DERECHOS Y LIBERTADES

REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO y DERECHOS HUMANOS

#47

Número 47, Época II, junio 2022

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

2021 CALIDAD REVISTAS CIENTÍFICAS ESPAÑOLAS
FECYT
FECYT-008/2021
Fecha de certificación: 20 de mayo de 2011 (1ª convocatoria)
Válida hasta: 30 de julio de 2022

FUNDACION CULTURAL ENRIQUE LUÑO PEÑA

Dykinson, S.L.
EDITORIAL

DERECHOS Y LIBERTADES

Número 47, Época II, Junio 2022

2021 CALIDAD REVISTAS CIENTÍFICAS ESPAÑOLAS
FECYT
FECYT-008/2021

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

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

Dykinson, S.L.

Suscripción en papel
Ver boletín de suscripción al final de este número y remitir en sobre cerrado a:
Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Suscripción versión electrónica (revista en pdf)
Compra directa a través de nuestra web
www.dykinson.com/derechosylibertades

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
ISSN: 1133-0937
Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:
Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Tels. +34 915 442 846 / 69. Fax: +34 915 446 040

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

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

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

Revista fundada por Gregorio Peces-Barba

Director:
Fco. Javier Ansuátegui Roig (Universidad Carlos III de Madrid)

Subdirector:
Javier Dorado Porras (Universidad Carlos III de Madrid)

Secretario:
Oscar Pérez de la Fuente (Universidad Carlos III de Madrid)

Consejo Científico

Fco. Javier Ansuátegui Roig (Universidad Carlos III de Madrid)
Rafael de Asís Roig (Universidad Carlos III de Madrid)
Ricardo Caracciolo (Universidad de Córdoba, Argentina)
Paolo Comanducci (Università di Genova)
J. C. Davis (†) (University of East Anglia)
Elías Díaz García (Universidad Autónoma de Madrid)
Ronald Dworkin (†) (New York University)
Eusebio Fernández García (Universidad Carlos III de Madrid)
Carlos Fernández Liesa (Universidad Carlos III de Madrid)
Vincenzo Ferrari (Università di Milano)
Juan Antonio García Amado (Universidad de León)
Peter Häberle (Universität Bayreuth)
Massimo La Torre (Università Magna Graecia di Catanzaro)
Mario Losano (Università del Piemonte Orientale "Amedeo Avogrado")
Javier de Lucas Martín (Universidad de Valencia)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad de Cantabria)
Gregorio Peces-Barba (†) (Universidad Carlos III de Madrid)
Antonio E. Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Pablo Pérez Tremps (Universidad Carlos III de Madrid)
Michel Rosenfeld (Yeshiva University)
Michel Troper (Université de Paris X-Nanterre)
Agustín Squella (Universidad de Valparaíso)
Luis Villar Borda (†) (Universidad Externado de Colombia)
Yves-Charles Zarka (Université René Descartes Paris 5-Sorbonne)
Gustavo Zagrebelsky (Università di Torino)
Virgilio Zapatero Gómez (Universidad de Alcalá)

Consejo de Redacción

María José Añón Roig (Universitat de València)
Federico Arcos Ramírez (Universidad de Almería)
María del Carmen Barranco Avilés (Universidad Carlos III de Madrid)
María de los Ángeles Bengoechea Gil (Universidad Pontificia de Comillas)
Diego Blázquez Martín (Universidad Carlos III de Madrid)
Ignacio Campoy Cervera (Universidad Carlos III de Madrid)
Patricia Cuenca Gómez (Universidad Carlos III de Madrid)
Javier Dorado Porras (Universidad Carlos III de Madrid)
María José Fariñas Dulce (Universidad Carlos III de Madrid)
José García Añón (Universitat de València)
Ricardo García Manrique (Universitat de Barcelona)
Cristina García Pascual (Universitat de València)
Ana Garriga Domínguez (Universidad de Vigo)
Jesús González Amuchastegui (†) (Universidad Complutense)
Rafael González-Tablas (Universidad de Sevilla)
Roberto Jiménez Cano (Universidad Carlos III de Madrid)
Carlos Lema Añón (Universidad Carlos III de Madrid)
Ángel Llamas Cascón (Universidad Carlos III de Madrid)
Fernando Llano Alonso (Universidad de Sevilla)
José Antonio López García (Universidad de Jaén)
Ángel Pelayo González-Torre (Universidad de Cantabria)
Oscar Pérez de la Fuente (Universidad Carlos III de Madrid)
Miguel Ángel Ramiro Avilés (Universidad de Alcalá)
Alberto del Real Alcalá (Universidad de Jaén)
José Luis Rey Pérez (Universidad Pontificia de Comillas)
Silvina Ribotta (Universidad Carlos III de Madrid)
Jesús Primitivo Rodríguez González (Universidad Rey Juan Carlos)
María Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III de Madrid)
José Manuel Rodríguez Uribes (Universidad Carlos III de Madrid)
Mario Ruiz Sanz (†) (Universitat Rovira i Virgili)
Ramón Ruiz Ruiz (Universidad de Jaén)
Olga Sánchez Martínez (Universidad de Cantabria)
Javier Santamaría Ibeas (Universidad de Burgos)
Ángeles Solanes Corella (Universitat de València)
José Ignacio Solar Cayón (Universidad de Cantabria)

Sentido de la Revista

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

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

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

ISSN: 1133-0937

DERECHOS Y LIBERTADES
Número 47, Época II, junio 2022

ÍNDICE

Nota del Director 11

ARTÍCULOS

Desigualdades algorítmicas: conductas de alto riesgo para los derechos humanos 17
Algorithmic inequalities: high-risk practices to human rights

María José Añón Roig

Sobre la propuesta de los neuroderechos 51
On the neurorights proposal

Rafael de Asís

El racismo y la crisis de la conciencia moderna. Cuestiones epistemológicas e historiográficas 71
Racism and the crisis of modern conscience. Epistemological and historiographical issues

Alberto Burgio

El discurso de odio anti-género en las redes sociales como violencia contra las mujeres y como discurso de odio 97
The anti gender hate speech on social networks as a form of violence against women and a form of hate speech

Noelia Igareda González

Por un 're-conocimiento' del Derecho 123
For a 're-cognition' of the law

Mariella Robertazzi

Una propuesta de concepto y fundamento de los derechos humanos 149
A proposal of concept and foundation of human rights

Ignacio Campoy Cervera

**La noción de "violencia de segundo orden":
una novedad legislativa en la protección de derechos y libertades.
A propósito de la ampliación del principio de indemnidad
frente a las represalias vinculadas a la violencia machista**.....183
*The legal notion of "second-order violence": a legislative novelty
in the protection of rights and freedoms.
Regarding de relevance of expanding the principle of indemnity
against reprisals linked to sexist violence*

Antonio madrid Pérez

**El precio de una paz sin derechos. Los desplazados/retornados
en Kosovo y Bosnia Herzegovina**.....209
*The cost of peace without rights. Displaced persons/returnees
in Kosovo and Bosnia Herzegovina*

Ana María Jara Gómez

**El derecho a la no discriminación por motivo de discapacidad:
La compleja coexistencia de la normativa y jurisprudencia nacional
y supranacional**.....241
*The right to non-discrimination on the grounds of disability:
The complex coexistence of national and supranational legislation and case law*

Georgios Milios

**El reconocimiento jurídico de la identidad de género en
América Latina: Reflexiones y aprendizajes
para el debate jurídico español**.....273
*Legal recognition of gender identity in Latin America:
Reflections and lessons for the Spanish legal discussion*

Alicia Cárdenas Cordón

Privacidad, intimidad y protección de datos: una mirada estadounidense y europea.....307
Privacy and data protection: American and European approaches

Andoni Polo Roca

RECENSIONES

Leonardo GARCÍA JARAMILLO (ed. y trad.),
Ronald Dworkin: Una biografía intelectual 341
Vicente F. Benítez-R.

Andrea PORCIELLO,
Diritto e morale: tre questioni. Scorci di teoria del diritto 349
Jesús Ignacio Delgado Rojas

Nuria BELLOSO MARTÍN (Dir.), Rafael Mario IORIO FILHO y Adriano MOURA DA FONSECA PINTO (Coords.),
Sociedad plural y nuevos retos del derecho 357
David Carrizo Aguado

Manuel Ángel BERMEJO CASTRILLO (ed.),
*Temporalidades inter/disciplinares***.** 365
Jesús Mora

Miguel POIARES MADURO; Paul W. KAHN
Democracy in Times of Pandemic. Different futures imagined 375
Víctor Collí Ek

NOTICIAS

Congreso internacional "Las mujeres y la (des)igualdad de oportunidades: análisis feminista de las injusticias estructurales y las tensiones coyunturales", 13 y 14 de octubre de 2021.....389

Segundo foro de debate "Mujeres frente a la pandemia: una mirada de género para una respuesta feminista" 392

Clínica jurídica de derechos humanos Javier Romañach Cabrero 395

CV de los participantes 397

NOTA DEL DIRECTOR

El número 47 de Derechos y Libertades comienza incluyendo dos trabajos que abordan, desde diferentes perspectivas, la incidencia de las tecnologías en el ámbito de los derechos. En efecto, María José Añón propone un análisis sobre las desigualdades originadas o reforzadas por el uso de los modelos y programas de aprendizaje automático que encuentran una de sus principales justificaciones en el principio de precisión predictiva, en su trabajo *Desigualdades algorítmicas: conductas de alto riesgo para los derechos humanos*. Frente a las perspectivas tradicionales desde las que se ha abordado este tema (bien a través de la tutela del derecho a la privacidad y la protección de datos, bien mediante la elaboración de códigos éticos), la autora propone dos perspectivas diferentes: el enfoque del riesgo y la perspectiva del Derecho antidiscriminatorio. La finalidad del trabajo es mostrar que si el Derecho antidiscriminatorio ha de responder a las prácticas más controvertidas de los modelos algorítmicos, ha de superar la visión binaria de la teoría antidiscriminatoria y ser interpretada como una teoría jurídica con capacidad para transformar la realidad social.

Por su parte, Rafael de Asís, en *Sobre la propuesta de los neuroderechos* expone los rasgos de dicha aportación mostrando al mismo tiempo sus principales críticas, partiendo de la base de que las aplicaciones neurotecnológicas en los seres humanos han provocado la aparición de un discurso cuya principal característica es la demanda de unos nuevos derechos.

En *El racismo y la crisis de la conciencia moderna: cuestiones epistemológicas e historiográficas,* Alberto Burgio aborda el problema estructural del ámbito de referencia del concepto "racismo", asumiendo como objetivo mostrar cómo es posible formular todo el discurso racista en un modelo lógico unitario y en un sentido común compartido, en conexión con su génesis moderna. Para ello, se propone considerar la "formación discursiva" racista como una antítesis de los principios éticos modernos fundamentales. A partir de ahí, el autor formula una hipótesis en torno a las razones del arraigo del racismo en el sentido común y su creciente generalización.

El problema de la proliferación en las redes sociales de los discursos odio anti género emitidos por partidos políticos es abordado en el trabajo *El discurso de odio anti-género en las redes sociales como violencia contra las mujeres y como discurso de odio* por Noelia Igareda. Para la autora, dicho discurso significa un conflicto de derechos fundamentales entre la libertad de expresión, la libertad ideológica, la libertad de comunicación, el pluralismo político, y el derecho a la igualdad, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y a la dignidad humana. El análisis se centra en los discursos de odio anti género como formas de violencia contra las mujeres que requieren la intervención del Estado, y la actividad legislativa para garantizar los derechos fundamentales en juego.

Mariella Robertazzi, en su artículo *Por un 're-conocimiento' del Derecho,* parte de la base de que las frecuentes crisis del sistema penal han incrementado el uso de métodos extrajudiciales e informales de respuesta al delito. En este sentido, la justicia restaurativa cobra protagonismo, como estrategia vinculada a una noción "global" de Derecho, no reducida a su dimensión autoritaria y coercitiva. El análisis se centra en la categoría del reconocimiento, enfatizando la naturaleza relacional del individuo que constituye la premisa necesaria para la existencia del Derecho. El debate actual sobre la justicia restaurativa representa para la autora una oportunidad para volver a discutir críticamente una visión excluyente y reduccionista del Derecho.

En *Una propuesta de concepto y fundamento de los derechos humanos*, Ignacio Campoy asume que en nuestras sociedades, estructuradas conforme al tradicional modelo del Estado de Derecho, se establece como núcleo de Justicia el reconocimiento y la protección de los derechos humanos. A partir de ahí surge la necesidad de determinar cuál es su concepto y fundamento. El trabajo pretende ser una contribución a esa cuestión partiendo para ello de la exposición y eventual superación de los tradicionales problemas que, conforme a la doctrina, afectan a la posible determinación del concepto y el fundamento de los derechos.

Antonio Madrid fija la atención de su trabajo en los conceptos de "violencia de segundo orden" y de "discriminación de segundo orden". En *Noción de "violencia de segundo orden": una novedad legislativa en la protección de derechos y libertades. A propósito de la ampliación del principio de indemnidad frente a las represalias vinculadas a la violencia machista*, y a partir de la normativa aprobada por el Parlamento de Cataluña, se analizan estos conceptos que suponen una ampliación de la protección frente a las represalias que, en

ISSN: 1133-0937
DOI: *https://doi.org/10.20318/dyl.2022.6871*

ocasiones, se ejercen sobre quienes se confrontan con situaciones de violencia machista y/o quienes dan apoyo a las víctimas, aunque no lo hagan en el marco de un procedimiento administrativo o un procedimiento judicial. Y al mismo tiempo plantea el debate sobre si la ampliación del ámbito de protección es una medida que contribuye a mejorar la eficacia de los mecanismos de protección de derechos y libertades.

En *El precio de una paz sin derechos. los desplazados/retornados en Kosovo y Bosnia Herzegovina,* Ana M. Jara. cuestiona la bondad sin reservas de la interculturalidad impuesta inmediatamente tras un conflicto violento. Tomando como referencia el ejemplo de la situación planteada en los Balcanes, aborda críticamente la tesis de que la interculturalidad social y política es sinónimo de tolerancia y paz social, especialmente en periodos de posguerra, en los que se hace imprescindible hablar de reconciliación para garantizar que es posible una vuelta a la normalidad. Centrándose en la situación en la que se encuentran las etnias romaníes, reivindica una mayor atención a los grupos que han quedado en los márgenes de la exclusión.

El artículo de Georgios Milios plantea un análisis conjunto de la discapacidad y la discriminación. En su trabajo *El derecho a la no discriminación por motivo de discapacidad: la compleja coexistencia de la normativa y jurisprudencia nacional y supranacional,* aborda el cambio sustancial producido a partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en la jurisprudencia y normativa a nivel internacional y nacional sobre esta materia; impacto que se extiende a cuestiones más transversales como es la metodología interpretativa que se sigue por parte de los diferentes órganos jurisdiccionales. El estudio propone la necesidad de una regulación diferente de determinadas cuestiones para que se pueda garantizar la coherencia en el ordenamiento jurídico y, finalmente, se puedan proteger de manera más eficaz los derechos de las personas con discapacidad.

Alicia Cárdenas, en el trabajo *El reconocimiento jurídico de la identidad de género en América latina: reflexiones y aprendizajes para el debate jurídico español,* propone un examen de la realidad jurídica de las personas del colectivo trans más allá de nuestras fronteras, concretamente, dentro del Sistema Interamericano de derechos humanos, con el principal fin de encontrar herramientas y claves interpretativas que, desde las legislaciones y los conflictos jurídicos que se desarrollan en el contexto latinoamericano, sean de utilidad en su aplicación al contexto español.

Y, por último, Antoni Polo aborda la diferente configuración de la intimidad y la protección de datos en las tradiciones jurídicas norteamericana y europea. En efecto, en el artículo *Privacidad, intimidad y protección de datos: una mirada americana y europea,* centra el análisis en la diversa articulación de estos derechos, reflejada en distintas estrategias de garantía y protección.

El número se cierra con las habituales secciones en las que se incluyen recensiones y comentarios de libros, de un lado, y noticias referidas a la actividad desarrollada en el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba. Esperamos que todo este material resulte de interés para los lectores de nuestra revista.

Francisco Javier Ansuátegui Roig
Director

ISSN: 1133-0937
DOI: *https://doi.org/10.20318/dyl.2022.6871*

ARTÍCULOS

DESIGUALDADES ALGORÍTMICAS: CONDUCTAS DE ALTO RIESGO PARA LOS DERECHOS HUMANOS*

ALGORITHMIC INEQUALITIES: HIGH-RISK PRACTICES TO HUMAN RIGHTS

María José Añón Roig
Universitat de València
https://orcid.org/0000-0001-6742-4199

Fecha de recepción: 23-1-22
Fecha de aceptacion: 15-3-22

Resumen: *Este artículo propone un análisis sobre las desigualdades originadas o reforzadas por el uso de los modelos y programas de aprendizaje automático que encuentran una de sus principales justificaciones en el principio de precisión predictiva, así como sobre algunas respuestas que cabe esperar del sistema jurídico para abordarlas. Este tema ha sido tratado fundamentalmente bien a través de la tutela del derecho a la privacidad y la protección de datos, bien mediante la elaboración de códigos éticos. Aquí se adoptarán dos perspectivas distintas a las anteriores. En primer lugar, el enfoque del riesgo, marco en el que se ha emplazado recientemente la regulación europea de la inteligencia artificial y desde el que se examinarán las obligaciones vinculadas a las prácticas consideradas de alto riesgo. En segundo lugar, la perspectiva del Derecho antidiscriminatorio; en este sentido, se analizarán las virtualidades y los límites del este sector de los ordenamientos jurídicos. La finalidad de este artículo es mostrar que si el Derecho antidiscriminatorio ha de responder a las prácticas más controvertidas de los modelos algorítmicos, ha de superar la visión binaria de la teoría antidiscriminatoria y ser interpretada como una teoría jurídica con capacidad para transformar la realidad social.*

Abstract: *This article proposes an analysis of the inequalities that arise from or are reinforced using artificial intelligence models that find one of their main*

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto GVPROMETEO2018-156, del programa de investigación Prometeo de la Generalitat Valenciana.

justifications in the principle of predictive accuracy, and some of the replies that can be expected from the legal system to deal with them. The approach to this issue has mainly been through the right to privacy and data protection, on the one hand, or the development of ethical codes, on the other. Here I adopt two different perspectives. First, the risk approach offers a framework in which the European regulation of artificial intelligence has recently been situated from a regulatory point of view. It examines the obligations linked to practices considered high-risk. Second, the perspective of anti-discrimination law; the potential and limits of this area of Law. The aim of this article is to show that the capacity of anti-discrimination law to respond to the most controversial practices of algorithmic models, it must overcome the binary vision of anti-discrimination theory and be interpreted as a legal theory oriented to transform social reality.

Palabras clave: inteligencia artificial, derechos humanos, riesgo, discriminación estructural, justicia
Keywords: artificial intelligence, human rights, risk, structural discrimination, justice

1. INTRODUCCIÓN. INTELIGENCIA ARTIFICIAL E INSUFICIENTE VINCULACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

La ubicuidad de la inteligencia artificial[1] es un hecho incuestionable que actualmente se proyecta sobre todas las áreas de conocimiento y sobre la conducta humana. Sus implicaciones en el ámbito de los derechos humanos son especialmente plásticas, dado que puede impactar de diversas formas en el ejercicio de un amplio conjunto de derechos como las libertades de expresión y reunión, el control de los datos personales, la satisfacción de los derechos sociales y de otros bienes básicos, el acceso a la justicia, la garantía de la

[1] La Propuesta de Reglamento de la UE sobre inteligencia artificial, de 21 de abril 2021 define la inteligencia artificial en estos términos: "El *software* que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el Anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa" (artículo 3.1). "Estrategias de aprendizaje automático, incluidos el aprendizaje supervisado, el no supervisado y el realizado por refuerzo, que emplean una amplia variedad de métodos, entre ellos el aprendizaje profundo. Estrategias basadas en la lógica y el conocimiento, especialmente la representación del conocimiento, la programación (lógica) inductiva, las bases de conocimiento, los motores de inferencia y deducción, los sistemas expertos y de razonamiento (simbólico). Estrategias estadísticas, estimación bayesiana, métodos de búsqueda y optimización" (Anexo I).

seguridad o el derecho al trabajo, así como en determinados actos jurídicos propios de la esfera privada –piénsese, por ejemplo, en la concesión de un crédito o en la suscripción de un contrato de seguro–. Lo cierto es que la aplicación de las tecnologías digitales a la esfera de los derechos humanos puede utilizarse y, de hecho, se utiliza para "automatizar, predecir, identificar, vigilar, detectar, singularizar y castigar"[2]. No me refiero exactamente a estos usos de la inteligencia artificial cuando operan como instrumento o apoyo de una decisión, sino más bien cuando predeterminan la decisión final de los poderes públicos, delimitando el margen de discrecionalidad a partir de los postulados contenidos en la programación[3]. En este sentido, cabe hacer hincapié en el uso de la automatización con fines predictivos del comportamiento humano y su capacidad para originar prácticas injustas o controvertidas, como son las que crean o perpetúan situaciones de discriminación de personas y colectivos en situación de desigualdad –particularmente, de desigualdad estructural–, o bien las que justifican decisiones basadas en criterios irrelevantes, o las que comportan predicciones incorrectas. La contracara de las potencialidades de estos sistemas automatizados para articular nuevas formas de acceso, ejercicio y defensa de los derechos es la posibilidad –bien real y también novedosa– de su vulneración[4].

La aparente neutralidad del proceso que ha dado en llamarse transformación digital no debería soslayar la profundidad de los cambios cualitativos y estructurales que puede generar en los sistemas jurídicos. Como apunta Boix[5], constituye una exigencia mínima prestar atención a las modificaciones cualitativas que debe incorporar el Derecho "para preservar la equidad y la justicia social, y actuar como un muro de contención de las desigualdades

---

[2] P. ALSTON, "The Digital Welfare State. Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights", A/74/493, 11 de octubre de 2019, pár. 3.

[3] A. BOIX PALOP, "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, p. 237. DOI: 10.37417/RPD/

[4] Los avances que aporta la inteligencia artificial al conocimiento, la investigación y el bienestar humano son indudables, así como los previsibles logros en la defensa y ejercicio de los derechos. Sobre esta última faceta, véase S. BARONA *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.

[5] A. BOIX PALOP, "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", cit., p. 233.

que, sobre criterios eficientistas, podrían derivarse de la generalización de este modelo de toma de decisiones" [6].

En el análisis de la inteligencia artificial y sus efectos han prevalecido hasta hoy dos aproximaciones teóricas: por una parte, su abordaje a partir del derecho a la vida privada y la protección de los datos personales, y, por otra, su tratamiento desde el prisma ético –los códigos éticos[7]–. Sin duda, el estudio del impacto de la inteligencia artificial en los derechos humanos puede adoptar diversas perspectivas, de las que he seleccionado tres.

La primera perspectiva –que servirá de contexto general de esta reflexión– coincide en realidad con la preocupación relativa a la eventual evolución de la aplicación de la inteligencia artificial al ámbito de los derechos –que, cabe afirmar, se desarrolla al margen de ellos, de su lógica, de sus principios y de sus criterios interpretativos, generando una suerte de compartimentos estancos–. De un lado, porque la tecnología evoluciona de forma autónoma y no se acompasa a la evolución de los sistemas normativos y, de otro, porque los juristas se han aproximado a la transformación tecnológica sectorialmente, atendiendo a la afectación del derecho a la privacidad, a los regímenes de vigilancia o a la discriminación. Alston, que se ha ocupado de examinar en profundidad la evolución –a su juicio preocupante– del Estado social digital, advierte que el "riesgo de llegar a una distopía digital es real" [8] no solo porque la mutación que la inteligencia artificial está provocando en el Estado de bienestar evidencia una insuficiente vinculación a los derechos humanos, sino también porque la inteligencia artificial es, en la práctica, una zona "exenta de derechos humanos" [9]. Ello se percibe especialmente cuando las exigencias básicas que subyacen a los derechos humanos se convierten en una excepción. Así ocurre en ámbitos como la discriminación y la injusticia

[6] A. BOIX PALOP, "De McDonald's a Google: la ley ante la tercera revolución productiva", *Teoría & Derecho*, núm. 1, 2007, pp. 141-145.

[7] A título ilustrativo, GRUPO INDEPENDIENTE DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE IA: *Directrices Éticas para una IA fiable,* junio 2018. *The ethics of artificial intelligence: Issues and initiatives,* marzo de 2020. EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ) *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environme*nt, diciembre de 2018. Por otra parte, estas propuestas éticas muestran ciertas insuficiencias para regular la justicia algorítmica, especialmente ante riesgos de tipo sistémico, de ahí las propuestas orientadas a reforzar los elementos jurídicos. Cfr. J. BLACK y A. MURRAY, "Regulating AI and Machine Learning: Setting the Regulatory Agenda", *European Journal on Law and Technology,* núm. 10 vol. 3, 2019, p. 7.

[8] P. ALSTON "The Digital Welfare State", cit., pár. 2.

[9] Ibid., pár. 35.

de los resultados y las decisiones, la transparencia y rendición de cuentas –que incluso es considerada innecesaria en algunos casos–, la alteración de la responsabilidad o la afectación de la información personal[10].

La segunda perspectiva sitúa el desarrollo algorítmico en el marco de la noción de riesgo y la aplicación de su lógica al ordenamiento jurídico. La capacidad exponencial de procesar datos que provienen de multitud de fuentes ha convertido en una realidad la posibilidad de realizar análisis predictivos y automatizar decisiones –por ejemplo, sobre la elegibilidad de una persona para acceder a un programa social, la gestión sanitaria, o la verificación de la identidad–, circunstancia que da lugar a nuevas fuentes de discriminación con características propias que encuentran su acomodo en una concepción preventiva y securitaria del Derecho. Como señala San Martín[11], la perspectiva del riesgo en el campo del Derecho reenvía a la idea de incerteza e inseguridad y al mismo tiempo constituye una técnica de gestión, un modo de dirigir y resolver la incertidumbre. La administración del riesgo mediante la inteligencia artificial opera del mismo modo, es decir, como un conjunto de prácticas crecientemente complejas y automatizadas que dan lugar a la denominada *digital risk society*, pero también como el tratamiento jurídico de los modelos algorítmicos desde el enfoque del riesgo. De ahí el interés por comprender qué tipo de racionalidad impone la perspectiva del riesgo sobre la inteligencia artificial y, a su vez, qué efectos derivan de sus diseños y decisiones. Sin embargo, hay que plantear las consecuencias que tiene para los derechos fundamentales esta perspectiva, prioritariamente preventiva y menos centrada en la sanción de las infracciones normativas. Esta es la razón de que analicemos la dimensión predictiva de conductas de la inteligencia artificial a la luz del Derecho antidiscriminatorio: el objetivo es identificar y comprender qué tipo de respuestas puede ofrecernos esta orientación.

La tercera perspectiva es, pues, el Derecho antidiscriminatorio. Las publicaciones sobre esta temática son muy numerosas, especialmente en el mundo jurídico anglosajón. Como se ha apuntado arriba, en este trabajo me interesa fundamentalmente responder a la siguiente pregunta: ¿qué cabe esperar del Derecho antidiscriminatorio en este campo y en qué condiciones?

[10] J. COBBE, "Administrative law and the machines of government: judicial review of automated public-sector decision-making", *Legal Studies*, 39(4), 2019, pp. 4-5. Disponible en: *https://ssrn.com/abstract=3226913* or *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3226913*

[11] D. SAN MARTÍN, *El concepto de riesgo en la racionalización del derecho punitivo. Razón jurídica y gestión del riesgo en la administración de la peligrosidad*, Tesis Doctoral, Universidad de la Rioja, 2021, p. 298.

Considero que se trata de un sector del Derecho particularmente fértil para visibilizar la discriminación que tiene su origen en la utilización de algoritmos. Previsiblemente, esta tarea será posible si los modelos algorítmicos cuentan con garantías, prohibiciones claras de discriminación (en los datos y en las clasificaciones) y si existen mecanismos que posibiliten el examen, el conocimiento y el control de las distintas formas de discriminación, así como la articulación de respuestas ante las mismas, dado que los perfiles que adopta de la inteligencia artificial en el ámbito del Derecho están estrechamente relacionados con las posibilidades de controlarla y de atribuir responsabilidades en un marco de principios claro. A este respecto, plantearé que el Derecho antidiscriminatorio tendrá un alcance limitado si asumimos que su aplicación se circunscribe a la resolución de un problema individual, puntual o accidental de discriminación cuyo escenario clave es la litigación y que su finalidad es meramente reparadora, mientras que sus potencialidades se ampliarán si consideramos que su finalidad estriba en la transformación de las estructuras sociales que generan las desigualdades y en la emancipación de los sujetos, es decir, si puede suministrar una visión prioritariamente centrada en las causas de la discriminación estructural y en el cuestionamiento de la lógica que subyace al uso de la inteligencia artificial.

2. EL RIESGO COMO PERSPECTIVA REGULATIVA

La perspectiva del riesgo puede ser concebida como una clave justificativa y explicativa que proyecta una racionalidad específica en los escenarios en los que se aplica y que ha cristalizado en el denominado "giro securitario preventivo" de los sistemas jurídico-políticos[12]. La introducción de la inteligencia artificial en este contexto hace referencia tanto a la idea de incerti-

[12] Sobre el giro securitario preventivo en el ámbito penal y criminológico, la bibliografía es extensísima. Respecto a la proyección de la perspectiva del riesgo y el desarrollo algorítmico en el Derecho penal, remito a L. MARTÍNEZ GARAY y F. MONTES SUAY, "El uso de valoraciones del riesgo de violencia en Derecho Penal: algunas cautelas necesarias", *Indret,* núm. 2, 2018; y L. MARTÍNEZ GARAY, "Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso *State vs. Loomis*", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 20, 2018, pp. 485-502. Un análisis muy interesante de la sentencia *State vs. Loomis* puede leerse en J.I. SOLAR CAYÓN, "Inteligencia artificial en la justicia penal: los sistemas algorítmicos de evaluación de riesgos", *Dimensiones éticas y jurídicas de la inteligencia artificial en el Estado de Derecho,* Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2020, pp. 125-172. En relación con el enfoque del riesgo en el Derecho administrativo y, concretamente, en el Derecho de extranjería como paradigma, véase A. SOLANES, "Del Derecho penal al Derecho administrativo del enemigo: la legislación de ex-

dumbre y al riesgo algorítmico al que se exponen determinados bienes jurídicos básicos cuanto al modo de afrontar situaciones de inseguridad; en este segundo sentido, la inteligencia artificial se presenta como una herramienta de gestión de riesgos originariamente basada en el paradigma matemático, la probabilidad, la estadística y el cálculo cuyo objetivo es hacer frente a la incertidumbre mediante el despliegue de funciones anticipatorias (prevención, precaución, preparación) inspiradas en una racionalidad de carácter instrumental[13]. El nuevo escenario ha propiciado el desarrollo de modelos matemáticos capaces de realizar operaciones tales como procesar a los sujetos, reconocer patrones, predecir conductas y adoptar decisiones a través de la estadística computacional. Como se ha señalado reiteradamente, estos modelos han desplazado a la probabilidad clásica basada en el principio de causalidad y la han sustituido por un tipo de razonamiento que recurre a correlaciones múltiples y no evidentes y que, por tanto, provoca un aumento de la opacidad, uno de los rasgos característicos de su funcionamiento. Esta forma de proceder, escribe San Martin[14], incrementa la eficiencia, pero tiene un precio: la eventual introducción de sesgos y de criterios prohibidos por el Derecho antidiscriminatorio en la motivación jurídica.

Pues bien, desde el punto de vista jurídico[15] constituye un objetivo pertinente abordar los rasgos característicos de la aplicación de la inteligencia artificial al Derecho –entre ellos, la opacidad, la complejidad técnica, los sesgos, cierta imprevisibilidad y el comportamiento parcialmente autónomo de algunos sistemas de inteligencia artificial– con el objetivo de analizar en qué medida está garantizada su compatibilidad con los derechos fundamentales y hasta qué punto facilitan la aplicación de las normas jurídicas. La perspectiva consiste en "situarse ante las diversas fuentes de riesgo, mediante un enfoque basado también en el riesgo"[16].

---

tranjería como ejemplo", en *Estudios jurídicos en memoria de la profesora Elena Górriz*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 801-819.

[13] D. SAN MARTÍN, *El concepto de riesgo en la racionalización del derecho punitivo,* cit., pp. 222-223.

[14] *Ibid*., pp. 264 y 307.

[15] Conclusiones del Consejo de la Unión Europea sobre la Carta de los Derechos Fundamentales en el contexto de la inteligencia artificial y el cambio digital, 11481/20, 21 de octubre de 2020.

[16] Así se expresa la Propuesta de Reglamento Europeo sobre Inteligencia artificial en su párrafo 3.5.

Este parece ser el marco en el que se ubica la Propuesta de Reglamento de la Unión Europea orientada a armonizar la legislación en materia de inteligencia artificial[17], instrumento que plantea una visión más amplia que la que hasta el momento ofrecía la normativa de protección de datos en el espacio europeo. Al menos desde el punto de vista de su enfoque, cabe sostener que el proyecto está en consonancia con las advertencias de Yeung sobre las implicaciones jurídicas, sociales y democráticas de la inteligencia artificial y sobre el hecho de que en su aplicación están en juego cuestiones que trascienden el derecho a la privacidad, el control de los datos personales e incluso los principios de transparencia y de responsabilidad[18].

La exposición de motivos de la propuesta de Reglamento afirma que este se orienta "a buscar un enfoque equilibrado" entre los intereses del mercado europeo y los derechos de los ciudadanos y que su ámbito de aplicación se extiende a los ámbitos público y privado. En el texto, la inteligencia artificial es caracterizada como una oportunidad a la que no se puede renunciar por los beneficios asociados a su operatividad y eficiencia, pero que puede vulnerar o poner en riesgo derechos fundamentales y bienes jurídicos protegidos, incluso especialmente protegidos.

El enfoque equilibrado por el que aboga texto –un equilibrio que, conjeturo, no estará exento de dificultades– se sustenta en una "regulación proporcional"[19] que trata de conciliar, por una parte, el entramado normativo existente sobre las garantías de los derechos fundamentales, la legislación sobre protección de datos y sobre propiedad intelectual e industrial, y, por otra, un enfoque basado en el riesgo que modula el establecimiento de obligaciones en función del grado de amenaza para los derechos y la seguridad.

---

[17] UE, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, COM (2021) 206 final, 2021/01106 (COD), 21/4/2021.

[18] K. YEUNG, "Algorithmic Regulation: A Critical Interrogation", *Regulation & Governance*, núm. 12 vol. 4, 2018, pp. 518-159. DOI:10.1111/rego.12158

[19] Así se reconoce en la exposición de motivos (punto 2.3). Por otra parte, la idea de equilibrio se plasma en distintos aspectos, uno de los cuales es la exigencia de transparencia. La propuesta de Reglamento no exige una transparencia total, sino un grado de transparencia compatible con el cumplimiento de las obligaciones legales del usuario y del proveedor. El equilibrio estriba en el hecho de que el texto establece el deber del proveedor de mostrar cómo funciona la aplicación, incluida su "lógica general" –asi como los presupuestos de partida o una descripción de los datos que se hayan utilizado para su creación–, pero no le exige una absoluta transparencia sobre el *sofware* utilizado.

Entre las técnicas o instrumentos de intervención previstas en la propuesta de Reglamento cabe destacar la clasificación de las conductas de acuerdo con los niveles de riesgo, la prohibición de determinadas prácticas que se consideran inaceptables a fin de evitar los riesgos través de la aplicación del principio de precaución, el tratamiento de los sistemas de alto riesgo mediante obligaciones impuestas a los operadores y el establecimiento de normas sobre transparencia y sobre control y vigilancia del mercado (art. 2). Asimismo, prevé formas de control preventivo –entre ellas, un régimen de autorizaciones– o de control *ex post* –a través de la responsabilidad civil y/o penal–, un sistema de auditoria y de inspección que, en general, se activa a instancia de los perjudicados. Por lo que respecta los sistemas que no son considerados de alto riesgo, el texto de la propuesta establece obligaciones limitadas en materia de transparencia.

Como he señalado, la propuesta de Reglamento sigue un enfoque basado en los riesgos que distingue entre aquellos usos de la inteligencia artificial que generan i) un riesgo inaceptable, ii) un riesgo alto, y iii) un riesgo bajo o mínimo que deriva no tanto de la implementación de medidas cuantitativas, sino más bien cualitativas. Así, el Título II, que hace referencia a todos los sistemas algorítmicos, enumera una serie de prácticas prohibidas cuyo uso se considera inaceptable debido a su potencial para ocasionar daños o poner en peligro bienes claramente protegidos a través de los derechos fundamentales o la seguridad.

Entre estas prácticas cabe mencionar las siguientes: la utilización de sistemas que recurren a alguna técnica subliminal que modifique de manera sustancial el comportamiento de las personas provocando daños a terceros o a ella misma; el aprovechamiento de la vulnerabilidad de una persona o grupo para alterar de manera sustancial su comportamietno de forma que origine un perjuicio a ella misma o a otras personas; o la identificación biomética. Dejando ahora al margen la calidad técnica de este proyecto de regulación, la imprecisión de las conductas que resultarán efectivamente prohibidas y las dudas sobre cómo pueden ser evaluadas desde el punto de vista del principio de precaución, centraré la atención en uno de los apartados de este precepto.

El supuesto contemplado en el artículo 5, apartado (c) de la propuesta de Reglamento prohíbe "la introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de sistemas de IA por parte de las autoridades públicas o en su representación con el fin de evaluar o clasificar la fiabilidad de personas

físicas durante un período determinado de tiempo atendiendo a su conducta social o a características personales o de su personalidad conocidas o predichas, de forma que la clasificación social resultante provoque una o varias de las situaciones siguientes: (i) un trato perjudicial o desfavorable hacia determinadas personas físicas o colectivos enteros en contextos sociales que no guarden relación con los contextos donde se generaron o recabaron los datos originalmente; (ii) un trato perjudicial o desfavorable hacia determinadas personas físicas o colectivos enteros que es injustificado o desproporcionado con respecto a su comportamiento social o la gravedad de este".

Por su parte, el Anexo III de la propuesta de Reglamento presenta un listado de sistemas de "alto riesgo" que concreta los ámbitos en los que pueden realizarse estas conductas: 1. Identificación biométrica y categorización de personas físicas. 2. Gestión y funcionamento de instraestructuras esenciales. 3. Educación y formación profesional. 4. Empleo, gestión de trabajadores. 5. Acceso y disfrute de servicios públicos y privados esenciales y sus beneficios. 6. Asuntos relacionados con la aplicaciónd de la ley. 7. gestión de la migración, asilo y control fronterizo; y 8. Administración de justicia y procesos democráticos[20].

Es posible que en la mayoría de estas esferas se produzcan usos de los sistemas de inteligencia artificial que clasifiquen a las personas de acuerdo con los criterios prohibidos por el arriba reproducido apartado (c). Por ejemplo, que se lleven a cabo clasificaciones sociales sobre la base de las predicciones elaboradas a partir del comportamiento de un grupo de población general o mediante correlaciones con un conjunto de datos que aparentemente no tienen relación con la decisión a adoptar –el acceso a un empleo, el aumento o no de una prima de seguro, entre ellas–. El resultado es que las clasificaciones del riesgo y de las personas pueden reforzar o agravar las desigualdades y la discriminación que padecen ciertos colectivos[21]; tal es el caso, por ejemplo, de los beneficiarios de un programa social que se ven compelidos a renunciar a su derecho a la privacidad para mantener su derecho a percibir la prestación.

[20] J.I. SOLAR CAYÓN, "Retos de la deontología de la abogacía en la era de la inteligencia artificial jurídica", *Derechos y Libertades,* núm. 45, 2021, pp. 123-161.

[21] V. EUBANKS, *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police and Punish the Poor*, Londres, St. Martin's Press, 2019; y L DENCIK, A. HINTZ, J. REDDEN, E TRERÉ, "Exploring Data Justice: Conceptions, Applications and Directions, Information", *Communication & Society*, núm. 22 vol. 7, 2019, 873-881.DOI: 10.1080/1369118X.2019.1606268

Ahora bien, como señala Huergo[22] en relación con la características del proyecto de regulación, al menos los tres primeros supuestos previstos constituyen, en realidad, versiones extremas de algunos usos habituales de los modelos algorítmicos que aparecen descritos en términos tan exagerados y con tal acumulación de adjetivos que su aplicación se antoja difícil y su utilidad limitada. Por ello, cabe conjeturar que, en la medida en que cada uno de los supuestos da lugar a un parámetro normativo complejo e indeterminado, no resultará fácil establecer el grado de inobservancia de las prohibiciones y la exigencia de responsabilidad.

En su exposición de motivos, la propuesta de Reglamento señala expresamente el objetivo de establecer obligaciones proporcionadas a cuantos intervienen en la "cadena de valor" con la doble finalidad de promover la protección de los derechos fundamentales y conseguir que la programación algorítmica sea fiable[23]. Estas obligaciones se dirigen tanto a los poderes públicos como a los agentes privados. Sin embargo, la determinación de los supuestos en los que los poderes públicos han de establecer obligaciones y reglas que deben cumplir los actores privados adolece de una notable imprecisión.

No parece que esta propuesta avance hasta el punto de considerar el modelo algorítmico como una norma jurídica, dado que hace referencia a ella como una "documentación técnica" que debe acompañar a los sistemas de alto riesgo (art. 11 y Anexo III). Es conocida la propuesta de Boix orientada a tratar el sistema o modelo algorítmico como una norma jurídica[24]. Concretamente, el autor se refiere a una norma de tipo reglamentario como la que prevé el ordenamiento jurídico español. Boix parte de la idea de que la utilización predictiva y decisoria (no meramente instrumental) de los algoritmos predetermina la decisión final del poder público y limita el ámbito de discreción o de capacidad de determinación de quienes deben aplicarlos a partir de los postulados

[22] A. HUERGO, "El proyecto de reglamento sobre la inteligencia artificial", *El Almacén de Derecho*, 17 de abril de 2021, p. 3. Disponible en*: https://almacendederecho.org/el-proyecto-de-reglamento-sobre-la-inteligencia-artificial/*. Acceso: 20/09/2021.

[23] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, cit., p. 12.

[24] "Deben ser tratados como normas reglamentarias si la tecnología es empleada para adoptar decisiones administrativas o son apoyo esencial de las mimas, bien a la hora de evaluar las circunstancias concurrentes –decantación del supuesto de hecho o bien a la hora de aportar evaluaciones o elementos de juicios sobre cual pueda ser la mejor o la más apropiada medida a adoptar (consecuencia jurídica)" (A. BOIX PALOP, "Los algoritmos son reglamentos…", cit., p. 237).

contenidos en la programación. Se trata de los elementos esenciales de una norma reglamentaria. En estos casos, "la programación algorítmica ha de ser considerada norma jurídica (reglamentaria) pues tal es su función material, estrictamente equivalente a la programación jurídica en la que en muchos casos se integra o a la que, en muchos otros casos, poco a poco aspira a sustituir". En realidad, como sugiere Solar Cayón, la transparencia –y, por tanto, la publicidad– de la norma jurídica exige que su redacción refleje tanto el diseño del algoritmo como los datos de su entrenamiento[25].

Si prevalece la finalidad de favorecer el uso de algoritmos y programas tanto por parte de las autoridades como en la esfera privada, a la hora de regular el funcionamiento de la inteligencia artificial en los sistemas jurídicos lo fundamental es reforzar las garantías de los derechos fundamentales y no debilitarlas. Algunos aspectos de la propuesta de Reglamento inducen a pensar que el principio de equilibrio que parecía inspirar toda la regulación no fomenta, en realidad, el equilibrio prometido, dado que la perspectiva adoptada por el texto es fundamentalmente la de gestión de riesgos y que la robustez de las garantías de los derechos es insuficiente.

A este respecto, Grace y Bamford abogan por el establecimiento de una regulación sobre la inteligencia artificial a través de un programa legislativo sectorial capaz de construir (y robustecer) una "cultura jurídica algorítmica"[26]. Partiendo de determinados principios de justicia, consideran que, del mismo modo que no se aprobó una única legislación para regular la revolución industrial, tampoco la regulación de la toma de decisiones algorítmicas puede plasmarse en un solo texto legal. Dado que en los distintos sectores sociales los riesgos son diferentes y están en juego diferentes normas y valores, ambos autores sugieren la pertinencia de articular una legislación parcelada o sectorial que establezca obligaciones y garantías precisas para reforzar el entramado jurídico existente.

Seguramente tiene razón Alston cuando señala que nos encontramos frente a procesos que no tienen precedentes y esto hace que no siempre contemos con conceptos precisos para comprenderlos adecuadamente o no cuestionarlos[27].

---

[25] J.I. SOLAR CAYÓN, "Inteligencia artificial en la justicia penal…", cit., p. 157.

[26] F.J., ZUIDERVEEN BORGESIUS, "Strengthening Legal Protection against Discrimination by Algorithms and Artificial Intelligence", *The International Journal of Human Rights*, núm. 24 vol. 10, 2020, pp. 28-29.

[27] P. ALSTON "The Digital Welfare State", cit., pár. 69.

Si examinamos la propuesta de Reglamento desde el punto de vista de las garantías y las obligaciones previstas en el texto, pueden identificarse tres cuestiones que reclaman una respuesta: (a) En relación con las obligaciones, planteo si es suficiente una obligación genérica de diligencia debida. (b) Con respecto a la transparencia y la comprensibilidad de los algoritmos, cabe preguntarse por la opacidad de los sistemas de aprendizaje y el equilibrio entre transparencia y precisión y (c) La tercera cuestión atañe a la pretensión de imparcialidad y los sesgos.

(a) Las obligaciones orientadas al cumplimiento del objetivo de prevenir daños a bienes y derechos fundamentales cristalizan, en realidad, en la obligación de diligencia debida en el marco de los límites normativos ya existentes[28]. Del conjunto de obligaciones y garantías concretas en relación con las conductas de alto riesgo y las conductas prohibidas –así, la declaración responsable o de conformidad (Anexo V) y el cumplimiento de una serie de requisitos (entre ellos, la presentación de una documentación técnica sobre la aplicación que ha de cumplir los criterios de solidez, exactitud y seguridad (Anexo IV)[29], la propuesta obliga a garantizar la dirección humana y tener un grado de transparencia suficiente. Huergo[30] sostiene que, a diferencia de otros ámbitos de riesgo tradicionales, en los que las normas establecen medidas concretas de seguridad, aquí se establecen unos requisitos muy generales que, en realidad, operan como una declaración responsable o como una forma de cumplimiento normativo. En los supuestos de los sistemas que no son de alto riesgo, tan solo se imponen obligaciones limitadas en materia de transparencia –por ejemplo, la presentación de información para comunicar el uso de un sistema de IA cuando este interactúe con humanos–. Por otra parte, el mismo autor advierte que, aun cuando resulte posible un control *ex post* a través de la exigencia de responsabilidad civil o penal, es necesario valorar también en qué medida la responsabilidad quedaría excluida al aplicarse estas medidas, que serían consideradas una actuación diligente dirigida a minimizar los riesgos[31].

Queda lejos, por tanto, el establecimiento de una obligación directa que derivaría de la tendencial asimilación del algoritmo a una norma jurídica.

---

[28] A. HUERGO, "El Proyecto de Reglamento sobre la inteligencia artificial…", cit., p. 7.

[29] El Anexo IV de la Propuesta de Reglamento detalla la documentación técnica que debe acompañar a los sistemas de inteligencia artificial.

[30] A. HUERGO, "El proyecto de reglamento sobre la inteligencia artificial…", cit., p. 7.

[31] Ibid., p. 10.

Me refiero a la obligación dar cumplimiento al principio de publicidad del algoritmo o código fuente, tal y como propone Boix[32], una exigencia que la popuesta de Reglamento debería haber contemplado para establecer garantías concretas a los ciudadanos frente a las actuaciones de los poderes públicos (y privados) que pudieran afectar a los derechos fundamentales, particularmente en materia de igualdad y prohibición de discriminación.

(b) En relación con la segunda cuestión planteada, la propuesta de Reglamento declara que la documentación, la trazabilidad, la transparencia, la precisión y la solidez son exigencias para reducir los riesgos de la inteligencia artificial en relación con los derechos fundamentales y la seguridad que no están cubiertos por otros marcos jurídicos existentes.

Sin embargo, la inclusión del uso de la inteligencia artificial en el marco interpretativo del riesgo no zanja la cuestión de la racionalidad decisoria y las garantías de la misma. De acuerdo con la doctrina dominante, el principio de precaución procede cuando se parte de un déficit de información o de capacidad técnica o cuando existen obstáculos para poder valorar las consecuencias de una decisión. Sin embargo, la utilización de programas y modelos algorítmicos ha transformado la aplicación del principio de precaución. Como explica San Martín[33], en la perspectiva tradicional del riesgo, el principio opera si las consecuencias son calculables y si existe acuerdo sobre su clasificación, de forma que, cuando las consecuencias son calculables pero no hay acuerdo sobre ellas, nos movemos en terreno de la ambigüedad; en cambio, si hay acuerdo sobre las consecuencias, pero el cálculo no es posible, nos situamos en el ámbito de la incertidumbre. Aquí es donde se ha producido el cambio. En la forma de operar de la inteligencia artificial, "el principio de causalidad se diluye ante puras correlaciones, reconocimiento de patrones y la multiplicación exponencial de las interacciones entre datos, incorporados en volúmenes masivos con modelos muy abstractos que se entrenan a si mismos", dando lugar a sistemas muy complejos que generan opacidad –o a los denominados algoritmos de caja negra, que también derivan de la protección de intereses contrapuestos–. Esta forma de actuar, especialmente en procesos que afectan a los derechos de las personas, dificulta la observancia de las exigencias de transparencia y publicidad de los criterios normativos que han servido de base para la toma de decisiones.

[32] A. BOIX PALOP, "Los algoritmos son reglamentos…", cit., pp. 262-265.

[33] D. SAN MARTÍN, *El concepto de riesgo en la racionalización del derecho punitivo,* cit., p. 268.

Ante esta situación, se proponen distintas iniciativas. Alston[34], por ejemplo, señala que "para garantizar que se tengan en cuenta las consideraciones relativas a los derechos humanos", es necesario velar por que las prácticas en que se basa la creación, la auditoría y el mantenimiento de los datos se sometan a un escrutinio muy intenso. Por su parte, San Martín[35] subraya que, aunque importa no abandonar la comprensión de la mecánica interna de los algoritmos, es preciso centrarse en la valoración de las consecuencias jurídicas de su opacidad y en las posibilidades de preservar las garantías de los destinatarios de las decisiones adoptadas a través de estos dispositivos. Esto es especialmente relevante en aquellos casos que en los que hay que identificar los sesgos derivados del proceso de entrenamiento del algoritmo y que pueden resultar difíciles de detectar en fase de diseño[36]. Más abajo trataré de argumentar que estas dos opciones son relevantes y que han de encauzarse hacia el fortalecimiento de los principios de justicia, de ahí la llamada de atención sobre la necesidad insoslayable de que los poderes públicos sean extremadamente cuidadosos en el manejo de la información automatizada y la valoración de los efectos de las decisiones basadas en ella[37].

La tercera cuestión (c) será abordada en el apartado siguiente. Mediante su análisis trataré de analizar un tema que permanece abierto, a saber, cómo puede mantenerse el equilibrio entre derechos, garantías y eficiencia en el uso de la inteligencia artificial por parte de los poderes públicos. La propuesta de Reglamento europeo establece ciertas prohibiciones que son algo indeterminadas; entre las conductas de alto riesgo, se encuentran las que pueden dar lugar a clasificaciones discriminatorias. En este sentido, propondré una reflexión sobre las respuestas que puede suministrar el Derecho antidiscriminatorio al respecto.

Pensemos en el conocido caso *Netherlands Committee of Jurists for Human Rights vs. State of the Netherlands* (2020)[38]. En los Países Bajos fue anulado por un tribunal el uso de un sistema automatizado llamado SyRI que se utilizaba para detectar preventivamente la probabilidad de que las personas incu-

---

[34] P. ALSTON, "The Digital Welfare State…", cit., pár. 119.

[35] D. SAN MARTÍN, *El concepto de riesgo*…, cit., pp. 305 y 311.

[36] J.I. SOLAR CAYÓN, "Inteligencia artificial en la justicia penal…", cit., p. 159.

[37] N. JANSEN, *On digital technology, social protection and human rights. A report from the Netherlands*, 31/05/2019. Disponible en: *https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Poverty/DigitalTechnology/ITCU.pdf*. Acceso: 15/09/2021.

[38] *Netherlands Committee of Jurists for Human Rights vs. State of the Netherlands* (2020) ECLI: NL: RBDHA: 2020, p. 865.

rrieran en fraude para adquirir la condición de beneficiarios de prestaciones sociales –en el asunto que analizamos, subsidios por hijos menores a su cargo–. Se trataba de un sistema de detección basado en el riesgo que fue implantando fundamentalmente en zonas económicamente desfavorecidas y caracterizadas por sus altas tasas de población inmigrante[39]. Las autoridades administrativas del país acusaron erróneamente de fraude a muchas familias perceptoras de la prestación. En la utilización del modelo se hizo uso de datos como el origen de las familias y el sistema apuntó a los hogares de ascendencia marroquí y turca. El resultado fue, para muchas familias, la ruina económica, dado que se les obligó a devolver las prestaciones que habían recibido y fueron denegadas las nuevas solicitudes de prestación que presentaron, ello al margen del estigma social que sufrieron por un fraude que no habían cometido[40]. El examen judicial de la aplicación del sistema automatizado SyRi es de gran importancia, dado que el caso dio lugar a la primera sentencia de un tribunal europeo en la que ha sido sometido a examen un sistema algorítmico de evaluación del riesgo. La sentencia concluyó que se había producido (a) la afectación del derecho humano a la vida privada a través de la violación del articulo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[41]; y (b) la vulneración de la exigencia de transparencia. En respuesta a las alegaciones que apuntaban a la opacidad del algoritmo, el Gobierno neerlandés argumentó que el conocimiento de este sistema tendría como consecuencia que las personas ajustaran su conducta a sus parámetros, argumento que fue desestimado por el tribunal[42]. Hay que subrayar, en todo

[39] N. JANSEN, "Tackling the Human Rights Impacts of the "Digital Welfare State"", *Digital Freedom Fund*, 10/02/2020. Disponible en: *https://digitalfreedomfund.org/tackling-the-human-rights-impacts-of-the-digital-welfare-state/*. Acceso 20/7/2021.

[40] N. JANSEN, "On digital technology, social protection and human rights…", cit., p. 6. El Defensor del Pueblo holandés presentó un informe al respecto en 2017 y también el Parlamento Holandés debatió un informe interno en marzo de 2019 sobre este programa, que se aplicó en 2014.

[41] Alston analiza este sistema y subraya que constituye un ejemplo del riesgo de singularizar y acosar deliberadamente a los pobres mediante el uso de las nuevas tecnologías en el marco del Estado del bienestar. A menudo, continua el autor, en el Estado del bienestar el fraude es el resultado de la confusión, la complejidad y la incapacidad para corregir los errores provocados por las nuevas tecnologías, que propician el fenómeno que ha sido denominado la "muerte de la amnesia": la capacidad de recopilar información y almacenarla digitalmente durante un período indefinido posibilita la utilización *sine die* de gran cantidad de datos contra una persona (P. ALSTON, "The Digital welfare state…", cit., pár. 103).

[42] J. GRACE Y R. BAMFORD, ""AI Theory of Justice": using rawlsian approaches to legislate better on Machine Learning in Governmet", *Amicus Curiae*, num. 1 vol. 3, 2020, pp. 355-356.

caso, que el supuesto no fue abordado como un supuesto de discriminación estructural (institucional). Probablemente, el recurso a este tercer examen habría supuesto mayores avances en el control de las decisiones algorítmicas.

3. EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO COMO RESPUESTA Y SUS LÍMITES

Como he señalado al comienzo de este trabajo, el uso de sistemas automatizados predictivos del comportamiento humano para la toma de decisiones puede contribuir a reforzar los procesos de discriminación existentes, pero también a generar nuevos supuestos de discriminación[43]. De acuerdo con lo que se ha expuesto hasta aquí, determinados usos de estos sistemas podrían constituir una conducta prohibida o una conducta de alto riesgo para los derechos. Me parece interesante señalar preliminarmente que los distintos enfoques sobre el desarrollo algorítmico – el ético, el técnico e incluso el del riesgo – se caracterizan por dos tendencias: por una parte, se centran en encontrar soluciones circunscritas a la minimización de daños; por otra, asumen la premisa de que los perjuicios que generan son individuales. Sin embargo, los perjuicios son sociales y estructurales: en este punto se encuentra la clave para comprender la lógica subyacente, las estructuras de privilegios y los resultados injustos de aquellas soluciones[44]. Veamos, pues, si el Derecho antidiscriminatorio tiene capacidad para ofrecer alguna respuesta en este sentido[45].

---

[43] Sobre ello advirtieron tempranamente C. O'NEIL, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Nueva York, Ramdom House, 2017; y V. EUBANKS, *Automating Equality: How High-Tech Tools Profile, Police and Punish the Poor*, cit.

[44] U. ANEJA, "La gobernanza de la inteligencia artificial: de solucionar los problemas a diagnosticarlos", *CIDOB*, julio 2021, pp. 28-35. Disponible en:

https://www.cidob.org/articulos/anuario_internacional_cidob/2021/la_gobernanza_de_la_inteligencia_artificial_de_solucionar_los_problemas_a_diagnosticarlos. Acceso: 10/09/2021.

[45] Alba Soriano ha sido una de las primeras autoras que en España ha abordado en profundidad el tratamiento jurídico de la discriminación algorítmica y la respuesta a la misma desde el Derecho antidiscriminatorio. En este apartado prestaré especial atención a sus dos principales trabajos sobre el tema: A. SORIANO, "Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales", *Revista General de Derecho Administrativo*, num. 56, 2021, pp. 1-45; y "Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos", *Revista* de *Derecho Público: Teoría y Método*, num. 1 vol. 3, 2021, pp. 58-127. DOI:10.37417/RPD/

En términos generales, los resultados discriminatorios se producen porque existen sesgos en los datos y/o en la clasificación[46]. Hay sesgos en los datos cuando se utiliza directamente un motivo prohibido o cuando se elije una variable que correlaciona en mayor medida que otras con uno de los motivos prohibidos o un dato basado en rasgos irrelevantes pero que pueden tener los mismos efectos que los rasgos prohibidos[47]. Asimismo, cabe hablar de sesgos en los datos cuando se reproducen los prejuicios mostrados en ejemplos durante el entrenamiento del algoritmo[48] y cuando se extraen consecuencias negativas sobre los grupos protegidos a partir de muestras no representativas –bien porque se elige un conjunto demasiado limitado de características que no incluye a todos los grupos poblacionales o a todos los que pertenecen a un grupo (infrainclusión), bien porque los sobrerrepresentan[49]–.

Por otra parte, hay sesgos de clasificación. Hemos visto que los sistemas automatizados pueden emplearse con el fin de clasificar a los seres humanos y hacer predicciones sobre su comportamiento futuro. Ocurre que muchas de las características seleccionadas para llevar a cabo este cometido tienden a mimetizar o reproducir la forma en la que funcionan de hecho las sociedades y las estructuras que sitúan a las personas y los grupos en posiciones y estatus desiguales, asumiendo como criterios neutrales aquellos que, en realidad, constituyen un reflejo de estas posiciones de desigualdad, de subordinación y desventaja[50]. De este modo, los algoritmos

[46] A. SORIANO, "Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas…", cit., pp. 89-93.

[47] S. BAROCAS y A. D. SELBST, "Big Data's Disparate impact", *California Law Review,* vol. 104, 2016, pp. 678-680. DOI: *http://dx.doi.org/10.15779/Z38BG31*

[48] S.M., WEST, M. WHITTAKER, M. y K. CRAWFORD, *Discriminating Systems: Gender, Race and Power in AI.* AI Now Institute. 2019. Disponible en: *https://ainowinstitute.org/discriminatingsystems.pdf.* Acceso: 20/07/2021. Las autoras hacen referencia a los sesgos de los propios programadores. No se trata de una cuestión trivial; de hecho, se considera que una vía privilegiada para evitar los sesgos de los algoritmos consiste en asegurar la diversidad de género, de origen étnico y socioeconómica entre las personas que trabajan como programadores. Por su parte, Solar hace referencia a un informe enmarcado en la misma línea que fue elaborado por la Cámara de los Lores, *AI in the UK: ready, ¿willing and able?* Disponible en: *https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldai/100/100.pdf* (J. I. SOLAR CAYÓN, "Inteligencia artificial en la justicia penal…", cit., p. 165)

[49] Sobre los procesos de generalización en el Derecho véase F. SCHAUER, *Las reglas del juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, trad. C. Oronesu y J.L. Rodríguez, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 75-96.

[50] Al respecto, se ha señalado que "los algoritmos son tan buenos como los datos de los que se nutren" (S. BAROCAS y A.D. SELBST, "Big Data's Disparate impact", cit., p. 730). La

replican y perpetúan las estructuras de discriminación y los estereotipos que subyacen a las mismas y tienen efectos negativos para los derechos de los grupos discriminados y para sus posibilidades de participación en la sociedad, dado que también cada vez es más sencillo identificar o singularizar a personas, grupos y segmentos sociales sobre los que recae la discriminación. Por tanto, la discriminación potencial que anida en la utilización de la inteligencia artificial puede perjudicar a personas con características protegidas y también puede comportar desventajas para determinados sujetos sobre la base de la selección de rasgos que correlacionan con los motivos protegidos, dando lugar a nuevas discriminaciones. Podrían, por ejemplo, reforzar las desigualdades socioeconómicas a partir de la aplicación de criterios aparentemente irrelevantes o conducir a predicciones incorrectas sobre la conducta individual[51].

De acuerdo con numerosas recomendaciones institucionales[52], la constatación de estas posibles fuentes de discriminación aconseja que la utilización de la inteligencia artificial en la adopción de decisiones se guíe por dos criterios. Por un lado, la evaluación cuidadosa del diseño y el desarrollo de modelos algorítmicos a fin de identificar qué normas de derechos humanos y antidiscriminatorias pueden verse afectadas a consecuencia de la calidad de los datos que se introducen y extraen. Por otro, la valoración de la procedencia y las posibles deficiencias del conjunto de datos, de la posibilidad de su uso inadecuado o descontextualizado, de las externalidades negativas resultantes de estas deficiencias, así como de los entornos en los que se utilizará o podría utilizarse el conjunto de datos.

Por lo que respecta a las características de la "discriminación algorítmica", de lo expuesto hasta aquí puede inferirse claramente que tiene, al menos, tres propiedades básicas que es necesario exponer sintéticamente para poder

---

cuestión no solo es que plasmen los prejuicios de los responsables y los programadores –tal vez no sea gratuito recordar algo tan trivial como que en este ámbito la diversidad de género y etnia es muy limitada–, sino sobre todo que reflejen los prejuicios generalizados que persisten en la sociedad a través de la constatación de regularidades que constituyen patrones preexistentes de exclusión, desigualdad y segregación social.

[51] J. GERARDS y F. ZUIDERVEEN, "Protected Grounds and the System of Non-Discrimination Law in the Context of Algorithmic Decision-Making and Artificial Intelligence", *Colorado Technology Law Journal*, *preprint*, 2 de noviembre de 2020, pp. 14-16 y 62 y ss.

[52] Por ejemplo, CONSEJO DE EUROPA, Recommendation CM/Rec (2020)1 of the Committee of Ministers to Member States on the Human Rights Impacts of Algorithmic Systems 8 April Strasbourg: Committee of Ministers.

valorar la tutela antidiscriminatoria[53]: (a) la *invisibilidad*, que hace referencia a la opacidad de los datos y algoritmos así como a la indeterminación de la responsabilidad, (b) la *intensidad*, que denota la capacidad de multiplicar los efectos discriminatorios o reproducir las desigualdades, y (c) la *complejidad técnica*: los algoritmos pueden ser discriminatorios, pero también pueden serlo las decisiones adoptadas a partir de ellos[54].

El Derecho antidiscriminatorio constituye un subsistema jurídico que, como se ha dicho, puede ser fértil ante determinadas implicaciones del desarrollo de la inteligencia artificial si es capaz de superar ciertos límites que están presentes en su propia evolución y que la discriminación algorítmica ha intensificado. Por ello, resulta pertinente recordar sus objetivos o finalidades, así como la distinción entre discriminación directa e indirecta.

Como es sabido, en el ámbito del Derecho antidiscriminatorio europeo la dicotomía discriminación directa/discriminación indirecta es una clasificación estándar y asentada legislativa y jurisprudencialmente, aun cuando persisten debates abiertos sobre la misma. A mi juicio, resulta pertinente cuestionar la tesis de que esta dicotomía configura una clasificación exhaustiva y excluyente. La legislación y la jurisprudencia europeas en la materia son deudoras de la tradición jurídica estadounidense. Sin embargo, como advierte Barrère, la identificación entre discriminación directa e indirecta con el *disparate treatment* y el *disparate impact* de la jurisprudencia norteamericana "resultó excesivamente precipitada"[55]. Ello es así porque, en realidad, la reconstrucción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense –prosigue Barrère– identifica tres ejes de discriminación, no dos, y en ellos se dan criterios heterogéneos y no simétricos que, por tanto, no pueden dar lugar a una clasificación dicotómica. En todo caso, la clasificación no responde a la diferencia entre el *disparate treatment* –que se identifica por la intencionalidad del trato– y el *disparate impact* –que se define por la neutralidad (o la indiferenciación) del trato y el efecto grupal diferenciado–.

Sea como fuere, la clasificación discriminación directa/indirecta se integró en el Derecho europeo y ha cristalizado en un esquema binario que, de

[53] C. SÁEZ, "El algoritmo como protagonista de la relación laboral. un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación", *Temas laborales,* núm. 155, 2020, p. 45.

[54] A. SORIANO, "Decisiones automatizadas y discriminación…", cit., pp. 11-14.

[55] Sobre el examen de esta evolución en la cultura jurídica estadounidense y en la europea, remito a M. A. BARRÈRE, "El principio de igualdad de trato vinculado a la discriminación directa e indirecta", *Feminismo y Derecho. Fragmentos para un derecho antisubordiscriminatorio,* Santiago de Chile, Ed. Olejnik, 2019, pp. 287-289.

alguna forma, obstaculiza el avance del Derecho antidiscriminatorio y que, como trataré de mostrar, no facilita la articulación de respuestas frente a la discriminación algorítmica.

De acuerdo con las Directivas europeas sobre la materia, por discriminación directa se entiende aquella situación en la que una persona es tratada de manera menos favorable que otra que se halla en situación análoga en función de un rasgo considerado prohibido[56]. Pensemos, por ejemplo, en el conocido caso de la compañía Amazon, que, después de utilizar durante más de 4 años un algoritmo en sus procesos de selección, procedió a eliminarlo al comprobar que contenía un sesgo implícito que penalizaba a las mujeres candidatas a un puesto de trabajo[57].

El concepto de discriminación directa es aparentemente sencillo, dado que hace referencia a una característica definitoria de una persona que motiva un trato discriminatorio. Sin embargo, para las teorías críticas –como la óptica iusfeminista– es una categoría difícil, ya que, por una parte, exige una revisión permanente del principio de igualdad de trato cuya vulneración da lugar a la discriminación y, por otra, depende de la idea de justicia de quien emite el juicio sobre la igualdad y la desigualdad y selecciona los patrones de comparación.

Cuando se hace referencia a la discriminación directa, se subrayan las tres dimensiones que la conforman: la intencionalidad, la simetría y el térmi-

[56] "Se considerará que existe discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúen a las personas que tengan una determinada religión o creencia, una determinada discapacidad, una determinada edad o una determinada orientación sexual en una situación de desventaja particular con respecto a otras personas, a menos que dicha disposición, criterio o práctica se justifique objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios". Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios, artículo 2(a). Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (5 de julio de 2006). Directiva 2004/113/CE por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y ser vicios y su suministro (13 de diciembre de 2004). Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (27 de noviembre de 2000) Directiva 2000/43/CE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igual-dad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (29 de junio de 2000).

[57] J. DASTIN, "Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women", *Reuters*, 8 de octubre de 2019. Disponible en: *https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G.* Acceso: 08/10/2019.

no de comparación. La intencionalidad y la simetría han sido siempre conceptos especialmente problemáticos para definir la discriminación directa e indirecta[58]. En relación con la intencionalidad, se ha cuestionado su deslizamiento o su transformación en un elemento de justificación, su peso en los diversos niveles de examen[59], así como en los debates sobre la prueba. Una de las implicaciones de la vinculación de la intencionalidad con la discriminación directa ha sido la asunción de que la discriminación algorítmica es, prácticamente en todos los casos, una propiedad emergente no intencional del uso de los algoritmos y que, por tanto, ha de ser tratada como una discriminación indirecta. Pero, como sostienen Barocas y Sbelt, esta inferencia no facilita demasiado las cosas[60]. Constituye, más bien, una dificultad.

Un segundo elemento controvertido de la discriminación directa es el término de comparación. Considerado un elemento básico del juicio de igualdad y no discriminación en la cultura jurídica, se trata, en realidad, de un concepto resbaladizo que, como acabo de señalar, impone una revisión constante del principio de igualdad de trato desde un enfoque crítico como la óptica iusfeminista. La construcción del estándar de comparación adecuado, real o hipotético, respecto al cual se establece la desventaja sufrida por la persona demandante es uno de los aspectos más debatidos a la hora de analizar la capacidad del Derecho antidiscriminatorio para dar cabida a formas de desigualdad compleja –en terminología de Morondo–, entre ellas la interseccionalidad, la discriminación algorítmica[61] y las concepciones más estructurales de la desigualdad del Derecho antidiscriminatorio[62].

---

58 D. MORONDO, "Desigualdad compleja e interseccionalidad: "reventando las costuras" del Derecho antidiscriminatorio", en *Desigualdades complejas e Interseccionalidad. Una revisión crítica*, Madrid, IISJ-Dykinson, 2020, pp. 18-1.; y S. FREDMAN, "Direct and Indirect Discrimination. Is There Still a Divide?", en H Collins y T. Khaitan (eds.), *Foundations of Indirect Discrimination Law,* Portland, Hart Publ., pp. 31-55.

59 D. MORONDO, "Desigualdad compleja e interseccionalidad…", cit., p. 19. L. RONCONI, "Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real", *Isonomia,* num. 49, 2019, pp. 103-140.; y A. RIEKE, M. BOGEN y D ROBINSON, "Public scrutiny of automated decisions: early lessons and emerging methods" Upturn and O midyar Network, 2018, p. 25.

60 S. BAROCAS y A.D. SELBST "Big Data's Disparate Impact", cit., pp. 702, 711 y 723-730.

61 D. MORONDO "Desigualdad compleja e interseccionalidad", cit., p. 20.; y S. ATREY, "Comparison in Intersectional Discrimination", *Legal Studies,* num. 38 vol. 3, 2018, 379-395. *https://doi.org/10.1017/lst.2017.17*

62 De ahí que se presenten propuestas para conceptualizar y probar la discriminación a través de otro tipo de razonamiento que no sea el comparativo. En este sentido, es recomendable la lectura de S. GOLDBERG, "Discrimination by comparison", *Yale Law Journal*,

El término de comparación es un elemento que enlaza la dimensión conceptual de la discriminación con la cuestión fundamental de su prueba. La discriminación directa podría ser probada en aquellos casos en los que la pertenencia al grupo explícitamente incluido en la norma determine de manera automática un resultado negativo. Ahora bien, como afirma Soriano[63], no suele ser fácil acreditar este extremo en el ámbito probatorio, dado que es posible que no haya una referencia expresa al grupo desaventajado y que podrían utilizarse otros patrones o datos que establecen correlaciones o que no identifican el motivo discriminatorio. En muchos casos no se puede acceder al modelo algorítmico o conocer las variables empleadas y, por tanto, no es posible saber si se ha tomado en consideración un motivo prohibido o no. Así, los estereotipos y los sesgos introducen barreras relevantes en la prueba de la discriminación y en la determinación de un término de comparación[64].

Por su parte, la discriminación indirecta consiste en aquella situación en la que una disposición, práctica o criterio aparentemente neutros sitúan a una persona o grupo en una situación de desventaja respecto de otra sobre la base de un rasgo o categoría prohibida[65]. Si, como se afirma, el algoritmo

---

num. 120, 2011, pp. 779-790; R. HOLTMAAT, "De igual tratamiento a igual derecho", en D. HEIM y E. BODELÓN (eds.), *Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Barcelona, Universitat Autònoma de Barcelona, 2010, pp. 209-228; y M.J. AÑÓN "Transformations in anti-discrimination law: progress against subordination", *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, num. 40, 2020, pp. 27-43.

63 Soriano lleva a cabo un análisis exhaustivo de la prueba tanto en los supuestos de discriminación directa como en los de discriminación indirecta en el que profundiza en sus posibilidades y sus límites (A. SORIANO, "Decisiones automatizadas y discriminación…", cit., pp. 17-23, 30). En el texto –cuya lectura es muy recomendable–, la autora explica que no solo es un obstáculo la inteligibilidad y opacidad de los sistemas y que, por tanto, es probable que ello impida considerar discriminatorio de plano un sistema sin atender a elementos de comparación que tendrán que proceder de los datos anonimizados que se hayan utilizado o porque se puedan realizar experimentos con el programa, introduciendo diferentes perfiles para comprobar los resultados con unos y otros; sugiere, además, que si nos guiamos por la jurisprudencia del TJUE –por ejemplo, en materia de igualdad retributiva entre mujeres y hombres– y la extrapolamos al ámbito que aquí analizamos, la parte demandada deberá probar que la política salarial no es discriminatoria. Pero si el demandante no puede aportar un término de comparación, la parte demandada no tendrá la obligación de explicar la lógica subyacente a la decisión –es decir, no tendrá que revelar su código fuente.

64 D. MORONDO y E. GUIDONI, "El papel de los estereotipos en las formas de la desigualdad compleja: algunos apuntes desde la teoría feminista del derecho antidiscriminatorio", *Discusiones*, num. 28 vol. 1, 2022.

65 Aunque se trata de un concepto ampliamente conocido, reproduzco aquí el tenor literal del artículo 2 b) de la Directiva europea 2006/54/CE: "La situación en la que una dispo-

constituye la disposición aparentemente neutra, se trata de determinar las variables específicas utilizadas por los sistemas algorítmicos que dan lugar a un resultado discriminatorio.

Como señala Soriano, una de las implicaciones más espinosas de dar por descontado que la mayoría de los casos de discriminación algorítmica serán tratados como supuestos discriminación indirecta es que se trata de una modalidad de discriminación que permite un mayor margen de justificación[66]. En la discriminación indirecta, el estándar justificativo consta de dos pasos: el propósito o la finalidad legítima de la norma y la superación del juicio de proporcionalidad a través de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En muchas ocasiones, este examen se sintetiza considerando legítima toda finalidad lícita que no exprese en sí misma un ánimo de discriminar o que no trate de ocultarlo de manera evidente, pero en el ámbito de la discriminación por impacto o efecto esta interpretación resulta difícilmente aplicable[67].

Estas consideraciones llevan a preguntarse sobre pretensión de objetividad de la justificación de la discriminación, es decir, a plantear la cuestión de si hay una presunción de objetividad y neutralidad en el uso de modelos predictivos algorítmicos. Para dar respuesta a esta cuestión, parece imprescindible situar el análisis de las modalidades de discriminación "directa" e "indirecta" en un marco interpretativo más amplio que ha de retomar el sentido o los sentidos y la finalidad del Derecho antidiscriminatorio, extremos sobre los que ha habido desacuerdos doctrinales desde sus orígenes; estas divergencias se han centrado especialmente en la capacidad del Derecho antidiscriminatorio para lograr la transformación social o el cambio estructural[68].

Ahora bien, este ámbito se enfrenta una tensión irresuelta entre dos concepciones del Derecho antidiscriminatorio. Por una parte, el enfoque basa-

---

sición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legitima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios".

66 A. SORIANO, "Decisiones automatizadas y discriminación…", cit., pp. 23 y ss.

67 Ibid., pp. 20 y ss. En este caso, señala la autora, aceptada una finalidad legítima cabe preguntarse si el algoritmo es adecuado/idóneo para predecir el fenómeno del que se ocupa; por tanto, lo relevante es la mayor o menor exactitud predictiva del sistema. La parte demandada habrá de probar que no hay un modelo algorítmico menos discriminatorio o una base de datos más completa o menos sesgada que eventualmente podrían haberse utilizado.

68 D. MORONDO, "Desigualdad compleja…", cit., p. 17.

do en la igualdad de trato entendida como trato no arbitrario o razonable, que otros autores denominan principio de igualdad "anticlasificación"[69], y que, en cierto modo, presupone el trato indiferenciado no discriminatorio. Por otra, la perspectiva que atribuye al Derecho antidiscriminatorio la finalidad de hacer frente a la exclusión social, a la opresión y a la "subordiscriminación"[70].

Como señala Saba[71], la primera perspectiva parte de la intuición de que la igualdad exige un trato no arbitrario o, según la jurisprudencia de tribunales de referencia, un trato razonable. Esta concepción de la igualdad rechaza cualquier trato diferenciado entre las personas que pueda considerarse arbitrario, en el sentido de que el criterio que justifique ese trato no guarde una relación funcional con el fin perseguido. Este enfoque no considera relevante la existencia personas y grupos que han sido histórica y sistemáticamente excluidos en diversos ámbitos de la vida social, puesto que presupone por diversas razones que se dan ciertas condiciones de igualdad de oportunidades y de no sometimiento de algunos grupos (en el sentido de trato desigual grupal histórico, sistemático y, por ello, estructural)[72]. Esta concepción, actualmente dominante en el Derecho antidiscriminatorio, entiende la discriminación como la quiebra de la igualdad de trato en término básicamente individuales, y asume una la visión litigante y una concepción reparadora de la discriminación centrada en la dicotomía discriminación directa/indirecta y sus elementos nucleares –es decir, el término de comparación, la intencionalidad, la justificación objetiva de la discriminación y la litigación–.

La segunda concepción del Derecho antidiscriminatorio se articula en torno a la noción de la igualdad entendida como no sometimiento o no exclusión[73]. En ella se integran corrientes que tratan de que el Derecho anti-

[69] Barocas y Selbst denominan ambas concepciones "Derecho anticlasificación" y "Derecho antidiscriminación" (S. BAROCAS y A.D. SELBST, "Big Data's Disparate Impact", cit., p. 723).

[70] M. A. BARRÈRE, "Filosofías del Derecho Positivo ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho Antidiscriminatorio", *Anuario de Filosofía del Derecho,* vol. XXXIV, 2018, pp. 28-29.

[71] R. SABA, "Desigualdad estructural y acciones afirmativas", en A. VARAS y P. DÍAZ-ROMERO (eds.), *Acción afirmativa. Política para una democracia efectiva*, Santiago de Chile, Fundación Equitas-Ril Editores, 2013, pp. 85-92.

[72] Sobre esta distinción, véase H. NORTON, "The Supreme Court's Post-Racial Turn Towards a Zero-Sum Understanding of Equality", 52 *William & Mary Law Review*, 197, 2010, 206-215.

[73] R. SABA, "Desigualdad estructural y acciones afirmativas", cit., pp. 93-94.

discriminatorio no se limite a dar respuesta a demandas individuales (incluso grupales) de discriminación y configure un entramado normativo que asuma como objetivos la transformación de las estructuras de desigualdad y la emancipación de los sujetos –por ejemplo, a través de la introducción de nuevas categorías como la discriminación por asociación, múltiple, interseccional o la perspectiva interpretativa sistémica–. Se trata de un enfoque orientado a identificar la plasmación en los sistemas jurídicos de aquellas desigualdades que tienen su razón de ser en las estructuras de poder con capacidad para ordenar las relaciones sociales, para atribuir o asignar estatus (subordinados o inferiores, privilegiados o superiores) y para establecer dinámicas e inercias que reproducen estas relaciones de subordinación[74]. Partiendo de esta premisa, Mackinnon afirma que el principio de igualdad sustantiva no es una abstracción, sino el contenido social específico de cada "desventaja preexistente" basada en motivos concretos, unas desventajas cuyo principio identificador es la jerarquía social. En otros términos, la jerarquía sobre bases concretas es lo que provoca la desigualdad[75]. Precisamente por ello, la autora considera que la discriminación indirecta (por impacto o por efecto) fracasa repetidamente o muestra sus insuficiencias porque "a menos que se sepa que una disparidad es el impacto o el efecto de una jerarquía sustantiva preexistente, se puede eludir su tratamiento, y eso se hace repetidamente". Como ha mostrado de forma reiterada Barrère, entre muchas otras voces, ningún sistema jurídico existente "se libra de los efectos de la exclusión originaria de las mujeres", es decir, del falso universalismo; ninguno de ellos la ha afrontado directamente y, en términos generales, las respuestas jurídicas han sido insuficientes para responder ante este tipo de exclusión[76]. Este déficit interpela a la visión dominante de la discriminación indirecta, que legitima la tesis de acuerdo con la cual en ella solo hay una situación puntual o accidental que puede afectar indistintamente a las personas y los grupos subordinados y a quienes dominan y oprimen, y que sostiene que puede justificarse "objetivamente"[77]. En la arena jurídica, la objetividad se

[74] M.A. BARRÈRE, "Filosofías del Derecho Positivo…", cit., p. 32.

[75] C. MacKINNON, "Substantive equality revisited: A reply to Sandra Fredman", International Journal of Constitutional Law, num. 14 vol. 3, 2016, pp. 742 y 744.

[76] Barrère ha abordado la dimensión del falso universalismo en diversos trabajos sobre feminismo jurídico. Por todos, remito a M.A. BARRÈRE, *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites. Especial referencia a la perspectiva iusfeminista,* Lima, Grijley, 2014, pp. 13-17.

[77] M.A. BARRÈRE, "La igualdad de género desde el activismo de las profesiones jurídicas", en *Feminismo y Derecho. Fragmentos para un derecho antisubordinación*, cit., p. 261.

identifica muy a menudo con la neutralidad, aunque sabemos que ni la legitimidad o finalidad de la norma ni la necesidad o idoneidad de los medios responden a objetivos neutrales. Parece, por tanto, que la fertilidad de la discriminación indirecta se encuentra en la segunda perspectiva del Derecho antidiscriminatorio.

Sin embargo, es preciso subrayar que aún no se ha producido un compromiso claro del Derecho antidiscriminatorio con el principio de antisubordinación[78] y que es claramente dominante la perspectiva que concibe el principio de igualdad de trato como indiferenciación o trato razonable y no arbitrario (principio de anticlasificación) y lo identifica con la prohibición de la discriminación intencional (explicitada al seleccionar características de las clases protegidas que producen un daño) o implícita/encubierta. En el ámbito del Derecho antidiscriminatorio, también se habla de evaluar la conveniencia de ampliar las características protegidas, incorporando rasgos como la pobreza y las desventajas socioeconómicas o lo efectos que provoca en las personas y los grupos el desarrollo tecnológico[79]. A pesar de que la discriminación indirecta adolece de cierta insuficiencia constitutiva que funciona como una barrera para hacer frente a la discriminación estructural, se propone como paraguas jurídico para cobijar la discriminación digital.

Por ello, y ante las dificultades que plantea la discriminación algorítmica, se ha propuesto la reconducción de la discriminación hacia modalidades distintas a la discriminación indirecta –específicamente, la discriminación por asociación y la discriminación interseccional–, dado que se considera que estas categorías pueden superar algunas de las insuficiencias de aquella. Si se amplían los argumentos que permitan analizar mejor los datos, el sistema y, sobre todo, las correlaciones tal vez será posible encontrar aquí otros asideros en la medida en que se amplíe el rango de argumentos que permitan analizar mejor los datos, el sistema y, sobre todo, las correlaciones. Sin embargo, el núcleo de la cuestión sigue estando donde lo hemos situado: en la finalidad del Derecho antidiscriminatorio y en las cuestiones de prueba. La discriminación algorítmica precisa ser abordada desde la perspectiva del Derecho antidiscriminatorio nucleada en torno a la antisubordinación o la antiexclusión. En este sentido, es probable que la noción discriminación algorítmica interseccional tenga un mayor potencial para generar avances en

[78] S. BAROCAS y A.D. SELBST, "Big Data's Disparate impact…", cit., p. 724.

[79] J. GERARDS y F. ZUIDERVEEN, "Protected Grounds and the System of Non-Discrimination Law in the Context of Algorithmic Decision-Making…", cit., p. 62 y ss.

materia de prueba si esta puede practicarse teniendo en cuenta las relaciones de correlación.

Por otro lado, respecto a la tesis de que la discriminación indirecta puede justificarse mediante razones objetivas, se apela a su apoyo en la "objetividad" de los datos o en la posibilidad de analizar el sistema de inteligencia artificial. Pero esta objetividad no puede darse por supuesta fundamentalmente porque lo que se define como datos es "el estado actual del mundo".

En este sentido, Solar Cayón da cuenta de algunas propuestas orientadas a fundamentar la pretensión de objetividad[80], pretensión centrada en el examen de los resultados de aprendizaje de los algoritmos a partir de datos e indicadores matemáticos. El autor hace referencia a tres vías: (a) las estrategias anticlasificación, que exigen la no inclusión en los datos de rasgos o atributos prohibidos (por ejemplo, raza o género) y también sus *proxies* (es decir, atributos correlacionados con aquellos, por ejemplo el código postal), (b) las estrategias de paridad clasificatoria, que establecen criterios para verificar que el rendimiento predictivo del sistema es igual para los diversos grupos definidos por los rasgos jurídicamente protegidos; esta estrategia impediría tomar como datos objetivos "el estado actual del mundo", y (c) las estrategias de calibración, orientadas a comprobar si los resultados son independientes de los atributos protegidos.

Sin embargo, las orientaciones basadas en el conocimiento estadístico y matemático son insuficientes. Como apunta el propio Solar Cayón[81], una parte significativa de la doctrina aboga por la adopción de un enfoque amplio que, junto a los aspectos técnicos y estadísticos, tenga en cuenta el contexto social, institucional y jurídico, así como el punto de vista de los distintos grupos que pueden verse afectados. Esta perspectiva explica el cuestionamiento –que, entre otros, propone Soriano[82]– de las "condiciones de fondo" en las que se toman las decisiones sobre la clasificación y selección de individuos, dado que, como explica la autora, son estas condiciones las que permiten entender que, incluso allá donde la discriminación es suficientemente precisa y aparentemente eficiente, es el resultado de las relaciones e interacciones que tienen lugar en una sociedad que sistemáticamente sitúa a determinados grupos en posición de desventaja o desigualdad. Por ello, si no se superan o transforman estas situaciones de discriminación aparentemente eficientes,

[80] J.I. SOLAR CAYÓN, "Inteligencia artificial en la justicia penal", cit., pp.160-161.
[81] Ibid.,165.
[82] A. SORIANO, "Decisiones automatizadas y discriminación…", cit., pp. 22-29.

no será posible modificar las estructuras que sitúan en un punto de partida desigual a las personas pertenecientes a grupos desaventajados[83].

De lo dicho hasta aquí cabe concluir que el Derecho antidiscriminatorio –especialmente, la segunda concepción que he expuesto (antisubordinación)– cobra especial importancia ante el desarrollo algorítmico, en la medida en que está llamado a ofrecer respuestas para abordar graves desigualdades estructurales. Este enfoque conduce, así, a una perspectiva más amplia que converge con una noción sustantiva de la justicia social vinculada con los derechos humanos capaz de dar cuenta de los fundamentos de las normas concretas que regulen la aplicación de la inteligencia artificial, de identificar los riesgos que las decisiones algorítmicas pueden provocar en los derechos fundamentales y de cuestionar si aquellas normas amenazan principios jurídicos relevantes[84].

4. SOBRE EL VALOR DE LA EFECTIVIDAD PREDICTIVA

Pensemos en aquellos supuestos en los que el uso de inteligencia artificial genera unos resultados discriminatorios que, sin embargo, son eficientes de acuerdo con el modelo que se propone, tienen exactitud predictiva. En este sentido, no bastaría argumentar que el efecto discriminatorio es resultado de un prejuicio irracional –y, por tanto, injusto–, del mismo modo que sería insuficiente limitarse a señalar el carácter erróneo o sesgado de los datos seleccionados o localizar un ejemplo de mal etiquetado o un conjunto insuficiente de características. En este caso, los argumentos que justifican las prohibiciones tendrían que incorporar un compromiso sustantivo antidiscriminatorio sobre las desigualdades estructurales y, por tanto, deberían estar basados en el principio de antisubordinación. La disyuntiva es clara:

[83] Janneke y Zuiderveen subrayan esta dimensión o proyección de la discriminación algorítmica en el refuerzo de las desigualdades estructurales (G. JANNEKE, F. ZUIDERVEEN, "Protected Grounds and the System of Non-Discrimination Law in the Context of Algorithmic Decision-Making…", cit.).

[84] F. ZUIDERVEEN BORGESIUS, "Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence", *The International Journal of Human Rights,* num. 4 vol. 10, 2020, pp. 1584-1586. DOI: 10.1080/13642987.2020.1743976. El autor considera que el derecho antidiscriminatorio y la legislación de protección de datos en el ámbito europeo son instrumentos jurídicos adecuados para luchar contra la discriminación algorítmica y sugiere algunas mejoras en su aplicación que pasan por el desarrollo de legislaciones sectoriales que regulen los riesgos que comporta para cada uno de los derechos.

"cuanto más se aleja la doctrina de la reparación de la reparación sustantiva, menos utilidad tiene para remediar este tipo de efectos discriminatorios"[85]. Considero que una teoría de corte más sustantivo ha de contar al menos con algunas piezas básicas: por una parte, una concepción de la igualdad y la no discriminación que aborde en profundidad la existencia de estructuras sociales de opresión o subordinación; por otra, una vinculación expresa entre el reconocimiento y garantía del derecho a la igualdad y no discriminación y la protección de la libertad entendida como la capacidad real de participar en la toma de decisiones y como libertad material.

Se trata, en definitiva –y este es un camino que aún está por recorrer–, de suministrar argumentos orientados a establecer límites a determinados desarrollos de la inteligencia artificial que erosionan los derechos humanos, que provocan un incremento de las desigualdades o que exacerban las discriminaciones existentes. En otros términos, el objetivo es en suma, de garantizar los principios de igual-libertad, equidad, rendición de cuentas, inteligibilidad y transparencia. En este sentido, Grace y Bamford proponen emplazar la gobernanza algorítmica, sus presupuestos, modelos, sistemas o procesos, así como su supervisión –transparencia y responsabilidades– bajo el parámetro de los derechos humanos y la justicia[86]. Las autoras sostienen que una teoría igualitarista de la justicia como la de Rawls resulta fecunda para hacer frente a las desigualdades digitales, dado que podría orientar la gobernanza digital mediante la regulación de las instituciones sociales y económicas básicas de acuerdo con los principios de justicia. Consideran, pues, que un marco teórico tan amplio como la propuesta rawlsiana es capaz de brindar una cobertura justificatoria a la denominada gobernanza algorítmica.

Grace y Bamford parten de los principios de justicia de Rawls. El primer principio ("Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades de los demás"[87]) ofrece las bases para derivar legítimamente el imperativo de crear vías accesibles para examinar y controlar la incidencia sobre esa igual libertad –por ejemplo, saber si se ha elaborado un perfil de una persona, entender los pasos que ha dado un modelo algorítmico para llegar a determinada conclusión o pedir cuentas a quienes gobiernan de las

[85] S. BAROCAS y A.D. SELBST, "Big Data's Disparate Impact…", cit., p. 728.

[86] J. GRACE y R. BAMFORD, "AI Theory of Justice: Using Rawlsian Approaches …", cit., p. 2.

[87] J. RAWLS, *Teoría de la justicia,* Madrid, Fondo de Cultura económica, 2002, p. 67.

bases de conocimiento de sus decisiones–. Por tanto, el primer principio se proyecta fundamentalmente en la transparencia, la accesibilidad al conocimiento, el acceso a la justicia, las salvaguardas respecto a las decisiones totalmente automatizadas. Este enfoque exige la disponibilidad de un alto grado de información que permita a los individuos impugnar las decisiones por diversos motivos, dado que la falta de transparencia de los algoritmos que se utilizan para adoptar decisiones gubernamentales constituye una amenaza innata para un sistema de libertades iguales para todos. Esto afecta tanto a los criterios que se tiene en cuenta como al riesgo que puede comportar la pretensión de exactitud predictiva. Los criterios y elementos que se seleccionan han de respetar tanto el principio de publicidad como el de ser sensibles a las situaciones y condiciones en las que se sitúan los sujetos. Ambos son necesarios para que no se reproduzca la injusticia estructural. En cuanto el riesgo, no tiene más contrapeso que la transparencia.

El segundo principio ("Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser estructuradas de manera que sean para (a) beneficio de los menos aventajados de acuerdo con un principio de ahorro justo y (b) unidos a los cargos y las funciones asequibles a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades"[88]), el denominado principio de la diferencia, se presenta como el fundamento para garantizar la igualdad real y efectiva en el ámbito de la inteligencia artificial a través de algunas vías, entre las que destacan la legislación primaria de desarrollo del principio de igualdad (sustantiva) y la prohibición de discriminación, así como la imposición a los poderes públicos de obligaciones ligadas al respeto de los derechos humanos[89]. No obstante, las citadas autoras reconocen que probablemente sería necesaria una regulación adicional para proteger la justicia y los derechos humanos que, sin embargo, no concretan. En este punto, la propuesta me parece insuficiente para dar respuesta a la cuestión clave de la que venimos hablando: la desigualdad estructural.

Sin embargo, considero que el segundo principio adquiere más vigor si lo examinamos a la luz de otra exigencia: la eficiencia, esto es, la exactitud predictiva. De acuerdo con la concepción rawlsiana, si la estructura básica de la sociedad no respeta los principios de iguales libertades básicas e igualdad de oportunidades, la justicia exige corregir dicha situación, aunque ello

[88] Ibid., p. 280.

[89] M.J. AÑÓN, "Human rights obligations, specially, in times of crisis", *The Age of Human Rights Journal*, vol. 17, 2021, pp. 1-26.

comporte cambios que afecten a la eficiencia. Como explica Bayón[90], en esta concepción la eficiencia es relativa a alguna distribución inicial, teniendo en cuenta que el principio de justicia distributiva es el principio de la diferencia y que la eficiencia se situaría en el punto de partida de una estructura básica que respete los anteriores principios. En este sentido, la teoría de la justicia integra o es compatible con la eficiencia si nos encontramos en un contexto que respeta los principios de iguales libertades básicas y la igualdad de oportunidades y en el que solo son admisibles las desigualdades materiales que maximizan las perspectivas de los menos favorecidos. Si se satisface el principio de la diferencia, no es posible mejorar la situación de alguien sin empeorar la de algún otro. La eficiencia, en ese supuesto, es un ingrediente de la justicia supeditada a la satisfacción previa de ciertas condiciones básicas que no sería legítimo sacrificar para su salvaguarda.

5. NOTAS CONCLUSIVAS

La preocupación central de este artículo ha girado sobre la preservación de los derechos humanos, sus garantías y el principio de eficiencia –la pretensión de exactitud predictiva– en el uso de modelos algorítmicos de decisión.

Hemos podido constatar que la inclusión del uso de inteligencia artificial en el marco interpretativo del riesgo o de la prevención de daños a bienes y derechos fundamentales, que parece ser la perspectiva que se propone en el Derecho de la Unión Europea, no zanja la cuestión de la racionalidad decisoria. De otro lado, vincula las obligaciones orientadas a esta pretensión a una obligación genérica de diligencia debida en el marco de los límites normativos ya existentes relativos a las garantías y protección de los derechos fundamentales.

