificultad comprensible que tienen las víctimas a la hora de hacer “visible” su propia experiencia. Por lo menos en Italia, la mayoría de los datos disponibles son con respec-

cabo dentro de espacios cerrados, conlleva también la invisibilidad de los sujetos hacia quienes se ejecutan estos actos de violencia.

En este sentido, la invisibilidad se puede interpretar como una forma aguda de discriminación¹⁴, que se caracteriza por una exclusión de tipo estructural y se alimenta de los estereotipos socialmente difundidos. Entre ellos, recordemos el “estigma” de la vulnerabilidad, mencionado anteriormente, en su acepción “clásica”: eso es, como característica de un sujeto (el “sujeto vulnerable”) que no se corresponde con la imagen del Sujeto (“fuerte”, o sin ninguna otra connotación) por faltarle una o mas características que son propias de este último.

No es casualidad que, recientemente, el término “vulnerabilidad” haya sido objeto de una labor de resemantización para liberarlo de las connotaciones esencialistas, pasivizantes y estigmatizantes que a lo largo del tiempo lo han venido caracterizando¹⁵. Dichos rasgos parecen seguir estando difundi-

to a la violencia de género, pero no han faltado intentos de recopilación de datos en relación con otros sujetos. Por ejemplo, en junio 2020, el ISTAT (Instituto Nacional de Estadística italiano) ha seguido, en línea con los estudios previos, una investigación buscando profundizar en la temática de la violencia contra los menores y a los daños a niñas/os y adolescentes, aportando evidencias empíricas en tema de *stalking* con víctimas menores de edad y de delitos sexuales contra los menores de edad, con el fin de apoyar los trabajos de la Comisión parlamentaria para la infancia y la adolescencia (Istat, *Indagine conoscitiva sulle forme di violenza tra i minori e ai danni di bambini e adolescenti*, giugno 2020, https://www.istat.it/it/files/2020/06/Istat_Memoria-scritta_Violenza-tra-minori_1-giugno-2020.pdf). De la misma manera, el elevado número de muertos registrado dentro de las estructuras residenciales y semi-residenciales durante el *lockdown* ha puesto de manifiesto la necesidad de recabar un mayor número de datos con respecto a la condición de aquellos que están alojados, pidiendo hacer hincapié en aquellas cuestiones que, por lo general, han sido objeto de debate público solo de forma episódica, por haberse llevado a cabo dentro de esas estructuras actos de violencia como –entre otros– agresiones, inmovilizaciones o abandonos. Algunos datos se han recopilado gracias a la acción conjunta del Instituto Superior de Sanidad y del Garante Nacional de los derechos de las personas detenidas y privadas de la libertad personal, los cuales han confluido en el documento “Survey nazionale sul contagio COVID-19 nelle strutture residenziali e sociosanitarie”, 5 mayo 2020.

¹⁴ H. HONNETH, A. MARGALIT, *Recognition*, Proceedings of the Aristotelian Society, 2001, Supplementary Volume 75, pp. 111-123.

¹⁵ Dicho cambio ha empezado a raíz del “vulnerability turn”. A este respecto véase L. BURGORGUE-LARSEN, “La vulnérabilité saisie par la philosophie, le sociologie et le droit. De la nécessité d’un dialogue interdisciplinaire”, en EAD. (eds.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, pp. 237 ss. El debate sobre este tema ha ido animándose; sin tener la pretensión de exhaustividad, dentro de la extensa literatura internacional véase M. FINEMAN, A. GREAR (eds.), *Vulnerability. Reflections on a new ethical foundation for law and politics*, Ashgate, Aldershot, 2013 y C. MACKENZIE, W. ROGERS, S. DODDS (eds.),

dos en el debate jurídico al admitirse, e incluso requerirse, un enfoque paternalista y de protección (solo) hacia las personas vulnerables por parte de las instituciones que, de esa manera, se muestran *responsive*¹⁶. En particular, en los últimos años la reflexión crítica sobre la vulnerabilidad ha destacado los riesgos que lleva aparejado el uso de la presunción según la cual *algunos* sujetos (eso es, los que pertenecen a grupos históricamente discriminados, excluidos y/o oprimidos) son vulnerables y, por tanto, necesitan protección¹⁷. Entre esos riesgos, la falta o el reconocimiento parcial de la *agency* individual (y, por consiguiente, de los derechos de autodeterminación y autonomía) asume una importancia particular sobre todo cuando esta conlleva la falta de reconocimiento de la capacidad (jurídica y/o de obrar) del sujeto¹⁸.

Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy, Oxford University Press, New York, 2014. Dentro de la bibliografía italiana, véase además TH. CASADEI (ed.), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Giappichelli, Torino, 2012 y, entre los trabajos más recientes, veáse B. PASTORE, O. GIOLO (eds.), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018; A. FURIA, S. ZULLO (eds.), *La vulnerabilità come metodo*, Carocci, Roma, 2020; G. ZANETTI, *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Carocci, Roma, 2019 (traducido también en español como *Filosofía de la vulnerabilidad. Percepción, Discriminación, Derecho*, Editorial Dykinson, Madrid, 2020); R. FULCO, *Soggettività e potere. Ontologia della vulnerabilità in Simone Weil*, Quodlibet, Macerata, 2020; A. DE GIULI, "Sul concetto di 'vulnerabilità' secondo la Corte di Giustizia UE", *Diritto penale e Uomo (DPU)*, núm. 10, 2020, pp. 1 ss.

¹⁶ Es emblemático, al respecto, el conocido texto: R.E. GOODIN, *Protecting the vulnerable: a reanalysis of our social responsibilities*, University of Chicago Press, Chicago, 1985. El concepto de "responsiveness" ha sido desarrollado en particular por Martha Fineman; además del conocido M. FINEMAN, "The vulnerable subject and the responsive State", *Emory Law Journal*, núm. 60, 2010, pp. 151-275, entre los trabajos más recientes, véase EAD., "Vulnerability and social justice", *Valparaiso University Law Review*, núm. 53 vol. 2, 2019, pp. 341-370.

¹⁷ Se trata, por otra parte, de riesgos que normalmente empeoran por el hecho de que, en relación con aquellos que se identifican como "sujetos vulnerables", a menudo se recurre a palabras como "vulnerabilidad", "debilidad" y "fragilidad" como si fueran sinónimos cuando no lo son: de hecho, a la vulnerabilidad le pertenece una dimensión relacional (se es vulnerable en relación con algo o alguien) que, en cambio parece estar ausente cuando se hace referencia a la debilidad y a la fragilidad.

¹⁸ En mi opinión, la tematización de la relación entre vulnerabilidad (ontológica) y capacidad constituye la línea de estudio más interesante del debate sobre el tema y, quizás, una de las pocas que parecen idóneas para producir consecuencias apreciables jurídicamente a partir del replanteamiento de la subjetividad jurídica y, más precisamente, de la noción de capacidad. Entre la bibliografía más reciente sobre el tema de la subjetividad jurídica (con atención particular al sujeto de derecho privado y al perfil de constitucionalización de la persona), véase por ejemplo F. BILOTTA, F. RAIMONDI (eds.), *Il Soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, Jovene, Napoli, 2020.

En efecto, la asignación de un sujeto al grupo de los “sujetos vulnerables” puede llegar a producir una distinción entre el Sujeto (no vulnerable), hacia quien el ordenamiento liberal tiene la obligación de adoptar una actitud anti-paternalista, y aquellos sujetos vulnerables, que parecen requerir la adopción de una orientación paternalista en razón de su vulnerabilidad intrínseca y, en ese sentido, acaban siendo titulares de una subjetividad “débil”¹⁹. Además, la adopción de una concepción esencialista de vulnerabilidad lleva también a esconder la relación que hay entre vulnerabilidad y poder, “o, mejor dicho, entre vulnerabilidad y sometimiento, que hace que la vulnerabilidad esté intrínsecamente conectada con las relaciones de dominio y con la noción de violencia”²⁰.

En el debate más reciente, el intento de superar los inconvenientes que nacen del uso de la noción de vulnerabilidad ha llevado a centrar la atención teórica y jurisprudencial, por un lado, en la *condición* de vulnerabilidad en la que se encuentran ciertos sujetos y, por el otro, en los *procesos de creación* de la vulnerabilidad (la denominada vulnerabilidad patógena) –los cuales se centran en la “vulneración” de los derechos fundamentales–, así como en los *lugares* que favorecen la instauración de las antes mencionadas dinámicas de subordinación encubiertas bajo el velo de la invisibilidad. Por tanto, es en esta perspectiva en la que reflexionaré sobre el nexo entre (in)visibilidad, vulnerabilidad y violencia, en la acepción específica que adquiere con respecto a la edad. Normalmente, los menores y las personas mayores de edad se consideran (grupos de) “sujetos vulnerables”²¹ y, a pesar de las dificultades a la hora de hacer sobresalir datos al respecto, la crónica da cuenta de numerosos casos de violencia que se perpetran hacia ellos. Antes de llevar a

¹⁹ Sobre el punto, también en relación con la edad, véase M.C. BARRANCO AVILÉS, “Human rights and vulnerability. Examples of sexism and ageism”, *The Age of Human Rights Journal*, núm. 5, 2015, pp. 29-49, y asimismo M.C. BARRANCO AVILÉS, C. CHURRUCÁ MUGURUZA (eds.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2014.

²⁰ Traducción propia de S. ZULLO, “Lo spazio sociale della vulnerabilità tra pretese di giustizia e pretese di diritto. Alcune considerazioni critiche”, *Politica del diritto*, núm. 3, 2016, pp. 475-508, p. 479; F. PIZZOLATO, “Il governo politico del potere economico nella dimensione costituzionale”, en Id. (ed.), *Libertà e potere nei rapporti economici. Profili giuspubblicistici*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 47-76 en particular pp. 61 ss.

²¹ Aunque no será objeto de análisis en este trabajo, es oportuno subrayar como, sobre todo como consecuencia de las crisis económicas que influyen de modo significativo sobre la precarización laboral, también los jóvenes serán considerados cada vez con mayor frecuencia “sujetos vulnerables”.

cabo algunas consideraciones sobre tales aspectos, puede ser útil reflexionar brevemente sobre la inestabilidad de la categoría “edad” y sobre cuál es la edad del sujeto-parámetro dominante.

2. ¿NO TENGO (AÚN O YA) LA EDAD? EL SUJETO (SOCIALMENTE) DOMINANTE

Desde la época antigua, la vida de los seres humanos se ha dividido de forma convencional en etapas ligadas a la edad: si en *La Retórica* Aristóteles identificaba tres (juventud, madurez y vejez)²², hacia el final del año seiscientos, con la desaparición de las grandes epidemias, el decremento de la tasa de mortalidad infantil favoreció la dilucidación de una fase adicional, la infancia, que con el paso de los siglos ha ido adquiriendo una mayor autonomía con respecto a la juventud. En efecto, ni siquiera el proceso de multiplicación y especificación de los estadios que preceden a la madurez (es decir, la edad adulta) parece poder circunscribirse únicamente a tales fases, como puede notarse claramente si solo se toma en consideración la adolescencia, es decir, el período de transición entre la infancia y la edad adulta que precede a la juventud²³.

El mismo proceso se da con respecto al estadio de la edad cronológicamente sucesivo a la madurez. De hecho, el alargamiento progresivo de la vida media que se ha verificado en las últimas décadas, causa del aumento de la esperanza de vida y del conocido fenómeno del envejecimiento de la población mundial, ha llevado a identificar varios “tipos” de vejez, también integrables en un principio en una subdivisión por estadios²⁴. No es casualidad que, cada vez de forma más frecuente, se haya hablado de la vejez no como una categoría unitaria y unificadora, sino como una “tercera” y una “cuarta” edad o, como alternativa, se adscriba a los individuos a una categoría de “jóvenes ancianos”, de “ancianos” o de “grandes ancianos”²⁵.

²² ARISTÓTELES, *Rhetorica*, II, 12-14, 1388 b-1390 b.

²³ Más ampliamente, véase en R. BODEI, *Generazioni. Età della vita, età delle cose*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

²⁴ Otro criterio clasificatorio puede ser aquel relativo a la autonomía. Piénsese en la diferencia entre *healthy aging* y “no-autosuficiencia”.

²⁵ A este respecto, es oportuno hacer algunas aclaraciones. La primera es de carácter clasificatorio: según las definiciones adoptadas a nivel internacional, en el mundo occidental la senectud empieza cuando se cumplen sesenta y cinco años. No obstante, últimamente se debate sobre la posibilidad de elevar este umbral, adoptando una concepción “dinámica” del proceso

Esta tendencia definitoria y clasificatoria –casi obsesiva en su obra de multiplicación de los estadios (o de los estados) existenciales–, acaba por generar una confusión significativa con relación a la *age identity* del individuo, ya sea porque ésta no parece ser reducible al simple dato del Registro Civil (por ejemplo, referirse solamente a la edad de una persona no dice nada con respecto a su condición psicofísica), ya sea porque cambian continuamente las categorías de identidad, en las cuales cada uno puede decidir *reconocerse* y a las cuales con frecuencia se recurre para *reconocerlo*, influyendo en la visibilidad de su subjetividad. En las relaciones intersubjetivas, por otra parte, la edad constituye un criterio de juicio primario²⁶, que viene empleado para categorizar a las personas y por norma alcanza una base justificativa de consideraciones ligadas a la capacidad de un sujeto y a su adecuación de cara a desempeñar un rol social determinado. Sin embargo, esta operación no es en absoluto sencilla por numerosas razones.

En primer lugar, no pudiéndose oponer a un proceso de envejecimiento que, a pesar de los progresos obtenidos en la técnica, presenta aún un carácter universal, las personas cambian su pertenencia categorial en relación con la edad *de modo involuntario* con el paso del tiempo, lo que hace que se vuelva una tarea aún más ardua determinar a qué categoría pueda ser adscrita la condición existencial de cada uno. Además, el *umbral* de paso entre los diferentes estadios es una variable fuertemente dependiente de la cultura y del contexto,

de envejecimiento. Como ejemplo, véase la propuesta de la Sociedad Italiana de Gerontología y Geriátrica que, con ocasión del sexagésimo tercer Congreso Nacional, en noviembre de 2018, ha propuesto elevar el umbral a los 75 años. Una ulterior aclaración concierne al hecho de que el alargamiento de la expectativa de vida se ve afectada de modo significativo también por la variable geográfica: por ejemplo, si en 2017 la esperanza de vida en la Unión Europea era de 83,5 años para las mujeres y de 78,3 años para los hombres, en África era de 61 años para los hombres y 64 para las mujeres. Por lo tanto, cuando nos referimos al “envejecimiento rápido” de la población, por norma, nos referimos al contexto occidental. Por último, es necesaria una aclaración “lingüística”: aún siendo consciente de que vejez y ancianidad no son sinónimos y que, al contrario, aquellos que han reflexionado específicamente sobre tales condiciones existenciales han rechazado explícitamente cada referencia a la ancianidad considerando a esta última un producto de la ideología neoliberal (a tal propósito, véase Simone de Beauvoir y Norberto Bobbio), por simplificar en este lugar haré uso de ambos términos, sin adherirme con ello al planteamiento neoliberal que ve la exaltación del (solo) sujeto anciano *healthy* y consumidor. El análisis de tal crítica está fuera del objeto del presente trabajo. Sobre el punto, véase más ampliamente en S. DE BEAUVOIR, *La terza età* (1970), Einaudi, Torino, 2002, y N. BOBBIO, *De senectute e altri scritti autobiografici*, Einaudi, Torino, 1996.

²⁶ Véase A. MUCCHI FAINA, *Troppo giovani, troppo vecchi. Il pregiudizio sull'età*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 4.

por tanto, la valoración de la edad de un individuo –en particular, si se dirige a certificar la juventud o la vejez y, así, a establecer la *adecuación* de su edad– normalmente depende de las finalidades perseguidas (a partir de aquellas laborales). Por lo tanto, no es infrecuente que las reflexiones relativas a la edad a menudo pongan de relieve el “no aún” y el “ya no”, es decir, los “demasiado” que revelan la excedencia con respecto a la norma, la inadecuación de quién no tiene la *edad justa* y su falta de correspondencia con un parámetro de referencia que, ciertamente, se encuentra presente, aunque no de modo explícito y en el cual, en una óptica crítica, es posible identificar su propia antropología.

Entre sus connotaciones, para los fines que aquí nos interesan, es suficiente poner de relieve justo la edad: el sujeto-parámetro es el individuo adulto (varón), cuya personalidad está ya formada, la cual es, pues, más completa y socializada. Se trata de un sujeto racional, considerado en grado de conjugar energía y competencia, así como –factor decisivo con fines de reconocimiento de la plena subjetividad– de contribuir activamente al sistema productivo²⁷. Tal capacidad le permite, además, alcanzar más fácilmente una posición apical dentro de la sociedad, de manera que se favorezca la instauración de una relación asimétrica entre quien presenta las características mencionadas y quien, careciendo de una o más de ellas, no se le considera en grado de satisfacer los requisitos demandados por el parámetro de referencia, por ejemplo, porque se entiende que no posee aún una personalidad completamente formada, o porque no está (aún o ya) en grado de cooperar con el bienestar social a través del desarrollo de una actividad productiva.

A nivel sociocultural, los efectos de este sistema de poder son múltiples: entre ellos, adquiere una relevancia particular el impacto producido por la “carencia” a veces relevante sobre la subjetividad de quien se encuentra en la condición de subordinación, a la cual he hecho referencia previamente hablando de “subjetividad debilitada”, y que ha sido puesto de relieve eficazmente por la jurista estadounidense Catharine MacKinnon cuando, en relación al carácter sexuado del sujeto-parámetro, se hacía la célebre pregunta: “are women human?”²⁸.

²⁷ Esta, por ejemplo, es claramente la antropología asumida por John Rawls como base de su teoría de la justicia. Véase J. RAWLS, *Una teoría della giustizia* (1971), Feltrinelli, Milano, 2008.

²⁸ C. MACKINNON, *Are women human? And other international dialogues*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2006. Para una profundización del pensamiento de MacKinnon, me remito a S. VANTIN, “Law as a weapon. Substantive equality in the legal and philosophical thought of Catharine MacKinnon”, en R. DE ASÍS, F.J. ANSUÁTEGUI ROIG (eds.), *Materiales de Filosofía del Derecho*, núm. 1, 2019, pp. 1-17.

La duda (claramente retórica) relativa a la plena humanidad de las mujeres –y, extendiendo el pensamiento de McKinnon, de los varios sujetos no paradigmáticos– deriva del hecho de que la presencia del sujeto-parámetro lleva a reconocer los tratos distintivos de la “plena humanidad” únicamente en quien encarna sus características. Y es precisamente la presencia de tal sistema de poder lo que impide responder de modo completamente afirmativo a la pregunta referida por MacKinnon sobre la (plena) humanidad, articulada claramente en referencia a la edad.

La cuestión, en verdad, es compleja, a causa de la interacción de imágenes conflictivas ligadas tanto a la menor edad, como a la vejez; los dos trayectos, además, no viajan perfectamente en paralelo. En lo que se refiere a las personas menores²⁹, sin llegar a los extremos del fenómeno de los denominados “*feral children*”, basta pensar en como los estudios conducidos en el ámbito de las ciencias psicológicas y sociales han revelado que aún está difundida una imagen estereotipada de las niñas y de los niños, según la cual tales individuos carecerían de los atributos plenamente humanos que se adquieren con la socialización, es decir, el lenguaje, la sociabilidad y la inteligencia³⁰. Simétricamente, también los estereotipos relativos a la vejez socialmente más difundidos llevan aún a considerar que el deterioro creciente de las capacidades cognitivas y relacionales debidas a la senectud –capacidades consideradas fundamentales para el reconocimiento de la humanidad– incida *inevitabilmente* sobre la lucidez de la persona anciana³¹, volviéndola manipulable y provoque con ello un regreso a la edad infantil, favoreciendo así la pérdida de los caracteres de la plena humanidad (de ese modo, entonces, el “aún no” relativo a la persona menor se sustituye por el “ya no” que caracteriza a aquella anciana)³².

²⁹ Como en relación con la dialéctica ancianidad/vejez, por simplicidad expositiva, a continuación del trabajo haré (también) uso de la expresión “menores”. Conviene observar que este sustantivo contiene ya en sí un reclamo a un parámetro de referencia, revelando así la falta de correspondencia y la inferioridad: ¿menor respecto a quién?

³⁰ Véase S. LOUGHNAN, N. HASLAM, “Animals and androids: Implicit associations between social categories and nonhumans”, *Psychological Sciences*, núm. 18, 2008, pp. 116-121.

³¹ No se trata de contestar el hecho de que la senectud pueda comportar el declive de alguna capacidad, sino el fundamento de las presunciones que implican un carácter de necesidad.

³² Véase A. MUCCHI FAINA, *Troppo giovani, troppo vecchi. Il pregiudizio sull'età*, cit., p. 17. Aún en los años setenta del siglo XX, Simone de Beauvoir se preguntaba de hecho “¿los viejos son seres humanos?” y respondía que “a juzgar por el modo en el que son tratados en nuestra sociedad es lícito dudar. Para nuestra sociedad, no tienen las mismas exigencias y los

3. LAS PERSONAS MENORES Y ANCIANAS: LA RELACIÓN CONTROVERTIDA CON EL PARÁMETRO JURÍDICO

Ahora bien, esta falta (adecuada) de reconocimiento ha interesado también a la esfera jurídica, dentro de la cual, de modo no tan diferente de lo que sucede en el contexto social más amplio, el Sujeto paradigmático está notoriamente constituido por el hombre adulto.

Aunque la edad constituye uno de los elementos en relación con los cuales las fuentes normativas prevén con frecuencia una prohibición de discriminación³³, en este contexto, no obstante, la *visibilidad* de las condiciones existenciales de las personas menores y de aquellas ancianas parecen sensiblemente diferentes.

En primer lugar, en el primer caso, el derecho establece explícitamente una edad de paso entre los estatus (el establecimiento de la mayoría de edad)³⁴. Por el contrario, no se pronuncia sobre el segundo: una vez alcanzada la adultez, la edad adquiere relevancia, en efecto, como requisito para

mismos derechos que los otros miembros de la colectividad: se les niega incluso el mínimo necesario. Los ancianos son deliberadamente condenados a la miseria, a los tugurios, a las enfermedades, a la desesperación" (Traducción propia de S. DE BEAUVOIR, *La terza età*, cit.). Si las palabras de la filósofa francesa parecían ya de persistente actualidad antes de la pandemia, la "masacre de los ancianos" avenida en los últimos meses dentro de las residencias socio-asistenciales de todo el mundo no hace sino confirmar las condiciones de vida de tales individuos, que pasan necesariamente también por el reconocimiento de su plena subjetividad.

³³ Se trata de una prohibición que no siempre es explícita. Por ejemplo, en el art. 3 de la Constitución italiana no es posible identificar una prohibición específica de discriminación por motivos de edad, que se tomará entonces en consideración mediante la cláusula "cualquier otra condición". Por otra parte, dentro de la Carta constitucional, la edad se pone más veces de relieve en referencia a las personas menores que a aquellas ancianas (para un primer acercamiento, véase P. PASSAGLIA, "I minori nel diritto costituzionale", *Persona e danno*, 2010, https://www.personaedanno.it/dA/bef1e1aada/allegato/AA_019215_resource1_orig.pdf). Al contrario, en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea existe una prohibición específica de discriminación en función de la edad (art. 21), y se toman en consideración tanto la subjetividad de las personas menores (art. 24) como la de las personas ancianas (art. 25).

³⁴ Pero este "reconocimiento" no ha caracterizado siempre la esfera jurídica, donde el *favor minoris* es relativamente reciente, y se ha traducido en la presencia del derecho de los menores y de previsiones específicas que tienen como objeto la tutela de los menores. Por ejemplo, los Códigos liberales del s. XIX eran tendencialmente indiferentes con respecto a la exigencias materiales y psicológicas ligadas a la edad, probablemente por la necesidad de simplificación conectada con la teorización del sujeto único de derecho, ya desde hace un tiempo en fase de superación. Sobre el tema véase F. BILOTTA, F. RAIMONDI (eds.), *Il Soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, cit.

obtener determinados beneficios, aunque desde el punto de vista jurídico su progreso no comporta ningún cambio de estatus.

Además, también la evolución de los debates entorno a la representación de la subjetividad de las personas menores y ancianas, que repercuten sobre el reconocimiento explícito de su “derecho a tener derecho” (y por tanto sobre los tipos de derecho de los que son titulares reconocidos), no es la misma.

En lo que respecta a las personas menores, históricamente se ha asistido a un camino que ha llevado, al menos formalmente, a la superación de la idea de su no-subjetividad, que en realidad estaba difundida dentro de la esfera jurídica hasta hace un tiempo relativamente reciente. Lo demuestra, por ejemplo, el asunto de Mary Ellen Wilson que, a finales del siglo XIX, logró obtener la tutela de los abusos perpetrados por la familia de acogida únicamente porque un conocido activista de la época, Henry Bergh, contribuyó a dar a conocer su historia haciendo una apelación a la normativa vigente en aquel tiempo sobre la tutela de los derechos –no de los niños, aunque en aquellos años se comenzaron a adoptar las primeras legislaciones sobre el tema, sino– de los animales³⁵. Aún hoy, por otra parte, la difusión de prácticas como aquella sobre la explotación y el trabajo infantil, así como sobre fenómenos como –entre otros– la trata de las personas menores, matrimonios precoces (denominadas “niñas esposas”) o formas más o menos enmascaradas de “esclavitud”³⁶, proponen nuevamente el tema de la falta de reconoci-

³⁵ Entre las contribuciones que ligan la representación cultural de la infancia y de los derechos de los niños, en referencia a la bibliografía italiana y sin ningún propósito de exhaustividad se reenvía al menos a I. FANLO CORTES, *Bambini e diritti. Una relazione problematica*, Giappichelli, Torino, 2008; M. LALATTA COSTERBOSA, *Il bambino come nemico. L'eccezione humboldtiana*, DeriveApprodi, Roma, 2019; P. RONFANI, *I diritti del minore. Cultura giuridica e rappresentazioni sociali*, Guerini Scientifica, Milano, 1995, y EAD., “I diritti dei bambini: vecchie e nuove questioni”, *Sociologia del diritto*, 2, 2013, pp. 107-130; TH. CASADEI, L. RE (eds.), “Children’s Rights: tra violazioni e forme di tutela”, *Jura Gentium*, 2015, <https://www.juragentium.org/forum/infanzia/it/intro.html>. Por último, para un *excursus* histórico e interdisciplinar que haga referencia específicamente a la violencia contra las y los menores, véase M. POLO, “Le violenze contro i minori: cause e conseguenze”, *Psychofenia*, 2017, pp. 35-36, pp. 185-208. Más ampliamente, véase también I. FANLO CORTES, “‘Viejos’ y ‘Nuevos’ derechos del niño. Un enfoque teórico”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 20, 2011, pp. 105-126.

³⁶ Aunque el foco sea más amplio respecto a aquel de la condición del/la menor, para una investigación interesante relativa a las formas de esclavitud antiguas y contemporáneas, interpretadas como procesos de humanización véase M. SIMONAZZI, TH. CASADEI (eds.), *Nuove e antiche forme di schiavitù*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018. Un foco específico sobre las personas menores víctimas de trata y explotación en Italia es el de Save the Children, en el informe de 2018 con el título *Piccoli schiavi invisibili*. Sobre los matrimonios forzados, dentro

miento de la plena subjetividad de tales individuos, en particular cuando se analiza según una perspectiva de género.

Bien considerado, no obstante, en estos casos el problema se refiere principalmente al perfil de la efectividad de los derechos fundamentales y humanos, y no a aquel sobre su titularidad, que parece hoy gozar de un consenso difundido, al menos tras la entrada en vigor de la *Convención ONU sobre los derechos de la Infancia y de la Adolescencia (CRC)*, última etapa internacional del proceso cultural que ha llevado al reconocimiento explícito de la titularidad de los derechos humanos para las y los menores y que ha favorecido la afirmación de una visión compleja de su subjetividad³⁷. De hecho, dentro de la CRC se busca conjugar el reconocimiento de la capacidad³⁸ de las personas menores (véase en particular, el derecho a ser oído en el art. 12³⁹) con la debida protección especial por razón de la vulnerabilidad específica y, asimismo, de liberar a tales sujetos de la asociación de forma exclusiva al *status filiationis*⁴⁰.

de una bibliografía en expansión, véase: E. DIÉZ PERALTA, *El matrimonio infantil y forzado en el Derecho Internacional*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2019 y A. BONFANTI, "Matrimoni forzati, infantili e precoci e tutela dei diritti umani in Europa: considerazioni di diritto internazionale privato", *GenIUS*, vol VII, núm. 2, 2020, online first <http://www.geniusreview.eu/2021/matrimoni-forzati-infantili-e-precoci-e-tutela-dei-diritti-umani-in-europa-considerazioni-di-diritto-internazionale-privato/>; N. IGAREDA, "Forced marriage in Europe: from a migration problem in a global world to the old phenomenon of gender violence/Les mariages forcés en Europe: d'un problème lié à la migration dans un monde globalisé à l'ancien phénomène de la violence de genre", *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, núm. 9, vol. 2, 2017, pp. 4-12.

³⁷ Por ejemplo, en el preámbulo de la *Convención de la Haya* del 20 de mayo de 1993 en materia de adopción internacional, la referencia es a las personas menores como personas y sujetos de derecho, capaces de tomar autónomamente sus propias decisiones.

³⁸ Piénsese en la valoración de la capacidad de discernimiento y la capacidad de negociación de las personas menores, como parte de un proceso más amplio dirigido a reconocer a tales sujetos un rol activo en el caso en el que se deba tomar una decisión que les afecta.

³⁹ Por regla general, el derecho a ser oído se entiende como una manifestación del derecho a la libertad de expresión y de aquel de *agency*. Se trata de una previsión que asume una importancia fundamental allá donde, por su trámite, a quien es menor, se le reconoce explícitamente como sujeto de derecho y actor social y, por tanto, titular del "derecho a los derechos".

⁴⁰ En relación con los perfiles arriba mencionados, véase en particular arts. 31-40 CRC; la violencia se define en el art.19 CRC. En referencia específicamente al ordenamiento italiano, se ha observado que solo con la entrada en vigor del d. lgs. 154/2013 ha habido lugar para la reconceptualización teórica de la subjetividad jurídica de las personas menores, mediante la desvinculación de su calificación exclusiva como miembro del *status filiationis* (S. VANTIN, "Ordine sociale, gerarchie familiari e soggetti di diritto nella società globale. I diritti dei minori e la sfida del pluralismo", *Jura Gentium*, 2015, <https://www.juragentium.org/forum/infanzia/it/vantin.html>). Más ampliamente, véase el análisis de L. FADIGA, "Da figlio a bambino: il fan-

Al contrario, el debate relativo al reconocimiento de la subjetividad de las personas ancianas aparece mayormente “polarizado”, tanto que incluso el diálogo relativo a la oportunidad de que las Naciones Unidas adopten una convención específica para la tutela de sus derechos parece haberse estancado⁴¹, principalmente a causa de la dificultad de identificar los “límites” del grupo en cuestión y de reconocer dentro del mismo alguna homogeneidad.

En particular, impide alcanzar el consenso necesario para la elaboración de una convención dedicada específicamente al reconocimiento de la incapacidad de los derechos humanos de considerar de un modo unitario (es decir, precisamente, como haciendo parte de un único grupo) a aquellos que están interesados en un proceso de “envejecimiento activo” y aquellos quienes, al contrario, se encuentran en una condición de no-autosuficiencia.

Mientras que en el primer caso la finalidad del derecho y de las instituciones es promover al máximo la autonomía de los individuos⁴², en el segundo se encuentran mayores resistencias culturales en relación con el reconocimiento de los derechos sobre un plano de igualdad, sobre todo en lo que concierne a los derechos de autonomía y –otra vez– la presunción relativa a la capacidad de los individuos.

Por otra parte, lo anterior es aún más cierto cuando la subjetividad de aquellos cuyos derechos se discute es aquella de las personas que son huéspedes de estructuras de *long term care*⁴³. A ese respecto, resulta oportuno señalar que, tam-

ciullo come persona titolare di diritti”, *Jura Gentium*, 2015, <https://www.juragentium.org/forum/infanzia/it/fadiga.html>.

Sin embargo, no estoy segura de que, en relación con el tema específico de la violencia, la desvinculación del *status filiationis* pueda darse por terminada: de hecho, bastante a menudo, la referencia se hace a las mujeres y a los/las menores, lo que sugiere –parece– considerar la relación entre madres e hijos (los unos y los otros, víctimas de violencia), más que las subjetividades distintas.

⁴¹ De modo diferente, desde el 2015 está en vigor la *Convención interamericana sobre los derechos de las personas ancianas*. Para una introducción véase F. SEATZU, “Sulla convenzione dell’organizzazione degli stati americani sui diritti delle persone anziane”, *Anuario Español de derecho internacional*, núm. 31, 2015, pp. 349-366.

⁴² Dicha valoración se considera funcional también de cara a la prevención de los abusos y los maltratos. Entre los documentos más relevantes, elaborados principalmente por la plataforma AGE, véase la *EU Charter of rights and responsibilities of older people in need of long-term care and assistance*, <https://age-platform.eu/publications/eu-charter-rights-and-responsibilities-older-people-need-long-term-care-and-assistance>.

⁴³ Sobre este punto, señalamos el hecho de que una obra importante de monitorización y de tutela de los derechos fundamentales en Italia viene realizada por el Garante nacional de los derechos de las personas detenidas y privadas de la libertad personal, con el fin de

bién a continuación de la aprobación de la *Convención Onu sobre los derechos de las personas con discapacidad (CRPD)*, está en curso un proceso cultural general de revalorización de la capacidad en un sentido universal, receptor también de una atenta jurisprudencia, que está llevando al reconocimiento de la subjetividad y de los derechos de autonomía de los individuos considerados por regla general más “vulnerables”⁴⁴ en una óptica convergente con aquella expresada por Stefano Rodotà a través del recurso de “autonomía supervisada”⁴⁵.

Además, se advierten novedades significativas también dentro de las narrativas, aun difundidas dentro de la esfera jurídica, que hacen referencia a las personas menores y ancianas considerándolas “sujetos vulnerables” y a las que el ordenamiento ha intentado proteger con razón de su condición particular⁴⁶. De hecho, también en este contexto se puede identificar una tendencia creciente al liberar el término “vulnerabilidad” de una concepción “pasivizante” de la subjetividad allá donde cada vez con más frecuencia, más que (o, a veces, además de) a la vulnerabilidad intrínseca, se hace referencia a la *condición* de vulnerabilidad especial o particular⁴⁷. En esta óptica, la aten-

evitar que tales estructuras puedan configurarse como modernas “instituciones totales” y que venga respetada su libertad de elección. Parece, pues, necesario reflexionar de un modo más profundo sobre la “condición libre” de tales sujetos, así como sobre los requisitos formales y sustanciales sobre los que estos forman su voluntad, y sobre el rol relativo llevado a cabo por el derecho. Sobre tales aspectos, véase por lo menos el reciente A. FACCHI, O. GIOLO, *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2020.

⁴⁴ De hecho, dentro de la CRPD el art. 12 reconoce la capacidad (jurídica y de obrar) universal y el art.19 el derecho a la vida autónoma e independiente. Puesto que le he dedicado un amplio espacio a la reflexión sobre este tema en otro lugar, sobre todo en referencia a la discapacidad, me permito remitir también a M.G. BERNARDINI, *La capacità vulnerabile*, Jovene, Napoli, 2021. Por lo que respecta al ordenamiento italiano, una pronunciación significativa a nivel jurisprudencial que va en el sentido de la revalorización de la subjetividad capaz (de la persona anciana) es la ordenanza n. 4709/2018 de la Corte di Cassazione; para un comentario véase M. DI MASI, “Ads, ‘gap’ cognitivi e senilità: la Cassazione presidia l’autodeterminazione degli autosufficienti”, *Rivista critica del diritto privato*, núm. 2, 2018, pp. 307-319.

⁴⁵ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, p. 22.

⁴⁶ Recurriendo justamente al paradigma de la vulnerabilidad, Jonathan Herring, desafiaba a la concepción dominante, en base a la cual las niñas y los niños no pueden tener los mismos derechos que los adultos por razón de su “vulnerabilidad especial”, poniendo en discusión la presunción de competencia relativa a los adultos. Véase J. HERRING, *Vulnerability, childhood and the law*, Springer, Dordrecht, 2018.

⁴⁷ Por ejemplo, en el caso de las personas menores, en la ley italiana 47/2017 se procede a la regulación en materia de medidas de protección de los individuos menores extranjeros no acompañados, motivando el cuidado específico en el art. 1, apartado 2 “a razón de su condición de

ción se pone sobre los procesos exógenos de creación de la vulnerabilidad (que se traducen también en la violación de los derechos fundamentales), así como sobre los lugares en los cuales se verifican tales acontecimientos⁴⁸. Puesto que eso se observa también analizando los debates y los documentos normativos en los cuales se trata sobre el tema específico de la violencia, esta última puede, entonces, ser considerada como una forma de vulnerabilidad patógena y, como tal, justificar algunas consideraciones sobre la articulación del nexo existente tras esta última, la (in)visibilidad de las personas menores y ancianas y su condición de vulnerabilidad.

4. VIOLENCIA Y VULNERABILIDAD EN RELACIÓN CON LA EDAD: MUCHOS “VACÍOS” Y POCOS “LLENOS”

La emergencia de la pandemia, sobre todo en los primeros meses de *lock-down*, ha llamado lamentablemente la atención pública sobre un tema en realidad ya conocido que, no obstante, se ha agravado en los meses que acaban de transcurrir: se trata del “vacío” relativo a la ausencia de una adecuada concienciación de la relación entre violencia, invisibilidad y una edad que, a causa de su “demasiado”, no puede ser considerada como paradigmática y, como tal, se liga a la vulnerabilidad⁴⁹. El fenómeno es claramente complejo

mayor vulnerabilidad”. En este caso, el riesgo de la categorización parece remoto, porque la vulnerabilidad se identifica considerando un factor relacional, es decir, la falta de acompañamiento. Nótese, además, que en el plano internacional el Comité de los derechos del niño ha abandonado la referencia a “grupos vulnerables de niños” en favor de la expresión “niños en situaciones vulnerables”, justamente para hacer énfasis en la situación relacional en la cual se encuentra el menor. Para un examen más articulado y la referencia a los documentos relevantes, véase F. IPPOLITO, “La vulnerabilità quale principio emergente nel diritto internazionale dei diritti umani?”, *Ars interpretandi*, núm. 2, 2019, pp. 63-93. Más ampliamente, y también en relación con los demás “grupos vulnerables”, véase F. IPPOLITO, S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*, Hart Publishing Oxford, 2015. Por último, también sobre los “grupos vulnerables”, véase F. MACIOCE, *La vulnerabilità di gruppo*, Giappichelli, Torino, 2021.

⁴⁸ Con un carácter más específico sobre la tutela procesal penal (así como sobre la inadecuación del sistema procesal italiano en relación con las personas menores), con respecto al ordenamiento italiano se centra en tal cambio de perspectiva F. TRAPELLA, “La tutela del vulnerabile. Regole europee, prassi devianti, possibili rimedi”, *Archivio Penale*, núm. 3, 2019, pp. 1 ss.

⁴⁹ Aunque no pone una atención específica en la violencia, profundiza en algunas cuestiones relevantes que están relacionadas con las condiciones de vulnerabilidad y pandemia V. LORUBBIO, “La considerazione delle persone vulnerabili tra forti proclami internazionali e deboli risposte interne, durante la prima fase di vigenza delle misure di contrasto al Covid-19”,

por las diferentes *formas* en las cuales puede exteriorizarse⁵⁰, la pluralidad de los *sujetos* que pueden realizar las (citadas) conductas relativas (activas u omisivas)⁵¹, así como debido a los diferentes *lugares* (físicos o virtuales) en dónde éstas se concretan.

Claramente, el “vacío” se refiere, en primer lugar, a la ausencia de datos: *se sabe*, en realidad de un modo impreciso y con estimaciones que seguramente pecan por defecto a causa de la dificultad de efectuar mediciones oficiales del fenómeno, que han aumentado los casos de violencia (física y *online*) y que la invisibilidad de tales acontecimientos se ha visto favorecida por el confinamiento generalizado. El “vacío”, asimismo, se refiere también a la tutela ofrecida por el ordenamiento: a la ya dificultad estructural de prevenir y contrastar el fenómeno objetivo (derivado principalmente de las razones culturales que plantean un problema de *conocimiento* y de *concienciación* incluso entre los propios sujetos que participan en las dinámicas violentas y tras los operadores) bien por la dificultad relativa a la aparición de lo “sumergido” y a la posibilidad de “incluir en la red” a los operadores⁵², bien por la infrafinanciación estructural del sector, se han añadido de hecho otras problemáticas. Entre ellas, la interrupción de los servicios de prevención y lucha contra la violencia que se ha registrado de un modo prácticamente generalizado durante la pandemia ha exacerbado ciertamente la condición de vulnerabilidad, tanto de las personas menores como de las personas ancianas⁵³.

DPCE online, núm. 2, 2020, pp. 2615-2641; con respecto a las personas mayores, véase: F.H. LLANO ALONSO, “Ancianidad y vulnerabilidad en tiempos de pandemia - I e II”, *Scienza e pace Magazine*, <http://magazine.cisp.unipi.it/ancianidad-y-vulnerabilidad-en-tiempos-de-pandemia-2/> (primera parte) y <http://magazine.cisp.unipi.it/ancianidad-y-vulnerabilidad-en-tiempos-de-pandemia-seconda-parte/> (segunda parte).

⁵⁰ Piénsese, entre otras, en la violencia psicológica, sexual, física, económica o el abandono. Si bien no me parece que estas formas de violencia afecten únicamente a las personas menores o a aquellas ancianas, otras parecen cometerse principalmente contra los/las menores, como la violencia doméstica presenciada por éstos.

⁵¹ Se trata, como se conoce, de familiares, *care givers* profesionales o no profesionales y, sobre todo en el caso de las personas menores, de “pares” (también en el caso de la violencia “entre pares” la variable “género” tiene una relevancia significativa, ya que las modalidades en las cuales se ejerce la violencia son diferentes; prevalece, en particular, aquella psicológica).

⁵² A modo de ejemplo, basta pensar que por razones de privacidad los sistemas informativos de la sanidad, de las fuerzas del orden y de los servicios sociales no están conectados, por lo que se hace aún más difícil identificar los casos de violencia.

⁵³ En lo referente a las personas menores, la atención a la violencia ha sido específica: véase el documento de UNICEF, *Protecting children from violence in the time of COVID-19*, agosto 2020. En relación con las personas ancianas, el tema de la violencia ha sido, en cambio,

Al respecto, cabe señalar como –al menos hasta la pandemia– la invisibilidad no parece haber afectado del mismo modo a las condiciones existenciales de las personas menores y de aquellas ancianas.

En relación a las primeras, aunque falta aún mucho por hacer, sobre todo en lo referente al aspecto de la prevención, se viene reconociendo la importante obra de asociacionismo del sector –y su impulso “desde abajo”, así como de las instituciones y de los organismos internacionales y nacionales⁵⁴– en relación a la recogida de los datos, a la difusión de la concienciación sobre la existencia del fenómeno y a la identificación de los instrumentos (también normativos) que permiten *prevenir* además de (o antes de) contrastar las múltiples formas de violencia⁵⁵. Es oportuno señalar como, en tales casos, se ha ido poniendo cada vez más una atención especial al género: de hecho, la intersección entre género y minoría de edad expone a un riesgo mayor de sufrir una violencia de naturaleza sexual⁵⁶ y amplifica asimismo,

puesto de relieve dentro de un contexto más amplio, encaminado a poner el foco sobre la titularidad que pertenece a estos sujetos de derechos humanos, así como a remarcar la presencia persistente de la discriminación estructural conocida como “edadismo”; véase, al menos el Policy Brief de las Naciones Unidas *The impact of Covid-19 on older people*, mayo 2020.

⁵⁴ *Ex multis*, véase al menos UN Committee on the Rights of the Child, General Comment n. 13, *The right of the child to freedom from all forms of violence*, 18 abril 2011; en el contexto italiano, Autoridad garante de la infancia y la adolescencia, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza: conquiste e prospettive a trent’anni dall’adozione*, Roma 2019 (sobre la violencia, véase en particular la contribución de A. LEANDRO, C. ZONILE, *La tutela da ogni forma di violenza*, pp. 258-272).

⁵⁵ Nótese como, como consecuencia de los escándalos mediáticos acontecidos recientemente, en el ordenamiento italiano se ha difundido aún más la concienciación relativa a la necesidad de intervenir sobre el sistema de la defensa de los derechos de las personas menores, con el fin de aumentar el grado de tutela. A este proceso se adscribe asimismo el debate relativo a la reforma del art. 403 c.c. en materia de intervención de la autoridad pública en favor de los menores, objeto de una (controvertida) propuesta de ley que data del año 2017 (atto Camera 4299), recientemente pretendida –como consecuencia del denominado “caso Bibbiano”– también de la Autoridad Nacional Garante de la infancia y la adolescencia. El “caso Bibbiano”, muy conocido en Italia, hace referencia a la supuesta presencia de una red ilícita en la gestión del acogimiento familiar de las personas menores, que en el momento actual aún no ha concluido con ninguna apreciación de responsabilidad.

⁵⁶ Al contrario, la pertenencia de género no parece incidir de modo significativo sobre la probabilidad de ser víctima de violencia “en general”: si los niños tienen un poco más de riesgo de sufrir castigos corporales, la disparidad de género penaliza, en cambio, fuertemente a las niñas en el caso de violencia sexual. Para una profundización de la situación italiana y global, véase al menos el dossier TERRE DES HOMMES (ed.), *La condizione delle bambine e delle ragazze nel mondo 2019*, asimismo E. BERNACCHI, A. FABRIS, M. ZELANO, *Studio multi-paese sui drivers della violenza all’infanzia. Rapporto Italia*, Firenze, Istituto degli Innocenti, 2016.

de un modo significativo, la magnitud de la opresión, de la exclusión y de la discriminación sufridas⁵⁷. A la luz de cuanto se ha observado, a pesar de que en la práctica el fenómeno de la violencia sobre y entre las personas menores constituye lamentablemente aún una práctica sumergida, no parece entonces que se pueda hablar de una completa invisibilidad del fenómeno.

Sin embargo no parece que lo mismo se pueda decir en relación con las personas ancianas, para las cuales la pandemia ha funcionado de un modo aún más significativo como catalizador de la atención pública, principalmente a causa del escándalo de las residencias sanitarias asistenciales que ha llevado a la “matanza silenciosa” de una generación entera⁵⁸. Aunque se trata de un fenómeno todo lo contrario a nuevo, la violencia contra estos individuos se ha convertido en objeto de un análisis riguroso solo en tiempos muy recientes, principalmente en el ámbito de los estudios relativos a la salud pública y aquellos con relevancia penal; se considera, en efecto, que los estudios sobre el tema llevan un retraso de por lo menos veinte años con respecto a aquellos que tienen como objeto la violencia sobre las mujeres y los menores⁵⁹.

Así, se comprende mejor como la invisibilidad tendencial del tema se acompaña de la concienciación relativa al hecho de que se trata de una cuestión que pone importantes desafíos en tema de tutela de los derechos humanos,

⁵⁷ Como es conocido, esto sucede allá donde los sujetos contra quienes se realizan actos violentos o discriminatorios son portadores de múltiples identidades discriminadas y oprimidas (la llamada “interseccionalidad”). La reflexión en torno a la interseccionalidad, a la que dio comienzo Kimberlé Crenshaw con referencia a las mujeres de color, se ha ido ampliando hasta tener en cuenta la interacción de diferentes factores de discriminación. De Crenshaw, me remito al conocido K. CRENSHAW, “Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color”, *Stanford Law Review*, vol. 43, núm. 6, 1991, pp. 1241-1299. Entre los trabajos más recientes, véase por lo menos B. BELLO, *Intersezionalità. Teorie e pratiche tra diritto e società*, Milano, Franco Angeli, 2020 y D. MORONDO, C. DE LA CRUZ, E. LA SPINA (eds.), *Desigualdades complejas e Interseccionalidad. Una revisión crítica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2020. Permítaseme reenviar también a M.G. BERNARDINI (ed.), *Migranti con disabilità e vulnerabilità. Rappresentazioni, politiche, diritti*, Jovene, Napoli, 2019.

⁵⁸ Sobre todo con referencia a la situación en Italia, se concentran sobre esta temática diferentes contribuciones presentes en: M.G. BERNARDINI, S. CARNOVALI (eds.), *Diritti umani in emergenza: dialoghi sulla disabilità ai tempi del Covid-19*, IF Press, Roma, 2021.

⁵⁹ Para una profundización sobre estos aspectos, véase J.E. STOREY, “Risk factors for elder abuse and neglect: A review of the literature”, *Aggression and violent behavior*, vol. 50, 2020, pp. 1-13, y M.C. MAZZOTTI, S. PELOTTI, “Invecchiare liberi da violenza: il problema dell’abuso sulla persona anziana in ambito sanitario”, *Notizie di Politeia*, vol. 36, 2019, pp. 90-97.

también debido al proceso de envejecimiento global⁶⁰. Piénsese, por ejemplo, que las estimaciones oficiales más recientes a las cuales hace referencia la literatura relativa al fenómeno son principalmente aquellas publicadas en el 2011 por la OMS, quien prácticamente ha proporcionado la única definición, poniendo el acento –más allá de las formas más conocidas de violencia– también sobre la negligencia, sobre el abandono y sobre las formas graves de pérdida de dignidad y de respeto a menudo experimentadas por personas ancianas⁶¹.

Estas violaciones se verifican, en particular, dentro del contexto familiar y de las estructuras residenciales y semi-residenciales (las estructuras de *long term care*), que no por casualidad han sido definidas recientemente como “manicomios ocultos”⁶², para llamar la atención sobre el hecho de que las prácticas que se realizaban dentro de las instituciones de los manicomios y que, sobre todo en el período “basagliano”⁶³ en Italia, suscitaron tanto escándalo por ser abiertamente lesivas de los derechos humanos –primera entre todas, la contención⁶⁴– continúan siendo practicadas a día de hoy. Como se puede intuir fácilmente, se trata de violaciones de derechos que se acentúan de modo significativo con una connotación de género, a causa de la interacción entre el edadismo y el sexismo, lo que provoca que la violencia que tiene lugar contra las mujeres ancianas sea aún más fácilmente invisible debido a la hostilidad cultural de considerarlas como “sujetos” y de un modo particular como “sujetos sexuados”⁶⁵.

⁶⁰ Véase WHO, *World report on ageing and health*, Geneva, 2015.

⁶¹ Sobre este punto, y para una profundización adicional, véase <https://apps.who.int/violence-info/elder-abuse/>

⁶² G. MERLO, C. TARANTINO (eds.), *La segregazione delle persone con disabilità: i manicomi nascosti in Italia*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2018. La referencia exclusiva a la discapacidad contenida en el título no debe engañar: al cumplir los 65 años de edad, las personas con discapacidad “desaparecen”, para “convertirse” en personas ancianas no autosuficientes.

⁶³ De Basaglia es considerado el fundador del concepto moderno de salud mental e iniciador de una aproximación psiquiátrica centrada en el reconocimiento de la dignidad de la persona con discapacidad mental y sobre su centralidad. Véase F. BASAGLIA, *L'istituzione negata*, Einaudi, Torino, 1968.

⁶⁴ Para una introducción al problema, véase S. ROSSI (ed.), *Il nodo della contenzione. Diritto, psichiatria e dignità della persona*, Alpha & beta Verlag, Merano, 2015; S. ROSSI, P. TINCANI (eds.), *I diritti forzati. Conversazioni sulla follia a quarant'anni dalla legge Basaglia*, Ornitorinco, Milano, 2018; V. MARZOCCO, “La disabilità mentale tra vulnerabilità soggettiva e controllo sociale. Il caso della sofferenza psichica”, *Rivista di filosofia del diritto*, vol. VII, núm. 2, 2018, pp. 321-334.

⁶⁵ En relación con las estructuras residenciales y semiresidenciales, se plantea también un elemento cuantitativo: las mujeres ancianas constituyen cerca del 75% de las personas alo-

Una vez más, entonces, emergen diversos “vacíos” que contribuyen a la invisibilidad de tales fenómenos: estos atañen a la concienciación sociocultural de su existencia, así como al plano de la tutela, que se externaliza principalmente en la incapacidad de actuar sobre el plano de la prevención⁶⁶. Y es igualmente fundamental con el fin de garantizar una tutela efectiva, que se inviertan recursos significativos en el plano de una formación que no se dirija únicamente a sensibilizar en relación a las varias formas de violencia que pueden perpetuarse (elemento por cierto fundamental desde la óptica de la prevención y de la lucha), sino también (e incluso antes) a *ver* a tales personas, *reconociéndolas* como titulares de los derechos fundamentales y humanos y, por tanto, también del derecho a ser libres de cualquier forma de violencia, tanto en el plano formal, como –y sobre todo– en aquel de la efectividad.

MARIA GIULIA BERNARDINI

Departamento de Derecho

Università di Ferrara

Corso Ercole I d'Este, 37

44121 Ferrara, Italia

e-mail: mariagiulia.bernardini@unife.it

adas. Las contribuciones científicas sobre el tema de la violencia contra las mujeres ancianas son ciertamente escasas, señalo dos volúmenes editados por H. BOWS, *Violence against older women*, Palgrave Macmillan, Cham (Sw), 2019.

⁶⁶ En esta óptica, por cuanto concierne al ordenamiento italiano es, por tanto, no solo oportuna, sino ciertamente indispensable la acción de monitorización puesta en marcha por la Autoridad garante de los derechos de las personas detenidas o privadas de la libertad personal en referencia a las estructuras socio-sanitarias. Puede asimismo acogerse de manera positiva el hecho de que actualmente se encuentre a examen del Parlamento Italiano una propuesta de ley que busca prevenir y luchar contra las conductas de maltrato y de abuso en perjuicio de las personas menores y ancianas dentro de las estructuras públicas y privadas (véase la propuesta de ley *Misure per prevenire e contrastare condotte di maltrattamento o di abuso, anche di natura psicologica, in danno dei minori nei servizi educativi per l'infanzia e nelle scuole dell'infanzia e delle persone ospitate nelle strutture socio-sanitarie e socio-assistenziali per anziani e persone con disabilità e delega al Governo in materia di formazione del personale*. La referencia tanto al sector público como al privado parece, más que nunca, oportuna, ya que sugiere una continuidad entre los dos ámbitos.