Entre las conductas consideradas de alto riesgo tienen una posición privilegiada aquellas que pueden dar lugar a resultados discriminatorios básicamente porque existen sesgos en los datos y/o en la clasificación. La forma hegemónica de tratar esta cuestión ha reconducido la discriminación algorítmica a las categorías bien conocidas de discriminación directa/indirecta integradas en el Derecho europeo y que han cristalizado en un esquema binario que, de alguna forma, no facilita la articulación de respuestas frente a la discriminación algorítmica.

[90] J.C. BAYÓN, "Justicia y Eficiencia", en ALMOGUERA *et al.*, *Estado, justicia, derechos,* Madrid, Alianza, 2002, pp. 258-259.

El articulo da cuenta, en este sentido, de una tensión irresuelta entre dos concepciones del Derecho antidiscriminatorio y opta por una perspectiva que atribuye al Derecho antidiscriminatorio la finalidad de hacer frente a la exclusión social, a la opresión y a la "subordiscriminación".

Esta concepción del Derecho antidiscriminatorio cobra especial importancia ante el desarrollo algorítmico, en la medida en que está llamado a ofrecer respuestas para abordar graves desigualdades estructurales. Este enfoque propicia la adopción de una perspectiva más amplia que converge con una noción sustantiva de la justicia social vinculada con los derechos humanos capaz de dar cuenta de los fundamentos de las normas concretas que regulen la aplicación de la inteligencia artificial, de identificar los riesgos que las decisiones algorítmicas pueden provocar en los derechos fundamentales y de cuestionar si aquellas normas amenazan principios jurídicos relevantes.

María Jose Añón Roig
Facultad de Derecho
Universidad de Valencia
Avda. dels Tarongers, s/n. Edificio Occidental
46071 Valencia
e-mail:Maria.J.Anon@uv.es

SOBRE LA PROPUESTA DE LOS NEURODERECHOS

ON THE NEURORIGHTS PROPOSAL

RAFAEL DE ASÍS
Universidad Carlos III de Madrid
https://orcid.org/0000-0002-0111-2261

Fecha de recepción: 24-2-22
Fecha de aceptación: 10-3-22

Resumen: *Las aplicaciones neurotecnológicas en los seres humanos han provocado la aparición de un discurso cuya principal característica es la demanda de unos nuevos derechos a los que se ha denominado como neuroderechos. Las propuestas se han desarrollado tanto en América como en Europa, y han tenido una buena acogida en la comunidad científica. Pero también se han planteado importantes críticas que de alguna manera obligan a estudiar la consistencia, viabilidad y oportunidad de los neuroderechos. Este trabajo describe las propuestas de neuroderechos y sus principales críticas.*

Abstract: *Neurotechnological applications in human beings have led to the appearance of a discourse whose main characteristic is the claim of new rights that have been called neurorights. The proposals have been developed both in America and in Europe, and have been well received by the scientific community. But important criticisms have also been raised that somehow force us to study the consistency, viability and timeliness of neurorights. This work describes the proposals of the neurorights and their main criticisms.*

Palabras clave: derechos humanos, neuroderechos, neurotecnologías, libertad cognitiva
Keywords: human rights, neurorights, neurotechnologies, cognitive liberty

1. INTRODUCCIÓN

Rafael Yuste y Sara Goering junto a otros investigadores y estudiosos de la neurociencia, comienzan su artículo "Four ethical priorities for neurotech-

nologies and AI", así: "Un hombre con parálisis participa en un ensayo clínico de una interfaz cerebro-ordenador. Un ordenador conectado a un chip en su cerebro está entrenado para interpretar la actividad neuronal resultante de los ensayos mentales de una acción. El ordenador genera comandos que mueven un brazo robótico. Un día, el hombre se siente frustrado con el equipo experimental. Más tarde, su mano robótica aplasta una taza después de quitársela a uno de los asistentes de investigación y éste resulta lastimado. Al disculparse por lo que dice que debe haber sido un mal funcionamiento del dispositivo, se pregunta si su frustración con el equipo tuvo algo que ver"[1].

Se trata de un supuesto hipotético pero, en la actualidad, nos encontramos con situaciones que convierten esa hipótesis en algo muy probable. El desarrollo de la tecnología "Brain to Text", que consiste en utilizar una interface para decodificar pensamientos humanos y escribirlos en la pantalla de un ordenador, es ya un hecho[2]. En 2011, Jack Gallant (Universidad de California), logró realizar, a través de herramientas de Inteligencia Artificial, un mapeo de la información que los ojos humanos enviaban al cerebro, para así poder descifrar imágenes en las que una persona está pensando[3]. Casey Halpen, de la Universidad de Stanford, dentro de un proyecto que tiene como finalidad generar conocimiento para suprimir el deseo descontrolado de comer (y luego proyectarlo en adicciones), ha desarrollado un algoritmo capaz de reconocer señales producidas por el cerebro de personas obesas, ante la pérdida de control cuando se les quita un alimento[4].

Estos ejemplos pueden producir cierta satisfacción, a diferencia de lo que ocurría con la situación con la que iniciaba este trabajo. Sin embargo, también nos encontramos con aplicaciones que nos preocupan. Y es que estamos en un contexto en el que se plantea la posibilidad de intervenir en el cerebro para mejorar su estado, para seleccionar a las personas, para borrar fragmentos de la memoria, para prevenir comportamientos, para saber si decimos la verdad…El avance de las neurotecnologías se ha multiplicado además con la aplicación de técnicas de Inteligencia Artificial.

---

[1] R. YUSTE, S. GOERING, y otros, "Four ethical priorities for neurotechnologies and AI", en *Nature*, vol. 551, 2017, p. 159 (la traducción es mía).

[2] S. HERFF, T. SCHULTZ, y otros, "Brain-to-text: decoding spoken phrases from phone representations in the brain", *Frontiers Neuroscience*, 9, 2015, p. 217.

[3] J. GALLANT, y otros, "Reconstructing Visual Experiences from Brain Activity Evoked by Natural Movies", *Current Biology,* vol. 21, 2011, pp. 1641 y ss.

[4] C. HALPERN, y otros, "Brain-Responsive Neurostimulation for Loss of Control Eating: Early Feasibility Study", *Neurosurgery,* vol. 87, núm. 6, 2020, pp. 1277 y ss.

Como han señalado los autores del trabajo con el que comenzaba estas reflexiones, "estamos en el camino 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; donde los individuos podrían comunicarse con otros simplemente pensando; y donde los poderosos sistemas computacionales vinculados directamente al cerebro de las personas ayudan en sus interacciones con el mundo de tal manera que sus habilidades mentales y físicas mejoran enormemente". Y más adelante afirman: "Las neurotecnologías claramente podrían alterar el sentido de identidad y agencia de las personas, y sacudir los supuestos básicos sobre la naturaleza del yo y la responsabilidad personal, legal o moral"[5].

El sentido de la identidad, al que se refieren estos autores, parece estar soportado en una serie de facultades que los seres humanos poseen en diversa intensidad y por una cadena de órganos. Entre estos últimos destaca el cerebro que, para algunos no es un órgano más, "sino el que genera toda nuestra actividad mental y cognitiva. Todos nuestros pensamientos, percepciones, imaginación, recuerdos, decisiones y emociones son generados por el disparo orquestado de circuitos neuronales en nuestros cerebros"[6].

Como sabemos, el cerebro está implicado en todas las funciones y tareas que realizamos cada día[7]. Sirve para pensar y razonar, para respirar, para soñar. Es un órgano compuesto por más de 100.000 millones de neuronas y en él se produce una mezcla de procesos químicos y eléctricos. Toda intervención en el cerebro podría, de esta manera, ser problemática a efectos de identidad. Ahora bien, hay que ser conscientes de que necesita de otros órganos para realizar estas tareas, por lo que, en cierto sentido, la intervención en esos otros órganos también podría ser relevante a efectos de identidad.

Aún así, atendemos más a las intervenciones del cerebro. Seguramente, la razón de ello esté en que hay aspectos de la identidad a los que concedemos más importancia. Entre ellos, todo aquello que tiene que ver con la percepción de la realidad y con nuestra autopercepción, es decir con la consciencia y la conciencia, aspectos que relacionamos directamente con el cerebro.

---

[5] R. YUSTE, S. GOERING, y otros, "Four ethical priorities for neurotechnologies and AI", cit., pp. 159 y ss. (traducción mía)

[6] R. YUSTE, J. GENSER, y S. HERRMANN, "It's Time for Neuro-Rights", en *Horizons*, Center for International Relations and Sustainable Development, 2021, p. 154 (la traducción es mía).

[7] Vid. F. MORA, *Cómo funciona el cerebro,* Alianza Editorial, Madrid 2009.

En todo caso, el problema de la alteración de la identidad, es una cuestión presente en muchas de las llamadas tecnologías convergentes. Lo está en la genética, principalmente en la actualidad a través del uso del método de edición genética CRISPR, que permite el corte y la edición con alta precisión de información genética en el ADN de cualquier organismo vivo, incluidos los humanos. También está presente en el campo de la Inteligencia Artificial, principalmente con su repercusión en la esfera privada y la intimidad a través de las técnicas de Big Data. Lo está en la Robótica de la mano de la reflexión sobre el concepto de robot y a través de la presencia cada vez mayor del fenómeno de los cíborgs. Y claramente lo está también, como ya he apuntado en el campo de la neurotecnología, en donde se ha llegado a afirmar que la cuestión de la identidad es la que singulariza a la llamada neuroética frente a otras éticas aplicadas[8].

La cuestión de cómo abordar la afectación de la identidad es el principal punto de discusión entre las dos filosofías que representan las diferentes posturas ante las tecnologías convergentes: la bioconservadora y la transhumanista[9].

En 2015 publicaba *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*[10], donde defendía ya que las respuestas a las tecnologías convergentes debía hacerse utilizando un enfoque de derechos humanos. Hoy la presencia de los derechos humanos a la hora de abordar estas cuestiones es un hecho. Lo era desde hace tiempo en el campo de la Genética y lo ha empezado a ser, sobre todo a partir de 2018, en los campos de la Inteligencia Artificial y la Robótica. Así por ejemplo, en el campo de la Inteligencia Artificial, entre las últimas iniciativas más interesantes puede citarse la Propuesta de Reglamento Europeo sobre el uso de la Inteligencia Artificial de abril de 2021 y el Proyecto de Recomendación sobre la ética de la Inteligencia Artificial de la UNESCO de septiembre de 2021. Y lo mismo puede decirse en relación con las neurotecnologías. Así por ejemplo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) adoptó en diciembre de 2019 la "Recomendación sobre innovación responsable en neurotecnología", cuyo objetivo es guiar a los gobiernos y a los innovadores para anticipar y abordar los desafíos éticos, legales y sociales que plantean las nuevas neurotecnologías, al tiempo que

[8] Vid. R. DE ASÍS, *Derechos y Tecnologías*, Dykinson, Madrid 2022, pp. 20 y ss.

[9] F. LLANO ALONSO, *Homo Excelsior. Los Límites Ético Jurídicos del Transhumanismo*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2018.

[10] R, DE ASÍS, *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, Dykinson, Madrid 2015.

promueve la innovación en el campo. La Recomendación consta de nueve principios: "i) promoción de la innovación responsable; ii) priorizar la evaluación de la seguridad; iii) promoción de la inclusión, iv) fomento de la colaboración científica; v) habilitación de la deliberación social; vi) habilitación de la capacidad de los órganos asesores y de supervisión; vii) salvaguardar los datos personales del cerebro y otra información; viii) promover culturas de administración y confianza en el sector público y privado; y, ix) anticipar y monitorear el uso indebido o no intencional potencial".

En cualquier caso, la posible alteración de la identidad por parte de las tecnologías convergentes y principalmente por parte de las neurotecnologías, ha llevado a algunos a defender la necesidad de reconocer unos nuevos derechos: los neuroderechos. Pues bien, en este trabajo me ocuparé del alcance de esta propuesta, prestando especial atención a sus críticas. Para ello, comenzaré describiendo brevemente la propuesta del reconocimiento de los neuroderechos.

2. LA PROPUESTA DE LOS NEURODERECHOS

Aunque seguramente, en la actualidad, la expresión neuroderechos esté unida al español Rafael Yuste, es necesario tener en cuenta en su análisis, al menos, otros dos nombres: Marcello Ienca y Wrye Sententia. Esta última fue quien, junto a Richard Glen Boire, se refirió, en 2004, a la necesidad de reconocer un derecho humano relacionado con la neurociencia: la libertad cognitiva.

Ciertamente, Boire se había referido ya en 1999[11] a la libertad cognitiva y a su importancia. En este sentido, para Boire, "el derecho a controlar la propia conciencia es la quintaesencia de la libertad. Si la libertad significa algo, debe significar que cada persona tiene el derecho inviolable de pensar por sí misma. Debe significar, como mínimo, que cada persona es libre de dirigir su propia conciencia; los propios procesos mentales subyacentes y las propias creencias, opiniones y visión del mundo. Esto es evidente y axiomático"[12]. Para Sententia, la libertad cognitiva es un derecho estrechamente relacionado con la libertad de pensamiento. De alguna manera es la adaptación de este derecho a las circunstancias del siglo XXI, una respuesta

[11] R. G. BOIRE, "On cognitive liberty I", en *Journal of Cognitive Liberties, 1*, 1999, pp, 7 y ss.

[12] R.G. BOIRE, "On cognitive liberty III", en *Journal of Cognitive Liberties*, vol. 2, núm. 1, 2001, p. 8 (la traducción es mía).

necesaria al poder de manipular nuestro cerebro. Así, la libertad cognitiva es, para Sententia, "el derecho y la libertad de controlar la propia conciencia y el proceso de pensamiento electroquímico"[13].

Aunque la importancia de la libertad cognitiva ha sido tal, que algunos la han considerado como la base para una futura declaración de neuroderechos humanos[14], Sententia no utilizó el término neuroderechos; más bien, como hemos visto, relacionó estrechamente este derecho con la libertad de pensamiento.

Según Marcello Ienca[15], el término neuroderechos fue introducido por primera vez en un trabajo publicado por él junto a R. Andorno en 2017, titulado "A New Category of Human Rights: Neurorights"[16]. En este trabajo, Ienca y Andorno, después de analizar las principales normas de derechos humanos concluyeron con que estas no eran suficientes para protegernos frente a la neurotecnología, por lo que era necesario adaptar los derechos existentes e incluso crear nuevos derechos. Más adelante, en otro trabajo publicado ese mismo año[17], estos autores identificaron cuatro nuevos derechos, llamados neuroderechos: el derecho a la libertad cognitiva, el derecho a la privacidad mental, el derecho a la integridad mental y el derecho a la continuidad psicológica.

También en 2017, Rafael Yuste, junto a otros científicos todos ellos pertenecientes al grupo Morningside (formado por neurocientíficos, neurotecnólogos, clínicos, especialistas en ética e ingenieros de inteligencia artificial),

---

[13] SENTENTIA, W., "Neuroethical considerations: cognitive liberty and converging technologies for improving human cognition", en *Annals of the New York Academy of Science, vol. 1013,* 2004, p. 221 (traducción mía).

[14] P. SOMMAGGIO, M. MAZZOCCA, A. GEROLA, y F. FERRO, "Cognitive liberty. A first step towards a human neuro-rights declaration", en *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto,* n*úm*. 3, 2017. Recientemente P. Sommaggio ha desarrollado esta tesis en: P. SOMMAGGIO, "Neuroscience, Neurolaw, and Neurorights", en P. LÓPEZ-SILVA, L. VALERA (eds), *Protecting the Mind. Ethics of Science and Technology Assessment*, vol 49. Springer, 2022, pp. 71 y ss.

[15] M. IENCA, "On neurorights", en *Frontiers in Human Neurosciencie*, 24 September 2021.

[16] M. IENCA, y R. ANDORNO, "A New Category of Human Rights: Neurorights", 2017. Disponible en *http://blogs.biomedcentral.com/bmcblog/2017/04/26/new-category-human-rights-neurorights/*. Última consulta: 23 de febrero de 2022.

[17] M. IENCA, y R. ANDORNO, "Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology", en *Life Sciences, Society and Policy*, vol. 13, 2017. Hay traducción al castellano: "Hacia nuevos derechos humanos en la era de la neurociencia y neurotecnología", *Análisis Filosófico*, núm. 41 vol. 1, mayo 2021.

publica en *Nature* el artículo con el que comenzaba estas reflexiones, "Four ethical priorities for neurotechnologies and AI".

Para los autores de este trabajo, la combinación de las neurotecnologías y la inteligencia artificial, plantea cuatro áreas de preocupación ética: privacidad y consentimiento; agencia e identidad; mejora; y sesgo. El análisis de estas cuatro áreas les llevó a demandar la necesidad del reconocimiento de nuevos derechos; un reconocimiento que debe ir acompañado del establecimiento de una serie de medidas. Así se refieren al derecho a la privacidad mental, al derecho a la agencia (libre albedrío) y al derecho a la identidad. También se apunta la necesidad de establecer límites a las neurotecnologías de mejora y de combatir los sesgos. El trabajo termina con un llamamiento a una neuroingeniería responsable que se vería facilitada con la creación de un código de conducta ético en la industria y el mundo académico, con la exigencia de una formación en ética en estos campos y con la posibilidad de exigir algo parecido al Juramento Hipocrático[18].

En 2021, Rafael Yuste publica junto a dos juristas, J. Genser y S. Herrmann, "It's Time for Neuro-Rights"[19]. El artículo comienza afirmando que los avances tecnológicos están redefiniendo la vida humana y transformando el papel de los seres humanos en la sociedad, señalando que: "los tratados existentes no pueden ofrecer la protección sólida y completa de los derechos humanos que requiere un mundo neurotecnológico…". Para ellos, "la era actual exige un marco de protección novedoso: los neuroderechos". Yuste, Genser y Herrmann se refieren así a cinco neuroderechos que responden a otros tantos riesgos.

El primero de los riesgos se traduce en los cambios que se pueden producir en la identidad por los efectos de la conexión de nuestro cerebro a interfaces inteligentes. Frente a este riesgo, se propone el reconocimiento del derecho a la identidad, entendido como la capacidad de controlar nuestra propia integridad física y mental.

El segundo de los riesgos consiste en la posibilidad de que, con las conexiones cerebro-máquina, sean éstas últimas las que tomen las decisiones

[18] Recientemente se han referido a este juramento como "Juramento Tecnocrático"; un instrumento para ayudar a establecer y propagar un núcleo de principios éticos para garantizar la innovación responsable y proteger los derechos humanos fundamentales de pacientes y consumidores. Vid. M.F. ÁLAMOS, y otros, "A Technocratic Oath", en P. LÓPEZ-SILVA, L. VALERA (eds), *Protecting the Mind. Ethics of Science and Technology Assessment*, cit., pp. 163 y ss.

[19] R. YUSTE, J. GENSER, y S. HERRMANN, "It's Time for Neuro-Rights", cit., pp. 154 y ss. (las traducciones son mías).

por nosotros. Ante ello, se propone el derecho a la agencia, o la libertad de pensamiento y el libre albedrío, para elegir las propias acciones.

El tercero de los riesgos tiene que ver con la posibilidad de que a través de ciertas neurotecnologías, nuestros pensamientos sean extraídos, conocidos y divulgados. Este riesgo, según los autores, demanda el reconocimiento del derecho a la privacidad mental, o la capacidad de mantener los pensamientos protegidos contra la divulgación.

El cuarto de los riesgos tiene que ver con la distribución de los beneficios de las mejoras en la capacidad sensorial y mental. Así, se señala que se corre el riesgo de que estos beneficios no se distribuyan de manera justa entre la población. Frente a este riesgo, se propone el reconocimiento del derecho al acceso igual a la mejora mental, o la capacidad de asegurar que los beneficios de las mejoras en la capacidad sensorial y mental a través de la neurotecnología se distribuyan de manera justa entre la población.

El quinto de los riesgos tiene que ver también con la discriminación, pero en ese caso con aquella que se basa en prejuicios y estereotipos. Y es que la tecnología puede reproducir y aumentar este tipo de problemas. Por eso, se defiende el reconocimiento del derecho a la protección contra el sesgo algorítmico, o la capacidad de garantizar que las tecnologías no introduzcan prejuicios[20].

Para el reconocimiento y la satisfacción de estos neuroderechos Yuste, Genser y Herrmann proponen una serie de medidas, tres a corto plazo (destinadas a construir una definición consensuada de neuroderechos y con ello consolidar la investigación en neurotecnología y las prácticas regulatorias) y cuatro a largo plazo (destinadas a desarrollar tanto un marco para la protección y promoción de los neuroderechos como un mecanismo para monitorear las actividades de los países sobre neurotecnología). Estas medidas tienen como principal responsable en su ejecución a Naciones Unidas y, entre ellas, destaca la de la posibilidad de crear un Tratado Internacional sobre neuroderechos.

Por su parte, Marcello Ienca ha clasificado las propuestas de neuroderechos en cinco grandes grupos que conecta con derechos ya reconocidos[21].

[20] Estos cinco derechos son también defendidos en C. BASELGA-GARRIGA, P. RODRIGUEZ, R. YUSTE R., "Neuro Rights: A Human Rights Solution to Ethical Issues of Neurotechnologies", en P. ÓPEZ-SILVA, L. VALERA L. (eds), Protecting the Mind. Ethics of Science and Technology Assessment, cit., pp. 157 y ss.

[21] M. IENCA, "On neurorights", cit.

En primer lugar, se refiere a derechos derivados de la libertad de pensamiento, donde incluye a la libertad cognitiva (el derecho a la autodeterminación mental), el derecho a la agencia (el derecho al reconocimiento de la capacidad de elección o al libre albedrío), la libertad mental (el derecho al control consciente sobre la propia mente) y la libertad de pensamiento.

En segundo lugar, se refiere a los derechos derivados de la privacidad, donde se situaría el derecho a la privacidad mental (el derecho de las personas contra la intrusión no consentida de terceros en sus datos cerebrales, contra la recopilación no autorizada de esos datos y contra su divulgación) y el derecho a la neuroprivacidad (el derecho a la protección de los datos neuronales o cerebrales).

En tercer lugar, los derechos derivados del bien integridad, donde se encuentra el derecho a la integridad mental (el derecho de las personas a ser protegidas de manipulaciones ilícitas y nocivas de su actividad mental).

En cuarto lugar los derechos derivados de la identidad, donde está el derecho a la identidad personal, que posee dos proyecciones: (i) como derecho a preservar "la identidad personal de las personas y la continuidad de su mentalidad"; y, (ii) como derecho de controlar la integridad física y la integridad mental.

Y en quinto lugar habla de dos derechos relacionados con la promoción de requisitos necesarios para la realización de los otros derechos: el derecho a un acceso igual a la mejora mental y el derecho a la protección contra el sesgo algorítmico.

Las demandas sobre la necesidad de reconocer neuroderechos han tenido ya dos plasmaciones, una en el ámbito del Derecho positivo y otra en el de las propuestas de políticas. La del Derecho positivo se ha producido en Chile, con la presentación de una enmienda al artículo 19 de la Constitución, referido al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, y con la elaboración de un proyecto de Ley sobre sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías[22]. La del ámbito de las políticas se ha producido en España, en marco del Plan España Digital y de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, con la elaboración de la propuesta de Carta de Derechos Digitales, en cuyo interior hay un apartado dedicado a los derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías.

[22] N. RECHE TELLO, "Nuevos derechos frente a la neurotecnología: la experiencia chilena", *Revista de Derecho Político,* n. 112, 2021, pp. 415 y ss.

3. ALGUNOS CUESTIONAMIENTOS DE LA PROPUESTA

Las propuestas sobre los neuroderechos están teniendo una buena acogida. Giampaolo Collecchia, ha subrayado que las implicaciones éticas de las aplicaciones neurotecnológicas, no son abordables por las protecciones y reglas existentes: "Se necesitan nuevos derechos específicos para el dominio neuronal, verdaderos derechos neurológicos, para definir y concretar el alcance del cambio, uno de los mayores desafíos de nuestro tiempo"[23]. Por su parte, E. Cáceres Nieto, J. Díez García, y E. García García, propugnan el reconocimiento de una nueva generación de derechos humanos representada por los cinco neuroderechos defendidos por Yuste y otros[24]. Txetxu Ausín, Ricardo Morte y Aníbal Monasterio Astobiza, han señalado que "parece prudente establecer salvaguardas básicas y universales, en términos de derechos humanos, que establezcan un marco infranqueable para estas tecnologías y que puedan ser incorporadas a las legislaciones internacionales y nacionales en materia de derechos fundamentales, a fin de establecer garantías para las mismas"[25].

Incluso a las propuestas de neuroderechos se han añadido otras que tienen que ver con principios técnicos para su implementación. Así por ejemplo Andrea Lavazza, se ha referido al principio técnico para la protección de la integridad psíquica, una limitación funcional que debe incorporarse a cualquier dispositivo capaz de interferir con la integridad psíquica[26]. Se trata de un principio operativo general (técnico) que debería ser compartido por todos los sistemas interconectados que se ocupan de decodificar o intervenir en la actividad cerebral, y que tiene que: (a) incorporar sistemas que puedan encontrar y señalar cualquier detección y difusión no autorizada de datos cerebrales y cualquier alteración del funcionamiento cerebral; (b) ser capaz de detener cualquier detección y difusión no autorizada de datos cerebrales y cualquier alteración del funcionamiento cerebral[27].

---

[23] G. COLLECCHIA, "Neurotecnologie e neurodiritti digitali: la privacy mentale", en *Recenti Progressi in Medicina*, vol. 112, núm. 5, mayo 2021, pp. 343 y ss. (la traducción es mía).

[24] E. CÁCERES NIETO, J. DÍEZ GARCÍA, E. GARCÍA GARCÍA, "Neuroética y neuroderechos", *Revista del posgrado en derecho de la UNAM*, núm. 15, 2021, pp. 1 y ss.

[25] T. AUSÍN, R. MORTE, y A. MONASTERIO ASTOBIZA, "Neuroderechos: Derechos humanos para las neurotecnologías", *Diario La Ley*, núm. 43, 2020, p. 6.

[26] A. LAVAZZA, "Freedom of thought and mental integrity: the moral requirements for any neural prosthesis", en *Frontiers of Neuroscience,* núm. 12, 2018.

[27] S. INGLESE, y A. LAVAZZA, "What Should We Do With People Who Cannot or Do Not Want to Be Protected From Neurotechnological Threats?", *Frontiers. Human Neuroscience*, 4 Agosto 2021.

El Comité de Internacional de Bioética de la UNESCO, en su informe sobre las cuestiones éticas de la neurotecnología, de 15 de diciembre de 2021, ha señalado varias opciones para reconocer y proteger los neuroderechos: "a) Agregar protocolos a los tratados internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, para abordar los desafíos que plantean las neurotecnologías. b) Reforzar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, considerando que la neurotecnología desafía los derechos humanos existentes y que se requerirán nuevas garantías en función de las posibilidades de vulneración. c) Elaborar una Nueva Declaración Universal de Derechos Humanos y Neurotecnología". Este instrumento normativo, según este Comité, debería seguir estas directrices: "a) Todos los seres humanos tienen derecho a la protección de sus actividades cerebrales independientemente de su raza, sexo, condición socioeconómica y capacidades cognitivas. b) Los datos cerebrales obtenidos de, con o a través de la neurotecnología nunca deben usarse para vigilancia o elaboración de perfiles sin el debido consentimiento informado, y nunca para una posible discriminación basada en características cognitivas u otras características mentales. c) Los usos de la neurotecnología por parte de actores estatales y no estatales deben ser examinados en busca de posibles violaciones de los derechos humanos. d) Promover la difusión de información, educación y diálogo sobre neurotecnología es de suma importancia para garantizar un uso responsable y ético".

No obstante, las propuestas sobre los neuroderechos también están siendo objeto de críticas.

Así, D. Borbón, L. Borbón y J. Laverde, han afirmado categóricamente que "la propuesta de unos nuevos Derechos Humanos es innecesaria e inconveniente". En este sentido señalan que: "Si bien es imperativo que frente al catalizado avance de las neurotecnologías se planteen claros límites éticos y jurídicos, consideramos que algunas de las propuestas de la iniciativa de los NeuroDerechos pueden llegar a ser inconvenientes o innecesarias. Hacemos una enfática llamada a la discusión académica, social y política plural antes de considerar aprobar la incorporación de los neuroderechos humanos. Esto, en primer lugar, pues aún no existe un consenso en cuáles neuroderechos deben admitirse…En segundo lugar, consideramos que dos de las propuestas de la Iniciativa de los NeuroDerechos son conceptualmente problemáticas y particularmente inconvenientes: el neuroderecho al libre albedrío y al acceso equitativo a neurotecnologías de mejora". En relación con el libre albedrío consideran estos autores que se trata de una cuestión

con una fuerte carga ideológica por lo que la adopción de una postura al respecto "requiere, por lo menos, grandes espacios de deliberación académica y política previa a su incorporación a los ordenamientos jurídicos". Y respecto a la cuestión de la mejora, afirman igualmente que "aún es necesario debatir con respecto a si esto es necesario y adecuado o si sólo se debiese garantizar el acceso a avances que tengan fines terapéuticos". Pero además, consideran que esa propuesta choca con la del reconocimiento de un derecho a la identidad personal y por lo tanto manifiesta la existencia de contradicciones dentro de la misma propuesta: "Esto porque si hay una mejora sustancial del funcionamiento cognitivo, cabe la posibilidad de que se produzca una alteración de los aspectos característicos que definen la identidad del individuo, es decir, su personalidad" [28].

En "Neurorights in Chile: Between neuroscience and legal science", cuatro investigadores chilenos, revisan los proyectos normativos presentados al Congreso de su país para legislar sobre los llamados neuroderechos. Y esta revisión concluye afirmando la ausencia de justificación jurídica de las propuestas. Se afirma que la idea de los "neuroderechos" "se basa en una tesis filosófica `reduccionista cartesiana´ obsoleta, que aboga por la necesidad de crear nuevos derechos para blindar una parte específica del cuerpo humano: el cerebro" [29]. Y también se concluye que la propuesta es redundante con los derechos a la privacidad y a la integridad mental y física ya reconocidos por la mayoría de los Derechos occidentales.

D. Borbón y L. Borbón han señalado, en otro trabajo[30], que la propuesta de los neuroderechos debe ser revisada extensamente. Según estos autores, es relevante cuestionar la necesidad de crear una nueva categoría de derechos humanos: "La mayoría de los sistemas jurídicos nacionales e internacionales ya protegen la libertad, el consentimiento, la igualdad, la integridad, la privacidad y la información". Los neuroderechos propuestos presentan

[28] D. BORBÓN, L. BORBÓN, y J. LAVERDE, "Análisis crítico de los NeuroDerechos Humanos al libre albedrío y al acceso equitativo a tecnologías de mejora", *Ius et Sciencia,* vol. 6, n*úm*. 2, 2020, pp. 156, 146, 149 152 y 154.

[29] A. ZUÑIGA-FAJURI, L. VILLACENCIO MIRANDA, D. ZAROR MIRALLES, y R. SALAS VENEGAS, R., "Neurorights in Chile: Between neuroscience and legal science", en M. HEVIA (ed.), *Regulating Neuroscience: Transnational Legal Challenges*, vol. 4 de *Developments in Neuroethics and Bioethics*, Elsevier, 2021 (la traducción es mía).

[30] D. BORBÓN, y L. BORBÓN, "A Critical Perspective on NeuroRights: Comments Regarding Ethics and Law", *Frontiers in Human Neuroscience,* vol. 15, 2021 (la traducción es mía).

problemas de concreción y en muchos casos resultan contradictorios. En este sentido consideran más útil preparar a los operadores jurídicos "para interpretar adecuadamente los derechos constitucionales considerando los desafíos presentados por las neurotecnologías. De la misma manera, se deben establecer regulaciones legales e internacionales claras, extensas y suficientes para abordar satisfactoriamente los límites a las neurotecnologías. Además, el alcance y los límites de cada derecho deben analizarse adecuadamente antes de intentar incorporarlos".

Argumentos parecidos han sido utilizados por Vanesa Morente. Para la filósofa del Derecho española, "si los bienes jurídicos que pretenden garantizar los neuro derechos son la intimidad, la privacidad, la libertad, la dignidad humana y el acceso equitativo a los recursos científicos, hemos de concluir que ya se encuentran reconocidos y garantizados en la Declaración Universal de derechos humanos de 1948. Parece entonces que no hay nada nuevo bajo el sol. En realidad, se trata de los clásicos valores de la modernidad consagrados ya, al menos formalmente, en la práctica totalidad de los países occidentales". Y continúa: "Nuestros sistemas jurídicos, a través del reconocimiento de derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos personales y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, garantizan la preservación de los bienes jurídicos que podrían verse amenazados ante el avance de la ciencia malentendida y peor gestionada"[31]. Y en este sentido señala que no son necesarios estos neuroderechos porque por un lado pueden ser protegidos por los derechos existentes y a través de nuevas construcciones jurisprudenciales, y por otro lado por el problema de la inflación.

Pero seguramente sea C. Bublitz, uno de los investigadores que desde el principio ha estado vinculado a la reflexión sobre la libertad cognitiva, quien se haya mostrado más crítico con la propuesta del reconocimiento de nuevos derechos. Bublitz, profesor de Derecho en la Universidad de Hamburgo, publica en 2013 un interesante estudio sobre la libertad cognitiva[32]. En este trabajo Bublitz mantiene un planteamiento permisivo en relación con las neuromejoras y afirma la necesidad de reconocer la libertad cognitiva como

[31] V. MORENTE PARRA, "La inteligencia híbrida: ¿Hacia el reconocimiento y garantía de los neuroderechos", en F.H. LLANO ALONSO y J. GARRIDO MARTÍN, *Inteligencia artificial y Derecho. El jurista ante los retos de la era digital*, Aranzadi, Pamplona 2021, pp. 273 y 274.

[32] C. BUBLITZ, "My mind is mine!? Cognitive liberty as a legal concept", en H. FRANKE (ed.), *Cognitive Enhancement*, Springer, Berlin, pp. 233 y ss (las traducciones son mías).

derecho a la autodeterminación mental, esto es, como el derecho que garantiza la soberanía de un individuo sobre su mente (derecho a alterar los estados mentales propios y a negarse a que se produzca dicha alteración). En este sentido afirma que "hay algunos derechos que están estrechamente relacionados con la idea de libertad cognitiva, pero en su estado actual no logran cubrir adecuadamente las peculiaridades de las intervenciones mentales. No existen enfoques sistemáticos para definir formas permisibles e inadmisibles de cambiar de opinión, por lo que la teoría jurídica aún tiene que desarrollar doctrinas más detalladas que traten con la mente y los estados mentales". Esta posición sobre el derecho a la autodeterminación mental aparece también en otro trabajo que publica junto a Reinhard Merkel[33].

Pues bien, en 2021, en "Forensic Brain-Reading and Mental Privacy in European Human Rights Law: Foundations and Challenges"[34], Bublitz y otros tratan sobre la necesidad o no de reconocer un nuevo derecho a la privacidad mental examinando la protección de los derechos en el marco del sistema europeo de derechos humanos. El análisis concluye señalando que, aunque algunas formas de lectura del cerebro no consentidas podrían ser legales en el marco actual de los derechos humanos europeos, los derechos fundamentales existentes descartan en términos generales esos usos. Los derechos a la libertad de pensamiento, a la privacidad y a no declarar contra uno mismo, protegen contra los peligros que señalan los defensores del reconocimiento de un nuevo derecho. Por eso, terminan afirmando que no parece necesario un derecho fundamental nuevo para proteger la intimidad mental.

Pero es en "Novel Neurorights: From Nonsense to Substance"[35], donde la crítica a la propuesta de nuevos neuroderechos se hace más evidente. En este trabajo, Bublitz presenta siete críticas generales a la propuesta y otra serie de críticas a los derechos que aparecen en ella.

La primera de las críticas es la de la falta de un debate académico: "Hasta ahora, el concepto de neuroderechos no se ha explicado en el trabajo académico, se usa más bien como una frase y, a veces, como un grito de guerra". Debería

[33] C. BUBLITZ, R. MERKEL, "Crimes Against Minds: On Mental Manipulations, Harms and a Human Right to Mental Self-Determination", *Criminal Law, Philosophy,* vol. 8, 2014, pp. 51 y ss.

[34] S. LIGTHART, T. DOUGLAS, C. BUBLITZ, y otros, "Forensic Brain-Reading and Mental Privacy in European Human Rights Law: Foundations and Challenges", *Neuroethics,* núm. 14, 2021, pp. 191 y ss.

[35] C. BUBLITZ, C., "Novel Neurorights: From Nonsense to Substance", *Neuroethics,* núm. 15, 2022, pp, 7 y ss. (traducciones propias).

existir un debate no sobre la incidencia de la neurotecnología en los derechos, que es algo que puede ser evidente, sino sobre "si los desafíos que plantea la propuesta realmente existen de la manera que sugiere, y si los neuroderechos propuestos, en conjunto o individualmente considerados, son respuestas razonables o necesarias para ello". Y este problema de la falta de debate académico es aún mayor precisamente en el campo de los derechos humanos.

La segunda de las críticas es la de la inflación de los derechos. Señala Bublitz que para "los estudiosos de los derechos humanos, pedir que se agreguen nada menos que cinco nuevos derechos a las listas internacionales puede parecer atrevido… Los derechos humanos existentes han surgido de años de cuidadosas consideraciones (y a menudo de luchas políticas), y la mayoría aún espera su plena realización. Al ampliar cada vez más las listas, se debilita y diluye su excepcionalidad, su exigencia y la categórica prioridad de su implementación; están en peligro de convertirse en símbolos y retórica vacía. Desde esta perspectiva, pedir nada menos que cinco derechos adicionales podría representar una actitud de insensibilidad hacia la naturaleza y el valor de tales derechos".

La tercera de las críticas es la incompetencia jurídica de quienes la proponen. Para Bublitz, la propuesta está claramente situada en el campo de la ciencia y su contribución a las cuestiones de política es sin duda bienvenida. Sin embargo señala: "debe quedar claro que la neurociencia no se encuentra entre las disciplinas principalmente relevantes para redactar y discutir derechos humanos o constitucionales, propuestas de políticas u otros asuntos normativos…". Y continúa: "La pericia en el objeto de la regulación, la neurociencia, no debe confundirse con la pericia en la regulación".

La cuarta de las críticas es la de no tomarse los derechos en serio. Según nuestro autor, los autores de la propuesta no son conscientes de la importancia y del alcance de los derechos humanos. Estamos hablando de instrumentos que limitan a los Estados y que se sitúan por encima de las decisiones de las mayorías. Es necesario discutir sobre su fundamento y alcance: "Tomados en serio, los derechos no son solo símbolos, sino herramientas poderosas en sociedades gobernadas por el Estado de Derecho".

La quinta crítica es la falta de comprobación de la hipótesis de partida. La propuesta, según Bublitz, parte de la afirmación de que la normativa actual es deficiente y no sirve para enfrentarse a estos retos. Sin embargo, no se justifica esta afirmación. En este sentido señala: "la premisa de que el Derecho de los derechos humanos no puede brindar protección contra las

neurotecnologías porque eran imprevisibles en el momento de su adopción es falsa, tanto en abstracto como con respecto a derechos específicos". Y continúa: "la propuesta parece más un brindis al sol que un análisis serio de las normas, o una contribución sustantiva a las mismas… Lo que se necesita son políticas y propuestas regulatorias más finas, bien consideradas y viables, que se sitúen en un nivel diferente".

La sexta crítica es el énfasis excesivo en lo neuro. Con ello, lo que quiere subrayar Bublitz es que la propuesta está en línea con algunas características normalmente presentes cuando se trabaja en las intersecciones de las humanidades y la neurociencia: un énfasis excesivo en el "neuro" que lleva en ocasiones a un neuroesencialismo difícilmente aceptable: "El Derecho fue testigo de una primera y finalmente inútil ola de llamadas a la reforma respaldadas por la neurociencia con respecto a la cuestión del libre albedrío y la responsabilidad penal en la primera década de este siglo. Las demandas actuales a favor de los neuroderechos están a punto de convertirse en la segunda ronda de reclamos que sobrestiman la relevancia del campo de la neurociencia". Y en este sentido se pregunta: ¿tiene el derecho a la identidad una relación más estrecha con las neuronas que con otros elementos?; o, ¿qué tienen de especial los neurodatos con respecto a la regulación, en comparación con otras formas de datos confidenciales legalmente reconocidos, como los registros de las búsquedas de Google, los perfiles de movimiento almacenados en los teléfonos inteligentes, los datos bancarios, los datos de salud…?

Por último, la crítica séptima, es la de la ciencia ficción. Y es que para Bublitz, la propuesta se basa en riesgos que todavía no se han demostrado. Si bien la regulación legal debe, por supuesto, ser anticipatoria, también debe basarse en una evaluación realista del poder y potencia de las tecnologías. La propuesta transmite un sentido de urgencia que podría crear presiones de tiempo que reduzcan el espacio para la deliberación y el debate.

Pero Bublitz también se muestra crítico con cada uno de los derechos. Así, el derecho a la identidad personal y el derecho al libre albedrío tienen, para él, el problema de su vaguedad. En relación con el derecho a la privacidad mental, que tiene cierta sustantividad, plantea las preguntas: ¿por qué debería reconocerse como un derecho independiente?; ¿por qué la privacidad de la mente es, en principio, diferente a, digamos, la privacidad del dormitorio? En el derecho a la igualdad de acceso a la mejora mental surge el problema de la mejora. Y en relación con el derecho a la protección contra el sesgo algorítmico, teniendo claro que los sesgos a menudo son incorrectos y

deben contrarrestarse, se pregunta: ¿por qué un derecho solo contra los sesgos algorítmicos? ¿qué pasa con los sesgos de la psicología humana común?

Los derechos propuestos merecen, según Bublitz, un tratamiento más profundo: Así, aparte de la privacidad mental, ninguno de los derechos es lo suficientemente preciso como para dar lugar a demandas identificables en casos concretos. No están bien considerados individualmente, ni se sitúan dentro del marco actual de los derechos humanos, repiten algunos derechos existentes y contravienen otros. Su nivel es demasiado amplio (libre albedrío) o demasiado específico (sesgo algorítmico); son demasiado inclusivos (aumento mental) o poco inclusivos, ya que dejan fuera una gama de preocupaciones potenciales y otros derechos (lugar de trabajo, vida no digital)". Por eso, "la iniciativa a favor de los neuroderechos propuestos debería cesar, mientras que el debate sobre las preocupaciones válidas que plantea loablemente debería continuar". En este sentido, "se debe promover una erudición profunda y sustantiva sobre los muchos desafíos que la neurociencia y otras tecnologías plantean para el Derecho". Y afirma: "Es hora de un debate exhaustivo en lugar de una frenética legislación".

4. UNAS REFLEXIONES FINALES

Como se habrá advertido, la propuesta de neuroderechos ha sido sometida a fuertes críticas que subrayan, no obstante, la necesidad de profundizar en su análisis. En todo caso, la buena noticia en todo ello es que el marco de análisis sobre la incidencia de las aplicaciones neurotecnológicas es el de los derechos humanos.

Pues bien, algunas de las críticas se dirigen sobre los mismos fundamentos de la propuesta. Así, se afirma, como hemos visto, que se parte de una hipótesis falsa (defender que el actual sistema de derechos humanos no es capaz de hacer frente a los retos de las aplicaciones neurotecnológicas); o también que se parte de una tesis filosófica superada, como es la de la reducción de lo humano al cuerpo y la mente; o, finalmente, que se desenvuelve dentro de una especie de deslumbramiento por lo "neuro", que S. Morse ha denominado como el síndrome de sobredemanda cerebral[36], y que está muy presente en algunos análisis sobre la incidencia de las neurotecnologías en el Derecho.

[36] J. MORSE, STPH, "Brain Overclaim Syndrome and Criminal Responsibility: A Diagnostic Note", Faculty Scholarship at Penn Law, núm. 117, 2006.

Otra de las críticas aparece siempre que se habla de nuevos derechos. En este sentido, hemos visto que uno de los argumentos tiene que ver con los problemas asociados a la inflación de derechos. Se trata del problema al que se refirió entre nosotros Francisco Laporta, en 1987, afirmando: "Me parece razonable sostener que cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como exigencia, y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente" [37]. En todo caso, conviene advertir que las consecuencias que produce la multiplicación de derechos no están claras. En la historia de los derechos humanos hemos visto declaraciones que han reconocido nuevos derechos o reinterpretaciones de antiguos, que han tenido éxito. Y también contemplamos derechos tradicionales que siguen sin estar bien protegidos. En mi opinión, la cuestión no es tanto la inflación o multiplicación sino el establecimiento de un buen sistema de garantías, unido a la existencia de voluntad política y formación, principalmente de los operadores jurídicos.

Se ha criticado la propuesta aludiendo problemas de indeterminación y de incoherencia. Lo primero, sobre todo, en relación con el derecho al libre albedrío y a la identidad mental, y lo segundo, con el derecho de acceso igual a la mejora. En relación con la indeterminación, vaya por delante que se trata de una característica predicable, en mayor o menor intensidad, de todos los derechos. Ciertamente, el problema del significado de la identidad, como he apuntado al comienzo, es uno de esos problemas "eternos". Sin embargo, (i) es una idea que está detrás de los derechos; (ii) hay Constituciones, como la portuguesa en su artículo 26,1, que la reconoce como derecho; (iii) se tiene en cuenta en los ámbitos de la obstinación terapéutica, la eutanasia y el internamiento involuntario de las personas con discapacidad; y, (iv) no es más indeterminada que la integridad moral presente en el artículo 15 de nuestro texto constitucional. En relación con la mejora, es cierto que la formulación de este derecho, tal cual se ha realizado, puede llevar a legitimar este tipo de intervenciones, pero de nuevo esto depende de cómo se desarrolle y garantice.

Algunos de los autores críticos han advertido sobre la redundancia de la propuesta, en el sentido de afirmar que los nuevos derechos coinciden con los existentes. En este punto, es importante recordar como la propia Sententia relaciona la libertad cognitiva con la libertad de pensamiento, que es algo que aparece también en los trabajos de Ienca. Y es que, de forma pa-

[37] F. LAPORTA, "Sobre el concepto de derechos humanos", *Doxa*, núm. 4, 1987, p. 23.

ralela a la propuesta de los neuroderechos, se ha desarrollado un discurso sobre la afectación a los derechos por parte de las aplicaciones tecnológicas, que han llevado a subrayar la relevancia de un derecho ya reconocido como la libertad de pensamiento, que en todo caso habría que reinterpretar. C. Bublitz, por ejemplo, ha tratado a la libertad cognitiva como libertad de pensamiento, señalando que cualquier regulación de las neurotecnologías tiene que ser evaluada a su luz y que se trata de un derecho de carácter absoluto, por lo que las injerencias no pueden justificarse por intereses del bien común o por razones paternalistas[38].

Y en esta línea, Susie Alegre, ha destacado "la necesidad apremiante de explorar y definir el alcance del derecho a la libertad de pensamiento a la luz de esta nueva realidad y desarrollar marcos legales sólidos para proteger nuestra libertad de pensamiento para el futuro". Y para ello, ha subrayado, no son necesarios nuevos derechos[39]. De manera parecida, Simon McCarthy-Jones, en "The Autonomous Mind: The Right to Freedom of Thought in the Twenty-First Century"[40], defiende la posibilidad de luchar contra los peligros de la utilización de aplicaciones tecnológicas, a través de un derecho como la libertad de pensamiento, eso si, destacando como su protección requiere realizar una serie de cambios en la manera de garantizar los derechos, entre los que destaca el hacerlos valer frente a las corporaciones privadas. Incluso, desde la consideración de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en particular a través de su artículo 8 (que protege el derecho al respeto de la vida privada, la vida familiar, el domicilio y la correspondencia), es perfectamente adecuado para hacer frente a las nuevas formas de vulneración de la intimidad e incluso de la integridad psíquica, se ha defendido la posibilidad de utilizar a la libertad de expresión reinterpretada, en vez de la libertad de pensamiento[41].

Esta identificación entre libertad de pensamiento y libertad cognitiva no es pacífica. Por ejemplo, el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO, en el informe ya mencionado sobre cuestiones éticas de la neurotecnología,

[38] C. BUBLITZ, "Cognitive Liberty or the International Human Right to Freedom of Thought", en J. CLAUSEN, N. LEVY (eds.), *Handbook of Neuroethics*, Springer, Dordrecht 2015.

[39] S. ALEGRE, "Rethinking freedom of thought for the 21st century", en *European Human Rights Law Rev.*, núm. 3, 2017, pp. 221 y ss (la traducción es mía).

[40] S. MCCARTHY-JONES, "The Autonomous Mind: The Right to Freedom of Thought in the Twenty-First Century", *Frontiers in Artificial Intelligence,* 2019.

[41] S- LIGTHART, "Freedom of thought in Europe: do advances in 'brain-reading'technology call for revision?", *Journal of Law and the Biosciences,* vol. 7, n*úm*. 1, 2020.

señala que no es lo mismo libertad cognitiva que libertad de pensamiento. Para el Comité, la libertad de pensamiento expresa una idea de libertad como no interferencia mientras que la libertad cognitiva tiene un sentido positivo, de hacer, al estar conectada con la mejora.

El cualquier caso, el tratamiento de esta crítica nos lleva a la que, en mi opinión, es la crítica más acertada: la que se refiere a la ausencia de un debate académico profundo y amplio. Como hemos visto, ese debate se está empezando a desarrollar y se trata de una demanda presente también en las propuestas descritas.

Así, es necesario llevar a cabo una discusión que permita llegar a un consenso sobre la necesidad o no de los neuroderechos. Un debate que parta de la elaboración de los problemas y las respuestas en forma de derechos y del estudio exhaustivo sobre si los instrumentos de garantía actuales son suficientes o no. Y, en el caso de que se llegue a la conclusión de que son insuficientes, que determine un catálogo de neuroderechos, fundamentados y con un sistema de garantías que los haga eficaces. Este debate, como todos los que se desarrollan en el ámbito de las tecnologías, no puede ser resuelto por una única disciplina, sino que debe ser multidisciplinar. Y, sobre todo, debe ser un debate abierto y accesible a la sociedad. Solo así, la respuesta a los desafíos que nos plantean las aplicaciones neurotecnológicas, será eficaz.

Rafael de Asís
Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba
Universidad Carlos III de Madrid
c/Madrid, 126
Getafe 28903 Madrid
e-mail: rafael.asis@uc3m.es

ISSN: 1133-0937
DOI: *https://doi.org/10.20318/dyl.2022.6873*

EL RACISMO Y LA CRISIS DE LA CONCIENCIA MODERNA. CUESTIONES EPISTEMOLÓGICAS E HISTORIOGRÁFICAS

RACISM AND THE CRISIS OF MODERN CONSCIENCE. EPISTEMOLOGICAL AND HISTORIOGRAPHICAL ISSUES

ALBERTO BURGIO
Universitá di Bologna
https://orcid.org/0000-0001-8740-0100

Fecha de recepción: 18-9-21
Fecha de aceptación: 9-12-21

Resumen: *En estas páginas abordamos el problema estructural del ámbito de referencia del concepto "racismo". Nuestro objetivo es mostrar cómo es posible (y apropiado) formular, contrariamente a lo que se suele afirmar, todo el macrotexto racista en un modelo lógico unitario (§ 2) y en un sentido común compartido, en conexión con su génesis moderna (§ 3). A este respecto, proponemos considerar la "formación discursiva" racista (en el sentido de Foucault) la antítesis de los principios éticos modernos fundamentales (§ 4). Sobre esta base, formularemos una hipótesis en torno a las razones de su arraigo en el sentido común y su creciente generalización (§ 5-6). Finalmente, destacaremos las consecuencias negativas de la fragmentación del campo de investigación correspondiente (§ 7).*

Abstract: *In these pages, we face the problem of the structure of the reference field of the concept of 'racism'. We aim to show how, contrary to what is usually claimed, it is possible (and appropriate) to bring the entire racist macro-text back to a unitary logical model (§ 2) and to a common background of meaning, connected to its modern genesis (§ 3); in this regard we suggest seeing in the racist 'discursive formation' (in Foucault's meaning) the antithesis to the fundamental modern ethical principles (§ 4). On this basis, we will formulate a hypothesis regarding the reasons for its rootedness in shared meaning and its growing pervasiveness (§ 5-6), and finally we will highlight the negative consequences of the segmentation of the relative field of research (§ 7).*

Palabras clave: modernidad, universalismo, discriminación, conflictos éticos, racismo
Keywords: modernity, universalism, discrimination, ethical conflicts, racism

1. INTRODUCCIÓN

La investigación teórica y la historiografía crítica sobre el racismo se mueven dentro de un campo muy fragmentado. Los estudios enfatizan la especificidad de los acontecimientos y contextos examinados o la diversidad de léxicos y los argumentos y propósitos de los textos analizados. Por esta razón, se llega incluso a poner en cuestión la definición de "racismo" y solo se alcanza un acuerdo en su consideración como concepto polimórfico y ambiguo. Rechazar el término "racismo" en plural es un recurso representativo de esta situación, como si el plural no supusiera también el singular y la necesidad de definirlo.[1]

¿Esta situación es inevitable? ¿Carece de consecuencias? En nuestra opinión, no. Sin perjuicio de la especificidad de los hechos históricos; sin perjuicio –por hacer referencia al caso paradigmático– de la diferencia ra-

[1] Véanse, a modo de ejemplo, K. A. APPIAH, "Racisms", en D. T. GOLDBERG (ed.), *Anatomy of Racism*, University of Minnesota Press, Mineápolis, 1990, pp. 3-17; M. MAC AN GHAILL, *Contemporary Racisms and Ethnicities*, Open UP, Buckingham, 1999; F. BETHENCOURT, *Racisms. From the Crusades to the Twentieth Century*, Princeton UP, Princeton-Oxford, 2013. Según Paul Gilroy ("One Nation under a Grove", en Goldberg [ed.], *Anatomy of Racism*, cit.), "no hay racismo en general', por lo que "una perspectiva que enfatice la necesidad de lidiar con los racismos más que con un solo racismo ahistórico también supone un ataque implícito a la moda sobre la identificación de la raza y la etnia con la tradición" (p. 26). Por su parte, Michael P. Levine afirma que declinar "racismo" en singular refleja una "ofuscante simplificación excesiva" ("Philosophy and Racism", en M. P. LEVINE y T. PATAKI [eds.], *Racism in Mind*, Cornell UP, Ítaca-Londres, 2004, p. 78). Recientemente, se ha puesto un mayor énfasis en la ambigüedad del concepto "racismo": J. A. CORBETT, "Analyzing racism", *Public Affairs Quarterly*, núm. 12-1, 1998, pp. 23-50; B. CARTER, *Realism and Racism. Concepts of Race in Sociological Research*, Routledge, Londres-Nueva York, 2000; J. ARTHUR, *Race, Equality, and the Burdens of History*, Cambridge UP, Cambridge, 2007; M. ELIAV-FELDON, B. ISAAC y J. ZIEGLER, "Introduction", en *Id*. (eds.), *The Origins of Racism in the West*, Cambridge UP, Cambridge, 2009, p. 3; C. HOYT Jr., "The pedagogy of the meaning of racism: reconciling a discordant discourse", *Social Work*, núm. 57-3, 2012, pp. 225-234; A. G. URQUIDEZ, *(Re)-defining Racism: a Philosophical Analysis*, Palgrave Macmillan, Cham, 2020. Los mapas actualizados del debate teórico sobre el racismo los podemos encontrar, entre otros, en A. ATKIN, *The Philosophy of Race*, Acumen, Durham, 2012; L. FAUCHER, "Racism", en P. C. TAYLOR, L. M. ALCOFF y L. ANDERSON (eds.), *The Routledge Companion to the Philosophy of Race,* Routledge, Londres-Nueva York, 2017, pp. 405-422.

dical entre el genocidio nazi de los judíos europeos y el exterminio de poblaciones coloniales, consideramos infundada la idea de que es imposible rastrear todas las manifestaciones del racismo hasta llegar a una definición unitaria, a la que consideramos responsable de serios inconvenientes teóricos y prácticos.

2. DOS LÓGICAS, UN *CORPUS* UNITARIO

Empecemos por tomar en consideración la estructura lógica de los argumentos racistas haciendo uso de una contribución teórica ahora clásica, *The force of prejudice* de Pierre-André Taguieff.[2] Uno de los principales méritos de este libro consiste en identificar las dos lógicas esenciales del discurso racista: la lógica *desigualitaria* o *de la jerarquización*, que subyace a la producción de jerarquías antropológicas funcionales a las relaciones de dominación o explotación; y la lógica *diferencialista*, encargada de afirmar la alteridad radical de las "razas", además de servir a la segregación o eliminación física de los grupos considerados "extraños". Mientras que, en el primer caso, el argumento racista está conectado al ejercicio de un poder jerárquico que incluye a quienes son "inferiores" (Taguieff habla de racismo "asimilacionista" o "antropofágico"), el segundo tipo hace referencia a procesos de "limpieza étnica", desde el ostracismo hasta el exterminio (el racismo se define en este caso como "antropoemético").[3]

Esta distinción es crucial y necesaria para el análisis de un tema complejo. Las dos lógicas subyacen a diferentes acontecimientos discursivos que, por lo general, se refieren a contextos sociales o políticos diferentes. Sin embargo, el énfasis en la discrepancia de las dos lógicas debería debilitarse. Taguieff las considera "irreconciliables", lo que le lleva a argumentar que cualquier "teoría general de las racializaciones" debería "basarse en la irreductibilidad del racismo de la identidad/diferencia y el racismo de la jerar-

[2] P.-A. TAGUIEFF, *The Force of Prejudice. On Racism and its Doubles*, University of Minnesota Press, Mineápolis, 2001 (1987).

[3] Cf. P.-A. TAGUIEFF, *The Force of Prejudice*, cit., cap. 1. Sin desmerecer la importante contribución de Taguieff, cabe señalar que una tipología similar ya sustentaba, en parte, las relevantes contribuciones de Giuliano Gliozzi, en particular, *Adamo e il nuovo mondo. La nascita dell'antropologia come ideologia coloniale: dalle genealogie bibliche alle teorie razziali (1500-1700)*, La Nuova Italia, Florencia, 1977; "Poligenismo e razzismo agli albori del secolo dei lumi", en Id., *Differenze e uguaglianza nella cultura europea moderna. Scritti 1966-1991*, Vivarium, Nápoles, 1993 (1979), ed. por A. Strumia, pp. 255-87.

quización o desigualitario".[4] Varias consideraciones demuestran, a nuestro juicio, la falta de fundamento de esta valoración.

En primer lugar, como observó Michel Wieviorka, las dos lógicas convergen en *el terreno fáctico*: "Si desde el punto de vista analítico se ha de distinguir entre inferiorización y diferenciación, no se debe olvidar tampoco que el racismo solo se desplegará realmente en un contexto en el que ambos aspectos aparezcan asociados, en la referencia simultánea –por contradictoria que pueda parecer– a una diferencia y a una desigualdad, en la tensión necesaria y más o menos insoluble entre el llamamiento a la división del cuerpo social y el llamamiento a su unidad".[5] Las dos lógicas diferentes resultan, *de hecho*, complementarias. Sin embargo, lo más importante en nuestra opinión es que esa convergencia también tiene lugar *a nivel discursivo*.

En muchas antropologías de los siglos XVII y XVIII centradas en la desigualdad de las "razas", la raza humana –concebida como una "gradación de los animales"–,[6] deriva en el mundo de los "*brutes*"[7] por medio de círculos intermedios que consisten en "*demi-hommes*",[8] "*gente più bestiale,*

[4] P.-A. TAGUIEFF, *The Force of Prejudice*, cit., pp. 21 y 134. Al enfatizar la imposibilidad de rastrear el racismo hasta un marco discursivo unitario, Taguieff aclaró recientemente que el significado de su investigación consiste en presentar el racismo "comme phénomène ni un ni unique, comme structure complexe et paradoxale" ("Figures de la pensée raciale", *Cités*, núm. 4, 2008, p. 195). La tendencia de Taguieff a fragmentar el campo de la investigación sobre el racismo también se ve confirmada por la distinción entre "racismo" y "racialismo" que propone en *La Couleur et le sang. Doctrines racistes à la française*, Mille et une nuits, París, 1998. Sobre el concepto "racialización", véase R. MILES, *Racism*, Routledge, Londres, 1989, p.75; R. BAROT, "Racialisation: The genealogy and critique of a concep", *Ethnic and Racial Studies*, núm. 24-4, 2001, pp. 601-618; A. HOCHMAN, "Racialization: a defense of the concept", *Ethnic and Racial Studies*, núm. 42-8, 2019, pp. 1245-1262.

[5] M. WIEVIORKA, *The Arena of Racism*, Sage, Londres, 1995 (1991), pp. 119-120. En este sentido, Wieviorka define el racismo como "un modo de gestión de dos principios (de inferiorización y de diferenciación)" (p. 253). [Trad. esp.: *El espacio del racismo*, Paidós, Barcelona, 1992, p. 252].

[6] W. PETTY, "The scale of animals" (1677), en *The Petty Papers. Some Unpublished Writings of sir William Petty*, vol. II, Constable, Londres, ed. por el Marqués de Lansdowne, 1927, p. 31.

[7] "La première nuance après l'homme est celle des animaux anthropomorphes ou à figure humaine, dont il serait fort à désirer de connaître toutes les séries, parce qu'elles établissent un passage insensible de l'homme aux quadrupèdes' (P. COMMERSON, "Sommaire d'observations d'histoire naturelle", en F.-B. de MONTESSUS DE BALLORE, *Martyrologe et biographie de Commerson*, Marceau, Chalon-sur-Saóne, 1889 [1766]).

[8] P. COMMERSON, "Sur les nom de Madagascar" (1771-1772), en G.-L. LECLERC DE BUFFON, *Histoire naturelle, "De l'Homme"*, "*Variétés dans l'espèce humaine*" (adición de 1777),

che ragionevole" ("gente más bestial que razonable"),[9] "*individus, qui ressemblent moins à des hommes qu'à des animaux sauvages*".[10] La *inferioridad* de las "razas" imperfectas se mezcla, en un *continuum* degenerativo, con la *alteridad* de seres subhumanos y bestiales. De hecho, el estudio del vasto *corpus* textual que se consagró a la invención de las "razas" en la cultura europea entre los siglos XVII y XX permite identificar un *núcleo lógico idéntico* subyacente a los más diversos constructos teóricos. Tanto si se inscribe en un esquema desigualitario como si se refiere a la antropología diferencialista, la representación de cualquier grupo humano como una "raza" siempre resulta, al examinarlo más de cerca, de la sinergia de cuatro elementos: holismo (la correlación entre el cuerpo y las características morales); esencialismo (la transcripción en clave naturalista de las características históricas del grupo racializado); fijismo (la configuración de las características sobresalientes de la "raza" como algo estable en el tiempo); reduccionismo (la anulación de las características individuales de los miembros del grupo, considerados idénticos entre sí).[11] Limitémonos, por el momento, a las dos principales elaboraciones del discurso racista: la "raza negra" y la "raza judía".

---

en Œuvres complètes *de Buffon*, vol. II, nueva ed. revisada por A. Richard, Pourrat, París, 1839, p. 661.

[9] G. A. CAVAZZI, *Istorica descrizione de tre regni; Congo, Matamba, et Angola, situati nell'Etiopia inferiore occidentale e delle missioni apostoliche esercitateui da Religiosi Capuccini*, Monti, Bolonia, 1687, p. 131.

[10] C. de PAUW, *Recherches philosophiques sur les Américains, ou Mémoires intéressants pour servir à l'histoire de l'espèce humaine*, vol. II, Decker, Berlín, 1771 (1768), p. 30.

[11] Entre los autores que convergen en la estructura unitaria del discurso racista, cabe señalar a George Mosse, para quien el racismo es una *Weltanschauung* y una "gran ideología". Cf. *Toward the Final Solution. A History of European Racism*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1985 (1978), pp. IX, XXX, 231-234; David Theo Goldberg, quien sugiere la consideración del racismo como un "campo del discurso", caracterizado por la "unidad en la diversidad" ("Ranking the field of the discourse of racism", *Journal of Black Studies*, núm. 18 vol. 1, 1987, p. 59); Michel Wieviorka, según el cual las diferencias entre casos nacionales concretos en Europa "no deberían hacernos pasar por alto la unidad profunda que existe dentro del fenómeno del racismo" ("Racism and modernity in present-day Europe", *Thesis Eleven*, núm. 35 vol. 1, 1993, p. 60). El antisemitismo como parte del espacio discursivo e ideológico del racismo ha sido afirmado más recientemente en la *Declaración de Jerusalén sobre el antisemitismo* (2021), que considera al primero una forma específica del segundo. Dado que "es racista esencializar (tratar un rasgo del carácter como constitutivo) o hacer extensivas generalizaciones negativas sobre una población determinada", el primer artículo de la *Declaración* establece que "lo que es cierto para el racismo en general es cierto para el antisemitismo en particular".

Como es bien sabido, William Petty fue uno de los primeros autores en argumentar que los africanos se diferenciaban de los europeos no solo por los rasgos fenotípicos (color de piel, cabello, estructura de la cara y el cráneo, etcétera), sino también por las "cualidades internas de su mente".[12] Esta convicción fue compartida por quienes, como Voltaire, creían que la Naturaleza había grabado en el cuerpo de los "*nègres*" signos indelebles de su inteligencia inferior y su destino (ser "*les esclaves des autres hommes*").[13] Voltaire también precisó que esos "*caractères*" no cambiaban con el paso de los siglos, y Gobineau se hizo eco de ellos, prediciendo que la raza negra ("*la variété mélanienne*") "*ne sortira jamais du cercle intellectuel le plus restreint*".[14] Con respecto a las características individuales, estas no tienen importancia entre las "razas" inferiores. Como observó Gustave Le Bon, "*on fait aisément un bachelier ou un avocat d'un nègre*" –de cualquier "*nègre*"–, que seguiría siéndolo igualmente porque no se ejercía "*sans action sur sa constitution mentale*".[15]

De manera similar, en el imaginario antisemita, los cuerpos de los judíos presentan signos inequívocos de su relación con el diablo: tumores y abscesos, verrugas, cuernos y pezuñas hendidas. Los frenólogos se propusieron demostrar la peculiaridad de los cráneos judíos (como hicieron con los de los "negros")[16] y, aún a finales del siglo XIX, Édouard Drumont veía signos "*de l'hypocrite et du traître*" en su "*main moelleuse et fondante*".[17] Incluso estas peculiaridades congénitas persisten en el tiempo y caracterizan la "raza", algo que llevó al antropólogo William Frédéric Edwards, autor de un breve tratado sobre las "características fisiológicas de las razas humanas", a afirmar que "*un juif anglais, français, allemande, italien, espagnol, portugais, est toujours un juif par la figure*", y que todos los judíos "*ont les mêmes caractères de formes et de proportions*", de modo que "*se ressemblent tous dans des climats divers*".[18]

---

[12] W. PETTY, *The Scale of Animals*, cit. p. 31.

[13] *Essai sur les Mœurs et l'esprit des nations*, CXLV, en Œuvres complètes de Voltaire avec des remarques et des notesi, vol. XXIII, Baudouin frères, París, 1827 (1756), p. 103.

[14] *Essai sur l'inégalité des races humaines*, I.XVI, Belfond, París, 1967 (1853-1855), p. 205.

[15] *Lois psychologiques de l'évolution des peuples*, Alcan, París, 1909[9] (1894), p. 33 [Trad. esp.: *Leyes psicológicas de la evolución de los pueblos*, Daniel Jorro, Madrid, 1912].

[16] Cf. L. POLIAKOV, *Histoire de l'antisémitisme de Voltaire à Wagner*, Calmann-Lévy, París, 1968, p. 157.

[17] *La France juive*, Édition populaire, Palmé, París, 1888, p. 21.

[18] *Des charactères physiologiques des races humaines considérés dans leurs rapports avec l'histoire. Letter à M. Amédée Thierry*, Dondey-Dupré, París, 1841 (1828), p. 13.

3. LA MODERNIDAD DEL RACISMO

Como veremos (§ 5), el reconocimiento de un núcleo lógico común nos permitirá reconocer la connotación estrictamente racista de los estereotipos que convierten en inferiores a determinados seres o los deshumanizan, y que se crean en detrimento de aquellas figuras diferentes de las canónicas (judíos, "negros" y poblaciones coloniales en general). No obstante, la unidad del macrotexto racista resulta evidente, sobre todo, si tenemos en cuenta su contenido ideológico.

En torno a la génesis del racismo –sus orígenes antiguos, medievales o modernos– siempre han existido controversias que están destinadas a persistir, dada la circularidad de las tesis en conflicto. Las periodizaciones dependen en gran medida de cómo se defina el racismo, y viceversa, y esto hace que todas las posturas sobre el tema puedan mantenerse hasta cierto punto. A favor de la tesis de la génesis moderna del racismo, sin embargo, se encuentra un elemento crucial, sobre el que existe un amplio consenso. Con la transición a la modernidad burguesa –tras las conquistas coloniales en las Américas, el desarrollo del comercio intercontinental de esclavos africanos y el inicio, en la Península Ibérica, de las políticas que "purificasen" la Europa cristiana de la "escoria" infiel–, el discurso sobre las "razas humanas" vivió un gran avance en términos de coherencia interna, sistematización y conciencia del objetivo. A partir de finales del siglo XVII, y con mayor intensidad durante el siglo XVIII, los argumentos y estereotipos estigmatizadores muy presentes en la cultura clásica y medieval convergieron en un *corpus* ideológico orgánico.[19] El aporte de la investigación científica al campo médi-

[19] Sobre la génesis moderna del racismo, véanse T. HOLT, *The Problem of Race in the Twenty-first Century*, Harvard UP, Cambridge, 2002; D. BINDMAN, *Ape to Apollo: Aesthetics and the Idea of Race in the 18th Century*, Reaktion Books, Londres, 2002; N. BANCEL, T. DAVID y D. THOMAS (eds.), *The Invention of Race. Scientific and Popular Representations*, Routledge, Nueva York-Londres, 2014; V. SETH, "The origins of racism. A critique of the history of ideas", *History and Theory. Studies in the Philosophy of History*, núm. 59-3, 2020, pp. 343-368. Sobre la contribución del pensamiento filosófico moderno a la elaboración del discurso racista, veánse R. H. POPKIN, "The Philosophical Basis of Modern Racism", en *Id.*, *The High Road to Pyrrhonism*, ed. por R. A. Watson y J. E. Force, Austin Hill Press, San Diego, 1980 (1974), pp. 79-102; D. T. GOLDBERG, "Modernity, race, and morality", *Cultural critique*, núm. 24, 1993, pp. 193-227; S. E. BABBITT y S. CAMPBELL (eds.), *Racism and Philosophy*, Cornell UP, Ítaca-Londres, 1999; A. VALLS (ed.), *Race and Racism in Modern Philosophy*, Cornell UP, Ítaca-Londres, 2005; R. BERNASCONI, "The Philosophy of Race in Nineteenth Century", en D. MOYAR (ed.), *The Routledge Companion to Nineteenth Century Philosophy*, Routledge, Londres-Nueva York, 2010, pp. 498-521; J. E. H. SMITH, *Nature, Human Nature, and Human Difference:*

co, biológico y naturalista fue decisivo en este sentido, sin que ello supusiera la dispersión de la tradición teológica.[20]

La conciencia de la modernidad del racismo es un hecho importante, un potencial antídoto contra la tentación de considerar el racismo como un residuo arcaico destinado a desaparecer de manera espontánea. Sin embargo, es posible que, hasta ahora, no todas las implicaciones de este hecho hayan sido valoradas en su justa medida.

La primera implicación, de gran importancia, se refiere a un corolario definitorio. Si afirmamos la modernidad del racismo es porque consideramos decisivo el establecimiento de un *corpus* ideológico y textual coherente y sistemático dirigido a afirmar la inferioridad o alteridad de un grupo humano. La violencia en sí misma es atemporal; en todas las épocas, los grupos humanos (enemigos, extraños o minorías) han sido sometidos o exterminados, desterrados o esclavizados. Se puede decir que la violencia es, *en general*, uno de los pilares de las sociedades humanas. El elemento novedoso (de la modernidad) se refiere a la esfera discursiva: el conjunto de narrativas (teorías, formulaciones teológicas o científicas, conceptos y taxonomías) que interpretan la violencia –y, como se dice, la justifican– a través de antropologías *ad hoc*. La razón por la que decimos que el racismo es hijo de la modernidad burguesa es el establecimiento en Europa, a partir de finales del siglo XVII, de un discurso sistemático y consciente en sí mismo, dedicado a la invención de las "razas humanas". Esto implica que, si se usa de manera rigurosa, el término "racismo" se refiere a este sistema discursivo. Adoptar la tesis de la génesis moderna del racismo implica relacionar el término con la *esfera discursiva* (con una *constelación ideológica*), no con un conjunto de hechos. Implica, en otras palabras, apropiarse –haciendo referencia a la ti-

Race in Early Modern Philosophy, Princeton UP, Princeton, 2015; A. MORRIS-REICH y D. RUPNOW (eds.), *Ideas of Race in the History of Humanities*, Palgrave McMillan, Cham, 2017. Interesantes comentarios sobre la opacidad del debate en torno a los orígenes del racismo, en A. HOCHMAN, "Is 'race' modern? Disambiguating the question", *du Bois Review*, núm. 16 vol. 2, 2019, pp. 647-665.

[20] Varios estudios recientes han insistido de manera diferente en la convergencia e hibridación de los elementos teológicos y naturalistas en el contexto del macrotexto racista. Véanse al menos, a este respecto, D. K. BUELL, *Why This New Race: Ethnic Reasoning in Early Christianity*, Columbia UP, Nueva York, 2005; J. HICKMAN, "Globalization and the Gods, or the political theology of 'race'", *Early American Literature*, núm. 45-1, 2010 (*Methods for the Study of Religion in Early American Literature*), pp. 145-182; D. KLINE, *Racism and the Weakness of Christian Identity: Religious Autoimmunity*, Routledge, Londres-Nueva York, 2020.

pología propuesta por Joshua Glasgow– de la interpretación "cognitiva" o "doxástica" del racismo.[21]

La segunda implicación, más relevante si cabe, de la génesis moderna del macrotexto racista se relaciona con su contenido y, en nuestra opinión, proporciona una confirmación adicional de la tesis de su estructura unitaria, de la existencia de un *corpus* textual orgánico, aunque complejo y articulado. Estamos ante la cuestión más importante de todas, el *quid* de nuestra hipótesis.

4. EL RACISMO COMO LA ANTÍSESIS DEL UNIVERSALISMO MODERNO

Anteriormente, al referirnos a la lógica del discurso racista, señalábamos cómo las teorías racistas ordenan las relaciones entre las "razas humanas" en base a dos criterios fundamentales: *verticalmente*, por desigualdad; *horizontalmente*, por diferencia. Preguntémonos ahora: esta configuración dual del discurso racista, ¿constituye un dato en sí mismo, independiente de la génesis moderna de este último? O bien ¿un vínculo significativo la conecta con la estructura ideológica de la modernidad burguesa y, a través de ella, con la configuración material de los procesos sociales y las dinámicas políticas (dinámicas de reproducción capitalista, relaciones de poder, formas jurídicas, estructura de las esferas institucionales) característicos del mundo moderno?

Responder a esta pregunta no es difícil si aceptamos considerar el universalismo como principio normativo fundamental del "proyecto incompleto" de la modernidad burguesa. El Tercer Estado luchó contra los privilegios estamentales y la gestión patrimonialista de las instituciones; el iusnaturalismo moderno definió sus principios en función de individuos libres e iguales;

[21] Cf. J. GLASGOW, "Racism as disrespect", *Ethics*, núm. 120 vol. 1, 2009, pp. 64-93. Los argumentos para apoyar esta interpretación provienen, entre otros, de H. M. BRACKEN, "Philosophy and racism", *Philosophia*, núm. 8, 1978, pp. 241-260; D. T. GOLDBERG, "Racism and rationality: the need for a new critique?", *Philosophy of the Social Sciences*, núm. 20 vol. 3, 1990, pp. 317-350; N. ZACK, "Philosophy and racial paradigms", *Journal of Value Inquiry*, núm. 33 vol. 3, 1999, pp. 299-317; T. SHELBY, "Is racism in the heart?", *Journal of Social Philosophy*, núm. 33 vol. 3, 2002, pp. 411-420. Veánse también R. MILES y M. BROWN, *Racism*, Routledge, Londres, 2003[2], p. 9 ("Así, mantenemos con tenacidad la concepción del racismo como ideología, porque representa a los seres humanos y las relaciones sociales de una manera distorsionada, sin negar nunca que, como ideología, el racismo puede estar profunda y simultáneamente arraigado en la *Weltanschauung* contemporánea y en el centro de la lucha de quienes desafían su hegemonía").

el Estado de derecho fue concebido como garante de la libertad religiosa, la justicia y la paz. Según sus valores e ideales, la modernidad burguesa se presentó (y fue entendida) como la época de la igualdad, la libertad y el derecho al reconocimiento *de todos los seres humanos*. Si esto es cierto, es fácil comprender la relación polémica –de antagonismo radical– que el racismo ha mantenido, desde que se estableció por primera vez, con los principios básicos de la época en que vio la luz. Hijo de la modernidad, el discurso racista ha representado, *en todas sus formas y manifestaciones*, la antítesis perfecta.[22]

No se trata de hipótesis *a priori*, sino de lo que muchos textos afirman más o menos explícitamente. Locke, que invirtió capital en el comercio de esclavos y atribuyó a los hombres libres de la Provincia de Carolina un "poder y autoridad absolutos sobre sus esclavos negros",[23] quiso señalar, "sin perjudicar a la humanidad", que "hay una mayor distancia entre algunos hombres y otros […] que entre algunos hombres y ciertas bestias".[24] Al defender la legitimidad de la esclavitud, Voltaire declaró indiscutible la desigualdad entre los hombres, aclarando que "*les Nègres sont les esclaves des autres hommes*" debido a los diferentes "*degrés de génie*" y a la natural "*supériorité*" de los blancos.[25] A raíz de la Revolución, Saint-Simon se hizo eco de estas afirmaciones. En su opinión, la fisiología moderna demostró que "*le Nègre, d'après son organization, n'est pas susceptible, à condition égale d'*éducation, d'être élevé à la même hauteur *d'intelligence que les Européens*". Con la "*application aux Nègres des principes d'égalité*", los revolucionarios se habían posicionado, por tanto, en contra de los descubrimientos de la ciencia y el orden natural de las

[22] Fredrickson se ha centrado en esta conexión. Según él, la incidencia del racismo deriva precisamente del hecho de que "se desarrolló en un contexto que presumía la igualdad humana del mismo tipo"; la "interacción dialéctica entre una premisa de igualdad y un prejuicio intenso hacia ciertos grupos" –una característica exclusiva del occidente moderno– constituye, en la opinión de Fredrickson, "una condición previa al pleno florecimiento del racismo como ideología o cosmovisión" (cf. *Racism: a Short History*, Princeton UP, Princeton, 2002, pp. 11-12.

[23] *The Fundamental Constitutions of Carolina,* § CX, en J. LOCKE, *The Works*, Tegg (*et alii*), Londres, 1823 (1669), vol. X, p. 196. Sobre las inversiones de Locke en el comercio de esclavos y el perfil racista de sus argumentos en defensa de la esclavitud, véanse D. T. GOLDBERG, "Modernity, race, and morality", cit., pp. 206-208; J. FARR, "Locke, natural law, and new world slavery", *Political Theory*, núm. 36-4, 2008, pp. 495-522; H. BREWER, "Slavery, sovereignty, and 'inheritable blood': Reconsidering John Locke and the origins of American slavery", *The American Historical Review*, núm. 122-4, 2017, pp. 1038-1078.

[24] "An Essay Concerning Human Understanding", IV.xx.5, en J. LOCKE, *The Works*, vol. II, cit., p. 163.

[25] *Essai sur les Mœurs et l'esprit des nations*, CXLV, cit., p. 103.

cosas.[26] La inferioridad cognitiva de los "negros" era un lugar común frente al que el principio de igualdad se desvanecía hasta convertirse en un utopismo vano.

Por supuesto, como se ha señalado autorizadamente,[27] no todos eran de la misma opinión. Condorcet, una de las voces más reconocidas del "*nigrophilisme*", afirmó haber considerado siempre a los esclavos negros como "*frères*", a quienes la naturaleza había dado "*le même esprit, la même raison, les mêmes vertus que les blancs*",[28] y preguntó cómo alguien podía, "*sans rougir, réclamer ces déclarations des droits, ces remparts inviolables de la liberté, de la sûreté des citoyens, si chaque jour on se permet d'en violer soi-méme les articles plus sacrés*".[29] A su vez, Ottobah Cugoano, que había sido capturado a la edad de trece años en la "Costa de Oro" y transportado como esclavo a Granada, escribió que las profecías de la "*liberté universelle*" formuladas por intelectuales muy implicados en el sistema esclavista eran tan creíbles como las lágrimas de cocodrilo, "*qui pleure sur sa proie en la dévorant*".[30] El hecho es que innumerables testimonios de defensores y adversarios de la esclavitud muestran cómo el vínculo problemático –la "*contradiction singulière*", por usar las palabras de Cavalier de Jaucourt–[31] que conectaba el racismo colonial con los principios del universalismo moderno estaba muy presente en todos ellos.

Lo mismo puede decirse del racismo antisemita, que niega la singularidad de la especie o la pertenencia a la raza humana de los judíos, encerrados en guetos también porque se les consideraba una fuente de contaminación

---

[26] "Lettres d'un habitant de Genève à ses contemporains" (1803), en C. H. de SAINT-SIMON, Œuvres complètes, vol. I, ed. por J. Grange, P. Musso, P. Régnier y F. Yonnet, Puf, París, 2012, vol. I, p. 121.

[27] J. ERHARD, *Lumières et esclavage. L'esclavage colonial et l'opinion publique en France au XVIII^e siècle*, Versaille, París, 2008.

[28] J. SCHWARTZ, "Réflexions sur l'esclavage des nègres" (1781), en Œuvres de Condorcet, vol. VII, ed. por D.-F. Arago y A. Condorcet O'Connor (1847-1849), Frommann [Günther Holzboog], Stuttgart-Bad Cannstatt, 1968, p. 63.

[29] *Au corps électoral, contre l'esclavage des noirs* (1789), en Œuvres de Condorcet, vol. IX, p. 471.

[30] O. CUGOANO, *Réflexions sur la traite et l'esclavage des nègres, traduites de l'anglais d'Ottobah Cugoano, Africain, esclave à la Grenade et libre en Angleterre*, Royer, Londres-París, 1788, p. 31.

[31] "Esclavage", en *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers… Mis en ordre et publié par M. Diderot [et] M. d'Alembert* (1751-1772), *Table analytique et raisonnée*, vol. II, Pellet, Ginebra, 1780, p. 763.

de la especie.[32] Culpable del "*scelus omnium atrocissimum*",[33] el judío en el mundo cristiano es el otro *par excellence*, el Anticristo (el enemigo interno) infiltrado por el diablo.[34] Como hemos visto, incluso su cuerpo atestigua, a ojos de los antisemitas, una alteridad radical, por la que discurren los límites de la especie humana. Y como muestra el famoso lema de Erasmo ("Si ser cristiano significa odiar a los judíos, entonces todos los aquí presentes somos notables cristianos"),[35] la aversión hacia los judíos tiene un lado identitario y conduce al comunitarismo, a la negación del ideal universalista de un Iglesia abierta indiscriminadamente a todos los seres humanos, tanto si eran *naturales* como *renati* en la fe de Cristo. El punto al que conducía este declive particularista había surgido unos años antes, con la aprobación, por Alejandro VI, del estatuto de *limpieza* que sancionaba la exclusión de las órdenes religiosas de los cristianos nuevos, es decir, de los judíos "conversos".[36]

Ya fueran cristianos o judíos, el principio universal que incluye a los primeros excluye a los segundos por definición y, por tanto, se niega a sí mismo. Cuando, en vísperas de la llegada al poder de Hitler, Ernst Jünger calificó de locura la pretensión de ser tanto alemán como judío;[37] cuando Carl Schmitt emprendió la "purificación" de las bibliotecas y la literatura jurídica alema-

[32] M. KRIEGEL, "Un trait de psychologie sociale dans les pays méditerranéens du bas moyen âge. Le juif comme intouchable", *Annales. Economies, sociétés, civilisations*, núm. 31 vol. 2, 1976, pp. 326-330.

[33] "Agos gar epraxan to panton anosiotaton, to Soteri tou ghenous ton anthropon epibouleusantes" (*Kata Kelsou* [248 d. C.], IV, 22, en *Patrologia graeca*, vol. XI [*Origenis opera omnia*, t. I, 1857], columnas 1055-1058).

[34] J. ISAAC, *L'enseignement du mepris. Vérité historique et mythes théologiques*, Fasquelle, París, 1962; G. TODESCHINI, *Les marchands et le temple. La société chrétienne et le cercle vertueux de la richesse du moyen-âge à l'époque moderne*, Albin Michel, París, 2017 (2002); J. K. CARTER, *Race: a Theological Account*, Oxford UP, Oxford, 2008.

[35] "Si Christianum est odisse Judæos, hic abunde omnes Christiani sumus" (*Opus epistolarum Desiderii Erasmi Roterdami*, ed. por P. S. Allen, Clarendon Press, Oxford, 1992, vol. IV [*1519-1521*], p. 46: carta del 11 de agosto de 1519 a Jacob Hoogstraten). Sobre la abierta judeofobia de Erasmo, véase S. MARKISH, *Erasmus and the Jews*, The University of Chicago Press, Chicago-Londres, 1986, pp. 35-37, 69-74, 81-91, 104-106.

[36] F. BETHENCOURT, *Racisms: From the Crusades to the Twentieth Century*, Princeton UP, Princeton, 2015, p. 157 ("Por primera vez en la historia, el ideal de una Iglesia cristiana universal, es decir, la igualdad de los creyentes de diferentes orígenes étnicos, fue negada sistemáticamente a largo plazo". Cf. J. H. FRANCO, *Sangre limpia, sangre española. El debate de los estatutos de limpieza (siglos XV-XVIII)*, Cátedra, Madrid, 2011.

[37] "Über Nationalismus und Judenfrage", *Süddeutsche Monatshefte*, núm. 27-12, 1930, (*Die Judenfrage*), p. 845 "*Im gleichen Maße, in dem der deutsche Wille an Schärfe und Gestalt gewinnt, wird für den Juden auch der leiseste Wahn, in Deutschland Deutscher sein zu können, unvollziehbarer*

nas empezando por las obras de juristas judíos considerándola un "exorcismo saludable", esencial para preservar "la pureza intacta de nuestro pueblo alemán";[38] cuando Alfred Rosenberg afirmó que contra la "lepra judía" era necesario adoptar un "sólido humanitarismo biológico", descartando cualquier sentimentalismo y humanitarismo afectado:[39] en todos estos casos, el antisemitismo entraba explícitamente en conflicto con el universalismo, como su antítesis consciente.[40] El hecho de que los judíos hayan sido tradicionalmente demonizados y perseguidos porque se identifican, a su vez, con lo universal,[41] no es ajeno a este hecho. Según el más clásico de los mecanismos proyectivos, el perseguidor atribuye la responsabilidad de sus actos al perseguido: quien destruye la universalidad se justifica a sí mismo haciendo de esta última una falta.

Incluso en esta perspectiva, "negros" y "judíos" parecen estar unidos en el discurso racista. Así como los primeros, esclavizados y "transportados", se convirtieron en el icono de la igualdad negada; los judíos, desterrados de la Ciudad de los cristianos, se convirtieron en el icono de la fraternidad negada. Después de todo, James Hunt, cofundador y presidente de la Sociedad

---

werden, und er wird sich vor seiner letzten Alternative sehen, die lautet: in Deutschland entweder Jude zu sein oder nicht zu sein").

[38] "*Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist*", *Deutsche Juristen-Zeitung*, núm. 41-20, 1936, columnas 1195-1196, 1199.

[39] La expresión, atribuida a Alfred Roenberg, aparece en el diario de Paulheinz Wantzen el 8 de mayo de 1943 (*Das Leben im Krieg 1939-1946. Ein Tagebuch. Aufgezeichnet in der damaligen Gegenwart*, Das Dokument, Bad Homburg, 1999, p. 1093; citada en P. FRITZSCHE, *Life and Death in the Third Reich*, The Belknap Press of Harvard UP, Cambridge-Londres, 2008, p. 285). Sobre la estrategia de deshumanización de los judíos en Rosenmberg, véase J. STEIZINGER, "The significance of dehumanization: Nazi ideology and its psychological consequences", *Politics, Religion & Ideology*, núm. 19-2, 2018, pp. 139-157.

[40] Sobre la esencia antiuniversalista de la ideología nazi, véanse D. BÖHLER, "Die deutsche Zerstörung des politisch-ethischen Universalismus. Über die Gefahr des –heute (post-)modernen– Relativismus und Dezisionismus", en W. KUHLMANN (ed.), *Zerstörung des moralischen Selbstbewußtseins: Chance oder Gefährdung?*, Suhrkamp, Fráncfort, 1988, pp. 166-216; E. TUGENDHAT, "Der moralische Universalismus in Konfrontation mit der Nazi-Ideologie", en Fritz Bauer Institut, W. KONITZER y R. GROSS (eds.), *Moralität des Bösen. Ethik und nationalsozialistische Verbrechen*, Campus, Fráncfort-Nueva York, 2009, pp. 61-75; W. KELLERWESSEL, "Universalism and Moral Relativism: on some Aspects of the Modern Debate on Ethics and Nazism", en W. BIALAS y L. FRITZE (eds.), *Nazi Ideology and Ethics*, Cambridge Scholars, Newcastle, 2014, pp. 367-387.

[41] Como es bien sabido, esta es la tesis principal del análisis sartriano sobre el antisemitismo. Véase, en particular, *Réflexions sur la question juive*, Morihien, París, 1946, pp. 29-30, 148, 152, 168, 175.

Antropológica de Londres, solo fue más claro que los demás cuando dijo que estaba convencido de que, si la antropología, la frenología y la fisiognomía eran impopulares, se debía al hecho de que, al documentar la desigualdad de las "razas", estas nuevas ciencias habían demostrado toda la incoherencia de los "derechos altisonantes de igualdad universal, fraternidad y hermandad".[42] En general, los textos que hemos mencionado (pero los ejemplos podrían multiplicarse *ad libitum*) muestran cómo el discurso racista *en su totalidad* niega los ejes axiológicos de la "conciencia moderna"; cómo este hijo degenerado de la modernidad, en sus dos formas fundamentales (desigualitaria y diferencialista), se ha constituido en lo contrario de sus principios éticos. Considerada seriamente, la génesis moderna del racismo corrobora la tesis de la unidad –lógica y en términos de contenido– del macrotexto racista, para definir que, en nuestra opinión, ninguna noción parece más adecuada que la foucaultiana de "formación discursiva".

En la *Arqueología del saber*, Foucault, cuando describe el lento proceso de formación del conocimiento como un discurso orgánico que parte de una multiplicidad de aportaciones mutuamente independientes, destaca la tortuosidad de un proceso sin sujeto, en el transcurso del cual, sin embargo, un orden unitario surge de manera espontánea.

"Œuvres différentes", "*livres dispersés*", una "*masse de textes*" y una multitud de autores "*qui se connaissent et s'ignorent, se critiquent, s'invalident les uns les autres, se pillent, se retrouvent, sans le savoir et entrecroisent obstinément leurs discurses singuliers en une trame dont ils ne sont point maîtres, dont ils n'aperçoivent pas le tout e dont ils mesurent mal la largeur*". Lo que conecta todos estos elementos, su denominador común en el desarrollo del discurso, es una "formación discursiva", un conjunto de constructos ideológicos relacionados objetivamente con "*la même chose*" y "*le même champ conceptuel*".[43] Como observó David Goldberg,[44] esta descripción encaja perfectamente con el proceso de constitución del discurso racista, cuya unidad deriva de la convergencia objetiva en un *corpus* orgánico –lo que aquí hemos definido como "macrotexto"– de tesis y estructuras conceptuales que se han establecido

[42] "The president's address", *Journal of the Anthropological Society of London*, núm. 5, 1867, p. LXIII.

[43] M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, París, 1969, pp. 166-167.

[44] Cf. D. GOLDBERG, *Ranking the field*, cit., pp. 60-61. También de Goldberg véase, a este respecto, "The Social Formation of Racist Discourse", en Id. (ed.), *Anatomy of Racism*, cit., pp. 295-318.

independientemente entre sí, en diferentes momentos y contextos, sobre la base de diversas motivaciones inmediatas.

5. ¿PARA QUÉ SIRVEN LAS "RAZAS"? EL RACISMO COMO RACIONALIZACIÓN DE LA VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS ÉTICOS FUNDAMENTALES

Aclarada la cuestión de la unidad del macrotexto racista (sobre la que volveremos en el último apartado), sigamos con el conflicto entre el racismo y el universalismo moderno. Como se ha argumentado en varias ocasiones, la génesis moderna del racismo trae consigo una "paradoja" y un "enigma".[45] El racismo es la antítesis de los fundamentos éticos de la modernidad burguesa, pero no es un cuerpo extraño; es más bien un anticuerpo perverso, una forma de enfermedad autoinmune. ¿Podemos explicar su existencia? ¿Podemos entender por qué, desde sus inicios, la modernidad ha producido este enemigo irreductible de sus ideales normativos fundamentales?

La primera consideración es simple y quizás obvia. Las tesis racistas fueron concebidas en oposición a las consecuencias progresivas de la modernización social y política. El racismo proporcionó un poderoso arsenal para los custodios de las jerarquías y los privilegios estamentales; para los propietarios de latifundios y negocios coloniales; para los guardianes de las fronteras entre clases sociales y pueblos, entre comunidades religiosas, naciones y continentes. Si algunos "hombres" son en realidad bestias (no-hombres) u hombres inferiores, los principios modernos son simplemente falsos y no deberían aplicarse. Sobre la base de suposiciones incorrectas, las afirmaciones de los críticos del orden feudal pueden ser rebatidas. Visto desde esta perspectiva, el racismo no es más que un discurso *reaccionario* (antimoderno), un arma ideológica de resistencia a la modernización capitalista. Indudablemente hay algo de verdad en esta interpretación que, sin embargo, parece parcial. La aversión a las transformaciones que acompañaron el declive del *ancien régime* inspiró a los elementos más conservadores, o más retrógrados, de las elites occidentales, a ambos lados del Atlántico, sectores sociales influyentes pero limitados. Considerar el racismo como una ideo-

[45] Cf. D. B. DAVIS, *The Problem of Slavery in Western Culture*, Cornell UP, Ítaca, 1966, pp. 4, 14; L. POLIAKOV, *Le mythe aryen. Essai sur les sources du racisme et des nationalismes*, Calmann-Lévy, París, 1971, p. 174; J.-P. VERNANT, "Préface", en M. OLENDER, *Les langues du paradis. Aryens et* sémites: un couple providentiel, Gallimard-Le Seuil, París, 1989, pp. 9-10.

logía exclusiva de los círculos extremistas no explica por qué se convirtió rápidamente en hegemónica, incluso en el sentido común; por qué, desde el siglo XVIII, el racismo ha impregnado la mentalidad colectiva y la cultura occidental, manteniendo una posición dominante desde entonces.