LAS MORATORIAS CIENTÍFICAS EN EL CONTEXTO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS

SCIENTIFIC MORATORIES IN THE CONTEXT OF THE UNIVERSAL DECLARATION ON BIOETHICS AND HUMAN RIGHTS

MANUEL JESÚS LÓPEZ BARONI
Universidad Pablo de Olavide - Sevilla

Fecha de recepción: 18-2-21

Fecha de aceptación: 1-9-21

Resumen: *En 1975, la Conferencia de Asilomar inauguró una forma de normatividad que ha sido en general minusvalorada por los juristas: la declaración de una moratoria científica de carácter voluntaria, temporal y universal. Desde entonces, se han sucedido este tipo de declaraciones, aunque con desigual resultado. Su principal característica es que los científicos realizan un descubrimiento o innovación tecnocientífica cuyo alcance inmediato no pueden calibrar, en un contexto de anomia jurídica y de desconocimiento total y absoluto por parte de la sociedad y los poderes públicos. Pues bien, nos planteamos en qué medida el Derecho podría o debería aceptar este tipo de declaraciones con objeto de que sean vinculantes, en concordancia con el contenido de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO.*

Abstract: *In 1975, the Asilomar Conference inaugurated a form of regulation that has been generally underestimated by jurists: the declaration of a voluntary, temporary and universal scientific moratorium. Since then, these types of statements have occurred, although with uneven results. The main characteristic of these statements is that scientists make a techno-scientific discovery or innovation whose immediate scope they cannot calibrate, in a context of legal anomie and total and absolute ignorance on the part of society and public powers. Well, we wonder to what extent the law could or should accept this type of statement in order to make it binding, in accordance with the content of the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights Of UNESCO.*

Palabras clave: moratoria científica, fuentes del derecho, principios generales del Derecho, cuarta revolución industrial, tecnologías disruptivas
Keywords: scientific moratorium, sources of law, general principles of Law, fourth industrial revolution, disruptive technologies

1. INTRODUCCIÓN

En la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO se recoge lo siguiente:

“Preámbulo. Teniendo en cuenta los rápidos adelantos de la ciencia y la tecnología, que afectan cada vez más a nuestra concepción de la vida y a la vida propiamente dicha, y que han traído consigo una fuerte demanda para que se dé una respuesta universal a los problemas éticos que plantean esos adelantos. (...) Artículo 16 – Protección de las generaciones futuras. Se deberían tener debidamente en cuenta las repercusiones de las ciencias de la vida en las generaciones futuras, en particular en su constitución genética. Artículo 17 – Protección del medio ambiente, la biosfera y la biodiversidad. Se habrán de tener debidamente en cuenta la interconexión entre los seres humanos y las demás formas de vida, la importancia de un acceso apropiado a los recursos biológicos y genéticos y su utilización, el respeto del saber tradicional y el papel de los seres humanos en la protección del medio ambiente, la biosfera y la biodiversidad”.

Pues bien, el reconocimiento de la celeridad con que avanza la tecnología, la preocupación por el medio ambiente y el temor subyacente por la forma en que podamos condicionar a las generaciones futuras, incluido su patrimonio genético, nos llevan a reflexionar sobre cuál debe ser la respuesta del Derecho ante eventos sorprendentes, inesperados y de potencial efecto global. En concreto, nos planteamos si, a la luz de los preceptos citados, deben ser vinculantes para los tribunales de justicia las moratorias científicas.

Para ello, analizaremos el siguiente supuesto de hecho: dado un determinado progreso tecnológico, la comunidad científica decide establecer una moratoria voluntaria, temporal y universal hasta que se calibren adecuadamente los riesgos inherentes a dicho avance. Si algún equipo de investigadores no respeta la moratoria, ¿se podría instar una acción judicial para que un tribunal bloqueara, e incluso sancionara, la ruptura de la moratoria?

Para poder responder a esta pregunta resulta necesario plantearse la naturaleza jurídica de una moratoria, esto es, en qué medida un acto consen-

suado por la comunidad científica, cuyo grado de coercibilidad no supera el acuerdo moral, puede convertirse en una fuente del derecho vinculante, tribunales mediante y en un contexto de anomia jurídica, para toda la sociedad, justificado por riesgos impredecibles, globales y/o irreversibles.

Un posible medio para lograr que las moratorias sean obligatorias desde un punto de vista estrictamente jurídico es considerar que su declaración constituye un principio general del derecho, y por ende, universal, imperativa y no opcional. Para defender esta opción debemos estudiar, siquiera sea someramente, cómo la expresión “principio general del derecho” se ha empleado en otras situaciones para cubrir lagunas a la hora de enfrentarnos a situaciones potencialmente perturbadoras.

Para alcanzar una conclusión como la expuesta debemos analizar también variables no estrictamente jurídicas, tales como: a) la justificación y/o utilidad de las moratorias científicas; b) la singularidad tecnocientífica de nuestra época contemporánea y la celeridad con que avanza; c) la dificultad para valorar adecuadamente los riesgos reales de determinadas investigaciones; d) el vacío normativo existente ante las propuestas más atrevidas de la tecnología actual; e) el contexto ideológico (v. gr., aversión a los organismos modificados genéticamente) y religioso (v. gr., rechazo de las investigaciones con células madre embrionarias) que frena injustificadamente los avances científicos; f) la potencial utilización espuria de las moratorias (v. gr., bloquear a la competencia; proteccionismo económico).

Con objeto de poder profundizar en estas cuestiones emplearemos el único material disponible, esto es, las moratorias, expresas o tácitas, efectivas o no, que se han propuesto en estas últimas décadas, en concreto, desde el inicio de la biotecnología moderna, allá por los años setenta del pasado siglo, hasta las del presente año.

La justificación última de este trabajo reside en la constatación de que vivimos un momento único en la historia de la tecnología, plagado de promesas, pero también de retos muy diferentes a los que hemos afrontado desde la primera revolución industrial. Sin duda, lograr que una propuesta científica, carente a priori de vocación jurídica, sea vinculante para los tribunales de justicia, plantea problemas técnicos formidables, como la jurisdicción competente, el cauce procesal o incluso los medios para hacer efectiva una hipotética resolución judicial. Aun así, estimo que la incertidumbre inherente a determinados experimentos exige medidas diferentes a las ya existentes, de forma que, sin detener el avance tecnocientífico, podamos ejercer un con-

trol en tiempo real a determinadas investigaciones en aras de la seguridad colectiva.

2. CARACTERÍSTICAS DE LAS MORATORIAS CIENTÍFICAS

Dado que no existe un manual de instrucciones para este tipo de declaraciones, la única forma de examinar las características de las moratorias científicas es recopilar las propuestas en los últimos años, con independencia de si tuvieron realmente éxito (v. gr., si se paralizaron efectivamente las investigaciones), o incluso si estaban justificadas desde una perspectiva exclusivamente técnica (v. gr., requerimientos a los investigadores para que no hagan cosas imposibles desde el punto de vista de las leyes de la naturaleza que conocemos). Para ello, distinguiremos varios ítems de análisis:

2.1. Justificación

Las moratorias científicas se proponen en situaciones donde se produce un avance tecnocientífico cuyo alcance no puede ser valorado en ese momento, en un contexto de riesgos posibles, aunque improbables, y sin antecedentes conocidos que puedan servir de referencia.

La primera moratoria científica expresa se adoptó en 1975, en Asilomar, en los inicios de la biotecnología moderna, a raíz de la inserción de ADN de un virus procedente de un mono en una bacteria que está presente en todos los seres humanos.¹ Aunque en realidad los experimentos se paralizaron antes de que se decretara, la moratoria duró tan solo seis meses; además, con el tiempo se demostró que el temor estaba injustificado. La última propuesta de moratoria formal se formuló en 2019, a raíz de la técnica de edición genómica CRISPR, que permite modificar la línea germinal humana, y ha sido un completo fracaso.

Entre una y otra, en menos de cincuenta años, se han efectuado varias propuestas, unas exitosas y otras irrelevantes, aunque no por ello arbitrarias. Lo que une estos requerimientos es que la comunidad científica desconoce qué va a suceder; la clase política vive ajena a los riesgos; la sociedad, aún más; y el ordenamiento jurídico carece de una respuesta pronta, proporcio-

¹ Véase L. ALONSO, reseña del libro de J. Archibald, *One Plus One Equals One. Symbiosis and the Evolution of Complex Life*, Oxford University Press, Oxford, 2014, en *Investigación y Ciencia*, noviembre de 2014.

nal y atinada, porque lógicamente nadie puede predecir los derroteros que tomarán determinadas líneas de investigación.

Por otra parte, se puede sostener que el hecho causal de una moratoria científica coincide con el supuesto fáctico de la aplicación del principio de precaución: el riesgo al cuadrado, esto es, el desconocimiento de lo que se desconoce.² Sin embargo, ambas figuras son diferentes, dado que mientras el principio de precaución tiene acogida en el ordenamiento jurídico, y de hecho, se aplica por los tribunales de justicia, las moratorias científicas son consideradas por la mayoría de los juristas como eventos ajenos al derecho.

2.2. Casuística

La casuística que puede generar una petición de moratoria es enorme debido a la amplia variabilidad de las disciplinas tecnocientíficas implicadas, de ahí la dificultad para establecer reglas generales. Aun así, podríamos distinguir varios supuestos posibles, lo que repercute a su vez en la plausibilidad de la aceptación de una moratoria.

2.2.1. Son casos donde se pretende “reescribir” la materia viva o la inerte.³ La acción, “reescritura”, nos remite a una intervención sustancial en la materia que nos rodea. De hecho, las unidades susceptibles de ser intervenidas son especialmente sensibles, como sucede con los genes, los átomos o las neuronas. Sin embargo, a los entes materiales hay que añadir los inmateriales (v. gr., la información, los bits), dado que constituyen la base de la Inteligencia Artificial. Por último, resulta especialmente problemática la regulación de las entidades a medio camino entre lo tangible y lo intangible,

² RAVETZ, en J. TABARA, D. POLO, L. LEMKOW, “Precaución, riesgo y sostenibilidad en los organismos modificados genéticamente”, *Política y Sociedad*, vol 40, núm. 3, 2003, pp. 81-10.

³ Como sostienen con acierto Deplazes y Huppenbauer: “La emergencia de tecnologías innovadoras como la inteligencia artificial, la nanotecnología y la biología sintética está borrando las fronteras de nuestra distinción entre la materia viva y la no viva”. A. DEPLAZES, M HUPPENBAUER, “Synthetic organism and living machines”, *Syst Synth Biol*, núm. 3, 2009, pp. 55-63. Por nuestra parte, podríamos añadir que también es cada vez más difusa la línea que separa la curación de la mejora, a los animales de las cosas, y a su vez, a aquellos de los seres humanos. Sobre la interacción entre las tecnologías disruptivas, véase el informe norteamericano, M. ROCO, W. SIMS BAIMBRIDGE, NATIONAL SCIENCE FOUNDATION, *Converging Technologies for Improving Human Performance*, 2003, y el europeo, A. NORDMANN, *Converging Technologies – Shaping the Future of European Societies*, 2004.

como sucede con los genes, debido a que son entes materiales (v. gr. están compuestos de bases químicas), no están vivos (aunque son los “ladrillos” de los entes vivos), pero su relevancia ontológica viene dada por el lenguaje que codifican, esto es, por la “información”, no por su constitución material (v. gr., las biopatentes representan la complejidad de tratar con estos entes biológicos).

2.2.2. Son situaciones donde pueden emerger entidades vivas o paraturales por una modificación sustancial de las ya existentes (v. gr., virus modificados en laboratorio para que sean transmisibles entre humanos); por una recuperación de especies ya extintas, o al menos de sus neuronas (v. gr., mamuts, neandertales); por una descontextualización de las entidades vivas ya existentes (v. gr., orgánulos cerebrales humanos desarrollados en placas de Petri); por una mejora de los seres vivos ya existentes (v. gr., neuronas humanas trasplantadas o desarrolladas en animales que actúan de otra forma gracias a dicha interacción); por la creación de formas de vida de naturaleza diferente a la terrestre (v. gr., dextrógiras); por la emergencia de entidades cuasivivas (v. gr. una IA Fuerte); por la variación, no en el producto final, sino en la forma de su consecución (v. gr., recreación de un genoma humano sintético que podría dar lugar a un ser humano idéntico a nosotros); etcétera.⁴

⁴ Sobre la modificación del virus de la gripe aviar para que fuese transmisible entre seres humanos, véase R. FOUCHIER et al., “Restricted Data on Influenza H5N1 Virus Transmission”, *Science*, vol 335, 10 February, 2012; sobre la creación de un genoma humano sintético, véase J. BOECKE et al., “The Genome Project-Write”, *Science*, 8 July, 2016; sobre la recuperación de especies extintas o la creación de formas de vida dextrógiras (la terrestre es levógira), véase G. CHURCH, *Regenesis, How Synthetic Biology Will Reinvent Nature and Ourselves*, Regis, 2011, y G. CHURCH, “Volved a la vida”, *Investigación y Ciencia*, Octubre de 2013; sobre una Inteligencia Artificial Fuerte, véase COMISIÓN EUROPEA. Grupo Europeo sobre ética de la ciencia y las nuevas tecnologías, *Statement on Artificial Intelligence, Robotics and ‘Autonomous’ Systems*, 2018, y, COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Inteligencia artificial para Europa*, Bruselas, 25 de abril de 2018, y, Estados Unidos, EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT NATIONAL SCIENCE AND TECHNOLOGY COUNCIL COMMITTEE ON TECHNOLOGY, *Preparing for the future of artificial intelligence*, 2016, y también, *Big Data: A Report on Algorithmic Systems, Opportunity, and Civil Rights*. 2016; sobre el desarrollo de organoides cerebrales humanos, véase B. KOO, B. CHOI, H. PARK, K. YOON, “Past, Present, and Future of Brain Organoid Technology”, *Mol. Cells*, vol. 42 núm. 9, 2019, pp. 617-627; sobre su imbricación con el cerebro de animales, véase A. POLLEN et al., “Establishing Cerebral Organoids as Models of Human-Specific Brain Evolution”, *Cell Stem*

En estos casos, el estatuto último de la entidad viva puede ser idéntico a las ya existentes (v. gr., creación de una célula totipotente humana de forma completamente artificial cuyo resultado es un ser humano. Su estatuto no sería el de un ente patentable –a pesar de alguna propuesta en este sentido⁵– sino de identidad con los miembros de nuestra especie); la identidad, mediante analogía, con las especies ya existentes (v. gr., embarazar a una humana con el ADN sintetizado de un neandertal.⁶ En este caso, difícilmente se justificaría que el resultado no fuese equiparable al de un *sapiens sapiens*); la mejora de su estatuto moral y jurídico (v. gr., un animal mejorado cognitivamente, aunque no nos alcance en inteligencia⁷); su degradación moral y jurídica (v. g., la creación artificial de mamíferos inexistentes en la naturaleza, que se equipararían a las cosas a efectos jurídicos, como pueden ser las patentes o sus productos);⁸ o la creación de un estatuto moral y jurídico ad

Cell, February 07, vol. 176, 2019, pp. 743–756, y B. CAKIR et al., “Engineering of human brain organoids with a functional vascular-like system”, *Nature Methods*, vol. 16, 2019, pp. 1169–1175; sobre el efecto de esta interacción con los animales y el debate sobre su estatuto posterior, véase I. CHEN et al., “Transplantation of Human Brain Organoids: Revisiting the Science and Ethics of Bran Chimeras”, *National Center for Biotechnology Information*, vol 25, núm. 4, October 03, 2019, pp. 462–472, y FAHARANY et al., “The ethics of experimenting with human brain tissue”, *Nature*, vol. 556, April 25, 2018, pp. 429–432; y, por último, sobre la utilización de organoides cerebrales de neandertal, véase J. COHEN, “Neanderthal brain organoids come to life”, *Science*, vol 360, núm. 6395, Jun 22, 2018, p. 1284; G. O’REGAN, “Stem cells with Neanderthal genes developed into mini-brains” *BIONEWS*, July 02, 2018; y A. CLEBER et al., “Reintroduction of the archaic variant of NOVA1 in cortical organoids alters neurodevelopment”, *Science*, vol 371, núm. 6530, February 12, 2021.

⁵ Véase la espinosa cuestión de a quién pertenece un genoma sintético en S. ADEE, “Analisis writing our genome”, *New Scientist*, June 11, 2016.

⁶ George Church planteó este objetivo, que en principio parece técnica, que no moralmente, plausible, pero ante las objeciones que se plantearon reculó y sostuvo que no se le había comprendido bien. Sin embargo, en su libro G. CHURCH, *Regenesis, How Synthetic Biology Will Reinvent Nature and Ourselves*, Regis 2011, lo volvió a exponer sin dejar lugar a dudas. Parece razonable pensar que si finalmente se lograra crear una célula humana totipotente (proyecto *Re-Write*), también sería viable hacerlo con ADN neandertal.

⁷ Farahany et al., se ha planteado si estos animales deberían ingresar posteriormente en una especie de “santuario”, al igual que sucede con los chimpancés después de ser objeto de investigación. N. FARAHANY et al., “The ethics of experimenting with human brain tissue”, *Nature*, vol. 556, April 25, 2018, pp. 429–432.

⁸ Un informe conjunto del Comité de Bioética portugués y español, dedicado a la biología sintética, analiza precisamente el estatuto ontológico y jurídico de este tipo de hipotéticos mamíferos: “No obstante, de acuerdo con la legislación europea actual, sería aceptable la patente de supuestos mamíferos ‘recreados’ de forma sustancial. Sin embargo, probablemente entraría bajo la cláusula del límite del orden público y de la moralidad una hipotética

hoc para el que se carece de antecedentes (v. gr., el propio de las Inteligencias Artificiales. El reconocimiento de su personalidad jurídica puede ser un primer paso).⁹

2.2.3. Casos donde se interviene únicamente en materia inerte

La casuística aquí también es inabordable, pero podríamos destacar la intervención a nivel atómico y molecular, o en fuentes de energía. En estas investigaciones, los riesgos parecen menos probables que los referidos anteriormente con la materia viva (v. gr., menos viables técnicamente), pero en cualquier caso no inexistentes; además, si se concretaran, los efectos serían aún más drásticos, ya que repercutirían no solo en los seres vivos sino en todo cuanto nos rodea.

Así, el primer ensayo de bomba nuclear (proyecto Manhattan) fue acompañado de una petición de *cuasimoratoria* (“se deben hacer más estudios”, Pamlin&Armstrong¹⁰) debido a la creencia de que la prueba podía provocar la ignición de toda la atmósfera. Aunque se sabe hoy que este evento es físicamente imposible,¹¹ lo que no evita que continúen las suspicacias, a la luz de lo que estamos analizando podría interpretarse a posteriori como una petición de moratoria fallida debido a una creencia (errónea) acerca de un riesgo (inexistente).

Cuando se inauguró el CERN en Suiza se interpuso una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para que se paralizase el inicio de la actividad debido a la posibilidad de que se crease un agujero negro. La demanda fue desestimada, pero también podría interpretarse como una petición de moratoria ante un órgano judicial por la creencia, (también) errónea, de la existencia de un riesgo (también) inexistente.¹²

y remota creación de seres humanos, en particular su fase inicial embrionaria.” COMITÉ DE BIOÉTICA Y ESPAÑA Y DEL CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA DE PORTUGAL, *La biología sintética*. Lisboa-Barcelona. 24 de octubre de 2011.

⁹ Véase J. GONZÁLEZ, *De la persona a la personalidad algorítmica. A propósito de la personalidad jurídica de la Inteligencia Artificial*, Ediciones UB, 2000.

¹⁰ D. PAMLIN, S. ARMSTRONG, *Global Challenges. 12 Risks that threaten human civilisation. The case for a new risk category*, Global Challenges Foundation. Future of Humanity Institute, 2015.

¹¹ D. CHUNG, “The Impossibility of Lighting Atmospheric Fire”, Stanford University, 2015.

¹² R. JAFFE, W. BUSZA, J. SANDWEISS, F. WILCZEK, “Review of Speculative ‘Disaster Scenarios’ at RHIC”, *Rev. Mod. Phys.*, vol 72, núm. 4, 2000, pp. 1125-1140.

A pesar de que ninguna moratoria científica planteada sobre este tipo de temáticas ha encontrado acogida, algunos científicos insisten en su necesidad. En concreto, proponen moratorias para aquellas investigaciones donde se creen, desarrollen o modifiquen estados de la materia inexistentes en la Naturaleza o, al menos, en la Tierra (v. gr., conseguir el cero absoluto en nuestro planeta –debido a la radiación del fondo cósmico de microondas, residuo del Big Bang, la temperatura en el espacio es de casi tres grados por encima del cero absoluto–), se logren niveles de energía incompatibles con el Universo, o al menos, con el nuestro (v. gr., densidad crítica); o se creen/descubran partículas teóricas pero no imposibles que pondrían en riesgo todo cuanto conocemos (v. gr., *strangelet*).¹³

A la hora de comparar estas propuestas de moratoria con las anteriores podemos advertir que: a) son menos reconocibles como eventos posibles; b) nuestra sobreexposición a películas y literatura sobre ciencia ficción nos ha insensibilizado ante determinados riesgos, hasta el punto de trivializarlos; c) cuesta más representarnos cómo son estas partículas, fuentes de energía o estados de la materia. Mientras que todo el mundo puede imaginar un virus peligroso, prácticamente nadie sabe qué es el cero absoluto en el contexto de la medición de la temperatura; d) si fue materialmente imposible convencer al Tribunal de Justicia de la Unión Europea de que las mutaciones causadas con CRISPR son indistinguibles de las naturales,¹⁴ cabe imaginar cómo recibirían los tribunales de justicia una demanda cuyo objeto fuese la densidad de energía, partículas teóricas o estados de la materia exóticos. Sin embargo, no por ello los riesgos son inexistentes, ni una petición de moratoria puede estar menos justificada.

2.3. Procedimiento

Dada la ausencia de un boletín oficial o de un organismo público que lidere una respuesta, las moratorias se convocan a través de tres procedimientos, que a su vez pueden darse de arriba/abajo, o a la inversa.

¹³ Véase M. REES, *Nuestra hora final. ¿Será el siglo XXI el último de la humanidad?*, trad. de J. RIERA REY, Crítica, Barcelona. 2004; M. REES, *En el futuro. Perspectivas para la humanidad*, trad. de J. ROS, Editorial Planeta SA. Crítica, 2019; A. KENT, "Problems with empirical bounds for strangelet production at RHIC", *PACS*, núm. 23, 2000.

¹⁴ Lo comentaremos con más detalle después. Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 25 de julio de 2018, asunto 528/2016.

El primer procedimiento es el más formal y, por ende, vinculante. Se realiza a través de una convocatoria en revistas científicas de prestigio, como *Nature* o *Science*. En estos casos, quienes firman la petición justifican exhaustivamente su propuesta, a veces de forma un tanto mediática (v. gr., la ingeniería genética podría introducir variantes exóticas en los seres humanos, como “distinguir la luz infrarroja” o desarrollar la capacidad para “degradar ciertas toxinas”),¹⁵ y establecen también un plazo de vigencia, sin perjuicio de que este pueda después ser prorrogado (v. gr., la moratoria sobre la modificación del virus de la gripe aviar se prorrogó un año).¹⁶ Obviamente, el formalismo en la petición no conlleva necesariamente su acogimiento (v. gr., la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa propuso una moratoria para los xenotrasplantes por los riesgos de transmisión de virus a humanos, pero fue sorteado por el Consejo).¹⁷

El segundo procedimiento no es tan formal, pero va más allá de una simple advertencia o admonición. Se convoca a través de documentos, informes o dictámenes, públicos o privados. A diferencia de la anterior, carecen de un plazo definido y suelen ser propuestas un tanto más vagas, pero a efectos prácticos buscan lo mismo: detener determinadas investigaciones. Por ejemplo, no rebasar el marco de la “agencia o identidad”, tanto en las neurotecnologías como en la Inteligencia Artificial, esto es, no realizar investigaciones, experimentos o proyectos donde el ser humano pueda disociar su personalidad o ser objeto de procesos intrusivos en sus mentes (UNESCO;¹⁸ Yuste et

¹⁵ E. LANDER et al., “Adopt a moratorium on heritable genome editing”, *Nature*, vol. 567, 2019, pp. 165-168.

¹⁶ La propuesta inicial fue de sesenta días; después, se prorrogó de forma indefinida, pero finalmente solo duró un año. El objetivo de la moratoria fue doble, paralizar las investigaciones e impedir la publicación de los resultados que mostraban cómo el virus de la gripe aviar, con las modificaciones genéticas adecuadas, podía ser transmisible entre seres humanos. Sin embargo, los resultados se publicaron en *Nature* y en *Science* estando vigente aún la suspensión de las investigaciones. Véase R. FOUCHIER, A. GARCÍA SASTRE et al., “Transmission Studies Resume for Avian Flu”, *Science*, vol. 339 núm. 6119, 1 February. 2013, pp. 520-521.

¹⁷ Recomendación 1399/1999, sobre Xenotrasplantes. Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. 29 de enero de 1999. Solo se lograron unas recomendaciones (véase COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. Recommendation. Rec 2003/10 of the Committees of Ministers to member states on xenotransplantation. Adopted by the Committee of Ministers on 19 June 2003, at the 844 meeting of the Ministers’ Deputies).

¹⁸ UNESCO. Grupo de expertos ad hoc (AHEG) para la preparación de un proyecto de recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial, *Primer borrador de Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial*, 2020.

al.);¹⁹ en el caso de la Inteligencia Artificial, tener bajo control los procesos de automejora o autorreplicación y no subestimar su límite superior (Principios de Asilomar para la IA);²⁰ prohibir la creación de una IA Fuerte (Federación de Científicos Alemanes);²¹ cuestiones genéricas sobre IA;²² limitar las aplicaciones de CRISPR en la línea germinal humana;²³ no activar *genes drivers*, en especial, en insectos o en mamíferos, debido a su posible propagación exponencial en el medio ambiente.²⁴

En tercer y último lugar, algunas propuestas de moratoria se efectúan a nivel particular con la esperanza de que alguien recoja el guante y la convierta en una moratoria universal (v. gr., clonación terapéutica). En estos casos, son científicos de renombre o especialistas conocedores de una determinada temática que carecen del poder de convocatoria suficiente y se limitan a proponer en qué terreno deben detenerse temporalmente las investigaciones.²⁵

¹⁹ “A largo plazo, los sistemas de IA podrían desafiar el sentido especial de experiencia y agencia del ser humano” (UNESCO, en *Id.*, *Primer borrador*, cit.). Yuste et al., lo consideran un “neuroderecho” básico debido a que “caminamos hacia un mundo en el que será posible decodificar los procesos mentales de las personas y manipular directamente los mecanismos cerebrales subyacentes a sus intenciones, emociones y decisiones”. R. YUSTE et al., “Four ethical priorities for neurotechnologies and AI”, *Nature*, vol 551, 2017.

²⁰ VV.AA., *Asilomar AI principles*, Asilomar Conference, Future of Life Institute, 2017.

²¹ FEDERACIÓN DE CIENTÍFICOS ALEMANES (VDW), Grupo de estudio sobre la Evaluación Tecnológica de la Digitalización, *Informe sobre los Principios Asilomar en Inteligencia Artificial*, 2018.

²² Un buen ejemplo de este tipo de moratorias sería el documento elaborado colectivamente por autores pertenecientes a instituciones u organismos dedicados al estudio del riesgo existencial: VV.AA., *The Malicious Use of Artificial Intelligence: Forecasting, Prevention, and Mitigation*, February, 2018. En dicho informe se recopilan una serie de investigaciones, propuestas u objetivos que no deben ser rebasados.

²³ Ejemplos de este tipo de peticiones serían las propuestas del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona (J SANTALÓ, (coord.), M. CASADO (coord.), M. BOADA, M. CORCOY, I. DE LECUONA, M. LÓPEZ BARONI, G. MARFANY, A. ROYES, *Documento sobre Bioética y Edición Genómica en humanos*. Observatorio de Bioética y Derecho. Universidad de Barcelona. 2016; de la Academia Nacional de Ciencias alemana en 2015 (en R. HEIDARI, D. MARTIN SHAW, B. SIMONE ELGER, “CRISPR and the Rebirth of Synthetic Biology”, *Sci Eng Ethics*, vol. 23, 2017, pp. 351–363); o de los documentos analizados en I. LECUONA, M. CASADO, G. MARFANY, M. LÓPEZ BARONI, M. ESCARRABILL, “Gene Editing in Humans: Towards a Global and Inclusive Debate for Responsible Research”, *Yale Journal of Biology and Medicine*, 2017, pp. 673–681, todos ellos en relación a las aplicaciones de CRISPR.

²⁴ K. OYE et al., “Regulating gene drivers”, *Science*, August 08, 2014, pp. 626–628; K. ESVELT, “Conservation demands safe gene drive”, *PLOS biology*, November 16, 2017.

²⁵ Cuando Pauling escribió a Kennedy en 1962 para que cesaran las pruebas atmosféricas de armamento nuclear le advirtió que “muchos científicos, aunque no todos, piensan

A pesar de que podría pensarse, a priori, que carecen de la fuerza suficiente como para ser calificada propiamente de propuesta de moratoria, pueden recorrer el camino inverso, de abajo/arriba, hasta finalizar en efecto en una propuesta formal. Así, estas peticiones individuales pueden acabar registradas en informes o dictámenes y, por último, en una convocatoria universal. La petición de suspender la intervención de la línea germinal humana ha sufrido justo este recorrido inverso. Primero apareció de forma individualizada, a través de las inquietudes formuladas públicamente por algunos de los investigadores más implicados proponiendo parar las investigaciones (v. gr., Emmanuelle Charpentier);²⁶ después, en diferentes documentos públicos y privados, (como los que hemos citado); por último, en *Nature*, con un listado concreto de los principales investigadores en el campo y un plazo definido.²⁷

2.4. Son ajurídicas

En efecto, los convocantes proceden normalmente del campo de las ciencias; carecen de voluntad alguna de crear una norma jurídica; y a veces, ni siquiera tienen la intención de que se regule a posteriori. El objetivo es detener las investigaciones ipso facto, aunque no haya ninguna sanción prevista para quienes incumplan. Se apela a la prudencia, a la responsabilidad, al espíritu de comunidad trasnacional, o incluso a la mera supervivencia colectiva. En cualquier caso, se observa un cierto orgullo corporativista en las declaraciones de los científicos, una posición de superioridad moral respecto al poder

que es altamente probable que los productos de la fisión radiactiva y el carbono 14 dañen a los humanos que ahora viven, al igual que a los de generaciones futuras, en formas tales que ocasionen leucemia, cáncer de huesos y otras enfermedades" (J. SÁNCHEZ, "Linus Pauling: compromiso con la ciencia y la paz", *Investigación y Ciencia*, Diciembre, 2020, pp. 80-85). Sobre los experimentos con organoides cerebrales humanos, incluida la posibilidad de su transferencia a los animales, se ha aconsejado que deban "justificarse específicamente", a la espera de una prohibición más genérica, o que al menos exista una cierta proporcionalidad entre los riesgos y los beneficios que se puedan esperar. En S. PORSDAM, R. SUN, G. HERMERÉN, "A framework for the ethical assessment of chimeric animal research involving human neural tissue", *BMC Medical Ethics*, vol. 20, núm. 9, 2019; y sobre vida artificial, o sobre la posibilidad de crear nanomáquinas que puedan reproducirse en el medio ambiente, Freitas ha planteado que solo se experimente informáticamente. M. REES, en Id., *Nuestra hora final*, 2004, p. 96, cit.

²⁶ Premio Nobel en 2020, junto a Jennifer Doudna, por su descubrimiento de CRISPR. Véase J. DOUDNA, E. CHARPENTIER, "The new frontier of genome engineering with CRISPR-Cas9", *Science*, 28 November. vol 346, núm. 6213, 2014.

²⁷ LANDER et al., "Adopt a moratorium on heritable genome editing", *Nature*, vol. 567, 2019, pp. 165-168.

político que enarbola la bandera de la autogestión al margen, en realidad, de la sociedad, que no ha tenido la oportunidad de participar porque no ha sido informada a tiempo.

Esta característica no impide que el poder político pueda incentivar una moratoria científica a pesar de disponer los recursos jurídicos adecuados para imponerla. Así, cuando dos equipos de científicos quisieron publicar en *Nature* y en *Science* sus investigaciones acerca de cómo modificar el virus de la gripe aviar para que fuese transmisible entre seres humanos, la Administración Obama persuadió, incentivó y conminó *cuasicoactivamente* a los científicos para que declararan una moratoria, tanto en las investigaciones como en su publicación. A pesar de la larga duración de la misma, ni las revistas implicadas, las dos principales a nivel mundial, ni los investigadores, ni el propio poder político, se atrevieron a forzar la situación con el derecho. Se desconoce qué habría pasado si el caso hubiese acabado en los tribunales, dado que había científicos de diversos países implicados y colisionaban la libertad de investigación, la censura política y la seguridad colectiva. Ante la incertidumbre sobre su poder real para bloquear la investigación, la Administración Obama forzó tanto la moratoria como su prórroga, pero sin salirse nunca del terreno ajurídico.²⁸

2.5. Carecen de mecanismos coercitivos

Las convocatorias de moratoria distan de ser dictámenes conservadores (v. gr, modificación de la dotación genética humana como herejía contra la naturaleza humana), marxistas (v gr., lucha contra el neoliberalismo globalizado) o proclamas tecnofóbicas, de ahí que, salvo un cierto reproche moral implícito caso de no ser respetadas, las convocatorias carecen de cualquier otro poder coactivo.²⁹

En una competición en la que se premia el riesgo, la innovación, el liderazgo, el primer puesto, etc., y donde el ganador se lo lleva todo (v., gr., un

²⁸ Véase "March 29-30, 2012 Meeting of the National Science Advisory Board for Biosecurity to Review Revised Manuscripts on Transmissibility of A/H5N1 Influenza Virus", en D. MALAKOFF, "Breaking News: NSABB Reverses Position on Flu Papers", *Science*, 30 March, 2012.

²⁹ Un buen ejemplo fue la convocatoria de Asilomar, donde estuvo ausente el dramatismo o los factores mediáticos o ideológicos. Simplemente, era un llamamiento a la prudencia. C. BERG et al., "Potential Biohazards of Recombinant DNA Molecules", *Science*, 26 July, vol 185, núm. 4148, 1974, pp. 303.

premio Nobel) y el resto ni siquiera aparece en los libros de historia, resulta realmente difícil apelar a la prudencia como única fuerza argumentativa.

Sin embargo, esa es la realidad. Las convocatorias formuladas no suelen ser asesoradas jurídicamente, en el sentido de que no se hace ver que tal investigación o experimento pudiera estar recogido en un tipo penal o incurrir en infracción administrativa. Ni siquiera se apela a los códigos deontológicos. Simplemente se pretende que se paralicen las actividades apelando a la buena fe de los investigadores, bajo el presupuesto implícito de que no se trata de un ardid para ralentizar los avances de los demás.³⁰

En el primer congreso internacional sobre CRISPR se adoptó una moratoria tácita, que no expresa, por la que los investigadores se comprometieron a no transferir a una mujer un embrión modificado genéticamente. Aunque se puede citar cierta normativa estatal e internacional al respecto (v. gr., el artículo 13 del Convenio de Oviedo),³¹ la realidad es que existe una zona muy difusa acerca de qué es legítimo y qué no (v. gr., modificación de la línea germinal para curar enfermedades).³² Pues bien, cuando el investigador chino que modificó a dos embriones humanos para que fuesen inmunes al SIDA se enfrentó a la comunidad científica, argumentó (erróneamente) que la moratoria de 2015 se había levantado.³³

³⁰ Aunque en la moratoria de Asilomar participó después la Academia Nacional de Ciencias norteamericana, e incluso hubo un Congreso donde se realizó una convocatoria más formal, asistiendo también juristas (véase J. LARRIÓN, "Historia de las reuniones de Asilomar. Éxitos y fracasos de la autorregulación en las comunidades tecnocientíficas", *Sociología y tecnociencia. Revista digital de sociología del sistema tecnocientífico*, vol 1, 2020, pp. 63-82), la realidad es que la convocatoria en sí misma la hicieron un grupo de científicos al margen de cualquier administración pública, y nunca perdió su carácter voluntario.

³¹ Convenio de 4 abril 1997, ratificado por Instrumento de 23 julio 1999. RCL 1999\2638. Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, Oviedo, 4 de abril de 1997.

³² La primera reunión tuvo lugar en Washington entre el 1 y el 3 de diciembre de 2015, y participaron la Academia Nacional de Ciencias, la Academia Nacional de Medicina, ambas norteamericanas, la Sociedad Real de Londres y la Academia de las Ciencias China. Sobre los acuerdos adoptados, véase S. REARDON, "La cumbre sobre edición genética en humanos concluye con opiniones divergentes", *Nature*, vol. 528, 2015, p. 173.

³³ Sobre la dificultad de aceptar una moratoria en esta cuestión, ("una moratoria no es una prohibición para siempre", G. Church), véase J. SAMPEDRO, "¿Están todos contra los niños CRISPR?", *El País*, 2 dic, 2018. Además, debemos resaltar que el segundo congreso internacional sobre CRISPR, celebrado en China en diciembre de 2018, no condenó el experimento en sí mismo (modificar dos embriones humanos para que sean inmunes al sida), sino el

Probablemente sabía que la moratoria, aun tácita, seguía vigente, por lo que le pudieron guiar otros intereses (honor y gloria, como también reconoció más tarde³⁴). Sin embargo, su argumentación inicial fue de tipo moral, no legal: en 2017 se emitieron determinados informes que indirectamente daban a entender que existía vía libre para la modificación genética de los seres humanos si el objetivo era curar enfermedades.³⁵

En resumen, la convocatoria de una moratoria tiene un cierto efecto intimidatorio sobre los científicos que solo puede ser explicable desde la perspectiva de una moral compartida (v. gr., como puede ser no plagiar, no aprovecharse del trabajo de otros, o no falsear los resultados) y con total independencia de la legislación nacional a la que cada uno esté sujeto. Este es el único valor vinculante que tienen estas convocatorias. No es mucho, pero tampoco es nada. El hecho de que en algunos casos se haya respetado al margen del derecho o del poder político nos debe llevar a reconocer una cierta eficacia que no debe ser minusvalorada.

2.6. Son temporales

En efecto, una moratoria ad eternum carece de sentido, dado que supondría una paralización de facto de la actividad científica, aun cuando pueda estar justificada (v. gr., no investigar en conciencia artificial).³⁶

momento para hacerlo (en el estado actual de la tecnología existe riesgo de mosaicismo y mutaciones off target). Véase *On Human Genome Editing II. Statement by the Organizing Committee of the Second International Summit on Human Genome Editing*. November 29, 2018.

³⁴ Disponible en "CRISPR babies are real and the scientist who made them sought 'personal fame and fortune'". En <https://www.technologyreview.com/the-download/612807/crispr-babies-are-real-and-the-scientist-who-made-them-sought-personal-fame-and/>. Consultado 15-12-2020. Véase también A. REGALADO, "Exclusive: Chinese scientist are creating CRISPR babies", MIT Technology Review. November 25, 2018.

³⁵ Para más detalle, véase O. DYER, "Researcher who edited babies' genome retreats from view as criticism mounts", *BMJ*, November 30, 2018.

³⁶ En una interesante propuesta (Carta Mundial sobre Inteligencia Artificial), Metzinger propone una moratoria sobre conciencia artificial (fenomenología sintética), incluida cualquier posibilidad de confluencia entre neurociencia e IA. Pero su propuesta inicial de moratoria la convirtió a continuación, en el mismo documento, en una petición de prohibición en el ámbito de la UE. Ahora bien, ¿cómo prohibir algo sobre lo que no se ha hecho ningún avance, siquiera mínimo, y que además ni siquiera se sabe si es posible? T. METZINGER, "Hacia una carta mundial sobre la inteligencia artificial", 2018; Sobre el escepticismo ante este tipo de temores, véase P. BENTLEY, "Las tres leyes de la inteligencia artificial: disipar mitos comunes", 2018. Ambos en P. BONCHER, Unidad de Prospectiva Científica (STOA), *¿Debemos temer a la Inteligencia Artificial?* Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, Marzo, 2018.

El objetivo de una moratoria debe ser dar tiempo a los científicos y los poderes públicos para valorar la gravedad de la situación con objeto de tomar las medidas legales oportunas (v. gr., regular la materia, técnica o experimento objeto de moratoria) o crear los protocolos de seguridad adecuados.

Por ello, la moratoria es de una naturaleza diferente a la de otras fuentes de obligaciones análogas. Así, ciertas recomendaciones sobre la Inteligencia Artificial, como la participación obligada de algún ser humano en decisiones que pongan en peligro la vida,³⁷ en técnicas de diagnóstico y tratamiento médico,³⁸ materias jurídicas y cuestiones similares;³⁹ ciertas prohibiciones, como las referidas a la línea germinal humana (v. gr., prohibición de la eugenesia⁴⁰), la clonación reproductiva,⁴¹ o la no cosificación de los seres humanos, en el caso de las IA,⁴²; ciertos derechos; como la posibilidad de saber quiénes son los padres biológicos en el caso de la maternidad subrogada,⁴³

³⁷ “En escenarios que involucran decisiones de vida o muerte, debe aplicarse la determinación humana final” (UNESCO, en *Id.*, *Primer borrador*, cit.); “9.3 La decisión de matar debe ser hecha por seres humanos, y la responsabilidad de la decisión no debe ser transferida a una IA” VV.AA., *Montréal Declaration for a Responsible Development or Artificial Intelligence*, 2018.

³⁸ UNESCO, en *Id.*, *Primer borrador*, cit.

³⁹ “(...) derecho a no ser sometidos a una decisión basada exclusivamente en procesos automáticos cuando tal decisión produzca efectos jurídicos sobre los usuarios o les afecte de forma significativa por motivos similares”. COMISIÓN EUROPEA. Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial: *Directrices Éticas para una IA Fiable*. 2018.

⁴⁰ Artículo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Acuerdo de 7 de diciembre 2000. LCEur 2007\2329. DOC 30 marzo 2010, núm. 83.

⁴¹ Ídem. También el Protocolo al Convenio de Oviedo. Protocolo de 12 enero de 1998, ratificado por Instrumento de 7 enero 2000, RCL 2001\540, de Ratificación del Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (RCL 1999\2638, 2822), por el que se prohíbe la clonación de seres humanos, hecho en París el 12 de enero de 1998. BOE 1 marzo 2001, núm. 52, [pág. 7671].

⁴² Literalmente, dice “objetivadas”, pero creo que la palabra correcta es “cosificadas”. “Dentro de tales interacciones, las personas nunca pueden ser objetivadas, ni su dignidad debe ser socavada, ni deben violarse o abusarse de los derechos humanos”. UNESCO, en *Id.*, *Primer borrador*, cit. El reciente informe de la Unión Europea opta por un criterio kantiano, pero en un sentido similar: “Seres humanos como *sujetos morales*, y no como simples *objetos* que se pueden filtrar, ordenar, puntuar, dirigir, condicionar o manipular”. COMISIÓN EUROPEA. Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial: *Directrices Éticas para una IA Fiable*. 2018.

⁴³ El Tribunal Constitucional portugués declaró recientemente inconstitucional la ley de maternidad subrogada (STC 225/18) y reconoció el derecho de los menores a conocer sus orígenes biológicos, esto es, quién fue el donante de su materia genético. En España, la ley de

o si se está interactuando con una IA (“contacto humano significativo”),⁴⁴ etc., pueden superponerse a las causas que justifican una moratoria, pero en última instancia los objetivos no tienen nada que ver con los escenarios indeterminados e imprevisibles a corto plazo de estas.

En conclusión, la moratoria se caracteriza por la provisionalidad, lo que lleva implícito no solo una finalización, sino un plazo corto. Se trata de detener inmediatamente las investigaciones o experimentos hasta que se puedan ponderar los riesgos de continuar.

3. DELIMITACION CON RESPECTO A OTRAS FIGURAS

Como hemos expuesto, el supuesto de hecho que puede justificar una moratoria científica coincide con la potencial aplicación del principio de precaución. Sin embargo, este es un principio jurídico consolidado en la legislación, tanto en la nacional como en la internacional, y por ende, susceptible de ser invocado ante un tribunal de justicia.

Así, cuando en su sentencia de 2018 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió que se debía aplicar la normativa europea prevista para los organismos modificados genéticamente a los organismos modificados con CRISPR,⁴⁵ apeló precisamente al principio de precaución.⁴⁶ Más bien fue lo contrario de lo que se puede entender por una moratoria científica, ya que la comunidad investigadora era mayoritariamente contraria a la aplicación de esta normativa.⁴⁷ Sin embargo, el tribunal estimó que la escasez de prece-

reproducción asistida garantiza el anonimato de los donantes (Ley 14/2016), pero existe una fuerte tendencia internacional a reconocer la prevalencia del derecho de los menores como parte del ejercicio de su personalidad.

⁴⁴ COMISIÓN EUROPEA. Grupo Europeo sobre ética de la ciencia y las nuevas tecnologías, *Statement on Artificial Intelligence, Robotics and ‘Autonomous’ Systems*, European Group on Ethics in Science and New Technologies, 2018.

⁴⁵ En concreto, la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente. DOCE núm. 106, de 17 de abril de 2001, páginas 1 a 39. DOUE-L-2001-80990.

⁴⁶ El tribunal justificó su sentencia alegando que este tipo de técnicas podían efectuar modificaciones genéticas “a un ritmo y en proporciones que no pueden compararse con las resultantes de la aplicación de métodos convencionales de mutagénesis aleatoria”. Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 25 de julio de 2018, asunto 528/2016.

⁴⁷ Los motivos de esta discrepancia se pueden agrupar en tres ítems: a) no se puede saber técnicamente si un organismo ha sido modificado con dicha técnica o no; b) las mutaciones que se consiguen con dicha técnica pueden lograrse también por otros procedimientos

dentes y la magnitud con que dicha técnica podía intervenir en la Naturaleza hacían justificable la extensión del ámbito de extensión de dicha normativa.

Por ello, se podría sostener que el principio de precaución es el reverso de la moratoria científica. Aquel, de naturaleza jurídica, puede invocarse ante un tribunal de justicia y dar lugar a una resolución vinculante para los científicos, lo que presupone un procedimiento administrativo (v. gr., petición de una patente, o de una autorización); esta, la moratoria, puede justificarse por la apelación a la precaución en el sentido coloquial, no jurídico, de la expresión, de ahí que carezca de amparo legal y no vincule a los tribunales de justicia, que en principio no pueden intervenir porque no existe un acto administrativo que les fuerce a resolver.

También hemos de distinguir una moratoria científica de una moratoria judicial. En efecto, cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea admitió la posibilidad de patentar la partenogénesis de un óvulo humano, estableció una moratoria ciertamente peculiar: se puede patentar siempre y cuando el estado de la técnica no permita generar un ser humano con dicha técnica. Esto es, no se impide la investigación, y ni siquiera el resultado final (conseguir un clon humano, aunque en realidad estaría prohibido por otra normativa, como el protocolo al Convenio de Oviedo sobre clonación,⁴⁸ o el artículo 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE), sino la patente sobre la misma.⁴⁹

no sujetos a la directiva europea; c) los investigadores europeos se van a quedar más rezagados frente a sus homónimos chinos y norteamericanos, que son más laxos en estas cuestiones. Véase L. MONTOLIU, *Editando genes: recorta, pega y colorea. Las maravillosas herramientas CRISPR*, Next DoorPublishers SL, 2018; L. MONTOLIU, "Europa vuelve a perder el tren del progreso y la innovación", *El País*, 26 de octubre de 2018; P. PUIGDOMÈNECH, "¿Cómo regulará Europa las técnicas de edición genética en la agricultura?", *Investigación y Ciencia*, Septiembre, 2016; DE MIGUEL, en ANSEDE, Manuel, "Modifican ADN de pacientes ciegos con tecnología CRISPR", *El País*, 20 diciembre 2018.

⁴⁸ Protocolo al Convenio de Oviedo. Protocolo de 12 enero de 1998, ratificado por Instrumento de 7 enero 2000, RCL 2001\540, de Ratificación del Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (RCL 1999\2638, 2822), por el que se prohíbe la clonación de seres humanos, hecho en París el 12 de enero de 1998. BOE 1 marzo 2001, núm. 52, [p. 7671].

⁴⁹ En su sentencia de 2011 excluyó la partenogénesis (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala. Sentencia de 18 octubre 2011. TJCE\2011\316), pero en 2014 rectificó y admitió las patentes sobre este tipo de organismos por los motivos y con los límites que hemos explicado (Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 18 de diciembre de 2014. asunto C-364/13).

En estos casos de incertidumbre científica (no se sabe cuándo será posible crear un ser humano mediante partenogénesis, y ni siquiera si será posible), los tribunales de justicia establecen una moratoria equivalente a una obligación a término, aunque incierto.

Por último, a veces la comunidad científica invoca el “espíritu de Asilomar”, pero no con el objetivo de declarar una moratoria concreta y definida, sino como una forma de convocar a los miembros de determinados campos del conocimiento a analizar las implicaciones éticas de las investigaciones (v. gr., nanotecnología; geoingeniería; bioterrorismo, etc.).⁵⁰ De hecho, algunas veces se confunde lo que sucedió en Asilomar (una moratoria científica) con lo que provocó de forma secundaria (la elaboración de una guía o protocolo de seguridad), con objeto de hacer esto último, pero aprovechando el aura del prestigio de aquella conferencia (v. gr., *The Asilomar Convention for Learning Research in Higher Education*).⁵¹

Por ello, estos llamamientos pueden resultar engañosos para la sociedad, alarmando innecesariamente (v. gr., los nanotecnólogos pretenden una moratoria al estilo de Asilomar), cuando en realidad se trata solo de abrir un legítimo proceso de reflexión y se emplea tan significativa denominación para causar un mayor impacto mediático (v. gr., no invocarás mi nombre en vano).

4. LA MORATORIA CIENTÍFICA COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

Durante décadas, las tres primigenias comunidades europeas que dieron lugar a la actual Unión Europea carecieron de un listado de derechos fundamentales.⁵² La anómala situación generó bastante incomodidad, dado que por un lado se exigía a los países integrantes y/o candidatos a ingresar en tan selecto club que respetaran los derechos humanos, pero por otro la

⁵⁰ Por ejemplo, en C. TOUMAY, “An Asilomar for Nanotech”, *Nature Nanotechnology*, vol. 9, July, 2014; E. KINTISHC, “Asilomar 2’ Takes Small Steps Toward Rules for Geoengineering”, *Science*, April 02, 2010; Galas, en el contexto del Proyecto Genoma Humano, y Petsko, en el del bioterrorismo –ambos, en G. PETSKO, “An Asilomar moment”, *Genome Biology*, vol. 3 núm. 10, 2002, pp. 1014.1-1014.3.

⁵¹ En M. STEVENS, “An Ethically Ambitious Higher Education Data Science”, *Research Practice in Assessment*, Winter, vol. 9, 2014.

⁵² Sobre las causas, véase C. PEROTTO, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea: en busca de un significado*, Universidad de Granada, Tesis Doctoral, 2017.

propia UE carecía de su propio documento como punto de referencia. Esto explica los intentos de rebelión de los Tribunales Constitucionales italiano y alemán, que comenzaron a cuestionar el propio ordenamiento jurídico comunitario (casos Frontini y Solange),⁵³ o que la propia Unión Europea se planteara cómo adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el ámbito del Consejo de Europa.

Pues bien, las dos ocasiones en que la UE se ha intentado adherir a dicho Convenio han sido frustradas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En efecto, en sendos dictámenes estableció que, si esta propuesta se llevara a cabo, entonces el Tribunal de Justicia caería bajo la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que podría fiscalizar la validez de los actos de las instituciones de la Unión Europea.⁵⁴

No vamos a entrar a valorar aquí el acierto o no de la medida adoptada por el Tribunal de Justicia (la adhesión de la UE al CEDH está prevista incluso en el Tratado de Lisboa⁵⁵), ya que nos interesa centrarnos únicamente en la solución adoptada. En efecto, para no privar a los ciudadanos comunitarios de un listado de derechos fundamentales (el carácter vinculante de la Carta no fue efectivo hasta fechas muy recientes,⁵⁶ diciembre de 2009),⁵⁷ el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció que el Convenio Europeo de Derechos Humanos se aplicaría en calidad de *principio general del derecho*.

Esta sorprendente calificación (normalmente es al revés, las declaraciones de derechos recogen principios generales del derecho en un sentido

⁵³ S. MUÑOZ, “Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación”, *Revista de Derecho Comunitario Europea*, núm. 50, 2015, pp. 105-230.

⁵⁴ Dictamen del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996; Dictamen 2/2013 del Pleno del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 18 de diciembre de 2014.

⁵⁵ Véase la crítica de Martínón a esta posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. R. MARTINÓN “Los Derechos Humanos en la Unión Europea. En especial, el problema de la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 28, 2015, pp. 49-71.

⁵⁶ Unión Europea. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Acuerdo de 7 de diciembre 2000. LCEur 2007\2329. DOC 30 marzo 2010, núm. 83.

⁵⁷ La Carta se elaboró primigeniamente con carácter no vinculante (Niza, 2000). La Constitución de 2004 incorporó el contenido a su articulado, pero su fracaso evitó su aplicación obligatoria a todo el territorio UE. Por último, el Tratado de Lisboa ha efectuado una remisión a la Carta, declarando su carácter vinculante para toda la Unión. La UE ha tardado prácticamente sesenta años (el Tratado entró en vigor el 1 de diciembre de 2009) en disponer de su propio documento de derechos humanos.

iusnaturalista. En este caso la DUDH se reconvirtió o transmutó desde el plano del derecho positivo al plano metafísico), permitió una ingeniosa solución: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea podría aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos sin que por ello este formara parte del ordenamiento jurídico positivo de la Unión Europea (forma parte en calidad de principio general del derecho), con lo que se evitaría caer bajo la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (la hipotética adhesión al CEDH hubiese obligado ineludiblemente a aceptar su jurisdicción). De esta forma, los ciudadanos o incluso las instituciones de la UE podrían invocar el CEDH; el Tribunal de Justicia podría emplearlo para resolver los casos que se le presentaran; y a la vez se salvaguarda la singularidad de la Unión Europea como institución política, que no puede ser juzgada por terceros (no hemos de olvidar que Rusia o Turquía forman parte del Consejo de Europa, de ahí también la lógica inquietud del TJUE).

Emplear la expresión “principio general del derecho” para lograr un resultado como el expuesto es en realidad un subterfugio, un ardid que solo se puede dar en derecho, donde determinados conceptos, expresiones e ideas se intercambian una y otra vez (ora son principios, ora valores, ora derecho positivo, ora derecho natural, ora ley eterna “transcrita en el corazón de los hombres”, ora prejuicios burgueses “inscritos en la cartera de los capitalistas”, ora presupuestos eurocéntricos imperialistas, ora derechos humanos universales, etc.), en función de las requerimientos de cada momento.

Pues bien, dado que analizar la naturaleza jurídica de las moratorias científicas nos introduce en la metafísica (*lex prudentiae* inscrita en el corazón de los científicos), y que lo que realmente nos importa es cómo lograr su obligatoriedad para los tribunales de justicia, podríamos adaptar la solución del Tribunal de Justicia de la UE a nuestro caso. En concreto, plantearnos que, dados determinados presupuestos, una moratoria científica es un *principio general del derecho*, y por ende, vinculante para los tribunales si se cumplen determinados requisitos (que analizaremos después).⁵⁸

De esta forma, no haría falta una norma jurídica para que la moratoria fuese vinculante, con lo que se ganaría tiempo; no sería necesario entablar

⁵⁸ Quizá si algún día contamos con un número suficiente de moratorias científicas podríamos plantearnos el carácter de “costumbre”, en el sentido jurídico de la expresión, de dichas moratorias. Pero, por el momento, su número ha sido tan escaso y disperso que estimo que plantearía problemas como fuente del derecho en este caso concreto, de ahí que haya optado por proponer las moratorias como principios generales del derecho.

un debate social ni político, que enlentecería dramáticamente la adopción de medidas; y podrían tomarse medidas cautelares en tiempo real en función del estado de la tecnociencia contemporánea, estado del que solo podremos enterarnos si la propia comunidad científica nos alerta, no si esperamos a que la clase dirigente, política o jurídica, lo comprenda.