Puede ayudarnos a comprender este hecho –con diferencia el fenómeno más significativo a nivel histórico– reconsiderar en toda su complejidad un pasaje de nuestro análisis. Anteriormente hemos argumentado que el racismo "niega" los estándares éticos modernos. Ahora bien, es fundamental comprender que, en lo que respecta a la gran mayoría de europeos y colonizadores "blancos" de las Américas, la "negación" de los principios modernos no implicó un rechazo teórico (de la afirmación de su falsedad), sino que se limitó a su rechazo pragmático. *Violaron normas que al mismo tiempo consideraban fundadas, justas, racionales*. Y también había algo más, como acabamos de observar: aquellos que consideraban legítima la esclavitud y parias a los judíos lucharon por su emancipación en nombre de la igualdad y la libertad "universales". *Proclamaron los principios que al mismo tiempo quebrantaron*. Si esto es cierto, en lo que respecta a la mayoría de individuos, el racismo no era (no es) la forma ideológica de oposición frontal a los pilares del universalismo moderno; desempeñaba (y desempeña) una función diferente, probablemente más compleja, que aún tenemos que identificar.

Para empezar, debemos considerar que el choque entre comportamientos y principios interiorizados, el fenómeno que Leon Festinger denominó "disonancia cognitiva",[46] no es una abstracción, sino una experiencia concreta y dolorosa de laceración de la conciencia individual y colectiva. Y también debemos considerar que la brecha entre las expectativas y la realidad que caracteriza la experiencia del hombre común en nuestras sociedades no es solo una fuente de decepción y resentimiento. Otro aspecto del problema, quizás menos evidente, se refiere a la percepción que los occidentales han tenido, durante siglos, del contraste entre los lazos morales que han sido interiorizados (y reivindicados en su propio interés) y la realidad (la estructura social y el sistema de relaciones entre naciones y continentes) a cuya persistencia saben que contribuyen, quieran o no, con sus actividades y consentimiento. Lo que estamos describiendo es un conflicto ético, una dramática "crisis de la conciencia moderna", una fuente de malestar, vergüenza y culpa.

Hace unos ciento setenta años, un jurista estadounidense de inclinaciones demócratas que viajaba por Italia se topó con una multitud de mendigos

[46] L. FESTINGER, *A Theory of Cognitive Dissonance*, Row Peterson, Evanston, 1957.

cuya pobreza le parecía que desentonaba de manera ofensiva con la magnificencia de los edificios y las obras de arte. George Stillman Hillard estuvo en Pisa el 13 de diciembre de 1847 y, en presencia de esa humanidad miserable, se vio envuelto –escribió poco después– en un "complicado conflicto de deberes", capaz incluso de "petrificar el sentimiento".[47] No tenemos documentos sobre los que medir la incidencia estadística de las reacciones de este tipo, pero sabemos que Hillard no era un alienígena y podemos imaginar fácilmente que entonces, y mucho más hoy, sus sentimientos serían compartidos, *de manera más o menos consciente*, por la mayoría de coetáneos. La confirmación indirecta de esta suposición proviene de la recomendación que Kant dirigió a los lectores de *La Metafísica de las costumbres* de no eludir los lugares donde se encontraban "los pobres a quienes falta lo necesario" para evitar "esa dolorosa simpatía irreprimible";[48] y también proviene de los esfuerzos que Nietzsche hizo durante toda su vida para que los valores "plebeyos" del universalismo moderno fueran erradicados ("transvalorados") y dieran paso a la ética "heroica" del dominio de los más fuertes: una señal de que esos valores no eran una prerrogativa de las pequeñas minorías y que la crisis moral causada por su perjuicio sistemático era un fenómeno de importancia histórica.

¿Qué tiene todo esto que ver con el racismo y cómo puede ayudarnos a comprender su impacto en el sentido común? Nuestra hipótesis es que, en lo que respecta a la gran mayoría de las personas, el racismo ha extraído de esta crisis moral su *raison d'être* (y en parte todavía lo hace); que su principal "valor de uso" ha consistido (y en parte consiste) en la tendencia a aliviar el sentimiento de culpa generado por el conflicto ético que estamos examinando; que su presencia generalizada en la subcultura de masas dependía, y todavía depende, fundamentalmente, de la capacidad de satisfacer la necesidad de justificación provocada por la percepción de la naturaleza problemática de conductas o situaciones que entran en conflicto no solo con los dictados éticos del universalismo moderno, sino también con los principios subyacentes a sus propias exigencias de reconocimiento. Ahora exami-

[47] G. S. HILLARD, *Six Months in Italy*, John Murray, Londres, 1853, p. 150.

[48] *Metaphysik der Sitten* (1797), II ("Metaphysische Anfangsgründe der Tugenlehre"), I ("Ethische Elementarlehre"), ii ("Von den Tugendpflichten gegen Andere"), I.i, § 35 ("*So ist es Pflicht: nicht die Stellen, wo sich Arme befinden, denen das Notwendigste abgeht, umzugehen, sondern sie aufzusuchen, die Krankenstuben, oder die Gefängnisse der Schuldener u. dergl. zu fliehen, um dem schmerzhaften Mitgefühl, dessen man sich nicht erwehren könne, auszuweichen*") [Trad. esp.: *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 2008, p. 329].

naremos más de cerca estas cuestiones, con una advertencia preliminar: la hipótesis "genealógica" (o "etiológica") propuesta aquí es difícil de verificar (falsable), ya que se refiere a trayectorias "intelectuales y morales" en gran medida inconscientes.

El hombre moderno, aunque vagamente consciente de la desigualdad del orden social y de la violencia que impregna las relaciones entre los pueblos y las clases, es conocido al mismo tiempo como corresponsable de la violación sistemática de sus propios principios éticos. Esta conciencia provoca dolor y la urgente necesidad de calmarlo. El racismo responde a esta necesidad con una eficacia que por sí sola, en nuestra opinión, explica su continua generalización y la fuerza de su arraigo. Desde sus inicios, el discurso racista ha "demostrado" que los hombres *no* son iguales y que la especie *no* los incluye a todos: la mayoría son diferentes o inferiores. El conjunto de conceptos, argumentos y representaciones que han articulado la formación discursiva racista desde finales del siglo XVII ha creado un marco antropológico antitético al del universalismo moderno: un marco que –"ajustando" el universalismo moderno a una realidad que lo niega sistemáticamente; "colonizando" la "razón moral de la modernidad" y redefiniendo sus criterios y propósitos– se ha mostrado capaz de *justificar la violación* de los principios universalistas y de atemperar el conflicto ético generado por ella.[49] Como observó Frederick Douglass, símbolo del abolicionismo negro: "cuando los hombres oprimen a sus semejantes, el opresor siempre encuentra, en el carácter del oprimido, una justificación completa para su opresión".[50] De hecho,

[49] Según la definición clásica propuesta por Albert Memmi, el "racismo es la asignación generalizada y final de valores a diferencias reales o imaginarias, en beneficio de quien acusa y a expensas de su víctima, *para justificar los privilegios o agresiones del primero*" (*Racism*, University of Minnesota Press, Mineápolis-Londres, 2000 [1982, 1994²], p. 169; la cursiva es nuestra). La reformulación del universalismo en clave particularista y racista es destacada por L. DUBOIS, "An enslaved enlightenment: Rethinking the intellectual history of the French Atlantic author(s)", *Social History*, núm. 31-1, 2006, p. 2 ("De hecho, el 'humanismo' de los filósofos se ajustó a la realidad económica, social y política, y propuso soluciones que coincidían con las defendidas al mismo tiempo por los administradores de diferentes colonias y los funcionarios del *Bureau des colonies*"); D. GOLDBERG, "Modernity, race, and morality", p. 224 ("la razón moral de la modernidad ha sido colonizada por el discurso racializado, sus diferenciaciones y determinaciones que asumen a la vez la fuerza de la discriminación. […] La raza es conceptualmente capaz de insinuarse en los términos del análisis moral, para delimitar, al definirlo, el alcance de la moral. De esta manera, los imperativos de la raza ralentizan inadvertidamente la autoridad del dominio moral, incluso cuando el dominio moral en la modernidad sitúa la raza más allá de su alcance").

[50] F. DOUGLASS, "The Claims of the Negro Ethnologically Considered" (1854), en J. R. McKIVIGAN, J. HUSBAND y H. L. KAUFMAN (eds.), *The Speeches of Frederick Douglass.*

¿qué más ha hecho y hace el racismo, en última instancia, sino proporcionar buenas razones (teológicas, políticas o "científicas") para una reformulación antiuniversalista de los principios éticos fundamentales? ¿Qué más se deriva de esta actuación sino la legitimación de la servidumbre y el ostracismo, de las masacres y persecuciones y, con ello, la disolución de una angustia por lo demás insostenible?

Una "*injustice […] trop révoltante pour être pardonnée*", un "*abus inhumain de notre supériorité*", una "*tyrannie condenable devant Dieu*", así definió la esclavitud el médico y antropólogo Julien-Joseph Virey en el *Nouveau dictionnaire d'histoire naturelle* de Deterville. En presencia de seres humanos encadenados, Virey escribió que "*il s'élève, dans la conscience, un secret murmure, qui nous accusera un jour à un tribunal irrécusable*".[51] Sin embargo, todo esto no le impidió argumentar al mismo tiempo que los "*nègres*" deberían "*se plaindre de la nature qui les a rendus inférieurs aux blancs*"; esa naturaleza que había vuelto negro el color de su sangre, sus entrañas y sus cerebros, que les había reservado una especie concreta de "*insectes parasites*" (el "*pediculus nigritarum*");[52] esa naturaleza que había destinado a "*l'européen*" a "*l'empire du monde*" y a "*la tête du genre humain*", del que "*les autres, vile tourbe de barbares, n'en sont, pour ainsi dire, que l'embryon*".[53] La voluntad incuestionable de la naturaleza alejaba todos los escrúpulos, acallaba cualquier "*murmure*" de la conciencia. El racismo extrajo linfa y energía de este cúmulo de pasiones y sentimientos que las contradicciones de la modernidad generan y alimentan continuamente. El mundo moderno ha surgido bajo la bandera de valores que su desarrollo pisotea necesariamente. El discurso racista los derriba, reescribiéndolos a imagen y semejanza del *status quo*. Y así elimina todo conflicto, disuelve toda angustia y todo sentimiento de culpa.

La dinámica interior en la que, según esta hipótesis, operan las narrativas racistas es, evidentemente, inconsciente y se resuelve en la *racionalización* de situaciones y comportamientos percibidos en su carácter problemático.

A Critical Edition, Yale UP, New Haven-Londres, 2018, p. 129. Cf. sobre esta cuestión H. McGARY, "Douglass on Racial Assimilation and Racial Institutions", en B. E. LAWSON y F. M. KIRKLAND (eds.), *Frederick Douglass: a Critical Reader*, Blackwell, Malden, 1999, pp. 50-63; *Id*., *Race and Social Justice*, Blackwell, Malden, 1999.

51 "Homme", en *Nouveau dictionnaire d'histoire naturelle, appliquée aux arts, à l'agriculture, à l'économie rurale et domestique, à la médecine,* par une Société de naturalistes et d'agriculteurs, vol. XV, Deterville, París, 1817, p. 169.

52 "Homme", cit., pp. 152, 168.

53 J. J. VIREY, *Histoire naturelle du genre humain*, vol. I, Dufart, París, IX, 1801, p. 147.

En este sentido, reconstruir la historia del racismo implica, como observó Léon Poliakov, "*explorer les fondements inconscients des croyances colectives*", exponiéndose a todas las incógnitas de la investigación de procesos inconscientes.[54] Un pequeño ejemplo puede ilustrar esta cuestión.

En una página de *Cuadernos de la cárcel*, Antonio Gramsci se detiene en el racismo antisureño de origen lombrosiano (Alfredo Niceforo, Enrico Ferri, Giuseppe Sergi, Paolo Orano) que, en su época, caracterizaba el sentido común del proletariado del norte de Italia.[55] El sur de Italia era pobre y su atraso tenía causas históricas, pero estas eran *indecibles*. "La miseria del *Mezzogiorno* era 'inexplicable' históricamente para las masas populares del norte", a las que no se les podía revelar impunemente la lógica colonial del *Risorgimento* y la unificación del país. Las tesis racistas, según las cuales "las causas de la miseria" eran "innatas en la población meridional", protegían el tabú: al "hombre del pueblo de la Italia septentrional" se le decía que, en la base de la brecha entre las regiones ricas y pobres, se encontraba "la incapacidad orgánica de los hombres" de estas últimas, "su barbarie, su inferioridad biológica".[56] La explicación funcionó, hasta el punto de que todavía hoy

[54] L. POLIAKOV, *Le mythe aryen*, cit., p. 16. La atención del psicoanálisis sobre el racismo está en la base del origen de una abundante literatura que, sin embargo, ha privilegiado hasta ahora el tema del racismo inconsciente ("silencioso") y sus motivaciones inconscientes. Sobre esto, cf. A. BASS, "Historical and unconscious trauma: Racism and psychoanalysis", *Constellations*, núm. 9 vol. 2, 2002, pp. 274-283; S. CLARKE, *Social Theory, Psychoanalysis, and Racism*, Palgrave-Macmillan, Cham, 2003; B. TREPAGNIER, *Silent Racism: how Well-meaning White People Perpetuate the Racial Divide*, Routledge, Londres, 2010; G. BEATTIE, *Our Racist Heart?: an Exploration of Unconscious Prejudice in Everyday Life*, Routledge, Londres, 2013; J. S. REYNOSO, "The racist within", *Psychoanalytic Quarterly*, núm. 90 vol. 1, 2021, pp. 49-76. Sobre el carácter inconsciente de la dinámica psíquica que subyace al racismo, véase, en una perspectiva similar a la aquí asumida, D. GATZIA y B. BROGAARD, "Cognitive Dissonance and the Logic of Racism", en Id. (eds.), *Being of Two Minds: the Philosophy and Psychology of Ambivalence*, Routledge, Londres, 2021. En particular, sobre la función del racismo como estructura de racionalización, cf. T. SHELBY, "Is racism in the heart?", cit., p. 417; M. ELIAV-FELDON, B. ISAAC y J. ZIEGLER, "Introduction", en Id., *The Origins of Racism in the West*, Cambridge UP, Cambridge, 2009, pp. 4-5, 10; B. ISAAC, "Racism: a Rationalization of Prejudice in Greece and Rome", en M. ELIAV-FELDON, B. ISAAC y J. ZIEGLER (eds.), *The Origins of Racism*, cit., pp. 32-56.

[55] Cf. J. DICKIE, *Darkest Italy: the Nation and Stereotypes of the Mezzogiorno, 1860-1900*, Palgrave MacMillan-Londres, 1999; D. FORGACS, *Italy's Margins: Social Exclusion and Nation Formation since 1861*, Cambridge UP, Cambridge, 2014.

[56] *Selections from the Prison Notebooks*, ed. por Q. Hoare y G. N. Smith, International Publishers, Nueva York, 1971, pp. 70-71. Cf. *Quaderni del carcere*, c. 19, § 24, ed. por V. Gerratana, Einaudi, Turín, 1975, pp. 2021-2022 [Trad. esp.: *Cuadernos de la cárcel*. t. 5, Edición crítica del Instituto Gramsci, a cargo de Valentino Gerratana, Era, México D. F., 1999, p. 396].

conserva parte de su fuerza; pero funcionó en cuanto los obreros y campesinos del norte creían que era verdad, no tenían en absoluto conciencia de su naturaleza ideológica e instrumental.

6. LA CAPACIDAD SISTÉMICA DEL DISCURSO RACISTA

Las palabras de Gramsci sobre los desvaríos de los antropólogos lombrosianos acerca de la inferioridad natural de los italianos del sur nos hacen volver una vez más a la cuestión de la estructura unitaria del discurso racista, hilo conductor de nuestra investigación. Ni siquiera a principios del siglo XX el sur de Italia estaba poblado por "negros" o judíos, descendientes de los "asesinos de Cristo". Sin embargo, los estereotipos creados para los pueblos meridionales eran idénticos en todos los aspectos a los del racismo colonial y antisemita (lo que llevó a un crítico autorizado de la antropología lombrosiana, el historiador Ettore Ciccotti, a definirla como "una especie de antisemitismo italiano").[57] Se pensaba que los "*sudici*"[58] eran, como los judíos, diferentes en cuerpo (empezando por la forma del cráneo) y en espíritu, mostrando, de generación en generación, una firme propensión al crimen. Serían, como los "negros", insensibles a la civilización debido a severas limitaciones cognitivas y a la persistente ineptitud hacia la organización social. Se suponía que su estructura física finalmente atestiguaría, como en el caso de los esclavos de Aristóteles, un destino natural inevitable en el trabajo manual.

Ahora bien, ¿qué nos dice este hecho sobre lo que hemos observado hasta ahora sobre la génesis y la función del racismo? En el discurso racista hemos identificado la antítesis ideológica del universalismo moderno al asumir que su función principal se expresa en la racionalización de conductas y situaciones que son irreconciliables con los estándares éticos de la modernidad. Para sostener esta hipótesis, el fragmento de los *Cuadernos* de Gramsci nos obliga a afrontar un problema de importancia capital. Si efectivamente los habitantes "blancos" y católicos del sur de Italia fueron transformados en "razas" para que su pobreza les pareciera bien a "las masas populares del norte", es razonable imaginar que la misma suerte corrieron también otros grupos que

[57] "Mezzogiorno e settentrione d'Italia" (1898), en E. CICCOTTI, *Sulla questione meridionale. Scritti e discorsi*, Casa Editrice Moderna, Milán, 1904), p. 40.

[58] Esta definición explotó un juego de palabras, asociando la idea del "sur" (*sud* en italiano) a la de "suciedad" (*sudicio* en italiano significa "sucio").

fueron discriminados, a pesar de ser comparables al *homo europæus* por motivos fenotípicos y culturales. Si la condición social o política de un grupo está en la base de su racialización, debe suponerse que el catálogo de las "razas" inferiores es mucho más voluminoso de lo que podría pensarse. Y el racismo no debe considerarse una lacra circunscrita, sino un ingrediente esencial de la cultura moderna, al que se le debe reconocer una dimensión sistémica. ¿Son así las cosas? ¿O el lamentable caso de los "*sudici*" italianos es una excepción a la regla, y la hipótesis genealógica presentada aquí es simplemente una fantasía imposible de corroborar?

Obviamente, estas son preguntas retóricas. El espectro de los sujetos transformados en "razas" es, en realidad, muy amplio. Incluye a todos los grupos humanos sometidos a discriminación social o a persecución política o religiosa; los enemigos en una guerra y las minorías políticas, religiosas o lingüísticas; los rebeldes y los nómadas; los "desviados" y marginados; las mujeres (a las que el propio Lombroso atribuyó "muchas características físicas y psíquicas" que "las acercan al salvaje, al niño y por tanto al criminal"),[59] y los revolucionarios se han ido transformando gradualmente en "razas" inferiores o malditas, en criaturas subhumanas o satánicas. Esta misma suerte corrieron los pobres, obligados a trabajar o a alistarse en el "ejército de reserva" al servicio del desarrollo industrial. Como observó Albert Memmi, "debido a que el capitalismo naciente necesitaba proveerse de mano de obra como si de ganado se tratase, los trabajadores acabaron siendo considerados como tal".[60]

Mandeville los describió precisamente como "bestias de carga".[61] Sieyes los definió de diversas formas: "*bêtes humaines*", "*machines de travail*", "*instruments humaines de la production*", "*animales bipèdes*".[62] Mientras Ernest Renan

[59] C. LOMBROSO (en colaboración con G. Ferrero), *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Roux & C., Turín, 1893, pp. 48-49, 66, 106-108, 156-158. Sobre la misoginia de Lombroso, véase N. A. HARROWITZ, *Antisemitism, Misogyny, and the Logic of Cultural Difference. Cesare Lombroso and Matilde Serao, Texts and Contexts*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1994.

[60] A. MEMMI, *Racism*, cit., p. 193.

[61] "Inferiores […] en conocimiento y comprensión", "fuertes y robustos y nunca acostumbrados a la facilidad o la ociosidad", "no tienen otro objetivo que alimentar el cuerpo cuando el estómago les impulsa a comer". *The Fable of the Bees* (1705-1732), vol. I, ed. por F. B. Kaye, Clarendon Press, Oxford, 1924, pp. 330, 326 (*An Essay on Charity and Charity-Schools* [1724]).

[62] Écrits politiques, ed. por R. ZAPPERI, Éditions des Archives Contemporaines, París-Montreux, 1985, pp. 104, 29, 96; *Citoyens électeurs, éligibles*, Archives Nationales: 284 *AP* 3, dosier 2, carpeta 3 (citado en P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Gallimard, París, 1992, pp. 67-68).

seguía pensando según los esquemas clásicos del colonialismo,[63] Georges Vacher de Lapouge –cuya "antroposociología" contribuyó de manera significativa a la construcción de la "ciencia racial" nazi– y Henry Mayhew solían transformar los estratos más bajos de la población metropolitana en razas inferiores,[64] y Gustave Le Bon puso entre la elite y el proletariado una distancia "*aussi grande que celle qui sépare le blanc du nègre*".[65] Así que, con toda la razón, Karl Polanyi quería enfatizar "la semejanza existente entre los problemas coloniales y los del capitalismo temprano", el hecho de que en Inglaterra (aunque el argumento se aplica a todas las sociedades occidentales) "las clases más pobres" eran "los nativos destribalizados, degradados, de su época".[66] Y cuando los pobres o los trabajadores se rebelaban, la censura contra ellos se convertía a menudo en deshumanización.

El caso de la Comuna de París es paradigmático en este sentido, como se desprende de los textos de Hippolyte Taine,[67] Théophile Gautier[68] y Gabriel

---

[63] Para Renan, los chinos y los "*nègres*" eran las "*races d'ouvriers et de travailleurs de la terre*") "La réforme intellectuelle et morale" (1871), en Œuvres complètes de Ernest Renan, ed. por H. Psichari, Calmann-Lévy, París, 1947, vol. I, p. 390.

[64] Vacher de Lapouge afirmó que el "état mental" de proletarios y vagabundos "*répond assez à celui des nègres e d'autres razas inférieures*". *L'Aryen. Son rôle social*, Fontemoign, París, 1899, p. 363. Sobre la influencia de Vacher de Lapouge en el racismo nazi, véase J. M. HECHT, "Vacher de Lapouge and the Rise of Nazi Science", *Journal of the History of Ideas*, núm. 61-2, 2000, pp. 285-304. Mayhew aseguró que "un mayor desarrollo relativo de las mandíbulas y los pómulos" en sus rostros atestiguaba la prevalencia de "facultades animales". H. MAYHEW, *London Labour and the London Poor* (1851), I, *The London Street-Folk (partial)*, Dover, Nueva York, 1968, p. 1.

[65] *Lois psychologiques de l'évolution des peuples*, Alcan, París, 1894 (1909[9]), p. 37.

[66] K. POLANYI, *The Great Transformation. The Political and Economic Origins of our Time*, Beacon Press, Boston, 2001 (1944), p. 300 [Trad. esp.: *La gran transformación: los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, FCE, México D. F., 1992, p. 290]. Las referencias obligatorias sobre el racismo social siguen siendo R. MILES, *Racism*, cit.; É. BALIBAR, I. WALLERSTEIN, *Race, Nation, Class: Ambiguous identities*, Verso Books, Londres, 1991 (1988). Cf., por último, D. LUDWIG, "Understanding race: The case for political constructionism in public discourse", *Canadian Journal of Philosophy*, núm. 50 vol. 4, 2020, pp. 492-504.

[67] Para Hippolyte Taine, el comunero era un "*animal primitif, le singe grimaçant, sanguinaire et lubrique, qui tue en ricanant et gambade sur les dégâts qu'il fait*"; las masas en ese contexto tumultuoso eran, a sus ojos, "*nègres déchaînés*". H. TAINE, *Les origines de la France contemporaine*, I, *La Révolution*, Hachette, París, 1896 (1878), pp. 70-71. Sobre el uso de metáforas orgánicas en la historiografía de Taine sobre la Revolución francesa y la Comuna, véase K. GOTMAN, *Choreomania. Dance and Disorder*, Oxford UP, Nueva York, 2018, pp. 115-116.

[68] Théophile Gautier definía a los comuneros como una "*population immonde*": "*les bêtes fauves, les bêtes puantes, les bêtes venimeuses*", "*ceux qui aiment le sang, ceux que l'incendie amuse comme un feu d'artifice, ceux que le vol délecte*". "Paris-capitale" (1871), en T. GAUTIER, *Tableaux de siège. Paris, 1870-1871*, Charpentier, París, 1872[2], p. 372.

Tarde.[69] Ciertamente, no todos los escritores que se expresaron en estos términos pretendían contribuir a la gran narrativa racista, ni eran conscientes de hacerlo. Es probable que muchos de ellos pensaran que las metáforas que estaban utilizando eran simples y hasta inofensivas. Lo cierto es que el racismo se vio potenciado y reforzado gracias también a estas representaciones, cuyo eco resonó en las codificaciones de los expertos. Es el caso de Vacher de Lapouge –para quien las "*classes pauvres*" estaban repletas de "*sauvages primitifs*", por naturaleza "*dépourvus d'aptitude au travail*", y de "*dégénérés […] dont le sang a été vicié*"[70]– y de la antropología criminal de Lombroso, que retrató en el anarquista Ravachol (nacido François Koenigstein) el prototipo del "criminal anarquista", discerniendo en la "asimetría muy marcada" de su rostro ("debido a que la nariz se desviaba mucho hacia la derecha, a que las orejas de soplillo estaban situadas a diferentes alturas, y finalmente por su enorme, cuadrada y protuberante mandíbula") los "rasgos típicos de mi criminal nato".[71]

De manera similar a lo que hemos observado en el caso de la racialización de los judíos y los pueblos coloniales, incluso en el caso del racismo social, la elaboración de antropologías especiales (antiuniversalista, racista) tiene como objetivo justificar (enmascarar y racionalizar) el tratamiento reservado a los grupos humanos discriminados. Esta consideración parece relevante por dos razones. Por un lado, confirma la tesis de la *unidad* de la "formación discursiva" racista como léxico general de la discriminación.[72] Por otro lado (y por eso mismo), nos permite captar la *capacidad sistémica* del discurso racista: su centralidad en el marco cultural y en la propia constitución material de la modernidad burguesa, no solo en las sociedades poscoloniales.

---

[69] Para Gabriel Tarde, el comunero era "*une bête impulsive et maniaque*". "Les crimes des foules" (1892), en G. TARDE, *Essais et mélanges sociologiques*, Maloine, París, 1895, p. 54.

[70] *Race et milieu social. Essai d'anthroposociologie*, Marcel Rivière, París, 1909, p. 230.

[71] *Gli anarchici* (1894), Bocca, Turín, 1895), p. 42. Sobre el tema, véase P. BASS, "Cesare Lombroso and the anarchists", *Journal for the Study of Radicalism*, núm. 13-1, 2019, pp. 19-42.

[72] La función del racismo como elemento estructurador del orden social e internacional ha sido recientemente destacada por una amplia variedad de estudios entre los que se incluyen: J. R. FEAGIN, *Systemic Racism: a Theory of Oppression*, Routledge, Nueva York, 2006; J. GABRIEL, S. SMALL y G. BHATTACHARYYA, *Race and Power: Global Racism in the Twenty First Century*, Routledge, Londres, 2001; M. ARAÚJO y S. RODRÍGUEZ (eds.), *Eurocentrism, Racism, and Knowledge: Debates on History and Power in Europe and the Americas*, Palgrave Macmillan, Cham, 2015; R. THOMPSON-MILLER y K. DUCEY (eds.), *Systemic Racism: Making Liberty, Justice, and Democracy Real*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2017; D. BELL, *Globalizing Race: Antisemitism and Empire in French and European Culture*, Northwestern UP, Evanston, 2018.

7. CONCLUSIÓN

Es precisamente en este último aspecto en el que consideramos oportuno centrarnos en la conclusión de nuestro trabajo. En estas páginas hemos intentado mostrar cómo debe leerse en el discurso racista una respuesta orgánica a la necesidad de justificación de los comportamientos individuales y colectivos en contraste con los principios éticos fundamentales de la modernidad, y hemos observado cómo esta hipótesis interpretativa nos permite captar la coherencia y organicidad generales de una "formación discursiva" muy articulada y compleja. Estos resultados nos parecen fundamentales para el estudio del macrotexto racista en un sentido específico: no solo porque la fragmentación del campo de referencia del concepto "racismo" imposibilita un correcto reconocimiento del mismo en el ámbito historiográfico y analítico, sino también por el hecho de que, al situarnos en esta perspectiva, ya parece posible comprender la generalización del racismo y su firme arraigo en el sentido común de masas, corrigiendo el peligroso error de subestimación que, en nuestra opinión, se comete al considerarlo un ingrediente marginal de una subcultura de masas o una patología propia de constelaciones político-históricas peculiares (como en el ejemplo perfecto de la Europa de entreguerras). En el mundo moderno, entre el racismo y la desigualdad, como entre el racismo y la exclusión, existe un vínculo recíproco indestructible. Reconocerlo es fundamental para restaurar la unidad y la coherencia de la historia del racismo y medir el alcance de los riesgos generados hoy en día por el aumento vertiginoso de las desigualdades dentro de nuestras sociedades y entre diferentes áreas del mundo, y por la intensificación de las crisis globales, entre ellas las migraciones masivas y las consecuencias del cambio climático.

ALBERTO BURGIO
Universitá di Bologna
Dipartimento di Filosofia e Comunicazione
Via Zamboni 38, Bologna
e-mail: alberto.burgio@unibo.it

EL DISCURSO DE ODIO ANTI-GÉNERO EN LAS REDES SOCIALES COMO VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y COMO DISCURSO DE ODIO*

THE ANTI GENDER HATE SPEECH ON SOCIAL NETWORKS AS A FORM OF VIOLENCE AGAINST WOMEN AND A FORM OF HATE SPEECH

Noelia Igareda González
Universidad Autónoma de Barcelona
https://orcid.org/0000-0002-3748-0226

Fecha de recepción: 12-4-21
Fecha de aceptación: 16-9-22

Resumen: *El artículo aborda el problema de los discursos de odio anti género emitidos por partidos políticos que cada vez más proliferan por las redes sociales. Suponen un conflicto de derechos fundamentales entre la libertad de expresión, la libertad ideológica, la libertad de comunicación, el pluralismo político, y el derecho a la igualdad, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y a la dignidad humana. El marco legal aplicable varía desde la tipificación penal de los discursos de odio en los casos más graves, pasando por la ausencia de intervención alguna en contextos virtuales, o dependiendo de empresas privadas propietarias de estas redes sociales. Finalmente se analizan estos discursos de odio anti género como formas de violencia contra las mujeres que requieren la intervención del Estado, y la actividad legislativa para garantizar los derechos fundamentales en juego.*

Abstract: *The article addresses the problem of anti-gender hate speech issued by political parties that are increasingly proliferating on social networks. They represent a conflict of fundamental rights, between freedom of expression, ideological freedom, freedom of communication, political pluralism, and the right to equality, the right to honor, privacy and one's own image and human dignity.*

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto europea GENHA: Hate speech, Gender, social networks and political parties, financiado por el programa de Derechos, Igualdad y Ciudadanía de la Unión Europea.

The applicable legal framework varies from the criminalisation of hate speech in the most serious cases, to the absence of any intervention in a virtual context, or depending of private companies that own these social networks. Finally, these anti-gender hate speeches are analyzed as forms of violence against women that requires the intervention of the State, and legislative activity to guarantee the fundamental rights at stake.

Palabras clave: discursos de odio anti-género, redes sociales, partidos políticos, derecho a la libertad de expresión

Keywords: anti gender hate speech, social networks, political parties, freedom of expression

1. EL PROBLEMA DE LOS DISCURSOS DE ODIO ANTI-GÉNERO EN INTERNET

La aparición de internet en la década de los 80 en el mundo, y su generalización en la década de los 90 en España, ha revolucionado la vida de las personas, la forma de entender la comunicación, el debate político e incluso la democracia y los derechos humanos.

La aparición de la web 1.0 suponía la posibilidad de transmitir una misma información a un gran número de personas, pero con la aparición de la web 2.0, no sólo se trata de un gran aumento de personas que pueden acceder a un mismo contenido, sino que el impacto de ese contenido crece exponencialmente, y los usuarios ya no son sólo receptores de información, sino también creadores de contenido[1].

Además, las redes sociales, como plataformas a través de las que los individuos se comunican, se convierten en una nueva dimensión de la vida de las personas. Son las redes sociales una parte imprescindible de las relaciones sociales, del debate político imprescindible en sociedades democráticas, un espacio esencial para trabajar, y muchas veces un canal privilegiado, sino el más importante o el único, para comunicar[2].

Pero no todo es positivo en internet y las redes sociales. También pueden convertirse en nuevos espacios para la comisión de delitos, o favorecen la aparición de figuras delictivas que sólo pueden tener lugar en internet.

[1] C. PEDRAZA, "Cibermisoginia en las redes sociodigitales: claves para el análisis desde la masculinidad", *Cuestiones de género: de la igualdad a la diferencia*, núm. 14, 2019, pp. 51-66.

[2] F. MIRÓ, "Taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet", *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 22, 2016, pp. 93-118.

Igualmente, internet y las redes sociales constituyen espacios para el disfrute, la garantía y también para posibles violaciones de algunos derechos fundamentales que constituyen los pilares de nuestros Estados de Derecho: el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la igualdad, el derecho a la integridad física y moral, el derecho al honor, intimidad y propia imagen, el derecho a la comunicación o el derecho a la libertad ideológica, entre otros.

Unos de esos comportamientos contrarios de los derechos humanos protegidos en nuestros ordenamientos jurídicos son los discursos de odio. La Recomendación nº 97 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el Discurso de Odio, proporcionó una definición que ha sido utilizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) desde 1999:

> "Todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante"

Tradicionalmente el lenguaje del odio se ha caracterizado como un mensaje de inferioridad, dirigido hacia grupos históricamente oprimidos y que resulta acosador y degradante[3].

Además, actualmente una gran parte del debate político tiene lugar a través de los medios de comunicación en línea y las plataformas digitales. El debate democrático no significa que todos los ciudadanos/as puedan participar en estos medios sobre los asuntos públicos, sino que las diversas opciones políticas tengan acceso en condiciones de igualdad[4]. El debate público debe garantizar la igual participación de los miembros de las minorías aportando sus puntos de vista, que se vería obstaculizada si se admiten las visiones estigmatizantes que los ponen en cuestión[5].

Pero los discursos de odio que hasta la fecha han recibido más atención por parte de las leyes han sido los discursos de odio racista o antisemita. Rara

---

[3] M.J. MATSUDA, "Public response to racist speech: considering the victims story", *Michigan Law Review*, núm. 87, 1988, pp. 2320-2381.

[4] O. PÉREZ DE LA FUENTE, *Libertad de expresión y discurso político. Propaganda negativa y neutralidad de los medios de campañas electorales*, Tirant lo Blanch, México DF, 2014.

[5] O. FISS, "El efecto silenciador de la libertad de expresión", *Isonomía,* núm. 4, 1996, pp. 17-27.

vez los discursos de odio anti-género han sido reconocidos como discursos de odio, y tampoco han sido estudiados ni se ha interpretado que pudieran estar bajo el marco legal aplicable a los discursos de odio en general.

Los discursos de odio anti-género constituyen un discurso de odio contra el colectivo de mujeres en general en una determinada sociedad, o contra determinados grupos de mujeres. También constituyen discursos de odio anti-género aquellos que niegan, ridiculizan o estigmatizan los discursos de género que muestran como en nuestra sociedad existen roles y estereotipos de género que asignan características, comportamientos y valores diferentes a hombres y mujeres sin una razón objetiva que lo justifique. También son discursos de odio anti-género aquellos que niegan o infravaloran la violencia de género. Igualmente son discursos de odio anti-género aquellos que se dirigen contra determinados grupos de población en relación a su identidad de género, expresión de género u orientación sexual.

El movimiento anti-género no es simplemente una reacción política o religiosa conservadora frente a los postulados feministas. Se trata de un movimiento político coherente y organizado, que surge a raíz de la crisis económica mundial de 2008. Esta crisis muestra las debilidades del sistema neoliberal y también del sistema liberal democrático[6].

El núcleo duro del pensamiento anti-género está compuesto por una serie de convicciones sobre el hombre, el derecho natural y la dignidad humana en línea con el dogma cristiano. Aunque el punto de partida pueda ser teleológico, se nutre también de numerosas fuentes científicas con visiones anti género de las diferencias entre sexos (neuropsicología, el sexo del cerebro, etc.) que ponen en tela de juicio el carácter científico de los estudios de género[7].

Probablemente España fue el primer país donde se hizo visible esta campaña anti-género, cuando grupos y partidos políticos conservadores se movilizaron contra la iniciativa del Gobierno Zapatero de legalizar los matrimonios de personas del mismo sexo en 2004.

---

[6] E. KOROLCZUK; A. GRAFF, "Gender as 'Ebola from Brussels': The Anticolonial Frame and the Rise of Illiberal Populism", *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, vol. 43, núm. 4, 2018, pp. 797-821; D. PATERNOTTE and R. KUHAR, "Disentangling and Locating the 'Global Right': Anti-Gender Campaigns in Europe", *Politics and Governance*, vol. 6, núm. 3, 2018, pp. 6–19.

[7] E. KOROLCZUK; A. GRAFF, "Gender as "Ebola from Brussels": The Anticolonial Frame and the Rise of Illiberal Populism", cit.

Los activistas anti-género son extremadamente activos en internet y aprovechan las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías de información, más allá de una función meramente informativa.

Hay varios elementos comunes entre las campañas anti-género y los partidos populistas de derecha: en algunos países, el populismo de extrema derecha es el principal impulsor de las campañas anti-género (por ejemplo, en Alemania y Austria, y en menor medida en Francia en las protestas contra el matrimonio de personas del mismo sexo). Estos partidos políticos comparten algunos discursos, como por ejemplo el euroescepticismo, la resistencia a la globalización y las preocupaciones nacionales y raciales. Estos discursos presentan además elementos comunes: convertir en víctima a los agresores, buscar chivos expiatorios, y la creación de teorías conspirativas. También los populistas de extrema derecha y los partidarios de campañas anti género utilizan intensamente las redes sociales, y a la vez son muy críticos con los medios de comunicación tradicionales, acusándolos de estar en manos de las élites corruptas[8].

En las teorías anti-género conviven posturas a veces antagónicas sobre el género y las mujeres. Por ejemplo, se dan discursos tradicionales y conservadores sobre un orden natural, la abstinencia sexual o políticas pro-vida, y a la vez referencias hipersexualizadas de la mujer o mensajes anti-feministas. Se acusa al islam de ser una religión machista y contraria a las mujeres, a la vez que se oponen a la ratificación del Convenio de Estambul[9] contra la violencia contra las mujeres. A pesar de estas contradicciones, en todas estas posturas subyace la idea que las mujeres son responsables de la reproducción biológica e identitaria de las naciones que debe mantenerse bajo control. Las posturas feministas suponen una amenaza a este orden natural, y un peligro para los roles sexuales *naturales* de hombres y mujeres. Por esto, los anti-género abogan por un retorno a la familia nuclear heteronormativa[10].

Las campañas anti-género virtuales difieren de sus predecesoras en el mundo real por su extrema misoginia y porque tienden a personalizar, y a veces a sexualizar sus ataques a mujeres individuales. Las campañas anti-géne-

[8] D. PATERNOTTE and R. KUHAR, "Disentangling and Locating the "Global Right": Anti-Gender Campaigns in Europe", cit.

[9] Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y mucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (2011). Entró en vigor en 2014.

[10] E. SIAPERA, "Online Misogyny as Witch Hunt: Primitive Accumulation in the Age of Techno-capitalism", en D. GING; E. SIAPERA, *Gender Hate Online*, Palgrave Macmillan, 2019, *https://doi.org/10.1007/978-3-319-96226-9*, pp. 21-43.

ro anteriores a internet solían movilizarse alrededor de temas centrales como el divorcio, la custodia de los hijos/as o la feminización de la educación, y utilizaban métodos políticos más convencionales, como las manifestaciones o los manifiestos. Pero las nuevas campañas anti género adoptan métodos mucho más personalizados de acción política, en los que cuesta diferenciar los ataques a las feministas de los ataques a las mujeres en concreto[11].

Los discursos de odio anti-género pueden ser contra mujeres individuales (que encajaría en la definición de violencia de género digital) o contra las mujeres como grupo (que también constituye una modalidad de discurso de odio, y que deberían ser considerados formas de violencia de género al mismo tiempo, aunque las víctimas sean un número indeterminado y no siempre concreto de mujeres).

Las mujeres individualmente pueden recibir ataques a través de las redes sociales por parte de quienes son o han sido sus parejas (que encajaría en la actual definición de violencia de género de la ley estatal integral de violencia de género[12]), aunque estos ataques en el contexto virtual suelen percibirse como un medio para ejercer violencia en el mundo real, y no como una violencia en sí misma. No obstante, estas formas de violencia *on line* y *off line* suelen ser tener lugar de manera paralela, aunque falta una concienciación por parte de los operadores jurídicos, de las propias víctimas y de la sociedad en general de que se trata de formas de violencia contra las mujeres.

Los ataques virtuales contra las personas que se dedican a la política se entienden normalmente como algo inevitable, al constituir figuras públicas expuestas a todo tipo de abusos. Pero las mujeres están sobrerreprentadas entre las víctimas de estos ataques virtuales y de las campañas de desinformación en internet. Además, no sólo reciben más ataques, sino que son víctimas de formas diferentes de acoso y violencia: la violencia virtual contras las mujeres políticas suele centrarse en su apariencia física y su sexualidad, e incluye amenazas sexuales y contenido sexual[13].

---

[11] D. GING, "Alphas, Betas, and Incels: Theorizing the Masculinities of the Manosphere", *Men and Masculinities*, 2017, disponible en *https://doi.org/10.1177/1097184X17706401.*

[12] Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

[13] L. DI MECO; S. BRECHENMACHER, "Tackling Online Abuse and Disinformation Targeting Women in Politics", Carnegie Endowment for International Peace, 2020, disponible en: *https://carnegieendowment.org/2020/11/30/tackling-online-abuse-and-disinformation-targeting-women-in-politics-pub-83331*

Esto tiene consecuencias en el proceso democrático: las mujeres son reacias a presentarse a las elecciones, expulsa a las mujeres de la política o las hace desconectarse del debate político virtual que constituye hoy en día el espacio privilegiado de promoción. Incluso para aquellas mujeres que resisten, también tiene consecuencias psicológicas y una enorme pérdida de tiempo, especialmente en averiguar si las amenazas que reciben *on line* pueden llegar a constituir o no serias amenazas a su vida e integridad. El acoso *on line* puede entenderse como un mecanismo de corrección para las mujeres políticas que se están atreviendo a ocupar un espacio tradicionalmente reservado para los hombres. Pero también está siendo utilizado por algunos políticos como una estrategia para silenciar a sus opositoras o adversarias[14].

Cuando los discursos de odio anti-género se dirigen contra las mujeres en general, o contra determinados grupos de mujeres (por ejemplo las feministas o las víctimas de violencia de género) o contra determinados grupos de personas por su identidad de género (por ejemplo los grupos LGTBI), difícilmente se reconocen como discursos de odio, porque no constituyen las categorías clásicas de discriminación y vulnerabilidad que la legislación y la jurisprudencia sobre discursos de odio ha reconocido. Pero aún menos se reconocen como formas de violencia contra las mujeres, porque la víctima no es un individuo concreto, identificable, y por lo tanto, se escapa de las lógicas del derecho penal que normalmente se aplica en los casos más graves de violencia contra las mujeres y exige un sujeto activo y un sujeto pasivo individual y concreto.

Además, los discursos de odio anti género tiene una dificultad mayor ya que en nuestros ordenamientos jurídicos no es ilegal, y menos aún delito, ser sexista u homófobo. Sancionar legalmente los discursos de odio anti-género implicaría poner límites o a amenazar a derechos fundamentales como la libertad de expresión, la libertad ideológica, la libertad de comunicación. Si además estos discursos de odio son emitidos, o amparados por representantes políticos, se entiende que el respeto a estos derechos fundamentales de libertad de expresión y de libertad ideológica se hace todavía más relevante, cuando constituyen pilares esenciales del debate democrático, del pluralismo político, y de nuestros Estados de Derecho.

La dificultad añadida de estos discursos de odio anti-género es que se emiten, reproducen y amplifican a través de internet y las redes sociales, que son entornos carentes de una regulación legal clara, y que escapa de las juris-

[14] Ibidem.

dicciones nacionales. Internet es un espacio sin ley, y las redes sociales están en manos de empresas privadas, que buscan el lucro económico, y que no podemos exigir que sean garantes de los derechos fundamentales en juego.

Es sumamente difícil obtener cifras sobre la prevalencia de este fenómeno. Pero las escasas investigaciones disponibles nos muestran una preocupante dimensión del problema[15]. Por ejemplo, Amnistía Internacional identificó que el 21% de las mujeres en diversos países habían sido víctimas de alguna forma de abuso *on line*, y este porcentaje subía hasta el 37% en mujeres entre 18 y 24 años[16].

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN JUEGO

Los discursos de odio anti-género no son meras manifestaciones de ideas con las que podamos estar en desacuerdo, o manifestaciones de puntos de vista u opiniones que aunque nos parezcan indeseables, son únicamente ideas u opiniones. Los discursos de odio anti-género pueden constituir verdaderas violaciones de derechos fundamentales constitucionalmente protegidos como el derecho a la igualdad, artículo14 Constitución española (CE), el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) o el derecho al honor, intimidad y propia imagen (art. 18 CE).

Además, las consecuencias de los discursos de odio pueden constituir un límite o una afectación importante a otros derechos fundamentales de participación en el espacio político, como el derecho al sufragio pasivo (art. 23 CE) o a la libertad de movimientos (art. 19 CE). Muchas de las víctimas de discursos de odio anti-género restringen sus movimientos, se apagan digitalmente, desaparecen o limitan su participación política para no exponerse a más ataques a través de las redes sociales. Ser víctimas de discursos de odio anti-género aparece como un precio que estas mujeres deben pagar por ocupar puestos de proyección públicas que las convierte en diana de estos ataques masivos[17].

[15] L. SERRA, *Discurso de incitación al odio. Análisis de los derechos humanos y pautas interpretativas*, cit.; L. SERRA, *Las violencias de género en línea*, cit.; Instituto Europeo de la Igualdad de Género, "*La ciberviolencia contra mujeres y niñas*", 2019, Disponible en*: https://eige.europa.eu*.

[16] Amnesty International, *Amnesty Reveals Alarming Impact of Online Abuse Against Women*, 2017, November 20, disponible en: *https://www.amnesty.org/ en/latest/news/2017/11/amnesty-reveals-alarming-impact-of-online-abuseagainst-women/.*

[17] Amnesty International, cit.; N. IGAREDA; A. PASCALE; M. CRUELLS; O. PAZ, *Les ciberviolències Masclistes*, cit.; E. A. JANE, "Gendered Cyberhate as Workplace Harassment and Economic Vandalism", *Feminist Media Studies*, 2018, pp. 1–17.

Frente a estos derechos fundamentales atacados directa o indirectamente, se esgrimen otros derechos fundamentales en juego, que se verían seriamente perjudicados si nuestros ordenamientos jurídicos adoptaran sanciones (de tipo penal, civil o administrativo) contra los discursos de odio. Entre ellos destaca el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1.a) CE), el derecho a la libertad de comunicación (art. 20.1.d) CE) y el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE).

La libertad de expresión constituye uno de los pilares del Estado democrático. El contrato social de Rawls[18] que fundamenta nuestros Estados de Derecho depende de que los miembros de una sociedad lleguen a acuerdos, a través de decisiones informadas donde han podido discutir sin interferencias. Las cuatro justificaciones clásicas de la libertad de expresión[19] han sido la búsqueda de la verdad y la filosofía utilitarista de Stuart Mill[20], el Juez Holmes y la tesis del libre mercado de las ideas[21]; la interpretación de la democrática donde la libertad de expresión constituye una función esencial en el autogobierno democrático; el contrato social de Rawls[22] donde la legitimidad de las instituciones políticas depende de que los miembros de una sociedad alcancen un acuerdo, a través de decisiones informadas, donde tiene que haber un espacio de discusión sin restricciones *a priori*, y finalmente la libertad individual, donde los hombres deben ser libres de escoger sus ideas sin que el Estado interfiera.

Tradicionalmente se han distinguido dos grandes modelos de reconocimiento de la libertad de expresión[23]. En primer lugar, el modelo norteamericano, donde la libertad de expresión se concibe como una libertad negativa que exige del Estado una posición de no injerencia, que sea neutral. Y en

---

[18] J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, Fondo de cultura económica, México, 1979.

[19] G. M. TERUEL, "Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 114, 2018, pp. 13-45.

[20] J. STUART MILL, *Sobre la libertad*, Ediciones Akal, Madrid, 2014 [1859].

[21] M. BISBAL, "El mercado libre de las ideas de O.W. Holmes", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007, pp. 183-208.

[22] J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, cit.

[23] M.A. PRESNO, G.M. TERUEL, *La libertad de expresión en América y Europa,* Juruá Editorial, Vila Nova de Gaia/Porto, 2017; G.M. TERUEL, "Libertad de expresión y censura en Internet", *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto,* núm. 2, 2014, pp. 41-72; M.A. PRESNO, La libertad de expresión en Internet y las redes sociales: análisis jurisprudencial. *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 61, 2020, pp. 65-82. *https://doi.org/10.2436/rcdp.i61.2020.3525*.

segundo lugar el modelo europeo, donde la libertad de expresión se concibe como una libertad positiva en el marco de una democracia militante. Aquí el Estado es el garante del debate público, que puede llevarle a expulsar ciertos tipos de discursos del libre mercado de las ideas.

El modelo norteamericano basa su sistema en la libertad de expresión mientras que el sistema europeo se basa en la dignidad humana. Esto también depende entre las diferentes formas de entender el Estado, en el caso norteamericano, de no interferencia en las libertades individuales, y en el caso europeo de garantes de estos derechos humanos que exigen una labor positiva. También tiene que ver con la versión más individualista del estado norteamericano, frente a una visión más comunitarista del estado europeo[24].

En la tradición europea, la dignidad queda vinculada al honor personal, como derecho o valor que necesita ser protegido (por ejemplo art. 18.1 CE). Sin embargo, es desconocido en la tradición norteamericana. La cultura del honor convierte el insulto en un límite al derecho a la libertad de expresión. En el ámbito del discurso del odio, la protección del honor se extiende también a un grupo o comunidad cultural. Esto también hace que en la tradición europea aparezca el sujeto de la víctima, cuya dignidad debe ser protegida frente a la tradición norteamericana, donde el disidente debe ser también protegido como un aspecto inherente a la propia democracia[25].

La garantía de este derecho a la libertad de expresión también está influida por un mayor o menor peso del pensamiento liberal en ese Estado de Derecho en cuestión. Para el pensamiento liberal, el daño que produce el discurso del odio es menor que el daño que puede producir limitar la libertad de expresión. Además, también en esta línea crítica se suele esgrimir que los países que han adoptado leyes sobre los discursos de odio, no se ha convertido en menos racistas. Es más, silenciando a los intolerantes, se condena la intolerancia a la clandestinidad y se otorga a los intolerantes un estatus de mártir para explotar[26].

Cuando los representantes políticos o entidades afines a los partidos políticos, emiten discursos de odio anti-género a través de las redes sociales, se

[24] G. M. TERUEL, "Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español", cit.

[25] R. ALCÁCER, "Víctimas y disidentes. El "discurso del odio" en EE.UU. y Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, 2015, pp. 45-86.

[26] T. M. MASARO, "Equality and freedom of expression: The hate speech Dilemma", *William and Mary Law Review*, núm. 32, 1990, pp. 211-265.

entiende que están amparados bajo su derecho de libertad de expresión, sus derechos a comunicar libremente sin posibilidad de censura propia, y que además están contribuyendo a un pluralismo político que constituye uno de los valores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1. CE). La libertad de expresión consagrada en el art. 20 de la CE es un elemento imprescindible del debate social, y la deliberación inherente a un sistema democrático. El discurso político, como ejemplo de la libertad de expresión, debe gozar aún de una mayor libertad, porque está vinculado a otros derechos fundamentales como la libertad ideológica (art. 16 CE) y el derecho a la participación en asuntos públicos (art. 23 CE). Todo ello imprescindible en un sistema político democrático, donde es fundamental el pluralismo político y la formación de una opinión pública libre[27].

Pero el ejercicio de esta libertad de expresión y libertad ideológica de estos partidos políticos cuando llegan a ser un discurso de odio pueden constituir una limitación o incluso una anulación del derecho a la libertad de expresión y de participación política de los grupos diana de este discurso de odio. Las legislaciones sobre discursos de odio se basan en la idea de que en ocasiones es necesario disminuir las voces de unos para que pueda ser escuchada la voz de otros[28]. Fiss afirma que la preocupación, no es si las expresiones –objeto de regulación estatal– lesionan o no el estatus social de ciertos grupos, sino la demanda de esos grupos, por tener una oportunidad plena y equitativa para participar en el debate público: lo que importa es la demanda de *su* libertad de expresión[29]. El argumento sobre la igual participación supone que las condiciones de la democracia excluyen los que no respetan las condiciones del debate público, que incluyen la igual participación de todos los puntos de vista. La deliberación de los asuntos públicos, según Sunstein, se debería basar en los valores de igualdad política, universalismo e imparcialidad[30].

Tradicionalmente se han tolerado límites a la libertad de expresión cuando suponían una violación al derecho al honor, intimidad y a la propia imagen (art. 18 CE). Esto obviamente puede esgrimirse cuando la víctima del discurso de odio es una mujer individual. Pero también tenemos otros dere-

[27] R. ALCACER, "Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14 vol. 02, 2012, pp. 1-32.

[28] O. FISS, "El efecto silenciador de la libertad de expresión", cit.

[29] Ibidem.

[30] C.R. SUNSTEIN, "Beyond the republican revival", *Yale Law Journal*, núm. 97, 1987, pp. 1539-1590.

chos fundamentales como el derecho a la igualdad, el derecho a la integridad física y moral, o valores superiores del ordenamiento jurídico como la dignidad humana o el libre desarrollo de la personalidad. El discurso de odio anti-género también supone una vulneración de estos derechos y valores de nuestro Estado de Derecho, tanto en el caso que suponga un ataque individual (a una determinada mujer) como cuando es un ataque colectivo (a todas las mujeres, o a grupos de mujeres, o a grupos de persona por su género, identidad de género u orientación sexual).

Pero más allá de estos derechos fundamentales más clásicos, también en la posible legislación sobre los discursos de odio en las redes sociales está implicado un nuevo derecho, el derecho al acceso a internet. Hay un ejercicio potencial de la libertad de expresión antes y otro después del desarrollo de Internet y, en particular, de las redes sociales. Ha sido la jurisprudencia internacional quien ha ido configurando este nuevo derecho, en los casos en los que el acceso a internet ha sido limitado por parte de los poderes públicos[31]. Cuando los discursos de odio anti-género tienen como consecuencia la expulsión o la limitación de las mujeres del entorno virtual, están suponiendo un serio obstáculo a ese nuevo derecho de acceso a internet de toda la ciudadanía.

3. EL MARCO LEGAL APLICABLE AL DISCURSO DE ODIO ANTI-GÉNERO

Al reflexionar sobre el papel que el derecho debiera tener en este debate, enseguida surgen las diferentes aproximaciones que desde el derecho penal se han hecho para poner un límite a los discursos de odio. En primer lugar, es necesario diferenciar los delitos de odio de los discursos de odio. Los delitos de odio suelen ser delitos ya tipificados en los que se aplica una circunstancia agravante cuando se puede probar que había un dolo con una motivación racista, misógina o homófoba en los comportamientos descritos en el tipo penal. Los discursos de odio son en algunas ocasiones y en determinados ordenamientos jurídicos también delitos, pero delitos de palabras, es decir, la mera declaración de un discurso de odio que se entiende "per se" delictivo, sin necesidad de que se dé un comportamiento posterior.

[31] M.A. PRESNO, La libertad de expresión en Internet y las redes sociales: análisis jurisprudencial, cit.

Incluso en los discursos de odio se pueden identificar dos grandes modelos. Un modelo más inspirado en Norteamérica, en el que prevalece la libertad de expresión por encima de todo, y que difícilmente admite la sanción penal frente a los discursos de odio, y cuando lo hace, necesita cumplir una serie de requisitos muy estrictos para poder justificar que existe una relación entre la mera emisión de palabras o ideas odiosas, y la materialización de algún tipo de daño tangible en el grupo de personas a las que estaba dirigido. Frente a este modelo, tenemos la tradición europea, fuertemente influida por la experiencia de la Alemania nazi, y el holocausto, en el que se aboga por una tipificación penal de los discursos de odio especialmente dirigidos a minorías étnicas o religiosas, así como negaciones del holocausto o genocidios, que en el pasado se demostró que constituyeron un caldo de cultivo que permitió gravísimas y masivas violaciones de derechos humanos y el aniquilamiento de millones de personas[32].

Teruel[33] considera que el sistema constitucional español está más cercano al modelo norteamericano. Pero que la jurisprudencia constitucional no ha elaborado cánones claros para señalar las exigencias que los discursos de odio deberían revestir para justificar que el Estado se apartara de la posición de no injerencia. Para Alcacer[34] nuestra tradición constitucional es diferente a la democracia militante del TEDH, que surge sobre todo como una reacción a los totalitarismos de la primera mitad del siglo XX en Europa. Para estos representantes de la doctrina penal española, el discurso de odio tiene que constituir una amenaza real, tiene que revestir suficiente poder como para afectar a la libertad individual o colectiva de una persona o grupo de personas. Si no se da este requisito, consideran que un juez estaría limitando la libertad de expresión sin seguridad sobre si el discurso de odio va a provocar a medio o largo plazo ese peligro, o si realmente hay una relación de causalidad entre el discurso de una persona y la comisión de un ilícito posterior por parte de otra.

La doctrina contraria a la tipificación de los discursos de odio considera que el Estado en todo caso no debería interferir de ninguna manera en el ejercicio de la libertad de expresión y debería limitar su acción a fomentar

[32] M.A. PRESNO, G.M. TERUEL, *La libertad de expresión en América y Europa,* cit.

[33] G. M. TERUEL, "Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español", cit.

[34] R. ALCACER, "Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes", cit.

discursos de defensa, o contra discursos del odio, por parte de los grupos de población que se sintieran atacados por estos discursos de odio[35]. Aunque un problema de estos contra-discursos es presuponer que todo el mundo tiene igualdad de acceso[36].

Pero más allá del debate de si los discursos de odio deberían o no constituir objeto del derecho penal, también hay otros ejemplos en nuestros sistemas legales, donde se opta por intervenciones del derecho garantistas, y no meramente punitivistas. En España por ejemplo tenemos la respuesta civil, a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y a la propia imagen. Simplemente se limita a reestablecer al perjudicado en sus derechos, reconocer una indemnización y como mucho, posibilidad de apropiarse del lucro obtenido con la injerencia.

Igualmente en los diferentes estados se han ido aprobando leyes de prensa, radio y televisión, donde se establecían los mecanismos legales aplicables cuando el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, y el derecho a la comunicación podían entrar en conflicto con otros derechos fundamentales, como el derecho al honor, intimidad y a la propia imagen. Por ejemplo, en España la ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. O la Ley 14/1966, de 18 de marzo de Prensa e Imprenta, la ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, o la Ley 7/2012, de 17 de marzo General de la Comunicación Audiovisual.

También existen marcos legales aplicables en el campo de la protección de los datos personales, que pueden suponer en ocasiones un límite al ejercicio a la libertad de expresión.

Pero apenas existe legislación aplicable a internet y a las redes sociales. Internet se ha convertido en un espacio de la vida de las personas fuera de la jurisdicción de los estados, y también fuera de las posibles regulaciones supranacionales. Las redes sociales están en manos de empresas privadas que buscan el lucro económico, y que más allá de autorregulaciones y recomendaciones, no están sujetas a ningún marco legal que indique actuaciones al respecto. Es más, lo mecanismos de autorregulación que adoptan carecen de transparencia, así como el funcionamiento de los algoritmos que sirven como instrumento de diseminación de información en el ciberespacio.

---

35 Ibidem.

36 C. A. MACKINNON, *Only words*, Harvard University Press, Harvard, 1996.

4. LA PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLISIÓN

Cómo afrontar los discursos de odio anti género en las redes sociales por parte de los partidos políticos implica, en primer lugar, una ponderación de los derechos en colisión. Limitar el derecho a la libertad de expresión frente a otros derechos como la igualdad, el honor, la intimidad o la dignidad humana constituye un ejemplo de las llamadas tragedias constitucionales, por ser un conflicto de derechos fundamentales[37].

En los delitos de odio los bienes jurídicos protegidos son los rasgos de identidad personal, la raza, la ideología, la religión o la étnica. También últimamente se ha incluido la orientación sexual, la identidad sexual, la discapacidad y cualesquiera señas de identidad comunitarias diferenciadas[38]. Las legislaciones sobre discursos de odio intentan proteger la dignidad de los grupos de población que son atacados[39]. Los discursos de odio tienen la capacidad de atentar contra la dignidad humana, entendida como esa reputación básica del ser humano que te permite ser tratado como un igual.

Es importante analizar cómo las diferentes tradiciones constitucionales han resuelto esta colisión de derechos. La jurisprudencia norteamericana ha considerado como único límite a la libertad de expresión la incitación directa a una conducta que genere un peligro claro e inminente, tal y como estableció el juez Holmes en su voto particular en Schenck v. United States (249, U.S. 47 (1919)[40].

Un ejemplo fue el caso *Branderburg,* en el que el Ku Klux Klan llamaba públicamente a la expulsión de los afroamericanos y los judíos de los Estados Unidos utilizando expresiones como: "es posible que se deba realizar alguna venganza"; "los *niggers* deben volver a África, los judíos volver a Israel.", que debemos "enterrar los *niggers*" (Branderburg v. Ohio 395, US 444 (1969).

Más adelante, el Tribunal Supremo norteamericano incorporó la doctrina de las "*fighting Words" (palabras provocadoras o combativas)*. Según el Tribunal

[37] M. ATIENZA, "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos" en R. VÁZQUEZ (comp.), *Interpretación y decisión judicial, Fontamara, México,* 2002, pp. 187-213.

[38] C. QUESADA, "La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 30, 2015, DOI: *10.17103/reei.30.04.*

[39] J. WALDRON, J., *The harm in hate speech*, London, Harvard University Press, 2012.

[40] R. ALCÁCER, "Víctimas y disidentes. El 'discurso del odio' en EE.UU. y Europa", cit.

Supremo palabras combativas son aquellas "(1) que su emisión inflige un daño o (2) tienden a incitar a una inmediata ruptura de la paz", lo que se traduce por producir desórdenes públicos (Chaplinsky v. New Hampshire315 US 568 1942)[41].

La jurisprudencia europea difiere de esta aproximación en la colisión de derechos. En Europa el punto de partida es el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que aparte de los controles a la libertad de expresión del art. 10[42], también establece el denominado efecto guillotina del art. 17[43] contra el abuso del derecho a la libertad de expresión para precisamente socavar o derrocar la democracia.

Desde ahí, aparece posteriormente en el marco de la Unión Europea la Decisión Marco 2008/913/JAI relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho penal que establece un marco común de sanción penal, tanto de discurso de odio, como de delitos de odio agravados. En esta decisión Marco inicialmente los colectivos protegidos son por una razón étnica. No hay referencias y parecen excluidos colectivos por razón de su orientación o identidad sexual, género, sexo, enfermedad, discapacidad u otras circunstancias.

Sin embargo, esto se ha ampliado por el trabajo de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, recomen-

---

[41] O. PÉREZ DE LA FUENTE, "Libertad de expresión y lenguaje del odio como un dilema entre libertad e igualdad", *RAEIC, Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación*, vol. 6, núm. 12, 2019, pp. 5-34. *https://doi.org/10.24137/raeic.6.12.1*

[42] Art. 10 CEDH. Libertad de expresión

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial."

[43] Artículo 17 CEDH Prohibición del abuso de derecho

"Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo".

dación de Política General número 15(8 diciembre 2015) y hace referencia explícita a la religión, las creencias, el sexo, el género, la identidad de género, la orientación sexual, la edad, la discapacidad y otras características personales[44].

Bajo este marco legal europeo es importante analizar la jurisprudencia del TEDH, que resuelve los casos sobre discursos de odio realizando una ponderación, atendiendo a un principio de proporcionalidad, entre la libertad de expresión y otros bienes o valores equiparables La jurisprudencia del TEDH se ocupa de los discursos de odio desde 1999 y desde 2003 lo define como un límite a la libertad de expresión, siempre y cuando constituyan "Formas de expresión que propaguen, inciten, promueven o justifiquen el odio basado en la intolerancia" [45], como las sentencias Gunduz c. Turquía [46]; Norwood c. Reino Unido[47]; Alinak c. Turquía[48]; Erbakan c. Turquía [49]; Féret c. Bélgica[50].

Pero para resolver esta colisión de derechos, la jurisprudencia del TEDH ha establecido tres grandes categorías de discursos de odio:

- Los explícitamente racistas o negacionistas, donde no se puede aplicar la protección de la libertad de expresión. Por ejemplo en el caso Norwood v. Reino Unido donde no se reconoce lugar para la libertad de expresión.
- Los discursos menos explícitos, pero que deberían analizarse en detalle sobre su contenido, forma, tipo de autor e intención, impacto sobre el contexto y proporcionalidad de la sanción. Por ejemplo los casos Caso Erbanak c. Turquía donde encontramos un mensaje implícito pero no contrario a la libertad de expresión. O el caso Féret en donde hay un mensaje implícito pero contrario a la libertad de expresión.

---

[44] J. M. LANDA, "Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente", *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, núm. 22 vol. 19, 2020, pp. 1-34.

[45] C. QUESADA, "La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 30, 2015, DOI: *10.17103/reei.30.04*.

[46] Nº 35071/97, 4 diciembre 2003.

[47] Nº 23131/03, 16 noviembre 2004.

[48] Nº 40287/98, 29 de marzo 2005.

[49] Nº 40287/98, 29 de marzo 2005).

[50] Nº 15615/07), de 16 julio de 2009.

— Sentencias que lidian con las leyes destinadas a reprimir las blasfemias y los insultos religiosos (aunque actualmente hay una tendencia en el marco del Consejo de Europa de abolir progresivamente los delitos de blasfemia)[51].

El TEDH ha venido rechazando las interpretaciones extensivas de los discursos de odio que, pensadas en principio para proteger a las personas y a los colectivos más vulnerables, han acabado siendo empleadas para justificar el castigo a quienes vierten críticas contra instituciones, por ejemplo contra el Jefe de Estado o contra las fuerzas y cuerpos de seguridad (en el caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España[52], se descartó que la quema pública de una foto del anterior jefe de Estado pudiera considerarse discurso del odio)[53].

En el caso de las posibles limitaciones de la libertad de expresión en internet y las redes sociales, el TEDH ha tenido en cuenta su especificidad, por ejemplo a la hora de valorar el daño causado, teniendo en cuenta el potencial efecto multiplicador de las redes sociales (por ejemplo Cicad v. Suiza[54]). Aunque también hay espacios relativamente privados en internet donde el daño causado puede ser menor (por ejemplo Wrona c. Polonia[55]).

Para analizar la ponderación de los derechos en conflicto en los discursos de odio anti-género en las redes sociales, también es necesario estudiar la interpretación que ha hecho la jurisprudencia española. La jurisprudencia española sobre el asunto se centra en la interpretación del tipo penal que criminaliza el discurso de odio. La última reforma del Código Penal español (CP), mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de abril afectó a los llamados delitos de odio y a la criminalización del discurso de odio. Esta modificación del Código Penal transformó y amplió el art. 510 del CP, creando una enorme controversia de lo que podía suponer como límite a otros derechos fundamentales como la libertad de expresión, la libertad ideológica, religiosa o artística[56]. Las modificaciones de 2015 han contribuido a una mayor expansión de ámbitos típicos y un mayor número de colectivos a proteger[57]

[51] Ibidem.

[52] Nº 51168/15, de 18 de marzo de 2018.

[53] M.A. PRESNO, "La libertad de expresión en Internet y las redes sociales: análisis jurisprudencial", cit.

[54] Nº 17876/09, de 7 de junio 2016.

[55] Nº 7456/11, de 15 de junio 2017.

[56] J. M. LANDA, "Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente",.cit.

[57] Ibidem.

La reforma del CP de 2015 ha incluido en el catálogo de discriminaciones del art. 510 CP *razones de género*[58]. La Exposición de Motivos de la reforma del CP de 2015 explicaba las razones de introducir por razones de género: "El género, entendido (…) como "los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres", puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo".

Sin embargo, en general la tipificación de los delitos de odio, y de los discursos de odio en particular, siempre han contado con ciertos recelos por parte de la doctrina penal española. Critican que se llegue a castigar la provocación de una emoción humana, el odio, algo que lógicamente en cualquier caso no resulta constitutivo de delito[59]. La tipificación del delito de provocación del art. 510 CP es un delito *sui generis*, porque ya existe el acto preparatorio punible del art. 18.1. CP. La ley pretende castigar la provocación a la discriminación, la violencia y el odio discriminador, no la provocación a la comisión de delitos de discriminación, con violencia o de odio.

La forma de reinterpretar el delito desde la doctrina penal es vincularlo con la puesta en peligro de otros bienes jurídicos. Así, Laurenzo Copello propone considerarlo una forma de evitar la "antesala de la violencia", el estadio previo que puede desembocar en hechos ilícitos[60]. Se trataría de un bien jurídico mixto individual y colectivo: el derecho fundamental a la igualdad y la protección de determinadas minorías vulnerables. En este sentido, un caso paradigmático fue el caso Imán de Fuengirola[61], que condena a este Imán por provocación a la violencia por razón de sexo.

Pero sobre los límites a la libertad de expresión frente a los discursos de odio la jurisprudencia española ha sido cambiante al respecto, y no siempre ha seguido lo establecido por la jurisprudencia europea[62]. La sentencia del

---

[58] V. GÓMEZ MARTIN, "Incitación al odio y género", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-20, 2016, pp. 1-25.

[59] J.M. TAMARIT, "De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas" en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Madrid, 2007, pp. 1925-1931.

[60] P. LAURENZO, "La discriminación en el Código Penal de 1995", *Estudios penales y criminológicos*, núm. XIX, 1996, pp. 219-288.

[61] SJP nº 3 Barcelona, 12-01-14.

[62] C. QUESADA, "La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española", cit.

Juzgado de lo Penal de Manresa de 11 de noviembre de 2011[63] donde se condena a Plataforma por Catalunya como autor de un delito de provocación a la violencia a través de un panfleto en campaña electoral. Aquí se considera un delito incluido en el art. 510 CP de provocación al odio, un delito de peligro abstracto, que no exige que el el discurso hubiera tenido una influencia real y efectiva en la consumación del delito. Esta sentencia sigue la interpretación del TEDH.

La sentencia de 10 de diciembre de 2013 del Juzgado de lo Penal nº 18 de Barcelona[64] que absuelve a Javier García Albiol por repartir folletos en campaña electoral establece que la libertad de expresión no ampara el insulto, pero no necesariamente tienen que ser ciertos. Esta sentencia se aleja totalmente de la jurisprudencia europea[65]. La difusión de un discurso de odio en el contexto de una campaña electoral y por parte de un cargo electo se considera especialmente grave en el caso Féret, y en cambio en el caso Albiol, se entiende que encontrarse en el contexto electoral sirve como atenuante.

La libertad de expresión garantizada en el art. 10 de la CEDH ampara el discurso político, y no puede ser sometido a los límites del art 10.2. porque el discurso político es de interés general. En todo caso, podría limitarse aplicando el art. 17 de la CEDH como un abuso de derecho. Igualmente en el ordenamiento jurídico español, nos encontramos que el art. 20.4 CE indica que no puede haber derechos ilimitados, que vulneren otros derechos como el derecho al honor, sino también otros bienes constitucionales como la dignidad humana (art. 10 CE). La Sentencia 176/1995, del TC español reconocía la dignidad humana como punto de partida del que hay que desarrollar el ejercicio de los derechos fundamentales.

Todo este análisis anterior en todo caso sería aplicable a los discursos de odio anti-género que se dirigen a las mujeres en general, a grupos de mujeres en particular o a grupos de personas por su género, su orientación sexual, o su identidad de género. Pero el discurso de odio anti-género dirigido a una mujer en concreto, en el caso en el que por su proyección pública está especialmente expuesta en internet y las redes sociales y el ataque es perpetrado por un número desconocido de personas, o porque es víctima de una relación de violencia por parte de un individuo en concreto, difícilmente se aplicaría estos marcos legales y estas interpretaciones jurisprudenciales.

63 Núm. 307/2011.
64 Núm. 574/2013.
65 Ibidem.

5. EL DISCURSO DE ODIO ANTI-GÉNERO COMO UNA FORMA DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y TAMBIÉN COMO DISCURSO DE ODIO

La cibermisoginia es un tipo de discurso de odio que reproduce la discriminación, desigualdad y la violencia contra las mujeres a través de insultos o amenazas en internet[66]. La cibermisoginia es una forma de violencia digital de género, y tiene tres consecuencias principales: es un mecanismo de corrección para las mujeres que transgreden los roles de género; es un mecanismo de creación de una masculinidad hegemónica; y es un mecanismo de prevención de la participación política de las mujeres, tanto de manera individual como colectiva.

La violencia digital de género tiene unas características específicas frente a otros tipos de violencias contra las mujeres, como por ejemplo que el anonimato en internet favorece su impunidad. En segundo lugar, es una violencia que se caracteriza por una replicabilidad de los mensajes violentos, por su itinerancia de una plataforma a otra y su permanencia el daño causado[67].

Podría afirmarse que internet tienen género, y que obviamente no es un contexto neutral. La masculinidad constituye el parámetro de lo tecnológico y por lo tanto el espacio virtual se percibe como masculino[68]. La violencia digital se convierte de esta forma en un mecanismo que disciplina a las mujeres que desafían este patrón digital masculino. La violencia digital tiene como finalidad estigmatizar a estas mujeres mediante ataques sexistas, agresiones sexuales o incluso relativos a su sexualidad. Disciplinando a estas mujeres concretas que se atreven a transgredir los roles de género en el espacio digital, también se está disciplinando al colectivo de mujeres en general[69].

La violencia digital constituye de esta forma una herramienta de defensa del espacio masculino de internet. La participación de las mujeres se en-

---

[66] T. D'SOUZA; L. GRIFFIN; N. SCHACKLETON; D. WALT, "Harming women with words: the failure of Australian law to prohibit gendered hate speech", núm. 41 vol. 3, University of New South Wales Law Journal, 2018, pp. 1-38; C. PEDRAZA, "Cibermisoginia en las redes sociodigitales: claves para el análisis desde la masculinidad", cit.

[67] SERRA, *Las violencias de género en línea*, cit.; Instituto Europeo de la Igualdad de Género, "*La ciberviolencia contra mujeres y niñas*", cit.; C. PEDRAZA, "Cibermisoginia en las redes sociodigitales: claves para el análisis desde la masculinidad", cit.

[68] C. PEDRAZA, "Cibermisoginia en las redes sociodigitales: claves para el análisis desde la masculinidad", cit.

[69] Ibidem.

tiende como una pérdida de poder, que provoca una reacción por parte de quienes ostentan esta hegemonía y que se sienten amenazados. Dado que la agresividad entiende como una característica de la masculinidad hegemónica, las respuestas a estas pérdidas de poder se convierten en consecuencia en agresivas y violentas. Estos ataques se convierten en virales no por la automatización de los troles, sino por la participación de otros usuarios. Los discursos de odio cumplen también una función de cohesión del grupo, de refuerzo del sentido de pertenencia de los agresores o de los agredidos. Estos otros usuarios retuitean, comentan o reenvían estos mensajes violentos desde una masculinidad cómplice sin cuestionamiento alguno[70].

En el caso del discurso de odio anti-género, uno de los efectos indirectos más importantes es que contribuye a la perpetuación de la violencia de género o violencia contra las mujeres. El discurso de odio anti género contribuye a través de su lenguaje a la socialización en unos valores que sitúan a las mujeres como inferiores y como propiedad de los hombres. Está demostrado que los hombres que han sido socializados de esta manera, tienen más posibilidades de convertirse en maltratadores[71]. También la cultura de la violación está conectada con los discursos de odio anti género y con la violencia de género. La cultura de la violación hace referencia a la objetivación de las mujeres en nuestra sociedad que anima a los chicos y a los hombres a agredir sexualmente y contribuye a la normalización de la agresión sexual[72].

El discurso de odio cumple las cinco caras de la opresión que define Young[73]: es un discurso que participa de la explotación que un grupo hace de otro a través de la desigualdad; igualmente marginaliza a un grupo expulsándolo de la participación pública; contribuye a desapoderar a un grupo de la población que se ve obligado a cumplir órdenes y al que no se le reconocen derechos y finalmente constituye una forma de imperialismo cultural cuando un grupo de la población presenta su experiencia como representativa de toda la humanidad[74].

---

[70] Ibidem.

[71] L. RICHARDSON-SELF, "Woman-Hating: On Mysogyny, Sexism, and Hate Speech", *Hypathia*, vol. 33 (2), 2019, pp. 256-271.

[72] T. D'SOUZA; L. GRIFFIN; N. SCHACKLETON; D. WALT, "Harming women with words: the failure of Australian law to prohibit gendered hate speech",cit.

[73] I.M. YOUNG, Justice and the politics of difference, Princeton University Press, New Jersey, 1990.

[74] A. Di ROSA, Hate speech e discriminazioni. Un'analisi performative tra diritti umani e teorie della libertà, Modena, Mucchi editore.

El discurso de odio anti género es un discurso misógino, que tiende a diferenciar entre las mujeres buenas y las mujeres malas, a diferencia de un discurso simplemente sexista que distingue mujeres y hombres, naturalizando las diferencias entre sexos y justificando la sociedad patriarcal. El discurso sexista no es un discurso de odio, por muy desagradable o indeseable que nos pueda parecer, mientras que el discurso misógino se que puede constituir un discurso de odio. El discurso misógino se dirige a un grupo oprimido, es hostil, violento, y degrada, estigmatiza y ridiculiza a los miembros de este grupo buscando ser un elemento de corrección para aquellas mujeres que han transgredido o podrían transgredir los roles de género establecidos[75].

El discurso de odio anti género también se dirige contra los hombres pero los efectos no son los mismos, e incluso en los casos que se dirige contra los hombres es para recriminar que su comportamiento no ha sido de acuerdo a las estereotipos y roles de género esperados para los hombres, y se consideran sus actos como femeninos, de manera despectiva y dejando claro que son inferiores[76].

Las redes sociales han permitido la participación de las mujeres en el debate político, y esto ha cambiado las cuotas de poder en el acceso a este debate (al incorporar nuevas voces), como en los temas a tratar (al incluir en la agenda nuevos temas e intereses), como en la propia organización del debate público (innovando en las formas y el lenguaje). Pero estos cambios también han provocado una reacción violenta en quienes tenían el monopolio hasta entonces[77].

El discurso de odio anti género también provoca consecuencias similares a otras formas de violencia digital contra las mujeres. Después de los ataques las mujeres limitan o desaparecen totalmente su participación en internet. También impacta en su participación en el espacio público que constituyen las redes sociales, y vulnera su derecho a la libertad de expresión, y limita otros derechos de participación política. Estos mecanismos correctivos no sólo afectan a las mujeres transgresoras directamente, produciendo efectos físicos y psicológicos (ansiedad, depresión, problemas de sueño, autoestima, etc.) sino también a todas las mujeres usuarias en general indirectamente[78].

---

[75] L. RICHARDSON-SELF, "Woman-Hating: On Mysogyny, Sexism, and Hate Speech", cit.

[76] T. D'SOUZA; L. GRIFFIN; N. SCHACKLETON; D. WALT, "Harming women with words: the failure of Australian law to prohibit gendered hate speech", cit.

[77] PEDRAZA, "Cibermisoginia en las redes sociodigitales: claves para el análisis desde la masculinidad",cit.

[78] Ibidem.

En ocasiones, el discurso de odio anti género emitido por ciertos partidos políticos está lleno de noticias falsas, y estas noticias falsas buscan cuestionar situaciones de desigualdad de género, discriminaciones de género o incluso la violencia de género. También son noticias falsas que contribuyen a culpabilizar, estigmatizar o incluso criminalizar a las mujeres en general, o a aquellas mujeres que abogan por la igualdad de género y por la lucha contra la violencia de género.

Las noticias falsas no pueden estar amparadas bajo la libertad de expresión y de comunicación, ni de libertad ideológica. No son inocuas, y menos cuando son emitidas por personas con una responsabilidad pública. Es cierto que el discurso político no busca necesariamente la verdad. La democracia es un régimen de opinión y no un conflicto de verdades. El debate jurídico sobre los límites a la libertad de expresión e información radica en el daño que el discurso político produce cuando miente. El punto de partida es el respeto a los derechos fundamentales como fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE). La libertad de expresión es fundamental para el representante político, pero también requiere una especial responsabilidad por el impacto que su mensaje puede tener. La diferencia entre la libertad de información y la libertad de expresión es que la de información exige una prueba de la verdad[79].

Es difícil legislar sobre lo que ocurre en internet y las redes sociales. El ciberespacio constituye una dimensión de la vida de las personas que se escapa a la jurisdicción y al ámbito territorial limitado de los Estados. Igualmente las redes sociales están en manos de compañías privadas que se rigen por una finalidad lucrativa en unas sociedades capitalistas. Uno de los grandes problemas es que estas redes funcionan a través de algoritmos que priorizan la difusión de los contenidos que susciten más réplicas por parte de sus usuarios. Un comentario provocador genera numerosos comentarios, y por lo tanto los logaritmos se lo mostrarán a más usuarios. Más usuarios supone más datos, y esto a su vez más contratos publicitarios, por lo tanto, las compañías que poseen las redes sociales no tienen ningún incentivo para cambiar esto[80].

[79] V.Y. GARCÍA MORALES, "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.

[80] L. DI MECO; S. BRECHENMACHER, "Tackling Online Abuse and Disinformation Targeting Women in Politics", cit.

6. CONCLUSIONES

A pesar de todas estas dificultades, los discursos de odio anti-género emitidos en internet y las redes sociales contra mujeres individuales, ya sea por parte de un individuo en concreto o por un número indeterminado de sujetos constituyen una forma de violencia digital que se corresponde a la definición de violencia contra las mujeres de la Convenio de Estambul, y que por tanto, exigiría su consideración como violencia contra las mujeres por parte de los Estados y sus ordenamientos jurídicos. Cuando estos discursos de odio anti-género emitidos en internet y las redes sociales se dirigen contra grupos de mujeres o grupos de personas por su sexo, género, identidad de género u orientación sexual, deberían ser reconocidos como discursos de odio por parte de los Estados y sus ordenamientos jurídicos. Esta última categoría de discursos de odio se correspondería a la evolución de la definición de discursos de odio desde la definición inicial elaborada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre discursos de odio de 1999 a la ampliación realizada por la Recomendación de Política General número 15 que desde 2015 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, que incluye sexo, género, identidad de género y orientación sexual.

Si no se legisla sobre el discurso de odio anti-género, los estados se están convirtiendo en cómplices de este discurso de odio, y por extensión de la violencia de género.

Legislar sobre discurso de odio anti-género no debe ser entendido sólo como una actuación protectora, sino como una forma de promover la agencia y el empoderamiento de las mujeres, especialmente en la esfera pública. Reconocer la vulnerabilidad de las mujeres frente a estos discursos de odio no significa una visión paternalista de ellas, ni aceptar la vulnerabilidad como una característica intrínseca a la condición femenina. Se puede reconocer la vulnerabilidad como un impedimento precisamente de ejercer su agencia y de tener voz propia.

Incluso hay autores que piensan que sería más acertado denominarse discursos discriminatorios, peligrosos o de miedo. Llamarlo discurso de odio pone de manifiesto el énfasis en la capacidad de generar violencia como problema de orden público. Denominarlo discurso del miedo pone el énfasis en los derechos de las víctimas y en su capacidad de atacar su dignidad.

Las respuestas de las plataformas sociales han sido por ahora insuficientes. Necesitan ser más transparentes, establecer mecanismos de rendición de cuentas y que sus mecanismos de moderación de contenidos, denuncias y compensaciones tenga perspectiva de género.

En este sentido las compañías deberían ser más transparentes sobre los mecanismos que utilizan para detectar contenidos de odio y abuso, cuántos moderadores tienen por países y lenguas, cuántas denuncias reciben y qué tipo de formación tienen los moderadores en cuestiones de género. El ciberespacio puede constituir un gran reto para el poder legislativo pero la tecnología debe someterse al marco constitucional y no al revés[81].

Más allá de la responsabilidad de las redes sociales, son los gobiernos los que deberían tener una responsabilidad sobre el asunto, aprobando nuevos instrumentos legales que exijan a estas empresas una mayor transparencia.

Los esfuerzos legales deberían ir en otro sentido, completamente diferente a la tipificación penal: la creación de un sistema legal que regule las plataformas sociales con la colaboración de las empresas privadas –pero sin que ellas se conviertan en los jueces de internet.

Noelia Igareda González
Área de Filosofía del derecho
Universidad Autonoma de Barcelona
C/ Vall Moronta s/n
08193 Bellaterra (Cerdanyola del Vallès), Barcelona
e-mail: Noelia.igareda@uab.cat

[81] I.VILLAVERDE, Ciberconstitucionalismo. Las TIC y los espacios virtuales de los derechos fundamentales, *Revista Catalana de Dret Públic*, *35*, 2007, 19-42.

POR UN 'RE-CONOCIMIENTO' DEL DERECHO

FOR A 'RE-COGNITION' OF THE LAW

MARIELLA ROBERTAZZI
Università di Pisa
http://orcid.org/0000-0001-7578-459X

Fecha de recepción: 28-9-21
Fecha de aceptación: 18-2-22

Resumen: *Las frecuentes crisis del sistema penal han incrementado el uso de métodos extrajudiciales e informales de respuesta al delito. Uno de los principales ejemplos es la justicia restaurativa, cuyos programas hacen referencia a algunos conceptos clave como: escucha, diálogo, empatía, confianza, reconocimiento. Sin embargo estos aspectos se encuentran ante todo en lo que podría definirse como una noción "global" de Derecho, no reducida a su dimensión autoritaria y coercitiva. Utilizando la categoría del reconocimiento, el presente trabajo intenta hacer énfasis sobre la naturaleza relacional del individuo que constituye la premisa necesaria para la existencia del derecho. A este respecto, el debate actual sobre la justicia restaurativa puede representar una oportunidad adicional para volver a discutir críticamente una visión excluyente y reduccionista del Derecho.*

Abstract: *The frequent crises of the criminal system led to an increase in the use of extrajudicial, informal methods of response to the crime. One of the main examples is restorative justice, whose programs refer to some key concepts such as: listening, dialogue, empathy, trust, recognition. However, these aspects are present first and foremost in what could be defined as a whole notion of law, that is not reduced to its authoritative and coercive dimension. Using the category of recognition, the paper reaffirms how the human relational nature constitutes the necessary premise for the existence of the law. In this regard, the current debate on restorative justice is an additional opportunity to critically re-discuss a somehow exclusive and reductive vision of the law.*

Palabras clave: pena, ofensor, víctima, justicia restaurativa, reconocimiento

Keywords: punishment, offender, victim, restorative justive, recognition

1. DEL DERECHO PENAL AL DERECHO *TOUT COURT*

Una parte considerable del pensamiento jurídico aún identifica el elemento identificador del Derecho en la disciplina de la fuerza legalizada. Es precisamente el uso de esta última lo que determina la estrecha vinculación entre instituciones políticas y criminales, ya que el monopolio estatal en la actividad de contención de la violencia otorga necesariamente centralidad al Derecho penal y sus instrumentos.

El presente escrito se sitúa al margen del antiguo pero siempre actual debate relativo, por un lado, al sentido y funciones de la pena, y por otro, a la posibilidad de repensar los instrumentos del Derecho penal en la realidad actual. La justicia tradicional es "reocéntrica": la pena, si bien determina la privación de la libertad personal y la exclusión de los derechos civiles y políticos del reo, no conforta a las víctimas, ni en la mayoría de los casos tranquiliza a la comunidad, ya que "no se ha roto la cadena del mal"[1]. Además, los datos que atestiguan las frecuentes violaciones de los derechos humanos en las cárceles y el aumento de los casos de reincidencia a pesar de la pena de prisión alimentan una profunda insatisfacción con los resultados alcanzados por el paradigma punitivo tradicional. Por lo tanto, las frecuentes crisis que atraviesa el sistema penal están en la base del repetido 'enfrentamiento' entre el juicio como herramienta formal y el uso generalizado de métodos extrajudiciales e informales de respuesta al delito.[2] Cada vez son más los espacios de reflexión e intervención de la justicia restaurativa, a los que nos referimos, si no en términos sustitutivos, al menos como un conjunto de prácticas complementarias del sistema penal vigente.

Conocida en el debate internacional con la expresión inglesa *restorative justice*[3], en el campo científico, la justicia restaurativa se ha convertido pro-

[1] VV. AA., *Il libro dell'incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, a cura di G. Bertagna, A. Ceretti, C. Mazzucato, Il Saggiatore, Milano, 2015, pp. 265-266.

[2] F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, en G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 67-81; E. GRANDE, U. MATTEI, "Giustizia allo specchio", *Antropologia*, vol. 8, núm. 11, 2008, pp. 26-38.

[3] Por lo que respecta a los orígenes del nombre *restorative justice*, vease H. ZEHR, "Retributive Justice, Restorative Justice", *New Perspective on Crime and Justice*, *Occasional Paper*, núm. 4, 1985; A. EGLASH, *Beyond Restitution: Creative Restitution*, en J. HUDSON, B. GALAWAY (a cura di), *Restitution in Criminal Justice*, D. C. Heath and Company, Lexington,

gresivamente en objeto de investigación en una pluralidad de diferentes ámbitos de estudio que van más allá del Derecho penal en sentido estricto[4]. Con sus prácticas ha sustituido el tradicional vínculo de proporcionalidad entre culpa y pena por la relación entre víctima y reo, con el objetivo de lograr no sólo la reparación del daño sino también promover la reconciliación entre las partes y fortalecer el sentido de comunidad.[5]

Los programas de justicia restaurativa y las reflexiones teóricas relacionadas hacen referencia a algunos conceptos clave: escucha, diálogo, empatía, confianza, reconocimiento del otro[6]. Si bien es cierto que estos aspectos están presentes en las prácticas de justicia restaurativa, al mismo tiempo no debe descuidarse que algunos de ellos se encuentran sobre todo en lo que podría definirse como una noción 'completa' del derecho que engloba tanto la dimensión horizontal como la dimensión vertical del mismo.[7] En línea con esta orientación teórica, también este trabajo intenta destacar la necesidad de volver a proponer una 'recomprensión' del

1977, pp. 91-100; L. MIRSKY, "Albert Eglash and Creative Restitution: A Precursor to Restorative Justice", *Restorative Practice E-Forum*, *www.restorativejustice.org,* 2003. Sobre el predominante uso del anglicismo *restorative justice* y los riesgos asociados de autorreferencialidad hermenéutica y epistemológica, se remite a G. MANNOZZI, "Traduzione e interpretazione giuridica nel multilinguismo europeo: il caso paradigmatico del termine «giustizia riparativa» e delle sue origini storico-giuridiche e linguistiche", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, pp. 137-153, estudio, revisado y actualizado, en G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole, metodi*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 73-87.

[4] K. DALY, "Restorative Justice. The Real Story", *Punishment & Society*, vol. 4, núm 1, 2002, pp. 55-79; G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Cortina, Milano, 2000, pp. 86-100.

[5] Dentro de una bibliografía muy abundante, en el ámbito de la literatura italiana véase, entre otros, F. REGGIO, *Giustizia dialogica. Luci e ombre della restorative justice*, FrancoAngeli, Milano, 2010; L. EUSEBI (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Vita e Pensiero, Milano 2015; G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, cit.; G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole, metodi*, cit.; G. MANNOZZI, "La giustizia riparativa come forma di Umanesimo della giustizia", *Paradoxa*, vol. 11, núm 4, 2017, pp. 19-30; U. CURI, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Bollati Boringhieri, Torino, 2019, pp. 202-216.

[6] G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., pp. 111-209.

[7] T. GRECO, "Relazioni giuridiche. Una difesa dell'orizzontalità nel diritto", *Teoria e critica della regolazione sociale*, vol. 8, 2014, pp. 9-26; T. GRECO, "Algunas reflexiones sobre la horizontalidad del derecho", *Crónica Jurídica Hispalense. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla*, núm. 14, 2016, pp. 109-132.

Derecho que vaya más allá de su visión consolidada en términos autoritarios y coercitivos.[8]

Enfrentar el desafío de replantear el Derecho a partir de sus fundamentos implicaría involucrar y dominar un vasto horizonte de pensamiento, inherente no sólo a las diversas teorías jurídicas sino también a los estudios filosóficos, sociológicos y antropológicos. No es la intención del presente tratar una empresa intelectual tan grande y compleja. Más modestamente, el propósito es destacar cómo la "ontológica vocación relacional del hombre" constituye la premisa necesaria para la existencia del fenómeno jurídico[9]. A este respecto se utiliza la dialéctica del reconocimiento intersubjetivo, entendida como una dinámica estructural del "Ser de la relación humana" en que consiste el Derecho[10]. En definitiva, se sugiere la posibilidad de considerar el debate actual sobre la justicia restaurativa como una oportunidad adicional no solo para repensar los fines de la pena, sino también para re-discutir críticamente una visión de alguna manera excluyente y reductora del Derecho. Una visión que, partiendo del paradigma histórico-teórico de la modernidad, ha 'suprimido' en cierta medida desde su concepción la estructura social y fáctica que le subyace[11].

2. EL PROBLEMA DEFINITORIO: ALGUNOS PASAJES SOBRE LA CONTROVERTIDA JUSTIFICACIÓN DE LA PENA Y EL DERECHO PENAL

Como se deduce del propio nombre, el Derecho penal sigue siendo el Derecho de la pena, es decir, el principal instrumento que expresa

[8] La literatura sobre la temática es tan extensa que no es posible tratarla en este lugar. Sin pretensiones de exhaustividad, me remito a N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1993; N. BOBBIO, "Sanzione", *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 307-333; F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 1999; A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli, Torino, 2005; R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 67 ss.; entre las aportaciones doctrinales más recientes a este respecto, véase, K. E. HIMMA, "Law and Coercion", en M. Sellers, S. Kirste, *Encyclopedia of Law and Social Philosophy*, Springer, Dordrecht, 2017.

[9] S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 217.

[10] S. SATTA, "Norma, diritto, giurisdizione", en Id., *Quaderni del diritto e del processo civile II*, Cedam, Padova, 1969, p. 8.

[11] P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 232 ss.

el aspecto intimidatorio y amenazante de la institución político-jurídica. Históricamente, en efecto, el Derecho penal fundamenta su justificación "a partir de la pena, o al menos considerando la esencialidad de la pena para ese fin"[12]. Sin embargo, las opciones sancionadoras representan quizás el aspecto menos racionalmente justificable del derecho penal: para definir "la calidad y cantidad de la pena adecuada a cada delito" no es posible recurrir a "criterios naturales, sino sólo a criterios pragmáticos basados en evaluaciones ético-políticas o de conveniencia"[13]. Por lo tanto, en gran medida la legitimidad del Derecho penal se ve afectada por algunas de las dificultades conceptuales inherentes a la noción de pena. Estos malentendidos ya surgen con respecto a la identificación de una definición concordante, que a su vez depende en gran parte de los fines que las diferentes épocas históricas le han atribuido. [14]

Nietzsche, en la *Genealogía de la moral*, se refiere a la pluralidad de significados progresivamente condensados en el término pena, atribuyéndole a este último una especie de función 'sintética'[15]. Si bien se excluye que la palabra pena cristalice un núcleo inmutable de significado, parece claro que

[12] M. DONINI, "Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, vol. 56, núm. 3, 2013, p. 1164.

[13] L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1990, p. 396. Sin tener la pretensión de exhaustividad, dentro de la extensa literatura sobre la convencionalidad de la pena, véase P. RICOEUR, "Interprétation du mythe de la peine", en Id., *Le Conflit des interprétations*, Éd. du Seuil, Paris, 1969, trad. italiana R. Balzarotti, F. Botturi, G. Colombo, "Interpretazione del mito della pena", en *Il conflitto delle interpretazioni*, Jaca Book, Milano, 1972, pp. 367-368, 371; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Cedam, Padova, 1979, p. 132 ss.; L. EUSEBI, *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, Brescia, 1990; M. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Giappichelli, Torino, 1996; W. I. MILLER, *Eye for an Eye*, Cambridge University Press, New York, 2006, trad. italiana M. Scorsone, *Occhio per occhio*, Utet, Torino, 2008, p. 215 ss.; M. TONRY, *Retributivism has a Past. Has it a Future?*, Oxford University Press, New York, 2011; D. PULITANÓ, *Ragionevolezza e diritto penale*, ESI, Napoli, 2012, p. 18 ss.; M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena,* cit., pp. 1174-1182.

[14] G. FIANDACA, "Scopi della pena tra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale", en VV. AA., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, ESI, Napoli, 2006, p. 132; M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., pp. 1187-1189.

[15] F. NIETZSCHE, *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift*, C. G. Naumann, Leipzig 1887, trad. italiana F. Masini, *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, Adelphi, Milano, 2011, p. 69: "todas las nociones en que se condensa semióticamente todo un proceso, evaden la definición: solo es definible lo que no tiene historia" (traducción propia).

su definición no puede ignorar la referencia a la concepción retributiva.[16] En cuanto al principio de proporcionalidad, hay quien cree que este último está "tan cerca del corazón de la estrella polar de todo el derecho –la justicia– que podría pensarse que constituye una formulación más de esta última".[17] Por otro lado, incluso si uno fuera un partidario convencido del paradigma retributivo, no se puede ignorar la ausencia de un argumento incontrovertible en apoyo del criterio de proporcionalidad subyacente. Del mismo modo, desde la teoría general-preventiva a la especial-preventiva (tanto positiva como negativa), las grandes alternativas al modelo retributivo chocan, a pesar de sus diferentes declinaciones, con la imposibilidad de llegar a un concepto de pena generalmente compartido.[18] De hecho, incluso estas teorías, aunque elaboradas para superar las aporías de la lógica retributiva, no están exentas de algunas contradicciones.[19]

Las ambigüedades lógico-conceptuales de los modelos dominantes de pena afectan también al Derecho penal, que aparece, según una incisiva

[16] G.P. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, New York-Oxford 1998, trad. italiana M. Papa, *Grammatica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 62; C. BONIN, *The problem of Punishment*, Cambridge University Press, New York 2008, p. 12 ss.; D. GARLAND, *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1990, trad. italiana A. Ceretti, F. Gibellini, *Pena e società moderna*, Il Saggiatore, Milano, 1999, p. 55; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Roma-Bari, 2017, pp. 4 e 38. Más en general, sobre el problema definitorio de la noción de pena, vease L. MILAZZO, *Liberi tutti? Alcune considerazioni su libero arbitrio e colpevolezza*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 19-44.

[17] W. HASSAMER, *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Ulstein Verlag, Berlin, 2009, trad. italiana D. Siciliano, *Perché punire è necessario*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 154.

[18] Sobre algunos generales análisis filosófico-jurídicas de la pena, véase A. PALLADINO, *Introduzione allo studio della pena*, Giuffrè, Milano, 1959; H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1963, trad. italiana G. Gavazzi, *Diritto morale e libertà*, Bonanno, Catania, 1968; H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (1968), Oxford University Press, trad. italiana M. Jori, *Responsabilità e pena*, Edizioni di Comunità, Milano, 1981; A. ROSS, *Skyld, ansvar og straf*, Berlingske Forlag, København, 1970, trad. italiana B. Benedixen, P.L. Lucchini, *Colpa, responsabilità e pena*, Giuffrè, Milano 1972; S.E. GRUPP (a cura di), *Theories of Punishment*, Indiana University Press, Bloomington, 1972; D.F. GREENBERG (a cura di), *Corrections and Punishment*, Sage, Beverly Hills, 1977; V. MATHIEU, *Perché punire. Il collasso della giustizia penale*, Rusconi, Milano, 1978; F. CAVALLA, *La pena come problema. Il superamento della concezione razionalistica della difesa sociale*, Cedam, Padova, 1979; L. EUSEBI (a cura di), *La funzione della pena. Il commiato da Kant e da Hegel*, Giuffrè, Milano, 1989; L. EUSEBI, *La pena "in crisi"*, cit.; F. CAVALLA, F. TODESCAN (a cura di), *Pena e riparazione*, Cedam, Padova, 2000; D. GARLAND, *Pena e società moderna*, cit.; F. PALAZZO, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

[19] Sobre el tema véase el reciente texto de U. CURI, *Il colore dell'inferno*, cit., pp. 195-201.

expresión de Tullio Padovani, como "una especie de sujeto con personalidad dividida"[20]. Padovani destaca la coexistencia en el Derecho penal de dos dimensiones relacionadas entre sí por un vínculo de diferencia-integración: por un lado la de un "sistema normativo para la protección de los valores", y por otro la de una "técnica normativa de control social en forma coercitiva"[21]. Esta 'bipolaridad' se manifiesta en la medida en que, si bien la coerción se refiere al aspecto autoritativo del Derecho penal, éste está obligado a la

> "protección del débil contra el más fuerte: del débil ofendido o amenazado por el delito, así como del débil ofendido o amenazado por las venganzas; contra el más fuerte, que es el delincuente en el delicto y la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios con ella en la venganza "[22].

Por tanto, el derecho que protege al débil, para lograr hacerlo, debe asumir también el papel de un derecho de la coacción, de la fuerza. El resultado es, concluye Padovani, una tensión entre los dos perfiles, ya que el sistema de protección de los valores carga la técnica coercitiva del control social "de un peso demasiado superior a sus hombros, si estos hombros deben enfrentarse con criterios de eficacia y eficiencia"[23].

La relación entre Derecho y fuerza se revela, pues, con particular evidencia precisamente en el derecho penal, por la "brutalidad intrínseca" que inevitablemente sigue conservando[24]. Este perfil inherente de violencia, que alcanza su punto máximo en la pena de muerte, ha llevado a Walter Benjamin a argumentar que la crítica a la pena de muerte inviste más profundamente el "derecho mismo en su origen".[25]

---

[20] T. PADOVANI, "Alla ricerca della razionalità penale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 2013, p. 1087.

[21] T. PADOVANI, *Alla ricerca della razionalità penale,* cit., p. 1087.

[22] L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale,* cit., p. 329.

[23] T. PADOVANI, *Alla ricerca della razionalità penale*, cit., p. 1091.

[24] L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. XV.

[25] W. BENJAMIN, *Zur Kritik der Gewalt*, en *Gesammelte Schriften II*, a cura di R. Tiedemann e H. Schweppenhäuser, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Mein, 1999, trad. italiana R. Solmi, *Per la critica della violenza*, en *Angelus Novus*, Einaudi, Torino, 1995, p. 14.

3. RECONOCIMIENTO DENTRO DEL DERECHO

Si bien no podemos imaginar un agregado social estable y 'ordenado' que no necesita ni una mínima forma de regulación jurídica, el Derecho puede reducirse en una mera "organización de la fuerza" [26]?

Entre los caminos que se pueden seguir, la categoría del reconocimiento cobra especial importancia. Este concepto forma parte de una tradición de pensamiento que parte de la filosofía alemana clásica y llega a ser empleado por diversas teorías jurídico-políticas y sociales, hasta asumir particular relevancia en el contexto de la Escuela de Frankfurt, con Jürgen Habermas y Axel Honnet[27].

Varias perspectivas teóricas hacen uso del concepto de reconocimiento. En el campo de la filosofía política, el debate se centra en las diferencias étnicas, religiosas y lingüísticas presentes en las sociedades contemporáneas, llegando así a analizar los impulsos socioculturales en la base de los relativos conflictos políticos.[28] Los estudios sociológicos utilizan la categoría de

[26] H. KELSEN, *General Theory of Law and State* (1945), trad. italiana S. Cotta, G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, Milano, 1984, p. 21. Para una mayor profundización de la fuerza como elemento que caracteriza el derecho, se remite a M. BORRELLO, *Diritto e forza. La questione della regola come limite all'arbitrio giuridico*, Giappichelli, Torino, 2006.

[27] Véanse en particular J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns (vol. 1: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung, vol. 2: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft)*, Frankfurt am Main, 1981, trad. italiana P. Rinaudo, *Teoria dell'agire comunicativo* (1. *Razionalità nell'azione e razionalizzazione sociale*; 2. *Critica della ragione funzionalistica*), a cura di G.E. Rusconi, Il Mulino, Bologna 1986; J. HABERMAS, Ch. TAYLOR, *Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, 1998, trad. italiana L. Ceppa, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 1998; J. HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze*, Frankfurt am Main, 2005, trad. parcial M. Carpitella, *Tra scienza e fede*, Laterza, Roma-Bari, 2006, trad. parcial di M. Carpitella, *La condizione intersoggettiva*, Laterza, Roma-Bari, 2007; A. HONNET, *Kampf um Anerkennung. Grammatik sozialer Konflikte*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1992, trad. italiana C. Sandrelli, *Lotta per il riconoscimento. Proposte per un'etica del conflitto*, Il Saggiatore, Milano, 2002; A. HONNET, *Anerkennung und Mibachtung*, trad. italiana A. Ferrara, *Riconoscimento e disprezzo. Sui fondamenti di un'etica post-tradizionale*, Rubettino, Messina, 1993; entre los trabajos más recientes véase A. HONNET, *Anerkennung. Eine europäische Ideengeschichte*, Suhrkamp, Berlin, 2018, trad. italiana F. Cuniberto, *Riconoscimento. Storia di un'idea europea*, Feltrinelli, Milano, 2019.

[28] Desde esta perspectiva debe leerse la relación entre politica de la identidad y politica del reconocimiento, así como unas reflexiones sobre los modelos de justicia social. A este respecto se remite a Ch. TAYLOR, "La politica del riconoscimento", en *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, cit., pp. 9-62; N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice social? Reconnaissance et redistribution*, La Découverte, Paris, 2005.

reconocimiento tanto para analizar las expectativas normativas de las interacciones sociales como para investigar el vínculo entre las identificaciones sociales y sus respectivos juicios de valor.[29]

Aquí podemos retomar la noción de reconocimiento como clave de lectura para interpretar los procesos de juridización de la subjetividad. Partiendo de la estructura relacional de la misma, a través de algunas referencias a las dimensiones de la identidad y alteridad, se destaca el papel específico que juega el derecho en la 'institucionalización' de esta subjetividad.

La articulación plural de la existencia humana representa uno de los elementos fundamentales de la investigación antropológica; "la singularidad de cada uno" en efecto "es indisociable de su ser-con-muchos"[30]. Si la existencia del individuo se hace posible sólo por su inserción en un sistema de relaciones, la constitución de la subjetividad pasa por el reconocimiento de sí mismo y del otro.[31]. El yo se reconoce a sí mismo sólo proyectándose hacia el otro: la identidad es, por tanto, relacionalidad.[32]

El reconocimiento de sí mismo logrado a través de la dialéctica identidad-alteridad, constituye la premisa para la aparición del fenómeno jurídico. La condición de la pluralidad determina una coexistencia de fines contrapuestos que parecería conducir necesariamente a un *bellum omnium contra omnes* hobbesiano. Sin embargo, dado que las relaciones entre los hombres no son únicamente y exclusivamente de tipo conflictivo sino también de carácter cooperativo, frente a la multiplicidad de las pretenciones individuales,

---

[29] Dentro de la extensa literatura sobre la temática véase A. PETERSEN, R. WILLING, *An interview with Alex Honnet. The Role of Sociology in the Theory of Recognition*, en *European Journal of Social Theory*, May 2002, pp. 265-267; E. GOFFMAN, *The Presentation of Self in Everyday Life*, Anchor, New York, 1959, trad. italiana M. Ciacci, *La vita quotidiana come rappresentazione*, Il Mulino, Bologna, 1969; E. GOFFMAN, *Relations in Public. Microstudies of the Public Order*, Basic Books, New York, 1971, trad. italiana D. Zoletto, *Relazioni in pubblico. Microstudi sull'ordine pubblico*, Bompiani, Milano, 1981; P. BOURDIEU, *Méditations Pascaliennes*, Éditions du Seuil, 1997, trad. italiana A. Serra, *Meditazioni pascaliane*, Feltrinelli, Milano, 1998, pp. 191-200.

[30] J.-L. NANCY, Être singulier pluriel, Galilée, Paris, 1996, trad. italiana D. Tarizzo, G. Durante*, Essere singolare plurale*, Einaudi, Torino, 2001, p. 6. Sobre la pluralidad de la condición humana y concepción de la alteridad como evento público-político, se remite al clasíco H. ARENDT, *The Human Condition*, The University of Chicago Press, Chicago, 2013, trad. italiana S. Finzi, *Vita activa La condizione umana*, Bompiani, Milano, 2017.

[31] M. AUGÉ, *Le Sens des autres*, Fayard, Paris, 1994, trad. italiana A. Soldati, *Il senso degli altri. Attualità dell'antropologia*, Bollati Boringhieri, Torino, 2000, pp. 58, 93, 114.

[32] P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Seuil, Paris, 1990, trad. italiana D. Iannotta, *Sé come un altro*, Jaca Book, Milano, 1993, p. 444.

surge la necesidad común de identificar una "regla vinculante para actuar", que las coordine y las regule.[33] En otras palabras, es la propia dinámica de la vida la que hace surgir la necesidad de un orden y exige su realización, para garantizar la coexistencia de las diferentes acciones individuales.[34]

La reducción de las relaciones humanas a un orden unitario identifica el nacimiento de la experiencia jurídica[35]. Reproponiendo el lenguaje hegeliano, el derecho se presenta como una "*relación reconocedora*", o "*relación* de la persona en su comportamiento hacia la otra persona".[36] Por tanto, el Derecho sistematiza las manifestaciones de la acción humana para que "la ontológica vocación relacional del hombre" se refleje "en el orden de la universalidad"[37]. Por otro lado, ya Savigny en el siglo XIX sostiene que "el derecho no tiene existencia por sí mismo, su esencia es más bien la vida misma del hombre,

[33] S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza,* cit., pp. 49-61; S. COTTA*, Soggetto umano, soggetto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 101.

[34] S. SATTA, "Il diritto, questo sconosciuto", en Id., *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano, 1994, p. 113: "Todas estas mismas fuerzas, en su primordial vitalidad […] no dudan en reclamar por sí mismas el nombre y la esencia del derecho" (traducción propia). Sobre las fuerzas que caracterizan la estructura profunda de la sociedad y sus capacidades para modelar el derecho véase, en particular a P. GROSSI, "Novecento giuridico: un secolo post-moderno", en *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2012; P. GROSSI*,* "Sull'odierna fattualità del diritto", en Id. *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015, pp. 33-50.

[35] Sobre la noción de experiencia jurídica, limitándose a los principales escritos, primero se remite a G. CAPOGRASSI, *Introduzione alla vita etica*, Ed. "Filosofia", Torino, 1953; G. CAPOGRASSI*, Il problema della scienza del diritto*, Giuffré, Milano, 1962; G. CAPOGRASSI*, Analisi dell'esperienza comune*, Giuffrè, Milano, 1975. Sobre la historicidad de la experiencia jurídica, véase R. ORESTANO, "Della 'esperienza giuridica' vista da un giurista", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 34, 1980, pp. 1173-1247; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, Bologna, 1987; A. GIULIANI, *L'esperienza giuridica fra logica ed etica*, a cura di F. Cerrone, G. Repetto, Giuffrè, Milano, 2012. En referencia a la extensa literatura sobre la temática se renvía al menos a E. OPOCHER, *Il valore dell'esperienza giuridica*, Tipografia Crivellari, Treviso, 1947; E. OPOCHER, "Concetto di 'esperienza giuridica' e idealismo", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1950, vol 1, pp. 101-109; E. OPOCHER, "Filosofia del diritto", en *Enciclopedia del diritto*, vol. 17, Milano, 1966; E. OPOCHER*,* "La filosofia dell'esperienza giuridica", en *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX*, Atti dell'XI Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, Napoli 4-7 ottobre, a cura di R. Orecchia, Milano, 1976, vol. I, pp. 72-101; G. FASSÒ, *La storia come esperienza giuridica* (1953), a cura di C. Faralli, Rubbettino, Soveria Mannelli 2016; B. MONTANARI, *Itinerario di filosofia del diritto. Per una lettura critica dell'esperienza giuridica*, Cedam, Padova, 1995.

[36] G.W.F. HEGEL, *Jeaner Realphilosophie* (1803-1804), Meiner, Hamburg, 1969, trad. italiana G. Cantillo (a cura di), *Filosofia dello spirito jenese*, Laterza, Roma-Bari, 1971, pp. 134-135.

[37] S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 217.

observada desde una perspectiva particular"[38]. Un "Derecho relacional implícito" opera en la vida cotidiana[39]: un conjunto de reglas no formalizadas que tiende a una "justicia de primera instancia"[40]. Jan Assmann define iustitia connectiva como lo que une a los individuos actuando como 'pegamento' para la cohesión social[41]. Son los valores y principios éticos compartidos, la educación para una adecuada socialización, así como el clima establecido con las instituciones que actúan en primer lugar "*sobre la indisponibilidad subjetiva* a transgredir la norma"[42]. Es de la ontología relacional del ser humano que se deriva la estructura del 'tener que ser' de las normas y el respeto a su obligatoriedad.[43] En este sentido, Sergio Cotta se refiere a una naturaleza dual del hombre: una, "*fundacional* estructural-ontológica", intrínseca al ser, y otra, "*reflexiva-protectora*", inherente al Derecho[44].

Por lo tanto, el Derecho tiene una posición crucial en la constitución de la subjetividad: su papel no puede agotarse en la imposición de un orden desde arriba, sino que le corresponde dirigir la conducta humana.[45] No es

---

[38] F.C. von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I-VIII, Berlin, 1840-1849, rist. Aalen, 1981, trad. italiana V. Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, I-VIII, Torino, 1886-1896.

[39] L. PETRAZYCKI, *Law and Morality*, Harvard University Press, Cambridge, 1975, citado por A.R. FAVARETTO, "Pluralismo e microrealtà sociali", *Sociologia del diritto*, núm 1, 1994, p. 59 ss.

[40] I. MARCHETTI, C. MAZZUCATO, *La pena in* «castigo». Un'analisi critica tra regole e sanzioni, Vita e Pensiero, Milano, 2014, p. 210.

[41] J. ASSMANN, *Das kulturelle Gedächtnis: Schrift, Erinnerung und politische Identität in frühen Hochkulturen*, C.H. Beck, Munchen, 1992, trad. italiana F. De Angelis, *La memoria culturale. Scrittura, ricordo e identità politica nelle grandi civiltà antiche*, Torino, Einaudi, 1997, p. 192.

[42] I. MARCHETTI, C. MAZZUCATO, *La pena in* «castigo», cit., p. 65. Sobre el tema, entre otro, véase G. FORTI, "Le ragioni extrapenali dell'osservanza della legge penale: esperienze e prospettive", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, vol. 56, núm 3, 2013, pp. 1108-1145; G. VICO, *Educazione e devianza*, La Scuola, Brescia, 1998.

[43] "El derecho" escribe Salvatore Satta representa "el ser de la relación humana, del que procede el tener que ser de la norma" (traducción propia de S. SATTA, *Norma diritto giurisdizione*, cit., p. 8). Sobre el vínculo entre intersubjetividad relacional y tener que ser de la norma, se remite a S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Studium, Roma, 2015, p. 146 ss.

[44] S. COTTA, *Soggetto umano, soggetto giuridico*, cit., p. 113.

[45] "Contrariamente a lo que se cree en su majoría" subraya Salvatore Natoli "el *sentido* de las normas en primer lugar es *cognitivo* y *indicativo*, jamás represivo: las normas estan hechas para dirigir y no forzar las acciones, a pesar de que están asociadas a la sanción por la costumbre. Ciertamente, sin la sanción, no existe la ley, pero el fin de la ley no es en absoluto la sanción y los sistemas normativos no son otra cosa que *dispositivos de relación* diseñados

posible concebir el Derecho si autoridad y persuasión no reconocen su recíproca funcionalidad. En consecuencia, a pesar de la imprescindibilidad del elemento coactivo en las normas, no debe olvidarse que estas representan, en primer lugar, un "dispositivo relacional", una herramienta que facilita a los ciudadanos a "encontrarse".[46] "Para *observar* las normas", escribe Gabrio Forti,"es necesario observar (en el sentido de mirar pero también de *guardar*) la presencia humana que hay en ellas"; una presencia que debe ser custodiada tanto por la norma que quiere hacerse respetar, como por todo el ordenamiento jurídico en el que la norma se coloca[47].

3.1. El reconocimiento del reo entre responsabilidad y *metanoia*

La reflexión sobre la normatividad podría ayudar a contextualizar la dialéctica del reconocimiento, presente en los programas de justicia restaurativa, en una perspectiva más amplia. Lo relevante a los efectos de nuestra discusión es la profunda 'conciencia' de la que se mueve la justicia restaurativa: el delito, incluso antes de representar la violación de un precepto jurídico, determina una ruptura real en un vínculo interpersonal, a su vez icluido en una red de relaciones sociales[48]. En efecto, si bien se argumenta que el delito constituye la transgresión de una norma jurídica, en realidad son "las expectativas y la confianza" que garantizan la estabilidad del tejido social subyacente a la norma las que se ven comprometidas.[49] La justicia

para evitar malentendidos y hacer congruentes las expectativas mutuas" (traducción propia de S. NATOLI, *Il rischio di fidarsi*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 107).

[46] G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, cit., p. 161.

[47] I. MARCHETTI, C. MAZZUCATO, *La pena in* «castigo», cit., p. XX.

[48] R.E. BARNETT, "Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice", *Ethics*, vol. 87, núm 4, 1977, pp. 279-301; H. ZEHR, *Changing Lenses. A New Focus on Crime and Justice*, Herald Press, Scottsdale, 1990, p. 31; G. RICHARDSON, B. PRESTON, "Indigenous justice", en *Full Circle: The Newsletter of Restorative Justice Institute*, 1999. A la concepción del delito como ruptura del vínculo intersubjetivo también se refiere Francesco D'Agostino que lo define "una acción que rompe la coesencialidad, sale de la simetría, maximiza la libertad del individuo, pero con el único resultado que no permite el sistema global de las libertades" (traducción propia de F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., p. 143); sobre el punto también se remite F. CAVALLA, "La pena come riparazione", en *Ripensare la pena. Teoria e problemi nella riflessione moderna*, a cura di F. Zanuso, S. Fuselli, Cedam, Padova, 2007, p. 88 ss.

[49] I. MARCHETTI, C. MAZZUCATO, *La pena in* «castigo», cit., p. 209; sobre el punto, véase F. ROSITI, "Tipi e dimensioni dei sistemi normativi", *Rassegna italiana di sociologia*, núm 3, 1986, p. 347 ss.; A. CERETTI, "Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma", en

restaurativa ha resaltado un concepto de delito centrado en la dimensión de la relacionalidad, que "involucra todos los polos de la 'molécula criminal': delincuente, víctima, colectividad".[50]

Más allá de una concepción de la pena como instrumento aflictivo-compensatorio, la *restorative justice* surge ante todo de la necesidad de garantizar la reparación a las víctimas del delito.[51] Sus programas, al permitir que el autor del delito y la víctima se vean, establecen las condiciones para un reconocimiento mutuo de sus respectivas existencias individuales y sociales. La presencia del otro, transmitida por el rostro y su expresividad, exige una respuesta interpelando a los actores de la relación[52]. En general, ya que "el otro

Id., *Scritti in ricordo di Giandomenico Pisapia, Volume III, Criminologia*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 713 ss.; A. CERETTI, "Vita offesa, lotta per il riconoscimento e mediazione", en F. SCAPARRO (a cura di), *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di risoluzioni alternative delle controversie*, Guerini e Associati, Milano, 2001, p. 55 ss. Para una profundiciación de la amplia temática de la confianza véase F. RICCOBONO, "Fiducia, fede, diritto", *Parolechiave*, núm. 2, 2009, pp. 133-140; E. RESTA, *Le regole della fiducia*, Laterza, Roma-Bari, 2009; O. DE LEONARDIS, "Appunti su fiducia e diritto. Tra giuridificazione e diritto informale", *Parolechiave*, núm. 2, 2009, pp. 121-132; L. SCILLITANI, *Fiducia, diritto, politica. Prospettive antropologico-filosofiche*, Giappichelli, Torino, 2007; T. GRECO, "Il diritto della fiducia", en *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, a cura di A. Petrucci, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 197-227.

[50] AA. VV, *Il libro dell'incontro,* cit., p. 296. En este sentido, observa Paul Ricoeur: "Lo que está en juego es una revalorización de cada uno de los componentes del triangulo de la pena judicial bajo el impulso del dinamismo relacional inspirado en el proyecto de una justicia restaurativa y reconstructora" (traducción propia de P. RICOEUR, "Le droit de punir", *Bulletin périodique d'information de l'Aumônerie des Prisons,* FPF, vol. 41, 2002, pp. 8-22, trad. italiana L. Alici, *Il diritto di punire. Testi di Paul Ricoeur*, Morcelliana, Brescia, 2012, p. 88).

[51] Véase I. ANTTILA, "From crime policy to victim policy?", en E. FATTAH (a cura di), *From crime policy to victim policy. Reorienting the Justice System*, Macmillan, London, 1986, p. 237 ss.; en referencia a la bibliografía italiana, entre otros, se remite a E. VENAFRO, C. PIEMONTESE (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2004; S. ALLEGREZZA, "La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea", en H. BELLUTA, M. GIALUZ, S. ALLEGREZZA, L. LUPÁRIA, *Lo scudo e la spada*, *Esigenze di protezione e poteri delle vittime del processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 8 ss.; G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., pp. 7-42.

[52] E. LÉVINAS, *Totalité et infini*, *Essai sur l'extériorité*, Martinus Nijhoff, The Haugue, 1971, trad. italiana A. Dell'Asta, *Totalità e infinito. Saggio sull'esteriorità*, Jaca Book, Milano, 1982, p. 48: "nosotros llamamos rostro la forma en la que se presenta el otro, que va más allá de la idea del otro en mí" (traducción propia). El otro al que se refiere Lévinas trasciende toda singularidad y concreción: "El rostro es significación y significación sin contexto […] el otro, en la rectitud de su rostro, no es un personaje del contexto" (traducción propia de E. LÉVINAS, Èthique at Infini. Dialogues avec Philippe Nemo, Librarie Arthème Fayard, Paris, 1982, trad. italiana E. Baccarini, *Etica e Infinito. Il volto dell'altro come alterità etica e traccia dell'Infinito*, Città Nuova, Roma, 1984, pp. 100-101, 112). Sobre la reflexión ética relacionada con la cara y sus im-

me *mira*, el otro me *importa*" [53]; por tanto, el reconocimiento del rostro del otro es el 'lugar' del que surge el imperativo ético de la responsabilidad, que a su vez depende de nuestra capacidad de respuesta al llamado que se nos dirige.

La palabra es el medio privilegiado para responder a este pedido: la dialéctica yo-tú requiere diálogo[54]. El *storytelling*, componente esencial de las prácticas de *restorative justice*, permite que la víctima y el delincuente cuenten sobre sí mismos, compartiendo su viviencia emocional en el intento de superar dinámicas autorreferenciales. La narración de la experiencia de violencia, tanto provocada como sufrida, puede permitir "recuperar un sentido de justicia que no se resuelve en la pena" sino que tienda a la "rehabilitación de una capacidad de relación".[55] Se trata de confrontaciónes dialécticas dirigidas principalmente a una posible reelaboración compartida del acto lesivo y la proposición de modelos de comportamiento adecuados para prevenir futuras conductas ilícitas.[56]

En efecto, la necesidad de garantizar la reparación a las víctimas del delito no puede separarse de la necesidad de reinserción y resocialización del reo.[57] Para este último, la asunción de responsabilidad pasa por el reconocimiento tanto de la víctima como del error cometido, etapas fundamentales

---

plicaciones en el plano jurídico, también se remite a C. MAZZUCATO, "L'universale necessario della pacificazione. Le alternative al diritto e al processo", en VV. AA., *Logos dell'essere, Logos della norma, Studi per una ricerca coordinata da Luigi Lombardi Vallauri,* Adriatica Editrice, Bari, 1999, p. 1245 ss.

[53] D. SPARTI, *L'importanza di essere umani. Etica del riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 2003, p. 92.

[54] Sobre el papel performativo desempeñado por el lenguaje véase L. AUSTIN, *How to do Things with Words: The William James Lectures delivered at Harvad University in 1955*, a cura di J. O. Urmson, Clarendon, Oxford, 1962, trad. italiana C. Villata, *Come fare cose con le parole*, a cura di C. Penco e M. Sbisà, Marietti, Genova, 1987. Entre los autores fundamentales del pensamiento dialógico del '900 se remite a M. BUBER, *Das dialogische Prinzip*, Lambert Schneider, Heidelberg, 1984, trad. italiana A.M. Pastore, *Il principio dialogico ed altri saggi*, a cura di A. Poma, Edizioni Paoline, Milano, 1993.

[55] L. ALICI, *Il diritto di punire*, cit., p. 24 e p. 27.

[56] Sobre el diálogo reparador véase L. ALICI, *Il diritto di punire,* cit., p. 86 e pp. 93-94; B.E. RAYE, A. WARNER ROBERTS, "Restorative Processes", en G. J. JOHNSTONE, D.W. VAN NESS, *Handbook of Restorative Justice*, Taylor & Francis, London, 2006, pp. 219-223; en la literatura italiana, F. BRUNELLI, "La giustizia riparativa nella fase esecutiva della pena: la sfida di un progetto fra carcere e territorio", en *Giustizia riparativa*, cit., pp. 189-202; G. MANNOZZI, G. A LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., pp. 239-254.

[57] Sobre el riesgo de oposición entre victima y reo, véase D.W. VAN NESS, K. HEETDERKS STRONG, *Restoring Justice*, Anderson, Cincinnati, 1997, ed. 2015, p. 56; H. KAPTEIN, "Victims of inconclusive criminal evidence against offenders", en L. GRÖNING,

en el camino para analizar y comprender las razones de la acción delictiva.[58] Además de la atribución formal del delito, la reflexión sobre la propia conducta facilita la asunción de la responsabilidad, cuyo objeto 'traslada' desde el daño causado a la víctima: eres responsable del daño porque, ante todo, eres responsable del otro[59]. El reconocimiento del valor negativo de la ofensa facilita también el propósito de su irrepetibilidad, incentivando el nacimiento de una renovada capacidad de iniciativa[60].

"El hecho de que el hombre sea capaz de actuar", argumenta Hannah Arendt, "significa que podemos esperar de él lo inesperado, que él es capaz de hacer lo que es infinitamente improbable".[61] El camino del reconocimiento, en su conexión entre el diálogo y la acción, puede conducir al infractor a esa acción 'positiva' inesperada de la que difícilmente se le cree capaz. De este modo, el autor del delito se identifica no ya y sólo como sujeto pasivo de la sanción, sino también como aquel que, por un lado, trata de reparar en lo posible los efectos de su propia conducta delictiva, y por otro lado de dirigir de manera diferente sus acciones futuras[62]. Reconsiderando y recalificando el momento de la *responsiveness*, es en el espacio del reconocimiento donde es posible poner en práctica el deber de la *response-ability*.

J. JACOBSEN (a cura di) *Restorative Justice and Criminal Justice*, Santérus Academic Press, Stockholm, 2012, p. 63.

58 Sobre el valor científico del error se remite a K. POPPER, *Logik der Forschung. Zur Erkenntnistheorie der modernen Naturwissenschaft*, Springer, Berlin, 1935, trad. italiana M. Trinchero, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, Einaudi, Torino, 1970, p. 70; en referencia a su valor formativo véase M. MONTESSORI, *La mente del bambino*, Garzanti, Milano, 1982, p. 245-249; M. BALDINI, *Epistemologia e pedagogia dell'errore*, La Scuola, Brescia, 1989.

59 Sobre esta inversión de perspectiva, se remite a P. RICOEUR, *Parcours de la reconnaissance*, Éditions Stock, Paris, 2004, trad. italiana F. Polidori, *Percorsi del riconoscimento*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2005, p. 126: "Desde el punto de vista jurídico, el autor es declarado responsable de los efectos conocidos y previsibles de su acción, y entre estos de los daños causados en el entorno inmediato del que actúa. En el plano moral, es conciderado responsable del del *otro hombre*. Debido a este cambio de acento, la idea de la vulnerabilidad del otro tiende a reemplazar, en la posición de objeto de responsabilidad, la idea de daño cometido"(traducción propia).

60 En referencia a la reparación como espacio entre entre el evento lesivo y el futuro, véase C. MAZZUCATO, *L'universale necessario della pacificazione*, cit., p. 1264.

61 H. ARENDT, *Vita activa,* cit., p. 196.

62 I. MARCHETTI, C. MAZZUCATO, *La pena in* «castigo», cit., p. 122: "Un *humano hacer* en lugar de un *inhumano sufrir*: esta inversión de perspectiva que nos lleva de buen grado a 'cambiar las lentes' con las que observamos la justicia penal".

¿Es concebible que una 'percepción' diferente de la función de la pena pueda solicitar al infractor a comprometerse en esta dirección? Probablemente, reconociéndose a sí mismo como culpable, al ofendido del hecho lesivo como víctima y, por tanto, concibiendo el reconocimiento en términos de "idea reguladora de la condena", el reo podría trazar un camino al final del cual la pena es "si no se acepta cuando menos comprendida por quien la sufre"[63]. En este sentido, puede recordarse que Hegel se refiere a la pena como un "derecho colocado en el propio ofensor" por el cual él "es honrado como un ser racional", capaz de responder por su propia conducta.[64] Si el delito representa la lesión del orden intersubjetivo, la imposición de una pena puede contribuir a reconstituir la relación jurídica perjudicada sólo si el infractor la percibe como razonable.[65]

Esta última reflexión llama la atención sobre el vínculo entre la lógica retributiva y el ideal reeducativo de la pena. Ya en el pensamiento de Platón los dos perfiles son interdependientes. En el *Gorgias* la pena representa un instrumento para poder curar el alma, desempeñando un papel formativo; feliz aquel que, manchado por la culpa, se libra de la maldad sufriendo el castigo[66]. En la *República*, el sometimiento a la pena permite que el alma de quien ha cometido la injusticia recupere la posesión de "su mejor naturaleza", en detrimento de la "salvaje"[67]. De hecho, la pena puede hacer que quien la sufre sea "mejor o menos malo".[68] Por lo tanto, en la filosofía de Platón, el

---

[63] P. RICOEUR, *Il giusto I*, cit., p. 203.

[64] G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, Naturrecht und Staatswissenschaft*, Nicolaische Buchhandlung, Berlin, 1821, trad. italiana G. Marini (a cura di), *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello stato in compendio*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 89-90. A este respecto, como afirma Stefano Fuselli si "se explica esta expresión interpretando la pena como derecho del reo a la reeducación, posible precisamente porque es un ser racional, entonces la verdadera finalidad de la pena por Hegel no seria la retribución, sino no la enmienda" (traducción propia de S. FUSELLI, *Hegel come critico della retribuzione*, en *Ripensare la pena,* cit., p. 175).

[65] En la misma perspectiva, Ricoeur sostiene que si "la sanción no ha sido reconocida en sí misma como razonable por el condenado no ha llegado a este último como ser razonable" (traducción propia de P. RICOEUR, *Il giusto I*, cit., p. 204); sobre el mismo punto véase L. ALICI, *Il diritto di punire*, cit., pp. 74-81.

[66] PLATONE, *Gorgia*, 478 d e 479 d, trad. italiana di G. Reale (a cura di), Bompiani, Milano, 2020, pp. 169 e 171.

[67] PLATONE, *La Repubblica*, 591 b, trad. italiana di M. Vegetti (a cura di), BUR, Milano, 2019, p. 1087.

[68] PLATONE, *Le leggi*, 854 d-e, trad. italiana di F. Ferrari, S. Poli, BUR, Milano, 2005, p. 753.

sufrimiento ligado a la pena tiene un valor positivo[69]. También para Simone Weil, pensadora fuertemente influenciada por la filosofía platónica, dar un castigo significa "tener fe en que en el fondo del culpable hay un germen de puro bien"; sólo en la imposibilidad de resucitar a este componente de bien presente en el infractor se perderá "el derecho a castigarlo"[70].

De las consecuencias 'favorables' de la pena a través de la imposición de sufrimiento, en verdad ya hay evidencia en fuentes antiguas sobre los "grandes culpables"[71]. El eterno sufrimiento al que están sometidos les lleva a "una *metá-noia*, un cambio en el *nous*"[72]. Probablemente, del sufrimiento aún ligado a la pena podría valorarse por lo menos la posibilidad de una *metá-noia*, que persuada al infractor a un cambio significativo de conducta.[73] De esta manera el reo tendría la oportunidad de reconsiderar su propia conducta

---

[69] Sobre la pena como "medicina de maldad" en la filosofia de Platón se remite, entre otros, a L. ALICI, *Il diritto di punire*, cit., pp. 61-63.

[70] S. WEIL, *La connaissance surnaturelle*, Parigi, Gallimard, 1950, trad. italiana *Quaderni*, vol. IV, a cura di G. Gaeta, Adelphi, Milano, 1993, p. 376-377. En referencia a la concepción de la justicia de Simone Weil y sus reflexiónes sobre el derecho penal, véase T. GRECO, *La bilancia e la croce. Diritto e giustizia in Simone Weil*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 121-141. Severos juicios sobre la posición adoptada por Simone Weil sobre el tema se encuentran en J. M. MULLER, *Simone Weil: l'exigence de non violence*, Editions du Témoingnage Chrétien, Paris, 1991, trad. italiana S. Nisio, *Simone Weil. L'esigenza della non violenza*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 1994, p. 41; P. ROLLAND, "Simone Weil et le droit (en marge des projects constitutionnels de la France Libre)", en *Cahiers Simone Weil*, núm. 3, 1990, pp. 127-161; W. RABI, "La justice selon Simone Weil", *Esprit*, núm. 12, 1997, p. 125; W. TOMMASI, "'Al di là della legge'. Diritto e giustizia nell'ultima Weil", in *Obbedire al tempo. L'attesa nel pensiero filosofico politico e religioso di Simone Weil*, a cura di A. Putino, A. Sorrentino, vol. VII, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995, pp. 77 e 94.

[71] U. CURI, *Il colore dell'inferno*, cit., p. 138. El autor dedica en el texto una atenta análisis a las figuras mitologicas Sísifo, Tizio, Tántalo y Prometeo a la función educativa atribuida a sus castigos perennes (pp. 133-169).

[72] U. CURI, *Il colore dell'inferno*, cit., p. 162.

[73] En muchos casos, la conversión de la inteligencia y del corazón, la *metànoia*, puede ser comprendida con mayor inmediatez en las páginas de las obras literarias. En este sentido, fuertes sugestiones se encuentran en las páginas de Dostoevskij. En *Los hermanos Karamazov*, Mitja revela: "un hombre nuevo resucitó en mí! Estaba encerrado en mi interior, pero no se habría manifestado, si no hubiera habido este rayo" (traducción propia de F. DOSTOEVSKIJ, *I Fratelli Karamazov*, Einaudi, Torino, 2005, p. 777). Sobre la concepción de la pena en Dostoevskij véase M.A. CATTANEO, "Dostoevskij, la coscienza e la pena", en Id., *Suggestioni penalistiche in testi letterari*, Giuffrè, Milano, 1992; A. PROVERA, "Razionalità del crimine e significato della pena in Dostoevskij", en *Giustizia e Letteratura I*, a cura di G. Forti, C. Mazzucato, A. Visconti, Vita e Pensiero, Milano, 2012, pp. 84-89.

lesiva y, con una renovada "*moral competence*"[74], rehabilitar esa "autoestima" que favorece la recuperación de su integridad individual y civil comprometida [75]. Este *turning point* podría por sí mismo integrar una función preventiva, facilitando la recuperación de aquellas habilidades que son fundamentales para la adopción de comportamientos socialmente aceptados.

En esta perspectiva, las consideraciones expuestas, lejos de proponer una visión de la pena en términos correccionales, reflexionan sobre la oportunidad de considerar el error/delito como un hecho en cierta medida 'recuperable', captando sus potencialidades formativas, para transformar un momento de ruptura en un "compromiso de crecimiento"[76].

3.2. Re-educar para re-conocer

Para volver a resaltar una noción de Derecho en su identidad antropológica aún antes de su identidad jurídico-filosófica, se hizo referencia a las prácticas y estudios sobre el tema de la justicia restaurativa y, en particular, a la dinámica del reconocimiento.[77]

La *restorative justice*, al proponer una nueva estrategia de reacción frente al delito, asume como fin la posible reconstitución del vínculo social perjudicado, operando a favor de un "humanismo de la justicia" basado en la centralidad de la persona[78]. Así como los programas de justicia restaurativa

[74] M.D. DUBBER, *The sense of Justice: Empathy in Law and Punishment*, New York University Press, New York, 2006, p. 7 s.

[75] P. RICOEUR, *Il giusto I*, cit., p. 202.

[76] I. MARCHETTI, C. MAZZUCATO, *La pena in* «castigo», cit., p. 204.

[77] "La didáctica de la justicia restaurativa por lo tanto trabaja en cuestiones de éticas y normatividad de la relación humana […] el resultado es que el concepto más general de justicia exige anclajes axiológicos relacionados con la dignidad, al reconocimiento del otro como persona, a la percepción de la socialidad como *proximidad* y *responsabilidad* y por lo tanto requiere una precomprensión adecuada de datos exquisitamente antropológicos" (traducción propia de G. MANNOZZI, G. A. LODIGLIANI, *La giustizia riparativa*, *Formanti, parole e metodi*, cit., p. 337).

[78] La expresión se encuentra en G. MANNOZZI, *La giustizia riparativa come forma di Umanesimo della giustizia*, cit., pp. 19-30. Sobre la valorización del perfil humano del derecho Luigi Lombardi Vallauri hace referencia a "una nueva dogmática jurídica, que organice conceptualmente las normas desde el punto de vista de su relación con el fin, último la persona precisamente, su cumplimiento, su comunicarse" (traducción propia de L. LOMBARDI VALLAURI, *Giuridico e metagiuridico: diritto e dimensioni profonde della persona*, en *Il problema del «metagiuridico» nell'esperienza contemporanea del diritto. I doveri fondamentali dell'uomo nella società dei diritti. Il diritto e alcune discipline di nuova frontiera*, a cura di R. Orecchia, Atti del 14º Congresso nazionale: Palermo, 12-15 maggio 1983, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 59-60). Entre los

podrían favorecer una *metá-noia* en el infractor, igualmente un despertar del interés por la 'dimensión' humana del derecho podría representar una invitación a la ciencia jurídica a liberarse de unas sólidas convicciones teóricas y culturales que aún influyen en gran parte en la comprensión del Derecho mismo[79].

Para que se difunda un re-conocimiento del Derecho se necesita una concomitancia de presupuestos de "orden cultural, normativo, institucional y motivacional" [80], preliminar para lograr una condición de "eficacia colectiva" basada en "la cohesión social, la confianza mutua y la voluntad de intervenir en apoyo del control social informal" [81].

Se presenta un desafío a la ciencia jurídica: elaborar y sistematizar un marco teórico renovado que, junto a las tradicionales categorías ordenadoras, se acompañe de otras diversas, adecuadas al cambio de los tiempos[82]. A este respecto, es necesario repensar algunos aspectos de la formación del jurista[83]. El ideal de la pureza metodológica de la ciencia jurídica fue perse-

---

clásicos, sobre el tema del 'personalismo' se remite a J. ENDRES, *Personalismo-Esistenzialismo-Dialogismo*, Paoline, Roma, 1972; E. MOUNIER, *Le Personnalisme*, coll. *Que sais-je?*, Presses universitaires de France, 395, 1950, trad. italiana, *Il personalismo*, a cura di G. Campanini, M. Pesenti, AVE, Roma, 2004; J. MARITAIN, *Humanisme intégral. Problèmes temporels et spirituels d'une nouvelle chrétienté*, Aubier, Paris, 1936, trad. italiana di G. Dore, *Umanesimo integrale*, Borla, Roma, 2002; P. RICOEUR, trad. italiana *La persona*, a cura di I. Bertoletti, Morcelliana, Brescia, 1998.

79 Como observa Gustavo Zagrebelsky: "hay aspectos de viscosidad en las ideologías jurídicas. La supervivencia "ideológica" del positivismo jurídico es un ejemplo de la fuerza de inercia de las grandes concepciones jurídicas que a menudo continúan operando como residuos, incluso cuando han perdido su razón de ser debido a cambios en las condiciones que las justificaron inicialmente" (traducción propia de G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, p. 50).

80 M. VOGLIOTTI, "Per una nuova educazione giuridica", *Diritto & questioni pubbliche*, vol. 20, núm. 2, 2020, p. 253.

81 A. CRAWFORD, K. EVANS, "Crime Prevention and Community Safety", en *The Oxford Handbook of Criminology*, a cura di M. MAGUIRE, R. MORGAN, R. REINER, Oxford, 2012, p. 787; G. FORTI, *Le ragioni extrapenali dell'osservanza della legge penale: esperienze e prospettive*, cit., p. 1127.

82 F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica*, en *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, *Estratti da Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, a cura di M. Vogliotti, Giappichelli, Torino, 2013, p. 35.

83 La literatura sobre este tema es muy extensa. Conscientes de una simplificación excesiva se indican al menos algunas referencias, U. SCARPELLI, "L'educazione del giurista", *Rivista di diritto processuale*, vol. 23, núm. 1, 1968, p. 1 ss.; M. CAPPELLETTI, *L'educazione del giurista e la riforma dell'Università. Studi, polemiche, raffronti*, Giuffrè, Milano, 1974; C. LUZZATI, "Il giu-

guido durante mucho tiempo con una convicción tan fuerte como para determinar una autorreferencialidad del Derecho y su consecuente aislamiento de las demás ramas del saber.[84] Esta actitud ha tenido importantes repercusiones en la enseñanza y práctica del derecho: la ciencia jurídica y la jurisprudencia han cedido en algunos casos a una abstracción excesiva, al límite del formalismo[85].

El jurista quizás deba ser considerado, siguiendo una similitud conocida, como un ingeniero que para realizar una obra debe coordinar su acción con la de todos los demás peritos involucrados.[86] Más allá de la metáfora, surge la necesidad, en particular por parte de la ciencia jurídica, de romper los límites establecidos en relación con otras enseñanzas y adoptar un enfoque interdisciplinario que, preservando la especificidad de la lógica jurídica, utilize un pluralismo metodológico[87]. No sólo el Derecho se beneficiaría de este intercambio, sino también cualquier otra disciplina que se ocupe de los fenómenos sociales.

---

rista che cambia e non cambia", *Diritto pubblico*, vol. 19, núm. 2, 2013; A. PADOA SCHIOPPA, *Ri-formare il giurista. Un percorso incompiuto*, Giappichelli, Torino, 2014; B. PASCIUTA, L. LOSCHIAVO (a cura di), *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, RomaTre Press, 2018; V. MARZOCCO, S. ZULLO, T. CASADEI, *Didattica del diritto. Metodi, strumenti e prospettive*, prefazione di Carla Faralli, Pacini Giuridica, Pisa, 2019. Más recientemente, M. VOGLIOTTI, *Per una nuova educazione giuridica*, cit.; A. SCHIAVELLO, "L'educazione del giurista contemporaneo", *Diritto & questioni pubbliche*, vol. 21, núm. 1, 2021, pp. 105-117.

[84] Hace algunos años Uberto Scarpelli escribió que "los que no son juristas a menudo consideran los estudios de derecho una rama de la cultura a punto de secarse, o por lo menos un lago tranquilo, un poco pantanoso, al borde del gran río rápido y tumultuoso de la cultura contemporánea" (traducción propia de SCARPELLI, *L'educazione del giurista*, cit., p. 16).

[85] Sobre el tema del formalismo, entre las muchas contribuciones, se remite entre otros a R. ORESTANO, "Formalismo giuridico", en *Enciclopedia italiana*, vol. 3, Appendice, 1, 1961, pp. 658 ss.; G. TARELLO, "Formalismo giuridico", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 7, UTET, Torino, 1987, pp. 571-580; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1972, pp. 79-100; M. JORI, *Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990. Una lectura atenta y original del formalismo de la ciencia jurídica y de la jurisprudencia italianas, desde los principios del siglo XX hasta poco más de su primera mitad, es debido a S. SATTA, "Il formalismo nel processo", en Id., *Il mistero del processo*, Adephi, Milano, 1994, pp. 81-110.

[86] D. HOWARTH, "Is Law a Humanity? (Or is it more like Engineering)", *Arts & Humanities in Higher Education*, vol. 3, núm. 1, 2004, pp. 9 ss.

[87] Con respecto a los límites interdisciplinarios, Michele Taruffo observa que: "no raramente lo que se cierra fuera de la frontera, lo de que la frontera debe proteger quien se encierra en ella, es la realidad de los fenómenos de los cuales la 'ciencia encerrada' dice que quiere ocuparse" (traducción propia de M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 8).

Una adecuada formación del jurista debería también centrarse más en el carácter práctico del Derecho, cuyas consecuencias no representan un elemento "posterior", "independiente", "irrelevante" sino que, por el contrario, un "aspecto calificativo" del mismo[88]. Son precisamente los resultados prácticos del Derecho los que cuestionan la responsabilidad de los juristas, tanto teóricos como prácticos, quienes deben ser conscientes de las repercusiones éticas, políticas, sociales y económicas de su acción.

Entre las competencias del jurista también debe valorarse la capacidad de "tejer" la trama entre los elementos que configuran el nuevo entramado de las fuentes del Derecho[89]. De hecho, los profundos cambios en la sociedad que tuvieron lugar después de la segunda posguerra llevaron a hablar de un cambio de paradigma dentro de la ciencia jurídica. Un paradigma diferente surgió gradualmente de la crisis del modelo piramidal moderno: el paradigma de la red.[90] La imagen de la red como una estructura compuesta por elementos interconectados lleva el discurso sobre el concepto de relación, esta vez refiriéndose no solo al lazo social que subyace al derecho, sino también a las relaciones entre diferentes materiales jurídicos de orden nacional, internacional, supranacional y infranacional.[91]

Sin embargo, no es sólo en la formación de los juristas en lo que es necesario detenerse. Si por un lado, acciones de control directo por parte de las autoridades, cuerpos y fuerzas del orden son indispensables[92], para el otro, es precisamente el 'control autónomo' por parte de los individuos la fuente más efectiva de estabilidad social. En este sentido, la educación, si no suficiente, es ciertamente una condición necesaria para favorecer la difusión de la conciencia cívica y formas de sensibilidad social. La educación en lega-

---

88 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 166.

89 La figura del jurista "tejedor" se encuentra en M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., pp. 301-305.

90 "El modelo de red, por otro lado, se remite a una ontología relacional y cibernética, vinculada a una pragmática de la intersubjetividad y la comunicación: el mundo complejo y recursivo de la interactividad generalizada cuya gramática apenas comienza a ser descubierta" (traducción propia de F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica?*, cit., p. 36). Más en detalle, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

91 M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

92 Sobre el empleo en las democracias contemporáneas de las fuerzas de policía para hacer cumplir las leyes y contener la violencia social se remite a R. CORNELLI, *La forza di polizia. Uno studio criminologico sulla violenza*, Giappichelli, Torino, 2020.

lidad, por lo tanto, no solo tiene que estar presente en el curso de estudio de los futuros juristas, sino también en las enseñanzas propias de las ciencias de la educación.[93]

Ya se ha debilitado la convicción de que el elemento coercitivo por sí solo es suficiente para garantizar el cumplimiento de las normas, por lo tanto ha surgido la necesidad de concebir la educación a través de un "modelo comunicativo/interaccionista", favorable a la construcción de una identidad autónoma "legalmente fundada"[94].

Como se subrayó anteriormente, la formación de una identidad autónoma también depende en gran medida de la dialéctica del reconocimiento. De hecho, la autonomía no es una condición que se alcanza en la soledad, sino sólo en relación con el otro. Lo que constituye motivo de justificación para mí debe poder serlo también para los demás.[95] Mediante este proceso dialógico de autorreflexión es posible conseguir una autonomía como relación normativa basada en el reconocimiento mutuo de la igual autoridad: pedir cuentas de la conducta de los demás presupone dar cuenta de la propia[96]. En otras palabras, el reconocimiento del otro como portador autónomo de pretensiones legítimas ayuda a establecer y a la vez limitar la propia autoridad. Además, reconocer al otro igual autoridad determina el respeto por él, lo que se caracteriza como uno de los aspectos prácticos del reconocimiento.

Representarse a uno mismo y al otro como individuos dotados de autoridad y por tanto autónomos, significa pensar a ambos capaces de asumir sus propias responsabilidades[97]. Ampliando el ángulo visual, es el reconocimiento el que establece y limita la comunidad, haciendo de sus miembros "unidades deliberativas" y por tanto "lugares de responsabilidad".[98] La responsabilidad social representa el resultado de un proceso de educación a la legalidad, cuyo objetivo es formar una "estructura motivacional organizada

[93] I. MARCHETTI, C. MAZZUCATO, *La pena in 'castigo'*, cit., p. 141.

[94] I. MARCHETTI, C. MAZZUCATO, *La pena in 'castigo'*, cit., p. 199; R. CONTE, *L'obbedienza intelligente*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 100 ss.

[95] C. BAGNOLI, *L'autorità della morale*, Feltrinelli, Milano, 2007, pp. 120-124.

[96] C. BAGNOLI, *L'autorità della morale*, cit., p. 131.

[97] "Considerar a alguien responsable es considerarlo una persona, y eso significa como una persona […] capaz de actuar racional y moralmente. Es por tanto considerarla como alguien con el que se puede entrar en el tipo de relación que solo es posible entre personas libres e iguales: una relación de reciprocidad" (traducción propia de CH. KORSGAARD, *Creating the Kingdom of Ends*, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.), 1996, p. 189).

[98] C. BAGNOLI, *L'autorità della morale*, cit., p. 167.

y disciplinada" a través de la cual el cumplimiento de la norma no resulte del miedo, el hábito o la conveniencia, sino de la comprensión de la 'justicia' de su contenido[99].

Entre las posibles herramientas destinadas a orientar los comportamientos individuales hacia formas de legalidad verdaderamente compartidas, se suele hacer referencia al proceso de *empowerment*. Este último, aprovechando la importancia de las relaciones interpersonales, tiene como objetivo la creación de un espacio público en el que los ciudadanos puedan "comprometerse en una traducción continua de lo que es común entre los intereses, derechos y deberes privados y públicos"[100]. Crucial a este respecto es un díalogo yo/tú que, a través de la dialéctica entre diferentes "doctrinas comprehensivas razonables", conduce a ese "consenso por intersección" indispensable para la formación de una adhesión interna a las normas.[101] La competencia normativa así adquirida permite colocar la propia responsabilidad en el contexto más amplio de una "corresponsabilidad social", que interpela a toda la comunidad por una sociedad mejor organizada y más justa[102]. Desde este punto de vista, una de las fuentes más eficaces de control social consiste en la idea de pertenecer y colaborar en una especie de "empresa social", de cuya estabilidad y mejoría todos se sienten responsables.[103]

---

[99] C. BAGNOLI, *Teoria della responsabilità,* Il Mulino, Bologna, 2019, p. 224. No es posible detenerse aquí sobre el tema de la normatividad en general y sobre el debate filosófico jurídico que le concierne. Entre las muchas referencias posibles se remite a S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milano, 1981; A. SCHIAVELLO, *L'obbligo di obbedire al diritto. La risposta convenzionalista e i suoi limiti*, Ets, Pisa, 2010, pp. 58 ss.; Id., "L'obbligo di obbedire al diritto", en *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 485 ss.; G. VIOLA, "La teoria del diritto come pratica sociale e la coercizione", *Persona y derecho*, vol. 81, 2019/2.

[100] Z. BAUMAN, *Liquid Life*, trad. italiana di M. Cupellaro, *Vita liquida*, Roma-Bari, 2005, pp. 144 ss.

[101] J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1996, trad. italiana di V. Tota e P. Plantamura, *Teoria della morale*, Laterza, Roma-Bari, 1994, p. 99: "la orientación estructural al acuerdo incluido en el lenguaje utilizado con fines comunicativos, de hecho, implica que los que hablan y los que escuchan sean conscientes de que sus posiciones son intercambiables y, entonces, que se reconozcan simétricamente como sujetos capaces de comprender y orientar actuar de conformidad con las normas reconocidos como socialmente válidas" (traducción propia).

[102] E. BESOZZI, "Il processo di socializzazione nella società moderna e contemporanea", en L. RIBOLZI, *Formare gli insegnanti. Lineamenti di sociologia dell'educazione*, Carocci, Roma, 2002, pp. 23 ss.; I. MARCHETTI, C. MAZZUCATO, *La pena in 'castigo'*, cit., p. 200.

[103] J. DEWEY, *Il mio credo pedagogico: antologia di scritti sull'educazione*, trad. italiana, a cura di L. Borghi, La Nuova Italia, Firenze 1954, pp. 210-213.

Similares consideraciones remiten a la teoría del derecho entendida como "práctica social", como un conjunto de actividades cooperativas en las que se persiguen y alcanzan valores y bienes sólo a través de la acción común.[104] De la percepción de sentirse parte de una comunidad se originan esas formas internas e informales de control antes recordadas, las cuales se basan en las relaciones de solidaridad y reciprocidad.[105] Los lazos interpersonales basados en estos sentimientos permiten el desarrollo de un sentir común, una fuerza de cohesión que distingue la "voluntad de una comunidad"[106], elemento fundamental para que las decisiones del individuo se emancipen de intereses estrictamente particulares y contribuyan a la consecución de objetivos comunes.

Recorremos brevemente el hilo común que une la justicia restaurativa y la relacionalidad en la base del Derecho. Como señala Francesco Viola, la teoría del Derecho como práctica social se concilia bien con la *ratio* de las sanciones restaurativas. De hecho, estas últimas se refieren al derecho a partir de la "inclusión" y la "integración" más que desde la autoridad. El Derecho como práctica social favorece un ángulo visual específico: "lo de la segunda persona, es decir, de la alteridad […] dentro del cual están en juego los derechos y deberes de los partners de las relaciones sociales significativas"[107].

El respeto a las normas, para ser conscientes, debe basarse en la capacidad de los individuos para reconocerse entre sí. Sólo un derecho cuyas formas se llenan de "sustancia interpersonal" no puede reducirse a mera

[104] La literatura sobre el concepto de práctica social es amplia. Se remite, entre otros, a D. LEWIS, *Convention: A Philosophical Study*, Harvard University Press, Cambridge, 1969; M. BRATMAN, *Faces of Intention*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999; A. MACINTYRE, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, III ed., University of Notre Dame Press, Notre Dame (Indiana), 2007. Sobra el derecho como práctica social véase F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano, 1990; D. DYZENHAUS, "Law and Public Reason", *McGill Law Journal*, vol. 38, 1993, pp. 366-393; M. N. SMITH, "The Law as a Social Practice: Are Shared Activities at the Foundations of Law?", *Legal Theory*, vol. 12, 2006; N. E. SIMMONDS, "Law as an Idea We Live By", en G. DUKE, R.P. GEORGE (eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge University Press, New York, 2017, p. 254.

[105] "El sentido de la solidaridad" escribe Ferrajoli "no es más que el sentimiento del deber con el que cada uno advierte las obligaciones y prohibiciones correspondientes a las expectativas de los demás, y a lo que corresponde el sentimiento de confianza mutua en la debida satisfacción por parte de los demás de sus propias expectativas" (L. FERRAJOLI, *Principia iuris*. *Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 195-196).

[106] F. TÖNNIES, *Gemeinschaft und Gesellschaft* (1887), trad. italiana di G. Giordano, *Comunità e società*, Edizioni di Comunità, Milano, 1963, p. 62.

[107] F. VIOLA, *La teoria del diritto come pratica sociale e la coercizione*, cit., p. 63.

coerción, sino proponerse como directiva interna que represente en términos generales y abstractos ese sentido común de fundamento de la dimensión cívica[108]. El reconocimiento del otro como persona podría ofrecer una contribución significativa al redescubrimiento de la antropología 'positiva' en la base del derecho[109], para no solo mitigar la imagen de "poder subyugante"[110], sino también para oponerse a su tendencia a configurarse como una mera herramienta de la técnica[111]. De ahí la necesidad de reafirmar ese rostro del derecho que sepa ser "manso", "fraterno", atento a la escucha y al cuidado de los ciudadanos pero no, por estas características, carente de eficacia.[112].

Todo modelo de sociedad expresa una relacionalidad intrínseca, a cuyas demandas el derecho está llamado a dar respuestas históricamente contingentes[113]. Si bien la contextualidad entre sociedad y derecho es una constante, esta relación necesita ser repensada regularmente. Cada cambio estructural en el vínculo social corresponde a una conceptualización distinta de las categorías e instituciones jurídicas, así como a una redefinición de los límites de la libertad y la responsabilidad.[114] Tal necesidad implica una constante "invención" de los contenidos y formas del Derecho[115]. Sólo así la ciencia

---

[108] I. MARCHETTI, C. MAZZUCATO, *La pena in 'castigo'*, cit., p. 96.

[109] Sulla tematica, si veda T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2021, pp. 14-38.

[110] S. COTTA, *Soggetto umano, soggetto giuridico*, cit., p. 9.

[111] Sobre el vínculo entre derecho y tecnología, véase N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007; N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari, 2001; L. MENGONI, "Diritto e tecnica", *Rivista Trimestrale Diritto e Procedura Civile*, vol. 55, núm. 1, 2001, p. 4 ss.

[112] G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit.; E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari, 2005; E. DIENI, "Il diritto come «cura». Suggestioni dall'esperienza canonistica", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*https://www.statoechiese.it*), giugno 2007, pp. 1-77.

[113] Sobre la comprensión del derecho a través de la historia, véase P. GROSSI, "Il punto e la linea (L'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)", en Id., *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il giurista*, Giuffrè, Milano, 2006; M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Laterza, Roma-Bari, 2004; A. BALLARINI (a cura di), *La storicità del diritto. Esistenza materiale, filosofia, ermeneutica*, Giappichelli, Torino, 2018; G. FASSÒ, *La storia come esperienza giuridica* (1953), a cura di C. Faralli, Rubettino, Soveria Mannelli, 2016.

[114] "Las palabras con las que describimos el derecho en el curso del devenir de la historia" observa Laura Nader "ejercen una influencia importante sobre la sustancia de lo que escribimos, dando forma también a las posibilidades y los futuros esfuerzos de la investigación destinadas a transformar las relaciones humanas" (L. NADER, "Giustizia, diritti umani e sentimento di ingiustizia", *Antropologia*, vol. 8, núm. 11, 2008, p. 106).

[115] Al Derecho como resultado de una *invención* se refiere específicamente Paolo Grossi según el cual debe entenderse "como algo que debe buscarse y encontrarse (de acuerdo al

jurídica puede ofrecer indicaciones útiles para la "formulación de una teoría social que también tenga un sentido normativo"[116], ya que en ausencia de una reflexión teórica sistemática cualquier discurso sobre la praxis parece perder profundidad y capacidad de planificación.

MARIELLA ROBERTAZZI
Università di Pisa
Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Pisa
Piazza dei Cavalieri, 2
56126 Pisa - Italia
e-mail: marirob@hotmail.it

significado del *invenire* latín) en las raíces de una civilización […] y deben ser *inventores*, […], en primer lugar los legisladores, pero también los juristas teóricos y prácticos en su compleja función (P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017, p. X).

[116] J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, cit., p. 98 ss.

UNA PROPUESTA DE CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS*

A PROPOSAL OF CONCEPT AND FOUNDATION OF HUMAN RIGHTS

IGNACIO CAMPOY CERVERA
Universidad Carlos III de Madrid
https://orcid.org/0000-0003-2272-4838

Fecha de recepción: 31-10-21
Fecha de aceptación: 8-3-22

Resumen: *En nuestras sociedades, estructuradas conforme al tradicional modelo del Estado de Derecho, se establece como núcleo de Justicia el reconocimiento y la protección de los derechos humanos. Por consiguiente, es evidente que una de las cuestiones más trascendentales, y por ello también más tratadas, es determinar cuál es su concepto y fundamento. El objetivo de este artículo es contribuir a dicho debate haciendo una propuesta de concepto y fundamento de los derechos humanos, partiendo para ello de la exposición y eventual superación de los tradicionales problemas que, conforme a la doctrina, afectan a la posible determinación del concepto y el fundamento de los derechos.*

Abstract: *In our societies, structured according to the traditional model of the Rule of Law, the recognition and protection of human rights is established as the core of Justice. Thus, it is clear that one of the most important questions, and therefore also one of the most debated, is to determine what is its concept and foundation. The aim of this article is to contribute to that debate by proposing a concept and foundation of human rights, starting from the exposition and eventual overcoming of the traditional problems that, according to the doctrine, affect the possible determination of the concept and foundation of human rights.*

* Agradezco las pertinentes observaciones realizadas por los evaluadores anónimos a una versión anterior de este artículo, que me han sido muy útiles para elaborar esta versión definitiva del mismo.

Palabras clave: derechos humanos, derechos fundamentales, concepto y fundamento, Teoría de la Justicia
Keywords: human rights, fundamental rights, concept and foundation, Theory of Justice

1. LA DISTINCIÓN Y LA RELACIÓN ENTRE EL CONCEPTO Y EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Una primera consideración que conviene tener en cuenta antes de dar una respuesta a las cuestiones básicas de qué concepto y qué fundamento de los derechos humanos podemos considerar como más justificados, es entender que ambas cuestiones están esencialmente vinculadas. La respuesta que se dé a cada una de ellas determina la que se vaya a dar a la otra, así como la respuesta que se vaya a dar a cada una de ellas viene determinada por la que se haya dado a la otra. Ambas respuestas están, pues, radicalmente interrelacionadas.

En ese sentido, y aunque también hay discrepancias en la doctrina respecto a la propia determinación de a qué nos referimos cuando hablamos del concepto y el fundamento de los derechos, comparto la comprensión más extendida de ambos términos, entendiendo que con el concepto de los derechos humanos se trata de responder a la pregunta ¿qué son los derechos humanos?[1], y con el fundamento se trata de responder a la pregunta ¿cómo podemos justificar los derechos humanos? Es decir, mientras que en la indagación del concepto se trata de intentar determinar la realidad a la que se hace referencia con el término "derechos humanos", saber cuál es su significado, intentar dar una definición y, de esa manera, poder determinar cuáles son los derechos que podemos identificar como derechos humanos; cuando tratamos de averiguar cuál es su fundamento más justificado, nos estaremos preguntando el porqué de los derechos, cuáles son las razones últimas que justifican el reconocimiento y la protección de los derechos humanos[2].

Así, se puede deducir fácilmente, como antes apuntaba, que ambas cuestiones están esencialmente unidas, que la respuesta que se dé a cualquiera de las dos cuestiones determina necesariamente la respuesta que se da a la otra. Cualquiera que sea el concepto que determinemos de los derechos humanos,

[1] Vid., por ejemplo, A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, 7ª ed., Madrid, 2001, p. 25.

[2] Como señala Rodríguez-Toubes, fundamentar los derechos es dar razones que expliquen su existencia. Vid. J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, *La razón de los derechos. Perspectivas actuales sobre la fundamentación de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 81.

el mismo será el resultado de un proceso de fundamentación previo; y a la inversa, dependiendo de la fundamentación que consideremos más justificada de los derechos humanos obtendremos un determinado concepto de los mismos. Dar razones que expliquen por qué se deben reconocer y proteger los derechos humanos implica tener que responder a qué entendemos por esos derechos; y establecer qué son y cuáles son los derechos humanos no puede hacerse si no estamos dispuestos a dar razones que expliquen por qué se han de reconocer esos derechos como derechos humanos.

En ese sentido, Nino señalaría que la cuestión relativa al concepto y al fundamento de los derechos humanos no puede, salvo por cuestiones metodológicas, estudiarse de manera separada, ya que tanto el concepto como el fundamento se implican recíprocamente, de modo que hay que admitir "que hay un proceso de ajustes mutuos entre la elucidación conceptual y la elaboración de la teoría en cuyo marco opera el concepto"[3]. Y así, aun siendo conscientes de la radical vinculación existente entre las cuestiones que se plantean con el concepto y el fundamento de los derechos humanos, resulta conveniente, ya que se trata de cuestiones diferentes, hacer un análisis separado de los problemas a los que nos enfrentamos al pretender dar respuesta a las mismas.

2. LOS PROBLEMAS DEL CONCEPTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Antes de responder a la pregunta básica de ¿qué son los derechos humanos?, convine ser conscientes de que para dar una definición de los mismos tendremos previamente que afrontar los problemas que afectan a los términos del lenguaje natural, al que pertenece el término "derechos humanos": la ambigüedad, la emotividad y la vaguedad del término. En el primer apartado expondré en qué sentido se ha de entender que esos problemas afectan al concepto de los derechos humanos; en el segundo, señalaré a los elementos que tradicionalmente se han identificado a la hora de dar una definición válida de los derechos; para, en el tercero, explicar en qué sentido, pese a los problemas planteados, podemos hablar de un núcleo de certeza en el concepto de los derechos humanos.

2.1. Problemas terminológicos: ambigüedad , emotividad y vaguedad

La ambigüedad de un término significa que éste puede tener diferentes significados. Este problema es el de menor importancia de los tres apunta-

[3] C. S. NINO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 13.

dos, pues si bien es claro que habrá que estar atentos al contexto y a la intención de quien lo utiliza para saber en qué sentido se está utilizando un término, se puede alcanzar un entendimiento común respecto al significado del término que se está utilizando, en nuestro caso el de derechos humanos.

La emotividad del lenguaje significa que al utilizar ciertos términos del lenguaje natural provocamos, consciente o inconscientemente, reacciones emocionales –como pueden ser las de aceptación o de rechazo– en nuestros interlocutores; aunque hay que ser conscientes de que dicha carga emotiva varía conforme al momento y la cultura social a la que nos refiramos. Así, si es claro que el término "derechos humanos" sigue produciendo hoy día más aceptación que rechazo, también lo es que no siempre ha sido así, y que incluso hoy día se puede apreciar que en ocasiones se está empezando a utilizar con una menor aceptación, presentándolos como casi antitéticos a valores como el de la seguridad[4]. En todo caso, esa carga emotiva lleva a que en muchas ocasiones se utilicen los términos para buscar apoyos en la defensa de diferentes realidades, lo que dificulta la comprensión del significado de los mismos; y esa posible utilización torticera de los términos nos obliga a estar siempre atentos para entender qué significado se les quiere dar y si el mismo es o no el apropiado. No obstante, en última instancia el problema de la emotividad por sí sólo no es difícil de solventar si lo que queremos es averiguar el significado que se le ha de dar a un término.

Los problemas relacionados con la vaguedad del lenguaje sí que son de muy difícil solución, en general, y resultarán irresolubles, finalmente, en relación con el concepto de los derechos humanos. La vaguedad de un término significa que no son claros los límites de su significado. Lo cual puede observarse desde dos diferentes planos, aunque ambos estén esencialmente unidos, un plano intensional y un plano extensional. El plano intensional de un término viene dado por el conjunto de elementos que lo caracterizan; y el extensional alude al ámbito de la realidad en el que se puede aplicar correctamente dicho término. En este sentido, la vaguedad afecta al plano intensional cuando no se puede determinar exhaustivamente los elementos que identifican el significado del término, y afecta al plano extensional cuan-

[4] Un ejemplo claro en este sentido se puede apreciar en las manifestaciones públicas que la entonces primera ministra británica, Theresa May, hizo tras el atentado terrorista que se produjo en Londres el 3 de junio de 2017, afirmando, el 6 de junio, en un tuit de su cuenta personal, "Soy clara: si las leyes de derechos humanos son un obstáculo para enfrentarnos al extremismo y el terrorismo, cambiaremos esas leyes para mantener a salvo a los británicos" (*https://t.co/8EfUJYUDMK* –última consulta el 14-09-2021–, la trad. del tuit es responsabilidad del autor).

do no se puede determinar con precisión el ámbito de la realidad que está dentro del significado del término. De esta manera, toda medida que afecte a uno de los planos afectará necesariamente al otro; cuantas menos propiedades consideremos que son necesarias para darle significado a un término, más ámbito de la realidad podremos entender que puede identificarse con ese significado, y a sensu contrario, cuantos más elementos consideremos que identifican el significado de un término más reduciremos el ámbito de la realidad al que cabe aplicarlo.

Este problema de la vaguedad termina siendo irresoluble, sobre todo si lo unimos al problema de la emotividad del lenguaje, cuando queremos identificar el concepto de los derechos humanos, porque es precisamente respecto a la determinación de los elementos que cabe entender que identifican el significado de los derechos humanos donde se dará la defensa de posturas irreconciliables (que, en última instancia, traen causa en las diferentes fundamentaciones), teniendo en cuenta que conforme a esa identificación de elementos se podrán aplicar con propiedad a una determinada realidad u otra. Y, como antes apuntaba, esa problemática se verá incluso incrementada si tenemos en cuenta la evidente carga emotiva positiva que todavía hoy en día (aunque ya he señalado que con un posible cambio de signo) tiene el concepto de derechos humanos. La percepción de que la utilización del término derechos humanos provoca sentimientos positivos, que lleva a reacciones de adhesión hacia quien los reconoce y protege, hace que su utilización se realice con profusión y confusión en muy diferentes ámbitos, incluso en el académico. Y así se entiende que distintas posiciones teóricas defiendan con ahínco su propia concepción de los derechos humanos, si es que con ellas se quiere, como parece ser que es generalmente el caso, no sólo explicar la realidad, sino también, de alguna manera, conformar esa realidad[5] . Es, pues, en la incorporación de los diferentes elementos que han de identificar el concepto de derechos humanos en donde se encuentran las diferencias sustanciales entre las distintas concepciones de los derechos humanos.

[5] Respecto a la diferenciación entre concepto y concepción de los derechos, es muy útil el resumen que haría Pérez Luño sobre la distinción entre ambos términos ya señalada anteriormente por Dworkin, "Reducida a sus elementos más simples dicha distinción se cifra en que mientras el concepto alude al significado teórico y general de un término, la concepción hace referencia a la forma de llevar a la práctica un concepto". A. E. PÉREZ LUÑO, "Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la Ponencia de Francisco Laporta)", *DOXA*, núm. 4, 1987, p. 47.

2.2. La toma en consideración de diferentes elementos para la determinación del concepto de los derechos humanos: la Moral, el Derecho, la historia y la realidad social

Conforme a lo expuesto en el anterior apartado, una de las tareas que necesariamente hay que hacer para solventar los problemas que existen a la hora de determinar un concepto de los derechos humanos es establecer cuáles son los elementos que identifican el significado del término "derechos humanos". En este sentido, las principales concepciones que históricamente han existido –y existen– de los derechos humanos los identifican con todos o algunos de los siguientes elementos: la Moral, el Derecho, la realidad social y la realidad histórica. Aunque hay que tener presente: primero, que todos estos términos también adolecen –como no puede ser de otra manera– de los problemas de ambigüedad, emotividad y vaguedad, por lo que han sido entendidos de diferentes maneras en distintas concepciones de los derechos; y segundo, que, cuando han sido considerados, ha variado la importancia que se les ha dado en las diferentes concepciones.

En todo caso, podemos partir de que las principales concepciones de los derechos humanos se han construido dando primacía al elemento de la moralidad y teniendo en consideración el elemento jurídico, o bien como parte esencial del propio concepto de los derechos o bien como exigencia que necesariamente se deriva de la existencia de los derechos. Es decir, una vez establecida la primacía del elemento moral, se considera que el reconocimiento en el Derecho, o bien forma parte consustancial de los derechos (si se entiende que sin ese reconocimiento no cabe hablar propiamente de derechos), o bien la fuerza moral de los derechos demanda que sean reconocidos jurídicamente. Y partiendo de esos dos elementos fundamentales, diferentes concepciones han considerado la necesidad de abrirse a la historia y a la realidad social para comprender mejor el significado de dichos términos (Moral y Derecho) y, finalmente, del propio término "derechos humanos"[6].

De esta manera, en líneas muy generales, se puede señalar que:

El elemento de la moralidad termina siendo absolutamente esencial para el concepto de los derechos humanos, aunque no siempre se considere en relación con la moralidad crítica o racional.

[6] En esta línea, sigue siendo muy útil el estudio de Barranco sobre el uso que de los diferentes conceptos –derechos humanos, fundamentales y morales– se venía haciendo desde la Transición en la filosofía jurídica española. M. C. BARRANCO AVILÉS, *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Dykinson, Madrid, 1996.

El elemento jurídico, como queda apuntado, puede estar incluido de diferentes maneras, para algunas concepciones, como la del positivismo dualista –a la que luego me referiré–, formará parte necesaria para poder hablar de los derechos fundamentales[7], para otras, como la propia del concepto de los derechos morales, el elemento jurídico se plantea como un fin a alcanzar, pues la propia existencia de los derechos morales supone una exigencia para su juridificación[8]. En todo caso, como se observa, cuando hablamos del elemento jurídico se está haciendo referencia al Derecho positivo y eso nos lleva a considerar necesariamente el elemento del poder político, pues, como bien señaló Bobbio, Derecho y Poder son la cara y la cruz de la misma moneda, según se observe su relación desde el punto de vista de la norma o del poder[9].

El elemento histórico estará presente en la medida en que se entienda que los derechos humanos tienen un origen y desarrollo histórico. En este sentido, adquieren toda su importancia los cambios fundamentales que se dieron en la sociedad europea a partir del tránsito a la Modernidad, que conllevaron una nueva comprensión de la dignidad humana, la libertad y la igualdad[10]. Aunque la relevancia que se le dará a la evolución histórica y a la

[7] El término derechos fundamentales responde, pues, a una concepción positivista, conforme a la cual no es suficiente la justificación moral de los derechos, sino que también es necesaria su positivación en textos jurídicos de carácter vinculante, fundamentalmente en las normas superiores de los ordenamientos jurídicos nacionales, en las Constituciones.

[8] Existen diferentes comprensiones sobre los derechos morales, pero, en general, cabe entender que son el derivado lógico de unos principios morales esenciales (como son los de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona, que señalara Nino en *Ética y Derechos Humanos*, cit.). En este sentido, el concepto de los derechos morales se sitúa en el ámbito de la moral y se separa nítidamente del ámbito jurídico; las técnicas jurídicas sólo son mecanismos con los que conseguir su protección y eficacia. Vid., por ejemplo, E. FERNÁNDEZ GARCÍA, "El problema del fundamento de los derechos humanos", en ID., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1991, pp. 104-126; o A. RUIZ MIGUEL, "Los derechos humanos como derechos morales, ¿entre el problema verbal y la denominación confusa?", en J. MUGUERZA et al., *El fundamento de los derechos humanos*, edición preparada por G. Peces-Barba, Debate, Madrid, 1989, pp. 321-326.

[9] Vid. N. BOBBIO, "Del poder al Derecho y viceversa", en Id., *Contribución a la Teoría del Derecho*, edición de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, p. 356.

[10] Vid. un magnífico análisis de dichos cambios en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, "Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales", en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ y E. FERNÁNDEZ GARCÍA (dir.), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 15-263. Y en esta línea, es una referencia obligada, sobre el estudio de la evolución histórica de los derechos humanos, la monumental obra editada por Peces-Barba, junto a otros profesores del Instituto de Derechos

consideración del hombre situado en la historia para comprender los derechos humanos variará en las diferentes concepciones de los derechos.

El elemento social estará presente en la medida en que, en conjunción con el histórico, se entienda que la realidad social determina el significado de los derechos humanos. La importancia del elemento social puede ser nula, como en la concepción iusnaturalista, donde se considera que los derechos naturales son inherentes a las personas y, por consiguiente, previos al pacto social que las teorías contractualistas señalan en el origen de la sociedad, el poder político y el Derecho[11]; o esencial, como lo es en la propuesta trialista que formulase Peces-Barba, conforme a la cual se ha de entender que "los derechos fundamentales son una realidad social, es decir, actuante en la vida social, y por tanto condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico o cultural que favorecen, dificultan o impiden su efectividad"[12].

2.3. La determinación de un núcleo de certeza en el concepto de los derechos humanos

En el anterior apartado señalé algunos problemas fundamentales que impiden tener un consenso sobre el concepto de los derechos humanos. De hecho, esa falta de consenso ha supuesto que se hayan utilizado diferentes términos para aludir a conceptos unidos por algunos elementos esenciales comunes, pero con elementos sustancialmente diferentes. De esta manera, se han utilizado y se utilizan términos como derechos fundamentales, derechos humanos, derechos morales, derechos naturales, libertades públicas, etc. En todo caso, es importante tener en cuenta, por una parte, que no existe un

Humanos "Bartolomé de las Casas" (hoy justamente renombrado como "Gregorio Peces-Barba"), *Historia de los Derechos Fundamentales*, publicada por la editorial Dykinson, ente 1998 y 2014, que en dieciocho libros, recopilados en catorce volúmenes –cuatro tomos–, abarca desde el Siglo XVI al Siglo XX.

[11] En este sentido, se considera que esos derechos naturales son auténticos derechos; es decir, que no sólo responden a unos principios morales que se encuadran en el Derecho natural, sino que también tienen una dimensión jurídica, de forma que incluso condicionan la validez de las normas positivas y la legitimidad del poder político, pues si las primeras los contradicen no serán consideradas como auténtico Derecho y si el segundo los vulnera será considerado como un poder ilegítimo.

[12] G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, con la colaboración de R. DE ASÍS, C. FERNÁNDEZ LIESA y A. LLAMAS, Boletín Oficial del Estado-Universidad Carlos III, Madrid, 1999, p. 112.

número limitado de esos términos (algunos ya están en desuso, como el de libertades públicas, y otros todavía pueden surgir), y por otra, que también cualquiera de esos términos adolece, finalmente, de los mismos problemas de ambigüedad, emotividad y vaguedad que antes han sido señalados.

No obstante, es necesario determinar una zona de claridad en dichos términos; primero, respecto a todos ellos, para saber por qué se puede hablar de conceptos unidos por elementos esenciales comunes, y segundo, respecto a cada uno, para poder tener un conocimiento sobre el significado particular correspondiente. En todo caso, lo que aquí resulta necesario, para la consecución del objetivo propuesto con este artículo, es determinar la zona de claridad que ayudaría a determinar un concepto básico de los derechos humanos, que pudiese, así, irradiarse respecto a los otros términos de "esa misma familia"[13]. Y en este sentido, cabría entender, como advirtiese Luis Prieto, que un "núcleo de certeza o contenido mínimo del concepto de derechos humanos comprende dos elementos, uno teleológico y otro funcional. De acuerdo con el primero, los derechos se identifican como la traducción normativa de los valores de dignidad, libertad e igualdad, como el vehículo que en los últimos siglos ha intentado conducir determinadas aspiraciones importantes de las personas desde el mundo de la moralidad a la órbita de la legalidad. El segundo significa que los dere-

[13] En este artículo he optado por hablar del concepto de los derechos humanos por distintas razones. Así, principalmente, porque es respecto al mismo que me parece más justificada la fundamentación y el consiguiente concepto de los derechos que después expondré; también porque al ser el término que cuenta con una más extensa aceptación (aunque conlleva el problema de que con él se alude a realidades diferentes), permite que con el mismo se realice una aproximación más directa a los elementos comunes que están presentes en los otros términos; y finalmente, porque al ser el término utilizado en el ámbito jurídico internacional, vinculado a su comprensión como derechos subjetivos básicos que por su conexión directa con la dignidad del hombre se entiende que hay razones morales para reconocerlos y protegerlos con carácter universal, supone que los trabajos que ayuden a determinar su concepto podrían tener una mayor repercusión en la realidad social. En todo caso, es necesario apuntar que, incluso en ese ámbito internacional, actualmente se utiliza el término para aludir a tres realidades diferentes: para exigir su positivación en aquellos ordenamientos jurídicos donde no se reconocen o protegen (por ejemplo, cuando se alude a su vulneración en un país totalitario); para referirse a aquellos que han sido positivizados como tales en documentos jurídicos internacionales que no tienen fuerza vinculante para los Estados Parte (por ejemplo, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de la Organización de las Naciones Unidas, de 1948); y por último, para referirse a aquellos que han sido positivizados en documentos jurídicos internacionales que sí han adquirido fuerza vinculante para los Estados Parte (por ejemplo, el *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales* del Consejo de Europa, de 1950).

chos asumen una cualidad legitimadora del poder, que se erigen en reglas fundamentales para medir la justificación de las formas de organización política y, por tanto, para que éstas se hagan acreedoras a la obediencia voluntaria de los ciudadanos" [14].

De hecho, son esos valores de la dignidad, la libertad y la igualdad los que constituirían la base de la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, que ya en el primer párrafo de su Preámbulo consideraba que es el reconocimiento de la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todas las personas la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo; y en su primer artículo proclamaba solemnemente que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros" [15]. Estos elementos caracterizan, pues, a los derechos humanos y, por consiguiente, también sirven para excluir del discurso de los derechos humanos cualquier planteamiento que sea opuesto a los mismos, como los provenientes de poderes totalitarios o de fundamentalismos morales. No obstante, conviene tener en cuenta que, conforme a lo que se pretendía conseguir, como tal conjunto de elementos mínimos, el mismo permite dar cobertura a una gran pluralidad de términos, como sería el caso de cualquiera de los antes señalados (derechos fundamentales, naturales, etc.), y, como es lógico, respecto a cada término, además de esas propiedades básicas comunes que todos comparten, existen propiedades que los diferencian. Por ello, para dar una definición que nos pueda ser más útil del concepto de los derechos humanos, necesitaremos profundizar tanto en el significado de dichos elementos comunes, cuanto en si es posible identificar algún otro elemento que incorporar para determinar el concepto de los derechos humanos. Lo cual nos lleva a la necesidad de aportar razones que justifiquen ese concepto de los derechos; es decir, es necesario pasar a la fundamentación de los derechos humanos.

[14] L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 20.

[15] En esta línea, José Manuel Sánchez, partiendo de la comprensión de que la conjunción copulativa que se usa en la Declaración para unir dignidad y derechos supone que nos encontramos ante dos nociones autónomas, aunque conexas, también señalará que, conforme a la Declaración, "la dignidad del ser humano significa autonomía para decidir conforme a sus convicciones e igualdad en el trato sin que sea objeto de discriminaciones". J. M. SÁNCHEZ PATRÓN, "La noción de dignidad en la Declaración Universal de los Derechos Humanos", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 39, 2019, pp. 440 y 447-448.

3. LOS PROBLEMAS DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el anterior apartado terminé apuntando la necesidad de atender a la fundamentación de los derechos humanos a fin de determinar de forma más adecuada su concepto. Sin embargo, antes incluso de plantearnos qué fundamentación se puede considerar más justificada, será conveniente plantearse unas cuestiones previas que afectan a toda posible fundamentación de los derechos. Así, en primer lugar, habrá que considerar si sigue siendo posible realizar una fundamentación de los derechos que los vincule a ese plano de la moralidad básica al que antes me refería; después, aun si considerásemos que es posible esa fundamentación de los derechos, habría que preguntarse si sigue siendo necesaria hoy día; a continuación convendría plantearse, aunque sigamos considerando la necesidad –o al menos la relevancia– de hacer el esfuerzo de seguir fundamentando los derechos, si está justificada la propia fundamentación de los derechos; y por último, aunque también la considerásemos justificada, habría que cuestionarse si es posible hablar de una misma fundamentación para los diferentes derechos que generalmente se consideran como derechos humanos, o si existen fundamentaciones diferentes e irreconciliables ente sí para los diferentes derechos.

3.1. Sobre la posibilidad de la fundamentación moral de los derechos humanos

Una primera forma de rechazar la fundamentación de los derechos vinculada al ámbito de la moralidad es porque se considere que la misma es imposible. A esta posición es a la que Peces-Barba se refería como reduccionismo positivista teórico[16]; y se caracteriza porque en el plano de la filosofía moral se parte del relativismo metaético o escepticismo ético; lo que, como señala Nino, supone sostener "que no existen métodos racionales para determinar la validez de juicios valorativos o morales"[17]. Es decir, los que mantienen esta posición consideran que no es posible realizar un discurso racional en el ámbito de la justicia, en el ámbito de los valores, de manera que se permita afirmar la justificación racional de los valores que fundamentan los derechos humanos. Como señala Pérez Luño, este positivismo filosófico

[16] G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, cit., pp. 54-56.

[17] C. S. NINO, *Ética y derechos humanos*, cit., p. 50.

plantea que el problema de la fundamentación es irresoluble, al sostener una teoría metaética no-cognoscitivista, conforme a la cual la fundamentación racional de los valores es imposible por no caber una demostración científica de los mismos[18].

Como es sabido, Alf Ross y Hans Kelsen son ejemplos paradigmáticos de esa postura metaética. Y aunque el pensamiento de ambos autores es mucho más complejo y rico, sus planteamientos resultan relevantes para la comprensión de la posición a la que aquí me refiero respecto a la fundamentación de los derechos. Así, para Kelsen, "El problema de los valores es en primer lugar un problema de conflicto de valores, y este problema no puede resolverse mediante el conocimiento racional. La respuesta a estas preguntas es un juicio de valor determinado por factores emocionales y, por tanto, subjetivo de por sí, válido únicamente para el sujeto que juzga y, en consecuencia, relativo"[19]. Y para Ross, la determinación de los criterios de justicia que se consideran relevantes no responde sino a una simple demanda subjetiva, la justicia no puede ser objeto de discusión racional o conocimiento científico; por lo que afirmar que una norma es injusta "no es más que la expresión emocional de una reacción desfavorable frente a ella. La declaración de que una norma es injusta no contiene ninguna característica real, ninguna referencia a algún criterio, ninguna argumentación. La ideología de la justicia no tiene, pues, cabida en un examen racional del valor de las normas"[20].

Estos postulados del relativismo metaético tienen auténtica fuerza, incluso puede entenderse que en último extremo no es posible demostrar su falsedad, en tanto que comparto que no es posible demostrar racionalmente la validez de los últimos principios sobre los que queramos descansar nuestro sistema de justicia. No obstante, lo que sí que podemos dar son razones que justifiquen la opción por unos principios morales últimos de justicia y, a partir de ellos, justificar racionalmente la mayor validez moral de unos principios y normas de justicia respecto a otros.

Además, el intento de mantener coherentemente los postulados del relativismo metaético adolece de ciertos problemas que no son fáciles de sortear.

---

[18] Vid. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 133-136.

[19] H. KELSEN, "¿Qué es justicia?", en Id., *¿Qué es Justicia?*, edición española a cargo de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1992, p. 39.

[20] A. ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. de G. R. Carrió, Eudeba, 3ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 346.

Así, en primer lugar, cabe entender que si con esos postulados se llegase a querer afirmar que no es posible realizar un discurso racional en el ámbito de la justicia, en el ámbito de los valores, el que los sustentase consistentemente lo habría de realizar, finalmente, a cambio de no poder participar tampoco en el debate racional que se realice en el plano de la ética normativa; no pudiendo, pues, dar razones que se consideren válidas a favor o en contra de una institución, un curso de acción, un determinado modelo social o político o un contenido normativo. Pero, ¿quién estaría dispuesto a mantenerse en ese "solipsismo moral práctico"? Además, de alguna manera hay que responder a las cuestiones éticas que necesariamente se nos plantean en el plano de la ética normativa, y es difícil justificar que esas respuestas se hayan de realizar conforme a criterios que arrinconen el discurso racional, porque entonces, ¿qué nos quedaría para darles respuesta?, ¿la irracionalidad o, simplemente, la imposición por el poder de sus propios criterios?[21]

Y en segundo lugar, cabe advertir que no deja de haber una cierta incoherencia en negar la utilidad de la razón en el ámbito metaético y defender dichos postulados del relativismo metaético a través del propio discurso racional. De hecho, el propio Kelsen dedicaba numerosos argumentos racionales a debatir sobre la Justicia precisamente en su citado ensayo "¿Qué es Justicia?". Y así, al final del mismo llega incluso a determinar lo que es Justicia para él: "la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia"[22]. Pero para poder justificar esa conclusión, aunque pretenda ser un juicio moral subjetivo y relativo, se sirve precisamente de argumentaciones racionales que tratan de justificar que son esos principios morales, que se traducen en principios políticos y jurídicos, más válidos que sus opuestos, que se han de entender rechazados por injustificados. Y ésa es precisamente la labor de fundamentación de los derechos, dar razones que justifiquen el porqué de los derechos, aunque se pueda considerar que ésta es siempre una tarea inacabada y mejorable.

Por eso, frente a la consideración de la imposible fundamentación moral desde la posición del relativismo metaético, cabe considerar, con los matices realizados, que sí es posible esa fundamentación de los derechos.

---

[21] En este sentido, diría Peces-Barba, "renunciar a una reflexión ética sobre el Derecho, a una teoría de la justicia, supone, si se considera al Derecho válido con independencia de sus contenidos de justicia, acomodarse a una relación Derecho y poder, significativa de que aquél es sólo expresión del más fuerte". G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1994, p. 192.

[22] H. KELSEN, "¿Qué es justicia?", cit., p. 63.

3.2. Sobre la necesidad actual de la fundamentación de los derechos humanos

Un segundo problema que existe respecto a la fundamentación de los derechos supone atender a la relevancia o incluso la necesidad de la fundamentación de los derechos. En este sentido, hay planteamientos que señalan que hoy día la fundamentación de los derechos es innecesaria o irrelevante; siendo necesaria y de gran relevancia la consecución de una mejor protección de los derechos que ya están reconocidos en los textos de Derecho positivo, buscándose, así, "la utilidad de los derechos, el servicio que pueden prestar en las sociedades democráticas estatales y en la comunidad internacional para la protección de los individuos" [23]. Se trataría, pues, de abordar la cuestión de los derechos desde una perspectiva más práctica y técnica, centrándose en la cuestión de las garantías que pueden establecerse en el sistema jurídico para la protección efectiva de los derechos ya reconocidos; pudiéndose dar ya por sentadas las bases teóricas de los mismos. Es en esta línea que se suele situar (aunque esa correlación es, en realidad, muy matizable[24]) la famosa frase de Bobbio en la que afirmaba explícitamente que "El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de *justificarlos* como el de *protegerlos*. Es un problema no filosófico, sino político" [25].

---

[23] G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, cit., p. 53.