5. REQUISITOS PARA LA JURIDICIDAD DE UNA MORATORIA CIENTÍFICA

Atendiendo a las declaraciones de moratoria ya proclamadas o solicitadas en el pasado, podríamos exigir, para que fuesen consideradas equivalentes a un principio general del derecho, y por ende, vinculantes para los tribunales de justicia, lo siguiente:

- a) Que fuese convocada en las revistas más relevantes o prestigiosas de ciencias (v. gr., *Science*, *Nature*, o equivalente en función de la temática). Con ello, se logra un primer filtro, no solo por el consejo editorial de dichas revistas, sino también por la evaluación anónima de los artículos que se publican.
- b) Que fuese convocada por los científicos más relevantes de la temática en cuestión, algo que puede ponderarse por su relevancia en las citas, publicaciones en los últimos años, instituciones a que pertenecen, etc. (v., gr., una propuesta similar a los legitimados para negociar convenios colectivos). Sería razonable exigir que pertenezcan a instituciones de diversos países, para evitar los riesgos, en la medida de lo posible, de la utilización espuria de la moratoria con objeto de librarse de la competencia.⁵⁹

⁵⁹ Sin duda, el establecimiento de moratorias científicas puede emplearse por motivos espurios, (evitar competencia; tecnofobia; conservadurismo religioso, etc.), de ahí que lo ideal fuese que la adopción de dichas moratorias contase con garantías (v. gr. participación plural e interdisciplinar). Sin embargo, y como pretendo subrayar en el artículo, la singularidad del momento tecnocientífico actual requiere que las decisiones sean ágiles e inmediatas, y los mejor situados son los científicos de la primera línea de las investigaciones. Merece más la pena correr el riesgo de una ocasional utilización abusiva de las moratorias (por eso planteamos la intervención judicial, para minimizar dichos riesgos), que dejarlo todo como está o esperar a que el poder político tome conciencia de cualquier evento disruptivo. La lentitud en la toma de decisiones ante la pandemia nos puede servir de ejemplo de lo que supone tardar en comprender una situación inesperada de ámbito global.

- c) Que haya un plazo definido. Difícilmente sería razonable un plazo superior a cinco años,⁶⁰ dado que en este periodo de tiempo daría tiempo sobrado para convertir una moratoria en una norma jurídica si fuese el caso. Debemos insistir en que una moratoria, en el sentido que estamos tratando, no es una prohibición (v. gr., crear armas bacteriológicas), dado que para algo así ya disponemos de otros instrumentos, como leyes o tratados internacionales, sino una forma de ganar tiempo con una cierta seguridad jurídica.
- d) Que responda a riesgos objetivos y definidos, aunque sean improbables. Así, carece de sentido una moratoria sobre Inteligencia Artificial por el riesgo de que esta nos sobrepase en capacidades (v. gr., no sabemos si realmente es posible, y en cualquier caso, es demasiado genérica), pero sería razonable, por ejemplo, una moratoria para no desarrollar neuronas humanas en animales (v. gr., ya es posible, aunque desconocemos sus efectos).

Por otra parte, en lo que se refiere a las cuestiones jurídico/procesales, hemos de plantearnos cómo traducir una convocatoria científica en un procedimiento judicial:

- a) Competencia. Resulta razonable exigir que la competencia sea la propia de tribunales a escala estatal (Tribunal Supremo o Audiencia Nacional, en nuestro caso), o internacional. Parece que los únicos tribunales donde sería viable plantearse algo así son la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aunque son tribunales de composición y naturaleza muy diferente, su jurisdicción sí abarca un número suficiente de entidades estatales donde sería viable imponer la obligatoriedad de una moratoria. La necesidad de agotar la vía nacional antes de acudir a la jurisdicción internacional puede ser razonable cuando la ruptura de una moratoria no supere el territorio de un único Estado. Sin embargo, en un mundo globalizado a veces es difícil ubicar la sede de un experimento o investigación, de ahí que sería necesario crear un procedimiento específico para poder acudir a

⁶⁰ Es el plazo máximo que se ha observado en algunas peticiones de moratorias (LANDER *et al.*, "Adopt a moratorium on heritable genome editing", *Nature*, vol. 567, 2019, pp. 165-168), aunque es verdad que las que se han llevado a cabo realmente no han superado los dos años (v. gr., casos de Asilomar o de la gripe aviar).

- los tribunales internacionales citados sin necesidad de esperar a una resolución de ámbito estatal.
- b) La legitimación para acudir a los tribunales deberá venir dada por las administraciones públicas estatales, la fiscalía o equivalente, pero también sería apropiado legitimar a las sociedades científicas, universidades o centros de investigación, ya que pueden conocer de primera mano quiénes realmente quiebran una moratoria ya declarada. Mientras aquellos no dejan de ser medios o instrumentos de poder político, con todo lo que conlleva, las comunidades de científicos pueden valorar con más prontitud no solo qué investigación justifica una moratoria, sino también qué actuación puede romperla.
 - c) Procedimiento. Dada la celeridad con que debe procederse en estos casos, el procedimiento a seguir debe ser el propio de lo que conocemos como medidas cautelares o cautelarisimas, con objeto de lograr la inmediatez de la cesación de la prosecución de las investigaciones. Recordemos que, si realmente se planteara un supuesto como este, la moratoria científica ya habría sido declarada, de forma que los científicos más implicados en la misma ya habrían valorado suficientemente su necesidad, de ahí que el tribunal solo debería constatar, no la peligrosidad de las investigaciones, sino su prosecución, algo que es mucho menos exigente desde el punto de vista probatorio. Se trata de obligar a toda la comunidad científica a respetar una moratoria científica, no de valorar judicialmente la justificación técnica de la misma.
 - d) Objeto. La finalidad de una demanda de este tipo debe ser que se requiera a la unidad, centro o investigador que realiza actuaciones encaminadas a romper una moratoria científica para que se abstenga de proseguir con dichas actuaciones. En caso de no cumplirse el requerimiento, se podrían instar medidas coercitivas.

Sin duda, la restricción de un bien jurídico tan fundamental como la libertad de investigación en su doble manifestación, como derecho de la comunidad científica y como derecho de la sociedad a beneficiarse de dichas investigaciones, plantea problemas teóricos en los límites del Estado de Derecho. Sin embargo, hemos de recordar que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que hay que confrontarlos caso por caso (v. gr., derecho a la información versus derecho a la intimidad). Por ello, estimamos que el derecho a la libertad de investigación debe ceder, en determinados casos,

frente al derecho a la vida, a la integridad física o al medio ambiente de la sociedad. De hecho, así está establecido en la legislación positiva, donde se han prohibido expresamente determinadas investigaciones (v. gr. modificar la línea germinal humana; clonación reproductiva; híbridos interespecíficos en determinados casos), por los motivos más variados, desde la invocación a la dignidad humana hasta los riesgos sociales y medioambientales de dichas investigaciones. Esto es, el derecho a la libertad de investigación no goza de un rango superior al de otros valores, de ahí que pueda restringirse; cuestión diferente es el instrumento jurídico en concreto que se emplee para limitar, no solo este derecho, sino cualquier derecho fundamental.

Pues bien, precisamente para solventar las posibles objeciones formales que se pudieran plantear en los supuestos analizados en este trabajo (v. gr., básicamente, y en el caso concreto de nuestro país, la ausencia de una ley orgánica que sirva de cobertura para una limitación tan drástica), hemos propuesto una intervención judicial, garante última, por tanto, de los derechos fundamentales (algo parecido a como ha sucedido con la pandemia que nos azota, cuya gravedad se ha considerado suficiente para confinamientos perimetrales sin estado de alarma, pero con la intervención judicial).⁶¹

El problema de fondo que nos planteamos en el presente artículo es cómo hacer frente a situaciones generadas por la tecnociencia contemporánea para las que carecemos de antecedentes y de margen de maniobra, esto es, cuando no solo no hay normativa aplicable, sino que no da tiempo a tramitarla. Una opción es no hacer nada y seguir como ya estamos, opción que precisamente denunciamos en este artículo por imprudente; una segunda opción es crear una norma ad hoc que sirva de amparo para este tipo de actuaciones, opción que también denunciamos, pero por ingenua (¿quién convence al poder político de esta necesidad?); la tercera opción, defendida en este artículo, es disponer de *al menos* un instrumento jurídico con los requisitos mínimos

⁶¹ Resulta interesante recordar cómo el primer confinamiento que se generó como consecuencia de la pandemia, en Haro (La Rioja), el 3 de marzo, no tuvo “ningún ropaje jurídico, o por lo menos no dotado de publicidad” A. NOGUEIRA “Confinar el coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción”, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86/87, 2020, pp. 22-31 o cómo el Tribunal Superior de Justicia de Galicia apeló a la “ponderación de bienes” para suspender el derecho de manifestación durante la pandemia (a pesar de la oposición de la fiscalía) sin la cobertura del Real Decreto de estado de alarma (si dicha suspensión –o limitación, no entramos ahora en ese debate– hubiese estado cubierta por dicho Real Decreto, no habría podido entrar a conocer del asunto), simplemente porque estaba en juego la vida. (Sala de lo Contencioso Administrativo de 28 de abril de 2020. Sentencia 136/2020. RJCA, 2020, 457).

para que una moratoria sea universalmente obligatoria, aunque solo sea en nuestro ámbito territorial, nacional o europeo, en un contexto tecnocientífico imparabile e impredecible como el presente.

6. CONCLUSIONES

A diferencia del Convenio de Oviedo, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos carece de la fuerza vinculante de un tratado internacional. Sin embargo, su valor simbólico es innegable, de ahí que sea legítimo plantearse si sus propuestas deben convertirse en obligaciones jurídicas erga omnes. A mi juicio, del contenido de los artículos citados al principio de este trabajo se desprende el mandato de tomar las medidas adecuadas para proteger a las generaciones futuras, la biosfera, y, en último término, la vida misma en el planeta. Por ello, acoger las moratorias científicas en nuestros ordenamientos jurídicos supondría un instrumento eficaz para dar cumplimiento a los objetivos últimos de dicha Declaración.

Por otra parte, son de sobra conocidos los principios de la bioética (autonomía, justicia, beneficencia y no maleficencia), que se han ido extendiendo y adaptando a otras disciplinas, como la Inteligencia Artificial, donde se han ampliado (explicabilidad, XAI),⁶² las neurotecnologías (agencia, Yuste et al.),⁶³ o la genética (v. gr., genoma humano como patrimonio de la humanidad, UNESCO).⁶⁴ Pues bien, por mi parte plantearía como un principio in-

⁶² Como sostienen los autores que han recopilado los principios éticos a la Inteligencia Artificial, no debería sorprender, dado que muchos problemas se superponen. De hecho, los 47 principios que han recopilado de los documentos más relevantes sobre esta temática los han reducido a manifestaciones de los cuatro ya existentes en bioética, añadiéndole solo el de “explicabilidad”, que englobaría “inteligibilidad” y “responsabilidad” (L. FLORIDI *et al.*, “A14People – An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations”, *Minds and Machines*, vol. 28, 2018, pp. 689-707. También es de reseñar que el único principio genuinamente propio de la Inteligencia Artificial, la “explicabilidad”, sea al mismo tiempo el único no viable debido al problema de la Caja Negra, que además repercute en el ejercicio de otros derechos ya reconocidos (v. gr., en el Reglamento de Protección de Datos de la UE), hasta el punto de hacerlos inviables.

⁶³ Unión Europea. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Acuerdo de 7 de diciembre 2000. LCEur 2007\2329. DOC 30 marzo 2010, núm. 83.

⁶⁴ Artículo 1. El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad. Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. 11 de noviembre de 1997.

herente a la temática que estamos tratando el “principio de reversibilidad”, esto es, que los experimentos que se puedan realizar con las tecnociencias no puedan nunca superar un umbral a partir de cual, suceda lo que suceda, no cabría dar marcha atrás porque estaría fuera del control humano. Es cierto que no podemos “des-inventar” ni “des-des-cubrir” la energía atómica o la ingeniería genética (y tampoco queremos). Pero sí podemos tomar medidas para impedir cualquier acción que pueda poner en peligro potencialmente el contexto vital y material donde coexisten los seres humanos y el resto de seres vivos, empleando criterios lo más objetivos, rigurosos y realistas posibles. Sin estas medidas, solo cabe cruzar los dedos y desearnos suerte (con estas medidas, también, pero al menos nos damos alguna oportunidad).

Las moratorias científicas serían una consecuencia de este principio. Por lo pronto, es un hecho indubitado que no constituyen una cuestión meramente teórica ni académica debido a que se convocaron en el pasado y se seguirán convocando en el futuro. La cuestión clave estriba en si los juristas nos vamos a dar alguna vez por aludidos para poder enfrentarnos a lo que supone convivir con la hipotética aparición de los denominados “cisnes negros”.⁶⁵

Podemos optar por seguir como hasta ahora, esto es, no tenerlas en cuenta desde un punto de vista jurídico. Resultaría una posición bastante cómoda: los jueces solo aplican el derecho positivo aprobado por el poder legislativo sin quebrarse más la cabeza con situaciones para las que nadie está preparado. De esta forma, las moratorias seguirían siendo algo exótico para el Derecho, una boutade de científicos encandilados por los movimientos asamblearios y la autogestión.

Por el contrario, la propuesta que formulamos pretende afrontar una realidad: la tecnociencia contemporánea exige recursos jurídicos para poder resolver con inmediatez una situación sobrevenida; y carecemos de dichos recursos. El hecho de que se declaren o propongan moratorias lo debemos tomar como una señal o advertencia de que el Derecho no alcanza, que los poderes públicos son demasiado lentos para tomar decisiones; que determinadas investigaciones exigen decisiones inmediatas, sobre la marcha, que

⁶⁵ “Un evento de tipo ‘cisne negro’ es un suceso muy poco frecuente, aunque con elevado impacto; tan raro, que puede que ni siquiera sea observado. Por tanto, la probabilidad de que ocurra normalmente solo puede estimarse con un alto grado de incertidumbre”, COMISIÓN EUROPEA. Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, *Directrices Éticas para una IA Fiable*, 2018.

no pueden ser demoradas; y que los riesgos son enormes. Nuestros ordenamientos jurídicos están adaptados a la tercera revolución industrial, un contexto donde lo más peligroso son las armas nucleares, bacteriológicas, etc., esto es, un contexto donde las variables son relativamente predecibles. Sin embargo, nunca nos habíamos planteado que se pudiera intervenir en los seres vivos como ahora parece plausible, ni que tuviéramos que lidiar con potenciales entidades biológicas, artificialmente creadas, que superan el tamaño, y por ende, las capacidades de replicación y/o reflexión, de los microorganismos.

Cualquiera que se adentre en el estado de la tecnología contemporánea podrá comprobar la discordancia existente entre nuestros ordenamientos jurídicos y la celeridad con que avanzan las investigaciones. Términos como CRISPR, *biobots*, redes convolucionales, Caja Negra, *biobricks*, *genes drivers*, moléculas dextrógiras, etc., tan comunes en ciencias, no arrojan ningún resultado en las bases de datos jurídicas a pesar de las enormes implicaciones que pueden tener para nuestras sociedades. Determinados proyectos no están ni permitidos ni prohibidos porque nadie sabe que se han planteado; y no porque sean investigaciones secretas, dado que aparecen en las principales revistas científicas, sino simplemente porque son tan extravagantes que nos parece innecesario regularlos antes de tiempo; o porque sencillamente no comprendemos sus implicaciones debido a que no sabemos distinguir la ciencia ficción de la tecnociencia potencialmente posible. Nuestro razonamiento colectivo es: cuando llegue el momento, se creará la normativa adecuada empleando los cauces formales tradicionales; y si llegamos tarde, los daños no serán tan cuantiosos ni tan irreversibles como para no poder asumirlos colectivamente.⁶⁶

En biomedicina, lo ideal sería no modificar la línea germinal humana, pero ya se ha hecho; en ingeniería genética, lo ideal sería poder saber cuándo

⁶⁶ El retraso del derecho con respecto a los avances tecnocientíficos está siendo denunciado en numerosos informes (véase FEDERACIÓN DE CIENTÍFICOS ALEMANES (VDW), Grupo de estudio sobre la Evaluación Tecnológica de la Digitalización, *Informe sobre los Principios Asilomar en Inteligencia Artificial*, 2018; W. GRANT, "Minimizing global catastrophic and existential risks from emerging technologies through international law", *Virginia Environmental Law Journal*, vol. 31, 2013; G. MARCHANT, "The growing gap between emerging technologies and the law", en G. MARCHANT et al., *The Growing Gap Between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight*, Springer, 2011, pp. 19-33; AMERICAN ASSOCIATION FOR THE ADVANCEMENT OF SCIENCE; FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION; UNITED NATIONS INTERREGIONAL CRIME AND JUSTICE RESEARCH INSTITUTE, *National and Transnational Security Implications of Big Data in the Life Sciences*. 2014).

un ente biológico ha sido modificado genéticamente, pero ya no se puede saber, ni aunque sea un embrión humano (v. gr., CRISPR); en Inteligencia Artificial, lo ideal sería no crear algoritmos que incumpliesen el principio de “explicabilidad”, pero ya se crean, y además, son los más prometedores (v. gr., Caja Negra); en neurología, lo ideal sería que las neuronas humanas no interactuasen con las de animales, pero ya se hace. Simplemente, estamos llegando tarde.

Sin embargo, el peor escenario para la sociedad no es que el Derecho llegue tarde, sino que simplemente ya no sea necesario. Nadie se planteó regular la energía nuclear hasta que vimos dos ciudades desaparecer en segundos; y la podemos regular porque afortunadamente quien predijo la ignición de la atmósfera terrestre se equivocó. Si los científicos están aprendiendo a reescribir la materia viva y la inerte, los juristas debemos estar a la misma altura a la hora de poder tomar decisiones. Sin caer en fatalismos tecnofóbicos, pero sin sobrestimar nuestra capacidad de reacción ante eventos que ni siquiera podemos imaginar que sean posibles.

MANUEL JESÚS LÓPEZ BARONI
Universidad Pablo de Olavide
Carretera de Utrera 1
41013. Sevilla
e-mail: mjlopbar1@upo.es

RECENSIONES

Cintia FARACO y Simona LANGELLA (ed.).
Francisco Suárez (1617-2017)
Atti del convegno in occasione del IV centenario della morte.
Capua: Artetetra 2019. 312 pp.

JESÚS MUÑOZ ALMAZÁN
Universidad de Barcelona

Palabras clave: centenario, teología, Derecho natural
Keywords: centenary, theology, natural Law

La revista *Heliopolis. Culture Civiltà Politica* ha emprendido un nuevo proyecto con la colección *Quaderni di Heliopolis*, libros colectivos destinados a reunir las últimas y más plurales investigaciones sobre los clásicos del pensamiento, en colaboración con la editorial Artetetra. El libro colectivo que reseñamos hace la primera entrega de estos *quaderni*, editado por Cintia Faraco y Simona Langella, y está dedicado al doctor eximio Francisco Suárez; reúne las ponencias que pudieron seguirse en la Universidad de Génova el 1 de diciembre del 2017 en el congreso *Francisco Suárez S. I. (1548-1617): alle soglie della modernità*, organizado por Simona Langella, Damiano Simoncelli y Stefania Zanardi. El congreso quiso conmemorar el cuarto centenario de la muerte del teólogo jesuita y para ello reunió los nombres más destacados en los estudios suarecianos de Italia. Los que nos perdimos el congreso podemos ahora ser parte de aquel debate con la lectura de este volumen.

Los dieciséis ensayos que se reúnen están organizados en tres secciones: la primera, *appunti filosofici*, se compone de seis ensayos; la segunda, *appunti giuridico-politici*, recoge cinco; y la tercera, *appunti sull'Eredità del Pensiero*, otros cinco. El libro culmina con un índice de nombres que servirá de ayuda al investigador. Pasamos a reseñar brevemente cada uno de los artículos.

La sección primera, dedicada a las cuestiones de metafísica, lógica, gno-seología, esto es, filosofía en sentido estricto, abre con un artículo de Ilaria

Acquaviva, «Implicazioni ontologiche nella dottrina suareziana del concetto tra *verbum mentis* e *proles mentis*», acerca de la implicación entre *verbum mentis* y *proles mentis* en las *Disputationes Metaphysicae* (1597). Su trabajo comienza con una exposición precisa del *conceptus formalis* y el *conceptus objectivus* en Suárez y su confrontación con Duns Scotto, Auréolo, Capreolo y Soncinate. Desde los *concepti* se nos presenta la articulación gnoseológica entre el *verbum mentis* y el *esse objectivum*, de lo cual Acquaviva extrae una primera conclusión: la teoría del concepto de Suárez renuncia al paralelismo real entre noema-noesis, entre *res* y *conceptus*. Una vez presentado el fondo gnoseológico del concepto en Suárez, la autora extrae las implicaciones ontológicas del mismo: es la *realitas objectiva* lo ratificado en el pensamiento, luego es la *essentia reale* lo que determina al ente real; con la primacía de la *essentia*, la *existentia* queda relegada a una *aptitudo essendi*, esto es, a una disposición virtual del ente para existir. Con este estudio que pasa de la gnoseología a la metafísica, Acquaviva nos muestra un Suárez desapegado de Tomás de Aquino y cercano a las posiciones de los discípulos de Scotto.

De la aproximación analítica de Acquaviva pasamos a la aproximación teológica de Giancarlo Colacicco. En este segundo ensayo, «Il Libro Δ della Metafisica. Francisco Suárez e il confronto con Aristotele», se investigan las implicaciones teológicas en la obra metafísica suareciana. Colacicco explora la relación de la ciencia metafísica con la teología a través del proemio de las *Disputationes* y de la confrontación de la disputación XII con el libro delta de la *Metafísica* de Aristóteles. La conclusión general que extrae es que la metafísica suareciana no es ciencia de la causa sino del principio, en el sentido trinitario que toma en las *Disputationes*, y que la sistematización de su metafísica defendida desde Courtine cobra sentido si se lee, primero, la subsunción de Dios como principio metafísico discernible por luz natural y, segundo, la noción trinitaria de principio, que no es mera causa externa del ser.

Constantino Espósito, autor de gran reconocimiento en los estudios suarecianos, firma el tercer artículo de esta sección dedicada a la filosofía del jesuita granadino: «Francisco Suárez o del debito teológico dell'ontologia moderna». Sigue desplegando en estas páginas la idea de que Suárez es el padre teológico de la tradición ontológica moderna y lo hace atendiendo al momento en que el teólogo se viste de metafísico en las *Disputationes*. Advierte Espósito que con Suárez la metafísica se coloca en posición precedente a la teología; para hacer teología se requiere primero de metafísica, dice Suárez en el proemio; luego la teología sigue a la metafísica. Este desplazamiento

de las ciencias lleva consigo el desplazamiento del objeto de estudio: Dios, en las *Disputationes*, cae bajo el concepto único y primario de ente *ut sic*; Dios se reduce al objeto de la metafísica. Esta reducción metafísica no está exenta de contrariedades (¿cómo la causa del ente cae bajo la razón de ente?), contrariedades que Espósito va haciendo evidentes y va encajando resolutivamente con una brillante exposición de la terminología suareciana. Finaliza el ensayo con un breve comentario sobre la suerte de esta terminología de las *Disputationes* en el sistema de Descartes y Wolff.

Una cuestión clásica en el tomismo es la naturaleza de la sustancia inmaterial creada. Suárez, que no dejó de considerarse deudor de Tomás de Aquino, también se interroga acerca de la angelología en distintos lugares de su *opera omnia*, principalmente en las *Disputationes* y en el *De Angelis*, el tratado donde Suárez comenta la *prima pars* de la *Summa Theologiae* (qq. 50-64), publicado póstumamente en 1620. Simone Guidi firma el artículo «“Solo lumine naturae utens”. Suárez e la *ratio* nel *De angelis*: note su DM 35, 1-3», donde explora largamente la *disputatio* XXXV y el *De Angelis* preguntándose si en el sistema suareciano la razón es capaz de comprender la existencia y la esencia de los ángeles. Sin duda se trata de un campo poco explorado por la doxografía filosófica y sin embargo importantísimo para arrojar luz sobre la totalidad del sistema teológico, metafísico y epistemológico de Suárez.

En línea con la tesis de la ontología moderna como secularización de la teología de la escolástica hispana, Francesco Ramella lee la *disputatio* XXXIV para encontrar en la determinación del constitutivo formal de la persona aquellos argumentos que se encuentran entre dos aguas, entre la teología y la metafísica. En «Il Costitutivo Formale della Persona in Francisco Suárez tra Teologia e Metafisica», nos muestra que el misterio de la encarnación sirve a Suárez para encontrar una distinción real entre el supuesto y la natura y tal distinción consiste en un *aliquid positivum* que hace a la *personalitas* o *suppositalitas*. Este *aliquid positivum* se resuelve, muy cercanamente a la propuesta del Cardenal Cayetano, en el modo existencial. Toda la cadena de argumentos y la confrontación de Suárez con Juan Capreolo y con Tomás de Vio se exponen en este ensayo con la sutilidad requerida por Ramella.

Gian Pietro Soliani cierra con su artículo, «La connessione necessaria in Suárez tra assolutezza di Dio e assolutezza del possibile», esta primera sección del volumen dedicado a Francisco Suárez. Soliani nos trae el *De divina substantia* (1606), en busca de la conexión entre Dios absoluto y las creaturas posibles. Parte de la cuestión acerca de si los beatos al ver a Dios también ven

todas las creaturas al estar todas contenidas virtualmente en Aquél: si es que sí, ¿ven el ser o la esencia de las creaturas? Para responder a eso primero es conveniente conocer qué tipo de relación hay entre Dios y las creaturas posibles. Desde esta altura Soliani puede dar cuenta de la distinción suareciana entre relación *secundum esse* y *secundum dici*; entre *habitus transcendentalis* y *connexio causalitatis*; entre posibilidad positiva y posibilidad negativa.

La segunda sección del libro recoge los ensayos sobre el aspecto jurídico-político del pensamiento de Suárez. Abren la sección las editoras del volumen, Simona Langella y Cintia Faraco, cuyos trabajos son de obligada lectura para acercarse hoy a autores como Francisco de Vitoria o Francisco Suárez. Langella, «La natura ancipite dello *ius gentium*: da Vitoria a Suárez», dedica sus páginas a exponer sucintamente la posición del *ius gentium* respecto al derecho natural y derecho positivo en Vitoria, Domingo de Soto, Fray Luis de León y finalmente Francisco Suárez. La naturaleza intermedia del *ius gentium*, entre lo natural y lo positivo, hace que los términos deban tratarse con suma delicadeza y enorme rigor. Langella tiene la erudición exigida y expone las divergencias y similitudes entre autores con el grado de precisión que requiere la cuestión.

Faraco, en «*Cum eis statuit*: il Creatore, la legge, l'uomo. Prospettive filosofico-politiche nell'opera suareziana», recorre los conceptos fundamentales del sistema filosófico-político suareciano: *lex in commune*, *lex aeterna*, *lex naturalis*, *lex humana*. En el libro quinto del *De opere sex dierum* (1621), cuya edición italiana de 2015 viene traducida y editada por ella en la misma editorial Artetetra, encuentra la expresión «*ex legibus, quas cum eis [primis hominibus] [Deus] statuit*», que sugiere una relación especial entre el Creador y las creaturas: el ser humano coopera en la obra divina por medio de su libre arbitrio, gracia divina. Faraco muestra el lado más político del *concursum auxilii*. Los ensayos de Langella y Faraco son esclarecedores para el avezado en los estudios suarecianos y son, al mismo tiempo, propedéuticos para el incipiente conocedor de la obra política de Suárez.

En el tercer ensayo de la sección, «“*De lege non scripta, quae consuetudo appellatur*”». Note su consuetudine e governo nel pensiero di Francisco Suárez», Maurizio Merlo estudia el *De legibus* (1612) para profundizar en el *ius gentium* y su enclave en el sistema de Suárez. Su lectura se centra en el libro II y VII del tratado sobre las leyes y le acompaña una vasta bibliografía de especialistas sobre la cuestión política y moral, sobre la *consuetudo*, en Francisco Suárez. La erudición de Merlo sirve para esclarecer los conceptos

de *usus, mos y consuetudo* y la posición de éstos con relación al *ius scriptum* y al poder legislador de la república. Se trata de un trabajo de gran precisión conceptual que complementa bien la exposición de Langella.

No todas las palabras acerca de la moral, el derecho y la política se contienen en el *De legibus*, la prolificidad de Suárez fue vasta y exige al especialista ir más allá de los tratados más célebres del autor. Damiano Simoncelli muestra este Suárez más allá del *De legibus* en «Note sulla coscienza invincibilmente errónea in Francisco Suárez». El autor se acerca a la cuestión de la conciencia invenciblemente errónea en los tratados *De voluntario et involuntario* y *De bonitate et malitia humanorum actuum* (1628). Comienza extrayendo la definición suareciana de conciencia, concepto clave que liga el entendimiento, el bien moral y la recta acción. Si la conciencia obliga siempre a la acción, ¿también obliga cuando el juicio sobre el bien moral es erróneo?, ¿qué tipos de errores puede cometerse en el juicio práctico?, ¿hay errores justificables?, ¿en qué sentido Suárez se aleja de Tomás de Aquino? Estas son algunas preguntas que se responden en el ensayo de Simoncelli. Ofrece además este autor una introducción a unos tratados algo marginados injustificadamente por los estudios suarecianos.

A la teoría de la guerra justa nos introduce Sofia Torre en «Lo *ius belli* alla luce della teoría suareziana del diritto naturale», de la mano de la traducción al italiano, a cargo de Aldo Andrea Cassi, de la sección *De bello, disputatio XIII* del *De triplici virtute* (1621). Al respecto es conocido el trabajo de Luciano Pereña, que dedicó grandes esfuerzos a desgranar el *De Bello* y fue quien nos trajo la edición castellana por la editorial Espasa-Calpe. Sofia Torre se adentra en el *ius belli* de Suárez y nos ofrece una válida exposición de los conceptos utilizados por el jesuita granadino, con especial atención al derecho natural y una sugerencia final que anima a pensar la guerra humanitaria con ayuda de la especulación suareciana. Torre cierra esta segunda sección sobre el aspecto jurídico-político de la obra de Francisco Suárez.

Appunti sull'Eredità del Pensiero, la última sección del primero de los *quaderni di heliopolis*, no pierde ni un ápice del tono sugerente y propedéutico que domina el volumen, pese a ser la sección más corta. Recoge los artículos que ponen en relación la filosofía de Francisco Suárez con pensadores posteriores. Ilaria Pizza con «Considerazioni in merito all'influenza suareziana sull'"etiamsi daremus" di Ugo Grozio» nos introduce en la muy estudiada influencia de Suárez sobre el *De iure belli ac pacis* (1625) de Hugo Grocio. En concreto se pregunta si podría ser herencia suareciana el argumento «etiamsi

daremus» de Grocio, en su prolegómeno 11, donde establece que aún sin Dios, los principios del derecho natural serían válidos. Se trata de una hipótesis que en efecto también encontramos discutida en el *De legibus* de Suárez, por lo que autores como Ambrosetti se han lanzado a atribuir aquí una deuda de Grocio con Suárez. Otros autores, como Guido Fassò, ven que se trata de una hipótesis ya presente en otros escolásticos hispanos e incluso en algunos estoicos como Marco Aurelio, a quien Grocio conocía bien.

Menos dudas presenta Daniele Rolando en «*De ratione et auctoritate in rebus theologicis*. Un altro modelo di teología», que toma a Suárez como parte de una vía de la modernidad que logró erigirse victoriosa, consistente en una ontología de-teologizable. Frente a ella, Rolando delinea una tradición subterránea, una teología de-ontologizable, una vía alternativa de la modernidad. Se despliega una línea interpretativa de la modernidad que pasa por Jansen, Pascal y acaba en Hume: la libido, el corazón y el sentimiento definen aquí al ser humano bajo una concepción radical de la *charitas*.

De vuelta a Suárez, Raffaella Santi, especialista en la obra de Hobbes, nos sugiere en «Hobbes vs Suárez» que en el *Leviatán* (1651 en inglés, 1668 en latín; Santi se sirve de ambas) el jesuita granadino se encuentra presente explícita e implícitamente: Hobbes es explícito cuando cita a Suárez, su *De concursu, motione et auxilio Dei* (1620, en *Varia opuscula theologica*) para ridiculizar el estilo y la terminología de la escolástica; pero Hobbes, nos dice Santi, habría asumido algunos elementos de la doctrina política suareciana que el inglés no estaría dispuesto a admitir. La sospecha le viene a Santi por el silencio que guarda Hobbes respecto al *De legibus* y a la *Defensio fidei*, obras que debía conocer por la polémica con Jacobo I a propósito del juramento de fidelidad. Y la sospecha coge peso cuando Santi confronta textos entre los dos autores y comprueba cierta afinidad o resonancia terminológica. Una hipótesis difícil de contrastar, pero enormemente sugerente.

Seguidamente, en «La proprietà tra Suárez e Locke (e le origini del liberalismo)» Antonio Allegra rastrea la influencia de Suárez sobre el pensamiento político de John Locke, una línea también trabajada en España por Prieto López y Baciero. Allegra apunta a la cuestión de la propiedad y acude al *De opere sex dierum* para confrontarlo con las tesis lockeanas sobre la propiedad en el estado de naturaleza, en el *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (1689). Encuentra similitud en el título de propiedad basado en el trabajo y en la soberanía divina sobre toda la creación y la consecuente relación entre derecho natural y dominio. La conclusión de Allegra es que el liberalis-

mo puede encontrar su origen doctrinal en autores anteriores a Locke como Suárez, una conclusión difícil que hace eco de los estudios de Schumpeter.

Por último, cierra el libro un artículo sobre la *philosophia prima* de Wolff, acerca del cual hay unanimidad a la hora de reconocer una fuerte impronta de las *Disputationes* de Suárez. Con «“In philosophia reddenda est ratio, cur possibilis actum consequi possint”. Le forme wolffiane del possibile, un’eredità suareziana?», Gianluca Dioni no discute ni justifica esta influencia, sino que se dedica a hacer una exposición de las proposiciones fundamentales de la metafísica del filósofo alemán. Quien haya prestado atención a la primera sección podrá encontrar en estos conceptos wolffianos la marca de la suareciana *aptitudo essendi*.

Unas impresiones generales sobre el libro en su conjunto: (1) parece común a estos autores tomar a Suárez como autor original en la historia del pensamiento; (2) se considera el suarismo con plena autonomía frente al tomismo (incluso en ocasiones se le emparenta más con el nominalismo o el escotismo); (3) se hace patente una preocupación historiográfica que busca hacer justicia a la posición que merece Suárez en la historia del pensamiento; (4) es generalizada la asunción de que a él se debe la modernidad filosófica, quizá por ello se suele señalar más la ruptura de Suárez con sus maestros que no las deudas que el jesuita contrae con ellos; (5) compruebo también que se lee al teólogo granadino con intención de recoger los problemas filosóficos de su tiempo mediante el utillaje conceptual de las filosofías del siglo XX, sean de corte analítico o metafísico posheideggeriano; (6) y así como se acude a la historia con la sofisticación contemporánea, también está presente la intención de ver en los conceptos suarecianos respuestas para los problemas de nuestro tiempo.

El conjunto de estos artículos deja una buena muestra de los estudios suarecianos en Italia. Hay un gran interés por Francisco Suárez en la península itálica y especialistas de renombre que hacen un elogioso esfuerzo por la divulgación del teólogo jesuita. Esperamos que el proyecto de los *quaderni di heliopolis* alcance la buena fortuna que tanto merece el esfuerzo de sus responsables.

JESÚS MUÑOZ ALMAZÁN

Universidad de Barcelona

e-mail: jesusmunozalmazan@gmail.com

Octavio SALAZAR BENÍTEZ

La vida en común. Los hombres que deberíamos ser después del coronavirus,
Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2021, 224 pp.

ALICIA CÁRDENAS CORDÓN
Universidad de Córdoba

Palabras clave: Estado social, pandemia, igualdad de género, cuidados
Keywords: Welfare state, pandemic, gender equality, care work

Los meses que han transcurrido desde el inicio de la pandemia de la COVID-19 han evidenciado que esta excepcionalidad sanitaria no está ni significando ni suponiendo lo mismo para todos. Aún más diferentes para unos y otros fueron los meses de confinamiento total, en los que pudimos observar cómo esta situación estaba incidiendo de manera desigual en función de nuestra clase social, de nuestra edad, de la ocupación o el trabajo, o del género, entre otros. Precisamente de esta constatación y durante esos meses surge el presente trabajo del profesor Octavio Salazar Benítez, en el que analiza al detalle cómo las actuales condiciones sanitarias, pero también las sociales, las políticas y las culturales afectan de manera diferente a hombres y a mujeres. En un momento en el que se repetía como un mantra la idea de que esta pandemia sacaría lo mejor de nosotros evidenciamos las profundas desigualdades que como sociedad nos habitan, siendo la desigualdad de género uno de los problemas estructurales que nos urge abordar. En este sentido, esta obra está pensada y escrita desde el convencimiento de que el momento crítico que atravesamos como sociedad supone, por otro lado, una oportunidad para iniciar un proceso de transformación que nos lleve a la conformación de un nuevo pacto social y constitucional que tenga entre sus ejes principales la igualdad entre hombres y mujeres y, en definitiva, que profundice y mejore nuestros derechos y nuestra democracia.

A lo largo de los 18 capítulos del libro, se abordan diferentes temas que afectan o están vinculados a algunos de los pilares fundamentales del pac-

to constituyente vigente hoy día: garantía y protección de los derechos fundamentales, igualdad de género, consolidación del estado social, derecho a la cultura, etc. Estos capítulos podrían agruparse, según nuestro parecer, en cinco grandes bloques temáticos entorno a los cuales el autor reflexiona, invitando a quien lee a que se sume y lo acompañe y, en todo caso, a que piense en clave de género lo que ha supuesto su propia experiencia de confinamiento. Estos ejes son: 1) implicaciones y transformaciones del sistema y espacio público/privado, 2) protagonismo de internet, las redes sociales y la cultura, 3) múltiples violencias, 4) cambios en el modelo de masculinidad hegemónica, y 5) los cuidados como la gran revolución pendiente.

IMPLICACIONES Y TRANSFORMACIONES DEL SISTEMA Y ESPACIO PÚBLICO/PRIVADO

Sin duda, los primeros meses de pandemia supusieron una limitación radical de nuestras vidas en el espacio público. La obligación de permanecer en las casas, salvo en aquellos casos justificados o para las actividades permitidas, suprimió casi por completo las posibilidades de desarrollo personal y profesional en relación y contacto directo con los otros y con el espacio “exterior”: las calles, los parques, los centros de trabajo, las plazas, los bares y las tiendas, etc. Al respecto, el autor recuerda cómo precisamente es el espacio público en el que, tradicionalmente, los hombres han encontrado satisfacción y desarrollo para la inmensa mayoría de las facetas de sus vidas, trabajando fuera de casa, socializando con los vecinos y amigos en el bar, etc. Aún está muy presente en el imaginario colectivo la figura o idea de un Ulises aventurero que vuelve a casa buscando la paz, atención y cuidados del hogar, donde pacientemente espera una Penélope amable dispuesta a satisfacer sus necesidades. Es cierto que el confinamiento alteró la dimensión espacio temporal de gran parte de la ciudadanía, pero, especialmente, de muchos hombres. No es de extrañar, por tanto, que durante esos meses de la única tarea del hogar de la que el hombre se ocupó de forma mayoritaria frente a las mujeres fuese la de ir al supermercado a realizar la compra, seguida de pasear a la mascota, las únicas tareas que nos permitían en esos momentos estar en el espacio público. Es por esto por lo que el autor defiende que el confinamiento ha supuesto para muchos hombres el descubrimiento de un espacio como el hogar, que habitualmente no ha ocupado o habitado, y ha presentado una posibilidad ideal para revisar el papel de estos en dicho en-

torno ya que, en muchos casos hasta el momento, este se limitaba a “ayudar” a las mujeres en las tareas del hogar.

Una de las principales transformaciones que dentro de este sistema tradicional de lo público y lo privado tuvo lugar durante los meses de confinamiento fue el traslado al hogar de la actividad laboral realizada, en la mayoría de los casos, en los lugares y centros de trabajo ajenos a este. El teletrabajo, una experiencia que muchos descubrimos en ese momento y que parece que será la realidad para muchos trabajadores de aquí en adelante, supone, según el autor, un arma de doble filo en términos de igualdad de género. Durante el confinamiento diversos estudios nacionales e internacionales reflejaron cómo esta modalidad de trabajo elevaba el cansancio de muchas mujeres que, además de ocuparse de sus responsabilidades laborales o profesionales, debían atender en el mismo espacio las tareas del hogar, los cuidados e incluso garantizar que sus parejas tuviesen el tiempo y las condiciones para trabajar sin molestias. De hecho, muchas mujeres encontraron en la madrugada el mejor momento –o el único– para trabajar. En el ámbito de la academia, en múltiples ocasiones se ha advertido de que esta situación está suponiendo un aumento de la brecha de género entre investigadores e investigadoras que se traduce, entre otras, en el incremento significativo de la productividad de los hombres (publicaciones, trabajos, conferencias, etc.) en detrimento de la productividad de las académicas por sobrecarga con las tareas del hogar y cuidados. Por ello, el autor insiste en que, si el teletrabajo ha venido para quedarse, las propuestas y las políticas laborales que se hagan en este sentido deben ser abordadas y aplicadas con perspectiva de género, procurando que esta nueva realidad no aumente aún más la brecha de género que existe en el ámbito del hogar y en el ámbito laboral o profesional.

Otra de las dimensiones que experimentó cambios significativos fue el tiempo. En el capítulo dedicado a este, el autor explica cómo quien controla el tiempo tiene el poder. El profesor Salazar desarrolla la triada tiempo, poder y hombre, propia de una masculinidad hegemónica que se refleja, por ejemplo, en la multitud de anuncios de marcas y tipos de relojes dirigidos a los hombres, en contraposición con los reclamos de consumo orientados a las mujeres. Sin embargo, esta concepción del tiempo, “caracterizada por su velocidad y por su dimensión lineal”, se vio significativamente afectada durante los meses de confinamiento. De repente, todas las actividades del día a día se desarrollaban en el mismo espacio y, más allá de la convocatoria de aplauso a las 20h. a la que muchos se sumaron, muy pocos estímulos del

exterior marcaron nuestros ritmos de vida. Experimentamos en muchas ocasiones una concepción del tiempo más horizontal en la que integramos con mayor facilidad todas las realidades que, como seres humanos, habitamos. Por ello, el autor entiende que es un buen momento para replantearnos, a nivel colectivo e individual, romper con ese tiempo lineal y fugaz muy asociado a los valores culturalmente masculinos y adoptar una noción de tiempo caracterizada, entre otros, por atender los distintos espacios de los que formamos parte y a las personas que los integran.

PROTAGONISMO DE INTERNET, LAS REDES SOCIALES Y LA CULTURA

Uno de los protagonistas durante el confinamiento en buena parte de los hogares fue internet. Este y las redes sociales nos permitieron estar conectados entre nosotros más que nunca. Pudimos hablar con nuestros seres queridos allí donde estuviesen y, en muchas de estas conversaciones, se pusieron en valor otros contenidos y formas comunicativas que, habitualmente, no habían estado tan presentes a la hora de relacionarnos: prestamos más atención a nuestra dimensión emocional y la de nuestros allegados, nos preocupamos mucho más por las cuestiones de salud física y psicológica, y compartimos las distintas formas de gestionar y enfrentarnos a esta situación. En este sentido, el autor destaca cómo la pandemia nos ha servido para visibilizar y practicar otras maneras de relacionarnos interpersonalmente en las que están presentes, con mayor frecuencia, los cuidados y la preocupación por los demás.

Además de sentir más cerca a quienes estaban lejos, internet también nos ofreció multitud de posibilidades de entretenimiento con el acceso gratuito a diversos recursos disponibles en la web: algunos museos abrieron sus puertas para que los pudiésemos visitar desde casa, las bibliotecas pusieron a nuestra disposición sus fondos bibliográficos digitales, muchas plataformas ofrecieron contenido audiovisual, asistimos a los conciertos de nuestros artistas favoritos desde el sofá, etc. Detrás y delante de muchas de estas iniciativas estaban las mujeres del mundo de la cultura, artistas y profesionales cuyos trabajos tienen más dificultad para ser visibilizados por una industria cultural que, como cualquier otro sector atravesado por el patriarcado, se caracteriza por su androcentrismo. En este sentido, el profesor Salazar defiende que las redes sociales supusieron una gran oportunidad para visibilizar los trabajos de muchas mujeres que, en una situación de “normalidad

prepandemia”, hubiesen permanecido invisibilizados. Asimismo, el profesor Salazar nos invita a reflexionar sobre la relevancia que el ámbito cultural tuvo para muchos de nosotros durante estos meses de encierro, en contraposición con el escaso valor que le damos a esta en situaciones de “normalidad” sanitaria y democrática.

MÚLTIPLES VIOLENCIAS

Para muchos, pero especialmente para muchas, la COVID-19 no ha sido la única amenaza para su salud física y psíquica durante estos meses. Tanto la vulnerabilidad como las violencias en el ámbito del hogar aumentaron de manera muy significativa ante la obligación de permanecer en casa con quienes ejercen violencia y agreden a sus parejas o familiares. A este hecho se sumó la drástica reducción del contacto con otras personas ajenas al ámbito doméstico, en muchas ocasiones la vía principal para solicitar auxilio o recibir ayuda y sostén. Especialmente dramática fue la realidad de las mujeres que sufren violencia de género. La ONU calificó la realidad de estas como una “pandemia en la sombra”, agravada durante los meses más duros del confinamiento. Tan solo en España, en el mes de abril las llamadas al 016 se incrementaron en un 60% y las consultas online sobre violencia de género aumentaron en un 586% con respecto al mismo mes del año anterior. Las peticiones de ayuda a servicios de asistencia a víctimas de violencia de género aumentaron casi en un 58% durante todo el confinamiento respecto a los mismos meses del año anterior. Sin embargo, a pesar del aumento de la violencia hacia las mujeres, la otra cara de la moneda refleja cómo se produjo un ligero descenso del 10% en las denuncias con respecto a los meses del año anterior, según datos del Consejo General del Poder Judicial. Por su parte, aumentó también la violencia ejercida hacia niños y adolescentes, resultando especialmente significativo que las ideas suicidas de estos pasaron de ser de un 1.9% en 2018, a un 8.3% en la primavera de 2020. Estos son tan solo algunos datos que reflejan la dureza de la realidad de la violencia en el ámbito del hogar y sobre la que el autor reflexiona, junto con otros temas, en clave de igualdad de género.

CAMBIOS EN EL MODELO DE MASCULINIDAD HEGEMÓNICA

En varios puntos del trabajo, el profesor Octavio Salazar manifiesta su crítica hacia el lenguaje empleado por buena parte de nuestros políticos a la hora de gestionar la pandemia y comunicarse con la ciudadanía. Este, en un tono bélico, convirtió una crisis sanitaria en una guerra, al personal sanitario en héroes y heroínas y a las posibilidades y condiciones para superar la enfermedad en una batalla. En este sentido, el autor nos hace reflexionar sobre la relación que existe entre el modelo de masculinidad hegemónica y la forma de gobernar y, concretamente, de ocuparse políticamente de la pandemia: *“un Estado social y democrático de Derecho no necesita héroes ni heroínas. Necesita unos representantes públicos responsables y comprometidos con el bienestar común, una ciudadanía igualmente responsable y solidariamente cívica y, muy especialmente, unos servicios públicos que garanticen que todas y todos podamos tener una vida digna, más aún en momentos de crisis”* (P. 103).

A pesar de ello, la crisis sanitaria ha permitido visibilizar otros ejemplos y modelos de masculinidad que se alejan significativamente de los hegemónicos hasta el momento. En estos casos destacaban comportamientos, valores y actitudes como la humildad, la asunción de errores, un estilo comunicativo no feroz, el empleo de un lenguaje cuidado o la posibilidad de mostrarse públicamente dudoso, inseguro. Al respecto, el profesor Salazar reflexiona sobre los distintos modelos de masculinidad y pone en valor aquellos que se alejan del mandato de poder y racionalidad absoluta y que, según él mismo, deberían convertirse en los referentes de la juventud masculina.

LOS CUIDADOS COMO LA GRAN REVOLUCIÓN PENDIENTE

Pero si algo nos ha demostrado esta pandemia es la importancia que tienen para el mantenimiento de nuestra sociedad todos los sistemas vinculados con el cuidado de las personas. En primer lugar, hemos experimentado las consecuencias del cierre de los colegios cuando la educación y la escuela tienen, en democracia, un papel protagonista en la construcción de ciudadanía. Sin embargo, el cese de la actividad educativa ha evidenciado cómo la educación de nuestros hijos e hijas sigue recayendo de manera principal en las mujeres, mermando en consecuencia las oportunidades laborales de estas. Por otro lado, se ha hecho mucho más visible algo que el feminismo lleva años denunciando: las cadenas globales de cuidados. Aparecieron dificultades en

muchas familias y en muchas trabajadoras cuando las restricciones de movilidad afectaron a los trabajos de cuidados de nuestros mayores y de nuestros hogares, desarrollados principalmente por mujeres migrantes en condiciones de precariedad laboral. Asimismo, hemos evidenciado el importante papel que nuestros mayores realizan a la hora de permitir la conciliación de la vida laboral y familiar. Los abuelos se hacen cargo de una parte muy importante del cuidado de los nietos y nietas ante un sistema productivo que imposibilita, en muchos casos, la atención de estos por parte de sus progenitores.

Sin duda alguna, la pandemia ha sacado a la luz el abandono de los poderes públicos hacia todos los trabajos reproductivos y de cuidados, así como la mala gestión y las carencias del sistema público a la hora de atender a quienes más lo necesitan. Sin embargo, esta realidad contrasta con el hecho de que cada vez vivimos más y, por tanto, necesitamos ser cuidados por más tiempo. Es por ello por lo que el autor identifica los cuidados como la gran revolución pendiente, en la que identifica dos objetivos clave: 1) dotar de valor social y económico a este tipo de trabajos y 2) asumir a nivel individual y colectivo una ética del cuidado, lo que pasa por reconocer la vulnerabilidad y la interdependencia como características comunes de todos los seres humanos. En este sentido, el profesor Salazar considera que necesitamos romper con el egoísmo liberal y la productividad porque nos impiden cuidar de nosotros mismos, del entorno natural y de los bienes públicos.

Por estas razones, pero también por muchas más que se comparten en el presente trabajo, el autor invita a realizar una serie de cambios que, si bien individualmente van dirigidos de manera directa a los hombres, necesitan ser atendidos de forma colectiva por toda la sociedad, señalando asimismo por parte del autor las transformaciones que desde el ámbito colectivo y político deben ser realizadas desde la sociedad y sus instituciones, con el fin de conseguir una democracia en la que la igualdad entre mujeres y hombres sea una realidad. Entre estas propuestas se encuentran la necesidad de revisar los espacios y los tiempos que habitamos como seres humanos, reconocer que somos vulnerables e interdependientes y, en ese sentido, debemos poner los cuidados en el centro de nuestras vidas y agendas políticas. Debemos construir unas infraestructuras sólidas y eficaces que sean capaces de atender a las necesidades de cuidados de la ciudadanía, repensar la manera que tenemos de vivir, de organizarnos, de relacionarnos con la naturaleza, y debe incorporarse la perspectiva de género en todas las políticas económicas que realicen los Estados. Por ello, ante el colapso que como sociedad estamos

viviendo, profundamente agravado con la COVID-19, el profesor Salazar reivindica los feminismos por ser en ellos donde se encuentran las propuestas y alternativas más eficaces para salir de esta situación de la única manera democráticamente posible: con más igualdad.

En definitiva, esta pandemia no solo ha afectado y mermado la salud pública de nuestro país, sino que ha incidido de manera notable en los pilares fundamentales de nuestro Estado social y democrático de derecho, poniendo en evidencia las debilidades y limitaciones de estos, pero señalando, al mismo tiempo, las tareas que como sociedad y país debemos abordar para mejorar y reforzar el pacto de convivencia. Son muchísimos los debates jurídicos que esta situación nos ha obligado a plantearnos en los últimos meses y, en este sentido, la ciencia jurídica, y de manera muy especial el Derecho constitucional, se han visto interpelados directamente para reflexionar y repensar unas categorías y conceptos que, aunque creíamos consolidados, se han tambaleado y debilitado de manera considerable: ¿qué está pasando con el Estado de derecho y con los sistemas de garantías de los derechos fundamentales?, ¿cómo estamos defendiendo y protegiendo los derechos e intereses de los niños y niñas?, ¿por qué fueron ineficaces los recursos dirigidos al cuidado y atención de nuestros mayores?, ¿son suficientes las infraestructuras actuales de sanidad y educación para satisfacer los objetivos de un Estado social?, ¿qué implicaciones tiene para la Ciencia Jurídica la constatación tan evidente de las condiciones de vulnerabilidad e interdependencia de las personas?, ¿va a proteger el Derecho a quienes cuidan?, ¿es eficaz el Estado a la hora de proteger la vida y los derechos de las mujeres?, ¿qué papel deben tener la cultura y el acceso a internet en una democracia hoy día?

Desde hace varios años, el Derecho constitucional tiene pendientes muchas reflexiones, debates y desafíos por asumir y, en este sentido, la pandemia ha evidenciado con más fuerza la necesidad y relevancia de estos. Si queremos garantizar el carácter social y democrático de nuestro Estado, necesitamos transformar, sin más dilaciones, los pilares manifiestamente insuficientes del pacto social y constitucional, pero debemos hacerlo desde la única perspectiva capaz de garantizar la igual dignidad entre sujetos y el respeto por el planeta que habitamos: el feminismo.

ALICIA CÁRDENAS CORDÓN
Universidad de Córdoba
e-mail: d12cacao@uco.es

Hugo SELEME.
Puro cristianismo,
Ediciones Coyoacán. México, 2018, 168 pp.

LISANDRO N. GÓMEZ
Universidad Nacional de Córdoba. Argentina

Palabras clave: Cristianismo, política, Derecho, moral, Filosofía
Keywords: Christianity, Politics, Law, Moral, Philosophy

1. INTRODUCCIÓN

Procurar un análisis de los fundamentos presentados por el Dr. Seleme en su reciente “Puro Cristianismo”, presume un profundo desafío que, en al menos dos aspectos, condicionan y dificultan su abordaje. En primer lugar, la reconocida trayectoria del autor genera que cada ensayo sobre su obra requiera de una lectura –o varias– para desmenuzar cada expresión utilizada. En segundo lugar, las ideas principales de “Puro Cristianismo”, provienen de las más profundas convicciones del autor y quien intentará comentarlas, no las comparte. No obstante, comprender las implicancias morales de una vertiente de pensamiento tan influyente en el campo de la filosofía política como ha sido el cristianismo presupone una tarea minuciosa –aunque breve debido a la extensión de este comentario– y que con el mayor de los respetos del caso, intentaremos llevar adelante.