[24] Champeil-Desplats, por ejemplo, que nos recuerda que "Bobbio sitúa los derechos humanos en el centro de su teoría de la democracia", expone que es posible observar de dos maneras la afirmación por Bobbio de la existencia de los derechos humanos, una prescriptiva y subjetiva, que "conduce a una comprensión de la defensa de los derechos como una expresión de preferencias éticas" y por la que "afirma su adhesión a los valores expresados en los derechos humanos", y otra, "La segunda manera de considerar el fundamento de los derechos humanos desde un punto de vista positivista es recentrar la investigación de este en las condiciones sociohistóricas de su reconocimiento en los órdenes jurídicos". V. CHAMPEIL-DESPLATS, "Derechos humanos y positivismo: planteamiento del problema a partir de dos autores emblemáticos, Kelsen y Bobbio", *Revista Cubana de Derecho*, vol. 1, núm. 2, 2021, pp. 155 y 149.

[25] N. BOBBIO, "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", en Id., *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, p. 61. En la misma línea, afirma Squella: "Sólo quiero decir que las energías de quienes consideran a los derechos humanos como algo importante e imprescindible para la vida y el desarrollo pleno de la persona humana, deberían volcarse, antes que a disputar sobre una eventual "verdadera" justificación y "correcta" definición de los mismos, a la tarea de conseguir –allí donde no los hay– y de mejorar –donde los hay– los mecanismos de que se valen los pueblos y el derecho positivo para el reconocimiento, consagración, respeto y promoción de los derechos del hombre".

En ese sentido, se puede entender que se parte de la consideración de que una mayor indagación en la fundamentación racional de los derechos no logrará que estos se respeten más, en cambio una profundización en una mejor articulación de los instrumentos de protección sí lo logrará[26]. Sin embargo, es necesario subrayar la relevancia e incluso necesidad que sigue teniendo la fundamentación de los derechos humanos. De hecho, cabría señalar que la propia protección de los derechos pasa necesariamente por una adecuada fundamentación de los mismos. Afirmación que justificaré atendiendo a cuatro planos diferentes, aunque los tres primeros están esencialmente vinculados entre sí[27].

En primer lugar, por la actuación del legislador y el control de constitucionalidad de su actuación en relación con la delimitación del contenido de los derechos. Conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de nuestra Constitución, el ejercicio de los derechos reconocidos en el Capítulo segundo del Título I sólo podrá regularse por ley, "que en todo caso deberá respetar su contenido esencial". La cuestión es que la determinación de cuál es ese contenido esencial que se ha de respetar responde en última instancia a la concepción que se tenga del derecho[28]. Lo que, teniendo en cuenta la esencial relación entre concepto y fundamento de los derechos, significa

A. SQUELLA, "El problema del fundamento de los derechos humanos", en Id., *Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos*, Fontamara, 2ª ed., México, 1998, p. 93.

[26] Bobbio ofrecerá distintas razones en esa línea en N. BOBBIO, "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", cit., pp. 53-62.

[27] Claro que existen otras razones y otras formas de presentar y argumentar a favor de las mismas. Así, por ejemplo, Gregorio Robles, ante la afirmación citada de Bobbio, señala cuatro tipos de razones que justifican la necesidad de fundamentar los derechos humanos, a las que denomina como ética ("es absurdo defender unos valores y no saber por qué"); lógica ("dicho porqué o fundamento delimita el contenido concreto, en una u otra dirección, de los derechos humanos"); teórica ("resulta francamente ridículo e inaceptable que nosotros, los teóricos, presentemos teorías sobre los derechos *sin* fundamentarlas"); y pragmática ("para llevar a la práctica dichos derechos es preciso, por lo menos, tener las ideas claras"). G. ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Civitas, Madrid, 1997, p. 12.

[28] Como señala Rafael de Asís, "la atribución de significado al contenido esencial de un derecho es una tarea que implica de alguna manera poner de manifiesto qué concepción se maneja del mismo […] Esto puede confirmarse si nos fijamos en el papel que desempeña esta institución en el control de la constitucionalidad de las leyes. La posible transgresión del contenido esencial no es otra cosa que la colisión entre diversas formas de entender un derecho, la del autor de la norma que supuestamente lo contradice, la de aquel o aquellos que plantean la posible contradicción y la del órgano encargado de determinar su existencia o inexistencia". R. DE ASÍS ROIG, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos. Una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 8.

que finalmente se impondrá la fundamentación que a juicio del Tribunal Constitucional aporte las mejores razones sobre el porqué del derecho que se trate, el porqué, en este sentido, del contenido esencial de ese derecho.

En segundo lugar, por la actuación del Tribunal Constitucional no sólo como legislador "negativo", sino también "positivo". La interpretación que se haga de los derechos –que vendrá determinada por la concepción y consiguiente fundamentación que la justifique– implicará, tanto el contenido de las normas válidas del ordenamiento, cuanto –teniendo en cuenta su directa relación con los valores últimos inspiradores del sistema– la comprensión de los valores de justicia que quedarán positivizados en moral legalizada. Así, conforme a la fundamentación de los derechos que se mantenga, se determinará cómo se ha de interpretar una norma para que sea considerada válida (las conocidas como sentencias interpretativas) respetando, en este caso, el contenido de los derechos fundamentales que se traten; e incluso la necesidad de incorporar un supuesto no incluido expresamente en la norma, supliendo un supuesto error involuntario del legislador, a fin de evitar la violación del principio de igualdad que se produciría de no incorporarse ese supuesto en la norma (las conocidas como sentencias aditivas).

En tercer lugar, por la actuación de los diferentes intérpretes y aplicadores del Derecho en los casos de conflictos entre derechos. En este sentido, habría que considerar que la articulación del ejercicio real de los derechos fundamentales exige atender a la compatibilidad entre los mismos; lo que, en el campo de la interpretación y la aplicación del Derecho, exige, a la hora de ponderar los contenidos de los derechos conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y de establecer la consiguiente compatibilidad y primacía de alguno en caso de conflicto, tener una teoría de los derechos, un concepto y fundamento de los mismos, como criterio base para justificar las consiguientes argumentaciones jurídicas[29].

Finalmente, por la misma necesidad de determinar qué derechos han de ser considerados como derechos humanos. Contrariamente a lo que podría entenderse en posiciones como la expresada por Bobbio sobre la suficiencia

[29] Hay que tener en cuenta que todos los criterios de interpretación del Derecho se verán necesariamente afectados conforme a la teoría de los derechos que se acepte como correcta. En este sentido, un excelente análisis de la incidencia de los derechos en la argumentación jurídica y de la argumentación sobre los derechos, puede verse en R. DE ASÍS ROIG, "Los derechos y la argumentación judicial", *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 10, 2004, pp. 13-33.

del consenso alcanzado en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*[30], los derechos reconocidos en los actuales ordenamientos, internacionales y nacionales, no suponen, no pueden suponer, un consenso inamovible. El proceso de positivación de los derechos, que se inició en los siglos XVII y XVIII, está en permanente desarrollo, como, a su vez, lo está un proceso que podríamos entender como de "desfundamentalización" de los derechos. Así, conforme se profundiza en las razones que justifican la fundamentación de los derechos, se van reconociendo nuevos derechos o nuevas dimensiones de los derechos ya reconocidos, como son, por ejemplo, el derecho al medioambiente o el posible derecho a la accesibilidad universal[31]; y de forma paralela, la pérdida de justificación de ciertos derechos ya reconocidos o de las dimensiones con que se les comprendía, hace que se "desfundamentalicen" esos derechos o sean comprendidos de otra manera, como podría ser el proceso de "desfundamentalización" del derecho a la propiedad privada[32].

En ese sentido, hay que entender que la fundamentación de los derechos es necesaria tanto para la posible exclusión de algunos de los derechos que ya no se consideren fundamentales, cuanto para realizar la inclusión de nuevos derechos. Por eso, no me parece acertada la precaución que autores, como Laporta, señalan respecto al reconocimiento de nuevos derechos; entendiendo que dicha extensión iría en detrimento de la fuerza que han de tener los "auténticos" derechos, que, al ser caracterizados por ser universales, absolutos (aunque sea "prima facie") e inalienables, han de ser necesariamente pocos[33]. Y es que no son los derechos los que obtienen por sí y de una vez para siempre un carácter "sagrado", que los hace dignos de una especial veneración y respeto. Los derechos necesariamente han de estar abiertos a la evolución de las necesidades humanas, a los cambios sociales y culturales; lo

[30] Vid. N. BOBBIO, "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", cit., p. 61; y también A. SQUELLA, "El problema del fundamento de los derechos humanos", cit., p. 93.

[31] Vid. al respecto VV. AA., *Sobre la accesibilidad universal en el derecho*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 117-122.

[32] Así, por una parte, en el artículo 33 de nuestra Constitución se reconoce que la función social del derecho a la propiedad privada delimitará su contenido, lo que está muy alejado del carácter inviolable y sagrado con que fue reconocida en el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; y, por otra, Peces-Barba justificaba directamente su desfundamentalización por entender que no puede ser considerada como una pretensión moral justificada. Vid. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, cit., p. 109.

[33] Vid. F. J. LAPORTA, "Sobre el concepto de derechos humanos", *DOXA*, núm. 4, 1987, pp. 23 y 34.

que justificará la necesaria incorporación de nuevos derechos en el catálogo de los derechos humanos, así como puede llevar a la desfundamentalización o, en todo caso, al redimensionamiento de derechos ya reconocidos[34]. De hecho, lo que hace a los derechos dignos de una especial veneración y respeto es que, como luego justificaré, es a través de su reconocimiento y protección que todas las personas podremos desarrollar una vida humana digna; lo que nos sitúa en el plano de la fundamentación de los derechos.

Por todo ello, más allá de la evidente necesidad de trabajar para conseguir un sistema de protección y garantía eficaz de los derechos ya reconocidos, queda clara la necesidad y trascendencia de seguir indagando en la mejor fundamentación posible de los derechos humanos, que también será necesaria, precisamente, para conseguir la mejor protección posible de los derechos.

3.3. Sobre la justificación de la fundamentación de los derechos humanos

Una tercera posible posición de rechazo a la fundamentación de los derechos sería la de aquellos que consideran radicalmente injustificados los derechos humanos. En esta línea se sitúan tanto los planteamientos que niegan la trascendencia del individuo, la igual dignidad de los seres humanos esencialmente unida a su libertad personal, cuanto los planteamientos que consideran que los derechos humanos están esencialmente vinculados a unas posiciones políticas e ideológicas ilegítimas, de manera que la ilegitimidad de las mismas hace que no esté justificada la fundamentación que existe de los derechos.

Dentro de los primeros planteamientos, "hay que considerar, por una parte, todas las teorías antimodernas que niegan la trascendencia del individuo, de ese individualismo que está en la base de la fundamentación de los derechos humanos. Una posición que se puede ver presente tanto en el

[34] Me parece en este sentido acertada la comprensión de Pérez Luño de que "por más depurados que puedan ser los instrumentos de análisis lógico con los que se aborde la problemática de los derechos humanos, no se puede hacer abstracción de su trama real y concreta, es decir, contextualizada"; y así, su posicionamiento, contrario al de Laporta antes señalado, entendiendo que, invirtiendo los términos que están detrás de sus planteamientos, lo que habría que concluir es que "en el terreno de los derechos humanos: «quien más abarca es también quien más aprieta»". A. E. PÉREZ LUÑO, "Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la Ponencia de Francisco Laporta)", cit., p. 62.

pensamiento de autores contrarios a la filosofía de la Ilustración, como es el caso de Burke o de De Maistre; como en las ideologías transpersonalistas, como la del nazismo que defendería Schmitt y la del fascismo italiano"[35]. Planteamientos que, por más que nos puedan parecer superados, en realidad no lo están. Su ideología ponzoñosa, como el aliento venenoso de la Hidra de Lerna, se sigue extendiendo en nuestras sociedades, y parece que, cómo aquella, aunque se descabecen algunas de sus manifestaciones, surgen otras que la pretenden extender. Por eso es necesario estar atentos para conseguir eliminarla del todo, precisamente a través de la extensión de la cultura de los derechos humanos; pues de todos los problemas que se plantean a la fundamentación de los derechos, éste es el más peligroso, por ser el único radicalmente incompatible con cualquier concepto de los derechos humanos. Estas posiciones han de ser rechazadas porque las mismas sólo pueden defenderse con la negación completa de la cultura de los derechos humanos, de la cultura ilustrada y configuradora de nuestros sistemas de justicia democráticos que se han ido creando desde el tránsito a la Modernidad; y el horror inhumano al que ha llevado ese otro camino ya debería de habernos inmunizado frente al mismo.

Por su parte, también los planteamientos que consideran injustificados los derechos humanos por su inescindible vinculación con determinadas corrientes políticas e ideológicas, tienen manifestaciones desde el inicio del proceso de positivación de los derechos hasta nuestros días. Ése sería el caso del rechazo que se realizó de los derechos humanos por considerar que los mismos respondían a la ideología liberal que estuvo en su origen, de modo que su defensa iba necesariamente vinculada a una defensa de la misma[36];

[35] I. CAMPOY CERVERA, *En defensa del Estado de Derecho. Debilidades y fortalezas del Estado de Derecho a propósito de las críticas de Carl Schmitt*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 181-182.

[36] Vid., por ejemplo, en este sentido, el pensamiento de Carl Schmitt, en C. SCHMITT, *Sobre el parlamentarismo*, estudio preliminar de M. Aragón, trad. de T. Nelsson y R. Grueso, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 17-18; pero también en el pensamiento de Marx se puede ver el rechazo a los derechos humanos por su vinculación con el liberalismo y la consiguiente defensa con ellos de los intereses de la clase social burguesa. Como señala Atienza, "En su obra maestra, *El Capital* (1867), en la sección segunda del libro primero, Marx explica como en el modo de producción capitalista […] es "el verdadero paraíso de los derechos humanos". […] Ahora bien, en el sistema capitalista, los derechos humanos cumplen una función ideológica, la función de enmascarar la explotación capitalista dando a la misma una apariencia de relaciones presididas por la libertad y la igualdad". M. ATIENZA, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, pp. 143-144. En todo caso, es necesario advertir de que, más allá de las consideraciones personales del propio Marx hacia los derechos humanos –que no dejaron de ser

pero también es el caso de aquellos planteamientos actuales que vinculan los derechos humanos a su origen occidental y moderno, viendo los mismos como punta de lanza para la coactiva imposición de una cultura concreta a sociedades con diferentes cosmovisiones. Sin embargo, es esencial entender que la fundamentación de los derechos no está vinculada inescindiblemente a ninguna posición política o ideológica concreta; de hecho, la simple observación de la evolución histórica de los derechos permite rechazar la validez de ese planteamiento. Si bien es cierto que el origen histórico de los derechos los sitúa en el Tránsito a la Modernidad en Occidente y supone su vinculación con la fundamentación del iusnaturalismo racionalista y el liberalismo político, también lo es que su evolución posterior ha respondido a muchas realidades diferentes, incorporando en su fundamentación elementos de muy distintas corrientes ideológicas y culturales –que en absoluto pueden considerarse como un número cerrado–, como son el socialismo, el feminismo, el ecologismo, el pacifismo, etc.; por lo que su fundamentación nunca supone la necesaria vinculación a una ideología o una cultura concreta, más allá de lo que se pueda considerar como la cultura propia de los derechos humanos[37].

3.4. Sobre la unidad de la fundamentación de todos los derechos humanos

Finalmente, un último obstáculo que habría que superar, antes de pasar a proponer una fundamentación de los derechos humanos, sería el que representan aquellas posiciones que rechazan que todos los derechos humanos –al menos los que son reconocidos como tales en el Derecho internacional de los derechos humanos– puedan tener una misma fundamentación; rechazando una parte de los derechos por considerar que no están realmente fundamentados, incluso que su reconocimiento y protección resultaría incompatible con los que sí consideran fundamentados. Es la consideración

ambiguas–, la relación entre el marxismo y los derechos humanos es mucho más intrincada y compleja. Vid. al respecto, por ejemplo, M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Marxismo y Filosofía del Derecho*, Fontamara, 2ª ed., México, 1998, pp. 21-63; y E. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Marxismo, Democracia y Derechos Humanos*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 31-109.

[37] En esa línea, vid., por ejemplo, el acercamiento al pluralismo y la diversidad cultural desde una concepción intercultural de los derechos humanos, en J. D. OLIVA MARTÍNEZ y D. BLÁZQUEZ MARTÍN, *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, con estudio introductorio de G. Peces-Barba, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

que se hace desde la comprensión del carácter heterogéneo e incompatible de los diferentes derechos. Y aunque la misma puede darse respecto a cualesquier grupos de derechos que se pueda tomar en consideración, conviene destacar la que se señala entre los individuales y civiles, por una parte, y los económicos, sociales y culturales, por otra; no sólo porque es una distinción clásica, que incluso hizo aparecer dos Pactos Internacionales de Naciones Unidas y ha tenido su repercusión en Constituciones como la nuestra, sino también porque hoy día se mantiene en la predominante visión neoliberal de la globalización.

La idea básica que sustenta esos planteamientos es que que la libertad que da fundamento a los derechos individuales y civiles es negada con la intervención que el Estado ha de hacer en la economía y la sociedad para garantizar la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales[38]. Sin embargo, lo que esos planteamientos suponen, en realidad, es atender a una sola dimensión del concepto de libertad, la formal, que se vincula con la idea que Kant supo resumir magistralmente al afirmar que "*No hay sino un derecho innato*. La *libertad* (la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro), en la medida en que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, es este derecho único, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad"[39]. Y así se niega la dimensión material del propio valor libertad (además de la del valor igualdad y el valor solidaridad), entendiendo que la misma no haría sino impedir esa libertad innata de los hombres. Una dimensión material que, sin embargo, supondría entender que la libertad es que todas las personas han de poder desarrollar sus propios planes de vida en igualdad de condiciones con las demás personas, independientemente de sus circunstancias y condiciones personales, sociales, económicas, culturales o de cualquier otra índole. De hecho, la misma idea de que la libertad ha de permitir vivir las propias vidas conforme a una ley universal, que estaba en la base fundamentadora de los derechos individuales y civiles, también puede entenderse que sigue siendo la base fundamentadora de los derechos económicos, sociales y culturales[40].

[38] En este sentido siguen siendo muy relevantes, por explícitas, las palabras con que comenzara Nozick su famoso libro *Anarquía, Estado y Utopía*. Vid., así, R. NOZICK, *Anarquía, Estado y Utopía*, trad. de R. Tamayo, Fondo de Cultura Económica, México, 1990, pp. 7-9.

[39] I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, estudio preliminar de A. Cortina Orts, trad. y notas de A. Cortina Orts y J. Conill Sancho, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1994, pp. 48-49.

[40] En este sentido me parecen muy certeras las palabras de Rosselli cuando advertía de que "El socialismo [que, en realidad, supone una de las distintas ideologías que justificaban el

En esta línea, considero que los planteamientos que intentan señalar esa heterogeneidad e incompatibilidad de los derechos, y la consiguiente imposibilidad de una fundamentación común de los distintos derechos humanos, responden en realidad a una incomprensión profunda de lo que es la fundamentación de los derechos, que trae causa, precisamente, en que se realizan desde opciones ideológicas y políticas concretas. El problema no es, en realidad, que no haya una fundamentación común a los derechos, sino que la fundamentación que es propia de una ideología política concreta puede ser incompatible con el debido reconocimiento y protección de todos los derechos[41].

Y es que hay que entender que la fundamentación de los derechos no responde a un tipo concreto de ideología política, sino que, como apunté en el anterior apartado, la fundamentación responde a una cultura propia de los derechos humanos, una cultura conformada por razones que tienen su origen en muy diferentes corrientes de pensamiento y que se unifican, precisamente, en esa fundamentación última que tiene como base la igual dignidad de los seres humanos esencialmente unida a su libertad personal[42]. Una

---

reconocimiento y protección de los nuevos derechos económicos, sociales y culturales a través de la intervención del Estado en la economía y en la sociedad] no es más que el desarrollo lógico, llevado a sus consecuencias extremas, del principio de libertad. Considerado en su principio substancial y juzgado en sus resultados, el socialismo –en tanto que movimiento de emancipación completa del proletariado– es un liberalismo en acción, es la libertad que se elabora para los humildes". C. ROSSELLI, *Socialismoliberal*, introducción de N. Bobbio, trad. de D. Abad de Santillán –de la introducción M. Merlino–, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1991, p. 80.

[41] Resulta interesante en este punto el análisis que realiza Lattimer al partir de dos conceptos de los derechos humanos, uno hace referencia a que los derechos humanos serían los que todo ser humano tiene por el simple hecho de serlo, que apuntan a los valores básicos que se han de respetar para respetar al ser humano; mientras que el otro hace referencia a que los derechos humanos serían los que nos permiten ser humanos, que apuntan a la realización de la dignidad y el potencial del ser humano. Para Lattimer si bien ambos conceptos responden a fundamentos diferentes, es precisamente la tensión entre ambos lo que ha permitido la evolución de los derechos humanos, y, finalmente, apunta cómo el segundo concepto incluye en buena medida al primero dando una mayor extensión a los derechos humanos, en el sentido de que para saber qué derechos son los que nos han de permitir nuestra realización como seres humanos hemos de partir de la consideración de qué derechos son esenciales para considerar que se respeta al ser humano como tal. M. LATTIMER, "Two Concepts of Human Rights" *Human Rights Quarterly*, núm. 40, 2018, pp. 406-419, especialmente pp. 407, 408 y 416.

[42] En esta línea, resulta interesante la afirmación que realiza Ochoa, en su análisis de cómo ha contribuido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la definición jurídica del concepto de dignidad humana: "Entre los principios y valores compartidos entre los pueblos de Europa, y que conforman su identidad, adquiere una importancia de primer orden la dig-

cultura que, en todo caso, es cierto que también supone un límite a los derechos que se pueden entender como derechos humanos, y no sólo cuando nos encontramos ante pretensiones morales injustificadas, sino también ante determinadas pretensiones morales justificadas. Así, por ejemplo, por muy legítimos que nos puedan parecer los derechos de los animales, no creo que se hayan de incorporar en el discurso de los derechos humanos; al menos si hemos de entender que estos comparten ese núcleo de certeza o contenido mínimo del concepto de derechos humanos al que antes me he referido en relación con la igual dignidad de los seres humanos esencialmente unida a su libertad personal[43].

4. UNA PROPUESTA DE CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como antes he señalado, la historia de los derechos humanos es muy larga, pudiéndose hablar con propiedad de la misma al menos desde el Tránsito a la Modernidad, por lo que son casi inabarcables todas las propuestas de concepto y fundamento que se han venido realizando de los derechos humanos; sin embargo, no es, ni puede ser, objeto de este artículo hacer siquiera una mención de las mismas. El objetivo de este artículo es, como avancé al principio, hacer una propuesta, la que considero más justificada, del concepto y el fundamento de los derechos humanos, habiendo previa-

nidad humana, junto con los derechos humanos y libertades fundamentales que derivan de la misma. Aunque sólo tras los horrores de la II GM se tomó conciencia de que la dignidad humana es el fundamento último de los derechos humanos, una tradición secular ha ido acuñando la idea del valor intrínseco de cada ser humano individual". Por eso, aunque la dignidad humana no aparece expresamente mencionada en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la ha ido incorporando vinculándola a diferentes derechos reconocidos en el Convenio, y de forma muy especial al derecho al respeto a la vida privada que se reconoce en el artículo 8, que le ha servido para desarrollar "una línea jurisprudencial en la que ha identificado la dignidad humana con el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía personal, en sintonía con el concepto de *privacy* acuñado por la jurisprudencia norteamericana". N. OCHOA RUIZ, "La dignidad humana como fundamento de la identidad europea: la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la delimitación de la noción de dignidad humana", *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. Especial 2, 2019, pp. 207, 213 y 216.

[43] Aunque hay opiniones muy autorizadas que mantienen posiciones radicalmente diferentes a la mía. Como es el caso de J. L. REY PÉREZ, quien en *Los derechos de los animales en serio* (Dykinson, Madrid, 2018), aboga por el reconocimiento a los animales que forman parte de nuestras comunidades políticas, de derechos de libertad, sociales y políticos.

mente señalado cómo entender que se pueden superar los problemas básicos a los que se ha de enfrentar cualquier propuesta que se quiera hacer. Y para la consecución de ese objetivo, entiendo que lo más adecuado es partir de la teoría que considero más cercana a la propuesta que voy a realizar, la teoría dualista que propusiese Gregorio Peces-Barba[44].

La teoría dualista señala la existencia de una inescindible interrelación entre la dimensión moral de los derechos, desde el ámbito de la moralidad crítica, y el elemento jurídico, en cuanto a la exigencia del reconocimiento de los derechos en el Derecho positivo para que tengan existencia como tales. Es decir, que, como afirma Rafael de Asís, "un defensor de la aproximación dualista mantendrá que no basta con la justificación ética sino que es necesaria la incorporación de la pretensión al Derecho. Al mismo tiempo señalará que no basta con la mera incorporación al Derecho, sino que es necesario que la pretensión posea una justificación ética. Esto significa que: a) sin justificación moral no hay derecho fundamental y, b) sin incorporación al Derecho no hay derecho fundamental"[45].

No obstante, entiendo que en el desarrollo de la teoría dualista finalmente se termina produciendo una confusión entre los elementos morales y jurídicos que se interrelacionan en el fundamento y el concepto de los derechos, al pretenderse distinguir entre las pretensiones morales racionalmente justificadas, que pertenecen al fundamento de los derechos, y el elemento jurídico que daría existencia al derecho como tal y conforma el concepto de los derechos[46]. Sin embargo, si indagamos en el porqué de los derechos, podemos observar que las razones que justifican su existencia es que consideramos que la utilización de los instrumentos jurídicos que denominamos derechos subjetivos[47] es la mejor forma de conseguir reali-

[44] Vid., por ejemplo, uno de sus primeros escritos al respecto, en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, "Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de Moral y Derecho", en J. MUGUERZA *et al.*, *El fundamento de los derechos humanos*, cit., pp. 265-277.

[45] R. DE ASÍS ROIG, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos. Una aproximación dualista*, cit., p. 17.

[46] En esta línea, para Rafael de Asís, "el modelo dualista implica un punto de vista sobre el fundamento y el concepto de los derechos. En relación con el fundamento, sitúa a los derechos dentro de un marco moral atribuyéndoles la función del logro de una vida humana digna. En el ámbito del concepto, integra necesariamente el discurso de los derechos en un concepto de lo jurídico que pueda abrirse a ese marco moral y que sea capaz de garantizar dicha función". R. DE ASÍS ROIG, "Concepto y fundamento de los derechos humanos", en J. J. TAMAYO, (dir.), *10 palabras clave sobre derechos humanos*, Editorial Verbo Divino, Estella, 2005, p. 32.

[47] Sin poder entrar aquí en la enorme discusión doctrinal que ha supuesto y supone dilucidar qué cabe entender como derecho subjetivo.

zar las pretensiones morales que consideramos racionalmente justificadas, que tienen como referente último la igual dignidad de todas las personas esencialmente unida a su libertad personal. Es decir, ya en la fundamentación arropamos a las pretensiones morales con el ropaje jurídico de los derechos, aunque no tengan la protección jurídica que le otorga el Derecho hasta que no hayan sido expresamente reconocidos en el mismo; de la misma manera que en el concepto de los derechos humanos se dan tanto las dimensiones jurídicas como las morales. En este sentido, no hay necesidad de que las pretensiones morales justificadas hayan de estar positivizadas como derechos para que podamos hablar con propiedad de la existencia de derechos humanos (aunque en la teoría dualista se pretenda salvar el problema utilizando el término derechos fundamentales cuando estamos hablando de derechos ya positivizados). De esta manera, se entiende la necesaria interrelación de ambos ámbitos, el moral y el jurídico, para el reconocimiento de los derechos humanos, sirviendo los requisitos jurídicos que se han de satisfacer de límite y encauzamiento de las pretensiones morales justificadas[48]. Por consiguiente, habría que concluir que tanto la dimensión moral como la jurídica están presentes tanto en el fundamento como en el concepto de los derechos humanos.

Por otra parte, la teoría dualista de los derechos también nos resulta de interés al exponer que para la adecuada comprensión de los mismos hay que atender, además de a los elementos de la moral y el Derecho, a otros tan relevantes como son la sociedad, la historia y el poder político[49]. Lo que nos permite entender bien la paulatina configuración, en permanente evolución, de la cultura propia de los derechos humanos a la que antes me referí; y nos lleva, así, a su "desacralización", al no considerarlos absolutos o eternos, existentes más allá de la voluntad de los hombres. Aunque esto, como antes apunté, no ha de restar un ápice a su relevancia y trascendencia para la

[48] El mismo Peces-Barba señalaba que los derechos fundamentales son "Un subsistema dentro del sistema jurídico, el Derecho de los derechos fundamentales, lo que supone que la pretensión moral justificada sea técnicamente incorporable a una norma, que pueda obligar a unos destinatarios correlativos de la obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo, que sea susceptible de garantía o protección judicial, y, por supuesto que se pueda atribuir como derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad a unos titulares concretos". G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, *cit.*, pp. 109-110.

[49] Vid. R. DE ASÍS ROIG, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos. Una aproximación dualista*, *cit.*, p. 14.

humanidad en su conjunto y cada hombre en particular; pues, como a continuación expondré, han de ser considerados nada menos que los instrumentos que se consideran idóneos para que las personas puedan llevar una vida digna. De lo que si nos ha de servir es, precisamente, de advertencia sobre su fragilidad; pues la cultura de los derechos humanos, como toda cultura, igual que se desarrolla puede desaparecer, y ya deberíamos de saber, y temer, lo que significa un mundo en el que no se reconozcan y protejan los derechos humanos[50].

De esta manera, se puede concluir que cabe alegar la existencia de razones justificadas, desde el plano de la moralidad crítica, para determinar que la existencia de los derechos humanos se vincula en última instancia a la fundamentación ética que se basa en la comprensión del valor último de la igual dignidad de todo ser humano esencialmente vinculada a su libertad personal[51]; que dichas razones justifican igualmente la necesidad de dar cauce jurídico en forma de derechos a las pretensiones morales que se derivan de ese fundamento ético; que ese fundamento de los derechos está abierto a la evolución histórica y social de la ética, el poder y el Derecho; y así, que el concepto de los derechos que consideremos más justificado tendrá que incorporar esas dimensiones éticas, políticas y jurídicas que encontramos en su fundamentación. En los dos apartados siguientes expondré estas ideas con un poco más de detalle.

[50] Como bien dice Bulygin, "la fundamentación de los derechos humanos en el derecho natural o en una moral absoluta no sólo es teóricamente poco convincente, sino políticamente sospechosa, pues una fundamentación de este tipo tiende a crear una falsa sensación de seguridad: si los derechos humanos tienen una base tan firme, no hace falta preocuparse mayormente por su suerte, ya que ellos no pueden ser aniquilados por el hombre. Para la concepción positivista, en cambio, los derechos humanos son una muy frágil, pero no por ello menos valiosa conquista del hombre, a la que hay que cuidar con especial esmero, si no se quiere que esa conquista se pierda, como tantas otras". E. BULYGIN, "Sobre el status ontológico de los derechos humanos", *DOXA*, núm. 4, 1987, p. 84.

[51] Comparto con Atienza, en todo caso, su creencia en que "la unidad del valor ha de ser considerada cuando menos como una idea regulativa, una exigencia de la racionalidad práctica. […] Me parece que eso es lo que está detrás de nuestras constituciones y declaraciones de derechos (empezando por la de la ONU) cuando erigen a la dignidad humana como el fundamento de todos los derechos, pero, al mismo tiempo, no dejan de reconocer que esos derechos (valores o principios) son plurales y, al menos potencialmente, conflictivos". M. ATIENZA, "El fundamento de los derechos humanos: ¿dignidad o autonomía?", *Revista Cubana de Derecho*, vol. 1 núm.1, 2021, p. 33.

4.1. El fundamento ético en la vida humana digna. El ejercicio de la libertad de elección y la consecución del libre desarrollo de la propia personalidad

Conforme a lo que he apuntado en el apartado anterior, el fundamento ético de los derechos tiene como referente último la igual dignidad de todas las personas esencialmente vinculada a su libertad personal. Ahora pretendo justificar esa idea aclarando en qué sentido entiendo que esa conexión se produce a través de la vinculación entre el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de elección y la vida humana digna.

La libertad de elección o libre albedrío supone la capacidad del ser humano de tomar un curso de acción u otro diferente, de tomar decisiones conforme a sus propios criterios. Se entiende que la libertad de elección es un dato de la condición humana, aunque la misma es discutida desde posiciones del determinismo materialista, conforme al cual todas las acciones tendrían una explicación última en la interacción que se da entre diferentes componentes de la materia conforme a leyes naturales[52]. Pero desde el plano moral, la aceptación de dicho determinismo materialista terminaría significando la "cosificación" del ser humano, con la consiguiente pérdida de valor de sus acciones y de su propia existencia personal. De esta manera, se entiende que la libertad de elección, necesaria para dar valor moral al ser humano y a sus acciones, es fundamento y condición de la moralidad.

El libre desarrollo de nuestra propia personalidad no deja de ser una utopía que guía nuestra acción como seres morales. Es la consecución de nuestros propios planes de vida, el desarrollo de todas nuestras capacidades y potencialidades al máximo nivel posible conforme a nuestra "auténtica" voluntad; es decir, la voluntad manifiesta cuando se considere que la persona tiene la suficiente "madurez" o "capacidad" para la toma de decisión que se trate (que viene determinada por la posibilidad de utilizar las facultades cognitivas, tener la información suficiente sobre las circunstancias relevantes respecto a la decisión que se ha de tomar y la experiencia para poder valorar convenientemente esa información) o, si se entendiese que no se tiene esa "madurez" o "capacidad" requerida, la que se considera que, tomando los

[52] Dejo fuera otros posibles "determinismos", como el que se señala que se produce por la educación recibida, la sociedad en la que se vive o los genes que se tienen; en la comprensión de que los mismos apuntan a condicionantes fuertes de las conductas humanas, pero no a la imposibilidad de actuar de otra manera a cómo se hace, que es a lo que me refiero con determinismo materialista en el texto principal.

datos vitales necesarios para ello, sería su voluntad de tener en ese momento dicha "madurez" o "capacidad"[53].

Ambas dimensiones de la libertad están, pues, esencialmente unidas; ambas son necesarias y se condicionan, prescindir de una destruye el sentido moral de la otra[54]. El ejercicio de la libertad de elección es la condición necesaria para poder alcanzar el libre desarrollo de nuestra propia personalidad; y el libre desarrollo de nuestra propia personalidad sería el objetivo a alcanzar a través del ejercicio de la libertad de elección.

De nuevo vuelven a ser relevantes los planteamientos de Kant, y más concretamente la vinculación que hay que hacer entre la formulación de su imperativo categórico según la cual todo hombre existe como un fin en sí mismo, con la dimensión moral de su idea de libertad que significa la capacidad del ser humano de autolegislarse moralmente en el ejercicio racional de la autonomía de su voluntad[55]. De esta manera, cabe entender que la idea de dignidad humana en el pensamiento de Kant (y con él muchos pensadores posteriores) va inescindiblemente unida a lo que hoy podríamos entender como el pleno desarrollo de la personalidad del individuo en una vida dirigida por él mismo[56]. En este sentido, cuando hablo de que la libertad es el va-

[53] A esta idea de "auténtica" voluntad de la persona, de la que aquí sólo puedo dar una definición general, me he referido en diferentes escritos. Así, por ejemplo, en I. CAMPOY CERVERA, "La construcción de un modelo de derechos humanos para los niños, con o sin discapacidad", *Derechos y Libertades*, núm. 37, 2017.

[54] A un planteamiento similar se refería Peces-Barba como el dinamismo de la libertad, en relación con la vinculación existente entre la libertad de elección y la que denominaba como libertad moral. Vid. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, cit., pp. 228-232.

[55] Pueden verse en este sentido las reflexiones que hacía al respecto en I. CAMPOY CERVERA, "Kant y los derechos de los niños", en A. CASTRO, F. J. CONTRERAS, F. H. LLANO y J, M. PANEA (coords.), *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el bicentenario de su muerte*, prólogo de A. E. Pérez Luño, epílogo de P. Badillo O'Farrell, Grupo Nacional de Editores (Innovación Lagares), 2ª ed., revisada y ampliada, Sevilla, 2004, pp. 15 y ss.

[56] Por ejemplificar esta idea con algunas palabras de Kant, parece contundente la afirmación que realiza de que "La *autonomía* es, así pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional". I. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, edición bilingüe y trad. de J. Mardomingo, Ariel, Barcelona, 1999, p. 203. Aunque otros pasajes reveladores en este sentido también pueden verse, por ejemplo, en I. KANT, *Crítica de la razón práctica*, ed. y trad. de R. R. Aramayo, Alianza Editorial, Madrid, 2000, pp. 250-251, o en I. KANT, *Antropología. En sentido pragmático*, versión española de J. Gaos, Alianza Editorial, Madrid, 1991, pp. 238 y 242. Y entre la doctrina, también son esclarecedores de esa conexión en el pensamiento de Kant de los conceptos de dignidad humana y autonomía legisladora de la voluntad de la persona, E. CASSIRER, *Kant, vida y doctrina*, trad. de W. Roces, Fondo de Cultura

lor esencial estoy haciendo referencia a la consideración de que la única forma de respetar la dignidad de la persona es reconociéndole y protegiéndole la posibilidad de que ella misma, en la medida de lo posible (con el límite cierto de la consideración a la libertad de las otras personas), pueda diseñar sus propios planes de vida y actuar para su efectiva consecución[57].

De esta manera, esa vinculación entre la libertad de elección y el libre desarrollo de la propia personalidad es tan decisiva que la propia idea de dignidad humana debe reformularse, pues es la libertad personal la que termina dando sustantividad a esa determinación de cómo se ha de ejercer la libertad de elección y cómo se ha de alcanzar el libre desarrollo de la propia personalidad; por lo que ha de entenderse que es cada persona la que ha de determinar finalmente lo que constituye para ella lo que acertadamente Rafael de Asís denomina como una vida humana digna[58]. La dignidad humana se conforma con los elementos básicos necesarios de la libertad de elección y el libre desarrollo de la personalidad, pero es con el ejercicio individual de los mismos que se alcanza la vida humana digna de cada persona[59].

Económica, Madrid, 1993, p. 293 o A. E. PÉREZ LUÑO, "El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos", en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, E. FERNÁNDEZ GARCÍA y R. DE ASÍS ROIG (dir.), *Historia de los derechos fundamentales, Tomo II: Siglo XVIII, Volumen II: La filosofía de los derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 470-471 y 475.

[57] Evidentemente, lo que afirmo en el texto principal no quiere decir que el concepto de autonomía que hoy podemos entender en el fundamento ético de los derechos humanos sea el mismo que expresase Kant. En este sentido, es muy interesante el análisis del concepto de autonomía que realizase Francisco Laporta, para quien "la aquí llamada autonomía personal no es rigurosamente igual a lo que Kant entendía por tal", identificando cuatro elementos del concepto de autonomía personal que se superponen entre sí: "libertad negativa para realizar acciones, control racional de la satisfacción de preferencias de acuerdo con su jerarquía estratificada, proyección de las decisiones reflexivas en el tiempo y conformación de planes generales y abstractos interrelacionados". F. J. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 36 y 34.

[58] En concreto, para Rafael de Asís, "Se logra una vida humana digna cuando el ejercicio de esas capacidades [para razonar, para sentir y para comunicarse] orientado hacia el logro de un plan de vida se lleva a cabo de una forma satisfactoria para el agente en cuestión". R. DE ASÍS ROIG, "La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho y poder", en I. CAMPOY CERVERA, (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 65.

[59] En todo caso, es interesante recordar que la consecución del libre desarrollo de la personalidad en el ejercicio de la libertad de elección es un ideal regulativo y que su cumplimiento no puede ser sino gradual. En una línea similar, para Laporta, se ha de proteger (y para eso reconocemos y garantizamos los derechos humanos) la autonomía personal, "seguramente el elemento básico de identificación de nosotros mismos, pues al desarrollar nuestras acciones y

Se ha de entender, pues, que el fundamento ético de los derechos humanos radica en última instancia en que las personas puedan alcanzar al máximo nivel posible el libre desarrollo de su propia personalidad mediante el ejercicio de su libertad de elección y, así, vivir lo que cada una considera que para ella es una vida humana digna[60].

4.2. El fundamento y la concepción ética, política y jurídica de los derechos humanos

El fundamento ético al que me he referido en el anterior apartado explica bien el objetivo último que se ha de alcanzar: el libre desarrollo de la propia

proyectos en el marco de un conjunto de planes de vida expresamos de un modo preciso quiénes somos"; entiendiendo que "[e]l concepto de autonomía […] es un concepto gradual, es decir, denota propiedades de un ser humano que pueden darse en mayor o menor grado. […] Esto es muy importante porque, así concebida la autonomía, no excluye la posibilidad de afirmar que una persona puede ver anulada parcialmente la proyección concreta de su autonomía en una decisión sin que ello signifique que como tal persona haya dejado de ser autónoma, o que esa anulación parcial no posibilite a su vez un grado mayor de realización de otras dimensiones de la autonomía. Una conducta prohibida por la ley disminuye en su ámbito la autonomía de sus destinatarios, pero puede aumentar la autonomía de esos mismos destinatarios en otros ámbitos". F. J. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, cit., pp. 36 y 34.

[60] Excedería con mucho los límites de este artículo tratar las amenazas actuales que para esta idea de dignidad humana y vida huma digna se plantean con realidades tan diversas, aunque concomitantes, como son el transhumanismo, la singularidad de la inteligencia artificial o el "perfeccionamiento" humano a través de ciborgs o la medicina genética. Sin embargo, creo que el debate está abierto y para mí es necesario abordarlo desde unas fuertes bases humanistas y el respeto por las ideas de dignidad humana y vida humana digna que aquí defiendo. En este sentido, aunque desde posiciones humanistas, los retos del tranhsumanismo lleva, sin embargo, a Lacalle a realizar una crítica a la idea de vida humana digna que he expuesto, partiendo de la discutible afirmación de que "El transhumanismo implica una negación de la naturaleza humana y su sustitución por la libre voluntad del individuo", y llegando a la errónea consideración de que "Todas las concepciones que ponen el foco principal en la autodeterminación del individuo rechazan la naturaleza y, paralelamente, exaltan la libertad negativa: que cada uno haga lo que quiera porque el bien y el mal, si existen, son irrelevantes. El criterio de bondad de un acto no reside en aquello que se elige, sino en el hecho de haber sido elegido con libertad". M. LACALLE NORIEGA, "Transhumanismo y Derecho: de la naturaleza humana a la autodeterminación como fundamento de los derechos humanos", *Cuadernos de Bioética*, vol. 32, núm. 105 pp. 228 y 229. Sin embargo, es evidente que la aproximación crítica al transhumanismo y una respuesta a las cuestiones que éste plantea también pueden hacerse desde la revalorización del humanismo, la dignidad humana, la vida humana digna y los derechos humanos conforme a los planteamientos que defiendo en este artículo. En esta línea es muy recomendable el excelente libro F. H. LLANO ALONSO, *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018.

personalidad en el ejercicio de la libertad de elección. No obstante, entendiendo que el ser humano es un ser caracterizado por una interdependencia radical con otros seres humanos –lo que supone conectar con la concepción aristotélica del hombre como *zoon politikón*–, habrá que concluir que la consecución del libre desarrollo de la personalidad no tiene sentido alguno si no se atiende a su consecución junto al resto de los individuos que conforman nuestra comunidad ética, política, jurídica y personal[61]. Por eso, y en directa conexión con el elemento funcional del contenido mínimo del concepto de derechos humanos que se señalaba en la definición de Prieto Sanchís antes citada, se entiende que las estructuras sociales en las que hemos de desarrollar nuestras vidas (en todos los planos posibles, económicos, políticos, jurídicos, etc.) sólo estarán legitimadas si conforme a ellas se consigue alcanzar ese objetivo último, que de esta manera pasa a ser el objetivo común, de todos los miembros de la sociedad, de que el mayor número de personas posible consiga alcanzar al máximo nivel posible el libre desarrollo de sus diferentes personalidades[62]; pues si cada persona ha de poder actuar para alcanzar el desarrollo de su propia personalidad viviendo conforme a su concepción de lo que es una vida humana digna, el sistema de los derechos humanos habrá de buscar que todas y cada una de las personas que forman parte de la sociedad puedan actuar para conseguir alcanzar el desarrollo de sus propias personalidades, siendo todas ellas diferentes entre sí.

---

[61] Sobre la necesidad de superar la concepción de que la persona es un ser independiente y dar toda la trascendencia que merece a la comprensión de la vulnerabilidad de la naturaleza humana y la necesaria interdependencia entre las personas, vid. el excelente libro de Andrés Lazo, A. LAZO JARA, *Autonomía, Vulnerabilidad, Dependencia y Derechos Humanos. La configuración de un modelo social inclusivo para todas las personas*, edición a cargo de I. Campoy Cervera, Dykinson, Madrid, 2020.

[62] Como afirma Javier de Lucas: "La lucha por los derechos, a la que me he referido como motor y elemento básico de una cultura de los derechos, significa, en clave de universalidad, que ningún derecho de ningún ser humano puede serme ajeno. No podemos aceptar que esa lucha sea solo, pues, por nuestros derechos y por los derechos de los nuestros, si no es también y al mismo tiempo lucha por los derechos de los otros. Por una razón obvia: los derechos de los otros son los nuestros. Y eso no significa homogeneidad: cada uno de nosotros es diferente precisamente porque la característica reivindicada por la Ilustración como definitoria, la autonomía –clave de la dignidad– significa ante todo libertad, fundamento de los derechos. La universalidad, por tanto, debe permitir que la igualdad sea entendida desde la diferencia y no pese o contra ella". J. DE LUCAS, "Algunos elementos básicos de la 'cultura de los derechos' ¿Por qué los derechos humanos?", *Studia Historica. Historia Contemporánea*, núm. 36, 2018, p. 34.

En todo caso, el hecho de que pase a defender que el objetivo común es que sea el mayor número de personas posible el que consiga alcanzar al máximo nivel posible el libre desarrollo de sus diferentes personalidades no supone situar este posicionamiento dentro del utilitarismo. Como he explicado en el apartado anterior, mi propuesta se basa, precisamente, en un fundamento ético que tiene como referente último el respeto por la igual dignidad de todas las personas; de manera que ninguna medida se podría considerar justificada si supusiese un desprecio de dicho principio básico. La clásica fórmula de la ética consecuencialista del utilitarismo, conforme a la que se justifican las acciones si con las mismas se consigue maximizar la utilidad del conjunto social, no sería compatible con esta posición que aquí se defiende; no sólo porque se entiende que esa maximización "de la utilidad" habría de tener un objetivo concreto, que es que el mayor número de personas posible consiga alcanzar al máximo nivel posible el libre desarrollo de sus diferentes personalidades, sino porque, además, se entiende que dicho objetivo sólo se podría conseguir desde el respeto en todo momento a la igual dignidad de todas las personas[63].

Por otra parte, y siguiendo la reputada doctrina del profesor Peces-Barba al respecto, hay que entender que la Ética Pública de la Modernidad,

[63] En realidad, no pretendo excluir toda posibilidad de que una posición que se considere utilitarista pueda establecerse aceptando esos posicionamientos –como podría ser una que profundizase en la línea marcada por John Stuart Mill al intentar compatibilizar los principios del utilitarismo con el liberalismo en sus libros *El Utilitarismo* y *Sobre la libertad*–; pero entonces estaríamos alcanzando cuando menos los límites de lo que cabe entender como utilitarismo –y es que, como señalaba Sandel, si bien Mill ofrece respuestas para intentar solventar los problemas fundamentales del utilitarismo clásico derivados de no dar suficiente importancia a los derechos y la dignidad humana, eso, en realidad, "le lleva más allá de los confines de la moral utilitaria"–. En el sentido que aquí apunto, Dworkin, para quien tomarse los derechos en serio supone aceptar al menos una o dos ideas básicas: la dignidad humana y la igualdad política de todos los miembros de la comunidad política, señala, en una interesante nota a pie de página, que "No es necesario que considere tales ideas como axiomáticas. Esto es, puede tener razones para insistir en que la dignidad o la igualdad son valores importantes, y esas razones pueden ser utilitarias. Puede creer, por ejemplo, que, *a la larga*, el bien general sólo resultará favorecido si tratamos la indignidad o la desigualdad como injusticias grandísimas, y jamás permitimos que nuestras *opiniones* sobre el bien general las justifiquen. No conozco ningún buen argumento en pro ni en contra de esta especie de utilitarismo "institucional", pero es congruente con lo que señalo, porque sostiene que debemos tratar toda violación de la dignidad y de la igualdad como delitos morales especiales, que van más allá de cualquier justificación utilitarista corriente". M. J. SANDEL, *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, trad. de J. P. Campos Gómez, Debate, Barcelona, 2011, p. 63; y R. DWORKIN, "Los derechos en serio", en Id., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1999, p. 502.

como constructo cultural que se fue realizando originalmente en las sociedades occidentales con unas dimensiones decisivas a partir del tránsito a la Modernidad, responde a la protección de la idea de dignidad humana a través de las consustanciales dimensiones del valor libertad y su necesaria interacción con los valores de la igualdad y la solidaridad[64]; y que es la comprensión histórica que se ha ido haciendo de las dimensiones que determinan el contenido de estos valores la que ha ido informando los distintos modelos de Estado de Derecho, configurando su estructura política y los fines del Derecho. De manera que el poder político de los diferentes modelos de Estado de Derecho han ido asumiendo las dimensiones de esos valores de la Ética Pública de la Modernidad transformándolas en ética política, para, por mediación suya, y a través de su incorporación en el Derecho (convirtiéndose así en moral legalizada) organizar y racionalizar el poder y la sociedad con el adecuado reconocimiento y protección de los derechos humanos, de tal forma que se consiguiese en la mayor medida posible el objetivo común último de que todos los individuos de la sociedad puedan alcanzar efectivamente la consecución del libre desarrollo de sus diferentes personalidades a través del ejercicio de su libertad de elección. De esta manera, y conforme a lo que apunté en el anterior apartado, se observa que las pretensiones morales propias del fundamento ético están abiertas al cambio que se produce con la necesaria evolución histórica y social que acompaña a las dimensiones jurídicas y políticas del fundamento de los derechos; y se observa un esquema trascendental en la comprensión de la legitimidad del poder y de la justicia en el Derecho, que responde a los modelos políticos históricos del Estado de Derecho[65], y actualmente en su versión de Estados constitucionales[66].

---

[64] Vid. un desarrollo de estas ideas en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, cit., pp. 113-144 y 207-294.

[65] Como señalaba Pérez Luño: "En su significación *axiológica objetiva* los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes. Por ello, corresponde a los derechos fundamentales un importante cometido legitimador de las formas constitucionales del Estado de Derecho". A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 9ª ed., Madrid, 2007, pp. 20-21.

[66] En esta línea, Javier Ansuátegui señala que "los derechos fundamentales constituyen el mínimo moral común y compartido en el Estado de Derecho, el núcleo de una ética pública cuyo sentido básico no es tanto el de generar una voluntad de imposición como el de significar un referente de adhesión individual libre". Y así, será en el Derecho de los Estados constitucionales (no en otros casos) en el que encontramos una vinculación entre Derecho y Moral, pues "el Derecho del constitucionalismo incluye necesariamente un conjunto de derechos, valores y principios morales, y por tanto, justifica la afirmación de una conexión necesaria entre el

Así, conforme a las anteriores reflexiones, cabe entender que la positivación de los derechos humanos se hace como instrumentos, en un sistema de derechos, que han de cumplir la función de materializar y llevar a cabo las exigencias éticas de los valores (la libertad, la igualdad y la solidaridad), a fin de que las personas puedan, con el efectivo ejercicio de los mismos, diseñar sus propios planes de vida y actuar para su efectiva consecución, alcanzando, con ello, el libre desarrollo de su propia personalidad, conforme a lo que cada uno considera una vida humana digna.

Y por consiguiente, será conforme con dicho fundamento de los derechos humanos que habrá que entender que el concepto de los derechos humanos más acertado es que los derechos humanos son los instrumentos ético, político, jurídico idóneos que reconocemos y protegemos para alcanzar el objetivo último común, que como sociedad nos damos, de que el mayor número de personas posible pueda alcanzar al máximo nivel posible el libre desarrollo de su propia personalidad mediante el ejercicio de su libertad de elección[67].

Ignacio Campoy Cervera
Instituto derechos humanos Gregorio Peces-Barba
Universidad Carlos III de Madrid
c/Madrid, 126
Getafe 28903 Madrid
e-mail: icampoy@der-pu.uc3m.es

Derecho y la moral". En ese sentido, hablará Ansuátegui, en un trabajo posterior, de la funcionalización de los derechos (si bien se refiere a los derechos fundamentales y no a los humanos, pues sólo los primeros los entiende como instrumentos jurídicos), a través de la cual se puede entender "un correcto enfoque de la relación entre los derechos, entendidos como instituciones jurídicas, y los valores en los que se fundamentan". F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 220 y 215; y F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, "Los derechos como objeto de análisis: entre la filosofía y la sociología", *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 29, 2021, pp. 200 y 194.

[67] Una primera aproximación a la justificación de este concepto de los derechos humanos la hice a través de una revisión de la idea de la dignidad humana y las dimensiones de los valores de la Ética Pública de la Modernidad, en I. CAMPOY CERVERA, "Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos", *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XXI, 2004.

LA NOCIÓN DE "VIOLENCIA DE SEGUNDO ORDEN": UNA NOVEDAD LEGISLATIVA EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS Y LIBERTADES. A PROPÓSITO DE LA AMPLIACIÓN DEL PRINCIPIO DE INDEMNIDAD FRENTE A LAS REPRESALIAS VINCULADAS A LA VIOLENCIA MACHISTA*

THE LEGAL NOTION OF "SECOND-ORDER VIOLENCE": A LEGISLATIVE NOVELTY IN THE PROTECTION OF RIGHTS AND FREEDOMS. REGARDING DE RELEVANCE OF EXPANDING THE PRINCIPLE OF INDEMNITY AGAINST REPRISALS LINKED TO SEXIST VIOLENCE

ANTONIO MADRID PÉREZ
Universidad de Barcelona
https://orcid.org/0000-0002-2580-6129

Fecha de recepción: 31-5-21
Fecha de aceptación: 14-10-21

Resumen: *La introducción de las nociones de "violencia de segundo orden" y de "discriminación de segundo orden" en dos leyes aprobadas a finales de 2020 por el Parlamento de Cataluña plantea una novedad legislativa a nivel estatal e internacional. Mediante estos nuevos conceptos legales se propone ampliar la protección frente a las represalias que, en ocasiones, se ejercen sobre quienes se confrontan con situaciones de violencia machista y/o quienes dan apoyo a las víctimas, aunque no lo hagan en el marco de un procedimiento administrativo o un procedimiento judicial. La inclusión de estos conceptos en sendas leyes centradas en la erradicación de la violencia machista y en la igualdad de trato y*

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto PID2019-110466RB-I00 ("Estudios feministas, de las mujeres y de género: Consentimiento: de los actos de habla a los actos comunicativos").

no discriminación abre un debate acerca de si la ampliación del ámbito de protección es una medida que contribuye a mejorar la eficacia de los mecanismos de protección de derechos y libertades.

Abstract: *The introduction of the notions of "second-order violence" and "second-order discrimination" in two laws at the end of 2020 by the Parliament of Catalonia means a legislative novelty at the state and international level. Through these new legal concepts, it is proposed to expand the protection against reprisals that are sometimes exercised on those who confront situations of sexist violence and / or those who give support to the victims, even if they do not do so within the framework of an administrative procedure or a judicial procedure. The inclusion of these concepts in two laws focused on the eradication of sexist violence and on equal treatment and non-discrimination opens a debate about whether the expansion of the scope of protection is a measure that contributes to improving the effectiveness of the mechanisms to protect rights and freedoms.*

Palabras clave: violencia machista, violencia de segundo orden, denuncia, represalias, igualdad

Keywords: sexist violence, second-order violence, complaint, retaliation, equality

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El objetivo principal de este artículo es analizar la razón de ser y la aplicabilidad de un concepto legal que es novedoso en el ordenamiento jurídico: "violencia de segundo orden" (en adelante VSO). Para alcanzar este objetivo, este texto se centra en tres cuestiones principales: cómo se ha configurado la noción legal de VSO, qué novedad aporta y por qué es relevante la ampliación de la protección frente a las represalias para avanzar en la prevención y respuesta ante la violencia machista.

El 13 de enero de 2021 entró en vigor la Ley catalana 17/2020, de 22 de diciembre, por la que se modifica la Ley catalana 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista. Esta Ley, en su artículo 4.2.g., introdujo el concepto de VSO como una forma de violencia machista. La definición de VSO incorporada en esta Ley es la siguiente: "consiste en la violencia física o psicológica, las represalias, las humillaciones y la persecución ejercidas contra las personas que apoyan a las víctimas de violencia machista. Incluye los actos que impiden la prevención, la detección, la atención y la recuperación de las mujeres en situación de violencia machista". De esta definición, interesa subrayar la siguiente idea de cuya considera-

ción se ocupa este artículo: formas de violencia "ejercidas contra las personas que apoyan a las víctimas de violencia machista".

La incorporación de la noción de VSO ha venido acompañada por una segunda novedad: la introducción de la noción de discriminación de segundo orden (en adelante DSO) en otra Ley catalana aprobada unos días después de aprobarse la que introdujo la noción de VSO. Por DSO se entiende "[e]l maltrato ejercido contra personas o grupos de personas por el hecho de defender a personas o grupos discriminados" [1].

Por razón de coherencia con el marco legal en el que se ha originado la noción de VSO, en este artículo se opta por utilizar la noción legal de "violencia machista" tal como quedó configurada desde hace años en la legislación catalana: "la violencia que se ejerce contra las mujeres como manifestación de la discriminación y la situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres y que, producida por medios físicos, económicos o psicológicos, incluidas las amenazas, intimidaciones y coacciones, tenga como resultado un daño o padecimiento físico, sexual o psicológico, tanto si se produce en el ámbito público como en el privado" [2]. El concepto legal de "violencia machista" es más amplio que el concepto legal de "violencia de género" vigente en el derecho español que se circunscribe a las violencias que se ejercen sobre las mujeres "por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia" [3]. Pese a esta diferencia del ámbito de protección, la noción de VSO tanto puede ser relacionada con el concepto legal de violencia de género como con el de violencia machista.

En el marco de la prevención, identificación y acción contra la violencia machista, la noción de VSO identifica como expresión de violencia aquellos actos que buscan dañar a quienes dan apoyo a la víctima. Para entender si esta noción tiene relevancia o carece de ella, hay que plantearse cómo se puede mejorar la eficacia en la prevención, identificación y acción contra esta

[1] Ley de Cataluña 19/2020, del 30 de diciembre, de igualdad de trato y no discriminación, art. 4. K.

[2] Esta noción fue fijada en la Ley de Cataluña 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista en su art. 3. a), optándose en esta ley y en las siguientes que le son concordantes por la noción de violencia machista en vez de la noción de "violencia de género" establecida en el ordenamiento jurídico estatal.

[3] Según la definición establecida en el art. 1.1. de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección contra la violencia de género.

forma de violencia. La premisa que subyace a la noción de VSO es que proteger a quienes apoyan a las víctimas de la violencia machista y a quienes se posicionan contra esta violencia en sus distintas expresiones incrementa la eficacia de los mecanismos de protección de los derechos y las libertades que quedan vulnerados en las situaciones de violencia.

El mecanismo jurídico que desde mi punto de vista condensa la ampliación del ámbito de protección que propone la noción de VSO es el principio de indemnidad frente a las represalias. Hasta el momento, el principio de indemnidad contempla a quien denuncia y también a quien participa en un procedimiento administrativo o judicial mediante el que se dirimen las responsabilidades jurídicamente exigibles derivadas de una situación de violencia machista. La noción de VSO propone ampliar los supuestos de hecho protegidos por el principio de indemnidad, de forma que se postula la necesidad de proteger a aquellas personas que reciben represalias, aunque no ejerzan funciones públicas ni actúen en el marco de un procedimiento formalizado, ya sea administrativo o judicial.

En los últimos años se ha observado una tendencia a nivel internacional y, en menor medida a nivel estatal, a ampliar el ámbito de protección que ofrece el principio de indemnidad frente a las represalias en el sentido que ahora lo hace la noción legal de VSO. Es significativo que esta preocupación por proteger frente a las represalias también ha ocupado seriamente a los órganos de gobierno de la Unión Europea en un ámbito que, pese a no ser el de la violencia machista, busca también mejorar la eficacia de las políticas públicas en la defensa del derecho vigente. Como se verá durante el texto, la Unión Europea, mediante la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones de Derecho de la Unión, ha ampliado el ámbito de protección frente a las represalias en un sentido concordante (pese a la diferente especificidad de la regulación) a la noción de VSO que aquí se analiza.

La tesis que se somete a consideración en este texto es la siguiente: el concepto de VSO, y su desarrollo legal, puede contribuir a incrementar la eficacia de las actuaciones contra la violencia machista. Como se explicará a lo largo del texto, son varias las razones que avalan esta afirmación. Por ahora, se pueden enunciar las que tal vez sean la razones de mayor alcance: 1.- pese a que el discurso de la tolerancia cero frente a la violencia machista se ha extendido desde hace tiempo, entre los factores que dificultan tanto los procesos de denuncia como las actuaciones frente a las violencias se encuentra

el temor a recibir represalias; 2.- el desarrollo del principio de corresponsabilidad en la prevención y actuación frente a la violencia machista requiere de mecanismos de protección que protejan frente a posibles represalias a quienes dan apoyo a las víctimas y/o se posicionan contra esta violencia.

El interés de analizar el estado actual y la propuesta de ampliación del principio de indemnidad frente a las represalias vas más allá de la actuación legal contra la violencia machista, o contra el fraude o la corrupción (como prevé la Directiva 2019/1937). Apunta en realidad a una cuestión como es si la indemnidad frente a las represalias ha de ser contemplada como uno mecanismo básico en las estrategias de defensa de derechos y libertades.

2. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN FRENTE A LAS REPRESALIAS: EL PAPEL DE LAS TERCERAS PERSONAS

La noción de VSO tiene su antecedente más directo en la expresión "second-order sexual harassment". Esta expresión se utiliza, especialmente en el ámbito anglosajón, para dar nombre a la violencia que en ocasiones se ejerce sobre las personas que dan apoyo a las víctimas de acoso sexual.[4]

En uno de los textos de referencia sobre esta cuestión, *The Lecherous professor,* Linda Weiner, una de las coautoras de este libro junto con Billie Wright Dziech, puso de manifiesto las consecuencias negativas que recibían quienes apoyaban a las personas que sufrían algún tipo de violencia machista en el entorno universitario. Esta autora se expresó en estos términos:

> "Sexism on campus creates a second order of sexual harassment victims, those who advise, support, and rule in favor of the primary victims. These are the affirmative action officers, ombudspersons,

[4] Puede consultarse: A. VIDU, R. VALLS, L. PUIGVERT, P. MELGAR, M. JOANPERE, "Second Order of Sexual Harassment – SOSH", *Multidisciplinary Journal of Educational Research,* núm. 7 vol. 1, 2017, pp. 1-26, doi:*10.17583/remie.2017.2505;* R. FLECHA, "Second-Order Sexual Harassment: Violence Against the Silence Breakers Who Supports the Victims", *Violence against Women*, I-20, 2021, pp. 1-21, *doi/10.1177/1077801220975495*; A. VIDU, G. TOMÁS, R. FLECHA, "Pioneer Legislation on Second Order of Sexual Harassment: Sociolegal Innovation in Addressing Sexual Harassment", *Sexuality Research and Social Policy*, 2021*, doi.org/10.1007/s13178-021-00571-0;* P. MELGAR ALCANTUD, R. CAMPDEPADRÓS-CULLELL, C. FUENTES-PUMAROLA, E. MUT-MONTALVÀ, "'I think I will need help': A systematic review of who facilitates the recovery from gender-based violence and how they do so", *Health Expectations*, num. 24, vol. 1, 2021, pp. 1-7, doi: *10.1111/hex.13157*

> counselors, assistant deans—the people assigned, and usually committed, to helping sexual harassment victims. Like their clients, they are overwhelmingly women. And this is simultaneously the source of their competence and their vulnerability in a campus system. I have never heard of anyone getting a merit raise for handling a sexual harassment case well, nor being thanked for solving a problem for the institution. Not only is their good work not valued, but they are devalued –as colleagues, as professionals, and as people. Their motives are questioned, their long-established professionalism challenged, and their credibility diminished or lost. Obviously these women deserve better treatment; in its absence, they deserve more of our involvement and support"[5].

Este texto tuvo el acierto de identificar, como parte de la violencia machista, los efectos negativos que recibían en ocasiones quienes gestionaban institucionalmente los casos de acoso sexual. La noción legal de VSO parte de esta constatación y amplía su voluntad de protección al 1. identificar las violencias que se ejercen sobre cualquier persona por el hecho de dar apoyo a la víctima y/o confrontarse con una situación de violencia, se formalice o no se formalice jurídicamente esta acción, y 2. expresar la voluntad política de proteger a estas personas como forma de contribuir a prevenir y actuar contra la violencia machista por entender que la respuesta ante la violencia machista ha de ser una respuesta colectiva.

La noción de 'apoyo' que se utiliza en el nuevo concepto legal comprende acciones que, por lo general, no están preestablecidas en un procedimiento previamente regulado, sea administrativo o judicial: acompañar cuando la víctima así lo solicita, atender, asistir, respaldar, cuidar o significarse públicamente en contra de las situaciones de violencia machista. A su vez, la ampliación atiende al ámbito subjetivo de protección: la propuesta que incorpora es proteger tanto a quienes participan en procedimientos formalmente reglados (protección que ya está prevista, como se verá más adelante), como a quienes lo hacen de modo informal.

Durante el debate parlamentario sobre la reforma legal que condujo a la introducción de la noción de VSO, se puso de manifiesto que para prevenir y erradicar la violencia machista era necesario atender su dimensión comu-

[5] B. W. DZIECH, L. WEINER, *The Lecherous Professor. Sexual Harassment on Campus,* University of Illinois Press, 1990, pp. XXVIII-XXIX. Puede verse el texto pionero de C. A. MACKINNON, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sexual Discrimination*, Yale University Press, 1979.

nitaria y pública[6]. Esta posición no es novedosa en los trabajos especializados[7], como tampoco lo es en la interpretación judicial. En este sentido, por ejemplo, el Tribunal Supremo español ha señalado que los daños que provocan violencias como el acoso sexual "en el trabajo o en el estudio no es solo individual sino colectivo porque afecta al status de todos los trabajadores o estudiantes, principalmente a las mujeres aunque no solo a ellas, y perjudica a la sociedad en su conjunto" [8].

Esta percepción relacional ampliada de la violencia machista también ha sido acogida por las instituciones europeas. El Parlamento europeo, en una Resolución de octubre 2017 en materia de lucha contra el acoso sexual y los abusos, expresó la necesidad de remover las causas que impedían la denuncia de las situaciones de violencia y la necesidad de implicar a los hombres en el rechazo a situaciones que generan violencia machista, incluyendo entre estas actitudes la pasividad ante las situaciones de violencia por parte de quienes tienen noticias de ellas[9].

Por su parte, la literatura especializada ha aportado numerosos estudios acerca de la importancia que tiene la conducta de quienes observan o tienen conocimiento de las situaciones de violencia machista para conseguir revertir la sensación de impunidad que en ocasiones se da, así como la importancia que esta conducta tiene para prevenir y reducir las situaciones de violencia y dar apoyo a la víctima[10].

---

[6] Vid la intervención de la diputada J. DÍAZ, "Diari de Sessions del Parlament de Catalunya", XII legislatura, 6º periodo, serie P, número 127. Pleno del Parlament, Sesión 68, 4ª reunión, jueves 17 de diciembre de 2020, pp. 86-7.

[7] Vid., por ejemplo, M. FRIEDMAN, "El feminismo y la concepción moderna de la amistad: dislocando la comunidad", en C. CASTELLS (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Paidós, Barcelona, 1996, pp. 149-166; M. FRIEDMAN, "Autonomy and Male dominance", *Soundings: An Interdisciplinary Journal,* 2004, pp. 175-200; C. A. MACKINNON, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1995. Tiene especial interés abordar el análisis de esta violencia desde la perspectiva de la configuración de las relaciones de poder, y, de forma especial, la noción de 'poder sobre', vid. M. A. BARRÈRE UNZUETA, "Filosofías del derecho antidiscriminatorio. ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXXIV, 2018, pp. 11-42.

[8] STS 721/2015, 22 octubre, Fundamento vigesimoprimero (Roj: STS 4705/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4705).

[9] Resolución del Parlamento Europeo de 26 de octubre de 2017: "On combating sexual harassment and abuse in the EU (2017/2897(RSP)), P8_TA(2017)0417, letra E y puntos 6 y 7.

[10] Vid.: L. BOWES-SPERRY, A. M. O'LEARY-KELLY, "To Act or Not to Act: The Dilemma Faced by Sexual Harassment Observers", *The Academy of Management Review*, 2005, vol. 30, núm. 2, pp. 288-306; L. M. CORTINA, J. L. BERDAHL, "Sexual Harassment in

Los informes disponibles sobre el acoso sexual, una de las formas de violencia machista más extendida, señalan que la mayor parte de casos de acoso sexual no se denuncian[11]. Cuando se pregunta a las mujeres acosadas a quién informó o con quién habló para explicar los casos graves de acoso, las respuestas son significativas. La encuesta de 2014 realizada por la Agencia europea para los derechos fundamentales a 42.000 mujeres pertenecientes a 28 países aportaron los siguientes resultados: el 35% de mujeres que sufrieron acoso no lo explicaron, el 28% lo hizo a una amiga/o, el 24% a una/un familiar o pariente, el 14% a la pareja, el 6% a la compañera/o de trabajo, el 4% al empleador/a y el 4% a la policía[12].

Estos datos pueden ser complementados con la información que se obtiene cuando en esta misma encuesta europea se pregunta a las mujeres que

---

Organizations: A Decade of Research in Review", en J. BARLING, C. L. COOPER, *The Sage Handbook of Organizational Behavior,* vol. I, Micro Approches, Sage, Los Angeles, 2008, pp. 469-497; S. MCMAHON, V. L. BANYARD, "When Can I Help? A Conceptual Framework for the Prevention of Sexual Violence Through Bystander Intervention", *Trauma, Violence & Abuse*, núm. 13 vol. I, 2012, pp. 3-14; J. COHEN, D. L. ESPELAGE; S. TWEMLOW, M. W. BERKOWITZ, J. P. COMER, "Rethinking Effective Bully and Violence Prevention Efforts: Promoting Healthy School Climates, Positive Youth Development, and Preventing Bully-Victim-Bystander Behavior", *International Journal of Violence and Schools,* n**úm.** 15, 2015, pp. 2-40; A. C. CARES, V. L. BANYARD, M. M. MOYNIHAN *et al.*, "Changing Attitudes about Being a Bystander to Violence: Translating an In-Person Sexual Violence Prevention Program to a New Campus", *Violence Against* Women, vol. 21, núm. 2, 2015, pp. 165–187; CH. R. FELDBLUM, V. LIPNIC, *Select Task Force on the Study of Harassment in the Workplace*, U.S. Equal Employment Opportunity Commission, 2016, p. 31, disponible en *https://www.eeoc.gov/eeoc/task_force/harassment/report.cfm*; F. F. BENYA, SH. E. WIDNALL, P. A. JOHNSON (eds.), *Sexual Harassment of Women: Climate, Culture, and Consequences in Academic Sciences, Engineering, and Medicine*, The National Academic Press, Washington DC, 2018, p. 187; A. SMAIL, *Tackling, gender-based violence, harassment and hate crime: two years on*, Universities UK, 2019, disponible en *Universities UK*, 2019, *https://www.universitiesuk.ac.uk/policy-and-analysis/reports/Documents/2019/uuk-changing-the-culture-two-years-on.pdf; P. SEN What Will It Take? Promoting Cultural Change to End Sexual Harassment, UN Women, 2019, disponible en https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2019/discussion-paper-what-will-it-take-promoting-cultural-change-to-end-sexual-harassment-en.pdf?la=en&vs=1714*

[11] Vid., por ejemplo, para Gran Bretaña, el informe que hizo el Trades Union Congress (TUC), "Still just a bit of banter? Sexual harassment in the workplace", 2016, pp. 19, 21 y 23. Vid. tb. para investigaciones centradas en EE.UU., CH. SABINA, L. Y. HO, "Campus and College Victim Responses to Sexual Assault and Dating Violence: Disclosure, Service Utilization, and Service Provision", *Trauma, Violence & Abuse*, núm. 15, vol. 3, 2014, pp. 201-226.

[12] FRA-European Union Agency for Fundamental Rights, "Violence against women: an EU wide-survey", 2014, p. 116, disponible en *https://fra.europa.eu/en/publication/2014/violence-against-women-eu-wide-survey-main-results-report*

han sufrido violencia física o sexual por parte de su pareja, qué le ayudó a superar la violencia. El principal sistema de ayuda fue el apoyo de la familia y de las amistades, con un 35%, frente al 6% que nombró el apoyo profesional de apoyo a la víctima[13]. Estos datos obtenidos a partir de la vivencia de las mujeres que han vivido situaciones de violencia machista señalan la importancia de tener en cuenta, y de proteger frente a las represalias, a las personas que dan apoyo a las víctimas, ya lo hagan mediante mecanismos no formalizados jurídicamente o mediante mecanismos institucionales de intervención.

En España, la Macroencuesta de violencia contra la mujer de 2015, con una muestra de 10.171 mujeres entrevistadas, del total de mujeres que había sufrido violencia física o sexual de parte de alguna de sus parejas a lo largo de la vida, o que habían tenido miedo de alguna de sus parejas, un 26,8% informó a la policía, y 1,7% acudió al juzgado directamente a denunciar. Un 65% no utilizó esta vía oficial[14].

Unos años después de que se realizara la Macroencuesta de 2015, en la Macroencuesta de 2019, más detallada que la de 2015, los datos fueron similares[15]. La suma de los casos que llegan a un juzgado o a la policía, más los casos de los que se tiene conocimiento a través de los servicios sanitarios y los servicios sociales se sitúa en el 37,6%. En 2019 se siguió identificando que la mayoría de los casos de violencia física, sexual y emocional no se denuncia, y que las redes familiares, de amistad y de proximidad desempeñan un importante papel en el apoyo a la víctima. En estas redes de proximidad son las mujeres amigas y familiares a quienes se explica mayormente la violencia que se está viviendo y es en estas redes de proximidad donde se genera el apoyo que se recibe[16]. En el mismo sentido, en los casos de acoso sexual, los datos también indican que son las amistades, la familia y la pareja los principales recursos informales a los que se dirige la persona acosada[17].

---

[13] FRA, cit., p. 46.

[14] Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, "Macroencuesta de violencia contra la mujer", 2015, p. 175, disponible en *https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/pdf/Libro_22_Macroencuesta2015.pdf*

[15] Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, "Macroencuesta de violencia contra la mujer", 2019, disponible en *https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm*

[16] Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, cit., p. 132.

[17] Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, cit., p. 200. En el mismo sentido C. E. AHRENS, R. CAMPBELL, N. K. TERNIER-THAMES, SH. M. WASCO, T. SEFL,

La ampliación del ámbito de protección que expresa la noción de VSO es la continuación de una tendencia que, como se verá, ya se había ido consolidando a nivel internacional desde hace unos años. Si inicialmente tan solo la víctima directa quedaba contemplada como la persona que podía invocar la indemnidad frente a las represalias por el hecho de denunciar o presentar una queja, con el tiempo esta protección se ha ido ampliando a quienes participaban en procedimientos formalizados. El tercer paso se comenzó a dar en el momento en que se reconoció que, si se quería incrementar la eficacia de los modelos de intervención frente a la violencia machista, era necesario proteger a las personas que ayudaban a la víctima, ya fuera en procedimiento formal o en situaciones no formalizadas.

Un estudio recientemente publicado se ha ocupado, entre otras cuestiones, de averiguar por qué en ocasiones no se apoya a la víctima de violencia machista. Uno de los resultados de este estudio es el siguiente: el 40% de las personas encuestadas contestaron que dejaron de apoyar a la víctima por miedo a las represalias[18]. Hay pocas dudas acerca de que si se crea un ambiente en el que se protege a quien quiere denunciar o informar (aunque sea de forma anónima[19]) y se protege a quien da apoyo a esta persona, se contribuye a crear un ambiente que previene y ayuda a actuar contra las violencias[20]. En coherencia con esta idea, y ante la necesidad de incrementar la eficacia de los mecanismos de intervención, se ha iniciado desde hace unos años una tendencia a ampliar el ámbito de protección frente a las represalias.

"Deciding Whom to Tell: Expectations and Outcomes of Rape Survivors' First Disclosures", *Psychology of Women Quarterly*, vol. 31/1, 2007, pp. 38-49.

[18] P. MELGAR, G. GEIS-CARRERAS, R. FLECHA, M. SOLER, "Fear to Retaliation: The Most Frequent Reason for Not Helping Victims of Gender Violence", *RIMCIS. International and Multidisciplinary Journal of Social Sciences*, 2021, pp. 1-20.

[19] Vid. por ejemplo el documento suscrito por distintas organizaciones sindicales europeas FSESP, UNI-Europa, CSEE, HOSPEEM, CMRE, EFEE, EuroCommerce, CoESS, "Diálogo social europeo: Directrices multisectoriales para solucionar la violencia y el acoso de terceros relacionados con el trabajo", 2010. Sin embargo, la posibilidad de la denuncia o información anónima no había sido contemplada en el Acuerdo Marco europeo sobre Acoso y Violencia en el trabajo de 2007, suscrito por ETUC/CES, BUSINESSEUROPE, UEAPME y CEEP (Comisión de las Comunidades Europeas, 8-11-2007, COM(2007) 686 final).

[20] Este es el sentido dado a la protección frente a las represalias en EE. UU. por la U.S. Equal Employment Oportunity Commission (disponible en *https://www.eeoc.gov/facts-about-retaliation)* de modo que se contempla tanto la participación en procedimientos formalizados como la intervención no formalizada previamente para proteger a otras personas frente a violencias machistas.

3. LA TENDENCIA INTERNACIONAL A AMPLIAR EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LAS TERCERAS PERSONAS FRENTE A LAS REPRESALIAS

Como se acaba de decir, la ampliación de la protección frente a las represalias de quienes apoyan a las víctimas y/o se confrontan con vulneraciones de derechos es una tendencia que ya hace años que comenzó a darse impulsada por distintas organizaciones internacionales. En 2005, Naciones Unidas amplió la noción de víctima al considerar que tanto se podía entender por víctima (víctima directa) la persona que recibe un daño derivado de la vulneración de normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario, como "las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización"[21]. Esta ampliación fue utilizada en el contexto español por leyes como las leyes de memoria histórica andaluza, valenciana, aragonesa o asturiana, al reconocer como víctimas a quienes han sufrido daños por dar apoyo a las víctimas y/o impedir la victimización[22].

En el ámbito laboral, la OIT presentó en 2018 su V Informe "Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo"[23]. En este documento se analizó cómo las diferentes legislaciones estatales abordaban la violencia y el acoso en el trabajo. Al analizar la protec-

[21] ONU, "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, art. 8.

[22] Ley 2/2017, de 28 de marzo, de Memoria histórica y democrática de Andalucía en su art. 4. B); Ley de Valencia 14/2017, de 10 de noviembre, de memoria democrática y para la convivencia, art. 3.b.3.; Ley de Aragón 14/2018, de 8 de noviembre, de memoria democrática, art. 5; Ley de Asturias 1/2019, de 1 de marzo, para la recuperación de la memoria democrática, art. 6.b. Sin embargo, esta ampliación no ha sido recogida en la Ley de Canarias 5/2018, de 14 de diciembre, de memoria histórica, art. 2.2. o la Ley de Extremadura 1/2019, de 1 de enero, de memoria histórica y democrática, art. 4 b).

[23] OIT, "Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo", Conferencia Internacional del Trabajo, 107ª reunión, ILC. 107/V/1, 2018, disponible en *https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/-- relconf/documents/meetingdocument/wcms_554100.pdf*

En 2019 la OIT aprobó el Convenio sobre la violencia y el acoso. Convenio que por ahora (16 de mayo de 2021) no ha sido ratificado por España. Este Convenio recoge en su artículo 10 la protección frente a la victimización y represalias de querellantes, víctimas, testigos e informantes, así como medidas de asistencia jurídica, social, médica y administrativa para querellantes y víctimas.

ción frente a las represalias que se pueden ejercer sobre quien denuncia, así como también sobre quien presta apoyo a quien denuncia, se obtuvieron los siguientes resultados entre los 80 países estudiados: 36 países tenían prevista la protección de los denunciantes contra las represalias, y 24 incluían la protección tanto para los denunciantes como para los testigos[24].

Por lo general, incluso los ordenamientos jurídicos más avanzados en materia de protección frente a las represalias se centran en la protección de aquellas personas que participan en un procedimiento administrativo o judicial. El análisis que hizo el grupo de expertos de la OIT y que queda reflejado en el informe citado, identifica algunos elementos contextuales que son significativos de cara a la prevención y reacción frente a situaciones de violencia machista. El informe indica que en ocasiones la persecución contra quien presenta una queja o una denuncia puede venir tanto de los superiores como de los compañeros y compañeras de trabajo[25]. La segunda cuestión que subrayar en este informe es que se identifica una laguna en las normativas estatales: son pocos los ordenamientos estatales que protegen a los "lanzadores de alerta (también conocidos como reveladores de secretos o denunciantes protegidos, anónimos o confidenciales–*whistleblowers*), que pueden ser víctimas de conductas similares"[26].

Al detectar esta laguna, la recomendación que se hace en el informe de la OIT es ampliar la protección frente a las represalias que se pueden ejercer contra los "lanzadores de alerta"[27]. A pesar de esta indicación, el grupo de expertos no llega a recomendar extender de forma general la protección a quienes dan apoyo a la víctima, como sí se hace mediante la reciente noción legal de VSO que se comenta en este artículo.

En el ámbito de la Unión Europea, en 2019, su Tribunal de Justicia dictó una sentencia que ha adquirido relevancia ya que despeja algunas dudas acerca del alcance de la protección frente a las represalias ejercidas sobre aquellas personas que apoyan a quien es objeto de un acto de discriminación por razón de sexo[28].

---

[24] OIT, cit., 2018, p. 87.
[25] OIT, cit., 2018, p. 114.
[26] OIT, cit., 2018, punto 388, p. 109.
[27] OIT, cit., 2018, p. 109.
[28] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de junio de 2019, MP: A. Prechal, Casos varios c. WTG Retail BVBA, ECLI:EU:C:2019:523.

En el caso Hakelbracht[29] el Tribunal atendió una cuestión prejudicial remitida por el Tribunal de lo Laboral de Amberes. El tribunal belga quería saber si una norma interna en materia de igualdad de género contradecía el artículo 24 de la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

El artículo 24 de esta Directiva, titulado "victimización", prescribe la obligación que tienen los Estados miembros de introducir en sus legislaciones aquellas medidas que sean necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido o cualquier "otro trato desfavorable del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato".

La opinión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expresada en esta sentencia es que la protección frente a represalias no debe circunscribirse exclusivamente a los testigos oficiales, sino que debe extenderse también a las personas que defienden o apoyan a la persona que ha presentado una reclamación por discriminación por razón de sexo.

Tiene interés ver las circunstancias concretas de este caso para entender el alcance de la interpretación que hizo el Tribunal. La Sra. Vandenbom fue despida 9 meses después de que ella, en calidad de gerente de una de las tiendas de ropa de la empresa WTG Retail BVBA, se opusiera a la decisión de la empresa de no contratar a la Sra. Hakelbracht porque estaba embarazada. La Sra. Vandembom entendió que la Sra. Hakelbrach era apta para ocupar el puesto de trabajo y que no se le podía discriminar negándole la contratación por el hecho de estar embarazada.

Al producirse el despido de la gerente, se planteó la cuestión acerca no solo del motivo real de su despido, sino fundamentalmente si ella quedaba protegida o no por el principio de indemnidad ante las represalias recibidas por el hecho de haber dado apoyo a la trabajadora que había sido discriminada por el hecho de estar embarazada.

La sentencia Hakelbracht se pregunta si el/la trabajador/a que preste apoyo a una persona que se considera víctima de una discriminación por razón de sexo estará protegido/a contra las represalias que pudiera tomar el empresario o si solo quedará protegido/a si interviene en un procedimiento reglado.

[29] M. T. VELASCO PORTERO, "La protección de los trabajadores que apoyan a una víctima de discriminación laboral por razón de sexo. Sentencia del Tribunal de Justicia UE de 20 junio 2019 (ECLI:EU:C:2019:523)", *Temas Laborales,* núm. 149, 2019, pp. 195-200.

El Tribunal optó por aplicar una interpretación extensiva. Consideró que el artículo 24 de la Directiva 2006/54/CE protege a todos/as los trabajadores/as que apoyen a la presunta víctima, ya sea que el apoyo tenga lugar mediante un procedimiento formalizado o se dé en modo informal. Al interpretar en este sentido la disposición del artículo 24 de la Directiva 2006/54/CE, se refuerza la idea según la cual lo que se protege preferentemente es la acción de apoyo y la indemnidad de quienes apoyan, y no, exclusivamente, que la ayuda quede formalizada mediante la participación en un procedimiento reglado.

En la sentencia Hakelbracht, la formalización procedimental es puesta al servicio de la materialización del principio de igualdad de trato y no discriminación[30]. Entiende el Tribunal en el párrafo 34 de esta sentencia que de otra forma se iría en contra de la garantía de no discriminación. Tiene interés citar la formulación de este argumento presentada por el Tribunal ya que entronca con la noción legal de VSO: "(…) la efectividad de la protección exigida por la Directiva 2006/54 contra la discriminación por razón de sexo no quedaría garantizada si aquella no cubriera las medidas que un empresario podría tomar contra trabajadores *que, de manera formal o informal, hubieran defendido a la persona protegida o hubieran declarado como testigos en su favor*. En efecto, esos trabajadores, que están en una posición ideal para apoyar a esa persona y para tener conocimiento de casos de discriminación cometidos por el empresario, podrían verse desalentados de intervenir en defensa de dicha persona por temor a quedar desprovistos de protección si no cumplen determinadas exigencias formales (…) lo que podría comprometer gravemente la realización del objetivo perseguido por la Directiva 2006/54, reduciendo la probabilidad de que se detecten y resuelvan casos de discriminación por razón de sexo" [cursiva mía].

4. LA PROTECCIÓN DE TERCERAS PERSONAS FRENTE A LAS REPRESALIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Salvo algunas excepciones recientes que se expondrán en este apartado, el ordenamiento jurídico español contempla la protección frente a las represalias de terceras personas que actúen en procedimientos legalmente

[30] Vid. el párrafo 29 de esta sentencia.

Vid. C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, A. FOLGOSO OLMO, "Protección frente a las represalias a quien se opone a una discriminación en el seno de la propia empresa. STJUE (Sala Tercera) de 20 de junio de 2019 (asunto C-404/18)", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 5, 2019, pp. 1-8.

formalizados, sean de carácter administrativo o judicial. En base a este hecho normativo, la introducción de la noción legal de VSO en el ordenamiento jurídico constituye una propuesta innovadora al proponer la ampliación del ámbito de protección.

El ordenamiento jurídico español, en su ámbito penal, contempla una prohibición general de ejercer violencia o intimidación con la intención de influir directa o indirectamente en quien sea "denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal"[31]. En el segundo apartado de este artículo 464 del Código Penal se prohíbe cualquier represalia que se pueda ejercer contra las personas citadas anteriormente "por su actuación en un procedimiento judicial". Esta previsión fue incorporada al Estatuto de la Víctima[32], que no presentó ninguna novedad en esta cuestión[33].

En el ámbito del derecho antidiscriminatorio, la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres contempló el principio de indemnidad frente a las represalias. En el marco de esta previsión legal, los actos de represalia contra quien presenta una denuncia están considerados como actos de discriminación por razón de sexo[34]. Se entendió que era preciso proteger a la persona frente a "cualquier trato adverso o efecto negativo" que traiga causa de la presentación de una queja o reclamación por parte de la persona que se considere discriminada por razón de sexo. En esta previsión legal, la persona protegida es la persona contra la que directamente se dirige el acto de discriminación. No se contempla la protección de personas que le presten apoyo, salvo que el apoyo sea la participación en un proceso reglado activado a partir de la denuncia o queja de la víctima. Cabe decir que esta noción no se vio alterada por el Convenio de Estambul. Este Convenio contempló la protección de las víctimas y de sus familiares frente a las represalias y la intimidación, si son familia y si participan en un proceso formal[35].

---

31 Art. 464 del Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

32 Ley 4/2015, del 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

33 En el mismo sentido se expresa la Directiva 2012/29, de 25 de octubre, del Parlamento europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

34 Art. 9. "Indemnidad frente a las represalias".

35 Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, art. 56.1.a). Vid. J. M. GIL RUIZ (ed.), *El convenio de Estambul como marco de derecho antisubordiscriminatorio*, Dykinson, Madrid, 2018.

Esta misma configuración en el alcance del principio de indemnidad frente a las represalias se ha trasladado a la legislación autonómica antidiscriminatoria[36]. Las diferentes legislaciones autonómicas sobre igualdad de trato y no discriminación desarrolladas durante los últimos años no han contemplado la ampliación del ámbito de protección frente a las represalias. Como se ha dicho al inicio del artículo, ha sido a finales de 2020 cuando el Parlamento catalán ha aceptado esta ampliación de la noción de discriminación al incluir la noción de "discriminación de segundo orden" en la Ley 19/2020, del 30 de diciembre, de igualdad de trato y no discriminación para referirse a: "El maltrato ejercido contra personas o grupos de personas por el hecho de defender a personas o grupos discriminados" (art. 4.k).

Si el marco legal presentado circunscribe la indemnidad frente a las represalias a quien denuncia y a quien actúa en un procedimiento administrativo o judicial, parecería que la previsión introducida mediante la noción de VSO carece de relación alguna con previsiones normativas que se hubieran dado con anterioridad en España. Sin embargo, pese a que la previsión legal es la que de forma reiterada hemos recordado hasta aquí, existen algunos an-

[36] Vid. Ley de Galicia 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales, art. 4.1.; Ley de Extremadura 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género, art. 46.4.b.; Ley de la Región de Murcia 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género, art. 3.1.e); Ley de les Illes Balears 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia, art. 36.5; Ley de la Comunidad de Madrid 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación, art. 51.4.b); Ley de la Comunidad de Madrid 3/2016 de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual, art. 4.1.e); Ley de la Comunitat Valenciana 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género, art. 4. B; Ley de Andalucía 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares, art. 62.b); Ley de Aragón 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación, art. 50. 4. B) y también de Aragón Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género; Ley de la Comunitat Valenciana 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI, art. 4.20; Ley de Cantabria 2/2019, de 7 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, art. 147.4.e) o Ley de Cantabria 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género, art. 44.3.c).

tecedentes normativos en los que ya se ha dado la ampliación del principio de indemnidad. Aunque de forma todavía muy minoritaria, la ampliación del ámbito de protección ya ha aparecido en algunos Planes de igualdad de empresas que incorporan protocolos de actuación frente al acoso[37], en algunos Protocolos de actuación en el ámbito de las administraciones públicas[38] y en las previsiones de protección incorporadas en algunos Convenios colectivos.

En octubre de 2020 se modificaron algunos de los criterios que se han de observar en la elaboración y aplicación de los Planes de igualdad. En el anexo del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre se ha establecido que el principio de indemnidad contempla tanto a la supuesta víctima como "a las personas que apoyen la denuncia o denuncien supuestos de acoso sexual y por razón de sexo"[39]. De nuevo, esta previsión centra la atención en el contenido semántico que se le dé a la expresión 'apoyar la denuncia', de modo que esta cuestión ocupa una posición estratégica.

En este sentido, algunas empresas ya han ampliado el ámbito de protección que ofrece el principio de indemnidad frente a las represalias. Como ejemplo, el Plan de igualdad de la empresa Etralux S.A. (I Plan de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres 2018-2022). Este Plan de igualdad incorpora como anexo 3 su "Protocolo para la prevención y actuación en los casos de acoso". En este protocolo, el principio de indemnidad frente a las represalias aparece con este redactado: "Se prohíbe expresamente cualquier represalia contra las personas que efectúen una denuncia, atestigüen, colaboren o participen en las investigaciones que se lleven a cabo, y contra aquellas personas que se opongan a cualquier situación de acoso frente a sí mis-

[37] E. BODELÓN, C. GALA, "Protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito de las empresas", en J. M. GIL RUIZ (ed.), *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas*, Consejo General del Poder Judicial, Justicia y Sociedad, n. 36, 2013 pp. 133-259.

[38] D. MORONDO TARAMUNDI, "Protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito de las administraciones públicas", en J. M. GIL RUIZ (ed.), *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas*, Consejo General del Poder Judicial, Justicia y Sociedad, n. 36, 2013, pp. 87-132; F. DE VICENTE PACHÉS, "Los Protocolos de actuación frente al acoso sexual y el acoso por razón de sexo", en A. VENTURA FRANCH, S. GARCÍA CAMPÁ, *El Derecho a la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres. Una evaluación del Primer Decenio de la Ley Orgánica 3/2007,* Pamplona, Aranzadi, 2018.

[39] Anexo sobre "Disposiciones aplicables para la elaboración del diagnóstico", apartado 7: "Prevención del acoso sexual y por razón de sexo", letra d).

mo o frente a terceros"[40]. En los mismos términos, por citar otro ejemplo, se expresa el VII Plan de Igualdad y Protocolo de actuación en los supuestos de acoso laboral para empresas vinculadas a Telefónica de España, Telefónica Móviles España, y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones[41].

Sin embargo, la mayoría de los Planes de igualdad se mantienen en la literalidad de la previsión que se introdujo en la Ley integral de 2007. Por ejemplo, el "Protocolo para la prevención y tratamiento del acoso sexual y por discriminación de género" incorporado como anexo en el Plan de Igualdad de la empresa de Seguridad integral Secoex S.A: "La empresa asegurará que los trabajadores y trabajadoras que consideren que han sido objeto de acoso, las que planteen una queja en materia de acoso o quienes presten asistencia en cualquier proceso, por ejemplo, facilitando información o interviniendo en calidad de testigo, no serán objeto de intimidación, persecución o represalias. Cualquier acción en este sentido se considerará susceptible de sanción disciplinaria"[42].

En el ámbito de la Administración pública predomina también el criterio de protección frente a las represalias reservada a la persona que denuncia y a quienes participan en un procedimiento formalizado. De esta forma, por ejemplo, el Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el ámbito de la Administración general del Estado y de los Organismos públicos vinculados a ella recoge esta comprensión del principio de indemnidad frente a las represalias[43].

En el ámbito universitario, los Protocolos contra el acoso expresan una notable disparidad de criterios, de forma que en algunos se ha ampliado el ámbito de protección frente a las represalias previsto inicialmente en la Ley orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La Universidad de Granada se puede citar como un ejemplo de la ampliación del ámbito de protección ya que reguló en su Protocolo para la prevención y respuesta frente al acoso[44] la indemnidad frente a las represalias como garantía del procedimiento es estos términos: "Se prohíben expresamente las represalias contra las personas que efectúen una queja o una denuncia, comparezcan como testigos o participen de otro modo en un procedimien-

[40] Art. 8. Resolución de 19 de marzo de 2019, de la Dirección General de Trabajo.
[41] Resolución de 28 de diciembre de 2015, de la Dirección General de Empleo.
[42] Art. 7 g), Resolución de 24 de enero de 2019, de la Dirección General de Trabajo-
[43] Arts. 2.2 y 2.4.
[44] Aprobado en sesión del Consejo de Gobierno de 26 de octubre de 2016.

to formal o informal sobre acoso en los términos previstos en la normativa aplicable"[45].