2. LOS DIOSES MUERTOS

La propuesta es sumamente hábil: desde el título deja entrever que la obra, apuesta a purificar la idea que se posee sobre el cristianismo. Para ello, el autor se introduce en la descripción de tres concepciones de Dios, que denomina como de la *Ciencia*, la *Política* y la *Moral*, hoy muertos a manos de diferentes sucesos.

Estos dioses se muestran utilizados al servicio de quienes, en diversos momentos de la historia, han necesitado recurrir a una justificación de su accionar para imponerse frente a la comunidad. En palabras del autor “lo sagrado en pos de lo profano”¹.

2.1. El Dios muerto de la Ciencia

En este apartado no encontramos frente a la utilización de Dios como ente diseñador, que como arquitecto o ingeniero, desde la creación hasta nuestros días, ha procurado dar un orden que puede entenderse como sala de máquinas del universo. Claro, para el autor, este concepto ha colisionado con la realidad.

En efecto, desde aquella razón de ser del pensamiento cartesiano, que suponía a Dios como fundamento último de la ciencia, hasta su reemplazo por la literalidad en la interpretación de las sagradas escrituras que presuponen que Dios es origen y razón de todo, se ha sucedido el vaciamiento del concepto de la divinidad. Es ahí precisamente cuando el diseñador divino se enfrenta y se encuentra derrotado por concepciones que no requieren de su participación como justificativo de su existencia.

2.2. El Dios muerto de la política

Quizá el más importante de los capítulos de la obra, donde se propone un repaso por las concepciones políticas que han utilizado a la religión como vector de unificación y convivencia armónica: desde la Roma de Constantino, hasta el liberalismo, quien *mata* a Dios con su ideal de laicidad. En esta cuestión, Seleme critica la posición laicista heredada del iluminismo que abogaba por una Iglesia separada del Estado, entendiendo que dicha postura resulta anacrónica. Si bien concordamos en algunas cuestiones, debemos aclarar que debido a la extensión del presente comentario, solo nos remitimos a decir que estas posiciones se sustentan en lo que podemos decir como *acción y reacción* por parte de ambos actores, presumiblemente separados.

Al respecto, en la actualidad podemos describir diversos modelos de Estado donde se inserta esta discusión que van desde el tipo *confesional* al *ateo*, con sus beneficios y desventajas, pero que varios de los que existen, encuentran en ciertos caracteres de la laicidad, las garantías para la libertad

¹ H.O.SELEME, *Puro Cristianismo*, Ediciones Coyoacán. México, 2018. p. 16.

religiosa y el desarrollo de los individuos que conforman la comunidad.² En ese sentido, nos reservamos disentir acerca de la posición asumida por la Iglesia Católica, en especial si solo se observa el ejemplo “americano” y que tanto dista con la experiencia en otras latitudes –cómo en la que vive el autor de la obra–, respecto del alejamiento de la esfera pública que él describe. Entendemos que debido a la extensión de la Iglesia, transversal a muchos Estados, las posiciones difieren según las necesidades.³

Ahora bien, es destacable el esfuerzo que el autor realiza para distinguir las acciones privadas, respecto de la utilización de la religión como razón pública. Para ello recurre, como mencionamos, al dialogo con el “liberalismo americano”, entendido como aquel que se presume neutral respecto de las concepciones del bien⁴ y que pareciera ser el único interlocutor apto para el planteo de Seleme.

En ese sentido, procura dejar en claro que resulta un grave error intentar justificar el diseño o la oposición de normativas desde el concepto de un *dios legislador*, cuestión que demuestra con varios ejemplos que no distan demasiado de algunos debates de actualidad.

Por último se erige en crítico de aquellos que utilizan argumentos propios de la dogmática religiosa como razones para la adopción de decisiones públicas, llamándolos a no hacerlo puesto que existiría un deber moral de abstenerse, ya que entiende que todas las cuestiones “metafísicas y religiosas, por igual, deben ser excluidas de las justificaciones ofrecidas para las decisiones estatales”, sin que esto implique una renuncia a las convicciones ni al mandato de evangelizar que todo católico posee, sino que es un llamado a no recurrir a la coacción con tales fines.

² Los modelos de Estado moderno que ilustran la cuestión se pueden consultar en R. HIRSCHL, *Comparative constitutional law and religion*. Cap. 23, pp. 422 y ss., en T. GINSBURG, R. DIXON (eds.), *Comparative constitutional law*. Edward Elgar Publishing, 2011.

³ En efecto, podemos mencionar la experiencia del avance del liberalismo clásico en la Argentina, que encontró gran resistencia en la cúpula de la Iglesia Católica. Este país se diferenciaba de la tradición de laicidad asertiva heredada de la revolución francesa, tomando una posición de laicidad moderada o pretendidamente inclusiva, cuyo fruto tangible puede ser la Ley de educación primaria 1420, que en su artículo 8 sostenía la educación religiosa a contra turno y en manos de los ministros de los cultos en general.

⁴ H.O. SELEME, *Puro Cristianismo*, cit., pp. 80 y ss.

2.3. El Dios muerto de la moral

Aquí el autor destaca que utilizar a Dios como “herramienta moral” es la barrera para no alcanzar una verdadera relación personal con él. En efecto, propone un análisis por la evolución de la teología moral a lo largo de la historia y concluye que es necesaria una revisión de las fuentes que sustentan la teología, puesto que para entender la moral que subyace en la bondad cristiana, es necesario sobrepasar la mera lectura historicista de las escrituras que contienen dichos preceptos morales.

2.4. El Dios vivo del Cristianismo

Luego de repasar la inutilidad que presupone la utilización de Dios para fines profanos, Seleme invita a repensar el sentido universalista del cristianismo y su Dios. Para ello lo abstrae de participar en las cuestiones que lo ponen al servicio de lo profano, invitando a los cristianos a no esgrimir argumentos que puedan generar dicha situación.

Ahora bien, esto parece tornar inútil la existencia de un Dios del cristianismo. Para superar este obstáculo propone un repaso por la interpretación que se ha dado a la misión de Cristo, durante el desarrollo de la historia de la iglesia. La conclusión se resume en el concepto de un Dios que supera a una interpretación del mismo en “término de expiaciones, deudas, pagos y reparaciones”⁵

3. CONCLUSIONES

La obra de Seleme representa quizás el más sincero análisis, desde lo profundo de sus convicciones, respecto de una cuestión tan crucial como puede ser la creencia en un determinado Dios. En este caso, el Dios Cristiano y las implicancias de sostener tales ideas sin caer en el reduccionismo banal de la mera pertenencia, como si de un club se tratase.

Este planteo filosófico, tan emparentado con lo religioso pero también con lo ético y lo político, consigue a través del autor una lectura conceptual que nos acerca a la etimología propia de la palabra religión: *re ligare*. Este *re ligare* es un verdadero acto de volver a la fuente, re-ligando al ser humano con su propia esencia y con lo que entiende como justo, bueno o bello.

⁵ H.O. SELEME, *Puro Cristianismo*, cit., p. 149.

Claro que, para llegar a este punto inicial –puro, para el autor– es necesario despojar la idea de un ser divino que provee las justificaciones para el actuar mundano. Este actuar es, para Seleme, una profanación de la idea de Dios.

Ahora bien, creemos necesario volver sobre las descripciones de los *dioses muertos*. En este punto, Seleme genera, a nuestro entender, el mayor de los aportes para la convivencia en sociedad, provocando al lector introspectivo, un interrogante clave: ¿Han muerto los dioses de la Ciencia, la Política y la Moral?

El recurso de los *dioses muertos*, obliga a pensar que Seleme está formulando una invitación a mirar –entre otras cuestiones– una actualidad donde la globalización, la permeabilidad de las fronteras y la universalización del ser humano –sin distinciones– son, entre otros factores, las constantes que rigen el curso de las sociedades.

En efecto, no podemos dejar de analizar lo propuesto bajo la lupa de los acontecimientos diarios en los que estos dioses muertos resucitan de su letargo para volver en diversas formas de embate contra la convivencia pacífica de las comunidades modernas, generando esa profanación que el autor invita a superar por parte de los cristianos –y por analogía, también a aquellos que no lo son.

En resumen, “Puro Cristianismo” resulta una obra de lectura crucial –incluso para quienes no sostienen alguna creencia– para entender que, aunque se analicen unos pocos y se concluya en solo uno, existen tantas concepciones de dios, como seres vivos pretendan explicarlo. Por ello la actitud del autor, sea quizás una clave para la superación de las diferencias que impiden el progreso de una humanidad que, ante todo, debe continuar su devenir con el esfuerzo de los que la componemos, más allá de nuestras propias limitaciones.

LISANDRO N. GÓMEZ
Universidad Nacional de Córdoba. Argentina
e-mail: lisandro.n.gomez@gmail.com

Georgios MILIOS,
El derecho a la vida familiar de los extranjeros,
Editorial Comares. S.L, Granada, 2021, 214 pp.

FERNANDA TORRES VILLARRUBIA
Universidad de Barcelona

Palabras clave: derecho a la vida familiar, reagrupación familiar, expulsión, concepto de familia
Keywords: right to family life, family reunification, expulsion, concept of family

El libro “El Derecho a la vida familiar de los extranjeros”, del profesor Georgios Milios, nos entrega un exhaustivo análisis desde tres ópticas: a nivel internacional y su reconocimiento en diversos tratados internacionales de derechos humanos; a través del estudio del régimen comunitario; y, por último, del estatuto jurídico español. Esta publicación con un análisis multinivel nos permite comprender la gran problemática en torno al derecho a la vida familiar de los extranjeros, esto es, el exceso de regímenes aplicables de reagrupación familiar y de definiciones de familia que hacen complejo la aplicación de la normativa correcta, que conlleva a interpretaciones confusas y contradictorias, siendo los grandes perjudicados los extranjeros y sus familias.

Los tres niveles antes mencionados en los cuales el autor ha desarrollado este trabajo permiten además identificar los tres capítulos específicos en la materia. En primer lugar, la protección de la familia del extranjero en el ámbito del Derecho Internacional incluyendo aquellos en el marco de la Organización de Naciones Unidas como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y específicamente la interpretación del artículo octavo del CEDH. En segundo lugar, las directivas comunitarias relacionadas con el derecho a la vida familiar de los extranjeros específicamente los análisis de los familiares del ciudadano comunitario; de los familiares del ciudada-

no extracomunitario; los regímenes específicos o especiales de ciudadanos extracomunitarios; los familiares de los solicitantes y de los beneficiarios de la protección internacional. Por último, el derecho a la vida familiar en el ordenamiento jurídico español se analiza la regulación constitucional y las cuestiones de titularidad respecto a los extranjeros y los derechos de sus familiares así como, de los ciudadanos comunitarios residentes en España, los familiares ciudadanos españoles residentes en España, los familiares de los ciudadanos extracomunitarios en España y la regulación de la reagrupación familiar de *facto* y los familiares solicitantes de asilo y beneficiarios de protección internacional.

La familia, en sus diversas composiciones, se encuentra protegida en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos en varios instrumentos internacionales. En el caso de los extranjeros, esta estructura de protección es de vital importancia, ya que cumple la función de ser un factor importante de la movilidad humana como elemento de integración en el Estado de acogida.

El autor, señala la necesidad de un nuevo estudio del derecho a la vida familiar en base a tres factores. En primer lugar, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en el año 2009. En segundo lugar, la crisis económica que ha enfrentado Europa, que, en palabras del autor, en *combinación con el aumento de la xenofobia y los partidos "antimigrantes", añade presión a la Unión Europea y los parlamentos nacionales para que adopten legislaciones más restrictivas en el ámbito de la inmigración, en general, y la migración por causas familiares en particular*. Por último, la enorme crisis humanitaria en Siria, que ha generado miles de solicitudes de asilo. Actualmente esta crisis humanitaria se ve aumentada con la situación de Marruecos y el terror generado por los talibanes en Afganistán recientemente.

La unidad familiar en el ámbito internacional es muy importante, ya que, a modo de ejemplo, en el caso de solicitantes de asilo, la reagrupación familiar es la única vía para el goce y disfrute del derecho a la vida familiar. Es un factor importante para la *psicología de los refugiados como para la integridad física de los miembros de su familia*.

Como veremos, las distinciones de la aplicación de uno u otro régimen de protección varía según el estatuto o nacionalidad de extranjero, incluso entre nacionales extracomunitarios, varía lo que claramente demuestra que existe una aplicación preferente cuyo determinante está basado en nacionalidad del extranjero que solicita la reagrupación, así como de su condición de comunitario o vínculo con un ciudadano comunitario.

El concepto de familia, como demuestra el autor, está centrado en el modelo de “núcleo familiar”, modelo tradicional o conservador de familia. Sin embargo, los tipos familiares ha mutado en nuevas configuraciones de familia como serían, la unión de parejas de hecho, las familias constituidas por miembros del colectivo LGTBI o aquellas constituidas por los abuelos, hermanos, entre otros.

Respecto a los capítulos en específico, el primer capítulo titulado “La protección de la familia del extranjero en el ámbito del derecho internacional”, realiza una detallada comprensión de los principales Tratados Internacionales de Naciones Unidas en la materia, principalmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en este caso. Ya nos adelanta que el mero hecho de que la protección de la familia esté incluida en tantos tratados internacionales es en sí mismo, un indicativo de la importancia que tiene dicho derecho y la protección el cual se encuentra respaldado en los tratados internacionales antes mencionados.

Este capítulo centra principalmente su estudio en los tratados que protegen la familia del extranjero específicamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y la Convención de Ginebra en cuanto a las personas refugiadas

En los análisis siguientes que realiza tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario, el autor concluye que el derecho a la vida familiar encuentra su mayor protección en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, específicamente en lo que se refiere a los casos de expulsión de extranjeros y el derecho de agrupación familiar. Sin embargo, hay que considerar el margen de discrecionalidad que tienen los Estados para el control de la migración al interior de sus fronteras, por lo cual aun cuando hayan convenios específicos que determinen una protección de los extranjeros, el Estado tendrá siempre ese nivel de discrecionalidad para determinar quienes permanecen o no en su territorio

El autor además hace comentarios respecto a los últimos pactos en materia de migraciones, por ejemplo el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular del 2018 en el cual se establecen facilitaciones de acceso en materia de reagrupación familiar y de requisitos para el ejercicio de este derecho para la protección de la unidad familiar, sin perjuicio que no es un

instrumento de carácter vinculante y varios Estados no han adherido al mismo, permite una aproximación a la nueva idea que se consideran respecto a las migraciones en el Siglo XXI.

Resulta de gran importancia es el desarrollo que realiza el autor en el marco de la CEDH y la interpretación del artículo octavo de este convenio al indicar que *los derechos establecidos en la CEDH no pertenecen enteramente a los nacionales de los Estados contratantes sino a todas las personas dentro de su jurisdicción independiente si tienen la nacionalidad de este estado, sean extranjeros o apátridas*. El Estatuto migratorio de estas personas también es un principio irrelevante en lo que respecta a la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Recordemos que el artículo 8.1, *establece el derecho al respeto a la vida privada y familiar, señalado que toda persona tiene derecho al respecto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*.

De aquí extrae, por ejemplo, para el concepto de familia, las principales relaciones que forman el concepto de familia enfocado respecto al artículo octavo del convenio como también la definición de los casos que no se aplican elementos de extranjería como aquellos miembros de familia extensa en casos relacionados con extranjeros. En un mismo sentido establece los análisis de los casos del derecho a la vida familiar de los extranjeros, con las legislaciones que versan sobre reagrupación familiar.

Concluye en este capítulo, señalando que hay que tener en cuenta que, *de forma similar al sistema de protección de los derechos humanos de la ONU, el CEDH no establece un auténtico derecho a la reagrupación familiar para los extranjeros, aunque al revisar algunas sentencias pareciesen adoptar enfoques más flexibles, pero el umbral de protección sigue siendo particularmente bajo*. Acá el desarrollo de la jurisprudencia del TEDH ha sido fundamental para el análisis y la evolución de este derecho, que pareciera ser más protector con la vida familiar.

El segundo capítulo sobre “Las directivas comunitarias relacionadas con el derecho a la vida familiar de los extranjeros” se inicia con un análisis del derecho a la libre circulación de personas desde el años 1951 con el Tratado de París que dispuso el derecho a la libre circulación para los trabajadores de la industria del carbón y el acero, continuando con el análisis de los distintos tratados que se establecieron en esta materia, culminando en el año 2004 cuando la Unión Europea adoptó la Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo del 29 de abril relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Por lo que el desarrollo de la defini-

ción de familia dentro de las directivas comunitarias requiere una distinción específica para comprender el concepto de la libre circulación de los ciudadanos comunitarios, extracomunitarios y sus familiares.

Como un primer estudio, podemos ver que la definición de familia en el Reglamento sobre trabajadores migrantes se basaba siempre en el trabajador masculino, y el cónyuge e hijos legítimos propiamente tal. Es la definición clásica de familia por lo que ciertas situaciones que no siguieran un modelo tradicional de familia tenían que ser analizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En la definición de familia de la directiva de libre circulación se contempla una definición más ampliada facilitando, además con la legislación nacional, la entrada y residencia de familiares del titular, es decir, se amplía ligeramente el concepto de familia que ya había sido adoptado en el Reglamento sobre Trabajadores Migrantes, incluyendo por ejemplo, parejas equivalentes al matrimonio es decir uniones de hecho, mera convivencia, a los descendientes del cónyuge y de la pareja. Sin embargo, no les otorga los mismos derechos a estas uniones que si fuese cónyuges (unidos legalmente por matrimonio). Por otro lado, tampoco tiene carácter imperativo la obligación del ingreso ya que solo se habla de que estarían obligados a facilitar la entrada y residencia de acuerdo con la legislación nacional.

Para comprender aún mejor esto, el autor realiza un análisis en cada una de las temáticas del concepto de familia de los ciudadanos comunitarios a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como es en el caso de relaciones extramatrimoniales de convivencia y separación, de descendientes directos, de dependencia, del cuidador principal y otros miembros de la familia de orientación sexual diversa.

El análisis que toma de base es el artículo 3.1 de la directiva de libre circulación que permitiría entender de mejor manera cuáles de estos miembros pueden entrar o pueden encontrarse mejores calificados en ingresos salidas y así poder disfrutar de los derechos garantizados en la directiva por otro Estado miembro de la Unión Europea. El artículo 3.1. señala en dentro de sus beneficiarios que se *aplicará a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, que lo acompañen o se reúnan con él.*

Por ende, se determina que los miembros de la familia que pueden disfrutar de estos derechos son aquellos que acompañan o se reúnen con el ciu-

dadano comunitario que se traslada rápido a otro Estado miembro. Aun así, el TJUE da una definición más amplia de estos ciudadanos con las que pueden contar en atención.

Resulta interesante en este apartado, el desarrollo que realiza el autor respecto a las circunstancias cubiertas por el derecho originario de la Unión Europea. En él señala que *el TJEU ha ido más allá en su jurisprudencia otorgando derechos ciudadanos comunitarios que no ejercen ningún derecho de libre circulación, pero permanece en el territorio del Estado miembro del que son nacionales en el supuesto que realicen actividades con algunos elementos transfronterizos.*

En el presente título, se argumenta que *cuando los derechos de los familiares se derivan de directamente el tratado de la Unión Europea no debe recurrirse a una definición más restrictiva de la familia que la aplicable a los casos ordinarios de libre circulación por el contrario el hecho de que el TJUE acuda al derecho originario es una oportunidad para el propio Tribunal de abordar el tema de una manera más de facto que se desvincule del modelo de familia adoptado por la directiva.*

Por otro lado, desarrollan los derechos de los familiares de los ciudadanos comunitarios estableciendo los principales derechos garantizados por la normativa comunitaria señalando que los familiares de los ciudadanos comunitarios gozan de los mismos derechos reconocidos al comunitario. Continúa con un análisis específico a los derechos de una residencia autónoma, a las restricciones de los familiares de los ciudadanos comunitarios *concluyendo que la definición que entrega la directiva de libre circulación es definitivamente más amplia que en cualquier otra directiva comunitaria.*

De igual manera, realiza el análisis de los familiares de ciudadanos extracomunitarios donde en este caso es la Directiva 2003/86 sobre del derecho a la reagrupación familiar que concepto de familia es de manera restrictiva, pero con varias excepciones que podrían limitar aún más el límite del número de personas que pueden ser calificadas familiares para efectos de la regulación. En el mismo sentido, establece condiciones de la reagrupación de familiares de comunitarios bajo este modelo tanto en los tipos de residencia, con residencia previa, en el periodo de espera, con condiciones materiales, con criterios y medidas de integración y la edad mínima requerida para los cónyuges, como también el procedimiento de reagrupación familiar en virtud de esta directiva.

Por último y de igual manera que en el apartado anterior, establece los derechos de los familiares de los ciudadanos extracomunitarios reagrupados en virtud de esta directiva específicamente también bajo el derecho a la

residencia autónoma, las relaciones de los derechos de los reagrupados, y la compatibilidad de la directiva del con el artículo octavo del CEDH. Aquí, resulta interesante el análisis que hace de la eventual compatibilidad de la directiva con el artículo octavo del Convenio Europeo de Derechos Humanos así como con el artículo séptimo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, concluyendo o puesto de manifiesto, que la directiva no es compatible con el artículo octavo del CEDH, dado que introduce requisitos de integración no compatibles con el artículo 8 CEDH mientras que problemas también se detectan en relación la definición de familia.

Continúa en este capítulo, analizando los regímenes especiales de ciudadanos extracomunitarios, por ejemplo, de los titulares de la tarjeta azul y su vinculación con los familiares u otros Estados miembros, así como los familiares de investigadores, los familiares de estudiantes y los de residencia de larga duración.

Resulta interesante y novedoso el estudio que realiza en este mismo apartado sobre los familiares de los solicitantes de asilo y de los beneficiarios de protección internacional en relación con el Reglamento Dublín III. Cabe señalar, que, en el caso del reglamento, la noción de familia es distinta. Hay dos criterios principales en la Unión Europea que se reúnen este reglamento: el primero entendiéndose a menores no acompañados y el segundo, solicitantes de protección internacional mayores de edad que tienen familiares en otro Estado miembro de la Unión Europea. En este caso la definición de familia cuando el solicitante es mayor da es más restrictiva ya que permite reuniones solo entre cónyuge o pareja de hecho, padres e hijos menores de edad y solteros.

En el caso de las observaciones sobre la unidad familiar de los solicitantes de protección internacional bajo el sistema de Dublín se ha señalado que la normativa comunitaria emplea progresivamente la ficción de familia de manera de facilitar los traslados por estos motivos. Cabe recordar, como establece el autor, que los traslados por motivos familiares en el marco del sistema de Dublín no constituyen relaciones familiares en el sentido tradicional del término.

Prosigue con aquellos beneficiarios de protección internacional en relación a lo que establece que el Estatuto jurídico de los refugiados con respecto a la reagrupación familiar, siendo más favorable que en el resto de los nacionales extracomunitarios de la Unión Europea, aunque no debe pasarse por alto que varios obstáculos a menudo hacen que este derecho sea ineficaz en la práctica.

Por último, el desarrollo que realiza respecto a la compatibilidad de la normativa sobre protección internacional con los artículos 8 y 14 del CEDH señala que las diferenciaciones que se aluden respecto a los refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria a nivel comunitario y nacional y la distinción hecha en el Reglamento Dublín III, la directiva sobre reagrupación familiar y en varios casos, por la normativa nacional de un Estado miembro en relación con las familias creadas antes o después de la partida del solicitante o beneficiario de la protección de origen, resultaría incompatible con estos artículos ya sea leído en conjunto o aplicación solo del artículo 8 recordándonos que el artículo 14 es un derecho subsidiario que conlleva la prohibición de discriminación en el goce de los derechos de la convención por diferentes razones incluida la discriminación basada en cualquier otra situación.

De ahí que al leerse en conjunto con el artículo 8 protege el derecho al respeto a la vida familiar. Eso sí, hay que entender si el Estatuto de protección subsidiaria podría considerarse otra situación leído esto y si los refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria se encuentra en una situación análoga o no.

El desarrollo constitucional y relativo a las cuestiones de titularidad que desarrolla el autor, parte con el reconocimiento en la CE del derecho a la intimidad familiar como así del artículo 16 de la LOEX que precisa que los extranjeros residentes en España tienen derecho a la vida familiar y en la intimidad familiar en la forma prevista en la LOEX y de acuerdo con lo dispuesto en los tratados internacionales ratificados por España.

Respecto a la vinculación de estos dos derechos, es decir el derecho fundamental a la intimidad familiar reconocido en el artículo 18 de la CE y el derecho a la vida familiar del artículo 16 de la LOEX, existirían dos enfoques doctrinarios que el autor señala específicamente concluyendo luego de un detallado estudio jurisprudencial que el TC sostiene que la CE no reconoce un derecho a la vida familiar en los mismos términos que la jurisprudencia del TEDH ha interpretado el artículo 8.1 de la CEDH y menos aún el derecho fundamental a la reagrupación familiar pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizados por el artículo 18.1 de la CE.

Del análisis restrictivo que realiza el TC acaba señalando que el artículo 13 de la CE es aquella que señala la titularidad específica de los derechos constitucionales por parte de los extranjeros. Una interpretación literal de esto podría coincidir con lo que ya nos ha señalado el TC en su teoría tri-

partita sobre la titularidad de derechos de los extranjeros en su sentencia 107/1984. Sin embargo, el TC ha ampliado gradualmente el alcance de la categoría de los derechos reforzando ciertos derechos constitucionales al determinar que pertenecen por igual a ciudadanos españoles y extranjeros mientras que la configuración legal debe en cualquier caso respetar el contenido esencial de los derechos y el principio de proporcionalidad.

Para entender mejor este capítulo, el autor facilita la lectura a través del que debe realizarse de los familiares de los ciudadanos comunitarios residentes en España y la definición de los miembros de familia en ciudadano comunitario del artículo 2 del Real Decreto 240/2007 y sus derechos, que como ya hemos señalado hablamos del derecho a entrar salir y residir.

Cabe recordar que el régimen de los familiares de los ciudadanos españoles es una competencia exclusiva del Estado español ya que no existe regulación comunitaria que obliga a los Estados miembros establecer algunas normas particulares con respecto a los familiares.

El autor también señala que respecto a las exigencias mínimas de la directiva sobre reagrupación familiar son respetados en el ordenamiento jurídico español esto se debe principalmente a los estándares bastante bajos de protección que fija la directiva y al hecho de que el sistema de reagrupación familiar en España por lo menos a nivel normativo es bastante amplio. En este sentido coincidimos plenamente con el autor respecto a que la innumerable normativa en las cuales se pueden encontrar diferentes procedimientos y definiciones tanto a la unidad familiar como de reagrupación hacen de manera compleja el acceso a este derecho ya que lleva a confusión a quienes necesitan reagruparse.

Concluye este capítulo que el principal problema en relación con el derecho a la vida familiar en el ordenamiento jurídico español es que, aunque es un derecho garantizado en todos los principales tratados internacionales de Derechos Humanos no encuentra cabida en todo su aspecto en la Constitución española por lo menos entre los derechos que gozan de más garantías.

De este modo habiendo realizado un análisis y lectura detallada de la obra que nos presenta el autor solo cabe transmitir mis felicitaciones a tal exhaustivo y detallado estudio del derecho a la unidad familiar de los extranjeros en estos tres niveles de protección internacional, con un exhaustivo desarrollo de la jurisprudencia también a nivel de tratados internacionales europeos, comunitarios y españoles que permiten tener actualizada la evo-

lución de los distintos criterios de los Tribunales de Justicia en cada uno de estos ámbitos.