La clave en este mandato está en la noción de procedimiento informal. Este mismo protocolo entiende por "procedimiento informal" las actuaciones que se realizan sobre situaciones y circunstancias vinculadas a posibles conductas de acoso con la intención de atender y proteger a quien realiza la queja o es víctima de acoso, y así mismo actuar sobre las circunstancias de origen para evitar que se mantenga el acoso (art. 7.4). Se entiende pues que estas actuaciones, aunque no estén formalizadas, quedan protegidas por el principio de indemnidad frente a las represalias porque son relevantes para prevenir y actuar contra el acoso, ya que la institución tiene el deber de querer saber qué ocurre y de facilitar la transmisión de información y de protección hacia quien transmite la información sobre un posible ilícito[46]. En el mismo sentido se ha expresado el Protocolo de la Universidad Complutense de Madrid[47] o el Protocolo de la Universidad de Huelva[48].

Por el contrario, el criterio mayoritario que se sigue actualmente en los Protocolos universitarios españoles ante el acoso sexual es contemplar exclusivamente como sujetos protegidos frente a las represalias a quienes denuncian y a quienes participan en un procedimiento formal. Así, por ejemplo, la Universidad de Castilla-La Mancha[49], la Universidad Jaume

---

[45] Art. 7.3.g.

[46] En este sentido es ha pronunciado repetidas veces el Tribunal Supremo al defender la flexibilidad del canal mediante el que se da noticia de la posible comisión de un delito. Esta flexibilidad en la forma de comunicar posibles ilícitos es puesta al servicio de la prevención y actuación contra la acción delictiva, de modo que no puede ser excusa la forma en la que se recibe la noticia para dejar de actuar. Vid., entre otras, STS 298/2019, de 7 de junio, Sala de lo penal (Roj: STS 1875/2019 - ECLI: ES:TS:2019:1875); STS 354/2019, de 10 de julio, Sala de lo penal (Roj: STS 2349/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2349); STS 644/2016, de 14 de julio, Sala de lo penal (Roj:STS 3436/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3436); STS 542/2016, de 20 de junio, Sala de lo penal (Roj: STS 2907/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2907); STS 342/2015, de 2 de junio, Sala de lo penal (Roj: STS 2718/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2718); STS 773/2013, de 22 de octubre (Roj: STS 5060/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5060); STS 17/2005, de 3 de febrero (Roj: STS 607/2005 - ECLI:ES:TS:2005:607).

[47] Protocolo para la prevención, detección y actuación ante situaciones de acoso sexual, acoso por razón de sexo (sexista) y acoso por orientación sexual e identidad y expresión de género, diciembre 2016, art. 2.3.g).

[48] Protocolo de prevención y actuación sobre el acoso sexual y acoso por razón de sexo, aprobado en Consejo de Gobierno el 20 de junio de 2014, art. 7.b.3.

[49] Protocolo de actuación frente al acoso sexual, al acoso por razón de sexo, al acoso discriminatorio y frente a todas las formas de acoso y violencia, 2016, art. 10.

I[50], la Universidad Pompeu Fabra[51], la Universidad del País Vasco[52], la Universidad de Barcelona[53], la Universidad de Almería[54] o la Universidad de Extremadura[55], entre otras.

Esta contención a la hora de identificar quiénes quedan protegidos frente a las represalias también ha sido superada en algunos Protocolos en los que se ha recalcado que el ejercicio de represalias es una forma de acoso laboral[56]. Así lo ha hecho, por ejemplo, la Agencia española de protección de datos al referirse a la indemnidad frente a las represalias en estos términos: "Acciones de represalia frente a trabajadores que han planteado quejas, denuncias o demandas frente a la organización, o frente a los que han colaborado con los reclamantes" [57].

La ampliación del ámbito de protección frente a las represalias también se ha dado ya en algunos convenios colectivos, pese a que el criterio mayoritario

[50] Protocolo para la detección, prevención y actuación en los supuestos de acoso laboral, acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por orientación sexual e identidad y expresión de género, aprobado por el Consejo de Gobierno el 26 de octubre de 2017, art. 17.

[51] Protocolo para prevenir y solucionar conflictos en materia de conductas violentas, discriminatorias y de acoso, aprobado por el Consejo de Gobierno el 17 de febrero de 2016, art. 3.6. Pese a esta previsión, este mismo protocolo contempla como evidencia de acoso laboral "Represaliar empleados que hayan planteado quejas, denuncias o demandas ante la Universidad, o ante los que han colaborado con los reclamantes", art. 5.5. Sin embargo, no incluye esta evidencia al describir situaciones tipo de acoso sexual.

[52] Protocolo de la UPV/EHU contra las violencias de género, aprobado por Consejo de Gobierno el 7 de junio de 2018, art. 6.g).

[53] Protocolo para la prevención, la detección y la actuación contra las situaciones de acoso sexual y por razón de sexo, identidad de género y orientación sexual, y otras conductas machistas, aprobado por Consejo de Gobierno el 16 de mayo de 2019, art. 2. f).

[54] Protocolo para la prevención y el tratamiento del acoso sexual, por razón de sexo, orientación sexual e identidad de género, aprobado por Consejo de Gobierno el 1 de febrero de 2018, art. 9.4.4.

[55] Protocolo para prevención, detección y actuación frente al acoso sexual, acoso por razón de sexo u orientación sexual e identidad y expresión de género, aprobado en Consejo de Gobierno el 30 de mayo de 2017, art. 4.1.6.

[56] Vid. R. PÉREZ GUARDO, C. RODRÍGUEZ SUMAZA, "Una propuesta de intervención corresponsable sobre el acoso sexual laboral", *Cuadernos de relaciones laborales*, núm. 34, vol. 1, 2016, pp. 107-127; J. F. LOUSADA AROCHENA, R. P. RON LATAS, *Protección laboral frente a las represalias por la denuncia de irregularidades en la empresa (whistleblowing)*, Bomarzo, Albacete, 2020.

[57] Protocolo de Actuación frente al Acoso laboral en la Agencia española de protección de datos, Anexo III-Listado de referencia de conductas que son, o no son, acoso laboral. Conductas consideradas como acoso laboral, 2011, actualizado en 2019, p. 16, disponible en *https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/protocolo-acoso-laboral-aepd-2019.pdf*.

sigue siendo el que se mantiene como criterio dominante: ceñirse a quienes participan en procedimientos formalizados. El Convenio colectivo estatal del sector de industrias cárnicas ha expresado esta ampliación de forma muy clara: "Se prohíbe expresamente cualquier represalia contra las personas que efectúen una denuncia, atestigüen, colaboren o participen en las investigaciones que se lleven a cabo, y contra aquellas personas que se opongan a cualquier situación de acoso frente a sí mismo o frente a terceros"[58]. Y en el mismo sentido se expresa el Protocolo para la prevención y actuación del acoso recogido como anexo en Convenio laboral de la compañía Siemens Mobility[59]. Como se ha dicho, pese a estas excepciones, el criterio que sigue aplicándose mayoritariamente centra la protección en la participación en un procedimiento formalizado. Por citar algunos ejemplos: el Convenio colectivo estatal de Supercor, S. A.[60], el II Convenio colectivo marco del grupo E.ON España[61], el XVIII Convenio colectivo general de la industria química[62], el Convenio colectivo del sector de grandes almacenes[63], o el Convenio colectivo para las futbolistas que prestan sus servicios en clubes de la primera división femenina de fútbol[64].

Por último, señalar que en contra de lo que se podría pensar dado su característica de autorregulación que permitiría introducir una protección más amplia que la prevista legalmente[65], los Códigos de conducta de los que ya disponen las grandes compañías como parte de sus programas de *compliance* tienden a mantener el criterio dominante: reconocer exclusivamente la indemnidad frente a las represalias de quien denuncia o presenta una queja y de quien participa en un procedimiento formal. Como ejemplos, la empresa Seat prevé explícitamente la protección de denunciantes, pero no menciona a las personas que dan apoyo[66]. Y en el mismo sentido, los Códigos de conduc-

---

58 Resolución de 2 de agosto de 2018, de la Dirección General de Trabajo, art. 8.

59 Resolución de 4 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, art. 7.3. del Anexo 18.

60 Resolución de 17 de julio de 2008, de la Dirección General de Trabajo, art. 49.7.

61 Resolución de 20 de enero de 2015, de la Dirección General de Empleo, art. 2.d.10.

62 Resolución de 3 de agosto de 2015, de la Dirección General de Empleo, art. 112.

63 Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, Disposición final 2ª.

64 Resolución de 11 de agosto de 2020, de la Dirección General de Trabajo, Apartados 1 y 10 del Anexo II.

65 A. RUBIO CASTRO, "Los efectos jurídicos del soft law en materia de igualdad efectiva. La experiencia española", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXX, 2014, pp. 37-68.

66 *Código de conducta. Seat S.A. Compliance e Integridad*, abril 2020, disponible en *https://www.seat.es/sobre-seat/codigo-de-conducta-seat.html*

ta de Nestlé[67], Grupo Mercadona[68] o de compañías que cotizan en el IBEX 35: por ejemplo, Acciona[69], Acerinox[70], ACS[71], AENA[72] o Grupo Inditex[73], entre otras.

5. LA AMPLIACIÓN DE LA PROTECCIÓN FRENTE A LAS REPRESALIAS EN LA DIRECTIVA EUROPEA 2019/1937 DE 23 DE OCTUBRE, DEL PARLAMENTO Y EL CONSEJO, RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN

Si se analiza qué novedades se han producido durante los últimos años en el derecho comunitario en materia de protección frente a las represalias, se aprecia que la principal novedad ha venido de la mano de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre, del Parlamento y el Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión[74]

---

[67] Noviembre 2007, *https://empresa.nestle.es/sites/g/files/pydnoa431/files/es/libreria-documentos/documents/publicaciones/codigo-conducta-empresarial-nestle.pdf*

[68] Resolución de 4 de febrero de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo de empresas Mercadona, S.A., y Forns Valencians Forva, SA, Unipersonal (BOE núm. 42, 18.02.2019).

[69] Código de Conducta, julio 2016, disponible en *https://mediacdn.acciona.com/media/34wpmg4c/codigo-de-conducta-acciona_2016_es_28-9.pdf#_ga=2.28410748.1965671845.1614946794-1881247904.1614946794*

[70] Código de conducta y buenas práctica de Acerinox, S.A. y su grupo de empresas, octubre 2016, disponible en *https://www.acerinox.com/opencms901/export/sites/acerinox/.content/galerias/galeria-descargas/reglamentos-gob-corporativo/Cdigo-de-conducta-y-buenas-prcticas-de-Acerinox-S.A-xy-su-grupo-de-empresas.pdf*

[71] Código de Conducta, noviembre 2015, disponible en *https://www.grupoacs.com/ficheros_editor/File/05_Compliance/Pol%C3%ADticas/1_codigo_de_conducta.pdf*

[72] Código de Conducta, julio 2018, disponible en *https://serviciostelematicos.aena.es/csee/Satellite?Language=ES_ES&SiteName=AdministracionElectronica&c=AdminElec_FP&cid=1445450255900&p=1237542278392&pageid=1227011778998&pagename=AdministracionElectronica&todos=0&_ga=2.158637882.1632847015.1614948144-576015536.1614948141*

[73] julio 2012, disponible en *https://www.inditex.com/documents/10279/241584/C%C3%B3digo+de+Conducta+y+Pr%C3%A1cticas+Responsables/c74a0a88-e824-4e18-97fd-06fd2753570c*

[74] Puede consultarse: J. MIRANZO DÍAZ, "La nueva directiva europea de protección del denunciante: un análisis desde el derecho público", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 49, 2019, pp. 361-385; D. MARTÍNEZ SALDAÑA, J. ABRIL MARTÍNEZ, E. RODRÍGUEZ CELADA, L. I. REYES RICO, "La protección del *whistleblower* tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del derecho laboral,

Esta Directiva tiene por objetivo mejorar la protección de quienes "informan sobre infracciones del Derecho de la Unión Europea" (art. 1). La Directiva parte de dos premisas que coinciden con las razones que han llevado al legislador a introducir la noción de VSO: con frecuencia quienes tienen conocimiento de infracciones no denuncian ni informan sobre sus "preocupaciones o sospechas por temor a represalias"[75]. A esta premisa se une una segunda premisa que queda implícita: si las represalias se extienden sobre terceras personas que apoyan a quien denuncia (compañeros de trabajo, familiares, clientes…) se crea un ambiente que también dificulta la denuncia de las infracciones[76].

La Directiva 2019/1937, al regular la protección frente a las represalias, ha previsto tres figuras que son susceptibles de ser protegidas: 1. quien denuncia (el denunciante o *whistleblower*: "una persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales", (art. 5.7.); 2. quien facilita la denuncia (el facilitador: "una persona física que asiste a un denunciante en el proceso de denuncia en un contexto laboral, y cuya asistencia debe ser confidencial", art. 5.8) y 3. quienes por su relación con el denunciante en su acto de denunciar pueden recibir represalias, como compañeros de trabajo o familiares: "terceros que estén relacionados con el denunciante y que puedan sufrir represalias en un contexto laboral, como compañeros de trabajo o familiares del denunciante" (art. 4. b.).

El planteamiento que introduce esta Directiva, que se halla en curso de ser transpuesta al derecho español, propone una razón de ser en la ampliación del ámbito de protección frente a las represalias que coincide con las últimas novedades normativas que tienden a proteger a quienes ayudan a quien denuncia, a quienes facilitan la denuncia o quienes se confrontan con la situación de vulneración de derechos y libertades.

Durante la elaboración de esta Directiva, se sometió a consideración pública un cuestionario en el que se preguntaba acerca de por qué las personas no informaban de las malas prácticas de las que tenían conocimiento.

público, penal y de protección de datos", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 53, 2019, pp. 24-68; J. M. PÉREZ MONGUIÓ, "Del chivato al cooperador: el whistleblowing", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 115, 2019, pp. 343-375; A. GARRIDO JUNCAL, "La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro", *Revista de estudios autonómicos y locales*, núm. 12, 2019, pp. 126-151.

[75] Considerando 1, de la Directiva 2019/1937.

[76] Considerando 41, de la Directiva 2019/1937.

Respondieron esta encuesta 5.516 personas a título individual (grupo 1) y 191 como representantes de una institución (grupo 2). Son significativas las repuestas que dieron a la pregunta acerca de por qué no informaban de las malas prácticas de las que tenían conocimiento. Se anotan aquí las que tuvieron mayor apoyo en el formulario multirrespuesta: "miedo a las consecuencias legales" (el 80% –grupo 1– y el 70% –grupo 2–); "miedo a las consecuencias económicas" (el 78 % –grupo 1– y 63% –grupo 2–; "miedo a la mala reputación" (el 45% –grupo 1– y el 38% –grupo 2–); "actitudes negativas ante los alertadores" (el 44% –grupo 1– y el 38% –grupo 2–); "no saber dónde o cómo informar" (el 42% –grupo 1– y el 30% –grupo 2–); "la dificultad de probar el daño o la amenaza al interés público" (el 37% –grupo 1– y el 24% –grupo 2–); "no se actuará para remedir la mala acción" (el 35% –grupo 1– y el 31% –grupo 2–)[77]. Como se aprecia por las respuestas, además del miedo a las repercusiones legales o económicas que puedan darse, destaca el peso que tiene el miedo a la mala reputación y el miedo a recibir actitudes negativas, es decir, represalias[78]. Estos datos coinciden con los resultados obtenidos en las investigaciones que se presentaron en el apartado 3 de este artículo referidas a los motivos que llevan a dejar de prestar ayuda a quienes sufren violencia machista.

Como se ha dicho al poner en relación la lógica normativa subyacente a esta Directiva en lo referente a la protección frente a las represalias y a la noción de VSO, la premisa de la que se parte es que entre los factores que ayudan a informar sobre las infracciones de las que se tiene conocimiento se encuentra el apoyo de los compañeros y compañeras de trabajo, de ahí que se haya previsto la ampliación del ámbito de protección frente a las represalias, además del apoyo de las autoridades institucionales y de la adecuación de los procedimientos establecidos.

[77] Comisión Europea, "Summary Results of the Public Consultation on Whistleblower Protection", 2017, p. 5, disponible en *https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=54254*

[78] En la Sentencia del Tribunal de la Función pública de la Unión europea (sala primera), de 18 de septiembre de 2012 (ECLI:EU:F:2012:130), se reconoció que en la investigación que se llevó a cabo para investigar un caso de acoso psicológico (MP: H. Kreppel, caso Timo Allgeier c. la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –FRA–) se había detectado en la unidad de administración un "intenso ambiente de temor" y "temor a las represalias" que dificultaba que los trabajadores explicaran con libertad lo que se sabían acerca de caso en cuestión (en especial considerandos 71 y 72). Recuérdese que este Tribunal fue disuelto en septiembre de 2016 y sus funciones pasaron al Tribunal General.

6. CONSIDERACIONES FINALES

La principal aportación que introduce la noción de VSO es extender el ámbito de protección a aquellas personas que reciben represalias por confrontarse con situaciones de violencia machista y/o por dar apoyo a la víctima, aunque al hacerlo no ejerzan una función pública o no lo hagan en el marco de un procedimiento administrativo o judicial. Varios son las razones que aconsejan esta ampliación en el enfoque legislativo de la intervención contra la violencia machista. Por una parte, el reconocimiento de que, en ocasiones, quienes apoyan a las víctimas y se enfrentan a los agresores son objeto de represalias. Por otra parte, que en la medida en que las represalias se dirigen contra quienes apoyan, se incrementa el riesgo de aislamiento y silenciamiento de la víctima, así como el mantenimiento de los factores que de forma aislada o en combinación pueden favorecer el mantenimiento de las situaciones de violencia. A estas tres razones hay que añadir una cuarta que guarda coherencia con el llamamiento a pasar de posiciones de observación a posiciones de implicación en la prevención e intervención contra las violencias machistas. La activación de las terceras personas que dan apoyo a las víctimas exige que estas personas también queden protegidas en el caso de ser objeto de represalias por haber prestado este apoyo.

En contra de esta ampliación se puede aducir que existe el riesgo de caer en lo que se conoce como *caza de brujas*: hacer un uso espurio de los mecanismos de protección frente a las represalias. Frente a este miedo, que ha de ser atendido, hay que presentar tres argumentos: como se ha mostrado en este artículo, una parte importante de las víctimas no denuncia ni informa de lo que les está ocurriendo, y cuando lo hacen prefieren explicarlo a las personas que le son más cercanas y no a los mecanismos oficiales previstos legalmente. Esta realidad lleva a reconocer la importancia de proteger a quienes protegen, en defensa tanto del interés público, como del interés de la víctima y de quienes le dan apoyo. Como se ha recordado al aprobar la Directiva 2019/1937, lo relevante es la denuncia y la protección de quienes facilitan la denuncia o la comunicación de lo que está sucediendo, no los motivos que llevan a denunciar o comunicar una infracción: "Los motivos de los denunciantes al denunciar deben ser irrelevantes para determinar si esas personas deben recibir protección"[79].

El segundo argumento ante el miedo a *la caza de brujas* lo constituye la exigencia de que ha de existir una "estrecha relación" entre la denuncia o

[79] Considerando 32 de la Directiva 2019/1937.

el acto de apoyar a quien denuncia y el trato desfavorable sufrido[80]. El tercer argumento expresa una realidad que ha sido presentada en este texto: una parte importante de las personas que dejan de dar apoyo a las víctimas y dejan de confrontarse con las situaciones de violencia machista lo hacen por miedo a las represalias. No es la única razón que explica este comportamiento, pero es suficientemente relevante como para desarrollar legalmente la ampliación del principio de indemnidad frente a las represalias, como ya se está haciendo en otros ámbitos de actuación como es la lucha contra la corrupción y el fraude.

Antonio Madrid Pérez
Filosofía del Derecho
Universidad de Barcelona
Diagonal 684
08034 Barcelona
e-mail: antoniomadrid@ub.edu

[80] Considerando 44 de la Directiva 2019/1937.

EL PRECIO DE UNA PAZ SIN DERECHOS. LOS DESPLAZADOS/RETORNADOS EN KOSOVO Y BOSNIA HERZEGOVINA

THE COST OF PEACE WITHOUT RIGHTS. DISPLACED PERSONS/RETURNEES IN KOSOVO AND BOSNIA HERZEGOVINA

Ana M. Jara Gómez*
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-7565-0214

Fecha de recepción: 28-5-21
Fecha de aceptación: 19-1-22

"La calamidad que ha sobrevenido a un creciente número de personas no ha consistido en la pérdida de derechos específicos, sino en la pérdida de una comunidad que quiera y pueda garantizar cualesquiera derechos… Sólo la pérdida de la comunidad misma le arroja fuera de la humanidad" (Hannah Arendt)

"La vida que aquí perdiste / la has destruido en toda la tierra" (Constantino Kavafis)

Resumen: *Kosovo y Bosnia Herzegovina son países completamente diferentes y al mismo tiempo semejantes en lo tocante a la situación de las personas retornadas tras los conflictos armados y adquieren relevancia por el gran número de personas que fueron desplazadas, por la dimensión étnica de los desplazamientos y porque los cambios políticos producidos tras los conflictos son de tal calado que*

* Este artículo tiene origen en un Seminario García-Pelayo del Centro De Estudios Políticos y Constitucionales, impartido por la autora el 21 de enero de 2021.

reconfiguran el mapa de Europa. Es un lugar común afirmar que la interculturalidad social y política es sinónimo de tolerancia y paz social, especialmente en periodos de posguerra, en los que se hace imprescindible hablar de reconciliación para garantizar que es posible una vuelta a la normalidad. Este artículo trata de cuestionar, al menos como verdad autoevidente y generalizable, la bondad sin reservas de la interculturalidad impuesta inmediatamente tras un conflicto violento. Se debe dar, en estos contextos, mayor importancia a las etnias que han quedado en los márgenes de la exclusión. En Bosnia Herzegovina y Kosovo, el colapso del comunismo, los cambios políticos y los conflictos han tenido enormes consecuencias socioeconómicas en las etnias romaníes.

Abstract: *Kosovo and Bosnia Herzegovina are entirely different countries and at the same time similar in terms of the situation of returnees after armed conflicts. Both are relevant because of the large number of people who were displaced, because of the ethnic dimension of the displacements and because the political changes produced after the conflicts are so far-reaching that they reshaped the map of Europe. It is a commonplace to affirm that social and political interculturalism is tantamount to tolerance and social peace, especially in post-war periods, when it is essential to speak of reconciliation in order to ensure that a return to normality is possible. This article seeks to question, at least as a self-evident and universal truth, the unreserved virtue of interculturality imposed in the immediate aftermath of violent conflict. In these contexts, greater importance must be given to the ethnic groups that have been left on the margins of exclusion. In Bosnia-Herzegovina and Kosovo, the collapse of communism, political changes and conflicts have had enormous socio-economic consequences on Roma ethnicities.*

Palabras clave: retornados, identidad étnica, desplazamiento
Keywords: returnees, ethnic identity, displacement

1. INTRODUCCIÓN. ORIGEN Y CONTEXTO

Entre las numerosas asignaturas pendientes en el complejo y violento escenario europeo de los Balcanes, ocupa un lugar destacado el tratamiento dado a la cuestión de los desplazados *por conflicto* y retornados *post conflicto*. La especialidad que impregna la turbulenta desaparición de la antigua Yugoslavia, ha revestido de una especial complejidad el tratamiento dado, en este caso a los masivos desplazamientos que suelen asociarse a cualquier conflicto bélico. No disponemos de una explicación convincente de las razones de un retorno precipitado, acelerado e impuesto, que mezcla confusamente objetivos de restitución y resarcimiento con objetivos de reconstrucción político-institucional e integración social. El retorno de los desplazados al punto de partida, al es-

cenario postconflicto, cuando de conflictos étnicos se trata, lejos de contribuir a la pacificación y el restablecimiento de la convivencia, generalmente acaba siendo un diabólico itinerario de ida y vuelta que transcurre entre la violencia explícita (punto *a quo*) y la violencia latente (punto *ad quem*). Es sabido que las relaciones políticas raramente pueden sustanciarse prescindiendo totalmente del Derecho. Alcanzar un escenario de paz no implica, *eo ipso*, acceder a un territorio de derechos, sometido al imperio de la ley. Silenciar las armas no supone, siempre y necesariamente, conceder la palabra al Derecho.

La referencia a los casos de Kosovo y Bosnia Herzegovina, no pretendiendo limitar el alcance del fenómeno ni circunscribir territorialmente la magnitud de sus consecuencias, puede servir para dotarlo de una especial plasticidad, dada la especialidad balcánica a la que anteriormente hemos hecho referencia. En las páginas que siguen, se somete a reflexión el enunciado de algunas cuestiones que, por no ser menores y seguir pendientes, quizá precisen de análisis más profundos y mejor documentados. Valga, sin embargo, esta modesta aproximación para estimular un acercamiento más profundo a uno de los fenómenos en los que, sin duda alguna, se libra en la actualidad una de las batallas más decisivas sobre el despliegue, la eficacia, la protección y la garantía de los derechos humanos, en Europa y en el mundo.

En los aspectos específicos que conciernen a los retornados, que vuelven a sus lugares de origen o residencia una vez finalizado el conflicto armado, los casos de Kosovo y Bosnia Herzegovina, reconociendo sus semejanzas y sus notables diferencias, son relevantes por el elevado número de desplazados consecuencia de sus guerras, por el carácter marcadamente identitario de los desplazamientos y porque los conflictos también originaron cambios políticos determinantes. Si bien los datos del censo oficial son muy cuestionados, la Agencia Bosnia de Estadística calcula que de los 2,2 millones de desplazados que provocó la guerra, 1.015.394 habían regresado al país para 2006, y se documentó la repatriación de 457.194 personas, en calidad de integrantes de minorías, en zonas administradas por grupo étnico distinto al suyo. Estas cifras, generalmente objeto de controversia como acabamos de señalar, son particularmente cuestionadas en lo que respecta a la sostenibilidad del retorno, es decir, algunos repatriados han regresado para reclamar sus propiedades, venderlas y volverse a marchar. Sea como fuere, en relación a Kosovo, se estima que unos 220.000 serbios fueron desplazados durante la guerra de Kosovo y durante los disturbios que tuvie-

ron lugar en 2004[1]. Las estimaciones de la OSCE indican que 25.430 de ellos han vuelto[2].

Cuando hablamos de *retornados*, a los efectos del presente artículo, nos referimos a aquellas personas que abandonaron sus lugares de residencia, sus casas o sus bienes huyendo de la guerra y que posteriormente vuelven como residentes a estos mismos lugares una vez que el conflicto ha terminado[3]. En el momento presente existen en los Balcanes problemas migratorios diferentes de este, que cuentan con mayor actualidad o gravedad y sin embargo no tienen consecuencias políticas comparables al tema de los *retornados post conflicto*. Me refiero a las oleadas de refugiados que acuden y/o transitan por el corredor de los Balcanes huyendo de otras guerras o de condiciones de vida deshumanizantes, y que se encuentran en situaciones a menudo degradantes, también cuando llegan a Europa. Del mismo modo, es actual el asunto de los combatientes retornados, muchos de los cuales se presumen *radicalizados*, y vuelven a los Balcanes tras haber luchado en conflictos que tienen lugar en otros países, por ejemplo en Siria. El abordaje de estos problemas y estas situaciones deben forzosamente quedar pendientes para otros trabajos.

Cómo y por qué se produjeron los conflictos entre las repúblicas de la Antigua Yugoslavia es un asunto que abordaremos muy superficialmente, únicamente para establecer con la mayor fidelidad el marco de referencia teórico y situarnos con la mayor precisión y solidez posible en el escenario de retorno de aquéllos que se marcharon como refugiados huyendo de la violencia.

Poco después de la muerte de Tito, en 1981, la población albanesa de Kosovo ya reclamaba en las calles el estatus de república independiente. La agitación política, que respondía generalmente a la exigencia de derechos

---

[1] OSCE MISSION IN KOSOVO, "An Assessment of the Voluntary Returns Process in Kosovo", Organization for Security and Cooperation Mission in Kosovo, Pristina (Kosovo). Octubre de 2014. Disponible en: *https://www.osce.org/files/f/documents/f/2/129321.pdf*. Véase también D. STEPANOVIC y N. LOIZIDES, "Peaceful returns: reversing ethnic cleansing after the Bosnian war", *International Migration*, núm. 55 vol. 5, 2017.

[2] *Ibídem*

[3] El artículo 13.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que "(t)oda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país" (ONU. Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 Diciembre 1948, 217 A (III), disponible en: *https://www.refworld.org.es/docid/47a080e32.html)*. Véase también, sobre el derecho de retorno, la Resolución de la Subcomisión de Derechos Humanos 2002/30, *El derecho de retorno de los refugiados y de las personas internamente desplazadas*, de 15 de agosto de 2002, disponible en: *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1617.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1617*

económicos y políticos, continuó durante toda la década de los ochenta[4]. La proporción de albaneses en Kosovo, que en 1981 llegaba hasta el 78%, iba lentamente en aumento, pero los albaneses ostentaban menos del 50% de los puestos públicos oficiales. El índice de desempleo en Kosovo era el más alto de la Federación Yugoslava y los niveles de ingresos llegaban a ser una cuarta parte de la media nacional[5]. El ascenso político de Slobodan Milošević y su utilización del nacionalismo victimista y nativista serbio frente a Kosovo, resultaron decisivos para generar una espiral creciente de reclamaciones nacionalistas en toda Yugoslavia.

En Kosovo, las relaciones sociales entre los grupos étnicos se consideraban estables y, en general, sin notables confrontaciones, si bien la integración y la interacción social entre albaneses y serbios nunca alcanzó ni se acercó, en intensidad y grado de comunicación, a la situación existente en Bosnia Herzegovina antes de las guerras. Nos referimos a que, más que una estrecha relación de convivencia entre ambas comunidades, lo que había era una situación de tolerancia mutua. Aunque las relaciones interpersonales eran pacíficas, el trabajo en común provechoso y los intercambios sociales funcionaban con relativa normalidad, no se puede decir que la vida cotidiana entre albaneses y serbios discurriera dentro de los cánones propios de una comunidad de intereses y consensos básicos compartidos[6].

De un modo muy distinto, Bosnia y Herzegovina fue siempre un mosaico de culturas donde serbios, croatas y musulmanes bosnios llegaron a convivir largo tiempo en una sociedad que consideraban común y que habían construido conjuntamente. Esta pluralidad de nacionalidades integradas en la Bosnia de antes de la guerra hacía imposible cualquier reivindicación de separación o autonomía. Cada municipio contaba con una variedad de etnias, o con alguna mayoritaria, pero ninguna franja continua en el territorio podía reclamarse

---

[4] J. A. MERTUS, *Kosovo: How Miths and Truths Started a War,* University of California Press, California, 1999.

[5] Véanse, entre otros, D. JOVIĆ, *Yugoslavia: a State that Withered Away*, Purdue University Press, Indiana, 2009; Z. PETAK, "The Political Economy Background of Yugoslav Dissolution", trabajo presentado en la Conferencia *Conflict Resolution and Self-Governance in Africa (And Other Regions)*, 3 y 5 de mayo de 2003, Universidad de Indiana. Disponible en: *http://www.indiana.edu/~workshop/seminars/papers/y673_spring_2003_petak.pdf;* J. VANEK, "Yugoslav Economic Growth and its Conditions", *The American Economic Review*, vol. 53, núm. 2, 1963.

[6] Véase D. ANASTASIJEVIĆ, "The Closing of the Kosovo Cicle", en A. SCHNABEL y R. C. THAKUR, *Kosovo and the Challenge of Humanitarian Intervention: Selective Indignation, Collective Action, and International Citizenship*, United Nations University Press, Nueva York, 2000.

completamente serbia, croata o bosnia[7]. Tras la corta guerra en Eslovenia y la sangrienta y larga guerra en Croacia, el gobierno bosnio anunció un referéndum sobre la independencia en 1992, que ganaron quienes eran favorables a la separación de Serbia. Las comunidades de serbo-bosnios impugnaron el referéndum y boicotearon el recuento de votos, esgrimiendo que la Constitución requería un consenso entre todos los grupos nacionales para que la independencia fuera legítima, es decir, la aprobación de la mayoría de la comunidad serbia de Bosnia Herzegovina. Algunos representantes políticos serbo-bosnios de áreas con mayoría serbia reclamaron versiones propias de autodeterminación y el derecho a permanecer unidos a Belgrado.

La lucha armada comenzó en marzo de 1992, las tácticas de terror serbias consistían en ganar territorio para un Estado étnicamente puro, eliminando de él a quien no lo fuera. La *nueva Europa de Maastricht* quería una política exterior y de seguridad común pero no logró ponerse de acuerdo en los medios que habían de usarse para frenar el conflicto en Bosnia Herzegovina[8]. La guerra se prolongó durante tres años, en medio de la peor de las barbaries. La OTAN intervino, en el verano de 1995, cambiando el curso de los acontecimientos junto a la ofensiva por tierra croata y finalmente se acordó un alto el fuego, en octubre de 1995, al que seguirían las negociaciones de paz en Dayton, en noviembre de ese año[9].

Este mismo acuerdo tuvo un efecto en Kosovo, donde los albaneses vivían ya un completo *apartheid*[10], mientras alimentaban grandes esperanzas de que la comunidad internacional utilizara la coyuntura para frenar el na-

[7] N. MOUSAVIZADEH, *The Black Book of Bosnia: The Consequences of Appeasement,* Basic Books, Nueva York. 1996; J. P. REGER, *The Rebuilding of Bosnia*, Lucent Books, Greenhaven, 1997; C. ROGEL, *The Breakup of Yugoslavia and the War in Bosnia*, Greenwood Press, Connecticut, 1998; E. BLACK, *Bosnia. Fractured Region*, Lerner Publications, Minneapolis, 1999; S. L. BURG y P. S. SHOUP, *Bosnia-Herzegovina. Ethnic Conflict and International Intervention*, M. E. Sharpe Inc, Nueva York, 2000.

[8] D. RIEFF, *Slaughterhouse: Bosnia and the Failure of the West*, Londres, Simon & Schuster, 1996. Pueden verse también L. SILBER y A. LITTLE, *Yugoslavia: Death of a Nation*, Penguin Books, Londres, 1996; L. J. COHEN, *Serpent in the Bosom: The Rise and Fall of Slobodan Milošević*, Westview Press, Connecticut, 2001; V. MEIER, *Yugoslavia. A History of its Demise*, Routledge, Londres-Nueva York, 1999 y J. N. CLARK, *Serbia in the Shadow of Milošević. The Legacy of Conflict in the Balkans*, Tauris Academic Studies, Nueva York, 2008.

[9] S. L. BURG y P. S. SHOUP, *Bosnia-Herzegovina. Ethnic Conflict and International Intervention, cit.* Véase también *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), Prosecutor v. Radislav Krstic, Srebrenica-Drina Corps*, case IT-98-33 (Krstic Trial Chamber Judgment and Krstic Appeals Chamber Judgment).

[10] H. CLARK, *Civil Resistance in Kosovo*, Pluto Press, Londres, 2000.

cionalismo genocida de Milošević. El Acuerdo de Dayton no respondió a tales expectativas; Kosovo ni siquiera fue mencionado y su población quedó a merced de la Serbia que acababa de asolar Bosnia. Como hemos dejado dicho en otro lugar, el mensaje de Dayton a Kosovo parecía ser que sin violencia explícita y un elevado número de víctimas civiles estaba condenado al abandono.

El Ejército de Liberación de Kosovo (UÇK) comenzó a atacar con violencia objetivos serbios en 1996. En ningún caso el UÇK podía tener como objetivo derrotar a Serbia, dado el abismal desequilibrio en las fuerzas. En otoño de 1997, el UÇK realizó ataques sobre objetivos de la seguridad serbia, algunos contra civiles serbios, otros contra albaneses considerados traidores. Serbia respondió con un inmenso despliegue de fuerzas militares y paramilitares, atacando y bombardeando pueblos sospechosos de apoyar al UÇK. Europa y EEUU adoptaron una estrategia de condena tanto a la represión serbia como al terrorismo del UÇK y, a través del llamado *Grupo de Contacto* –formado por EEUU, la Federación Rusa, Alemania, Francia, Italia y el Reino Unido– reunieron a las partes en el castillo francés de Rambouillet, para una intensa ronda de negociaciones tendentes a lograr los términos para la paz y para la estabilidad de Kosovo a largo plazo.

Tras el fracaso de Rambouillet, la OTAN comenzó a efectuar ataques aéreos contra Serbia el día 24 de marzo de 1999[11]. La Alianza no puso en mar-

[11] La intervención en Kosovo no contó con la aprobación del Consejo de Seguridad, ni en el momento de las amenazas de ataque ni en el de los bombardeos la OTAN, por tanto, no se puede defender la legalidad de la intervención atendiendo a la Carta de Naciones Unidas. Bruno Simma afirma que, con todas las cautelas necesarias, existen 'casos difíciles' que implican terribles dilemas en los que las consideraciones políticas y morales imperativas no dejan alternativa salvo actuar fuera de la ley. Pero si estas instancias se vuelven la norma, pueden minar todo el sistema de seguridad colectiva. Acudir a la ilegalidad como explícita ultima ratio por razones tan convincentes como las que supone Kosovo en 1998 es una cosa, convertir la excepción en regla general es otra muy distinta, e implica, entre otras cosas, admitir que la OTAN no está sujeta a los principios de la Carta de Naciones Unidas (B. SIMMA. "NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects", *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999). Para ampliar este tema, que escapa a los objetivos de este trabajo, pueden verse, entre muchos, A. CASSESE, "Ex Iniuria Ius Oritur: Are we Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?", *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999; S. CHESTERMAN, *Just War or Just Peace? Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford University Press, 2001; R. FALK, "Reflections on the Kosovo War", *Global Dialogue*, vol. 1 núm. 2, 1999; D. FISHER, *Morality and War. Can War be Just in the Twenty-first Century?* Oxford University Press, 2012 y A. M. JARA GÓMEZ, "Soberanía, guerras justas y responsabilidad de proteger", *Criterio Jurídico*, vol. 16, 2018.

cha ni una sola ofensiva terrestre. Por primera vez en la historia de la OTAN, la guerra discurriría íntegramente por el aire. Los bombardeos tuvieron lugar durante once semanas y su legalidad se defendió en base a la *Resolución 1199 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas*, aunque hubo numerosas denuncias aduciendo que los ataques constituían una infracción del derecho internacional. La justificación oficial de la intervención era la inminente catástrofe humanitaria[12].

La división entre las comunidades serbia y albanesa de Kosovo se había radicalizado y profundizado notablemente con la imposición de la autoridad absoluta de Serbia en 1990, pero fueron las atrocidades cometidas por el régimen serbio durante la campaña de la OTAN las que aparecen como causa principal de la ruptura de todos los lazos entre ambas, sin solución posible[13].

En todo caso, es un hecho cierto que las guerras en la Antigua Yugoslavia desencadenaron desplazamientos a gran escala en la región. Serbia, Montenegro y Croacia acogieron aproximadamente el 40% de los refugiados de Bosnia Herzegovina, mientras que Austria, Alemania, Canadá, Estados Unidos y Australia recibieron también grandes contingentes de personas refugiadas. Dos millones de personas –de una población de menos de cinco millones– fueron desplazadas de Bosnia Herzegovina, un millón de las cuales lo hicieron a nivel interno[14].

[12] Al respecto véanse M. BUCKLEY y S. N. CUMMINGS, *Kosovo. Perceptions of War and its Aftermath*, BookEnds Ltd, Reino Unido, 2001; R. FALK. "Reflections on the Kosovo War", *Global Dialogue*, vol. 1 núm. 2, 1999; A. HEHIR, "NATO's 'Humanitarian Intervention' in Kosovo: Legal Precedent or Aberration?", *Journal of Human Rights*, vol. 8 núm. 3, 2009; M. IGNATIEFF, *Virtual War: Kosovo and Beyond,* Vintage Book, Londres, 2000; N. S. RODLEY y B. ÇALI, "Kosovo Revisited: Humanitarian Intervention on the Fault Lines of International Law", *Human Rights Law Review*, vol. 7 num. 2, 2007 y J. L. HOLZGREFE y R. O. KEOHANE (eds.), *Humanitarian Intervention. Ethical, Legal, and Political Dilemmas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

[13] A. M. JARA GÓMEZ, *Kosovo en el laberinto. Estado, derecho y derechos*, Comares, Granada, 2019. Véanse también T. VOON, "Pointing the Finger: Civilian Casualties of NATO Bombing in the Kosovo Conflict", *American University International Law Review*, vol. 16, 2001 y C. M. CHINKIN, "Kosovo: A "Good" or "Bad" War? *The American Journal of International Law*, vol. 93, núm. 4, 1999.

[14] L. PAŠIĆ, "Las consecuencias políticas y sociales del desplazamiento continuado en Bosnia-Herzegovina", *Migraciones Forzadas*, octubre 2015. Disponible en: *https://www.fmreview.org/es/dayton20/pasic*

2. ESTRATEGIAS DE POSTGUERRA PARA EL RETORNO DE LOS REFUGIADOS

2.1. Bosnia Herzegovina

El *Acuerdo Marco General Para la Paz en Bosnia Herzegovina*, también conocido como *Acuerdos de Dayton*[15], es el nombre del tratado de paz alcanzado en 1995, que puso fin a a la guerra de Bosnia Herzegovina. Se trataba en realidad de un conjunto de acuerdos, que fueron firmados por Slobodan Milošević, Franjo Tudjman y Alija Izetbegović. Dayton dispuso tres Constituciones para regular el país: la Constitución del Estado de Bosnia Herzegovina, la Constitución de la Federación de Bosnia y Herzegovina, y la Constitución de la República Srpska. La República Srpska, denominada –como la Federación– *entidad*, ocupa el 49% del territorio, el 90% de su población es serbia, a pesar de que algunos territorios que la componen eran mayoritariamente musulmanes con anterioridad a la limpieza étnica y el genocidio que tuvieron lugar durante la guerra. El Acuerdo daba a la República Srpska el derecho a mantener su propia policía y su ejército, así como el de tener una *relación especial paralela* con Serbia[16]. La Constitución para Bosnia Herzegovina, inserta en los Acuerdos de Dayton, diseñó una estructura institucional común para todo el Estado, basada en la equidad y paridad de representación de las tres etnias mayoritarias (bosnios musulmanes –o bosniacos–, bosnios croatas y bosnios serbios), que son definidas de manera colectiva como *comunidades*. Resulta clave para entender el fenómeno del retorno analizar brevemente la funcionalidad democrática de un sistema como este[17].

El ordenamiento constitucional de Bosnia y Herzegovina se articula en trece Constituciones: una para cada entidad, cantón y Estado. Hay trece Asambleas y trece Gobiernos, que funcionan a través de aproximadamente 150 Ministerios, sujetos a las condiciones impuestas por actores externos como

[15] Acuerdo Marco General para la Paz en Bosnia y Herzegovina (*General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina*) A/50/79 - CS/1995/999, de 30 de noviembre de 1995. Disponible en *https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/BA_951121_DaytonAgreement.pdf*

[16] R. WEDGWOOD, "Introduction", en R. WEDGWOOD (ed), *After Dayton: Lessons of the Bosnian Peace Process*, Council of Foreign Relations, Nueva York, 1999.

[17] D. CHANDLER, *Bosnia: Faking Democracy alter Dayton*, Pluto Press, Londres, 1999; S. BOSE, *Bosnia after Dayton: Nationalist Partition and International Intervention*, C. Hurst & Co, Londres, 2002).

el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Unión Europea. El sistema de protección y asistencia social es extremadamente frágil y comprende trece sistemas prácticamente independientes, con muy escasa coordinación y cooperación entre ellos. Incluso dentro del sistema único, las funciones se superponen y la división de responsabilidades nunca está clara[18].

Las estructuras de Gobierno nacional en Bosnia Herzegovina producen, en gran medida, parálisis. Por una parte, existe una presidencia tripartita, compartida por un presidente bosniaco, un presidente bosnio croata y un presidente bosnio serbio, que no suelen destacarse por su capacidad de acuerdo. Por otra parte, una Cámara de Representantes y una Cámara de los Pueblos que están obligadas a tomar decisiones que afectan al *interés general* y van a producir efectos para todo el país, aunque en la práctica les resulta imposible hacerlo. La comunidad internacional disfruta de credenciales inusuales y un papel privilegiado de observador y garante, designando miembros internacionales para que formen parte de órganos nacionales como el Tribunal Constitucional, la Cámara de Derechos Humanos, la Comisión para los Desplazados Internos y los Refugiados y el Banco Central. Cualquier decisión importante requiere el acuerdo de las tres comunidades étnicas, que se encontrarían en una posición de negociación constante para buscar consensos, si quisieran llegar a ellos. Cada uno de los tres presidentes puede vetar una decisión que entienda perjudica los *intereses vitales* de su comunidad étnica. Las delegaciones bosnia, croata y serbia de la Cámara de los Pueblos también pueden vetar decisiones que entren en conflicto con los que entiendan que son intereses vitales de su grupo, sujetos los vetos únicamente a un poder limitado de revisión por parte del Tribunal Constitucional. Se impide el gobierno por mayoría en una sociedad que puede calificarse muy difícilmente de amigable y cohesionada[19].

El Anexo VII de los Acuerdos de Dayton está dedicado a los refugiados y a los desplazados internos y establece que "*(t)odos los refugiados y las personas desplazadas tienen derecho a regresar libremente a sus hogares originarios. Tienen derecho a que se les restituya la propiedad de la que se les privara en el curso de las hostilidades desde 1991 y a que se les compense por cualquier propiedad que no les pudiera ser restituida. El pronto retorno de los refugiados y las personas desplazadas*

[18] S. CENIĆ, "Bosnia and Herzegovina: Development vs. Progress", *SEER: Journal for Labour and Social Affairs in Eastern Europe*, vol. 14, núm. 2 (*Inequality in south-east Europe*), 2011.

[19] R. WEDGWOOD, "Introduction", en Id., *After Dayton: Lessons of the Bosnian Peace Process,* cit.

es un objetivo importante de la solución del conflicto en Bosnia y Herzegovina. Las Partes confirman que aceptarán el regreso de esas personas que han abandonado su territorio […]"[20].

Si hacemos abstracción de la realidad ofrecida por el escenario construido en Dayton, no parece que la declaración contenida en este texto haya de ser objetable. Su valor declarativo, intencional e incluso programático, no está en cuestión; su eficacia práctica y su alcance normativo quizá merezcan un análisis más detallado. Cuando, por ejemplo, se habla de bosnios y bosnias que tienen derecho a volver a territorio de la República Srpska, creada en el mismo Acuerdo, no podemos olvidarnos de que ahora esta área es serbia, gracias a una limpieza étnica y un genocidio, como bien explica Robert Hayden,

> La extraordinaria violencia que ha destruido estos lugares no fue la "furia de las pasiones nacionalistas reprimidas durante mucho tiempo por el comunismo", como quisieran muchos periodistas y políticos. En cambio, sostengo que las guerras han girado en torno a la mezcla forzosa de pueblos cuya coexistencia continua era contraria a las ideologías políticas que ganaron en las elecciones democráticas de 1990. Así, el nacionalismo extremo en la antigua Yugoslavia no ha sido sólo una cuestión de imaginar comunidades "primordiales", sino más bien de hacer inimaginables las comunidades heterogéneas existentes. En términos formales, el objetivo ha sido implementar una definición esencialista de la nación y su estado en regiones donde la población entremezclada formaba una prueba viviente de su validez: la negación brutal de la realidad social para poder reconstruirla[21].

Las comunidades heterogéneas hacen más difícil controlar el poder y la economía, como también señala Hayden,

> Es esta reconstrucción la que convierte la imaginación de la comunidad en un proceso que produce víctimas reales. […] El objeto es ciertamente estructuralista […], en el sentido de que la "limpieza étnica" es (para describir el derramamiento de sangre de una manera no sangrienta) la remoción de tipos específicos de materia humana de lugares particulares. Al mismo tiempo, la "limpieza étnica" puede ser también el corolario de un mito de nación leví-estraussiano invertido, un mito que

[20] Acuerdo Marco General para la Paz en Bosnia y Herzegovina, cit.

[21] R. HAYDEN, "Imagined Communities and Real Victims: Self-Determination and Ethnic Cleansing in Yugoslavia", *American Ethnologist*, vol. 23 num. 4, 1996, p. 784.

> no proporciona un modelo lógico capaz de superar las contradicciones de la estructura social existente, sino que proclama que la estructura social existente es contraria a la lógica y, por lo tanto, debe ser destruida[22].

Quizá merezca la pena ahondar en la cuestión, superando la inicial complacencia ante la retórica de Dayton. El pronto retorno de los refugiados y las personas desplazadas se va a colocar como objetivo importante en el acuerdo, comprometiéndose los implicados a implementar un plan de repatriación y reasentamiento, que iba a ser desarrollado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Finalmente resultó que no sólo era necesario un plan, sino que hicieron falta tres planes sucesivos, con el objeto de que las autoridades locales fueran adquiriendo progresivamente mayores responsabilidades. En este sentido es interesante detenerse a analizar, aunque sea de manera breve, cuál es la motivación que se encuentra tras la insistencia por parte de la comunidad internacional en el retorno de los refugiados, que puede obligar a dejar de lado las consideraciones y preferencias de los individuos. No podemos dudar de la relevancia de las razones humanitarias, pero tampoco podemos descartar por completo que los países que recibieron a los refugiados quieran, por motivos económicos, políticos o incluso raciales, estimular su salida. Es posible, aunque no tenemos forma de demostrarlo, que el retorno de los refugiados, muchos de ellos pertenecientes a las etnias *perdedoras* de los conflictos, contribuya a evitar el ascenso de regímenes tiránicos en Estados que tras la guerra han quedado *políticamente frágiles*. O tal vez lo que se quería era fingir que lo irreversible se había logrado revertir, pretender que la limpieza étnica no había pasado.

El primer plan facilitó que más de 500.000 refugiados volvieron entre el año 1996 y el 2000 a los lugares de los que habían huido durante la guerra[23]. En Bosnia Herzegovina, solo durante los dos primeros años de posguerra un elevado número de personas regresaron del extranjero, sin embargo, no volvieron exactamente a sus antiguos hogares, sino que se dirigieron principalmente a aquellas áreas en las que su comunidad étnica era el predominante. Este llamado *regreso de las mayorías* tiene la consecuencia, entre otras, de que los retornados pasan a convertirse, de modo estable, en desplazados internos. También tiene como resultado la proliferación de zonas, más o menos amplias, étnicamente homogéneas. Los *regresos de las minorías* –retornados

[22] Ibidem.

[23] A. MAYNE, "Bosnia-Herzegovina: 20 años tras el Acuerdo de Dayton", *Migraciones Forzadas*, octubre 2015. Disponible en: *https://www.fmreview.org/es/dayton20/mayne*

que vuelven a áreas donde pasan a formar parte de una comunidad étnicamente minoritaria– solo aumentaron en los primeros años del s. XXI, y no llevó mucho tiempo reconocer que la mayoría de los retornos eran *falsos*. Los retornados volvían a sus lugares de origen y se inscribían en el censo con el objeto de exigir la propiedad de sus inmuebles, sobre todo para poder proceder a su venta, o para ejercer sus derechos políticos en el intento de dar un giro a la balanza étnica en las instituciones[24].

En el caso de Kosovo era muy difícil que se produjera el regreso de las mayorías, porque los serbios no eran mayoría prácticamente en ninguna parte del país antes del conflicto, si se excepcionan los municipios del Norte.

Una vez comprobado el *retorno de las mayorías*, se procedió a diseñar el segundo plan. Sobre el terreno, las condiciones de vida y las posibilidades laborales y sociales no eran halagüeñas, produciéndose episodios de resistencia violenta al retorno por parte de las autoridades locales. Alrededor de 470.000 personas regresaron con este nuevo plan, o les fueron restituidas/reconstruidas sus propiedades, principalmente a través del Plan de Implementación de la Ley de la Propiedad[25]. Esta es una cifra donde debemos detenernos, no es asimilable el regreso de la persona a su lugar de origen y el hecho de que la propiedad sea reconstruida o restituida. Es más, es posible que la devolución de las propiedades a sus titulares legítimos fuera un proceso culminado con cierto éxito, y que, sin embargo, el regreso de las personas a los lugares que abandonaron durante la guerra no fuera tan exitoso. Se suele prestar poca atención al hecho de que la reconstrucción social es un tema más crítico y aún más complejo que la restitución de la propiedad. A menudo, el principal problema con el que se ha de encontrar un retornado es el de la restauración de la vida social y su reintegración e inclusión de pleno derecho en la ciudadanía[26].

---

[24] L. PAŠIĆ, "Las consecuencias políticas y sociales del desplazamiento continuado en Bosnia-Herzegovina", *Migraciones Forzadas*, Octubre 2015. Disponible en: *https://www.fmreview.org/es/dayton20/pasic*

[25] A. MAYNE, "Bosnia-Herzegovina: 20 años tras el Acuerdo de Dayton", en Id., *Migraciones Forzadas, cit.*

[26] I. SERRANO, "Los derechos de propiedad y de reconstrucción en el proceso de retorno bosnio", *Migraciones Forzadas*, octubre 2015. Disponible en: *https://www.fmreview.org/es/dayton20/serrano*; H. EINSPORN, "From returnees to citizens? The case of minority repatriations to Bosnia and Herzegovina", *Refugee Studies Centre*, Working Paper Series 118, 2016. Disponible en: *https://www.rsc.ox.ac.uk/publications/from-returnees-to-citizens-the-case-of-minority-repatriations-to-bosnia-and-herzegovina*

Se han producido casos en los que los detractores del retorno de los refugiados han impedido deliberadamente el acceso de éstos al empleo y a otros derechos básicos. Se estima que unos 14.000 hogares fueron destruidos tiempo después del final del conflicto armado, con la intención de convencer a aquéllos que tenían intención de volver para que desistieran de su propósito[27].

El plan número tres se inició con la formulación de la *Estrategia Revisada* para la implementación del Anexo VII de los Acuerdos de Dayton, que incluía explícitamente la afirmación de que muchas de las familias desplazadas, frecuentemente las más vulnerables, no estaban en condiciones de volver y necesitaban ayuda en su actual lugar de desplazamiento. Este cambio político, explica Andrew Mayne[28], representante de ACNUR en Bosnia-Herzegovina, ha dado lugar al desarrollo de varios proyectos importantes. El *Proceso de Sarajevo* es el primero de ellos, un diálogo de alcance regional iniciado por ACNUR en 2005 para abordar los problemas de los refugiados y los desplazados internos en Serbia, Bosnia, Croacia y Montenegro. A partir del Proceso de Sarajevo tuvo lugar una *Conferencia de Donantes* (en la que fueron recaudados casi 300 millones de euros) y se puso en marcha, para estos cuatro países, el *Programa Regional de Vivienda*, en abril de 2012[29].

Una parte de las personas que retornaron a Bosnia-Herzegovina fueron reubicadas en alojamientos temporales o en centros colectivos. Estas son viviendas provisionales que algunos Ayuntamientos pusieron a disposición de las familias que se habían instalado en residencias abandonadas que habrían de ser devueltas a sus propietarios. Estos centros colectivos, construidos *ad hoc* o instalados en estructuras previas, como barracones u hospitales, estaban destinados a ofrecer vivienda únicamente de manera temporal a aquellas personas que resultaron desplazadas internamente por el conflicto. Sin embargo, han permanecido como soluciones estables, a pesar de haberse deteriorado hasta llegar a condiciones de inhabitabilidad. Hoy aún viven

[27] A. MAYNE, "Bosnia-Herzegovina: 20 años tras el Acuerdo de Dayton", en Id. *Migraciones Forzadas, cit.*

[28] Ibidem.

[29] El Programa Regional de Vivienda se concibió para asistir aproximadamente a 5.500 familias en Bosnia Herzegovina. La gestión de un proyecto de estas características supuso un gran reto para los países asociados, que cooperan entre sí para minimizar los obstáculos. Esta es un tipo de cooperación a la que Kosovo no puede aspirar dados los actuales vetos de los países que no lo reconocen y que impiden que pueda llevar a cabo o participar en un buen número de proyectos que implican cooperación transfronteriza.

en centros colectivos 8.547 personas, que se encuentran a menudo en condiciones de desamparo. Para dar solución a esta situación límite en que se encuentran las personas que permanecen en los centros colectivos se ha diseñado un proyecto llamado CEB II (financiado principalmente por el Banco de Desarrollo del Consejo de Europa), que comenzó su implementación a finales del año 2014 y cuya conclusión, esperamos, tendrá como resultado el cierre de los centros colectivos y la reubicación de los retornados en viviendas dignas[30].

2.2. Kosovo

Muchos serbios de Kosovo vivieron directamente, como víctimas o como testigos, ataques violentos durante las semanas que siguieron al fin de los bombardeos de la OTAN, en 1999. No se hicieron, en aquel momento, suficientes esfuerzos para proteger a los serbios en Kosovo y hubo muchos casos de represalias violentas. Se estima que el 70% de la población serbia huyó de Kosovo, ya fuera para evitar esas represalias o debido a la existencia de mejores oportunidades de empleo, formación y vida en Serbia. Los ataques contra los serbios de Kosovo después de la retirada de la OTAN tenían la finalidad de desplazar y castigar al que aún se consideraba el enemigo e impactaron de dos formas distintas en la comunidad serbia de Kosovo. Por una parte, empujaron a marcharse a algunos serbios por razones de seguridad y por otra enviaron el mensaje de que a los serbios no les esperaba un futuro muy prometedor bajo el nuevo estado albanés en Kosovo[31].

Sin embargo, el nuevo Estado se iba a hacer esperar[32]. La encargada de administrar Kosovo, como una especie de protectorado, fue la misión de

[30] A. MAYNE, "Bosnia-Herzegovina: 20 años tras el Acuerdo de Dayton", en Id., *Migraciones Forzadas,* cit.; COMISIÓN EUROPEA, *Bosnia and Herzegovina 2020 Report*. Commission Staff Working Document, Bruselas, 6.10.2020 SWD(2020) 350 final. Disponible en: *https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/bosnia_and_herzegovina_report_2020.pdf*

[31] S. L. JOREIMAN, "Ethnic Violence, Local Security and Return Migration: Enclave communities in Kosovo", *International Migration*, vol. 55, núm. 5, 2017.

[32] La declaración de independencia de Kosovo tendrá lugar en 2008, un hecho al que habrán de asociarse, como veremos, consecuencias políticas y jurídicas de indudable repercusión en relación a nuestro tema. Sin magnificar los efectos prácticos concretos del nuevo escenario institucional sobre las políticas en torno a desplazados/retornados, quizá merezca destacarse el impacto producido en el ámbito internacional por la *Opinión Consultiva de la CIJ, de 22 de julio de 2010, sobre Kosovo*. Como hemos hecho notar en anteriores trabajos, para

Naciones Unidas, UNMIK, a lo largo de los siguientes diez años. UNMIK, como administradora del Estado, hizo frente a una larga lista de problemas, relativos a la vivienda, la educación, la seguridad y la libertad de movimientos, justicia, empleo, sanidad, bienestar social, relaciones interétnicas y retorno de los refugiados/desplazados internos. Resultó especialmente compleja la cuestión del destino de las propiedades abandonadas por los serbokosovares, que habían sido en numerosos casos ocupadas, vendidas a precios muy bajos o controladas por las tropas de la OTAN (KFOR) para evitar su ocupación ilegal. La gestión de UNMIK ha sido en muchas ocasiones criticada por su labor en lo referente a la propiedad inmobiliaria, sin embargo, debemos reconocer que sus actuaciones estaban plagadas de obstáculos, incluyendo la ausencia de registros de propiedad, que habían sido destruidos[33].

La ONU, la Unión Europea y el gobierno de Kosovo han gastado millones de euros en las dos últimas décadas para potenciar el retorno de los serbios a Kosovo y restablecer la proporción de serbios que existía en el territorio antes de la guerra. Por supuesto, a la inversión se la acompaña con estrategias de condicionalidad por parte de la comunidad internacional.

En 2002, el Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas (SRSG por sus siglas en inglés) supeditó las decisiones referentes al futuro de Kosovo al cumplimiento de ciertos estándares por parte de la ex provincia. Las instituciones y población de Kosovo estarían obligadas, a cambio de mayores cotas de soberanía, a garantizar, por ejemplo, los dere-

---

un destacado sector de la doctrina, la opción de la CIJ por compatibilizar la negación de la existencia de un *derecho a la secesión unilateral* con la *tesis de la excepcionalidad*, enarbolando la protección de los derechos humanos como telón de fondo, ofrece una valiosa y prometedora perspectiva, extensiva obviamente a la cuestión aquí analizada. No son pocos, en efecto, los autores que han destacado el potencial pacificador, pragmático y constructivo de la *Opinión Consultiva de la CIJ*. En particular, con referencia a la posición española sobre la cuestión, hemos llamado la atención sobre la irrupción en el escenario patrio de los requerimientos doctrinales de la vieja dogmática jurídica, desplegados en este caso en torno a los dos principios estructurales clásicos del Derecho Internacional: el de soberanía e integridad territorial de los Estados y el atinente al derecho de autodeterminación de los pueblos. Pueden verse, al respecto A. M. JARA GÓMEZ, *Kosovo en el laberinto. Estado, derecho y derechos*, cit., pp. 215-216; y "Kosovo's Constitutionalism and Some Notes on the Legitimacy of the Spanish Position", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XXI, enero-diciembre, 2021, pp. 535-564.

[33] M. SALAMUN, T. JOSIPOVIĆ, M. POVLAKIĆ y E. HALILI (BAHOLLI) *Private properties issues following the regional conflict in Bosnia and Herzegovina, Croatia and Kosovo*, Estudio de la Dirección General de Políticas Internas, Parlamento Europeo, PE 419.632, 2010. Disponible en: *http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/peti/dv/peti20100504_studyrestitution1_/peti201005*

chos de las minorías étnicas presentes en el territorio. Este tipo de condicionalidad cristalizó en una *sui generis* doctrina de la Organización de Naciones Unidas que se llamó '*Standards before Status*' (primero los estándares y después el estatus)[34]. Es una doctrina que establece requisitos que el candidato a soberano tendrá que cumplir para obtener su estatus de Estado, aunque no queda del todo claro qué órgano o quienes conceden este estatus[35].

Entre los estándares impuestos, cuyo cumplimiento iba a dar a Kosovo la posibilidad de iniciar finalmente un debate sobre su futuro y que necesariamente exigía que los progresos fueran *cuantificables,* estaba, redactado de este modo, el "*Retorno sostenible de refugiados y derechos de las minorías étnicas*. Respeto al derecho de todas las comunidades étnicas de permanecer en Kosovo, garantía de su derecho a mantener sus propiedades y a retornar a ellas" [36].

La *política de estándares* fue un fracaso por razones evidentes, tal vez la más obvia era que muchos de los estándares estaban en manos de actores no kosovares. El *Informe Eide*, remitido al Secretario General de la ONU en 2004, recomendaba un enfoque más dinámico y el abandono de esta estrategia infructuosa[37]. En junio de 2005 se nombró al embajador Eide, autor del informe como Enviado Especial de las Naciones Unidas, con el encargo de poner en marcha un nuevo proceso de avance[38].

El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas apoyó los nombramientos de quien obtendría un Premio Nobel gracias a este proceso, Martti Ahtisaari,

---

[34] Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad refrendando los "Estándares para Kosovo", S/PRST/2003/26, de 12 de diciembre de 2003. Disponible en *https://undocs.org/es/S/PRST/2003/26*

[35] A. M. JARA GÓMEZ, "Nuevos modelos de soberanía. Kosovo y la soberanía irrelevante", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 5, 2014.

[36] B. KNOLL, "From Benchmarking to Final Status? Kosovo and the Problem of an International Administration's Open-Ended Mandate", *The European Journal of International Law*, vol. 16, n*úm.* 4, 2005, p. 640.

[37] *The Situation in Kosovo. Report to the Secretary General of the United Nations. Summary and Recommendations*, S/2004/932, 15 de julio de 2004. Disponible en *https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/kos%20S2004%20932.pdf*

[38] El Parlamento Europeo también realizó un pronunciamiento afirmando que la estrategia de la ONU para Kosovo llamada *standards before status* no había tenido éxito después de cinco años desde que comenzó su implementación y que parecía lo más conveniente abandonarla. PARLAMENTO EUROPEO. *Kosovo: 'standards and status' should go hand in hand*, Bruselas, 26 de enero de 2005.

como Enviado Especial para llevar a cabo el proceso político sobre el futuro estatus jurídico de Kosovo y de Albert Rohan como su adjunto, el 10 de noviembre de 2005. La *Propuesta Integral Final para el Establecimiento del Estatus Jurídico de Kosovo* (*Plan Ahtisaari* en adelante), acompañada del Informe del Enviado Especial, recomendaba que el estatus de Kosovo fuera la independencia [39]. Se trataba de una estrategia que permitía que Kosovo se independizara, tras diez años bajo la administración de UNMIK, no de Serbia, protegiendo al mismo tiempo a la minoría serbia que se encontraba en el territorio. El *Plan Ahtisaari* no llegó a aprobarse en el Consejo de Seguridad, donde encontró el veto de Rusia, pero fue adoptado como parte de la Constitución de Kosovo. En esta Constitución se reconocía el carácter multiétnico del nuevo Estado y se establecían garantías reforzadas a la población serbia de Kosovo. Una de estas garantías fue la creación de nuevos municipios allí donde existían mayorías de población serbia. Dado que en Kosovo los gobiernos municipales son, aparte del gobierno central, la única instancia de organización política territorial, las comunidades minoritarias serbias tenían la posibilidad de ejercer un control sustancial y poder político y social. El texto constitucional adoptó medidas adicionales de protección a nivel nacional, como la reserva de escaños en el Parlamento para las minorías y el uso del serbio en las oficinas y documentos oficiales. A pesar de todo, las garantías, las protecciones especiales y el otorgamiento de derechos colectivos no han logrado el regreso de la población serbia, al menos en la magnitud prevista, con los datos de que se dispone[40].

Los municipios del norte del país, muy cercanos física y políticamente a Serbia, que tienen mayoría de población serbia (Leposavić, Zubin Potok y Zvecan) no recaban, o, al menos, no proporcionan datos sobre sus índices de retorno. Tampoco ofrece cifras la parte norte del municipio de Mitrovica. Sin embargo, hay otros municipios de Kosovo con mayoría de población serbia que recaban y publican sus datos, a saber, Novo Brdo, Gracanica, Ranilug, Partesh y Klokot. Se trata de los municipios creados por el *Plan Ahtisaari* que, aunque son de mayoría no albanesa, están bajo el control del Gobierno y las leyes de Kosovo[41]. Estos datos nos proporcionan luces acerca del retorno y sus características, y pueden servir para cuestionar y traer al debate algunas asunciones que podrían beneficiarse de nuevos análisis e interpretaciones.

[39] *Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement*, S/2007/168/Add.1, de 7 de febrero de 2007. Disponible en: *http://www.unosek.org/docref/propuesta_integral-espa%F1ol.pdf*

[40] S. L. JOREIMAN, "Ethnic Violence, Local Security and Return Migration: Enclave communities in Kosovo", en Id., *International Migration*, cit.

[41] Ibidem.

Un hecho que se desprende de estos datos es la preferencia del retorno a áreas rurales, lo que nos da información sobre quienes retornan y a qué se dedican. La mayoría de las opciones de subsistencia en las zonas rurales de Kosovo giran en torno a la agricultura, la viticultura o la cría de ganado. Es poco probable que los que regresan a las zonas rurales del país sean personas con educación avanzada, jóvenes, o profesionales especializados debido a las limitadas oportunidades de trabajo. Es mucho más probable que sean agricultores o jubilados, que regresen a las tierras que tenían en Kosovo antes de la guerra. Esta observación no concuerda con las teorías que sugieren que es más probable que las personas regresen a las zonas urbanas. Suponemos que los serbios que abandonaron las comunidades urbanas de Kosovo tienen posiblemente las aptitudes necesarias para aprovechar las oportunidades económicas que Serbia pueda darles[42].

Una parte nada desdeñable de la población serbia (kosovar) que ha decidido regresar a Kosovo, se va a decantar por instalarse en municipios de escasa población, donde las oportunidades laborales no son abundantes, pero que sin embargo cuentan ya con una población serbia significativa. También, de modo sorprendente, los serbios regresan en mayores números a aquellas zonas donde fueron más frecuentes los episodios de violencia en la última etapa de la guerra. Estas preferencias de los retornados por los llamados *enclaves étnicos* suponen un hallazgo de importancia, que nos va a permitir analizar más allá del número de retornados o del número de personas que han reclamado su propiedad tras la guerra. La información de Kosovo nos dice a dónde regresaron las personas y este asunto no es baladí en el momento de orientar las políticas internacionales relativas a los refugiados que retornan.

Desde las postrimerías de la guerra de Kosovo, organizaciones como OSCE y ACNUR afirman que se ha incrementado la libertad de movimientos de los serbios de Kosovo y que progresivamente también han mejorado las condiciones de seguridad ha mejorado[43]. Aun así, no se ha progresado mucho en lo que se refiere a la integración social y cultural, la comunicación entre los ciudadanos serbios y albaneses de Kosovo, o la interacción entre

---

[42] Ibidem

[43] Véanse, entre otros, OSCE-UNHCR, *Assessment of the Situation of Ethnic Minorities in Kosovo* (March 2001- August 2001). Disponible en: *https://www.unhcr.org/3c625c8d4.pdf* y OSCE-UNHCR, *Tenth Assessment of the Situation of Ethnic Minorities in Kosovo* (May 2002 – December 2002). Disponible en: *https://www.osce.org/files/f/documents/a/2/12731.pdf*

los representantes de las dos comunidades[44]. Ante esta falta de convivencia real, reducida a coexistencia, la conclusión es, reiteradamente, que un mayor nivel de interacción entre albaneses y serbios redundaría en una mejora de la percepción de seguridad. Redactado con retórica más o menos elaborada o con mayor o menor índice de reproche a uno de los *lados*, puede encontrarse esta fórmula en variados documentos internacionales referentes a otros tantos conflictos[45]. Se tiene por incuestionable que una especie de *interculturalidad* de la vida social y política es beneficiosa y necesaria en periodos de posguerra, entre las mismas partes o grupos que se han enfrentado entre ellos durante el conflicto. Esta es una afirmación que queremos tratar de combatir, al menos como verdad autoevidente y generalizable.

Cabe pensar que algunas de las situaciones de desplazamiento de los refugiados se prolongan, entre otras cosas, por el miedo a volver al mismo sitio donde el enemigo reconocible permanece, como vencedor de la contienda, donde el agresor o simplemente el grupo que haya logrado erigirse en victorioso, tiene el poder, los medios y el espacio. Algunos autores han señalado ya la necesidad de dar mayor proyección a la integración de los refugiados en las comunidades de destino en detrimento del retorno o el reasentamiento, que pueden tardar o nunca producirse[46].

Como señala Sandra Joreiman[47], una parte de la violencia de las guerras es "local", resultante de discordias particulares que se envuelven en un conflicto que permite todo. Al hilo de esta teoría, la elección de los enclaves por parte de las minorías en el proceso de retorno demuestra una interacción similar entre el entorno local y el nacional, salvo que en este caso es la seguridad la que está localizada y no la violencia. Los enclaves serbios proporcionan dos pilares fundamentales de la vida: seguridad y sociedad, aislando en

[44] Véanse, entre otros, COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión titulada *Comunicación de 2020 sobre la política de ampliación de la UE* (COM(2020)0660), de 6 de octubre de 2020, acompañada del documento de trabajo de los servicios de la Comisión titulado *Kosovo 2020 Report* (Informe de 2020 sobre Kosovo) (SWD(2020)0356). Disponibles ambos documentos en: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0660&from=ES*

[45] Véase, por todos, PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de noviembre de 2018, sobre el Informe de 2018 de la Comisión sobre Kosovo (2018/2149(INI))*, Documento (2020/C 363/19). Disponible en: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018IP0479&from=EN*

[46] M. AGIER, *On the Margins of the World. The Refugee Experience Today*, Polity Press, Cambridge, 2008.

[47] S. L. JOREIMAN, "Ethnic Violence, Local Security and Return Migration: Enclave communities in Kosovo", en Id., *International Migration*, cit.

la medida de lo posible a sus miembros de la experiencia política estatal. En el caso de Kosovo, donde algunos enclaves tienen reconocimiento político y cuentan con sus propios representantes, éstos dan paso a una experiencia local claramente diferenciada de la política a nivel nacional. Aunque este *aislamiento* puede no ser ideal en términos de normalización y reconciliación entre serbios y albaneses, permite a las personas gozar de una sensación de seguridad que tiene enorme valor en la vida diaria. Los enclaves étnicos resultan lugares atractivos para retornar, puesto que las personas que vuelven están rodeadas de miembros de la misma etnia, cubriendo la mencionada necesidad doble de sociedad y seguridad.

Ya Hannah Arendt había explicado que las personas sin derechos no son aquéllas a quienes se les arrebata la vida, la libertad, la seguridad o la igualdad ante la ley o la libertad de expresión, fórmulas diseñadas para resolver problemas dentro de las comunidades. Las personas sin derechos son, para Arendt, las que ya no tienen comunidad[48]. Es, por tanto, más fácil que los serbios se sientan seres humanos con derechos, así entendidos, si retornan a enclaves, aislados y en buena medida independientes de la sociedad albanesa mayoritaria.

Como hemos mencionado, no se trata solo de seguridad sino también del poder político, que incluso a este nivel puede significar la capacidad de controlar el desarrollo y los mecanismos de cambio. La política, participada por todos, logra neutralizar la quiebra de las relaciones de las minorías con las nuevas instituciones del Estado y normalizar aquello que, en otros municipios, más centrados en negar las causas y las consecuencias de la guerra, sigue pareciendo impensable: el juego político y económico.

3. CARACTERÍSTICAS DE LA SOCIEDAD DE RETORNO

3.1. La situación económica de posguerra

Tras un conflicto armado nunca es posible retornar al mismo lugar que se abandonó. En ocasiones ni siquiera se puede volver al mismo país, porque ya no existe como tal. En los casos de Bosnia Herzegovina y Kosovo no solo era imposible volver a una sociedad que ya no existía, que fue una vez

[48] H. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2017.

yugoslava, tampoco era posible regresar a las personas que la formaban o a los paisajes urbanos anteriores a la guerra. Este hecho origina en los desplazados y retornados un sentimiento de nostalgia y tensión comparable a *vivir en el limbo*, ignorando lo que puede deparar el futuro, sin saber si su *hogar* tal y como lo entendían sigue existiendo y sin posibilidad de controlar o ejercer ningún poder sobre cualquiera de estos elementos, que resultan del todo impredecibles[49]. Los retornados, en muchos casos, se encontrarían a su vuelta con las penurias propias del tiempo de posguerra, y, en otros muchos casos, un territorio ahora *conquistado* y ocupado por el enemigo tras innumerables masacres, campos de violaciones brutales y crímenes de toda clase.

Las penurias a las que nos referimos como *propias de este tiempo de posguerra* en los Balcanes eran, y aun son, principalmente económicas.

La pobreza en Bosnia Herzegovina es más profunda y está más extendida que en cualquier otro país de la ex Yugoslavia, quizá con la salvedad de Kosovo, y alrededor del 20% de los pobres sufren graves carencias en todos o casi todos los indicadores y aspectos clave del bienestar, que van desde unas condiciones de vivienda y salubridad aceptables o el acceso a los servicios de atención de la salud, hasta la alfabetización, la cultura y cualesquiera medios de integración social y comunitaria. Las estructuras extremadamente complejas, junto con el alto nivel de pobreza, indican que el país no puede compararse con ninguna de las demás ex repúblicas yugoslavas ni con otros países de la región[50].

La pobreza en Kosovo es persistente y generalizada, casi el 50% de su población es pobre y el 17% vive en la pobreza extrema y no tiene ingresos para cubrir sus necesidades nutricionales básicas. El crecimiento económico ha sido sólido desde el final de la guerra. En un informe de febrero de 2018, el Fondo Monetario Internacional ha evaluado la situación de Kosovo, que ha logrado avances significativos en lo que respecta a garantizar la disciplina fiscal y fortalecer el sector financiero. Se destaca que los saldos de los bancos públicos están por encima del nivel mínimo del 4,5% del PIB, y la deuda pública sigue siendo baja[51]. Sin embargo, como decimos, con su actual PIB,

[49] S. B. HOLTZMAN y T. NEZAN, *Living in Limbo: Conflict Induced Displacement in Europe and Central Asia*, World Bank, Washington D. C., 2004.

[50] S. CENIĆ, "Bosnia and Herzegovina: Development vs. Progress", *SEER: Journal for Labour and Social Affairs in Eastern Europe*, Vol. 14, No. 2 (*Inequality in south-east Europe*), 2011.

[51] G. CIPOLLONE, B. EVANS y J. WEISS, *International Monetary Fund Country Report 18/31 Kosovo*. 22 de enero de 2018. Disponible en: *https://www.imf.org/external/country/uvk/index.htm?type=56*

Kosovo sigue siendo uno de los países más pobres de Europa. El nivel de vida no parece mejorar, los programas de asistencia social no se adecúan a las necesidades de la población y las exportaciones se encuentran con trabas jurídicas para cruzar las fronteras con los países vecinos. Por otro lado, se incrementa el número de personas que necesitan acceder al mercado laboral, mientras que las oportunidades de trabajo son muy escasas (manteniendo tasas de paro del 30% o hasta el 50% en jóvenes). A la escasa capacitación y la falta de aptitudes de las personas que buscan empleo se suma el desempleo de larga duración. El nivel de participación en la enseñanza obligatoria no es malo, pero la calidad de la educación es deficiente[52].

Es extremadamente duro retornar a un panorama económico tan penoso y difícil. Sin embargo, no todos los retos para los retornados son de índole económica, existe una larga lista de factores relevantes que están relacionados con dos elementos que se analizan seguidamente: el trauma social y el odio.

3.2. La pacífica socialización del odio

Holtzman y Nezan explican que los traumas motivados por los conflictos y la violencia, aunque nada fáciles de tratar desapasionadamente o de medir en términos comparativos, provienen de 1) ser testigo del asesinato de personas, a veces de familiares, amigos y/o vecinos; 2) de la amenaza de violencia y el miedo a la violencia, tenga esta lugar o no; 3) del desgarro de los ideales y la fe en una nación, una ideología, o el valor de la amistad entre vecinos; y 4) del conocimiento de que las cosas normales y cotidianas que se aprecian, que otorgan sentido a la vida y se dan por sentadas se han disuelto en la nada[53].

Siguiendo este esquema, el trauma del conflicto es casi universal en Bosnia Herzegovina y más leve, en comparación, en Kosovo. Las sociedades de los dos países miran al futuro de manera completamente diferente: Bosnia con la pesadumbre de tener que compartirlo con su verdugo y Kosovo con la esperanza lograr prosperidad y la pertenencia a Europa en un tiempo no demasiado lejano.

---

[52] J. MEHMETI, "Kosovo: New Country, Old Problems", *EER Journal for Labour and Social Affairs in Eastern Europe*, 2/2011. Disponible en: *https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/1435-2869-2011-2-265/kosovo-new-country-old-problems-volume-14-2011-issue-2*

[53] S. B. HOLTZMAN y T. NEZAN, *Living in Limbo: Conflict Induced Displacement in Europe and Central Asia,* cit.

Una aproximación al sistema educativo nos puede ayudar a entender las dificultades y escasas posibilidades de éxito de cualquier proyecto de reconciliación y vida compartida. Los planes y programas educativos, lejos de responder a propósitos de socialización e integración social, se articulan sobre un sustrato de disenso, disgregación y odio, más o menos larvado. En Kosovo y en Bosnia Herzegovina, los sistemas educativos nutren el discurso nacionalista, ignoran el pasado y no fomentan la asunción de ninguna responsabilidad sobre él; la educación reglada no incluye una cultura por la paz ni en los valores democráticos, imprescindibles para forjar consensos básicos sobre los que asentar una convivencia pacífica duradera.

Casi todos los colegios de Bosnia-Herzegovina tienen *carácter* étnico, el de la mayoría de la población en la comunidad donde se encuentre el colegio. En las áreas de la Federación en las que viven mezclados bosniacos y croatas resulta imposible trabajar y enseñar con un solo plan de estudios para ambas etnias. Esta imposibilidad de acuerdo ha dado lugar a una anomalía llamada *dos escuelas bajo el mismo techo*. En estos casos, más de cincuenta, los edificios escolares son compartidos por bosniacos y croatas, que sin embargo reciben enseñanza siguiendo diferentes currículums y en distintas zonas (plantas, aulas, áreas de la escuela), sin mezclarse entre ellos[54].

En la República Srpska muchos colegios e institutos secundaron las macabras prácticas de violación de miles de niñas bosnias por parte del ejército serbio y grupos paramilitares. No es difícil encontrar a día de hoy, dentro de estos colegios y centros educativos, cuadros, esculturas y fotos de algunos famosos y reconocidos criminales de guerra.

Formar y mantener la identidad grupal suele permitir, en ciertos contextos y a ciertas comunidades, "perseguir sus propias agendas e intereses"[55]. Esto significa que la integración supondría pérdida de poder de presión o debilitamiento de posiciones políticas determinadas, que benefician también intereses determinados.

Tanto si se trata de zonas homogéneas como mixtas, los niños y niñas en Bosnia Herzegovina se educan alrededor de comportamientos y narrativas excluyentes e inapelables, que forman parte de sus enseñanzas. Ya se trate de divisiones flagrantes, como en el caso de las dos escuelas bajo el mismo

[54] V. PERRY, Una división de tiempos de guerra en las escuelas de tiempos de paz", *Migraciones Forzadas*, Octubre 2015. Disponible en: *https://www.fmreview.org/es/dayton20/perry*

[55] R. COHEN, "Up Close and from the Tower. Two Views of Refugees and Internally displaced persons", *International Studies Review*, núm. 11, 2009, p. 587.

techo, o sutiles, como las que se encuentran en Kosovo, el resultado es muy similar: los niños, las niñas y los jóvenes comienzan su socialización en la confrontación y el rechazo, contemplan desde bien temprano la utilización de estos elementos para lograr objetivos y tienen pocos motivos para confiar en un futuro que integre una sociedad compartida, o incluso para desearla[56].

En este sentido no quisiéramos dar una imagen equivocada de la realidad balcánica de hoy, los padres de etnia bosnia en la República Srpska, y los de etnia serbia en Kosovo, no exigen una escuela más inclusiva para sus hijos, ni para los estudiantes de las distintas etnias. Lo que exigen es su propio plan de estudios, libros adaptados a su versión de la historia y que se llame por otro nombre a su lengua, aunque sea la misma. Se trata de la misma narrativa separatista dominante por parte de todos los implicados, mayoritarios y minoritarios, vencedores y vencidos. Todos los aspectos de la vida, desde lo cotidiano a los debates políticos, están impregnados de dinámicas de exclusión y extremismo, que dominan el presente de manera abrumadora[57].

Estas dinámicas incluyen la falta de aplicación de la justicia a los que cometieron crímenes. La responsabilidad colectiva hace difícil el despliegue de la justicia: el genocidio exige una estructura organizada con muchos organizadores y perpetradores, también jurídicos y políticos. Es muy complejo castigar una infraestructura de culpables tan amplia, y es Serbia la que principalmente debería hacerlo. Sin embargo, la élite política y el Estado de Serbia se niegan a identificar, admitir o asumir la responsabilidad por los crímenes cometidos. En los países de los Balcanes, tal vez como parte del odio, existe una cultura de glorificación de criminales propios, y conversión de algunos de ellos en héroes o mártires, que opera a nivel institucional y entre los ciudadanos[58].

---

[56] V. PERRY, Una división de tiempos de guerra en las escuelas de tiempos de paz", en Id., *Migraciones Forzadas*, cit.

[57] Ibidem.

[58] WOMEN'S PEACE COALITION, *Women's Peace Coalition through Women's Solidarity to Just Peace. A Report Based on the Women's Peace Coalition Second Annual Conference*, Belgrado-Prishtinë, 2006. Disponible en: *https://womensnetwork.org/wp-content/uploads/2018/10/20130120172604733.pdf*. Tras las guerras de la antigua Yugoslavia se han aplicado principalmente mecanismos de justicia transicional jurídicos (no se han establecido comisiones de la verdad ni enfoques comunitarios centrados en la cohesión social) entre los que destaca el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, que ha funcionado durante más de dos décadas (1993-2017) y cuyos resultados no han sido del todo satisfactorios en términos de eficacia. La justicia transicional en los Balcanes no ha logrado, a través de los tribunales, condenar a muchos de los criminales que perpetraron los abusos durante los conflictos y tampoco ha servido, aunque no podemos saber si ese era su objetivo, para que exista reconciliación en estas sociedades.

Se trata de características propias de una democracia post-factual, donde buena parte de la razón y la cultura (entendida como conocimientos) han desaparecido, y los mitos, los objetivos sociales poco realistas y el pasado idealizado, junto al resentimiento, ocupan su lugar. El político que sabe alentar estos elementos, lo cual no requiere de habilidades especiales, tiene a menudo todas las de ganar.

4. LOS MÁRGENES DEL PROCESO DE RETORNO

La vulnerabilidad de los migrantes se ha visto oscurecida durante mucho tiempo por la gran atención que se presta a las cuestiones de la gestión y la seguridad de la migración y, más en general, por la desigual posición de poder de los migrantes (refugiados o retornados) en comparación con la comunidad y las instituciones de los países receptores[59]. Sin embargo, existen categorías entre ellos, y muy diferentes niveles de vulnerabilidad. En Bosnia Herzegovina y Kosovo, el colapso del comunismo, los cambios políticos y los conflictos han tenido enormes consecuencias socioeconómicas en las etnias romaníes[60].

Las mujeres que pertenecen a minorías nacionales experimentan mayor grado de discriminación en general y también experimentan discriminación múltiple, debida a su condición de mujer y a su raza o religión o condición social. A pesar de la protección legislativa, tienen dificultades añadidas en el mercado laboral, en el acceso a la sanidad y están las últimas en las prioridades de reconstrucción. Las mujeres gitanas se encuentran, en todas las áreas de los Balcanes, en peor situación que cualquier otro grupo étnico y rutinariamente carecen de derechos básicos, no se les da trabajo y tienen altas posibilidades de que se les niegue protección policial si son atacadas o agredidas[61].

[59] Z. VATHI, "Barriers to (Re)integration: The Roma Return to the Western Balkans", *Sussex Centre for Migration Research*, Working Paper No 95, 2019. Disponible en: *https://www.researchgate.net/publication/330521060_Barriers_to_Reintegration_The_Roma_Return_to_the_Western_Balkans_Working_Paper_No_95*

[60] A los propósitos de este trabajo unificaremos como Romaníes a las etnias Gorani, Ashkali y Egipcia, que en realidad son distintas de la etnia Romaní.

[61] T. JANEVIĆ *et. al.*, "'There's no Kind of Respect Here' A Qualitative Study of Racism and Access to Maternal Health Care among Romani Women in the Balkans" *International Journal for Equity in Health,* 17 de noviembre de 2011. Disponible en: *http://www.equityhealthj.com/content/10/1/53* 2011).

La opinión pública europea *gadjo* percibe la coexistencia con el pueblo romaní como un problema derivado de la presencia de una población inadaptada o étnicamente desigual dentro de la identidad general de la sociedad, es decir, no como un problema resultante de la presencia de un estrato social extremadamente afectado por la pobreza dentro de la tendencia social general. Podría decirse que, aparentemente, cuanto más intensamente se perciba la existencia de una comunidad romaní con necesidades sociales urgentes, más se pensará en la coexistencia en términos de diferencias étnicas o raciales, apuntalando la construcción de la desigualdad mediante la construcción de una identidad exclusiva. Dimitrina Petrova afirma que los romaníes siguen siendo considerados como "elementos parasitarios, ajenos al principio de productividad y a sus valores subyacentes" [62].

La historia de los romaníes en Europa es una historia de esclavitud, criminalización, persecución y asimilación forzosa[63]. Sin embargo, no es posible explicar plenamente los estereotipos de la mayoría europea y las decisiones políticas sobre los romaníes basándose únicamente en la historia. Ciertos rasgos de la identidad social romaní pueden explicar mejor el comportamiento de otras identidades sociales hacia la población romaní. Para Petrova "el concepto más importante que ayuda a explicar los prejuicios anti-gitanos es la debilidad. En pocas palabras, los romaníes no habrían sido ignorados, ofendidos, insultados, humillados y reprimidos si tuvieran poder" [64].

Las minorías romaníes están marginadas en todos los países que habitan, no solamente en los Balcanes. Y cuando se habla de retorno, su situación vendrá condicionada por las desigualdades y exclusiones que estas comunidades sufrían ya antes de las guerras. Hablamos, por ejemplo, de los años en que los albaneses de Kosovo vivieron en apartheid. El trabajo civil de la población más joven y los intelectuales de Kosovo sí proporcionó, a pesar de todo, una atmósfera protectora y la oportunidad para algunos de

[62] D. PETROVA, "The Roma: Between a Myth and the Future", *Social Research,* vol. 70, núm. 1, (Pariah Minorities) 2003, p. 130.

[63] Al respecto pueden verse, entre otros, A. IVANOV *et. al.*, *At Risk: Roma and the Displaced in Southeast Europe: Dimensions of Vulnerability*, UNDP, Bratislava, 2006; I. F. HANCOCK, *The Pariah Syndrome: An Account of Gypsy Slavery and Persecution*, Karoma, Michigan, 1989. S. CURRAN, "Intersectionality and Human Rights Law: An Examination of the Coercive Sterilisations of Romani Women" *The Equal Rights Review*, Vol. Sixteen, 2016; D. PETROVA, "The Roma: Between a Myth and the Future", en Id., *Social Research*, cit. *y* A. WEISS-WENDT, *The Nazi Genocide of the Roma*, Berghahn Books, New York/Oxford, 2015.

[64] D. PETROVA, "The Roma: Between a Myth and the Future", en Id., *Social Research*, cit. p. 128.

madurar resguardados de la discriminación habitual de sus propias instituciones. Esto no funcionó para todos los kosovares. Los romaníes no podían, por ejemplo, disfrutar las ventajas materiales y sociales de la pertenencia a estas instituciones paralelas alternativas. Esta etnia sufrió la exclusión progresiva de los lugares donde los principales adversarios interactuaban, hasta que fueron expulsados de los lugares públicos, ya que se les consideraba extraños tanto al Estado como a las estructuras paralelas y se sospechaba de ellos en los lugares de trabajo, en las escuelas y en la calle. Estaban aprisionados entre los oponentes e incluso sus intentos de tener una voz propia se quedaron sin resultados. En lo que se refiere a la etnia romaní, el pasado y el presente se mezclan en una realidad de discriminación continua, muchos lograron sobrevivir a los albaneses y a los serbios, pero los prejuicios y la pobreza les persiguen aún en los Balcanes y en toda Europa. Hay autores que achacan esta situación a la histórica falta de organización política de los romaníes, aunque esto resulta tal vez una híper-simplificación. El hecho de que no tuvieran políticos, policías o representantes en ninguna institución ha sido alegado como una de las razones por las que no pudieron luchar contra la violencia que se ejerció contra ellos[65].

Entre las razones de las personas que no pudieron beneficiarse de los programas de reconstrucción y retorno en los Balcanes, D'Silva & Imamović, destacan las siguientes, que afectan especialmente a comunidades que ya estaban discriminadas antes de las guerras y no pertenecen a ninguna de las etnias mayoritarias[66]:

- la falta de certificación de que se hubiesen eliminado las minas de sus terrenos o inmediaciones
- la falta de utilidades y de infraestructuras comunitarias básicas
- que no hubieran suficientes oportunidades laborales
- que los arrendatarios que nunca habían poseído una propiedad no reunieran los requisitos
- no ser capaces de demostrar la titularidad legal de la propiedad.

[65] G. DE SARIO *et. al.*, "Migration and Cultural Encounters: Kosovar Refugees in Italy", en *Archives of Memory: Supporting Traumatized Communities through Narration and Remembrance*, IOM, 2001.

[66] M. D'SILVA y S. IMAMOVIĆ, "Resolver el desplazamiento prolongado mediante la vivienda social", *Migraciones Forzadas*, Octubre 2015. Disponible en: *https://www.fmreview.org/es/dayton20/mayne*

Como hemos destacado anteriormente, cuando los Parlamentos y los gobiernos se diseñan con criterios étnicos, esto tiene enormes consecuencias en la democracia. En primer lugar, resulta imprescindible *etnizar* a todos los ciudadanos, y hacerlo en alguna de las comunidades que tengan representación. Ninguna persona nacida en Bosnia Herzegovina, con pasaporte bosnio, hija y nieta de bosnios podrá llegar al gobierno a menos que indubitadamente demuestre que es serbia, bosnia o croata. Ya hace más de diez años que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado respecto a esto, en el caso *Sejdić & Finci vs. Bosnia Herzegovina*[67]. Esta sentencia confirmó el carácter discriminatorio del sistema electoral de Bosnia y Herzegovina, que impedía presentarse a las elecciones a la Presidencia y a la Cámara de los Pueblos a todos aquellos que no quisieran o no pudieran afiliarse a un pueblo constituyente (es decir, bosnios, croatas o serbios) o que no cumplieran una combinación de requisitos de origen étnico y lugar de residencia.

Por supuesto, la segunda cuestión tiene una dimensión aún más verdadera, difícil y profunda: cómo se adquiere la etnia, cómo se pertenece, cómo y quién puede identificar la persona étnicamente bosnia, por ejemplo. La reciente decisión del Comité de Reclamaciones y Apelaciones Electorales de Kosovo de impedir que un candidato se presentase a las elecciones del 14 de febrero de 2021, porque se presentaba por un partido de etnia bosnia y él es presuntamente albanés, no bosnio, plantea con claridad el dilema sobre el derecho de las personas en los Balcanes a determinar y confirmar su etnia[68].

5. COMENTARIOS FINALES

Resulta extremadamente difícil y arriesgado extraer conclusiones de lo aquí expuesto, puesto que los estudios del retorno *post* conflicto en Kosovo y Bosnia Herzegovina no permiten aventurar hipótesis fundadas sobre cuáles serían las mejores condiciones bajo las que puede producirse un retorno masivo de refugiados. Sin embargo, entiendo posible extraer del análisis realizado algunas observaciones que tal vez puedan resultar de utilidad. Si hubiésemos de retener una sola de las ideas hasta aquí expuestas, quizá de-

[67] TEDH, *Case of Sejdić & Finci vs. Bosnia Herzegovina*, appl. 27996/06 y 34836/06, 22 de diciembre de 2009. Disponible en: *https://hudoc.echr.coe.int*

[68] V. FANA y X. BAMI, Kosovo Election Complaint Highlights Problem in Proving Ethnic Identity". *Balkan Insight*, 29 de enero de 2021. Disponible en: *https://balkaninsight.com/2021/01/29/kosovo-election-complaint-highlights-problem-in-proving-ethnic-identity/*

beríamos admitir la inconveniencia, la inoportunidad y los perversos efectos del enfoque interesado, puramente utilitario y ajeno a los verdaderos intereses del desplazado, con que frecuentemente se ha tratado la cuestión. Ni los oscuros intereses de los países receptores del desplazamiento, ni el reforzamiento post conflicto de los movimientos segregacionistas, ni la violenta imposición de los políticamente reconocidos como *vencedores*, ni la consagración mediante el retorno de condenables operaciones de limpieza étnica, pueden servir de guía para un adecuado tratamiento del fenómeno. Es en el marco del respeto a los derechos humanos, dentro de las coordenadas de una democracia abierta y pluralista y con sujeción a un orden internacional provisto de plena eficacia normativa y jurisdiccional, donde ha de sustanciarse la cuestión aquí suscitada.

Quizá no resulte difícil convenir, en primera instancia, que el retorno a los escenarios post conflicto, cuando, como en los casos aquí expuestos, el conflicto descansa básica y preferentemente en cuestiones identitarias y componentes de carácter étnico, que se han sustanciado recurriendo a la violencia, en términos de exterminio muchas veces, no puede afrontarse con el marco jurídico normativo disponible para los movimientos migratorios, en general, ni para los movimientos amparados por el estatuto de los refugiados. El voluntarismo político, el oportunismo, el pragmatismo y el decisionismo puramente formal que suelen acompañar los acuerdos de paz, adolecen frecuentemente de una endeblez jurídica y una fragilidad normativa tales que, aunque resulte escandalosamente extemporáneo, uno se siente tentado a evocar la plena vigencia de la vieja sentencia del jurista romano, Celso, en el Digesto: "*scire leges non [hoc] est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*" (Digesto, L. I, Tit. III, 17).

La segunda observación consiste en la conveniencia de aceptar la futilidad de intentar volver al estado de cosas o al equilibrio étnico que existió antes de un conflicto armado. Los lugares y las personas, cuando sobre ellos se ejerce violencia, experimentan y sufren profundas alteraciones y cambios radicales que, ineludiblemente, han de ser tomados en consideración en cualquier programa de restablecimiento de la paz y la convivencia social. Sin embargo, en lo que a las personas se refiere, cada cual cambiará de un modo, tendrá unas necesidades y unas capacidades, de modo que una única solución idéntica y uniforme para toda la población que retorna tal vez no sea suficientemente adaptable para resultar eficaz.

Una tercera idea pudiera ser que la batalla contra la diversidad se está ganando en muchos frentes, y no todos ellos convergen necesariamente en el

segregacionismo radical y la rígida separación cultural entre grupos o facciones sociales. La pobreza y la falta de oportunidades laborales contribuyen a menudo a la creación de identidades excluyentes, la ausencia de coberturas sociales –pensiones, sanidad– y de cultura –teatros, bibliotecas, cines, etc.– fomenta la discriminación y el odio, la insuficiente inversión en recursos humanos e infraestructuras para mejorar colegios e institutos no permite que los nuevos ciudadanos y ciudadanas superen los viejos odios. Por último, la construcción de democracias con instituciones fragmentadas y diseño impracticable produce parálisis y confusión y no puede lograr favorecer la coexistencia pacífica y el dinamismo social.

Por último, resultaría de indudable utilidad el esfuerzo por elaborar y disponer, por parte de los donantes y las partes interesadas, de los datos que facilitarían una priorización consensuada y basada en necesidades objetivas, combatiendo de esta manera la convicción de que todos los retornados tienen que recibir asistencia en la misma proporción, o que el reparto debe basarse en criterios étnicos. La ausencia de interés en elaborar unas rigurosas bases de datos, o en recabar la información que facilite una priorización basada en datos objetivos, resta eficacia a cualquier programa o plan de actuación en torno al retorno *post* conflicto y más concretamente, en los casos aquí analizados, afecta negativa y especialmente a las comunidades romaníes. No debe olvidarse, a este respecto, la desvertebración y extrema debilidad de la sociedad civil, que le impide el desempeño de un papel relevante en orden a garantizar la justicia social frente a la arbitrariedad o las prácticas clientelares o corruptas, la cohesión interna en la comunidad y la eficaz protección de las personas más vulnerables, y, además, dificulta cualquier intento de representación institucionalizada de sus propios intereses ante las autoridades locales.

Ana María Jara Gómez
Departamento de Filosofía del Derecho
Universidad de Granada
Plaza de la Universidad s/n.
18001. Granada
e-mail: ajara6@ugr.es

EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN POR MOTIVO DE DISCAPACIDAD: LA COMPLEJA COEXISTENCIA DE LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL Y SUPRANACIONAL

THE RIGHT TO NON-DISCRIMINATION ON THE GROUNDS OF DISABILITY: THE COMPLEX COEXISTENCE OF NATIONAL AND SUPRANATIONAL LEGISLATION AND CASE LAW

GEORGIOS MILIOS
Universidad de Barcelona
http://www.orcid.org/0000-0002-2494-7237

Fecha de recepción: 15-6-21
Fecha de aceptación: 30-9-21

Resumen: *La aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) ha cambiado sustancialmente el panorama en relación con el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad y ha tenido un claro impacto en la jurisprudencia y normativa a nivel internacional y nacional sobre esta materia. Este impacto se detecta en la interpretación de conceptos clave como la definición de discapacidad y las formas de discriminación. Pero se extiende también a cuestiones más transversales como es la metodología interpretativa que se sigue por parte de los diferentes órganos jurisdiccionales. A pesar de los esfuerzos de adaptación de los ordenamientos jurídicos al texto de la Convención, todavía se pueden observar determinados problemas de compatibilidad entre la normativa y jurisprudencia nacional y comunitaria y la CDPD. Así, el presente artículo se centra en estos problemas argumentando que es necesaria una regulación diferente de determinadas cuestiones para que se pueda garantizar la coherencia en el ordenamiento jurídico y, finalmente, se puedan proteger de manera más eficaz los derechos de este colectivo.*

Abstract: *The adoption of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) has substantially changed the landscape in relation to the right to non-discrimination of persons with disabilities and has had a clear impact on the case law and legislation at international and national level. This impact is*

detected in the interpretation of key concepts such as the definition of disability and the forms of discrimination. It also extends to more cross-cutting issues such as the interpretive methodology that is followed by the different courts. Despite the efforts of legal systems to adapt to the text of the Convention, certain problems of compatibility between national and EU legislation and case law and the CRPD can still be observed. Thus, this article focuses on these problems, arguing that a different regulation of certain issues is necessary for the coherence in the legal system to be guaranteed and the rights of persons with disabilities to be more effectively protected.

Palabras clave: no discriminación, discapacidad, enfermedad, discriminación por asociación, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, reforma constitucional

Keywords: non-discrimination, disability, illness, discrimination by association, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, constitutional reform

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido las personas con discapacidad han sido históricamente discriminadas en diferentes ámbitos. Si bien es cierto que el ámbito laboral es el contexto en el que más habitualmente se observan actos discriminatorios a este colectivo, en realidad las personas con discapacidad pueden ser discriminadas en muchos otros, incluido el ejercicio de derechos sociales o políticos. A pesar de que los derechos de las personas con discapacidad es un tema que en cualquier caso merece especial atención, la necesidad de un nuevo estudio en esta materia se ha visto reforzada por la aprobación de nueva jurisprudencia a nivel nacional e internacional que ha interpretado importantes cuestiones relacionadas con el derecho a la no discriminación. Actualmente el tema está en el centro del debate político dado que el día 11 de mayo de 2021 el Gobierno de España aprobó un Proyecto de reforma del artículo 49 CE con la intención de configurar de forma más efectiva el principio de igualdad real y efectiva para las personas con discapacidad. Asimismo, el contexto de la pandemia del Covid-19 ha significado nuevos desafíos para el derecho antidiscriminatorio y ha reabierto el debate sobre si la enfermedad se puede equiparar a la discapacidad a efectos de no discriminación.

Este artículo trata sobre el derecho a la no discriminación por motivo de discapacidad desde diferentes perspectivas teniendo en cuenta la diversidad de la normativa y la jurisprudencia aplicable en este ámbito. En su primera

parte se analiza el marco normativo a nivel internacional, comunitario y nacional. La segunda parte trata la definición de la discapacidad y la problemática acerca de si la enfermedad se puede considerar como discapacidad. La tercera y cuarta parte se centran en las formas de discriminación prohibidas en derecho. Finalmente, la última parte analiza la jurisprudencia de los tres tribunales con especial relevancia en este ámbito: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) y el Tribunal Constitucional (TC). Además de tratar el marco normativo y jurisprudencial, el estudio tiene como principal objetivo destacar los problemas de compatibilidad de la normativa nacional y europea con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (la CDPD)[1] en particular por lo que se refiere a la definición de la discapacidad y las formas de discriminación. Asimismo, poner de relieve el impacto que la CDPD ha tenido en relación con la metodología interpretativa que sigue el TEDH, el TJUE y el TC.

2. EL MARCO NORMATIVO APLICABLE EN CASOS DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD

El año 2006 constituye un punto de inflexión para los derechos de las personas con discapacidad dado que en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se aprueba la CDPD, un texto que en términos generales se aleja del tradicional planteamiento meramente proteccionista, adoptando como principio la autonomía[2] y tratando las personas con discapacidad como ciudadanos titulares de derechos. En el sistema de la ONU los derechos de las personas con discapacidad se protegen también por otros convenios, como por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) que recoge el principio de igualdad ante la ley y el derecho de no discriminación por diferentes motivos incluida cualquier condición social.[3] A pesar de esto las reiteradas circunstancias de discriminación contra este colectivo han creado la necesidad de la aprobación de una convención específica que trata diferentes aspectos de los derechos de las personas con discapacidad. Hay que tener en cuenta que la no discriminación por motivo de discapacidad se protege también por el Convenio Europeo de Derechos

[1] Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

[2] Véase, R. de ASÍS ROIG, *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013.

[3] Artículo 26 del PIDCP.

Humanos (CEDH) que en su artículo 14[4] prohíbe la discriminación por "otra situación" la cual puede incluir la discapacidad.[5]

En diciembre de 2010 la UE accedió a la CDPD que entró en vigor para la UE en enero de 2011.[6] La CDPD es la primera convención de derechos humanos que se abrió para ser ratificada por instituciones internacionales de carácter regional. Actualmente, la CDPD mantiene en el ordenamiento comunitario un estatuto "*quasi*-constitucional" ubicándose por debajo del derecho originario y por encima del derecho derivado de la UE.[7] En la práctica esto significa que si hay varias interpretaciones posibles que se puedan hacer en relación con una disposición del derecho derivado, se tiene que optar por la que más se ajuste al contenido de la CDPD.[8] En paralelo, con el Tratado de Ámsterdam se introduce por primera vez en el derecho comunitario el concepto de discapacidad en el contexto de la igualdad. Actualmente, la disposición relevante es el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) que estipula que la UE puede adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.[9] De igual modo, el artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) recoge la igualdad ante la ley

[4] El artículo 14 del CEDH establece que: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

[5] En este sentido, cabe mencionar que el artículo 1 del Protocolo 12 recoge una prohibición general de la discriminación no vinculada únicamente al ejercicio de los derechos del CEDH. Sin embargo el nivel de ratificación de esta disposición sigue siendo bajo.

[6] La UE accedió formalmente a la CDPD por una Decisión del Consejo. Véase, Decisión del Consejo de 26 de noviembre de 2009 relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (2010/48/CE).

[7] En este sentido, cabe señalar que el artículo 216.2 del TFUE establece que: "Los acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros". El propio TJUE ha declarado que estos tratados disfrutan de primacía sobre los actos de la Unión. Véase, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, casos *Ring y Werge*, ECLI:EU:C:2013:222.

[8] Véanse, S. FAVALLI, D. FERRI, "Defining Disability in the EU Non-Discrimination Legislation: Judicial Activism and Legislative Restraints", *European Public Law*, núm. 22 vol. 3, 2016, pp. 541-567 y L. WADDINGTON, "The European Union and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Story of Exclusive and Shared Competences", *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* núm. 18, vol. 4, 2011, pp. 431-453.

[9] En relación con las disposiciones de derecho originario de la UE, véase también el artículo 10 del TFUE que establece que: "En la definición y ejecución de sus políticas y acciones,

mientras que el artículo 21.1 del mismo documento incluye de forma explícita la discapacidad como uno de los motivos de discriminación prohibidos. Hay que añadir que el artículo 26 CDFUE hace especial alusión a la integración, autonomía y participación en la sociedad de las personas con discapacidad. En cualquier caso, tanto el artículo 21.1 CDFUE como el artículo 19 TFUE son aplicables dentro del marco competencial de la UE.

Estas disposiciones de derecho originario han permitido que el legislador comunitario adopte normativa derivada en materia de igualdad y no discriminación. En el año 2000 se aprueban dos directivas: la directiva de igualdad en el empleo[10] y la directiva de igualdad racial.[11] La primera prohíbe la discriminación por motivos de orientación sexual, creencias religiosas, edad y discapacidad en el empleo. La segunda tiene un alcance notablemente más amplio y prohíbe la discriminación por motivos étnicos o de raza en el contexto de empleo, pero también en el ámbito de sistema de bienestar y de seguridad social, los bienes y los servicios. Cabe añadir que la normativa antidiscriminatoria a nivel comunitario también incluye la denominada directiva de igualdad de género aprobada en 2006.[12] Asimismo, en el año 2008 la Comisión Europea presentó una propuesta[13] para ampliar más allá del ámbito laboral el derecho a la no discriminación por los motivos que recoge la directiva de igualdad en el empleo. Sin embargo, trece años después de la adopción de esta propuesta, la directiva todavía no se ha aprobado. En cualquier caso, es cierto que la directiva de igualdad en el empleo ha tenido como consecuencia la adopción de legislación de no discriminación por motivos de discapacidad en la mayoría de los Estados Miembros de la UE. Según el Informe de la Comisión Europea,[14]

---

la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual".

[10] Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

[11] Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

[12] Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

[13] Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual {SEC(2008) 2180}{SEC(2008) 2181}.

[14] L. WADDINGTON, A. BRODERICK, *Combatting disability discrimination and realizing equality. A comparison of the UN Convention on the rights of persons with disabilities and EU equality and non-discrimination law*, Comisión Europea, 2018.

solo Irlanda, el Reino Unido y Suecia tenían legislaciones de no discriminación por motivo de discapacidad comparables a la directiva en el momento de su aprobación.

Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, a pesar de que el artículo 14 CE no hace referencia explícita a la discapacidad como motivo de discriminación, la alusión a "cualquier otra condición o circunstancia personal o social" introduce una cláusula abierta que puede cubrir situaciones de discriminación que provengan de la discapacidad. Así lo ha interpretado el TC en la STC 269/1994[15] en la cual afirmó que la discapacidad puede constituir una causa de discriminación especialmente protegida por este artículo. Cabe resaltar que el artículo 49 CE fija que los poderes públicos tendrán que realizar una política de integración para los "disminuidos físicos" y los tendrán que amparar especialmente para el disfrute de los derechos que la CE otorga a todos los ciudadanos. Esta es la disposición que actualmente se pretende reformar en los términos que se explican más adelante.[16] A nivel legislativo, los derechos de las personas con discapacidad se regulan actualmente por el Decreto legislativo 1/2013[17] (LGDPD) que sistematiza disposiciones dispersas que habían estado en vigor en relación con esta materia.[18] La normativa tiene un ámbito de actuación más amplio que la directiva de igualdad en el empleo ya que se aplica en áreas que trascienden el ámbito laboral.[19]

3. LA DEFINICIÓN DE LA DISCAPACIDAD Y EL DEBATE EN TORNO A SI LA ENFERMEDAD SE INCLUYE EN SU ALCANCE

El debate sobre la definición de discapacidad y la posible inclusión de la enfermedad en este concepto no es nuevo. A nivel normativo se ha centrado en la (im)posibilidad de definir el concepto de "discapacidad" y en cuál se-

[15] STC 269/1994, de 3 de octubre.

[16] Véase, *https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/index.aspx*.

[17] Decreto legislativo 1/2013 por el que se aprueba el texto refundido de la ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social (Ley 13/1982, 51/2003, 49/2007).

[18] En particular, el Decreto legislativo 1/2013 integra en un texto refundido las siguientes leyes: Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

[19] Véanse, artículo 5 y Título I de la LGDPD.

ría el modelo de discapacidad más adecuado. De su parte, la jurisprudencia principalmente ha venido a cubrir los huecos que ha dejado la no inclusión, en su caso, de una definición de discapacidad en la normativa y a aclarar si la enfermedad se puede equiparar a la discapacidad en un contexto de discriminación. La CDPD es un ejemplo representativo de la complejidad de definir el concepto de discapacidad en un documento jurídico. En este sentido, el proceso de negociación puso de relieve que las opiniones de los diferentes actores involucrados eran divergentes.[20] El impacto de esta situación se ve naturalmente reflejado en el texto de la CDPD que finalmente opta por una definición inacabada. Así, el artículo 1 de la CDPD estipula que el concepto de discapacidad incluye (y en consecuencia no se limita a) determinadas situaciones. Concretamente establece que: "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

A pesar de que la definición es incompleta, lo cierto es que señala la introducción de un modelo socio-contextual de discapacidad. Según este modelo, la discapacidad se entiende como la interacción entre la deficiencia y barreras físicas o sociales que tiene como consecuencia la limitación de oportunidades de participar en la vida normal de una comunidad en igualdad de condiciones.[21] De esta manera, la CDPD se aleja de una concepción de discapacidad estrictamente médica, según la cual la discapacidad es una circunstancia totalmente individual, introduciendo el parámetro del contexto social como un elemento clave. Se ha argumentado que de esta manera la definición de discapacidad puede abarcar un número amplio de personas e incluir también situaciones de enfermedad.[22] Así lo ha interpretado también el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (el CDPD), estableciendo que las personas que padecen enfermedades no se pueden excluir

[20] En este sentido, la Comisión Europea defendía que sería más adecuado no incluir una definición del concepto. Se puede consultar todo el debate en relación con la definición de la "discapacidad" en la CDPD en el siguiente enlace: *https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata2bkgrnd.htm.*

[21] C. BARNES, *Disabled people in Britain and Discrimination*, Hurst and Company, London, 1991, p. 2.

[22] Véase, J. CLIFFORD, "The UN Disability Convention and its Impact on European equality law", *The Equal Rights Review*, núm. 6, 2011, pp. 11-25.

automáticamente del concepto de discapacidad de la CDPD.[23] Este enfoque se ha seguido también por parte del TEDH que ya en su primera sentencia sobre discriminación por razón de discapacidad[24] sostuvo que una persona con una enfermedad sí que podría acogerse a la protección del artículo 14 del CEDH.

A nivel comunitario la directiva de igualdad en el empleo no contiene una definición de este término, mientras que en sus primeras sentencias el TJUE adoptó una definición notablemente restrictiva de la noción de discapacidad. Concretamente, en el caso *Chacón Navas*,[25] el Tribunal tomó la siguiente postura: "el concepto de discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional". Esta definición se base en el modelo individual o médico de discapacidad.[26] Como ciertamente ha anotado Waddington, esta sentencia del TJUE implica que el motivo de la situación desventajosa es la propia dolencia independientemente del papel que pueden tener los obstáculos ambientales.[27] Asimismo, en la misma sentencia el TJUE afirmó que el término discapacidad no incluye enfermedades y que la enfermedad no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a las causas por las que la directiva de igualdad en el empleo prohíbe la discriminación.

Esta postura del TJUE se modificó en la jurisprudencia posterior, más concretamente en el año 2013. En *Ring y Werge*,[28] el TJUE adoptó una definición más amplia de la discapacidad aceptando que esta puede incluir enfermedades "cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con

[23] Dictamen del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, *S.C. c. Brasil*, Comunicación No. 10/2013, UN Doc. CRPD/C/12/D/10/2013.

[24] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Glor c. Suiza*, de 30 de abril de 2009.

[25] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de julio de 2006, C-13/05, caso *Chacón Navas*, ECLI:EU:C:2006:456.

[26] Véase, L. WADDINGTON, A. BRODERICK, *Combatting disability discrimination and realizing equality. A comparison of the UN Convention on the rights of persons with disabilities and EU equality and non-discrimination law*, cit.

[27] L. WADDINGTON, "Case C-13/05, Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA, judgment of the Grand Chamber of 11 July 2006", *Common Market Law Review,* núm. 44, vol. 2, 2007, pp. 487-499.

[28] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, casos *Ring y Werge*, ECLI:EU:C:2013:222.

diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración". De esta manera, el TJUE no solo acepta que la enfermedad puede considerarse como uno de los motivos prohibidos de trato diferenciado, sino que también incorpora el modelo de discapacidad contenido en la CDPD. No debe pasarse por alto que la sentencia distingue entre enfermedades a corto y a largo plazo exigiendo que la enfermedad sea de largo plazo para que pueda considerarse como discapacidad.[29]

Esta interpretación más inclusiva es sin duda consecuencia del hecho de que la sentencia se dictó después de la ratificación de la CDPD por la UE.[30] No obstante, la definición sigue siendo más restrictiva que la contenida en la CDPD ya que, según el TJUE, la limitación tiene que impedir la participación de la persona en la vida profesional mientras que la CDPD hace referencia a la participación en diferentes ámbitos de la sociedad. La aparente justificación para esta diferenciación es que la directiva tiene un determinado ámbito de actuación que es el ámbito laboral. No obstante, la interpretación del TJUE excluye situaciones de impedimentos no estrictamente en el ámbito laboral, pero que pueden tener como consecuencia la exclusión de la persona de beneficios de carácter laboral que sí que están cubiertos por la directiva.[31] De igual manera se ha argumentado que la definición excluye también situaciones de prejuicios o suposiciones falsas sobre la capacidad de una persona ya que da por hecho la existencia de una dolencia.[32]

Posteriormente, el TJUE mantuvo la misma definición aclarando que la obesidad como tal no se incluye dentro de los motivos de discriminación, pero podría considerarse como discapacidad si se cumplen los demás requi-

[29] Véanse, también, L. Waddington, "HK Danmark (Ring and Skouboe Werge): Interpreting EU Equality Law of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *European Anti-Discrimination Law Review,* núm. 17, 2013, pp.11-21 y N. BETSCH, "The *Ring and Skouboe Werge* Case: a Reluctant Acceptance of the Social Approach of Disability", *European Labour Law Journal*, num. 4, vol. 2, 2013, pp. 135-142.

[30] Cabe resaltar que el TJUE hace referencia en esta sentencia a la definición de "discapacidad" contenida en la CDPD.

[31] En este sentido, véase, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de marzo de 2014, C-363/12, caso *Z*, ECLI:EU:C:2014:159.

[32] L. WADDINGTON, A. BRODERICK, *Combatting disability discrimination and realizing equality. A comparison of the UN Convention on the rights of persons with disabilities and EU equality and non-discrimination law*, cit.

sitos que habían sido establecidos en la sentencia *Ring y Werge*.[33] Los mismos requisitos se tienen que cumplir, según se manifiesta en *DW*,[34] para que se pueda entender comprendido en el concepto de discapacidad, el estado de salud de un trabajador reconocido como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, que no permita al trabajador desempeñar determinados puestos de trabajo. En relación con la obesidad en particular, cabe señalar que la sentencia ha sido considerada como innovadora[35] y lo cierto es que, aunque no califica directamente la obesidad como una modalidad de discapacidad, ofrece una posible vía de protección para las personas obesas que son víctimas de tratos discriminatorios en el ámbito laboral.

En *Daouidi*[36] el TJUE se pronunció sobre el requisito que la limitación de la capacidad de la persona sea duradera, especificando que una situación de discapacidad temporal a causa de un accidente laboral no significa, por sí sola, que la limitación pueda calificarse como duradera. Para esta consideración deben tenerse en cuenta determinados indicios como "(…) el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona". Así pues, la jurisprudencia del TJUE implica que la situación de una limitación duradera se puede dar en dos diferentes supuestos. El primero es un supuesto "de pasado", es decir, que en el momento del acto presuntamente discriminatorio, la limitación ya ha durado el suficiente tiempo como para concluir que no presenta una perspectiva de finalización a corto plazo. El segundo supuesto es un supuesto "de futuro", que significa que en el momento del acto diferenciado la patología, según los conocimientos médicos, determina con certeza que la duración de la limitación será de larga duración. En ambos casos no se requiere que la limitación sea permanente y puede ser curable.[37]

---

[33] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2014, C-354/13, caso *Kaltoft*, ECLI:EU:C:2014:2463.

[34] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de septiembre de 2019, C-397/18, caso *DW*, ECLI:EU:C:2019:703.

[35] J.D. PELAYO OLMEDO, "Aclaraciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el principio de discriminación la obesidad como posible causa de discapacidad. A propósito de la sentencia *Karsten Kaltoft vs. Billund Kommune*", *Revista General de Derecho Europeo*, núm 37, 2015.

[36] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 1 de diciembre de 2016, C-395/15, caso *Daouidi*, ECLI:EU:C:2016:917.

[37] Véase, también, C. De FUENTES, "Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios", *Revista Española de Discapacidad*, núm. 4, vol. 2, 2016, pp. 81-99.

La jurisprudencia del TJUE se ha desarrollado también, aunque en escasas circunstancias, fuera del ámbito laboral. En *Glatzel*,[38] se le había denegado al demandante el permiso de conducir a causa de un problema oftalmológico que resultaba en una sustancial pérdida de visión en uno de sus dos ojos. El órgano remisor de la cuestión prejudicial pidió al TJUE una interpretación de la Directiva 2006/126[39] a la luz del artículo 21.1 CDFUE. En el apartado 46 de la sentencia, el TJUE volvió a referirse a la definición de familia establecida en el caso *Ring y Werge*, pero no la terminó de aplicar, argumentando que no tenía la información suficiente para concluir si la persona se podría considerar como persona con discapacidad y, en cualquier caso, la cuestión no era relevante en este asunto dado que el trato diferenciado era justificado.[40]

En el ámbito nacional legislativo, la LGDPD incorpora por primera vez en la normativa española el modelo socio-contextual de discapacidad contenido en la CDPD.[41] No obstante, la definición que se adopta en la normativa nacional hace referencia a deficiencias "previsiblemente permanentes" en vez de "a largo plazo" que es el término que utiliza la CDPD. Por otra parte, es también cierto que la definición de discapacidad contenida en la normativa española no adopta el enfoque más restrictivo del TJUE según el cual la limitación tiene que impedir la participación de la persona en la vida profesional y determina que las barreras pueden ser diversas y tendrían que impedir la participación en la sociedad en general. La misma disposición establece que tienen igualmente la consideración de personas con discapacidad las personas que se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%.[42] Cabe señalar que este último criterio se añade a la definición de discapacidad y no la sustituye y que, al mismo tiempo, introduce un criterio de reconocimiento administrativo previo de la discapacidad no

[38] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de mayo de 2014, C-356/12, caso *Glatzel*, ECLI:EU:C:2014:350.

[39] Directiva 2006/126/ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006 sobre el permiso de conducción (Refundición).

[40] Para más información sobre este caso, véase, C. O'BRIEN, "Driving Down Disability Equality? Case C-356/12 *Wolfgang Glatzel v. Freistaat Bayern*, Judgment of 2 May 2014", *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* núm. 21, vol. 4, 2014, pp. 723-738.

[41] Artículo 4 LGDPD.

[42] El mismo artículo estipula que: "Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad".

contemplado en la CDPD y la jurisprudencia del TJUE.[43] Aun así, ciertas medidas de acción positiva todavía requieren un reconocimiento administrativo como son, por ejemplo, las establecidas en la Ley 43/2006[44] para la mejora del crecimiento y del empleo.

En relación con la equiparación de la enfermedad con la discapacidad a efectos de no discriminación, se puede observar un cierto giro jurisprudencial que parte de posturas más restrictivas a otras más compatibles con la CDPD y la actual postura del TJUE. En la STC 62/2008[45] el TC tuvo ocasión de tratar el tema de si una enfermedad temporal puede considerarse como un motivo de discriminación, afirmando que la enfermedad es una situación que afecta a la totalidad de las personas en muy diferentes momentos de su vida profesional y, por lo tanto, difícilmente puede considerarse en abstracto y con carácter general como un motivo de discriminación prohibido por el artículo 14 de la CE. Aun así, el TC mantuvo que en determinadas circunstancias la enfermedad de un trabajador podría constituir un factor análogo a los mencionados en el artículo14 CE encuadrable en la cláusula genérica de este artículo. Este sería el caso: "cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato".

El Tribunal Supremo (TS) ha tenido tradicionalmente una visión restrictiva en relación con la definición de discapacidad declarando los despidos de personas que padecían enfermedad, improcedentes en vez de nulos.[46] De este modo, el TS afirmaba que la enfermedad no estaba especialmente protegida frente a la discriminación y que tampoco se vulneraba ningún otro derecho constitucional. En su última etapa jurisprudencial, el TS reconoció que la enfermedad puede equipararse a la discapacidad al menos en tres ocasiones.[47]

[43] En este sentido, el artículo 64 LGDPD establece explícitamente que las garantías del derecho a la igualdad de oportunidades son de aplicación con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad.

[44] Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

[45] STC 62/2008, de 26 de mayo.

[46] Véase, entre otras, STS UD 22.11.2007- Rec. 3907/2006, STS UD 22.09.2008- Rec. 3591/2006 y STS UD 03.05.2016- Rec. 3348/2014.

[47] Véase, STS UD 22.02.2018- Rec. 160/2016, STS UD 15.03.2018- Rec. 2766/2016 y STS UD 22.05.2020- Rec. 2684/2017.

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) inicialmente tampoco reconocía que la enfermedad equivalía a la discapacidad a efectos de no discriminación, pero en varios pronunciamientos el mismo Tribunal sí que consideró que un despido de una persona que padecía una enfermedad podría vulnerar el derecho a la integridad física protegido en el artículo 15 CE. Más recientemente, el TSJC incorporó de forma más directa la doble dimensión ("de pasado" y "de futuro") en relación con la limitación duradera producida por una enfermedad que se estableció por el TJUE en el caso *Daouidi*. Por lo que respecta a los casos que han sido denominados como "de futuro", el TSJC ha considerado que para que sea discriminatorio un despido el empleador debe tener conocimiento de la condición de salud del trabajador. Así en su sentencia de 31 de julio de 2020[48] este Tribunal desestimó la petición del demandante dado que no se había acreditado el conocimiento de la existencia de la enfermedad por parte de la empresa. Por el contrario, en la sentencia de 5 de noviembre de 2020[49] el TSJC declaró discriminatorio el despido teniendo en cuenta que la trabajadora había informado a la delegada de prevención sobre su enfermedad tres semanas antes de que finalizara su último contrato laboral.

4. LAS PRINCIPALES FORMAS DE DISCRIMINACIÓN

Las formas de discriminación se definen también de manera amplia en el artículo 2 de la CDPD. A pesar de esta definición amplia, la Observación General No. 6 pone especial énfasis en las cuatro siguientes formas de discriminación: la discriminación directa, la discriminación indirecta, la denegación de ajustes razonables y el acoso. Así, "discriminación directa" se produce cuando, en una situación análoga, las personas con discapacidad reciben un trato menos favorable que otras personas debido a su condición personal diferente. "Discriminación indirecta" significa que la normativa o la práctica son neutras en apariencia, pero perjudican de manera desproporcionada a las personas con discapacidad. La misma Observación General pone el siguiente ejemplo para aclarar el concepto de "discriminación indirecta": Si se convoca a un candidato con movilidad reducida a una entrevista de trabajo en la segunda planta de un edificio sin ascensor se encontrará en

[48] STSJC 31.07.2020- Rec. 1873/2020.
[49] STSJC 05.11.2020- Rec. 2650/2020.

una situación de desigualdad, aunque haya sido formalmente admitido a la entrevista.[50]

Los "ajustes razonables" son modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas para garantizar el goce o ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad.[51] A pesar de que la obligación de proporcionar estos ajustes es una obligación general para asegurar la igualdad en el ejercicio de todos los derechos humanos y libertades públicas, la CDPD hace especial referencia a esta necesidad en los ámbitos de libertad y seguridad,[52] educación[53] y empleo.[54] El CDPD afirmó que un ajuste es razonable cuando es eficaz, pertinente y logra el objetivo para el que ha sido adoptado y que el término "razonable" no es un medio de evaluar los costes del ajuste.[55] A modo comparativo, cabe resaltar que el TEDH también ha considerado en su jurisprudencia que el incumplimiento de los ajustes razonables constituye discriminación contraria al artículo 14 CEDH.[56] Finalmente, según el CDPD, el "acoso" es una forma de discriminación cuando se produce un comportamiento no deseado relacionado con la discapacidad que tenga por objetivo atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno "intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo".[57]

Además de estas cuatro principales formas de discriminación, la CDPD es la primera convención que explícitamente se refiere a la discriminación múltiple, en particular en relación con mujeres y niñas con discapacidad.[58] El CDPD aclara que, aunque el texto de la Convención solo se refiere a mujeres y niñas, la discriminación múltiple puede ocurrir con cualquier com-

---

50 Observación General 6, para. 18 (a) y (b).

51 Sobre este concepto, conviene la lectura del siguiente artículo: M. ELOSEGUI, "El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable", *Anuario de Filosofía del Derecho,* vol. 30, 2014, pp. 69-96. Cabe resaltar que el ordenamiento jurídico que mejor ha concretado las medidas que se deben tomar para el cumplimiento con el deber de proporcionar ajustes razonables es el británico. Véase, F. REY MARTÍNEZ, "Igualdad y prohibición de discriminación: De 1978 a 2018", *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 125-171.

52 Artículo 14.2 CDPD.

53 Artículos 24.2.c y 24.5 CDPD.

54 Artículo 27.i CDPD.

55 Observación General 6, para. 25 (a)

56 Véanse, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Çam c. Turquía*, de 23 de febrero de 2016 y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Enver Sahin c. Turquía*, de 30 de enero de 2018.

57 Observación General 6, para. 18 (d).

58 Artículo 6 CDPD.

binación de dos o más motivos. Asimismo, concreta que la discriminación múltiple puede ocurrir como discriminación directa, indirecta, denegación de ajustes razonables y acoso.[59] La CDPD se refiere también a las medidas de acción positiva. Estas medidas, que en realidad se mencionan en otros tratados internacionales en materia de derechos humanos como, por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, consisten en introducir o mantener ciertas ventajas en favor de un grupo desfavorecido. Según el CDPD no deberían perpetuar el aislamiento, la estigmatización ni los estereotipos.

La directiva de igualdad en el empleo determina cuatro supuestos constitutivos de discriminación: la directa,[60] la indirecta,[61] el acoso[62] y la orden de discriminar.[63] Aunque las tres primeras se definen de manera parecida a las Observaciones Generales del CDPD, lo cierto es que la CDPD no hace referencia a la posibilidad de justificar una discriminación indirecta, mientras que la directiva comunitaria sí.[64] Entre las demás disposiciones de la norma comunitaria destaca el artículo 5 que hace referencia a los "ajustes razonables". A pesar de esta mención, la directiva no reconoce explícitamente que el incumplimiento de esta obligación constituya discriminación, entrando en contradicción de esta manera con la CDPD. No obstante, el TJUE ha declarado que determinados tratos en el ámbito laboral sí que pueden ser discriminatorios si el empleador no ha proporcionado ajustes razonables.[65] Cabe resaltar que en cuanto a los ajustes razonables la directiva se centra de nuevo en el ámbito laboral, mientras que la CDPD se refiere al ejercicio de todos los

[59] Observación General 6, para 19.

[60] Artículo 2 (2) (a) de la directiva de igualdad en el empleo.

[61] Artículo 2 (2) (b) de la directiva de igualdad en el empleo.

[62] Artículo 2 (3) de la directiva de igualdad en el empleo.

[63] Artículo 2 (4) de la directiva de igualdad en el empleo.

[64] Así, el artículo 2.2.b.i establece que "dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios". Se podría argumentar que la definición de la discriminación indirecta en la CDPD se tiene que leer juntamente con las Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos que sí prevén la posibilidad de justificar los tratos diferenciados. Aun así, parte de la doctrina ha afirmado que esta vinculación se tiene que realizar de manera limitada. Véase, S. BUTLIN, "The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Does the Equality Act 2010 measure up to UK international commitments?", *Industrial Law Journal*, núm. 20 vol. 4, 2011, pp. 428-438.

[65] Véase, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de septiembre de 2019, C-397/18, caso *DW*, ECLI:EU:C:2019:703.

derechos humanos creando un requerimiento más amplio. La directiva comunitaria no obliga a los Estados miembros a tomar acciones positivas, pero estas medidas son compatibles con el contenido de esta.[66] Finalmente, cabe resaltar que, a diferencia de la CDPD, la directiva comunitaria no se refiere a la situación de discriminación múltiple y que el TJUE tampoco ha ampliado, por el momento, el alcance de la directiva para ofrecer especial protección en casos de discriminación por dos diferentes motivos.[67]

A nivel estatal, la LGDPD adopta una definición amplia de discriminación prohibiendo en su artículo 63 los siguientes tipos de discriminación: directa o indirecta, por asociación, acoso, incumplimiento de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, y el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas. Al mismo tiempo, la misma normativa contiene otra definición de la discriminación aplicable en el ámbito laboral, que se alinea a lo establecido en la directiva de igualdad en el empleo. Uno de los puntos destacables de la LGDPD es que establece que las administraciones públicas tendrán que proteger de manera intensa a personas víctimas de más de un motivo de discriminación.[68] Este ha sido justamente uno de los puntos que el Proyecto de reforma constitucional del artículo 49 CE pretende resaltar. En particular, el apartado 2 prevé que "se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad". La inclusión de esta consideración en el Proyecto es bienvenida, aunque es verdad que se podría formular de forma más amplia para incluir la combinación con otros motivos, como por ejemplo la edad o la orientación sexual. El mismo Proyecto tiene como objetivo reforzar la idea que las personas con discapacidad son titulares de los derechos constitucionales y garantizar la participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad en la realización de políticas de inclusión social, mientras que también pretende corregir la terminología empleada en el actual artículo 49 CE.[69]

---

[66] Véase, artículo 7 de la directiva de igualdad en el empleo.

[67] En este sentido, véase Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de noviembre de 2016, C-443/15, caso *David L. Parris*, ECLI:EU:C:2016:897.

[68] Artículo 7 LGDPD.

[69] El Proyecto de reforma del artículo 49 CE establece lo siguiente: "Artículo 49: 1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación. 2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su

Es importante subrayar que, a diferencia de la directiva comunitaria, el artículo 63 LGDPD prevé explícitamente que el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables constituye una forma de discriminación. El TC también ha hecho esta interpretación, al menos en casos relacionados con el ámbito de educación,[70] la tutela judicial efectiva,[71] los servicios sociales[72] y, muy recientemente, incluso el ámbito laboral.[73] Cabe resaltar también que, en el sector del empleo público, el Decreto legislativo 5/2015[74] estipula la necesidad que la Administración Pública adopte ajustes razonables en el proceso selectivo y en el puesto de trabajo.[75] Finalmente, la LGDPD no solo prevé la posibilidad de tomar acciones positivas[76] sino que fija acciones concretas como las cuotas establecidas en el artículo 42.1 que determina que las empresas públicas y privadas que empleen más de 50 trabajadores tendrán que asegurar que al menos un 2% sean trabajadores con discapacidad.

5. LA DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN

Uno de los temas relevantes en este contexto es determinar si las cláusulas antidiscriminatorias protegen también a las personas que se asocian con las personas con discapacidad. La denominada discriminación por asociación concierne principalmente a los familiares de las personas con discapacidad, muy frecuentemente a los padres. El texto de la CDPD y de la directiva de igualdad

libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en los términos que establezcan las leyes. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad. 3. Se regulará la especial protección de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes. 4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos".

70 STC 10/2014, de 27 de enero.

71 STC 77/2014, de 22 de mayo.

72 STC 3/2018, de 22 de enero.

73 STC 51/2021, de 15 de marzo.

74 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

75 Artículo 59.2 del Decreto legislativo 5/2015.

76 El artículo 2 define las acciones positivas de la siguiente manera: "Medidas de acción positiva: son aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad".

en el empleo no incluyen de forma explícita la discriminación por asociación como una las principales formas de discriminación. A pesar de esto, el CDPD aclara que el artículo 5 es lo suficientemente amplio como para poder cubrir todo tipo de discriminaciones, incluida la relacionada con personas asociadas con las personas con discapacidad.[77] Sin embargo, el Comité no especifica si la discriminación por asociación se prohíbe en relación con todas las formas de discriminación. Por otra parte, en el ordenamiento jurídico español, la LGDPD sí que prohíbe de forma explícita la discriminación por asociación la cual puede ocurrir, según el texto normativo, cuando una persona es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra persona por razón de discapacidad.[78]

En el mismo sentido se han pronunciado también los tribunales internacionales. Esta aproximación se adoptó por primera vez por parte del TEDH en *Guberina c. Croacia*.[79] En este caso el demandante tenía un hijo con discapacidad y vivían en la tercera planta de un edificio no accesible para personas con discapacidad. A la hora de comprar una nueva vivienda acorde a las necesidades de su hijo, el demandante solicitó la exención del impuesto aplicable a familias cuyos alojamientos no cumplían con las necesidades y la infraestructura básicas. El demandante argumentó que la accesibilidad era un elemento de infraestructura básica. Por su parte el gobierno alegó que la normativa aplicable no dejaba ningún margen de discreción dado que establecía criterios objetivos para la determinación de un alojamiento de infraestructura básica. En este sentido, el Tribunal descartó estos argumentos y anotó que había otra normativa en Croacia que abordaba la cuestión de accesibilidad de los alojamientos para las personas con discapacidad, contemplando la existencia de un ascensor como uno de los requisitos básicos. Sin embargo, las autoridades croatas no dieron ninguna consideración a esta normativa. Tampoco se habían tenido en cuenta la obligación de proporcionar ajustes razonables que se derivan de la CDPD, la cual había sido ratificada por Croacia. Teniendo en cuenta esta argumentación el TEDH concluyó que hubo vulneración del artículo 14 junto con el artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH que recoge el derecho a la propiedad.

De igual manera, el TJUE aclaró este tema en *Coleman*.[80] Aquí, el Tribunal afirmó que la directiva prohíbe la discriminación directa a trabajadores que

[77] Observación General No. 6.

[78] Artículo 2 e) LGDPD.

[79] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Guberina c. Croacia*, de 22 de marzo de 2016.

[80] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de julio de 2008, C-303/06, caso *Coleman*, ECLI:EU:C:2008:415.

no son ellos mismos personas con discapacidad, pero que están recibiendo un trato menos favorable que otros trabajadores en situaciones análogas cuando está acreditado que este trato desfavorable está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo. En la misma sentencia el Tribunal mantuvo que la prohibición de acoso que contiene la directiva también cubre situaciones de discriminación por asociación. El TJUE no se ha pronunciado todavía en cuanto a la discriminación por asociación en casos de discriminación indirecta y la necesidad de proporcionar ajustes razonables en el contexto de la directiva de igualdad en el empleo. En todo caso, y aunque la jurisprudencia del TJUE es incompleta en relación con el alcance que puede tener una situación de discriminación por asociación, *Coleman* es un ejemplo representativo de una interpretación expansiva de la directiva de igualdad en el empleo por parte del TJUE.

6. LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD

Este apartado se centra en los principales casos de discriminación por motivo de discapacidad o enfermedad que han sido analizados por los tres tribunales que aquí son objeto de estudio: el TEDH, el TJUE y el TC. Además de los casos que ya se han citado con el fin de aclarar la postura de estos tribunales en relación con la definición de discapacidad y las formas de discriminación, en esta parte se estudia de manera más concreta como estos han resuelto los principales casos en los que se alegaba discriminación por motivo de discapacidad. Asimismo, se destaca el impacto que ha tenido la aprobación de la CDPD en cuanto a la metodología interpretativa que sigue cada uno de los tres órganos.

6.1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La aprobación de la CDPD ha transcendido en la jurisprudencia del TEDH en dos principales sentidos. Por un lado, desde esta aprobación el TEDH considera que existe consenso europeo, y también global, para proteger a las personas con discapacidad de tratos discriminatorios. Esto es considerable porque como es sabido el nivel de consenso entre los Estados parte al CEDH es uno de los criterios en el que el TEDH basa sus deci-

siones.[81] La ratificación de la CDPD por parte de prácticamente todos los Estados que participan en el Consejo de Europa ha permitido que el TEDH se sienta más cómodo a la hora de dictar sentencias en la línea de promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad. Por otro lado, la aprobación de la CDPD ha marcado un cambio en la jurisprudencia del TEDH en relación con el margen de apreciación que el Tribunal reconoce en casos relacionados con los derechos de las personas con discapacidad. Así, desde la sentencia *Glor* el Tribunal ha establecido que el margen de apreciación en estos casos es limitado.[82] Este limitado margen se ha confirmado muy especialmente en casos de enfermedades que estigmatizan como sería el caso del VIH,[83] pero incluso en el ejercicio de derechos políticos[84] en los que normalmente el TEDH reconoce un margen más amplio. Se puede argumentar que la CDPD ha permitido que el Tribunal limite el margen de apreciación a niveles que antes se reconocían solo para casos de discriminaciones por motivo de raza o género.[85] En este contexto, el TEDH se ha pronunciado sobre los casos de discriminación por discapacidad en los siguientes términos. Cabe resaltar que desde su primer pronunciamiento la referencia a la CDPD está presente en todas las sentencias que este tribunal ha adoptado.

La primera vez que el TEDH dictaminó que hubo discriminación por razón de discapacidad fue en *Glor c. Suiza*.[86] En este caso, el demandante fue considerado no apto para el servicio militar obligatorio debido a que padecía diabetes. Su condición de salud se consideró por parte de las autoridades suizas inadecuada para el servicio militar, habida cuenta de la limitada atención médica ofrecida, así como los importantes esfuerzos físicos y presión

[81] Sobre este tema, véase, B. MAC CRORIE, G. SANTOMAURO, "The Margin of Appreciation of States in the European Convention on Human Rights and Additional Protocol No. 15" en D. MOYA, G. MILIOS, *Aliens before the European Court of Human Rights: Ensuring Minimum Standards of Human Rights Protection*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2021.

[82] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Glor c. Suiza*, de 30 de abril de 2009, para. 84.

[83] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *I.B. c. Grecia*, de 3 de octubre de 2013, para. 81.

[84] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Alajos Kiss c. Hungría*, de 20 de mayo de 2010, para. 44.

[85] Véase, también, J. CLIFFORD, "The UN Disability Convention and its Impact on European Equality law", *The Equality Rights Review*, núm. 6, 2011, pp. 11-25.

[86] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Glor c. Suiza*, de 30 de abril de 2009.

psicológica que este servicio suponía. Sin embargo, las autoridades le ordenaron pagar un impuesto aplicable de exención del servicio militar ya que consideraron que su discapacidad era inferior al 40%, que era el porcentaje mínimo requerido para la exención del impuesto. El TEDH manifestó que el trato había sido discriminatorio porque no había justificación razonable para distinguir entre personas con discapacidad exentas del impuesto y otras personas con discapacidad que sí debían pagarlo. Declaró la vulneración del artículo 14 leído juntamente con el artículo 8 que protege el derecho a la vida privada.

En *Çam c. Turquía*,[87] el Tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la discriminación en el acceso a la educación. En esta ocasión la demandante, siendo ciega, superó las pruebas de acceso para la academia turca de música, pero le fue denegada su solicitud de inscripción. La justificación fue que los candidatos tenían que aportar un informe médico sobre su "capacidad física" y la comisión competente del hospital que examinó la demandante consideró que era apta para inscribirse a la academia en las secciones donde no se "requería vista". En consecuencia, la academia rechazó su solicitud considerando que todas las secciones de la academia "requerían vista" en el sentido del informe médico. El Tribunal sostuvo que las autoridades no habían intentado identificar las necesidades de la Sra. Çam y no habían podido explicar cómo su ceguera podía impedirle asistir a las clases de música. Según el Tribunal, la negativa a inscribir a la Sra. Çam, se había basado únicamente en su ceguera y estaba estrechamente relacionada con el hecho de que las autoridades nacionales nunca hubieran considerado la posibilidad de hacer ajustes razonables para su discapacidad. De este modo, el Tribunal resaltó por primera vez la necesidad de hacer ajustes razonables de forma directa[88] y declaró que hubo una vulneración del artículo 14 leído juntamente con el artículo 2 del Protocolo 1 del CEDH.

En *Radi y Gherghina c. Rumanía*,[89] la Sra. Tania Radi había dejado su trabajo de enfermera para ser contratada por la autoridad local como asistenta personal de su sobrino que tenía una discapacidad a raíz de un accidente. La Sra. Radi alegó que las condiciones de contratación eran contrarias al artículo

[87] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Çam c. Turquía*, de 23 de febrero de 2016.

[88] También es la primera vez que el TEDH aplica el artículo 2 del Protocolo 1 que recoge el derecho a la educación en un caso de educación de carácter artístico.

[89] Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Radi y Gherghina c. Rumanía*, de 5 de enero de 2016.

4 y 8 del CEDH. Concretamente la demandante se refirió a la remuneración que se le atribuía que no superaba el salario mínimo sin que se tuvieran en cuenta sus cualificaciones ni el tipo de trabajo, que requería disponibilidad durante todo el día. Además, no se le garantizaban las condiciones básicas estipuladas en el derecho laboral como vacaciones u horas de trabajo extras. Según sus argumentos, dado que no había otras alternativas subvencionadas por el gobierno, la asistencia personal se tenía que asumir por los familiares de las personas con discapacidad, los cuales asumían una carga desproporcionada. Asimismo, la demandante alegó que el régimen era discriminatorio por asociación con una persona con discapacidad y por género, puesto que la mayoría de las asistentas personales eran mujeres. El Tribunal consideró que la demanda estaba manifiestamente mal fundada y la desestimó. De acuerdo con el TEDH, la demandante había entrado en la relación contractual de forma voluntaria y podría renunciar a ella en cualquier momento. Asimismo, cualquier demanda relacionada con sus condiciones laborales y las posibles vulneraciones del derecho laboral podría ser reclamada ante los tribunales ordinarios.[90]

El TEDH ha explorado también otra vertiente de los derechos de las personas con discapacidad, en particular la relativa a los derechos políticos que recoge el artículo 3 del Protocolo 1 del CEDH. En *Alajos Kiss c. Hungría*,[91] una persona que padecía depresión maníaca se había puesto bajo tutela parcial y como consecuencia se le había denegado el derecho de voto dado que la Constitución húngara contenía una prohibición de voto aplicable de forma indiscriminada a todas las personas que estaban bajo cualquier tipo de tutela. El TEDH consideró que la prohibición absoluta contenida en la Constitución húngara vulneraba el artículo 3 del Protocolo 1. Por el contrario, en *Strøbye y Rosenlind c. Dinamarca*,[92] el Tribunal declaró compatible con el CEDH la denegación del derecho de voto a dos personas que habían sido declaradas incapacitadas. Según el TEDH, Dinamarca había actuado dentro del margen de apreciación ya que el legislador danés había hecho esfuerzos notables para evaluar la situación y reflejar los cambios en la sociedad en relación con este tema, mientras que la calidad

[90] Para una crítica sobre la postura del Tribunal en relación con el artículo 4, véase, C. Cojocariu, Guberina and Gherghina: the two sides of the Court's disability jurisprudence, Strasbourg Observers, disponible en: *https://strasbourgobservers.com/*.

[91] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Alajos Kiss c. Hungría*, de 20 de mayo de 2010.

[92] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Strøbye y Rosenlind c. Dinamarca*, de 2 de febrero de 2021.

de la revisión judicial interna reforzaba la misma idea. En un caso con hechos parecidos adoptado en mayo de 2021,[93] el mismo Tribunal avaló que España no permitiera votar a una persona con discapacidad mental considerando que la prohibición no era desproporcionada y perseguía un fin legítimo.[94]

6.2. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La principal influencia que ha tenido la aprobación de la CDPD en la jurisprudencia comunitaria en cuanto a la metodología interpretativa está relacionada con el papel de la CDFUE y la posición de la CDPD en el sistema de fuentes. Destaca de forma notable que el Tribunal de Luxemburgo no se refiere a la CDFUE a la hora de interpretar la directiva de igualdad en el empleo, sino directamente a la CDPD. En cuanto a las primeras sentencias en esta materia,[95] esta ausencia de referencia a la CDFUE se podría entender dado que se adoptaron antes de la aprobación del Tratado de Lisboa, en un periodo que la CDFUE no tenía carácter vinculante y su posición en el ordenamiento jurídico era incierta. Sin embargo, la misma postura, aunque con algunas excepciones,[96] se mantuvo incluso después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa que comportó importantes cambios en el ámbito de los derechos fundamentales. Así, el TJUE utiliza como parámetro interpretativo del derecho antidiscriminatorio por motivo de discapacidad a la CDPD y no a la CDFUE, la cual, como se ha visto contiene disposiciones directamente aplicables a las personas con discapacidad. Esto ha tenido como consecuencia la "constitucionalización" *de facto* de la CDPD en el ordenamiento jurídico comunitario[97] y ha degradado el papel de la CDFUE en casos de no

[93] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanaos, caso *Caamaño Valle c. España*, de 11 de mayo de 2021.

[94] Cabe resaltar que los hechos ocurrieron en 2013 y que posteriormente el legislador español eliminó la posibilidad de prohibir el ejercicio del derecho de voto a las personas con discapacidad. Véase, Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

[95] Véanse, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de julio de 2006, C-13/05, caso *Chacón Navas*, ECLI:EU:C:2006:456 y Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de julio de 2008, C-303/06, caso *Coleman*, ECLI:EU:C:2008:415.

[96] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de marzo de 2017, C-406/15, caso *Milkova*, ECLI:EU:C:2017:198.

[97] Véase, D. FERRI, "The Unorthodox Relationship between the EU Charter of Fundamental Rights, the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and

discriminación. La limitada referencia a la CDFUE que se puede observar en otros ámbitos también[98] es problemática desde el punto de vista de la jerarquía normativa puesto que, como se ha visto, la CDPD se sitúa por debajo de los tratados en el ordenamiento jurídico comunitario. La futura jurisprudencia del TJUE desvelará hasta qué punto el TJUE utilizará la CDPD como parámetro interpretativo incluso de la propia CDFUE y no solo del derecho derivado en materia de no discriminación. En cualquier caso, de igual manera que sucede con el TEDH, el TJUE también se refiere a CDPD en todas las sentencias especialmente desde la ratificación de la convención por parte de la UE.

En *Ring y Werge*, dos mujeres habían sido despedidas de su trabajo después de regresar de una baja por enfermedad con la justificación de que ya no podían desempeñar la actividad a tiempo completo a causa de su enfermedad. El Tribunal mantuvo que la reducción del tiempo de trabajo puede constituir una medida de ajuste a las que se refiere el artículo 5 de la directiva. Sin embargo, el Tribunal afirmó que estos ajustes razonables no pueden suponer una carga excesiva para el empresario, una situación que corresponde apreciar al juez nacional. Esta postura contradice las líneas interpretativas de la CDPD que, como se ha visto, establece que la "razonabilidad" de los ajustes se tiene que valorar en función de su efectividad y no de sus costes. Aun así, el TJUE aclaró que la directiva se opone al despido de una persona que ha estado de baja por discapacidad cuando esta baja ha sido consecuencia de que el empleador no adoptó los ajustes razonables previstos en la directiva de igualdad en el empleo.

En *Milkova*,[99] una funcionaria búlgara interpuso una demanda al extinguirse su relación laboral con la administración pública a raíz de la desaparición de su puesto de trabajo. Según el Código de Trabajo búlgaro, para poder despedir a un trabajador por cuenta ajena que padece ciertas enfermedades es necesaria la autorización de la Inspección de Trabajo. Sin embargo, aun-

Secondary Rights in the Court of Justice Case Law on Disability Discrimination", *European Constitutional Law Review,* núm. 16, 2020, pp. 275-305.

[98] Una situación parecida se observa en relación con el derecho a la vida familiar. Véanse, en este sentido, G. MILIOS, "A Re-examination of the Family Reunification Directive in the post-Lisbon Fundamental Rights Scene", *Vienna Journal on International Constitutional Law,* núm. 12, vol 1, 2018, pp. 85-114 y G. MILIOS, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Comares, Granada, 2021.

[99] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de marzo de 2017, C-406/15, caso *Milkova*, ECLI:EU:C:2017:198.

que la enfermedad de la Sra. Milkova se encontraba dentro de las enfermedades que requieren dicha autorización, la demandante fue despedida sin ninguna tramitación previa. El TJUE sostuvo que el artículo 7.2 de la directiva de igualdad en el empleo relativo a las acciones positivas permite una normativa nacional que confiere a los trabajadores por cuenta ajena con ciertas discapacidades una protección especial al despido, sin conferir la misma protección a los funcionarios con la misma discapacidad. Según el Tribunal esta afirmación se adopta sin prejuicio a la posible vulneración del principio de igualdad de trato, situación que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

En *Ruiz Conejero*,[100] el TJUE afirmó que el artículo 2.2 de la directiva que prohíbe la discriminación indirecta se opone en principio a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador. Seguidamente, el TJUE aclaró que dicha normativa podría ser compatible con la directiva si tuviera la finalidad legítima de combatir el absentismo y no fuera más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad. Según el TJUE corresponde al órgano jurisdiccional remitente la evaluación de esta situación. La presente sentencia resultó de una cuestión prejudicial por parte de un órgano jurisdiccional español y hacía referencia al artículo 52 d) LET, disposición que también fue objeto de control de constitucionalidad por parte del TC español y, finalmente, fue derogada.[101]

Finalmente, en *WD* el TJUE sostuvo que el despido por causas objetivas de un trabajador con discapacidad por presentar una productividad inferior a un determinado nivel, una menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y un elevado índice de absentismo constituye discriminación indirecta a no ser que el empleador haya realizado los ajustes razonables que prevé el artículo 5 de la directiva, situación que corresponde evaluar al juez nacional. Se hace evidente que este último criterio está presente en casi todas las resoluciones del TJUE. Con todo, el TJUE está tomando una posición de cautela en relación con la interpretación del derecho a la no discriminación remitiendo a los tribunales nacionales, remisores de las cuestiones pre-

[100] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de enero de 2018, C-270/16, caso *Ruiz Conejero*, ECLI:EU:C:2018:17.

[101] Para la postura del TC sobre la constitucionalidad de esta disposición véase el análisis efectuado en el apartado siguiente.

judiciales, para la aplicación de los principios que establece en su jurisprudencia. Esta consideración a menudo crea una situación de desprotección y ambigüedad.

6.3. El Tribunal Constitucional español

Centrándonos en el ámbito nacional, el artículo 10.2 CE por sí solo da especial relevancia a la CDPD en relación con la interpretación del artículo 14 CE y la no discriminación por motivo de discapacidad.[102] En este sentido, la aprobación de la CDPD no supuso nuevos desafíos en relación con su posición en el ordenamiento jurídico y su papel interpretativo similares a los detectados a nivel comunitario. El propio TC ha entendido que la cláusula del artículo 10.2 CE obliga a una interpretación del artículo 14 CE de conformidad con la CDPD. De este modo la referencia a la convención está presente en su jurisprudencia post-CDPD y, en su caso, en los votos particulares de los Magistrados. En el mismo sentido uno de los puntos que el Proyecto de reforma pretende destacar es justamente la importancia de los tratados internacionales para las personas con discapacidad, al establecer en su último punto que: "Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos". En este contexto se ha desarrollado una cuantitativamente limitada jurisprudencia del TC en la materia. Una jurisprudencia claramente influenciada por la CDPD sobre todo por lo que se refiere a la obligación de proporcionar ajustes razonables, criterio que progresivamente ha formado parte de la argumentación del TC y se ha aplicado en diferentes ámbitos.

La primera sentencia que se dictó en materia de discriminación por discapacidad es la STC 269/1994.[103] El caso se refiere a una convocatoria de funcionarios en Canarias que reservaba seis plazas a personas con más del 33% de discapacidad, siempre y cuando superaran la oposición en igualdad de condiciones que los demás candidatos. La recurrente había superado la oposición y había tomado posesión de la plaza. Sin embargo, un candidato con discapacidad superior al 33% que también había superado la oposición, pero con una nota inferior a la

[102] Sobre este tema, véanse, F. De CARRERAS, "Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 60, 2000, pp. 321-341 y P. CUENCA GÓMEZ, "La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: La interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española", *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12, 2012.

[103] STC 269/1994, de 3 de octubre.

de la recurrente solicitó ocupar una de las seis plazas reservadas para personas con discapacidad. La administración admitió esta solicitud y dejó a la recurrente sin plaza. Esta recurrió en amparo al TC alegando vulneración del artículo 14 CE y también del artículo 23.2 CE. En su sentencia, el TC afirmó que este tipo de medidas de acción positiva no vulneran el artículo 14 CE y son legítimas a la luz también del artículo 9.2 CE que hace referencia a la igualdad real y efectiva como objetivo a promover. Estas cuotas tampoco vulneran el artículo 23 ya que la discapacidad no se valoró como un mérito. Según el TC, las cuotas únicamente tenían como objetivo promover la integración laboral de personas desfavorecidas en este ámbito como son las personas con discapacidad.

Posteriormente el TC se pronunció sobre la escolarización de un niño con discapacidad en un centro de educación especial como consecuencia de una resolución de la comisión de escolarización de la Dirección Provincial de Educación de Palencia y en contra de la voluntad de sus padres.[104] El TC mantuvo que esta resolución, así como las resoluciones judiciales posteriores que la avalaron, no vulneraron el derecho fundamental a la educación ni el principio de igualdad dado que habían motivado y ponderado suficientemente las razones en que se basa la adopción de esta medida excepcional. Cabe resaltar que los Magistrados Luis Ortega y Juan Antonio Xiol discreparon en su voto particular[105] del criterio mayoritario y mantuvieron que la CDPD reconoce el carácter inclusivo de la educación. Es decir, que como regla general se debe promover la escolarización de los niños con discapacidad en centros de educación ordinaria recibiendo los apoyos necesarios y, solamente de manera excepcional, la escolarización en un centro de educación especial. En otra sentencia,[106] el TC amparó a una persona con discapacidad intelectual a la que se le negó el acceso a un centro especializado por tener más de 60 años, concediéndole a cambio una plaza en una residencia de mayores. El TC declaró el trato discriminatorio por razón de edad y de discapacidad.

La STC 118/2019[107] resolvió una cuestión de inconstitucionalidad que trataba sobre el artículo 52 d) del ET.[108] Este artículo establecía que eran cau-

[104] STC 10/2014, de 27 de enero.

[105] Voto particular que formula el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez al que se adhiere el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos respecto a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 6868-2012.

[106] STC 3/2018, de 22 de enero.

[107] STC 118/2019, de 16 de octubre.

[108] Sobre el tema del absentismo laboral como causa de despido objetivo véanse, M.A. GÓMEZ SALADO, *El absentismo como causa del despido objetivo: Puntos críticos en la re-*

sa de despido objetivo las ausencias aún justificadas pero intermitentes que alcanzaran el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcanzara el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses. En estas circunstancias, el órgano promotor de la cuestión consideró que dicho precepto del ET podía ser contrario a los artículos 15, 35.1 y 43.1 CE. Cabe hacer notar que, a diferencia de las sentencias anteriormente analizadas, el TC no abordó el presente caso desde la perspectiva de la no discriminación. El propio juzgado promotor de la cuestión de inconstitucionalidad no cuestionó la compatibilidad de este precepto con el artículo 14 CE manifestando que el tema de la discriminación había sido objeto de una cuestión prejudicial y el TJUE había aclarado esta perspectiva. De forma resumida se menciona que el TC afirmó que el artículo 52 d) del ET era compatible con los derechos a la integridad física, la salud y el trabajo dado que el párrafo segundo de dicho precepto estipulaba que la extinción del contrato no se podía aplicar en situaciones de enfermedades graves o de larga duración. Asimismo, según el TC, aunque no se pudiera descartar que esta regulación pudiera condicionar la actuación del trabajador presionándole a acudir al trabajo pese a sufrir una enfermedad, el precepto no desprotegía la salud de los trabajadores que se garantiza en cualquier momento por el sistema nacional de salud.

A pesar de que la posible discriminación no fue abordada por la opinión mayoritaria, sí se planteó en los votos particulares de la sentencia. Así, el magistrado Fernando Valdés expresó la opinión que no solo se ve vulnerado el derecho al trabajo, sino que la prohibición de discriminación por discapacidad está también implicada en estos casos. Por su parte la magistrada María Balaguer se centró en otra vertiente de la prohibición de la discriminación, en particular en la relativa al género. Refiriéndose a datos estadísticos del INE llegó a la conclusión que la aplicación del artículo 52 d) puede implicar una discriminación indirecta por razón de sexo, por afectar en mayor medida a la mujer. Según su opinión esto es debido "a las negativas consecuencias que tiene su doble jornada, es decir, su mayor dedicación al cuidado de los hijos, de los discapacitados y los dependientes (ascendientes y descendientes), junto a su jornada laboral, lo que conlleva también una afección

dacción del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores, Comares, Granada, 2019 y Á. ARIAS DOMÍNGUEZ, *Absentismo laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

sobre su salud, incidiendo todas esas circunstancias de manera negativa en su actividad laboral".

Muy recientemente el TC declaró por primera vez en un contexto laboral que el derecho a no ser discriminado por motivo de discapacidad comprende también un derecho a recibir ajustes razonables. En particular, el 15 de marzo de 2021[109] el TC estimó el recurso de amparo a un letrado de la administración de justicia con síndrome de Asperger que había solicitado ajustes para poder desempeñar las tareas que su discapacidad dificultaba. La administración no dio una respuesta suficiente a esta petición y el demandante recurrió en amparo ante el TC que declaró que había una vulneración de los artículos 14, 24.2 y 25.1 CE. Concretamente, el TC afirmó que el incumplimiento de la obligación por parte del empleador de adoptar los ajustes razonables priva de legitimidad el despido o la adopción de medidas disciplinarias. Aunque tales medidas puedan estar fundadas en razones objetivas y aparentemente neutras, incurren en discriminación si no se ha garantizado antes el principio de igualdad de trato de las personas con discapacidad mediante ajustes. Además, según el TC, en casos de peticiones de ajustes razonables por parte de la persona con discapacidad, la respuesta del empleador debe ser expresa y estar motivada, en particular cuando deniegue los ajustes solicitados, ya que de lo contrario incurrirá en una denegación tácita carente de la debida justificación que vulnera la CE.

7. CONCLUSIONES

Es indudable que la aprobación de la CDPD cambió sustancialmente la situación en relación con los derechos de las personas con discapacidad. Como se ha visto en este estudio, una de las consecuencias de esta aprobación ha sido un importante giro en la jurisprudencia y normativa en cuanto a la definición de discapacidad y las formas de discriminación que son las dos áreas que han sido aquí objeto de estudio. A pesar de esto, se han detectado importantes contradicciones entre la CDPD y la jurisprudencia y normativa nacional y comunitaria. Esto es problemático ya que los tribunales nacionales tendrán que aplicar la normativa española e interpretarla a la luz de la CDPD y al mismo tiempo tener en cuenta la manera que el TJUE ha venido a interpretar las mismas cuestiones. En consecuencia, es importante que los

[109] STC 51/2021, de 15 de marzo.

ordenamientos jurídicos se adapten de manera más eficaz al contenido de la CDPD para asegurar mayor coherencia y seguridad jurídica.

Las principales contradicciones de esta compleja convivencia de la normativa y jurisprudencia nacional y supranacional se resumen de la siguiente manera. Primero, la definición de discapacidad según el TJUE se refiere a limitaciones solo en la vida profesional mientras que la CDPD se refiere a diferentes ámbitos de la sociedad. Por su parte, la normativa española se alinea a la definición más amplia de la CDPD, pero requiere que la deficiencia sea "previsiblemente permanente" en vez de "a largo plazo", criterio que utiliza la CDPD. Al mismo tiempo el criterio de un reconocimiento administrativo previo de la discapacidad adoptado por la normativa española se aleja del enfoque de la CDPD. Segundo, la normativa comunitaria no reconoce que el no cumplimiento con la obligación de proporcionar ajustes razonables constituye discriminación y, aunque el TJUE se ha pronunciado positivamente en relación con este tema, su interpretación del término "razonables" tiene en cuenta los costes económicos, criterio no adoptado por la CDPD. Este enfoque del TJUE sobre los ajustes razonables se sigue también a nivel nacional por parte del TC y está contemplado en la LGDPD. La discriminación múltiple es otro tema que está ausente en la normativa y jurisprudencia comunitaria mientras que se aborda en la CDPD y, de forma amplia en la LGDPD. Tercero, se han observado ciertos huecos también en relación con la discriminación por asociación. La jurisprudencia internacional, incluida la del TEDH, se ha pronunciado generalmente de forma positiva aclarando que es una situación que se puede acoger a la protección de las cláusulas antidiscriminatorias. No obstante, el TJUE ha sostenido que se prohíbe en casos de discriminación directa y acoso, mientras que su postura en relación con la obligación de proporcionar ajustes razonables y la discriminación indirecta todavía no se ha expresado.

Como se ha visto la aprobación de la CDPD ha incidido sobre los diferentes ordenamientos jurídicos también en relación con los principios interpretativos que se utilizan. Por lo que se refiere al sistema del Consejo de Europa, esta aprobación ha permitido que el TEDH adopte una serie de sentencias basándose en un consenso que el propio tribunal consideró ampliado después de la ratificación de la CDPD por parte de los países europeos. Al mismo tiempo la CDPD ha resaltado problemas persistentes de derecho comunitario que surgen especialmente después del Tratado de Lisboa. Principalmente estas cuestiones están relacionadas con la CDFUE que, a pe-

sar de su actual posición notablemente reforzada, no acaba de ser una referencia para los jueces del TJUE, que utilizan de forma mucho más amplia la CDPD como parámetro de interpretación de la normativa comunitaria. En el ordenamiento español este tipo de problemas se han evitado gracias a la cláusula del artículo 10.2 CE. En base a esta disposición, el TC ha construido su postura en relación con la obligación de proporcionar ajustes razonables que se ha reconocido progresivamente en diferentes ámbitos. De cara al futuro la reforma del artículo 49 CE se espera que reabra el debate sobre determinadas cuestiones del derecho antidiscriminatorio y constitucional, como es la discriminación múltiple y las garantías de los principios rectores de la política social.

Georgios Milios
Derecho constitucional
Universidad de Barcelona,
Av. Diagonal 684,
08034, Barcelona,
e-mail: gmilios@ub.edu

EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN AMÉRICA LATINA: REFLEXIONES Y APRENDIZAJES PARA EL DEBATE JURÍDICO ESPAÑOL*

LEGAL RECOGNITION OF GENDER IDENTITY IN LATIN AMERICA: REFLECTIONS AND LESSONS FOR THE SPANISH LEGAL DISCUSSION

Alicia Cárdenas Cordón
Universidad de Córdoba
https://orcid.org/0000-0002-5137-7831

Fecha de recepción: 14-11-21
Fecha de aceptación: 18-2-22

Resumen: *En España, el debate jurídico sobre los derechos de las personas trans y la posible colisión de estos con otros intereses jurídicamente protegidos se ha visto avivado con la reciente aprobación, por parte del Consejo de Ministros, del proyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. En este contexto, el presente trabajo se propone conocer cuál es la realidad jurídica de las personas del colectivo trans más allá de nuestras fronteras, concretamente, dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con el principal fin de encontrar herramientas y claves interpretativas que, desde las legislaciones y los conflictos jurídicos de los países analizados, aporten aprendizajes al debate jurídico español.*

Abstract: *Spanish legal discussion on the rights of transgender people and the possible collision with other legally protected interests has been fuelled by the recent approval, by the Council of Ministers, of the draft Law for the real and effective equality of transgender people and for the guarantee of the rights of LGTBI people. In this context, this paper sets out to find out what the legal reality of trans people is beyond our borders, specifically, within the Inter-American*

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto "GEN-DER: Generando una interpretación del derecho en clave de igualdad de género", del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad RTI2018-100669-B-I00.

Human Rights System, with the main aim of finding tools and interpretative keys which, from the legislation and legal conflicts of the countries analysed, provide lessons for the Spanish legal debate.

Palabras clave: personas trans, derechos, discriminaciones, menores trans
Keywords: transgender people, rights, discrimination, transgender minor

1. INTRODUCCION

El reconocimiento de la denominada, no sin controversia, "identidad de género", se ha traducido en los últimos años en la configuración, en algunos ordenamientos jurídicos, de un nuevo derecho subjetivo derivado de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad. Su progresiva incorporación jurídica, bien a través de leyes o de construcciones jurisprudenciales, ha dado lugar a un amplio debate doctrinal y político. En este trabajo analizaremos cómo este "nuevo" derecho ha sido reconocido de manera singular en algunos países latinoamericanos, con el objetivo de extraer argumentos jurídicos que nos puedan ser de utilidad ante el desafío que supone incorporarlo a nuestro ordenamiento.

Son tres las razones principales por las que hemos decidido centrar la mirada en América Latina. La primera, porque desde que Argentina aprobó en 2012 su Ley de identidad de género, la región –en términos generales– ha sido pionera en el reconocimiento y la regulación de derechos en la materia, acumulando una experiencia histórica y legislativa que podría servir de referencia y aprendizaje. La segunda, porque tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH o Corte), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como el Tribunal Constitucional español (TC) han manifestado en varias ocasiones la existencia de una cultura jurídica compartida entre los países del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y los del Sistema europeo de protección de los derechos[1], razón que hace mucho más interesante y útil el conocimiento recíproco entre los ordenamientos jurídicos. Por último, porque la CoIDH ha sido el primer tribunal internacional en emitir una resolución que, a pesar de darse en el marco de una opinión consultiva, ha generado un gran impacto no solo en las regulaciones y pro-

[1] Entre otros, J.A. XIOL RÍOS, "El diálogo entre tribunales", en Tribunal Constitucional, *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 2013, p. 55.

nunciamientos judiciales de los Estados parte de dicho sistema regional de derechos, sino que se ha convertido en una referencia internacional para la protección de los derechos de las personas trans[2].

En España, la elaboración del proyecto de ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (proyecto de Ley LGTBI, en adelante) y su reciente aprobación por parte del Consejo de Ministros han avivado un debate teórico, político y social en torno a la conveniencia y efectos de la configuración de las categorías sexo y/o género como categorías centrales de análisis en las Ciencias Sociales y Jurídicas. Las discusiones a cerca del reconocimiento jurídico de la identidad de género[3] en nuestro país se refieren, entre otras, a la afectación del principio de seguridad jurídica, a la aplicación de las leyes de igualdad entre hombres y mujeres o a la protección de los menores de edad, cuestión sobre la que ya se pronunció el Tribunal Constitucional en su sentencia 99/2019, de 18 de julio[4].

En la actualidad, esta materia se encuentra regulada en la Ley 3/2007 de 15 de marzo, sobre la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. La norma en vigor prevé un procedimiento administrativo de rectificación de la categoría registral del sexo, disponible para aquellas personas mayores de edad y con capacidad suficiente que cuenten con un diagnóstico de disforia de género y se hayan sometido a un tratamiento hormonal de, al menos, dos años de duración. El Tribunal Constitucional extendió la legitimación activa para acceder al trámite de modificación de datos registrales a aquellos menores de edad con suficiente madurez que se encontrasen en una

---

[2] El Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género señaló que la conclusión alcanzada por la CoIDH en la OC-24/17 "*es igualmente representativa de la base de los derechos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)*". Ver "Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género", Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, Asamblea General, 73º período de sesiones, A/73/152, 12 de julio de 2018, disponible en: *https://undocs.org/es/A/73/152*, párrs. 19 y 20.

[3] El proyecto de ley recoge los términos "identidad sexual y expresión de género".

[4] En el ámbito académico y jurídico destacamos, entre otras, dos trabajos recientes que abordan la temática que nos ocupa: R. M, RODRÍGUEZ MAGDA (coord.), *El sexo en disputa. De la necesaria recuperación jurídica de un concepto*, CEPC, Madrid, 2021; M. C. GORJÓN BARRANCO (Dir.), *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género,* Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2020.

situación estable de transexualidad[5]. Este marco general se complementa con la normativa autonómica que pretende dar cobertura a ciertos derechos del colectivo LGTBI[6]. Como regla general, las leyes autonómicas abordan la realidad trans de una manera más integral, adoptando medidas en el ámbito laboral, sanitario o educativo. Si bien, no han podido regular sobre los requisitos exigidos ante el Registro Civil para modificar el sexo y el nombre, ya que esta es una competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8 CE)[7].

Los aspectos más controvertidos del proyecto aprobado por el Consejo de Ministros se recogen en los artículos que regulan los requisitos exigidos para proceder al cambio de nombre y sexo registrales tanto de mayores como de menores de edad, así como los referidos a la titularidad de derechos y obligaciones de quienes modifican estos datos. No obstante, la finalidad de este trabajo, como se indicó *supra,* no es la de detenerse sobre la legislación LGTBI en vigor, ni siquiera la de realizar un análisis del proyecto de ley, pendiente de debate parlamentario.

Por el contrario, nos proponemos mirar más allá de las fronteras de nuestro ordenamiento jurídico con el propósito de conocer cuáles y cómo son las legislaciones que se ocupan de la modificación registral del sexo, con la intención de encontrar herramientas legislativas y claves interpretativas que nutran el debate jurídico y la labor del legislador estatal en la regulación del estatus jurídico de las personas trans y que, en la medida de lo posible, permitan anticipar los desafíos que una legislación de estas características presenta para el Derecho[8].

---

[5] En la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC, en adelante) 99/2019, de 18 de julio de 2019. Sin embargo, dejó sin abordar la cuestión de la titularidad del derecho a la identidad sexual, tal y como señala el Prof. O. SALAZAR BENÍTEZ, "El derecho a la identidad sexual de las personas menores de edad. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019", *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 32, 2019, disponible en: *https://www.ugr.es/~redce/REDCE32/articulos/09_SALAZAR.htm*.

[6] Las Comunidades Autónomas con legislación aprobada en la materia son País Vasco, Galicia, Andalucía, Cataluña, Canarias, Extremadura, Madrid, Murcia, Baleares, Comunidad Valenciana, Navarra, Aragón y Cantabria. De las 17 leyes autonómicas en vigor, 11 se refieren al colectivo LGTBI en su conjunto y 6 se dedican, exclusivamente, a las personas trans.

[7] Acerca del inicio de la regulación autonómica de la transexualidad, pueden consultarse los siguientes trabajos: J. ALVENTOSA DEL RÍO, "La regulación de la identidad de género en las comunidades autónomas", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 2, 2015, pp. 745-760; O. SALAZAR BENÍTEZ, "La identidad de género como derecho emergente", *Revista de estudios políticos*, núm. 169, 2015, pp. 75-107.

[8] Utilizamos el término *personas trans* para referirnos a las personas transexuales y transgénero. Somos conscientes de que, en la actualidad, el término engloba otras expresiones de género, pero el objeto de nuestro trabajo limita este concepto a los colectivos señalados.

La estructura de este trabajo, por tanto, consistirá en analizar el marco dibujado por el pronunciamiento de la CoIDH en la materia (epígrafe II) para, posteriormente, sistematizar la regulación de los países del SIDH que se alinean, en mayor medida, con los mandatos de la Corte. En este sentido, nos detendremos en qué entienden por identidad de género (epígrafe III), en cómo son los procedimientos para el reconocimiento jurídico de esta tanto en mayores como menores de edad (epígrafes IV y V) y en otras políticas públicas adoptadas para conseguir la igualdad del colectivo (epígrafe VI). Después, reflexionaremos sobre algunos desafíos que este tipo de legislación presenta para los ordenamientos jurídicos de la mano de un conflicto entre las categorías sexo y género que tuvo lugar en el Estado de Oaxaca (epígrafe VII). Este análisis nos llevará a unas conclusiones (epígrafe VIII) que, esperemos, puedan ser de utilidad para el debate jurídico suscitado en nuestro país.

2. UN NUEVO MARCO JURÍDICO PARA LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN AMÉRICA LATINA: LA OPINIÓN CONSULTIVA 24/17 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La opinión consultiva 24/17 de la CoIDH, de 24 de noviembre de 2017 (OC-24/17, en adelante) ha supuesto un hito para la región en lo que a la protección y reconocimiento de derechos de las personas transexuales y transgénero se refiere, siendo el pronunciamiento "*más progresista entre el corpus iuris vigente del derecho internacional de los derechos humanos*" [9]. Desde que se emitió ha influido de manera decisiva tanto en los pronunciamientos de varios tribunales y cortes constitucionales como en las iniciativas de algunos poderes legislativos de los Estados parte del Pacto de San José. Este éxito se debe, en buena medida, a que la Corte ha señalado en varias ocasiones que, aunque el efecto vinculante de estas resoluciones, orientadas a interpretar el cuerpo normativo del sistema, es diferente al de las sentencias, este resulta innegable[10]. En este sentido, el control de convencionalidad que realizan los jueces

[9] Ver "Panorama del reconocimiento legal de la identidad de género en las Américas", Informe de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y Synergía–Initiatives for Human Rights (Synergía), 2020, disponible en: *http://clarciev.com/identidaddegenero/public/files/PANORAMA%20DEL%20RECONOCIMIENTO%20LEGAL%20DE%20LA%20IDENTIDAD%20DE%20GENERO%20EN%20LAS%20AMERICAS.pdf*, p. 20.

[10] Corte IDH, *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos,* Opinión Consultiva OC-15/97, 14 de noviembre de 1997, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_15_esp.pdf*, párr. 26.

locales debe atender no solo a la jurisprudencia contenciosa de la Corte, sino también a sus opiniones consultivas, tal y como ha señalado ella misma en varias ocasiones[11]. A lo anterior se suma que son varios los Estados parte del SIDH cuyos poderes judiciales han manifestado la obligación de acatar las interpretaciones que hacen los órganos internacionales con competencia para ello y, en consecuencia, las opiniones consultivas de la Corte[12].

En el caso que nos ocupa, la solicitud de opinión consultiva fue presentada por la República de Costa Rica con el objeto conocer, entre otros, la protección que otorga la Convención Americana a la identidad de género[13]. Al respecto, la Corte entiende que el derecho a la identidad, que ya ha sido reconocido por el Tribunal como un derecho protegido por la Convención, se encuentra amparado en el derecho al nombre, el reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la libertad y el derecho a la vida privada. De este modo, la identidad de género y sexual está ligada "*a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circuns-*

[11] Entre otras, en la OC-25/17, sobre medio ambiente y derechos humanos y en la OC-21/14, sobre menores y migración. También la doctrina más reciente se sitúa en esta posición, por ejemplo, en V. BAZÁN, "Estado constitucional y convencional y protección de derechos humanos: control de convencionalidad y diálogo jurisdiccional", *Temas Socio Jurídicos,* vol. 36, núm. 72, 2017, p. 16; E. FERRER MAC-GREGOR, y C. M. PELAYO MÖLLER, *Las Obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Deber de respecto, garantía y adecuación de derecho interno*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2017, p. 140. No obstante, un sector doctrinal considera que los efectos jurídicos innegables de las opiniones consultivas no se deben al carácter coercitivo de dichas resoluciones, sino a la capacidad de autoridad científica y moral de quien las emite. En este sentido, J. HITTER, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal constitucional,* núm. 10, 2008, p. 150. Por el contrario, también en la doctrina existe un sector que niega todo efecto jurídico vinculante de las opiniones consultivas, entre otros, E. VIO GROSSI, "La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte interamericana de derechos humanos", *Revista Jurídica Digital UANDES*, vol. 2, núm. 2, 2018, p. 212.

[12] Esta es la realidad de tribunales como la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, la cual se encuentra obligada a acatar no solo "*los instrumentos internacionales de los que el Estado es parte sino, además, las interpretaciones que de sus normas llevan a cabo los órganos internacionales con competencia para ello*", en "Nueva opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo (OC-24/17)", Informe del Ministerio Público Fiscal de Argentina, 2018, disponible en: *https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2018/02/Resumen-OC-identidad-de-g%C3%A9nero-DGDH-DGPG.pdf*, p. 3.

[13] X. A. GAUCHÉ MARCHETTI, "Comentarios a la opinión consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de identidad de género", *Anuario de Derecho Público,* núm. 1, 2018, p. 178.

tancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones", independientemente del sexo asignado al momento del nacimiento. Por ello, el Estado debe asegurar que los individuos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género puedan vivir con la misma dignidad[14].

Con respecto a la naturaleza y a los requisitos que los procedimientos internos de adecuación de la identidad de género deben observar, los magistrados señalan que:

> "(l)os Estados cuentan con la posibilidad de establecer y decidir sobre el procedimiento más adecuado de conformidad con las características propias de cada contexto y de su derecho interno, los trámites o procedimientos para el cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que sean acordes a la identidad de género auto-percibida, independientemente de su naturaleza jurisdiccional o materialmente administrativa, deben cumplir con los requisitos señalados en esta opinión, a saber: a) deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad, y e) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales.
>
> Dado que la Corte nota que los trámites de naturaleza materialmente administrativos o notariales son los que mejor se ajustan y adecúan a estos requisitos, los Estados pueden proveer paralelamente una vía administrativa, que posibilite la elección de la persona." (párr. 160).

En el momento en que la CoIDH dictó la presente OC, varios países del SIDH contaban ya con una regulación bastante próxima a los lineamientos

[14] Un análisis detallado del contenido de la OC-24/17 y de sus implicaciones para los Estados parte del SIDH se recoge en "Lineamientos para la implementación de la Opinión Consultiva N.º 24 en el marco del reconocimiento legal de la identidad de género", Informe de la OEA y Synergía, 2020, disponible en: *http://clarciev.com/identidaddegenero/public/files/SYNERGIA%20-%20OC24.pdf*, pp. 31-60.

que aquí se señalan. No obstante, en aquellos países cuyas regulaciones se alejan de estos parámetros o que, directamente, carecen de normativa al respecto, la OC-24/17 está influyendo de manera decisiva en la producción de avances legislativos y jurisprudenciales sobre los derechos de las personas trans[15]. Debemos recordar que, en cualquier caso, esta resolución recoge un estándar común internacional que debe ser observado por los Estados parte a la hora de legislar e interpretar las previsiones normativas internas[16].

3. EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN AMÉRICA LATINA

A pesar de la OC-24/17, la situación jurídica sobre la identidad de género en los países de la región sigue siendo muy dispar. Algunos de ellos cuentan con una norma específica al respecto, pero en otros el reconocimiento de derechos de las personas trans ha venido de la mano de los pronunciamientos judiciales o, directamente, no existe. Ante la complejidad y variedad normativas, hemos decidido poner el foco de nuestro análisis en la regulación de aquellos países que integran en su ordenamiento jurídico una norma que, en términos generales, consideramos que se alinea con los parámetros señalados por la CoIDH y que nos permite abordar, al menos, el estudio del procedimiento de modificación registral del nombre, sexo e imagen de los mayores de edad (18 años)[17]. Estos países son Argentina (2012), Colombia

[15] Por ejemplo, el Tribunal Superior Federal de Brasil, en la Acción Directa de Inconstitucionalidad 4.275 de 2018, se apoyó en la OC-24/17 para realizar una interpretación conforme a la Constitución y al Pacto de San José de la legislación interna que condicionaba la reasignación de sexo registral a una cirugía o tratamiento hormonal (disponible en: *https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200*). Por otro lado, en países como Ecuador, en los que no existen regulaciones sobre los derechos de las personas trans adaptadas a los estándares internacionales, la OC-24/17 constituye un relevante argumento jurídico para litigar a favor de estos derechos (ver Diario El Comercio: "Los padres de una niña trans pidieron cambio de nombre y sexo en su documento de identidad, en Quito", 20 de enero de 2018, disponible en: *https://www.elcomercio.com/tendencias/sociedad/padres-nina-trans-cambio-sexo.html*, última consulta el 07 de septiembre de 2021).

[16] X.A. GAUCHÉ MARCHETTI, "Comentarios…" *cit.*, p. 192.

[17] Sobre la situación de los derechos de las personas trans en otros países de la región, señalamos brevemente que en Brasil, Cuba y Venezuela la posibilidad de modificar la categoría sexogenérica se aparta, aún, de los señalado en la OC-24/17. No obstante, desde 2018 en Brasil, además de los cambios generados a raíz de la ADI 4.275 DF comentada en la nota a pie de página 16, el Tribunal Superior Electoral de Brasil permite que los electores transexuales y travestis puedan solicitar la inclusión de su nombre social en el cuaderno de electores. En

(2015), Bolivia (2016), Ecuador (2016), Uruguay (2018), Costa Rica (2018), Chile (2018) y 15 de las 32 entidades federativas de México –la primera de ellas fue en Ciudad de México (2015)–.

3.1. Argentina

El primer país de la región en regular la rectificación del marcador sexual mediante un procedimiento de carácter administrativo y sin la exigencia de requisitos patologizantes fue Argentina con la Ley 26.743 sobre el derecho a la identidad de género promulgada en 2012. Esta norma, pionera a nivel internacional, se fundamenta sobre la base de la identidad autopercibida y entiende por identidad de género "*la vivencia interna e individual del género que puede coincidir o no con el sexo asignado al nacer y que no involucra necesariamente la modificación del cuerpo o apariencia por medio de fármacos, cirugías u otros métodos*". Concretamente, la ley reconoce, tanto a mayores como a menores de edad, los derechos a rectificar el sexo registral y a modificar el nombre de pila y la imagen de las personas trans, así como configura los procedimientos para dichos fines.

En este país el indicador de sexo en los documentos nacionales puede ser femenino o masculino. Sin embargo, en julio de 2021, Argentina rompió con el binarismo sexogenérico, convirtiéndose, una vez más, en país pionero en la región. Lo hizo con la aprobación del Decreto 476/2021, en virtud del cual

2016, la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia de Venezuela determinó que la modificación sexogenérica debe realizarse mediante una acción jurisdiccional de naturaleza constitucional condicionada a la presentación de informes psiquiátricos y psicológicos. Por último, en Cuba la rectificación registral está condicionada a una operación de reasignación sexual gratuita dependiente de un diagnóstico médico. Por su parte, en Perú se han producido tímidos avances en el reconocimiento de derechos de las personas gracias a la tutela de los tribunales. En 2016, el Tribunal Constitucional peruano indicó que las personas trans pueden acudir a la vía judicial ordinaria para rectificar el sexo en los documentos de identidad, aunque no determinó nada más sobre el procedimiento. Actualmente se encuentra en trámite un proyecto de Ley de identidad de género cuya aprobación debiera darse en las próximas semanas. En Guatemala, República Dominicana, Panamá, El Salvador, Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Haití, Jamaica, Paraguay y Santa Lucía y Honduras solo se permite la modificación registral del nombre. Debemos señalar que en marzo de 2021 la CoIDH dictó una sentencia condenatoria contra Honduras por el asesinato de la activista trans Vicky Hernández. En la sentencia, la Corte exige que el país se adecúe a los criterios señalados en la OC-24/17, aunque hasta el momento no se han producido avances legislativos sobre la materia. Por último, en Belice, Dominica, Granada y Nicaragua se encuentra prohibido, también, el cambio de nombre.

en los documentos Nacionales de Identidad y en los Pasaportes se puede consignar, en el marcador del sexo, una X que permite identificar a aquellas personas cuya identidad de género es "*no binaria, indeterminada, no especificada, indefinida, no informada, autopercibida, no consignada; u otra acepción con la que pudiera identificarse la persona que no se sienta comprendida en el binomio masculino/femenino*" (art. 4)[18]. De este modo, Argentina se suma a la lista de países en el mundo que ya reconocen el denominado *tercer género*[19].

3.2. Colombia

En el caso de Colombia el Decreto 1227 de 2015, por el cual se adiciona una sección al Decreto número 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, relacionada con el trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil, la norma que regula la modificación del sexo de las personas mayores de edad en el Registro del Estado Civil. Sin embargo, entre su articulado no se encuentra ninguna definición ni referencia a qué entiende el legislador colombiano por identidad de género. No obstante, el CONSIDERANDO de la norma sí recoge que fue la Corte Constitucional, en la sentencia T-063 de 2015, quien determinó la necesidad de articular un medio alternativo de corrección del sexo, ya que el disponible hasta el momento exigía iniciar un procedimiento judicial con este fin, lo que fue considerado por la Corte colombiana una medida gravosa para los derechos de las personas trans y un trato discriminatorio en relación con las personas cisgénero. Este fallo reconoce, además, que la determinación de la identidad sexual depende de la adscripción autónoma de cada persona, resaltando el carácter autopercibido de la identidad de género[20]. El reconocimiento del derecho a la identidad de género en Colombia ha sido resultado, como señalan Rubio y Osella, de una evolución jurisprudencial de naturaleza constitucional en la que la Corte Constitucional, de manera progresiva,

[18] Antes, en 2018, ya lo permitía la provincia de Mendoza. La "Resolución N.º 420/2018 de la Dirección del Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas de la provincia de Mendoza" mereció el beneplácito de la Cámara de Diputados de la Nación por, entre otras razones, adecuarse a la OC-24/17 (disponible en: *https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=6964-D-2018&tipo=RESOLUCION*).

[19] Entre estos: Alemania (2018), Holanda y Austria (2014), Nepal (2007), Dinamarca, Malta, Nueva Zelanda y Pakistán (2009), así como algunos Estados locales de los Estados Unidos (California, Oregón, Montana y Nueva York).

[20] Destaca también en este pronunciamiento cómo la Corte Constitucional emplea continuamente los conceptos de identidad sexual e identidad de género de manera indistinta.

ha ido destacando nociones y procesos vinculados con una definición de la identidad de género desde una perspectiva puramente electiva[21].

3.3. Bolivia

Por su parte, Bolivia cuenta desde 2016 con la Ley 807 de identidad de género, aprobada bajo el amparo del art. 14.2 de la Constitución boliviana que prohíbe, entre otras, la discriminación por identidad de género. En relación con este concepto, el legislador boliviano entiende "*la vivencia individual del género tal como cada persona la siente, la vive y la ejerce ante la sociedad, la cual puede corresponder o no al sexo asignado al momento del nacimiento. Incluye la vivencia personal del cuerpo que puede implicar la modificación de la apariencia corporal libremente elegida, por medios médicos, quirúrgicos o de otra índole*" (art. 3). Concretamente, la norma regula el procedimiento para que las personas mayores de edad puedan cambiar el nombre propio, el sexo y la imagen en la documentación pública y privada vinculada a su identidad.

En 2017, el Tribunal Constitucional Plurinacional declaró inconstitucional el artículo de la ley que permitía a las personas trans ejercer los derechos fundamentales políticos, laborales, civiles, económicos y sociales inherentes a la identidad de género asumida, así como las obligaciones que derivasen de esta. Fundamentalmente, esta declaración de inconstitucionalidad estaba dirigida a evitar el matrimonio entre personas del mismo sexo, la adopción y la adquisición de los derechos derivados de la paridad de género[22]. En

[21] R. RUBIO MARÍN, y S. OSELLA, "El nuevo derecho constitucional a la identidad de género: entre la libertad de elección, el incremento de categorías y la subjetividad y fluidez de sus contenidos. Un análisis desde el derecho comparado", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 118, 2020, p. 52.

[22] La sentencia considera "*que el ejercicio de identidad de género no significa el ejercicio absoluto de los derechos fundamentales como el derecho a contraer matrimonio o uniones libres o de hecho*". Sobre la posibilidad de adoptar, señala el Tribunal que el derecho a la identidad puede colisionar con los derechos de los niños o niñas sujetos pasivos de adopción, aunque no se exija en la adopción que el adoptante sea cisgénero. En cualquier caso, concluye que deberá ser una ley fruto del debate democrático la que se pronuncie sobre el reconocimiento de este derecho. Sobre los criterios de paridad y equidad de género en procesos electivos, señala el Tribunal que estos nacieron para dar respuesta a la vulneración de derechos de las mujeres y que, por tanto, debe producirse un debate democrático sobre si las personas trans pueden beneficiarse o no de dichos criterios. Ver Sentencia Constitucional Plurinacional 0076/2017, de 9 de noviembre de 2017, disponible en: *https://buscador.tcpbolivia.bo/servicios/(S(oxjejtalcwxmutigzmgsyued))/WfrMostrarResolucion.aspx?b=149536*.