La propuesta planteada sobre el enfoque de la definición de familia que nos entrega el autor de poder adoptar una única definición es de vital importancia para el resguardo y protección de las personas extranjeras, solicitantes asilo y/o protección subsidiaria.

La perspectiva que también realiza el autor desde el marco internacional de los derechos fundamentales muestra el respeto a la dignidad de la persona humana, en este caso de aquellos grupos vulnerables como son las personas extranjeras que requieren además protección especial e internacional, dada su condición de vulnerabilidad cuando emigran de un estado a otro, lo cual es recalcado en cada uno de los capítulos y conclusiones que realiza el autor.

La obra que he tenido el privilegio de comentar resulta de lectura obligatoria e indispensable para todos y todas quienes nos dedicamos a la investigación, protección y defensa de los y las personas extranjeras especialmente de aquellos refugiados, solicitantes de asilo y solicitantes de la protección internacional, en resguardo del derecho a la vida familiar.

FERNANDA TORRES VILLARRUBIA
Universidad de Barcelona
e-mail: fernandatorresvill@gmail.com

NOTICIAS

El Instituto de Derechos Humanos “Gregorio Peces-Barba” inaugura un nuevo curso en el que retoma la presencialidad

El pasado 13 de septiembre se inauguró el curso 2021-2022 en el Instituto de Derechos Humanos “Gregorio Peces-Barba”. En este acto, celebrado en formato bimodal, la dirección del IDHPB y las direcciones de nuestros programas presenciales y online dieron la bienvenida al alumnado del Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Máster en Derechos Fundamentales, Máster online en Derechos Fundamentales y Máster online en Filosofía jurídica y política contemporánea. Tras las palabras de bienvenida, Teresa Picontó, Catedrática del Departamento de Derecho Penal, Filosofía del Derecho e Historia del Derecho de la Universidad de Zaragoza, pronunció la conferencia inaugural “Los derechos de los niños y niñas a tener una vida libre de violencia en la familia: últimos cambios legislativos y sociales en España”.

En este nuevo curso, y después de un período marcado por la pandemia, la actividad del Instituto ha regresado a una situación de relativa normalidad retomándose poco a poco la presencialidad de aquellas actividades habitualmente desarrolladas en ese formato. En todo caso, se ha decidido aprovechar la tecnología disponible y la experiencia adquirida para combinar la vuelta a la presencialidad con formatos bimodales y online que permiten a las y los estudiantes que no se encuentran físicamente en la Universidad Carlos III seguir nuestro trabajo.

Tanto el Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, como el Máster Propio UC3M en Derechos Fundamentales, nuestros programas presenciales, comenzaron en septiembre en formato híbrido hasta que todo el alumnado pudo desplazarse a España desde sus respectivos países.

En el mes de septiembre se aprobó, además, la organización durante el curso 2021/2022 de 6 Talleres –sobre Bienes comunes, Documentación, monitoreo e investigación en derechos humanos con perspectiva de género,

Ética animal, Feminismo, Infancias y Pluralismo cultural y minorías- algunos de los cuales adoptaron la modalidad online y otros, bimodal.

En estos primeros meses de curso destacan también dos actividades celebradas con la ayuda del Instituto de las Mujeres: el cierre del Foro de debate ‘Mujeres frente a la pandemia: mirada de género para una respuesta feminista’, que se ha desarrollado durante los meses de febrero a septiembre de 2021, y el Congreso internacional ‘Las Mujeres y la (des)igualdad de oportunidades: análisis feminista de las injusticias estructurales y las tensiones coyunturales’, celebrado los días 13 y 14 de octubre de 2021 en el Campus de Puerta de Toledo de la Universidad Carlos III de Madrid y retransmitido también en streaming.

Asimismo, ha comenzado una nueva edición del Seminario de Teoría Crítica en formato híbrido, se ha retomado el programa online de coloquios de la Unidad Dertecnia (Derechos Humanos, Diversidad y Tecnología) en la que participa el Instituto y se han celebrado otras jornadas puntuales en colaboración con diversas instituciones.

Además, el IDHPB ha puesto en marcha una nueva convocatoria de la Clínica Jurídica Javier Romañach dirigida a estudiantes de Grado y Posgrado de la UC3M que quieran contribuir a mejorar la situación de las personas con discapacidad y aprender derechos humanos de una forma distinta, comprometida e integral.

En estos meses se abrió también la matrícula de las nuevas ediciones del Máster online en Derechos Fundamentales y del Máster online en Filosofía jurídica y política, la séptima y la segunda respectivamente, que comenzarán en el mes de febrero, y ha continuado la defensa de tesis en el marco del Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos.

En el mes de noviembre se celebró el evento de cierre del Proyecto A4i “Alliance for inclusive Investment in Social Care and Support” (2019-2021) financiado por la Comisión Europea en el marco del Programa Erasmus+ KA2 “Cooperation for innovation and the exchange of good practices - Knowledge Alliances” que finalizó en el mes de diciembre.

En este nuevo curso la Asociación de Estudiantes y Egresados y Egresadas del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces Barba ha continuado con sus actividades, entre las que destaca el proyecto Memorias del Patriarcado puesto en marcha por la Comisión de Feminismos, y ha dado apoyo tanto a las actuaciones del Instituto como a iniciativas puestas en marcha por las personas asociadas como es el caso del Seminario Internacional

sobre *“El Contexto Actual de los Derechos Humanos”*, organizado por la Universidad Jesuita de Torreón *“Ibero Torreón - México*, en colaboración con la Universidad Centro Americana José Simeón Cañas de El Salvador.

Con todas estas actividades el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba un año más moviliza sus recursos humanos, docentes, investigadores y de gestión poniéndolos al servicio del avance en el conocimiento y la efectividad de los derechos humanos.

LARA CUENCA GÓMEZ

Reflexiones sobre la primera edición del foro “Mujeres frente a la pandemia: mirada de género para una respuesta feminista”

Durante los meses de marzo a septiembre de 2021 el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba ha desarrollado el Foro de Debate ‘Mujeres frente a la pandemia: mirada de género para una respuesta feminista’ gracias a una ayuda del Instituto de las Mujeres en su programa de 2020 y con la colaboración del Proyecto de investigación Acceso a la Justicia y Vulnerabilidad del Ministerio de Ciencia e Innovación en su programa de 2019.

Este espacio nos ha permitido reflexionar de manera participativa y colaborativa sobre el impacto de la crisis provocada por el coronavirus (COVID-19) en la situación de las mujeres e identificar entre todas las implicadas en los debates –representantes de la academia, de la sociedad civil y de las instituciones– algunas líneas clave para la construcción de respuestas feministas. Durante este tiempo hemos recopilado materiales de interés sobre los temas abordados, celebrado 6 webinarios, generado materiales propios, como videos y podcasts, publicado entradas en nuestro blog y conclusiones de los debates y, sobre todo, hemos compartido conocimientos, experiencias e inquietudes y tejido redes de comprensión y colaboración para el futuro.

Las mujeres hemos levantado la voz para subrayar que muchas de las barreras que han sido visibles con la pandemia ya estaban presentes y que sólo con el liderazgo de las mujeres es posible que la recuperación sea más equitativa.

Es cierto también que, lamentablemente, en estos meses hemos podido constatar las dos hipótesis de las que partimos en el planteamiento del Foro: las consecuencias de la pandemia han tenido un impacto desproporcionado sobre las mujeres y la gestión ha carecido de enfoque de género.

Efectivamente, el debate generado ha mostrado que existen, dentro de los ámbitos que son clave para la inclusión, aspectos en los que la discriminación contra las mujeres es especialmente persistente. Porque la pandemia y su gestión han puesto de manifiesto que para todas las mujeres la participación política y económica y la inclusión en el mundo laboral es más difícil que para los hombres, en parte por la asunción de la responsabilidad principal en las tareas de cuidado, que la brecha digital es mayor, que la organización del acceso a la salud se aborda invisibilizando a las mujeres y que el nivel de garantía de los derechos sexuales y reproductivos no es suficiente.

Además, hemos podido confirmar cómo en estos ámbitos la situación de las mujeres está lejos de ser homogénea, de manera que el impacto de la pandemia ha agravado la brecha entre mujeres y hombres en todos los grupos, pero también las brechas entre las propias mujeres afectando especialmente a las mujeres en situación de pobreza y exclusión social, mujeres con discapacidad, niñas, mujeres mayores, mujeres migrantes y refugiadas, mujeres gitanas, mujeres en situación de prostitución, mujeres sin hogar, mujeres del colectivo LGTBI o mujeres rurales.

Y es que la pandemia ha intensificado los problemas estructurales causantes de la brecha de género en el ámbito laboral y ha puesto sobre la mesa en qué medida la discriminación interseccional, por un lado, agrava las brechas en el caso de algunas mujeres y, por otro, normaliza e invisibiliza las exclusiones que las afectan. Las mujeres están en una situación de mayor precariedad, sobrerrepresentadas en el trabajo informal y son víctimas de la brecha salarial y, ahora claramente, de la brecha digital en su acceso a las nuevas formas de trabajo generadas en pandemia.

En términos generales, además, la situación económica de las mujeres es peor que la de los hombres, pero la pobreza se ceba con algunas de ellas. Y, precisamente, esta circunstancia explica la mayor incidencia del virus y de sus consecuencias sobre las mujeres.

Asimismo, las dificultades para incorporar el enfoque de género en la protección de la salud son sobradamente conocidas y, además, la pandemia y su gestión nos muestran que estamos ante una tarea todavía pendiente (no olvidemos que en los estudios para las vacunas no se prestó atención al posible impacto de estas sobre los ciclos menstruales). La protección de la salud de las mujeres, tanto física como mental, y, de modo particular, la salud sexual y reproductiva (que se relaciona con, pero no agota los problemas relacionados son los derechos sexuales y reproductivos) ha sido dejada de lado en la respuesta a la pandemia.

Igualmente, la pandemia ha supuesto un incremento de los casos de violencia de género y vuelve a mostrarnos la urgencia de profundizar en medidas integrales que protejan efectivamente a las mujeres frente a todas las formas de violencia.

En los meses de julio y septiembre en los que hemos rastreado algunas respuestas a la crisis con perspectiva de género y nos hemos preguntado ¿Y ahora qué? hemos comprobado cómo las mejores estrategias de gestión y resistencia, especialmente en los momentos más duros de la emergencia sa-

nitaria, han venido de la mano de las mujeres movilizadas que, en muchas ocasiones, han venido a cubrir las lagunas y deficiencias de las medidas institucionales. También hemos constatado que no puede haber una respuesta feminista si no hay mujeres construyendo esa respuesta, si como sociedad no reconfiguramos el modelo de cuidados y sin que las medidas y políticas relacionadas con la gestión de la crisis sanitaria, económica y social provocada por la pandemia incorporen un enfoque interseccional.

Esperamos, en una segunda edición de este Foro, seguir contribuyendo para que la gestión de la pandemia y la postpandemia no nos deje a las mujeres –a ninguna de las mujeres– atrás y aprovechamos este espacio para dar las gracias a todas las personas que han colaborado con nosotras a lo largo de estos meses.

PATRICIA CUENCA GÓMEZ

Webinar internacional
“Free speech, democracy and right of minorities”,
7 julio-26 julio 2021

La pandemia ha comportado un sinnúmero de consecuencias negativas para las diversas sociedades. Una consecuencia positiva que ha comportado la pandemia es una nueva forma de trabajar en el ámbito académico que utiliza las oportunidades del mundo digital. De esta manera, ahora se realizan actividades *online* con invitados que se encuentran en distintas partes del mundo y asistiendo personas situadas también en diversas localizaciones. Esto era impensable hasta hace muy poco, entre otras cosas, por diversas inercias.

A la hora de organizar este Webinar internacional *“Free speech, democracy and rights of minorities”*, los organizadores nos propusimos aunar un perfil académico destacado de los ponentes con la actualidad de los temas. Nos pareció interesante organizar sesiones donde los profesores pudieran debatir desde *backgrounds* internacionales diversos. Este ejercicio comparativo resulta especialmente interesante en el contexto de la libertad de expresión, donde se dan diversas regulaciones y se pone de manifiesto, en especial, en los casos relativos a Internet.

Este webinar internacional ha sido organizado por los profesores Alexander Tsesis (Loyola University Chicago), Jędrzej Skrzypczak (Adam Mickiewicz University in Poznan) y Oscar Pérez de la Fuente (Universidad Carlos III de Madrid). Las entidades organizadoras han sido el Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho a través de su proyecto ‘Nuevos desafíos del Derecho’¹ y el Instituto derechos humanos Gregorio Peces-Barba, ambos de la Universidad Carlos III de Madrid. También ha sido entidad coorganizadora el *Research Committee 26* sobre derechos humanos de la *International Political Science Association -IPSA-*.

La primera sesión tuvo lugar el 7 de julio de 2021 y llevó como título *“Legal cultures on free speech and internet”*. Los ponentes fueron Alexander Tsesis de la Loyola University Chicago (Estados Unidos) Jędrzej Skrzypczak de la Adam Mickiewicz University in Poznan, (Polonia) y Oscar Pérez de la Fuente, Carlos III University of Madrid, (España).

¹ Proyecto ‘Nuevos desafíos del derecho’. Acción financiada por la Comunidad de Madrid a través de la línea de “Excelencia del Profesorado Universitario” del Convenio Plurianual con la UC3M (EPUC3M06), en el marco del V PRICIT (V Plan Regional de Investigación Científica e Innovación Tecnológica)”

La segunda sesión tuvo lugar el 20 de julio de 2021 y se tituló “*Democracy, hate speech and (mis)information*”. Los ponentes fueron Helen Norton, de la University of Colorado Law School, (Estados Unidos), Filimon Peonidis, de la Aristotle University of Thessaloniki (Grecia), Migle Laukyte, de la Universitat Pompeu Fabra (España) e Irene Spigno, de la Academia Interamericana de derechos humano (México).

La tercera y última sesión fue el 26 de julio de 2021 y el tema desarrollado “*Free speech and minorities*”. Los intervinientes fueron David S. Han, de la Pepperdine University Caruso School of Law (Estados Unidos), William D. Araiza, de la Brooklyn Law School (Estados Unidos), y Tatiana Barandov, de la Russian Academy of National Economy and Public Administration (Rusia).

Fueron sesiones interesantes con buenos debates, donde, gracias a las posibilidades de la tecnología, se pudieron contrastar las diferencias y similitudes en distintos países y culturas jurídicas. Los videos e información completa del evento se pueden encontrar en el siguiente link: <http://webinar2021.webphilosophia.com>

Se ha firmado un contrato con la editorial Routledge para publicar las ponencias de este evento. Esperamos seguir en esta vía de intercambio académico de puntos de vista, para reforzar la cultura de los derechos humanos, compatibilizando el interés por las cuestiones teóricas con la vocación de aplicabilidad y sabiendo encontrar en la tecnología, una buena aliada para mejorar la vida académica.

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE

CV DE LOS PARTICIPANTES

JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN

Estudió Derecho y Filosofía y Letras y realizó el Doctorado en Derecho en la Universidad de Zaragoza. Desde 1992 es profesor de la Universidad de La Rioja y desde 1999 su catedrático de Filosofía del Derecho. En la actualidad, tiene publicados, según DIALNET, 32 artículos de revistas, 25 capítulos de libros, 10 libros y 6 coordinaciones de libros sobre teoría del derecho, teoría de la justicia, derechos fundamentales e historia del pensamiento político y social. Es Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional de Piura (Perú), Académico Ilustre por la Universidad Simón Bolívar, Barraquilla (Colombia) y fue Rector de la Universidad de La Rioja del 2004 al 2012.

ALESSANDRO SERPE

Es profesor Titular de Filosofía del Derecho en el Departamento de Ciencias Jurídicas y Sociales de la "G. d'Annunzio" de Chieti y Pescara, donde enseña Filosofía del Derecho y Teoría de la Interpretación y Argumentación Jurídica. Obtuvo la Calificación Científica Nacional como profesor de tiempo completo para el sector de la competencia 12 / H3 - Filosofía del derecho. De 2007 a 2010 fue becario postdoctoral en la Fundação para Ciência e Tecnologia (FCT) en colaboración con la Faculdade de Direito de la Universidade Nova de Lisboa (Portugal). En 2005 fue becario Farnesina en Norges Forskningsråd / Universitetet i Oslo (Noruega). Ha realizado numerosas estancias de investigación en universidades extranjeras (Madrid, Braga, Coimbra, Lisboa, Múnich, Oslo, Cartagena, Bogotá, Maracaibo). Entre los numerosos trabajos publicados en italiano, español, portugués, inglés, destacan los más recientes: *Il pensiero filosofico e giuridico danese. Tra comunità democrazia e diritto* (2020); *e ali fragili di Mathilde Fibiger. La questione femminile nella Danimarca dell'âge d'or* (2019); A. Serpe (traducción e introducción de), Alf Ross. *"Democrazia, potere e diritto. Contributi al dibattito odierno"* (2016).

RAMÓN RUIZ RUIZ

Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Jaén. Autor de una veintena de trabajos, incluyendo dos monografías, sobre el republicanismo cívico.

Director de la revista The Age of Human Rights Journal.

MARÍA LUISA SORIANO GONZÁLEZ

Es profesora contratada doctora en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Es doctora con sobresaliente cum laude por unanimidad en el programa doctoral con mención de calidad del Ministerio "Pensamiento político, democracia y ciudadanía". Doctorado Europeo. Es autora de cuatro libros, diez capítulos de libro y más de una treintena de artículos de fondo publicados en revistas científicas indexadas, siendo su campo especial de investigación los

derechos humanos, el pluralismo jurídico y los derechos indígenas. Es miembro del Grupo de Investigación PAIDI SEJ-277 de la Junta de Andalucía, y del Laboratorio de Ideas y Prácticas Políticas, Centro oficial de Investigación de la Universidad Pablo de Olavide. Ha participado en varios proyectos de investigación I+D de excelencia del Ministerio y de la Junta de Andalucía. Ha realizado estancias de investigación en universidades de Cagliari, Roma, Ginebra, Buenos Aires, San Luis (Argentina), Guatemala, Florencia (Instituto Europeo), Toulouse.

PABLO RIQUELME VÁZQUEZ

Es Licenciado en Derecho (rama económico-empresarial) por la Universidad de Vigo y Doctor en Derecho por la misma universidad. Su tesis doctoral, titulada "La garantía del contenido esencial de los derechos y libertades en el Estado social y democrático de Derecho", ha recibido la máxima calificación.

Ha cursado el Master Universitario en Derecho Constitucional organizado en alianza académica por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, y ha participado en diferentes cursos de especialización tanto a nivel nacional como internacional. Asimismo, ha realizado varias estancias de investigación en el *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Heidelberg, Alemania).

Ha publicado diversos trabajos de investigación y ha participado en la obra colectiva *Reconstruyendo el Derecho desde una perspectiva de género: materiales para la igualdad*, trabajo galardonado con el III Premio de creación de materiales y recursos docentes con perspectiva de género "Antonia Ferrín Moreiras" convocado por la Unidad de Género de la Universidad de Vigo.

Además del castellano y el gallego, el autor habla fluidamente el inglés y el alemán, y tiene un nivel intermedio de italiano y francés.

MÓNICA MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ

Doctora en Derecho por la UVEG. Especialista en Derecho de la UE, Sistemas de Protección de los DDHH y Protección de Datos. Ha sido investigadora pre-doctoral FPU (UVEG), ha impartido asignaturas de Grado y Máster (U11 y UNIR), y actualmente es miembro del Centro de Excelencia Jean Monnet sobre Integración y Gobernanza europea (UVEG) e investigadora post-doctoral García Pelayo del CEPC.

MARC-ABRAHAM PUIG HERNÁNDEZ

Profesor del área de Filosofía del Derecho del Departamento de Ciencia Política y Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB). Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona. Máster en Ética y Política: Ciudadanía y Derechos Humanos por la Universidad de Barcelona. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona.

CARLOS ARCE JIMÉNEZ

Profesor Ayudante Doctor del Área de Derecho Constitucional del Departamento de Derecho Público y Económico de la Universidad de Córdoba. Investigador del grupo SEJ-372 "Democracia, Pluralismo y Ciudadanía" de la Universidad de Córdoba. Principales líneas de investigación: Ciudadanía, Derechos Humanos y migraciones. Dirección de proyectos de

investigación y transferencia de ámbito nacional e internacional. Amplia experiencia profesional y de voluntariado en la sociedad civil en las materias señaladas, igualmente a nivel nacional e internacional

MARIA GIULIA BERNARDINI

Investigadora en Filosofía del Derecho en la Universidad de Ferrara (Italia), donde enseña Derecho y Género. Sus principales intereses de investigación se refieren a los derechos de las personas con discapacidad (con especial atención a los estudios sobre la discapacidad y la crítica interseccional - *Feminist Disability Studies* y *Migrant Disability Studies*), teorías críticas del derecho, derechos de las personas mayores, clínicas legales. Sobre estos temas ha publicado varios artículos en revistas italianas y extranjeras, así como la monografía *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies* (2016).

MANUEL JESÚS LÓPEZ BARONI

Licenciado en derecho por la Universidad de Sevilla y doctor en derecho y bioética por la Universidad de Barcelona. Licenciado y doctor en filosofía por la UNED. Miembro del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona y profesor de filosofía del derecho en la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla. Investiga en las implicaciones éticas y legales de las denominadas tecnologías disruptivas: biotecnología, biología sintética, nanotecnología, inteligencia artificial y neurotecnologías.

INSTRUCCIONES PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN DERECHOS Y LIBERTADES

Instrucciones para los autores establecidas de acuerdo con la **Norma AENOR UNE 50-133-94** (equivalente a **ISO 215:1986**) sobre **Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie** y la **Norma AENOR UNE 50-104-94** (equivalente a **ISO 690:1987**) sobre **Referencias bibliográficas**.

La **extensión máxima** de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 30 folios a espacio 1,5 aprox. y 10 folios a espacio 1,5 para las reseñas. Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract de 10 líneas con un máximo de 125 palabras y unas palabras clave (máximo cinco).

Los originales serán sometidos a **informes externos anónimos** que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Derechos y Libertades no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a Derechos y Libertades comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de Derechos y Libertades. Los originales no serán devueltos a sus autores.

Se deben entregar en **soporte informático PC Word** a las direcciones electrónicas de la Revista (**fco-javier.ansuategui@uc3m.es**; **derechosylibertades@uc3m.es**). Para facilitar el **anonimato** en el informe externo, se deberá incluir una copia donde se deben omitir las referencias al autor del artículo y otra copia donde existan estas referencias. En un fichero aparte, se deben incluir los datos del autor, dirección de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas. Los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista y 20 separatas.

Derechos y Libertades establece el uso de las siguientes **reglas de cita** como condición para la aceptación de los trabajos:

Libros: E. DÍAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

Trabajos incluidos en volúmenes colectivos: G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A. García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semantica della teoria del diritto" en U. SCARPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

Artículos contenidos en publicaciones periódicas: N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm. 1, 1981, pp. 2-28.

Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión *cit.*. Como por ejemplo: M. WEBER, "La política como vocación", en Id., *El político y el científico*, cit., nota 5).

INSTRUCTIONS FOR PUBLISHING ARTICLES IN DERECHOS Y LIBERTADES

Instructions for authors established following the norm AENOR UNE 50-133-94 (equivalent to ISO 215:1986) about *Presentation of articles in periodic and serial publications* and following the norm AENOR UNE 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1687) about *Bibliographic references*.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12 and space 1,5, is 30 pages aprox. Books reviews maximum length should be 10 pages with 1,5 space. Also It has to be submitted an abstract of 10 lines with a maximum of 150 words and some keywords (max. 5) both in Spanish and English.

Originals will be submitted to an anonymous and external referee that could : a) advise their publication b) not advise their publication c) propose some changes. Derechos y Libertades will not consider the publication of articles which had been submitted to other reviews. An original should be submitted to Derechos y Libertades as a compromise that the manuscript will not be sent for any other publication while the time it is under Derechos y Libertades consideration for publishing. Originals will not be returned to their authors.

Articles should be submitted in Pc Word format to the Journal's e-mails (fcojavier.ansuategui@uc3m.es; derechosylibertades@uc3m.es). For facilitating the anonymity of the external referee, in one file author's details should be omitted. In a separated file, It should be included these details: author's name, University's address, author's e-mail address and a brief five-lines CV.

Authors of the published articles will receive an issue of the review and twenty copies of their own article.

Originals should be submitted in Spanish.

Derechos y Libertades establish the use of the following reference's rules as a condition for accepting the articles:

Books: E. DÍAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

Articles included in collective works: G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A.García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derecho del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semantica della teoria del diritto" en U. SCAPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*. Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

Articles included in periodic publications: N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm. 1, 1981, pp. 2-28.

In order to avoiding the repetition of references is recommended the use of the expression *cit.*. As for instance, (M. WEBER, "La política como vocación", en Id., *El político y el científico*, *cit.*, nota 5).

DERECHOS Y LIBERTADES

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Deseo suscribirme a “Derechos y Libertades” (Año 2022), dos números al año

Abonaré la cantidad de 44,00 € (IVA incluido) por la suscripción anual

Nombre y Apellidos _____

Institución _____

Dirección _____

CP _____ DNI/CIF _____

Población / Provincia _____

Teléfono _____ Fax _____

e-mail _____

Efectuaré el pago mediante domiciliación bancaria

(En caso de que no disponga de cuenta bancaria para hacer el pago, envíenos un e-mail a info@dykinson.com para buscar otra forma de pago)

Titular de la cuenta _____

Datos de la cuenta (IBAN incluido):

Firma (imprescindible)

Fecha:

Remitir a Dykinson, S.L. (C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid – Fax 915446040)

Los datos que nos facilite serán tratados con la máxima confidencialidad. Serán incorporados a nuestros ficheros a efectos de informarle sobre bibliografía, teniendo usted derecho a solicitar su consulta, actualización o anulación.

DERECHOS Y LIBERTADES
Periodicidad semestral (enero-junio)

SUSCRIPCIONES (envío incluido)

Suscripción formato papel

2 números 44,00 €

Número suelto 25,00 €

Suscripción on-line

2 números 40,00 €

Número suelto 22,00 €

Artículo suelto 6,00 €



ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS

- Los determinantes sociales de la salud: más allá del derecho a la salud por *Lema Añón, Carlos*
- Teorías de la mediación y derechos fundamentales por *Pérez Jaraba, M^a Dolores*
- La plausibilidad del derecho en la era de la inteligencia artificial. Filosofía carbónica y filosofía silícica del derecho por *Campione, Roger*
- 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 M^a (directora)*
- Mujeres con discapacidad: sobre la discriminación y opresión interseccional por *Serra, María Laura*
- Nacidos para salvar. Un estudio ético-jurídico del “bebé medicamento” por *Pinto Palacios, Fernando*
- La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación por *Ara Pinilla, Ignacio*
- Razón y voluntad en el estado de derecho Un enfoque filosófico-jurídico por *Ansuátegui Roig, Francisco Javier*
- Reconstruir la ciudadanía por *Guichot Reina, Virginia*

CONSULTE TODOS LOS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN EN
www.dykinson.com

CUADERNOS
"BARTOLOMÉ
DE LAS CASAS"



- Sobre la privación de la libertad por motivos de discapacidad. La cuestión de los internamientos voluntarios *por Cuenca Gómez, Patricia*
- Condición humana y derechos humanos. Algunas claves filosóficas para un modelo contemporáneo de derechos *por Barranco Avilés, M^a del Carmen*
- Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas. Superposiciones entre las teorías de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y el feminismo en la reformulación de conceptos y estrategias político-jurídicas *por Monereo Atienza, Cristina*
- Una mirada a la robótica desde los derechos humanos *por Asís Roig, Rafael de*

Debates del Instituto Bartolomé de las Casas

- Current issues on Human Rights *por Lazarski, Christopher, García Cívico, Jesús y Sungurov, Alexander*
- 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