Bolivia continúan las reivindicaciones por el reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo[23].

3.4. Ecuador

En Ecuador, la Constitución aprobada en 2008 prohibió la discriminación por razón de identidad de género y reconoció el derecho a la identidad de menores y mayores. Estos son algunos de los fundamentos constitucionales de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (2016), que ha reconocido la identidad de género a "*personas ecuatorianas y extranjeras, sin importar su condición migratoria*". En la misma, aunque no se recoge una definición de qué se entiende por identidad de género, se establece que cualquier persona mayor de edad puede, por una sola vez y como consecuencia de su *autodeterminación*, sustituir el campo de sexo por el de género en su cédula de identidad. Sin embargo, la propia ley establece que el dato del sexo se continuará registrando según la condición biológica del recién nacido y no podrá ser modificado salvo sentencia judicial que justifique un error en la inscripción.

Esta regulación ha dado lugar a varios pronunciamientos de la Corte Constitucional ecuatoriana. El más significativo, por ser un hito para el derecho a la identidad de género *autopercibida,* fue el emitido por la Corte Constitucional en mayo de 2017 (sentencia N.º 133-17-SEP-CC), donde concluyó que la regulación que impide modificar el dato registral del sexo vulnera el derecho a la identidad de género autopercibida e instó a la Asamblea Nacional para que adoptase, en el plazo de un año, la normativa oportuna que permitiese modificar el sexo de las personas transexuales. Asimismo, la Corte ha admitido la eficacia directa en el ordenamiento jurídico de la OC-

[23] Desde la aprobación de la Ley 807 hasta la declaración de inconstitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo se celebraron matrimonios en los que, al menos, una persona contrayente era persona trans. En 2020, Bolivia reconoció en sede judicial la primera *unión libre* de personas del mismo sexo, lo que permitió la primera inscripción de una pareja de hombres en el Servicio de Registro Cívico. En esta sentencia, además de los parámetros de Derecho internacional, tiene un papel protagonista la OC-24/17. Sin embargo, la inscripción de personas del mismo sexo sigue sin estar regularizada mediante ley y la inscripción como unión civil continúa siendo rechazada por el Servicio de Registro Cívico. Ver "Bolivia: Niegan la inscripción de unión civil a pareja lesbiana", Informe de Human Rights Watch, 08 de julio de 2021, disponible en: *https://www.hrw.org/es/news/2021/07/08/bolivia-niegan-la-inscripcion-de-union-civil-pareja-lesbiana*.

24/17 (sentencia Nº. 11-18-CN/19). Sin embargo, hasta el momento, estos cambios legislativos no se han producido[24].

3.5. Uruguay

Desde 2009, Uruguay reconoce la identidad de género como un derecho. Lo hizo de forma pionera en la Ley N.º 18.620, que configuraba un procedimiento judicial para adecuar los datos consignados en los documentos oficiales con la identidad de género. Para ello, era requisito acreditar la existencia de una discordancia entre los datos registrados y la propia identidad de género, así como la estabilidad de dicha disonancia durante, al menos dos años. Aunque no se exigía cirugía de reasignación sexual, el último requisito desaparecía si esta se había producido. En 2018 esta regulación fue derogada por la Ley núm. 19.684 de 2018 que, de todas las analizadas en este trabajo, es la que contempla los derechos de las personas trans de manera más integral. La norma define el derecho a la identidad de género como aquel derecho al libre desarrollo de la personalidad conforme a su identidad de género, independientemente del sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro. Además, este contempla el derecho de las personas, mayores y menores de edad, a ser identificados en la forma que reconozca plenamente su identidad de género y que así conste en los documentos oficiales de identificación. El objeto principal de la ley es garantizar una vida libre de discriminaciones y estigmatizaciones y, en este sentido, además de medidas y políticas públicas en el ámbito cultural o educativo, regula los procedimientos para que las personas que lo deseen puedan proceder al cambio de nombre y sexo en sus documentos. Asimismo, la norma declara de interés general el diseño, la promoción y la implementación de políticas públicas y acciones afirmativas tendentes a reconocer y reparar la discriminación y estigmatización histórica de las personas trans en el país.

3.6. Costa Rica

Por su parte, hasta la emisión de la OC-24/17 de la CoIDH, Costa Rica permitía a los mayores de edad modificar su nombre en el Registro Civil en base

[24] "Comunicado a la Asamblea Nacional de la República del Ecuador", documento de la Asociación Pakta, 22 de octubre de 2020, disponible en: *http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J2VzY3JpdG8nLCB1dWlkOic3NDMxMzgx-Zi02NjEyLTRkNGItODNhYi1lMjJkYWE3OTA4YjgucGRmJ30=*, pp. 9-10.

a su identidad autopercibida, sin que pudiesen solicitarse para tales efectos requisitos o certificaciones médicas o patologizantes (Decreto núm. 6-2011). Sin embargo, el pronunciamiento de la CoIDH dio lugar a que el presidente de la República dictase el Decreto Ejecutivo N.º 41.173, en virtud del cual se reconoció el derecho a la identidad sexual y de género. La norma entiende por este el derecho de cada persona para definir, de manera autónoma, su identidad sexual y de género y, en consecuencia, a que los datos de los registros estatales reflejen dicha identidad. Pero el único dato que puede corregirse en Costa Rica, alegando identidad de género autopercibida, sigue siendo el nombre. Por el contrario, el dato del sexo, consignado en el momento del nacimiento de la persona, no sufre corrección alguna, aunque sí puede ser modificado mediante una anotación marginal en el asiento de nacimiento que dé cuenta de la identidad de género autopercibida[25]. Ante esta situación, y con el fin de evitar discriminaciones, en 2018 el Tribunal Supremo de Elecciones (TSE) decidió suprimir el indicador de sexo en todas las cédulas de identidad[26].

3.7. Chile

Chile cuenta con la Ley 21.120 de reconocimiento y protección al derecho a la identidad de género. El legislador chileno entiende por identidad de género "*la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento*", sin que sea obligatoria la modificación de la apariencia o del cuerpo mediante tratamientos o intervenciones

[25] La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha señalado que, en criterio de la Comisión que se creó para estudiar el alcance de los efectos de la OC-24/17, el sexo "*debe seguirse documentando y registrando al momento de nacer, dado que existen diversos ámbitos, como el de la medicina o el del deporte, en los que la configuración biológica del organismo resulta de relevancia (tómese en consideración que lo inscribible es, en los términos de la Corte IDH, el sexo asignado al nacer, sin que ello obstaculice –al amparo del nuevo procedimiento– el cambio de nombre)*". Ver Sala Constitucional, Resolución N.º 11201–2019, disponible en: *https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-923007*.

[26] TSE de Costa Rica, Decreto N.º 7-2018, disponible en: *https://www.tse.go.cr/revista/art/26/decreto.html*. Esta decisión dio lugar a la presentación de varios recursos de amparo que solicitaban la inclusión del dato sexo en las cédulas de identidad. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica alegó que, en virtud de la legislación vigente, el TSE es competente para señalar la información que debe aparecer en las cédulas de identidad y que, por tanto, la Sala Constitucional no encuentra fundamento para modificar dicha decisión. Ver Sala Constitucional, Resolución N.º 03483–2019, disponible en: *https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-917429*.

médicas. La norma pretende garantizar los derechos de toda persona a ser reconocida y protegida en su identidad y expresión de género, incluido en el ámbito de los documentos que acrediten la identidad, así como el derecho al libre desarrollo de la persona. El articulado se refiere tanto a menores como a mayores de edad y permite a los extranjeros hacer los trámites a efectos de la emisión de documentos chilenos. La norma habilita procedimientos de carácter administrativo o judicial dependiendo la situación jurídica de la persona solicitante. En cualquiera de ellos no se podrán exigir modificaciones de la apariencia o del cuerpo del solicitante.

3.8. México

En el caso de México, diecisiete de las treinta y dos entidades federativas cuentan con normativa que permite lo que se ha denominado la reasignación sexo genérica. Estas son Baja California Sur, Ciudad de México, Chihuahua, Coahuila, Colima, Estado de México, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora y Tlaxcala. La mayoría de ellas determina el procedimiento para que mayores de edad puedan cambiar su sexo en los documentos de identificación. Tan solo las de Jalisco (octubre 2020), Ciudad de México (agosto 2021) y Oaxaca (octubre 2021) reconocen esta posibilidad para los menores de edad.

Hasta finales de 2019, la única vía para acceder al cambio de nombre y sexo en las actas de nacimiento de personas trans en entidades federativas sin regulación al respecto era la judicial. Sin embargo, en noviembre de ese año, un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) determinó que todas las autoridades, en todos los Estados de la República mexicana, deben garantizar que las personas mayores de edad que lo deseen adecúen los datos registrados en las actas de nacimiento por una vía administrativa y sin aprobación o testimonios de terceros ni requerimiento médico alguno[27]. La Ciudad de México, en la que centraremos nuestro análisis, fue la primera entidad federativa en aprobar una norma en este sentido (2015)[28]. En 2019, este Estado publicó los Lineamientos para la generación y aplica-

[27] SCJN, Contradicción de tesis 346/2019, de 21 de noviembre de 2019. Disponible en: *https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=29282&Clase=DetalleTesisEjecutorias*.

[28] Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México, publicado en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México, el 5 de febrero de 2015, disponible en: *https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/7bb8a79364dfde1302011f559a62d207.pdf*.

ción de protocolos que orienten la atención de la población LGBTTTI en la Administración Pública del gobierno de la Ciudad de México, donde se define la identidad de género como "*la percepción subjetiva que cada persona tiene sobre sí misma. La convicción personal de ser hombre, mujer o persona no binaria, es inmodificable, involuntaria y puede corresponder o no al sexo de nacimiento o al género asignado. Es el marco de referencia interno, construido a través del tiempo, que permite a las personas formar un auto concepto y a comportarse socialmente con relación a la percepción de su propio sexo y género. La identidad de género determina la forma en que las personas experimentan su género y contribuye al sentido de identidad, singularidad y pertenecía*".

4. NATURALEZA Y CONFIGURACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA MODIFICACIÓN REGISTRAL DEL SEXO

En base a la naturaleza de los procedimientos para modificar los datos relativos a la identidad de género, la legislación analizada la diferenciamos en tres grupos. El primero de ellos, compuesto por las regulaciones de Argentina, Bolivia, Uruguay, Colombia y Ciudad de México, se caracteriza por configurar procedimientos de carácter administrativo para todos los casos previstos en la legislación. El segundo de ellos, integrado exclusivamente por Chile, se caracteriza por tener una legislación que configura procedimientos de diferente naturaleza: uno administrativo para personas mayores de edad y sin vínculos matrimoniales, y otro judicial para mayores de 14 años o mayores de 16 años y casadas. Por último, en los casos de Costa Rica y Ecuador, aunque existe una legislación tendente al reconocimiento de la identidad de género, los procedimientos administrativos configurados no permiten modificación alguna del dato sexo consignado en el momento de nacer.

4.1. Procedimientos de naturaleza administrativa

En el caso de Argentina, la ley establece un procedimiento de carácter administrativo para proceder al cambio de nombre, imagen y sexo. Las personas mayores de edad interesadas en este procedimiento deben acudir al Registro Nacional de las Personas y requerir la rectificación registral, sin necesidad de justificar modificaciones en el cuerpo mediante intervenciones quirúrgicas o tratamientos hormonales y sin tener que aportar informes psi-

cológicos o médicos. El procedimiento no requiere intervención de la abogacía y, una vez iniciado por la persona interesada, el Registro Nacional de las Personas debe actuar de oficio en la modificación registral, que surtirá efectos desde el momento de su inscripción en el Registro. Sin embargo, esta no altera la titularidad de derechos y obligaciones que correspondiesen a la persona con anterioridad al cambio, especialmente aquellas derivadas del Derecho de familia. Sobre la posibilidad de una segunda modificación registral, la norma señala que para proceder a la misma será obligatorio contar con una autorización judicial. Por último, sobre el acceso a tratamientos quirúrgicos u hormonales, basta el consentimiento informado de la persona mayor de edad, quien no necesita autorización judicial o administrativa alguna. Estos tratamientos están incluidos en el Plan Médico Obligatorio, una canasta básica de prestaciones obligatorias de los centros de salud.

En Colombia, el procedimiento se realiza ante un notario mediante escritura pública. La persona interesada mayor de edad debe realizar una declaración bajo juramento en la que indique su voluntad de realizar la corrección de la casilla del sexo en el registro civil de nacimiento, haciendo referencia a la construcción sociocultural derivada de su identidad sexual. En ningún caso se podrán solicitar informes médicos o similares. El notario deberá expedir la escritura pública en un plazo máximo de cinco días hábiles. Una vez modificado el folio en el Registro Civil de Nacimiento, la Registraduría Nacional del Estado Civil realizará la corrección oportuna. La modificación del componente sexo podrá realizarse hasta en dos ocasiones, debiendo transcurrir al menos un plazo de 10 años entre solicitudes. La norma colombiana no establece mayores previsiones al respecto, limitándose a detallar el procedimiento ante notario y dando así cumplimiento a lo establecido por la Corte Constitucional en su Sentencia T-063 de 2015.

Bolivia prevé una vía de carácter administrativo ante el Servicio de Registro Cívico, órgano dependiente del Tribunal Supremo Electoral. El procedimiento se inicia con la carta de solicitud de la persona interesada mayor de edad, quien deberá aportar una serie de documentación como el certificado de nacimiento, el estado civil, descendencia, antecedentes penales y una fotografía actualizada que se corresponda con su nueva identidad. Asimismo, deberá superar un examen técnico psicológico que acredite que la persona conoce y asume voluntariamente las implicaciones de su decisión. El personal del servicio deberá autorizar el cambio en un plazo máximo de 15 días y procederá, a continuación, a notificar del mismo a otras instituciones

públicas relacionadas con la identificación, banca, policía, impuestos, criminalidad, etc., con la finalidad de que estas procedan de oficio a la corrección de los datos personales. En las partidas de nacimiento de descendientes, así como en las partidas de matrimonio o unión con excónyuges, el cambio se registrará en notas aclaratorias o marginales. Con relación a los efectos, la titularidad de los derechos y las obligaciones contraídas con anterioridad al cambio persisten (custodia, autoridad parental, asistencia familiar, etc.). El cambio de nombre, sexo e imagen será reversible por una sola vez, debiendo adoptar obligatoriamente los datos anteriores al cambio.

La norma uruguaya establece que la petición de cambio de nombre y sexo en documentos públicos debe iniciarse por la persona interesada ante la Dirección General del Registro de Estado Civil. La Comisión Asesora Honoraria de Cambio de Identidad y Género, integrada por tres especialistas en la materia, verificará el cumplimiento de los requisitos y la presentación de la documentación requerida a efectos de identificación, formulando un informe que será elevado a la citada Dirección para que resuelva. La modificación surtirá efectos desde el momento de su registro, pero en ningún caso alterará la titularidad de los derechos y obligaciones adquiridas con anterioridad. El cambio le permite a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición. No se podrá volver a iniciar otro cambio hasta que transcurran cinco años y, de iniciarse, será para volver al nombre y sexo anteriores. Las personas trans tienen derecho a una atención integral dirigida a adecuar su cuerpo a su identidad de género y que debe comprender, como mínimo, actividades de promoción de la salud, diagnóstico y tratamientos adecuados, acciones de recuperación y rehabilitación, así como acceso a medicamentos y recursos tecnológicos suficientes.

Sobre la regulación en México, cada uno de los Estados con normativa sobre la materia ha configurado de manera autónoma el procedimiento a seguir[29]. En todos ellos se han configurado procedimientos, con más o menos requisitos, ante una autoridad administrativa. En el caso de Ciudad de

[29] Sobre la naturaleza y los requisitos de este tipo de procedimientos se pronunció la Sala Segunda de la SCJN de México en el amparo en revisión 1317/2017 de 17 de octubre de 2018, (disponible en: *https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-01/AR%201317-2017%20PDF%20p%C3%BAblica.pdf*). Los magistrados se apoyan en la OC-24/17 para concluir que la "*vía idónea para la adecuación o expedición de las actas de nacimiento por reasignación sexo-genérica es la administrativa registral*", aunque la vía judicial puede serlo también siempre que cumpla los requisitos de expeditez, sencillez y privacidad.

México, el procedimiento se realiza ante las autoridades del Registro Civil y puede ser iniciado por cualquier persona mexicana mayor de edad, sin que se exijan requisitos o informes médicos alguno. Asimismo, está prevista la intervención del Consejo para prevenir y eliminar la discriminación de la Ciudad de México y del Mecanismo de seguimiento y evaluación del Programa de los Derechos Humanos del Distrito Federal, quienes velarán por el reconocimiento de la identidad de género sin discriminaciones[30].

4.2. Procedimientos de naturaleza mixta: administrativa y judicial

En Chile, las personas mayores de edad, nacionales o extranjeras (estas últimas, solo a efectos de documentos chilenos) y sin vínculo matrimonial vigente deben dirigir la solicitud de rectificación de sexo y nombre registral al Servicio de Registro Civil e Identificación para, así, iniciar el procedimiento administrativo que modifique los datos consignados en la partida de nacimiento y demás documentos de identificación. Quienes no deseen cambiar su nombre podrán mantenerlo siempre y cuando no resulte confuso respecto a su nuevo sexo registral. El personal del Servicio deberá citar a dos testigos y al solicitante a una audiencia especial en la que, bajo promesa o juramento, la persona interesada deberá confirmar que conoce los efectos jurídicos de su solicitud. En un plazo máximo de 45 días, la Dirección Nacional del Servicio dictará la orden resolutiva, que podrá admitir la solicitud, rechazarla por error en la acreditación de la identidad o en la verificación del testimonio del solicitante o los testigos, o declararla inadmisible por estar formulada por quien no cumple los requisitos: un menor de edad o una persona con un vínculo matrimonial no disuelto.

Si hay una solicitud de cambio por parte de una persona con un vínculo matrimonial vigente, ya sea esta mayor de edad o mayor de dieciséis años (edad legal para contraer matrimonio), el procedimiento se judicializará ante el tribunal competente en materia de familia. En este caso, la solicitud deberá cumplir con los mismos requisitos del procedimiento administrativo y, además, estar fundada y presentar una relación de antecedentes de hecho. La persona titular del juzgado citará a los cónyuges a una audiencia en la que, si finalmente se acoge la solicitud de rectificación de los datos de identificación, se declarará la terminación del matrimonio y algunos de sus efectos.

[30] Código Civil para el Distrito Federal, disponible en: *http://www.paot.org.mx/centro/codigos/df/pdf/2021/COD_CIVIL_DF_09_01_2020.pdf*.

En cualquier caso, la rectificación de los datos de la partida de nacimiento no afectará a la titularidad de derechos y obligaciones patrimoniales que correspondiesen a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio y, especialmente, a las provenientes del Derecho de familia. Asimismo, no se verán afectadas las garantías, derechos y prestaciones de salud que correspondiesen a la persona con anterioridad al cambio. Sobre la posibilidad de una ulterior rectificación, la norma especifica que esta podrá realizarse hasta en dos ocasiones. Por último, la norma recoge cláusulas prohibitivas de la discriminación arbitraria por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, y previsiones penales ante posibles usos maliciosos de los documentos de identidad antiguos y nuevos.

4.3. Procedimientos que no vinculan el reconocimiento de la identidad de género a la modificación registral del sexo

En Costa Rica, desde que la CoIDH emitió la OC-24/17, las instituciones tienen el deber de modificar los documentos, procedimientos y registros de aquellas personas que deseen cambiar su nombre, fotografía o marcador sexogenérico, en virtud del Decreto Ejecutivo N.º 41.173. Para ello, la persona interesada deberá haber realizado con anterioridad el procedimiento de cambio de nombre, el cual puede ser iniciado por quienes tienen la mayoría de edad ante el Registro Civil. Posteriormente, se firma por la persona interesada una fórmula de consentimiento informado para modificar otros datos registrales, sin que se exijan requisitos ni certificaciones médicas o psicológicas. A este Decreto Ejecutivo le acompañó la reforma del Reglamento del Registro Civil, en la que se especificó que la solicitud de modificación de estos datos registrales debe fundarse en la identidad de género autopercibida. Sin embargo, la modificación del dato del sexo se realizará mediante una anotación marginal que no elimine el sexo inscrito en el momento del nacimiento. Asimismo, existe un deber de confidencialidad en todos los cambios. La normativa prevé el cambio por una sola vez. A finales de 2018 se aprobó el Protocolo de Atención Integral de Personas Trans para la Hormonización en la Red de Servicios de Salud (Decreto Ejecutivo 41496), en virtud del cual las personas trans pueden solicitar un tratamiento hormonal en el marco del Seguro Social costarricense.

En Ecuador, una persona mayor de edad puede, en ejercicio de la autodeterminación, sustituir el campo de sexo por el de género en su cédula de identidad. Este acto requiere la presencia de dos testigos que acrediten una

autodeterminación contraria al sexo del solicitante por al menos dos años. El cambio no afectará a los datos del registro personal único relaticos al sexo. En 2017, el Tribunal Constitucional de Ecuador emitió una sentencia instando a la Asamblea Legislativa para que las personas transexuales pudiesen tener en su cédula el marcador sexo al igual que el resto de la población[31].

5. EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO DE LOS MENORES

El reconocimiento jurídico de la identidad de género de los menores trans requiere una atención específica por, al menos, un par de razones. En primer lugar, porque hasta hace poco la realidad de estos había permanecido bajo el amparo de las reivindicaciones del colectivo trans en su conjunto, sin que se les haya prestado la atención suficiente a las particularidades que la minoría de edad exige[32]. Esta concepción adultocéntrica de la identidad de género ha ignorado que la infancia constituye un periodo muy significativo en la conformación de nuestra identidad, también para quienes hoy son adultos trans. Como señala Gavilán Macías "*la existencia de personas transexuales adultas no era más que la consecuencia del desarrollo vital de niñas y niños que se podían considerar transexuales desde la edad infantil*"[33]. En segundo lugar, porque la situación de vulnerabilidad de los menores, que se intensifica en el caso de los menores trans, exige que los poderes públicos implicados en la regulación de su estatus jurídico integren el principio del interés superior del menor, *ex* art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño, en el marco de un procedimiento que vele por sus garantías jurídicas[34].

---

[31] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N.º 133-17-SEP-CC. Caso N.º 0288-12-EP, 10 de mayo de 2017, disponible en: *http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/bbe12e99-073b-433e-b1c3-973f52109ecd/0288-12-ep-sen.pdf?guest=true*.

[32] J. ALVENTOSA DEL RÍO, "Menores transexuales. Su protección jurídica en la Constitución y legislación española", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, 2016, p. 156.

[33] J. GAVILÁN MACÍAS, *Infancia y transexualidad*, Octaedro Andalucía-Ediciones Mágina, Granada, 2018, p. 10.

[34] Y. BUSTOS MORENO, "La legitimación de los menores de edad a los efectos del reconocimiento legal de su identidad de género. Estado de la cuestión tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio de 2019", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 36, 2020, p. 98.

Este es el punto en el que las regulaciones analizadas presentan mayor diferencia entre ellas. Así, hay países que prevén básicamente el mismo procedimiento que para los mayores de edad, pero con algunas especificaciones. Son los casos de Argentina, que exige la asistencia de abogado y la observancia de los principios de capacidad progresiva e interés superior del menor, y de Uruguay, donde se requiere el permiso de los representantes legales y cuya ausencia permite articular un procedimiento judicial voluntario. Por otro lado, hay países en los que la regulación no reconoce el derecho para los menores de edad. Así es en Ecuador, aunque a finales de 2018 un juzgado ordenó al Registro Civil modificar el nombre e indicador de género de una niña trans de 9 años. Finalmente, el fallo fue apelado y revocado parcialmente, pero la niña conserva sus documentos modificados. El caso se encuentra desde 2019 en la Corte Constitucional. Tampoco en Costa Rica los menores de edad pueden modificar sus datos registrales, tal y como señaló el TSE en 2018 en el Acta N.º 49-2018[35]. Sin embargo, los mayores de 12 años pueden incluir en su cédula de identidad el marcador "conocido como", que permite registrar en dicho documento un nombre o pseudónimo diferente al del acta de nacimiento.

Por su parte, en Colombia ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha reconocido el derecho a corregir el componente sexo en el registro civil para los menores de edad. En un primer momento, estableció como requisitos la concurrencia de la voluntad de los padres y el menor, la demostración de que este ha iniciado un procedimiento previo para reafirmar su identidad de género, la cercanía a la mayoría de edad, que fuese capaz de entender la trascendencia de la decisión, sus efectos secundarios y las posibilidades de revertirla y que la decisión fuese libre, informada y cualificada[36]. Sin embargo, la Corte Constitucional concluyó en la Sentencia T-447/19 que la ausencia de un mecanismo administrativo ágil dirigido a los menores de edad supone una vulneración de sus derechos[37]. En virtud de ello, ordenó la modificación del nombre y sexo de un menor de 10 años por entender que, en el reconocimiento de la identidad de género, deben evaluarse las capacidades evolutivas en cada caso concreto, teniendo en cuenta que la comprensión de la identidad de género se alcanza entre los 5 y 7 años. Por último, señaló que

[35] Disponible en: *https://www.tse.go.cr/actas/2018/49-2018-extraordinaria-del-14-de-mayo-de-2018.html*.

[36] Entre otras, Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-498 de 2017 (Corrección del componente sexo en el Registro Civil colombiano), disponible en: *https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-498-17.htm*.

[37] Disponible en: *https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-447-19.htm*.

el protagonismo de la voluntad de los padres sigue una regla inversa respecto a la mayor edad y madurez del menor.

En el caso mexicano, solo las regulaciones de Jalisco, Oaxaca y Ciudad de México reconocen este derecho a los menores de edad. En el primer caso, quienes ejerzan la patria potestad deben iniciar el procedimiento ante el Registro Civil, sin mayores previsiones al respecto[38]. En el caso de Oaxaca, los mayores de 12 años pueden acudir al Registro Civil acompañados de sus tutores legales. Al tratarse de menores de edad, actuará la Procuraduría Estatal de Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de Oaxaca, quien deberá recabar el consentimiento informado del menor. Si alguno de los tutores legales del menor se niega al cambio, esta misma instancia deberá prestarle asistencia legal para acudir a la vía jurisdiccional. Por último, en Ciudad de México los mayores de 12 años podrán iniciar el trámite administrativo con una autorización escrita del padre, madre o tutor que la persona adolescente determine como acompañante en el procedimiento. Posteriormente, se convocará al menor y al acompañante a una audiencia pública, a fin de expedir una nueva acta de nacimiento en la que se asiente el nombre y género manifestado. En la actualidad, la Comisión Nacional de Derechos Humanos tiene presentadas varias acciones de inconstitucionalidad ante la SCJN contra varias leyes y regulaciones en materia de identidad de género por no contemplarse en ellas las infancias y adolescencias trans.

Pero sin duda alguna, la normativa que regula con más atención y detalle la realidad jurídica de los menores trans es la chilena. Esta prevé la posibilidad de que las personas mayores de catorce años puedan modificar el sexo registral mediante un procedimiento de naturaleza judicial. Concretamente, el responsable será el tribunal de familia y la solicitud debe presentarse por los representantes legales del menor o, al menos, por uno de ellos a su elección. La solicitud debe estar fundada y en ella se deben exponer los antecedentes y fundamentos de derecho, la indicación precisa de las peticiones que se realizan, las razones por las que considera el solicitante que dichas peticiones son beneficiosas para el menor y los elementos de prueba que den cuenta del contexto psicosocial y familiar de este y su familia. Una vez admitida la solicitud, se deberán celebrar tres audiencias con diferentes fines.

[38] Acuerdo del Gobernador Constitucional del Estado de Jalisco, mediante el cual se modifica el Reglamento del Registro Civil del Estado de Jalisco, de 27 de octubre de 2020, disponible en: *https://periodicooficial.jalisco.gob.mx/sites/periodicooficial.jalisco.gob.mx/files/10-29-20-ii.pdf*.

En primer lugar, se prevé una audiencia preliminar en la que estarán citados el menor y la persona solicitante. En esta, el juez informará sobre las características de la rectificación y sus consecuencias jurídicas, debiendo el menor manifestar su voluntad de cambiar el sexo y el nombre, explicitando cómo quiere que se le identifique. En una segunda audiencia, el juez citará al progenitor que no haya accedido a la solicitud, si lo hubiese. Por último, el juez citará a todas las partes a la audiencia preparatoria, a la que podrán acudir también aquellas personas que sean relevantes para aclarar los antecedentes de hecho expuestos en la solicitud. En este sentido, el juez puede ordenar informes psicológicos para acreditar el requisito de que el menor y su entorno hayan recibido acompañamiento profesional por, al menos, un año previamente a la solicitud, y para descartar la influencia de adultos significativos para el menor en la voluntad de esta modificación del sexo registral. Asimismo, se podrán acordar las diligencias que se estimen necesarias, pero en ningún caso se podrán realizar exámenes físicos. Atendiendo a todos estos elementos, la sentencia podrá ser estimatoria o desestimatoria y esta podrá ser objeto de recurso. El Servicio de Registro Civil e Identificación solo procederá al cambio de nombre y sexo del menor en virtud de sentencia firme. Por último, debemos señalar que la normativa chilena prevé programas de acompañamiento profesional dirigido a los menores y sus familias. Este acompañamiento consiste en una orientación profesional multidisciplinar que incluye asesoramiento psicológico y biopsicosocial, con el fin de otorgar herramientas a los usuarios que les ayuden al desarrollo integral conforme a su identidad de género.

6. OTRAS POLÍTICAS PÚBLICAS DIRIGIDAS A LA IGUALDAD EFECTIVA DE LAS PERSONAS TRANS

Además de los procedimientos jurídicos configurados para la modificación de los datos registrales, existen otras previsiones normativas y políticas públicas orientadas a combatir la discriminación de las personas transgénero en el ámbito cultural, educativo, sanitario o laboral. En este último, tan solo Argentina y Uruguay cuentan con legislación que consideramos significativa. En julio de 2021, Argentina aprobó la Ley 27.636, de promoción del acceso al empleo formal para personas travestis, transexuales y transgénero "Diana Sacayán – Lohana Berkins"[39] que prevé, entre otras medi-

[39] Disponible en: *https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/246655/20210708*.

das, la reserva de un cupo no inferior al 1% en los puestos laborales de la Administración pública para personas travestis, transexuales y transgénero, debiendo el Estado arbitrar los medios necesarios para la capacitación y formación educativa requerida si los aspirantes no la tuviesen. En Uruguay, es la propia Ley integral para las personas trans la que establece que el poder ejecutivo, el poder judicial, el poder legislativo, el Tribunal de Cuentas, la Corte Electoral, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y las personas de derecho público no estatal deben destinar el 1% de los puestos de trabajo convocados anualmente a personas transexuales que cumplan con los requisitos normativos para acceder a los mismos. Esta disposición regirá por 15 años desde la promulgación de la ley. Por otro lado, se han puesto en marcha iniciativas públicas para remover los obstáculos de las personas trans en el ámbito laboral, pero las mismas no constituyen obligaciones jurídicas. Este es el caso, por ejemplo, de Costa Rica, que en 2016 aprobó una Caja de Herramientas para la integración de las personas LGBTI en los espacios laborales[40].

Con respecto a la educación y capacitación del colectivo, la Ley integral uruguaya estipula que, para los programas de capacitación y calificación, el Instituto Nacional de Empleo y Formación Profesional debe dirigir un cupo no inferior al 1% a las personas transexuales. También en el ámbito educativo, las instituciones deben garantizar que estas tengan el apoyo psicológico, social y económico para no ser excluidas del sistema en ninguno de sus niveles. Por ello, en las becas de cualquier nivel educativo se reservará un cupo de, al menos, el 2% para las personas transexuales, reserva que aumenta al 8% cuando se tratan de becas de postgrado. Por su parte, algunas universidades en Colombia han puesto en marcha programas de admisión y cupos diferenciales dirigidos a los estudiantes del colectivo LGTBI[41]. En Argentina

[40] Disponible en: *http://www.aedcr.com/sites/default/files/caja_herramientas_integracion_personas_lgbti_aed2016.pdf*.

En otros países han nacido iniciativas de carácter privado dirigidas a fomentar la inclusión de las personas trans en el ámbito laboral. Este es el caso, por ejemplo, de la Cámara de Comerciantes LGBT de Colombia, que cuenta con más de 160 empresas afiliadas, según su último informe de 2020. Ver "Reporte Global Wetrade 2020", Informe de la Cámara de Comerciantes LGBT de Colombia, disponible en: *https://cclgbt.co/wp-content/uploads/2021/01/REPORTE-WETRADE-2020-FINALfinal.pdf*.

[41] Por ejemplo, la Universidad EAN otorga becas en la categoría a la Diversidad Transgénero y Mujeres en TI. Ver "Programa de becas: Equidad en la categoría a la Diversidad

y en Chile existen escuelas creadas para alumnos de este colectivo, como el Bachillerato Popular Travesti-Trans Mocha Celis[42] en Buenos Aires, o la escuela Amaranta Gómez en Santiago de Chile[43].

De la legislación analizada, la uruguaya es la más avanzada a la hora de establecer obligaciones jurídicas para remover los obstáculos que impiden la plena ciudadanía del colectivo trans. Con este fin, y además del ámbito laboral y formativo, la ley contempla la adopción de medidas en el ámbito de la cultura, de la salud y de la vivienda. Asimismo, prevé un régimen de reparación para las personas transexuales que acrediten haber sido víctimas de violencia institucional o haber estado privadas de libertad sufriendo daños morales o físicos, o impedidas del ejercicio pleno de derechos como la libre circulación, el acceso al trabajo o el estudio debido a prácticas discriminatorias cometidas por agentes del Estado o personas que, sin serlo, hubiesen contado con la autorización o aquiescencia de estos. Este régimen consiste en una prestación reparatoria mensual y vitalicia equivalente a tres Bases de Prestaciones y Contribuciones (280 euros, aproximadamente) y puede accederse a ella en un plazo de diez años desde la promulgación de la ley.

7. EL GÉNERO COMO CATEGORÍA PROBLEMÁTICA: UN CASO DE ERRORES CONCEPTUALES Y TÉCNICOS

Tal y como adelantamos al inicio de este trabajo, la legislación analizada *supra* se encuentra, con carácter general, en un alto grado de sintonía con los parámetros de derechos humanos establecidos por la CoIDH en la OC-24/17. Esta legislación concibe la autodeterminación de género como un derecho, en el sentido de que establece garantías y mecanismos jurídicos para que la identidad de género libremente manifestada tenga un reconocimiento jurídico. Sin embargo, los errores conceptuales y técnicos de algunos legisladores, ligados también a la incomprensión de los estándares internacionales de derechos humanos en la materia, han dado lugar a legislaciones en las

Transgénero y Mujeres en TI", de la Universidad EAN, disponible en: *https://universidadean.edu.co/sites/default/files/eventos/TYC_BECAS.pdf*.

[42] Disponible en: *http://www.bachilleratomochacelis.edu.ar*.

[43] BBC News Mundo, 2019, "Amaranta Gómez: cómo es la primera escuela para alumnos transgénero de América Latina", *BBC News Mundo*, 17 de mayo de 2019, disponible en: *https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-48268390*, última consulta el 10 de septiembre de 2021.

que el género aparece como una categoría problemática[44]. Esto fue lo que ocurrió, a nuestro parecer, en el proceso electoral celebrado en el Estado de Oaxaca (México) en el año 2017-2018[45].

Como hechos principales, y a modo de síntesis, señalaremos que en el marco de estas elecciones municipales se registraron 19 candidaturas de personas que se autoadscribieron como mujeres transgénero. Sin embargo, dichas candidaturas fueron denunciadas por la comunidad *muxe*[46] ante el Instituto Estatal Electoral y de Participación Ciudadana de Oaxaca (IEEPCO) por usurpación de la identidad transgénero con el objetivo de evadir el cumplimiento de la paridad de género, bien por haberse registrado como mujeres sin que la comunidad *muxe* ni la sociedad los reconociera como tales (en los 19 casos); bien porque se autoadscribieron como mujeres una vez que fueron conocidos los lineamientos de paridad de género (17 de los 19 casos). Al respecto, el punto 22 de los lineamientos de paridad de género establecía que para la postulación de personas transgénero, transexuales, intersexuales o *muxes* se atenderá al género al que la persona se *auto adscriba*, siendo dicha candidatura tomada en consideración para el cumplimiento de la paridad de género.

---

[44] A diferencia del caso que vamos a analizar, en Costa Rica se ven afectados los derechos de participación política de las personas trans porque no se permiten las postulaciones electorales en base al género, sino exclusivamente al sexo. La paridad electoral se define teniendo en cuenta el sexo y, como el de las personas trans no se corrige, sino que se modifica con una anotación marginal, no pueden ser candidatas en base a su identidad de género autopercibida; en B. MUÑOZ-POGOSSIAN, "Democracia y derechos de las personas LGBTI en América Latina: reformas para garantizar el derecho a la identidad y el derecho al voto de las personas trans, 2012-2020", *Revista Derecho Electoral,* núm. 30, 2020, p. 16. Esta situación ha sido justificada por el TSE en varias ocasiones, entre ellas, en la sentencia N.º 8764-E3-2019, donde alega que alcanza dicha conclusión porque la paridad fue pensada, desde sus orígenes, como un mecanismo para solventar las asimetrías de participación entre hombres y mujeres desde una concepción biológica de los términos (disponible en: *https://www.tse.go.cr/juris/relevantes/8764-E3-2019.html?zoom_*).

[45] Disponible en: *https://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2018/jdc/SUP-jdc-00304-2018.htm*.

[46] La palabra *muxe* designa a una sociedad indígena que se localiza al sur del Estado de Oaxaca y que se caracteriza, principalmente, por estar conformada por personas que nacieron con genitales masculinos pero que adoptan roles de mujer. Las personas *muxes* no se identifican ni con el género masculino ni con el femenino. De hecho, esta palabra es utilizada también para hacer referencia a un tercer género. Asimismo, la orientación sexual de las personas de esta comunidad es diversa.

Ante esta situación, el IEEPCO inició una serie de investigaciones y canceló definitivamente los registros de 17 personas al entender que, efectivamente, estaban ante una usurpación de la identidad transgénero con el fin de eludir los requisitos en materia de paridad de género. En este sentido, se demostró que algunos de los candidatos implicados desconocían que sus partidos políticos los habían registrado como personas trans[47]. Por su parte, los implicados alegaron que, conforme a los lineamientos de paridad, bastaba manifestar la autoadscripción a un género determinado para poder postular una candidatura, por lo que iniciaron varios procedimientos de protección de los derechos político-electorales que fueron conocidos, de manera acumulada, por Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) [48].

El Tribunal consideró que la mera manifestación de una identidad de género es suficiente para integrar una candidatura de acuerdo con el género al que se dice pertenecer, por "*lo que, bajo un principio de buena fe y presunción de la condición, la autoridad electoral debe llevar a cabo el registro conforme a la autoadscripción manifiesta*" (párr. 303). Aunque el Estado tiene la obligación de garantizar la autenticidad de la autoadscripción, el Pleno consideró desproporcionado para tal fin exigir la presentación del acta de nacimiento rectificada por cambio de sexo. El motivo radica en que, si bien existe una obligación para el Estado mexicano de reconocer la identidad de género sin mayores requisitos que el de la autoadscripción, es cierto también que dicho trámite administrativo no se encuentra disponible en la mayoría de las entidades federativas, tampoco en Oaxaca al momento de los hechos.

Pero para que el Estado proteja la paridad de género en la postulación de candidaturas, este debe garantizar que la manifestación del género esté libre de vicios. Por tanto, en el caso concreto, el Estado no puede limitarse a garantizar la libertad para autodefinirse, pues dicha libertad trasciende al interés público de la representación política. Bajo este parámetro, el Pleno

[47] R. BUSTILLO MARÍN, "Las candidaturas transgénero y la paridad electoral. Convicciones, desacuerdos y retos pendientes", en M. PÉREZ CEPEDA, y C. R. EGUIARTE MERELES (Coords.), *Desafíos de la democracia incluyente*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2019, p. 177.

[48] El Pleno del TEPJF revocó la resolución adoptada por el IEEPCO, al entender que la vía del procedimiento ordinario sancionador no es la idónea para controvertir ni el registro de una candidatura ni la autoadscripción a un género. Sin embargo, dado que subsistía la controversia sobre la postulación paritaria, analizó la legalidad del registro de dichas candidaturas. Ver M. A. SOTO FREGOSO, "La auto adscripción de género en…", *cit,* pp. 113 y 114.

concluye que, en quince de las diecisiete postulaciones, la manifestación de los candidatos carece de elementos de espontaneidad, certeza y libertad y, por tanto, resultan insuficientes para cumplir con el principio constitucional de paridad. El comportamiento de estos "*denota una actitud procedimental indebida que no podría ser validada por esta autoridad jurisdiccional*" (párr. 355). Por ello, entiende el Tribunal que procede la cancelación de sus candidaturas y la colocación, como consecuencia, de mujeres en esos puestos. Sin embargo, en los dos casos restantes el Pleno entendió que debía confirmar el registro, ya que desde la solicitud inicial estas personas se autoadscribieron como mujeres, sin que existan indicios de duda o incongruencia sobre la autenticidad de dichas autoadscripciones[49].

No obstante, la confirmación de dos de las diecisiete candidaturas dio lugar a la emisión del voto particular del magistrado Reyes Rodríguez Mondragón, quien entiende que, en todo este proceso, debe diferenciarse entre dos momentos con consecuencias jurídicas distintas: cuando el Estado debe reconocer oficialmente que una persona pertenece a un género, cuestión para la que basta la autoadscripción, y cuando una persona pretende ejercer derechos civiles y políticos según su género. Señala el magistrado que estamos ante el caso de quien desea ejercer unos derechos político-electorales conforme a un género que no se corresponde a su sexo de nacimiento, "*sin que previamente haya solicitado ante el Estado el reconocimiento de este género*". En este contexto, la identidad de las personas no puede ser un derecho absoluto por tres razones: porque existe una vía para que la identidad de género sea reconocida oficialmente por el Estado, porque el derecho a la identidad de las personas se debe ponderar con otros derechos implicados y, porque al no existir una solicitud de reconocimiento de la identidad de género al Estado, la autoridad electoral debe acreditar la misma por otros medios para poder cumplir con el mandato de la paridad de género. Entiende el magistrado que en el caso actual existen elementos suficientes para presumir que las postu-

[49] La argumentación del pleno se ha mantenido en los posteriores criterios aplicables para el registro de candidaturas. Al respecto, véase, entre otras, el Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral (27-01/2021) por el que, en acatamiento a la sentencia dictada por la Sala Superior del TEPJF en el expediente SUP-RAP-121/2020 y acumulados, se modifican los criterios aplicables para el registro de candidaturas a diputaciones por ambos principios que presenten los partidos políticos nacionales y, en su caso, las coaliciones ante los Consejos del Instituto, para el Proceso Electoral Federal 2020-2021, aprobados mediante Acuerdo INE/CG572/2020, disponible en: *http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5610455&fecha=27/01/2021*.

laciones objeto de análisis buscaban eludir el mandato de paridad de género una vez más[50], por lo que el criterio establecido por la mayoría del Tribunal, consistente en la suficiencia de la autoadscripción a un género, atentaría contra este mandato.

Uno de los puntos más interesantes del razonamiento del magistrado es en el que hace referencia a la identidad de género como una categoría social y relacional. Parte su razonamiento de la afirmación de que puede resultar excesivo solicitar una documentación oficial que acredite la identidad de género de la persona candidata. Sin embargo, no lo sería exigir una autoadscripcion calificada, entendiendo por esta aquellos elementos, especialmente de carácter social (reconocimiento de una comunidad, colectivo, vecindad), que permitan presumir que esa persona es identificada con el género al que se autoadscribe. Precisamente, esta calificación ya ha sido exigida por el Tribunal en la postulación de personas indígenas[51]. Para proponer esta medida, el magistrado pone en valor la doble dimensión de la identidad: la interna, que hace referencia a las vivencias y sentimientos, y la externa, que se refiere al reconocimiento de lo que somos por los demás. Así, considera que la exigencia de una autoadscripción calificada no supone una violación a la intimidad de las personas transgénero, pues estas hacen pública la misma al postularse en una candidatura electoral. Por ello, esta medida, que resulta mínima y objetiva, implicaría una garantía de los derechos de las mujeres cis y transgénero a la hora de acceder en igualdad de condiciones a los cargos de elección popular.

[50] Ya en 2011, el TEPJF emitió la Sentencia SUP-JDC-12624/2011 conocida como el caso "adiós a las Juanitas", en virtud de la cual el Tribunal pretendió acabar con un fenómeno generalizado y con nombre propio que consistía en la renuncia de las candidatas electas a favor de los suplentes varones (disponible en: *https://www.te.gob.mx/sentenciasHTML/convertir/expediente/SUP-JDC-12624-2011*). Desde esta sentencia, el TEPJF obligó a que las suplencias estuviesen compuestas por el mismo género de la candidatura principal. Diversos fenómenos de este tipo se enmarcan dentro de la violencia política de género en México, entendiendo por esta todas aquellas medidas dirigidas hacia las mujeres políticas o sus familias orientadas a restringir, coartar o anular el ejercicio de los derechos político-electorales de estas. Al respecto, ver K. GILAS, y A. V. MÉNDEZ PACHECO, "Entre cuotas y violencia de género: avances y retrocesos en la participación política de las mujeres en México", *Hallazgos,* vol. 15, núm. 29, 2018, pp. 197 y 198. En procesos electorales más recientes se suman, con el mismo *modus operandi,* comportamientos orientados a cometer fraude respecto a las candidaturas reservadas a miembros de comunidades originarias (entre otras, la Sentencia del Tribunal Electoral del Estado de Morelos de 20 de mayo de 2021, expediente: TEEM/JDC/193/2021-1, disponible en: *https://www.teem.gob.mx/resoluciones/2021/JDC-193-2021-1.pdf*).

[51] R. BUSTILLO MARÍN, "Las candidaturas…" *cit.* p. 181.

8. CONCLUSIONES

El análisis de normativa y jurisprudencia que hemos realizado perseguía el objetivo de obtener algunos aprendizajes que sirviesen al debate jurídico sobre la materia en España y, en este sentido, destacamos que:

1. Los Estados parte del SIDH que hemos analizado configuran, con carácter general, procedimientos de naturaleza administrativa para el reconocimiento jurídico de la identidad de género, salvo que se trate de menores de edad o personas con un vínculo matrimonial en vigor, supuestos en los que algunos Estados judicializan el procedimiento. Asimismo, adoptan una posición despatologizadora del Derecho, sin exigir requisitos que vinculen la transición ni con un diagnóstico médico, como el de disforia de género, ni con el sometimiento a tratamientos hormonales u operaciones de reasignación de sexo.
2. Los procedimientos de naturaleza administrativa y despatologizadora ofrecen garantías jurídicas suficientes para el reconocimiento de la identidad de género libremente manifestada: exigen una serie de requisitos, como formularios o partidas de nacimiento, y prevén la existencia de comisiones u organismos que los verifican, establecen plazos de resolución del procedimiento relativamente breves, determinan límites cuantitativos a las correcciones del sexo y advierten sobre la continuidad o no de los derechos y las obligaciones jurídicas tras la modificación, entre otras. En este sentido, sería conveniente que el legislador español incluya en la norma cuántas veces se puede iniciar este procedimiento de reasignación registral del sexo y sus consecuencias, en aras de la seguridad jurídica. Asimismo, sería oportuno que el legislador español estableciese la actuación, en el procedimiento, de la Dirección General de Diversidad Sexual y Derechos LGTBi, para que velase por la ausencia de discriminaciones en el procedimiento de naturaleza administrativa, tal y como ocurre en el caso de la Ciudad de México.
3. En el ámbito de los menores de edad, la configuración de un procedimiento ante el juez de familia, como el previsto en la ley chilena, resulta especialmente garante de los derechos e intereses del menor. No obstante, consideramos que también un procedimiento de naturaleza administrativa puede incorporar mecanismos y herramientas para velar, de manera suficiente, por el interés superior

del menor. En este sentido, en España sería conveniente articular alguna audiencia para informar al menor del procedimiento y sus consecuencias, la participación de algunos adultos significativos para el menor en el proceso, así como el acompañamiento a este y a su entorno por parte de un equipo de psicólogos especialistas en menores e identidad de género. En cualquier caso, si se optase finalmente por un procedimiento judicial para los menores de edad, este debería acompañarse de políticas públicas tendentes a asegurar la inexistencia de barreras de acceso a la justicia de algunos menores.

4. En cuanto a técnica legislativa, creemos conveniente la promulgación de una ley que regule específicamente los derechos del colectivo trans, tal y como ha hecho Uruguay. De esta manera, podrían abordarse con mayor detalle, y desde una perspectiva verdaderamente integral, los derechos de este colectivo y las políticas públicas dirigidas a combatir las situaciones de discriminación que atraviesan en el ámbito laboral, educativo, sanitario o cultural, entre otros. Lo contrario tiene el riesgo de dibujar un panorama normativo fraccionado e incompleto, mucho más sensible a las decisiones políticas, tal y como ocurre en buena parte de los países analizados.
5. El legislador español debe evitar errar a la hora de definir la identidad de género como una cuestión meramente de libre elección. Esta concepción está en el origen, a nuestro parecer, del conflicto sucedido en Oaxaca, donde la simple *manifestación de la autoadscripción* a un género bastó para permitir el ejercicio de un derecho fundamental, sin que la normativa previese mayores requisitos o garantías. La legislación española debe huir de una conceptualización de la transexualidad que perjudica a los derechos del propio colectivo, estableciendo mecanismos, requisitos y procedimientos que aporten seguridad jurídica y permitan la efectividad de todos derechos fundamentales.
6. Asimismo, este debe ser muy preciso en la definición y empleo de las categorías sexo y género, con el fin de evitar un ordenamiento jurídico en el estas se confundan o se empleen indiferenciadamente. Consideramos que, en la actualidad, ambas categorías son relevantes para el análisis jurídico, por lo que una técnica legislativa vaga y confusa estará en el origen de la posible colisión entre derechos fundamentales. Por el contrario, una buena praxis legislativa supone una garantía no solo para los derechos que, en ciertos momentos,

pueden verse en tensión con los del colectivo trans, sino para los del propio colectivo.

7. Tan solo desde posiciones antidemocráticas puede defenderse la continuidad en nuestra sociedad de las múltiples discriminaciones. El reconocimiento de los derechos de quienes se encuentran en los márgenes de la ciudadanía plena debe seguir siendo un objetivo prioritario de los movimientos democráticos y solidarios. Pero, en esta labor, es tarea de las juristas exigir y supervisar una técnica legislativa que aporte seguridad jurídica y establezca garantías ante posibles colisiones de derechos en la práctica, así como exigir la presencia de unos operadores jurídicos capacitados en la materia. Solo un escenario como este nos permitirá seguir combatiendo lo realmente importante: las relaciones de poder y discriminatorias existentes, también, en el Derecho.

Alicia Cárdenas Cordón
Universidad de Córdoba
Plaza de Puerta Nueva, s/n. 14002 Córdoba (España)
Email: d12cacoa@uco.es

PRIVACIDAD, INTIMIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS: UNA MIRADA ESTADOUNIDENSE Y EUROPEA

PRIVACY AND DATA PROTECTION: AMERICAN AND EUROPEAN APPROACHES

ANDONI POLO ROCA
Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia

Fecha de recepción: 15-5-21
Fecha de aceptación: 16-2-22

Resumen: *La intimidad y la protección de datos han sido configurados y caracterizados de forma distinta en las diferentes tradiciones jurídicas. En Estados Unidos, el derecho a la intimidad (privacy) se ha ido construyendo progresivamente como un derecho fundamental a través de los diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de los Estados Unidos (SCOTUS). En Europa, el derecho a la intimidad (vida privada) ha tenido una evolución diferente. En Alemania, el derecho a la vida privada (Privatsphäre) ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG), con pronunciamientos que han tenido gran influencia sobre la tradición europea. En España, por su parte, el derecho a la intimidad ha tenido su propia evolución, por parte del Tribunal Constitucional, aunque es posible encontrar una clara influencia de la tradición alemana. Todo ello ha influido, a su vez, sobre la protección de datos o privacidad de la información, a la que también se le ha dado una configuración distinta en estas tradiciones jurídicas.*

Abstract: *Privacy and data protection (or information privacy) have been configured and characterized differently in different legal traditions. In the United States, the right to privacy has been progressively constructed as a constitutional right through the various pronouncements of the Supreme Court of the United States (SCOTUS). In Europe, the right to privacy (private life) has had a different evolution. In Germany, the right to privacy (Privatsphäre) has been developed by the German Federal Constitutional Court (BVerfG), with pronouncements that have had great influence on the European tradition. In Spain, for its part, the right to privacy (intimidad) has had its own evolution, by the Spanish*

Constitutional Court, although it is possible to find a clear influence of the German tradition. All this has influenced, in turn, on data protection or information privacy, which has also been given a different configuration in these legal traditions.

Palabras clave: intimidad, privacidad, vida privada, protección de datos, privacidad de la información
Keywords: privacy, private life, data protection, information privacy, Internet privacy

1. INTRODUCCIÓN

Debido a las constantes amenazas para nuestra vida privada que pueden suponer las nuevas tecnologías, los conceptos intimidad, vida privada, privacidad y protección de datos suenan cada vez con más fuerza. Así, estos conceptos, ya sean un derecho fundamental o formen parte de uno (según qué sistema legal), están teniendo cada vez mayor peso tanto en la protección de la ciudadanía como en la práctica legislativa.

De este modo, el término "intimidad" ha sido objeto de múltiples controversias sobre su significado, dándose una multiplicación de términos para hacer referencia a este concepto; se hace uso de "intimidad", "privacidad", "vida privada", etc.[1] El último término incorporado a este repertorio terminológico ha sido el anglicismo "privacidad"[2].

En el centro de toda esta cuestión tendremos el "derecho a la intimidad", del cual ha habido varios intentos de delimitar su contenido, tratando de separarlo de la vida pública. Trabajos de gran relevancia e influencia son la "teoría de las esferas" (*Sphärentheorie*) de Heinrich Hubmann[3], en el Derecho alemán; o, en el Derecho italiano, la doctrina del jurista italiano Vittorio Frosini, quien intentó delimitar el derecho a la intimidad[4] y desarrolló la

[1] J. M. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, "El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional", *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 32, 2016, pp. 409-430, p. 412.

[2] J. M. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, "Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 13-14, 1996-97, pp. 717-738.

[3] *Cfr*. H. HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, 2ª edición (2. Auflage), Böhlau Verlag, Colonia (Köln), 1967.

[4] *Cfr*. V. FROSINI, *Il diritto nella società tecnologica*, Giuffrè, Milano, 1981. Véase también: F. ROMEO, "Dalla Giuritecnica di Vittorio Frosini alla Privacy by Design", *Informatica e diritto*, XLII annata, Vol. XXV, 2016, núm. 2, pp. 9-23.

"teoría de las modalidades de aislamiento": la soledad, intimidad, anonimato y reserva[5].

A su vez, el derecho a la protección de datos o privacidad de la información, será un concepto que encontremos directamente vinculado al derecho a la intimidad, por lo que la configuración de éste influye en la de aquél.

La intimidad, la privacidad y la protección de datos serán objeto de este trabajo, con el fin de poder distinguir estos términos y, especialmente, su configuración en el plano jurídico, así como su naturaleza como derecho fundamental (o constitucional), en dos tradiciones jurídicas distintas: la anglosajona-estadounidense y la europea (en especial, la alemana y la española).

2. EL "DERECHO A LA INTIMIDAD" EN ESTADOS UNIDOS (EEUU)

2.1. Los inicios del derecho a la intimidad en EEUU

En el año 1890, los juristas norteamericanos Samuel D. Warren y Louis Brandeis publicaron su artículo doctrinal "The Right to Privacy" (el derecho a la privacidad, en castellano). Dicho trabajo sería el comienzo de este término en EEUU, que, si bien no estableció qué era la privacidad de una manera específica, fue lo que inició la regulación sobre la privacidad y abrió el debate jurídico sobre ésta en EEUU[6].

En su artículo, Warren y Brandeis justificaban o contextualizaban ese derecho a la privacidad haciendo referencia a las intromisiones de la prensa en "las relaciones sexuales", entre otros, y cómo ésta se llena de "cotilleos y chismes", que son conseguidos a través de la "intrusión en el círculo doméstico" (*the domestic circle*) de cada individuo[7].

---

[5] I. V. LUCENA CID, "La protección de la intimidad en la era tecnológica: hacia una reconceptualización", *Revista internacional de pensamiento político*, núm. 7, 2012, pp. 117-144, p. 126.

[6] *Cfr*. D. J. SOLOVE, *Understanding Privacy*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2008, pp. 15 a 17.

[7] S. D. WARREN, L. BRANDEIS, "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, vol. IV, núm. 5, 1890, pp. 193-220, p. 196: "*The press is overstepping in every direction the obvious bounds of propriety and of decency. Gossip is no longer the resource of the idle and of the vicious, but has become a trade, which is pursued with industry as well as effrontery. To satisfy a prurient taste the details of sexual relations are spread broadcast in the columns of the daily papers. To occupy the indolent, column upon column is filled with idle gossip, which can only be procured by intrusion upon the domestic circle*".

De este modo, concluyeron que el llamado "el derecho a estar solo" o "derecho a ser dejado solo (o en paz)" (*the right to be let alone*) constituye un principio que puede invocarse "para proteger la privacidad del individuo de la invasión" (prensa, fotógrafo, etc.)[8].

No obstante, tal como afirmaron, al aplicar el derecho a la privacidad, los tribunales tienen que establecer una línea divisoria entre los asuntos públicos y los privados; de este modo, se protegería sólo la información "relacionada con la vida privada, los hábitos, los actos y las relaciones de un individuo" ("*concern[ing] the private life, habits, acts, and relations of an individual*")[9], pero no ampararía prohibir la "publicación de cualquier asunto que sea de interés público o general" ("*prohibit any publication of matter which is of public or general interest*")[10].

2.2. Su desarrollo en la *common law* estadounidense: la construcción jurisprudencial de un derecho

Después del trabajo de Warren y Brandeis, quince tribunales estatales de EEUU comenzaron a reconocer un derecho consuetudinario a la privacidad[11] (al ser un concepto sin mención expresa ni en la legislación estadounidense ni en la propia Constitución federal).

El primero fue el Tribunal Supremo (estatal) de Georgia (*Supreme Court of Georgia*) en el caso *Pavesich v. New England Life Ins. Co.* de 1905 (quince años después de la publicación del artículo), en el que el Tribunal Supremo estatal reconoció el derecho a la privacidad como un derecho legal, el cual había sido vulnerado por parte de la compañía New England Mutual Life Insurance Company (en la actualidad, MetLife), al publicar una imagen de Paolo Pavesich sin su consentimiento (con el propósito de aumentar las ganancias de la compañía)[12]. Este caso fue el primero en reconocer un derecho

[8] S. D. WARREN, L. BRANDEIS, "The Right to Privacy", cit., p. 206: "*If we are correct in this conclusion, the existing law affords a principle from which may be invoked to protect the privacy of the individual from invasion either by the too enterprising press, the photographer, or the possessor of any other modern device for rewording or reproducing scenes or sounds*".

[9] S. D. WARREN, L. BRANDEIS, "The Right to Privacy", cit., p. 216.

[10] S. D. WARREN, L. BRANDEIS, "The Right to Privacy", cit., p. 214.

[11] Los quince fueron: Alabama, Arizona, California, Carolina del Norte, Florida, Georgia, Illinois, Indiana, Kansas, Kentucky, Michigan, Misuri, Montana, Oregón y Pensilvania.

[12] Supreme Court of Georgia. Caso Pavesich v. New England Life Ins. Co., 122 Ga. 190, 50 S.E. 68 (1905).

a la privacidad[13], que no tenía fundamento legal, y que derivaba del Derecho natural.

Otro pronunciamiento relevante fue el caso *Melvin v. Reid* de 1931[14], dictado por la Corte de Apelación de California (*Court of Appeal of California*). El tribunal californiano se encontraba en la misma posición que lo había estado Tribunal Supremo estatal de Georgia en el caso *Pavesich v. New England Life Ins. Co.* de 1905, ya que, al no haber leyes, normas o precedentes, era un asunto completamente nuevo en California. El tribunal hizo una referencia expresa al artículo doctrinal "The Right to Privacy" de Warren y Brandeis, así como al caso *Pavesich v. New England Life Ins. Co.* de Georgia, y resolvió que se había invadido la privacidad de la recurrente (Gabrielle Darley, esposa de Bernard Melvin), ya que, según el tribunal, existe un derecho a la privacidad, que, con independencia de si se le llama así o se le da otro nombre, es un derecho garantizado por la Constitución norteamericana, que no debe ser invadido por terceros[15].

Todo ello hizo que el derecho a la privacidad comenzara también a tener influencia sobre los pronunciamientos de la Corte Suprema de EEUU (SCOTUS).

Si bien la Corte Suprema ya había utilizado la palabra privacidad (*privacy*) en alguna de sus resoluciones, fue en el caso *Griswold v. Connecticut* (1965)[16] donde reconoció expresamente un derecho a la privacidad (sin tener reconocimiento en la Constitución federal ni en sus enmiendas). El caso versaba sobre una ley del Estado de Connecticut que penalizaba el uso de métodos anticonceptivos. La Corte dictaminó que la prohibición estatal del uso de anticonceptivos por parte de parejas casadas vulneraba el derecho a

[13] A modo de ejemplo de la relevancia de este caso, podemos mencionar que el caso *Pavesich v. New England Life Ins. Co.* ha sido citado en más de doscientos casos judiciales en todo EEUU, desde que fue pronunciado en 1905, incluyendo en cuatro casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos (SCOTUS).

[14] Court of Appeal of California. Caso Melvin v. Reid, 112 Cal. App. 285, 297 P. 91 (Dist. Ct. App.) (Feb. 28, 1931).

[15] "*We believe that the publication by respondents of the unsavory incidents in the past life of appellant after she had reformed, coupled with her true name, was not justified by any standard of morals or ethics known to us and was a direct invasion of her inalienable right guaranteed to her by our Constitution, to pursue and obtain happiness. Whether we call this a right of privacy or give it any other name is immaterial because it is a right guaranteed by our Constitution that must not be ruthlessly and needlessly invaded by others*", Melvin v. Reid, 112 Cal. App. 285, 297 P. 91, 93-94.

[16] SCOTUS. Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

la privacidad y, en especial, el derecho a la privacidad conyugal (*right to marital privacy*).

Esta decisión sentó las bases del derecho a la privacidad (o intimidad) con respecto a las decisiones conyugales y a las prácticas íntimas. Todo ello teniendo en cuenta que, en aquel momento, ni la Constitución norteamericana ni la Declaración norteamericana de derechos (*Bill of Rights*) recogían la privacidad como derecho fundamental (o constitucional); ni siquiera mencionaban la palabra privacidad[17]. Este caso, por tanto, reconoció el derecho de las personas a tener un ámbito de decisión sobre su vida privada, amparado en el derecho a la privacidad, un derecho sin reconocimiento constitucional.

Posteriormente, en el caso *Katz v. United States* (1967)[18], la Corte comenzó a unir el derecho a la privacidad a distintas enmiendas, como base jurídica para este derecho que no contaba con reconocimiento constitucional expreso. En este caso, la Corte extendió el derecho a la prohibición de registro e incautación (*searches and seizures*) de personas, domicilios, papeles y efectos de un individuo sin las garantías correspondientes (reconocido por la Cuarta Enmienda), para incluir como área protegida constitucionalmente lo que una persona busca preservar como privado, incluso en un área accesible al público (*seeks to preserve as private, even in an area accessible to the public*). Esta decisión de la Corte modificó su doctrina de sus decisiones anteriores; especialmente el caso *Olmstead v. United States* (1928)[19,20].

De este modo, se estableció una importante doctrina: se vulnera la Constitución norteamericana, cuando no se respetan las "expectativas razonables de privacidad" (*reasonable expectation of privacy*); lo que se denominó el "test de Katz" (*the Katz test*). Este "test de Katz" se ha venido aplicando en cientos de casos; en especial, debido al avance de las nuevas tecnologías y su capacidad de vulnerar el derecho a la privacidad[21].

---

[17] Tal fue la relevancia del caso y su debate, que el magistrado (*Justice*) de la Corte Suprema William O. Douglas planteó "¿Permitiríamos que la policía registrara los recintos sagrados de los dormitorios matrimoniales en busca de signos reveladores del uso de anticonceptivos?", para apoyar y fundamentar el derecho a la intimidad.

[18] SCOTUS. Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).

[19] SCOTUS. Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928).

[20] En este caso de 1967, el voto particular que elaboró el magistrado (*Justice*) Louis Brandeis (autor de "The Right to Privacy") en el caso *Olmstead v. United States* (1928) fue la base sobre la que se fundamentó la sentencia.

[21] Véase: M. TOKSON, "Knowledge and fourth amendment privacy", *Northwestern University Law Review*, Vol. 111, núm. 1, 2016, pp. 139-204, pp. 141 y ss.

Estas decisiones de la Corte Suprema de los EEUU durante la década de los sesenta, entre ellos *Griswold v. Connecticut* (1965) y *Katz v. United States* (1967), contribuyeron a construir el derecho a la privacidad como un derecho a proteger contra cualquier intromisión constitucional (*protection from governmental intrusion*).

De igual modo, en el caso *Roe v. Wade* (1973)[22], el derecho a la privacidad fue uno de los pilares sobre los que se basó la Corte para legalizar la interrupción voluntaria del embarazo, al considerar que interrumpir o no un embarazo es una cuestión que atañe a la privacidad (intimidad) de la mujer embarazada en cuestión[23]. Así, el derecho a la privacidad protege ese ámbito de la vida privada en el que la persona puede tomar sus decisiones (privadas); en este caso preciso, la facultad de decidir si se termina anticipadamente o no el embarazo. En el caso, además, la Corte volvió a reiterar que el derecho a la privacidad no tiene ninguna mención explícita en la Constitución norteamericana, pero fundamentó su decisión en sus pronunciamientos anteriores.

Por otro lado, en el caso *Moore v. City of East Cleveland* (1977)[24], la Corte dictaminó que la ordenanza de zonificación de la ciudad de East Cleveland (Ohio) que prohibía a una abuela vivir con su nieto era contraria a la Constitución. En este caso, si bien la privacidad no fue parte fundamental del falló, sí se hizo referencia en su razonamiento a el área privada de la vida familiar y a la privacidad familiar (dentro de la privacidad).

Cabe mencionar, por último, el caso *Lawrence v. Texas* (2003)[25], en el que la Corte reafirmó (y completó) su doctrina sobre el derecho a la privacidad, consolidando su posición sobre su existencia como derecho constitucional, pese a que no esté expresamente mencionado en la Constitución norteamericana. Esta decisión abordó la privacidad sexual e intimidad de las relaciones íntimas como parte del derecho a la privacidad. En este caso, se declaró que "estos asuntos, que involucran las decisiones más íntimas y personales que una persona puede tomar en su vida […] son fundamentales para la liber-

[22] SCOTUS. Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

[23] SCOTUS. Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973), p. 153: "*This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy*".

[24] SCOTUS. Moore v. City of East Cleveland, 431 U.S. 494 (1977).

[25] SCOTUS. Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

tad […]"[26]. Y continúa: "los recurrentes tienen derecho al respeto de su vida privada (*private life*). El Estado no puede menospreciar su existencia ni controlar su destino haciendo de su conducta sexual privada un delito. Su derecho a la libertad […] les da pleno derecho a llevar a cabo sus actividades sin la intromisión del gobierno"[27]. Por último, subraya: "es una promesa de la Constitución que existe un ámbito de libertad personal en el que el gobierno no puede entrar"[28].

Todos estos pronunciamientos de la Corte fueron decisiones judiciales históricas (*landmark decision* o *landmark ruling*) que sentaron jurisprudencia, derogaron leyes o modificaron la doctrina de los juzgados y tribunales de todo EEUU. Con todas estas decisiones se fue construyendo el derecho a la intimidad (*right to privacy*) en la tradición estadounidense, un derecho sin reconocimiento en la Constitución Federal norteamericana ni en la Declaración de derechos, y que la Corte lo construyó jurisprudencialmente. En la visión estadounidense, además, este derecho tiene su fundamento básico en la libertad.

2.3. El "derecho a la intimidad" estadounidense: el derecho a la privacidad o *right to privacy*

De todo lo expuesto se concluye que, en la tradición estadounidense-anglosajona, para hacer referencia al "derecho a la intimidad" se hace uso de la acepción "derecho a la privacidad" o "privacidad" (*right to privacy*).

Este derecho, que se ha ido construyendo paulatinamente con los pronunciamientos de la Corte Suprema de EEUU, engloba, entre otros: el ámbito privado libre de injerencias de terceros o del Estado (Katz v. United States), el área privada de la vida familiar y a la privacidad familiar (Moore v. City of East Cleveland), la privacidad sexual e intimidad de las relaciones íntimas

[26] SCOTUS. Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003), p. 574. "*These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment. At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State*".

[27] SCOTUS. Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003), p. 578. "*The petitioners are entitled to respect for their private lives. The State cannot demean their existence or control their destiny by making their private sexual conduct a crime. Their right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in their conduct without intervention of the government*".

[28] Ibid. "*It is a promise of the Constitution that there is a realm of personal liberty which the government may not enter*".

(Lawrence v. Texas), la privacidad para decidir sobre un ámbito de la vida privada (Griswold v. Connecticut o Roe v. Wade), etc.

3. EL "DERECHO A LA INTIMIDAD" EN LA TRADICIÓN ALEMANA

3.1. La tradición germana: *das allgemeine Persönlichkeitsrecht*

La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (o Ley Fundamental de Bonn), aprobada en 1949 en la ciudad de Bonn, recogió expresamente, por un lado, la dignidad de la persona humana (art. 1.1)[29], y, por el otro, el libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1)[30].

Esos dos preceptos fueron muy relevantes en relación a la intimidad, ya que el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht* o BVerfG) estableció que los derechos de la personalidad o el derecho general a la personalidad (*das allgemeine Persönlichkeitsrecht*, APR), está incardinado en el artículo 2.1 (libre desarrollo de la personalidad), en relación al artículo 1.1 (dignidad humana), una doctrina que comenzó a establecer a partir del año 1950 y que ha ido desarrollando en sus resoluciones.

En esta doctrina del derecho general a la personalidad (*das allgemeine Persönlichkeitsrecht*, APR), es menester la mención de dos relevantes sentencias[31].

La primera de ellas es relativa a un caso del año 1954[32] y fue dictada por el Tribunal Federal de Justicia de Alemania (*Bundesgerichtshof* o BGHZ), el tribunal supremo en el ámbito de la jurisdicción ordinaria alemana. El caso versó sobre una publicación en un periódico, que el Tribunal estableció que debía volver a publicarse, corrigiendo en ésta la información errónea dada en aquélla. La decisión fue fundamentada en el respeto a la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad, ambos constitucionalmente protegidos (art. 1.1 y 2.1 de la Ley Fundamental, GG). De este modo, este caso fue

[29] "*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*", art. 1.1 de la Ley Fundamental, GG.

[30] "*Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt*", art. 2.1 de la Ley Fundamental, GG.

[31] S. SIMITIS, "Privacy - An Endless Debate?", *California Law Review*, vol. 98, núm. 6, 2010, pp. 1989-2005, pp. 1991 y 1992.

[32] BGHZ (Sala de lo Civil). Sentencia de 25 de mayo de 1954. BGHZ 13, 334 (334) (1954).

un reconocimiento (inicial) de la intimidad de la persona como parte de sus derechos de personalidad (que el periódico en cuestión había vulnerado).

La segunda sentencia, del año 1958[33], fue dictada por el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG), en la que el Tribunal confirmó la línea que había marcado el Tribunal Federal de Justicia de Alemania (BGHZ).

En sentencias posteriores, tanto el Tribunal Federal de Justicia de Alemania (BGHZ) como el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) fueron detallando los requisitos del concepto "intimidad".

3.2. La "teoría de las esferas" o *Sphärentheorie*

En esta construcción doctrinal y jurisprudencial del derecho a la intimidad, la tradición alemana ha intentado delimitar su contenido a través de la denominada "teoría de las esferas" (*Sphärentheorie*). Esta teoría fue inicialmente desarrollada por el jurista alemán Heinrich Hubmann[34] (teoría seguida por la doctrina española[35]).

La teoría de las esferas buscaba hacer una delimitación del ámbito privado y el ámbito público de este derecho a la intimidad, para esbozar los límites de su protección jurídica. Así, según esta teoría, la personalidad está marcada por la representación de círculos espaciales concéntricos, que merecen una protección diferenciada[36]; "esferas concéntricas" de radio progresivamente mayor, cuya difusión o conocimiento por terceros afectan en menor grado a la persona cuanto más nos vamos alejando del centro.

En esta teoría, tal como la planteó Hubmann en un primer momento, se distinguen tres esferas distintas[37]: *intimsphäre* (esfera íntima), *privatsphäre* (esfera privada) e *individualsphäre* (esfera individual). Todas ellas constituyen tres distintas esferas de protección de este derecho.

---

[33] BVerfG. Sentencia de 15 de enero de 1958. BVerfGE 7, 198 (1958).

[34] H. HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, 2ª edición (2. Auflage), Böhlau Verlag, Colonia (Köln), 1967.

[35] Véase: A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1986. En España, Antonio Enrique Pérez Luño fue uno de los mayores defensores de esta teoría.

[36] *Cfr*. H. HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, 2ª edición (2. Auflage), Böhlau Verlag, Colonia (Köln), 1967, p. 269. También: M. BASTON-VOGT, *Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Mohr Siebeck, Tubinga (Tübingen), 1997, p. 182.

[37] A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 328.

La "esfera íntima" (*intimsphäre*) es el círculo o ámbito más íntimo del individuo; corresponde a la esfera de lo secreto, vulnerándose cuando se llega al conocimiento de hechos o noticias que debían permanecer ignoradas[38].

La "esfera privada" (*privatsphäre*) viene a ser el segundo círculo de intimidad, más amplio que el primero, la cual protege la vida personal y familiar, donde el individuo ejerce su vida privada, intimidad personal y familiar, etc.[39] Esta esfera se refiere al ámbito de la vida que se oculta al público[40].

La "esfera individual" o social (*individualsphäre*), por último, es el último círculo de intimidad, antes de traspasar la barrera que separa la intimidad y la vida pública, protege todo lo que atañe a las peculiaridades o individualidades de la persona[41]; en ésta encontramos aspectos como el honor y la imagen personal[42]. Esta esfera supone el ámbito en el que el individuo se mueve conscientemente en público.

En esta "teoría de las esferas" elaborada por la doctrina alemana, estas tres esferas tienen un nivel o grado distinto de protección jurídica, que va de un mayor grado a un menor grado, en orden escalonado, siguiendo el orden expuesto anteriormente[43] (*intimsphäre*, la mayor; la *individualsphäre*, la menor).

---

[38] A. E. PÉREZ LUÑO, "Aspectos de la tutela del Derecho a la intimidad en la jurisprudencia", Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones (ed.), *Los derechos fundamentales y libertades públicas: XII Jornadas de Estudio, Vol. 1*, 1992, Madrid, págs. 709-724, p. 713.

[39] T. VIDAL MARÍN, *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) y Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2001, p. 71.

[40] La esfera privada o *privatsphäre*, sería similar al ámbito que ocupa el concepto americano-anglosajón de derecho a la intimidad (*right to privacy*), y similar también al derecho a la intimidad tal como está concebido en España. Véase: M. ÁLVAREZ CARO, *Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la Era Digital* (Prólogo de José Luis Piñar Mañas), Reus, Madrid, 2015, p. 28.

[41] A. E. PÉREZ LUÑO, "Aspectos de la tutela del Derecho a la intimidad en la jurisprudencia", Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones (ed.), *Los derechos fundamentales y libertades públicas: XII Jornadas de Estudio, Vol. 1*, 1992, Madrid, págs. 709-724, p. 713.

[42] J. M. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, "El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos de la jurisprudencia constitucional", *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 32, 2016, pp. 409-430, p. 413.

[43] J. SANTDIUMENGE I FARRÉ, "El derecho a la intimidad en la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo", en P. SALVADOR CODERCH (coord.), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), Madrid, 1990, págs. 339-381, pp. 345 y ss.

Así, la esfera individual o social (*individualsphäre* o *sozialsphäre*, la más cercana a la vida pública) no estaría protegida[44] (salvo cuando se trate de informaciones falsas o lesivas del derecho al honor). Esta esfera será la más difusa respecto a la vida pública.

La teoría de las tres esferas de Hubmann, desarrollada en la tradición alemana, tuvo relevancia en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional Federal alemán[45], que siguió dicha teoría, en atención al grado de afectación de cada esfera, con su correspondiente protección jurídica gradual; ello incardinado, como se ha mencionado, en los derechos de la personalidad (art. 2.1 de la Ley Fundamental, GG), en relación con la dignidad de la persona humana (art. 1.1 de la Ley Fundamental, GG).

Esta teoría ha sido objeto de un constante desarrollo doctrinal y jurisprudencial, en el que cabe mencionar los trabajos de Seidel[46], quien distinguió más esferas todavía. Así, en distintos grados progresivamente mayores, según Seidel[47], existen diferentes esferas, tales como: la esfera íntima (*intimsphäre*), la esfera privada (*privatsphäre*), la esfera secreta o confidencial (*geheimsphäre*), la esfera de la individualidad (*eigensphäre*), la esfera común (*gemeinsphäre*), la esfera de lo social (*sozialsphäre*), la esfera pública (*öffentlichkeitssphäre*), etc. Cada una con distinta protección jurídica[48].

En la actualidad, el Tribunal Constitucional Federal alemán, sigue desarrollando esta teoría, haciendo referencia a distintas esferas para ir delimitando cuál queda bajo el ámbito de protección de la vida privada y cuál queda fuera de esa protección (ámbito de lo público o vida pública).

En cualquier caso, la doctrina ha reconocido que "no existe plena unanimidad en la doctrina sobre la concreta clasificación y tipología de tales

---

[44] H. HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, 2ª edición (2. Auflage), Böhlau Verlag, Colonia (Köln), 1967, p. 269.

[45] M. ALBERS, *Informationelle selbstbestimmung*, Nomos, Baden-Baden, 2005, p. 208.

[46] *Vid*. U. SEIDEL, *Datenbanken und Datenschutz*, Schmidt, Colonia (Köln), 1972.

[47] U. SEIDEL, *Datenbanken und Datenschutz,* cit. Cabe mencionar que el jurista alemán Ulrich Seidel fue galardonado con la Cruz Federal al Mérito (*Bundesverdienstkreuz*) por su investigación científica de la protección de datos.

[48] La esfera secreta o confidencial (*geheimsphäre*) protege asuntos o informaciones que no deben ser accesibles a terceros (estado de salud y enfermedades, vida sexual, etc.). La esfera privada (*privatsphäre*) protege informaciones de la vida privada que sólo se revelan (o revelarían) a un grupo limitado de personas (familia o amigos). La esfera común (*gemeinsphäre*) es la relativa a los hechos que son accesibles a todos (y que deben serlo). De este modo, la esfera privada (*privatsphäre*) y la secreta (*geheimsphäre*) gozan de protección jurídica, pero no la esfera común (*gemeinsphäre*).

'esferas'"[49], pero hay una posición generalizada de cuáles son las dos principales esferas: la esfera íntima o círculo íntimo (*intimsphäre*) y la esfera privada o círculo privado (*privatsphäre*).

3.3. El "derecho a la intimidad" alemán: el derecho a la vida privada o *Recht auf Privatsphäre*

De este modo, en la tradición germana, el término intimidad o *Intimität* es sinónimo de *Intimsphäre* (la esfera íntima o el círculo íntimo). En cambio, para referirse al "derecho a la intimidad" (en general) se hace uso del término *Recht auf Privatsphäre* o simplemente *Privatsphäre*, es decir el "derecho a la vida privada", lo que viene a ser el segundo círculo (esfera privada o círculo privado), la zona (o esfera) de mayor amplitud que engloba la esfera íntima.

Este derecho a la vida privada, según declaró el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) en el caso Carolina de Mónaco de 1999, es ese área autónoma de la vida privada que incluye el derecho a excluir la intrusión o la penetración de otros[50]. En ese pronunciamiento, además, el TC Federal alemán se pronunció sobre la vida privada respecto de la *Sozialsphäre* (esfera social) o vida pública, que no goza de protección jurídica (con las mencionadas excepciones) —el caso llegó hasta el TEDH—.

Así, en la tradición alemana, para hacer referencia al "derecho a la intimidad" en su sentido amplio se hace uso de la acepción "derecho a la vida privada" o "vida privada" (la segunda esfera, la más amplia, la que limita con la vida pública).

Por último, tal como ha reiterado una y otra vez el TC Federal alemán, este derecho a la vida privada está localizado dentro del derecho general a la personalidad (*das allgemeine Persönlichkeitsrecht*, APR), que, a su vez, está incardinado en el libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1) en relación a la dignidad humana (art. 1.1)[51].

---

[49] M. MEDINA GUERRERO, *La protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 13 y ss.

[50] BVerfG (Erster Senat). Sentencia de 15 de diciembre de 1999 - 1 BvR 653/96.

[51] BVerfG (Erster Senat). Sentencia de 6 de noviembre de 2019 - 1 BvR 16/13. "*Die Rechtsprechung hat aus dem Grundrecht insoweit verschiedene Schutzdimensionen abgeleitet wie den Schutz eines unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung, die Garantie der Privatsphäre, das Recht am eigenen Bild oder gesprochenen Wort oder das Recht auf die Darstellung der eigenen Person, die soziale Anerkennung sowie die persönliche Ehre*", ap. 80 (Absatz).

4. EL "DERECHO A LA INTIMIDAD" EN ESPAÑA

4.1. La teoría de las esferas en España

La teoría de las esferas o *Sphärentheorie* alemana tuvo repercusión en la doctrina y jurisprudencia de los tribunales españoles[52].

En algunas de sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional (TC) se refería a "esferas" (influencia alemana) para delimitar el contenido del derecho a la intimidad, y, en especial, para delimitar la protección jurídica que se debe dar a qué supuesto; es decir, qué supuesto entraría dentro de la esfera constitucionalmente protegida y cuál no, al ser éste último parte de la esfera pública (no protegida jurídicamente)[53].

Por su parte, el Tribunal Supremo (TS) también acogió en su doctrina la teoría alemana de las esferas, declarando que "la esfera privada […] incluye aquel sector de circunstancias que sin ser secretas, ni de carácter íntimo, merecen, sin embargo, el respeto de todos […] sin que en modo alguno […] se admitan intromisiones extrañas. El derecho que cada uno tiene a que se respete su esfera privada garantiza la inviolabilidad de su vida particular"[54].

---

[52] A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1986.

[53] Véase STC 231/1988, de 2 de diciembre: "el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la C.E. protegen", FJ 4; "Las escenas […] se difundieron en los programas informativos de Televisión Española, […], lo que conduce a plantearse si esas imágenes no constituirán, así, escenas que pertenecen al conocimiento público, fuera por tanto de la esfera de la intimidad", FJ 9.

[54] Véase la STS de 20 de febrero de 1989 (Sala Primera, de lo Civil), resolución n.º 1213/1989. Dictada en recurso de casación contra la de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid de 9 de julio de 1987, que, a su vez, había conocido del recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid de 30 de enero de 1986. Asimismo, ella dio lugar a la STC 197/1991, de 17 de octubre. "La esfera privada, como parte del honor de la persona, incluye aquel sector de circunstancias que sin ser secretas, ni de carácter íntimo, merecen, sin embargo, el respeto de todos, por ser necesarias para garantizar el normal desenvolvimiento y la tranquilidad de los titulares particulares, sin que en modo alguno, y fuera de los casos permitidos por la ley o las mismas circunstancias, se admitan intromisiones extrañas. El derecho que cada uno tiene a que se respete su esfera privada garantiza la inviolabilidad de su vida particular, y merece también protección la personalidad frente a publicación indebida de hechos particulares o familiares, aunque no sean secretos, prescindiendo de si son ciertos o inciertos".

Asimismo, la doctrina también se ha mostrado favorable a esta teoría[55], distinguiendo, principalmente, dos círculos: la "intimidad" y la "vida privada". El primer círculo (intimidad) sería el reducto personal y familiar consistente en la voluntad de cada persona (o unidad familiar) de no dar a conocer o difundir públicamente información sobre sus pensamientos, ideología, creencias, sentimientos, emociones, sensaciones, proyectos vitales, sus relaciones personales y familiares, salud, hábitos de conducta, orientación y vida sexual o la integridad corporal[56]. Ello es: lo próximo al interior de la persona. El segundo círculo (vida privada) sería el relativo a los aspectos de la vida de una persona que guardan relación con su faceta social, vinculados a la esfera laboral, profesional, comercial, económica[57]. Por ello, se ha afirmado que "este segundo círculo participa de la intimidad, pero no se identifica con ella"[58].

4.2. Intimidad objetiva e intimidad subjetiva

El TC se pronunció sobre la distinción entre la intimidad en su vertiente objetiva y en su vertiente subjetiva.

La primera vertiente es la intimidad material u objetivamente entendida ("ámbito objetivo de la intimidad"), en la cual se incluyen: la intimidad corporal[59], la vida sentimental, sexual y afectiva[60], orientación sexual e identidad sexual[61], estado de salud[62], tomar alcohol o drogas[63], filiación[64], etc.

La segunda vertiente, en cambio, es el "ámbito subjetivo de la intimidad". Esta vertiente fue configurada por el TC en el año 1999 (caso Sara Montiel), en el que el TC declaró que "el art. 18.1 C.E. no garantiza una 'inti-

---

55 M. E. GUTIÉRREZ DAVID, "Intimidad y propia imagen: los ecos del common law americano y la evolución de la jurisprudencia constitucional española", *Derecom*, núm. 18, 2014, pp. 85-108, p. 93.

56 Ibid.

57 Ibid.

58 Ibid.

59 STC 37/1988, de 15 de febrero, FJ 7º.

60 STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2º.

61 STC 99/2019, de 18 de julio de 2019, FJ 4º.

62 SSTC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2º, y 159/2009, de 29 de junio, FFJJ 5º y 6º. También SSTEDH, de 25 de febrero de 1997, caso Z c. Finlandia, y de 10 de octubre de 2006, caso L. L. c. Francia.

63 STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 5º, y 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3º.

64 STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3º.

midad' determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público"[65]. Y continúa: "lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cuál sea lo contenido en ese espacio. […] A nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar"[66].

De este modo, a la hora de desarrollar el derecho a la intimidad, el TC dictaminó que existe un ámbito íntimo, esfera íntima, círculo íntimo o *intimsphäre* (la intimidad material u objetivamente entendida o ámbito objetivo de la intimidad), y el ámbito privado, esfera privada, círculo privado, vida privada o *privatsphäre* (el ámbito subjetivo de la intimidad o vida privada).

Por ello es que, en la jurisprudencia del TC (y del TS) —a consecuencia de la teoría de las esferas y del "derecho a la vida privada", tal como se le denomina en la tradición germana—, encontraremos el término "vida privada" en diversas ocasiones para hacer referencia al concepto amplio que engloba "el todo" (el término o zona más amplia que absorbe la zona más pequeña o íntima).

4.3. El "derecho a la intimidad" como concepto general

Por otro lado, junto a esa distinción de la intimidad que sigue la teoría de las esferas ("intimidad", como concepto o círculo estricto, y "vida privada", como concepto o círculo amplio), debemos distinguir el "derecho a la intimidad" como concepto general (que también ha sido, y es, usado indistintamente por el TC).

Así, el TC ha declarado que tanto la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la CE) como el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la CE) son "manifestaciones" del "derecho a la intimidad"[67]. En este caso, el tribunal se

[65] STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5º.

[66] Ibid.

[67] STC 141/1999, de 22 de julio, FJ 2: "Por lo que se refiere a las vulneraciones constitucionales, es preciso señalar que, aunque en la demanda se invoca la infracción del derecho

refiere al "derecho a la intimidad" (en general), donde entran todos aquellos derechos instrumentales que tienen por objeto proteger la intimidad (en un sentido amplio): la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, la protección de datos, etc.

En esta acepción del término "derecho a la intimidad", en el sentido amplio, la intimidad viene a identificarse con el derecho a la intimidad norteamericano (*right to privacy*), donde se engloban distintas modalidades o manifestaciones que vienen a proteger ese derecho: la intimidad (en general).

5. INTIMIDAD, PRIVACIDAD, PRIVACIDAD DE LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS EN EEUU

Como se ha expuesto, en Estados Unidos, el derecho a la intimidad (*right to privacy*) es un derecho sin reconocimiento expreso en la Constitución norteamericana, pero que la Corte Suprema de los EEUU ha ido construyendo progresivamente. Así, la Corte ha ido uniendo la existencia de un derecho constitucional a la privacidad a distintas enmiendas[68].

Entre las diversas manifestaciones de ese derecho a la intimidad, de esa *privacy*, tenemos, entre otras: aquella según la cual existe un ámbito privado libre de injerencias de terceros o del Estado (Katz v. United States); aquella relativa al área privada de la vida familiar y a la privacidad familiar (Moore v. City of East Cleveland); aquella relativa a la privacidad sexual e intimidad de las relaciones íntimas como parte del derecho a la privacidad (Lawrence v. Texas), etc.

A ellas se añade también la privacidad en su modalidad de derecho a decidir sobre un ámbito de la vida privada: decisión sobre el uso de métodos

---

a la intimidad (art. 18.1 C.E.) y del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.), nuestro análisis ha de centrarse en el último de ellos, al venir configurado el secreto de las comunicaciones como una de las manifestaciones del derecho a la intimidad". También, STC 22/2003, de 10 de febrero, FJ 2: "Conviene comenzar recordando la conexión que nuestra jurisprudencia establece entre la inviolabilidad domiciliaria y el derecho a la intimidad. Desde la STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2, hemos afirmado que la protección constitucional del domicilio es "una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona"".

[68] Para profundizar en las enmiendas a las que se ha ido uniendo según el caso enjuiciado, véase: M. N. SALDAÑA DÍAZ, "El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 279-312 (en especial, pp. 289 y ss.).

anticonceptivos (Griswold v. Connecticut), decisión de la mujer embarazada de llevar el embarazo a término o no (Roe v. Wade), etc. A esta modalidad se le ha denominado "privacidad 'decisional'" (*decisional privacy*)[69].

Además de esas modalidades de la intimidad, hay otra manifestación de la privacidad a la que debemos hacer referencia: la privacidad de la información (*information privacy*).

5.1. La privacidad de la información (*information privacy*)

La privacidad de la información (*information privacy*) ha tenido presencia en la doctrina de la Corte Suprema de EEUU, unida a otro concepto: la "divulgación de asuntos personales" (*disclosure of personal matters*).

El caso *Whalen v. Roe* (1977)[70] tuvo gran relevancia en este ámbito. El caso versaba sobre una ley del Estado de Nueva York que establecía la obligación de informar, recopilar y almacenar información sobre todas las recetas de algunos medicamentos (los detallados en la ley, que según ésta eran lícitos, pero peligrosos). Según la norma, los médicos debían informar sobre el nombre y apellidos del médico que hacía la receta; la farmacia donde iba a ser adquirido el medicamento; el fármaco recetado y la dosis; y el nombre y apellidos, dirección y edad del paciente. Toda esta información sería luego almacenada por el Departamento de Estado de Nueva York. La ley tenía por objeto combatir la prescripción excesiva de medicamentos que estaba contribuyendo a un mercado ilegal.

La Corte Suprema desestimó el recurso y declaró que no se vulneraba la privacidad. La decisión se basó en distintos fundamentos. El primer lugar, la Corte argumentó que la posibilidad de una divulgación accidental de información personal era un riesgo insuficiente para sostener que se había dado una invasión inconstitucional de la privacidad. Además, la intromisión en la privacidad por parte de los poderes públicos está justificada cuando exista un interés significativo por parte del Estado (lo que según la Corte se daba en este caso). Por último, esgrimió que la norma contenía sanciones por si había alguna divulgación, y que ello actuaría como medio disuasorio suficiente.

Lo más relevante en esta decisión es que la Corte afirmó que la privacidad estaba en juego, y se identificaron dos intereses de privacidad diferentes

[69] F. H. CATE, B. E. CATE, "The Supreme Court and information privacy", *International Data Privacy Law*, Vol. 2, núm. 4, 2012, pp. 255-267, p. 258.

[70] SCOTUS. Whalen v. Roe, 429 U.S. 589 (1977).

que podrían estar protegidos constitucionalmente: el interés de controlar la divulgación de asuntos personales y el interés de poder tomar ciertas decisiones personales libres de la influencia del gobierno. Así, se identificó "el interés individual en evitar la divulgación de asuntos personales" (*the individual interest in avoiding disclosure of personal matters*), algo que la privacidad protegida constitucionalmente incluye (aunque en este caso no se dieran los elementos suficientes para declarar que había una vulneración).

En ese caso de 1977, la propia Corte, que no era ajena a los problemas de la recopilación de información personal, expresó lo siguiente en su decisión: "no ignoramos la amenaza a la privacidad implícita en la acumulación de grandes cantidades de información personal en bancos de datos computarizados u otros archivos gubernamentales masivos. […] El derecho a recopilar y utilizar dichos datos para fines públicos suele ir acompañado de una obligación legal o reglamentaria concomitante de evitar divulgaciones injustificadas. […] sin embargo, el esquema legal de Nueva York y sus procedimientos administrativos de implementación evidencian una preocupación adecuada y una protección del interés del individuo en la privacidad"[71].

En el caso *NASA v. Nelson* (2011)[72] la Corte Suprema se encontró en una posición parecida a la del caso *Whalen v. Roe* (1977), y la decisión volvió a ser desestimatoria. Al igual que en aquel caso, declaró que la recogida de información personal por la NASA era lícita, al fundamentarse en un interés significativo y un fin legítimo y justificado por parte de la agencia espacial gubernamental.

Tanto en *Whalen v. Roe* (1977) como en *NASA v. Nelson* (2011), si bien no estimó el recurso y declaró no haber ninguna vulneración de la privacidad (en ambos casos se decidió que había un interés legítimo por parte del gobierno o Estado), lo más relevante es que la Corte Suprema abrió la puerta

[71] "*We are not unaware of the threat to privacy implicit in the accumulation of vast amounts of personal information in computerized data banks or other massive government files. The collection of taxes, the distribution of welfare and social security benefits, the supervision of public health, the direction of our Armed Forces, and the enforcement of the criminal laws all require the orderly preservation of great quantities of information, much of which is personal in character and potentially embarrassing or harmful if disclosed. The right to collect and use such data for public purposes is typically accompanied by a concomitant statutory or regulatory duty to avoid unwarranted disclosures. Recognizing that, in some circumstances, that duty arguably has its roots in the Constitution, nevertheless New York's statutory scheme, and its implementing administrative procedures, evidence a proper concern with, and protection of, the individual's interest in privacy. We therefore need not, and do not, decide any question which might be presented by the unwarranted disclosure*", Whalen v. Roe (1977).

[72] SCOTUS. NASA v. Nelson, 562 U.S. 134 (2011).

al derecho a la privacidad de la información (*information privacy*), haciendo mención expresa a éste en las sentencias[73].

Es necesario subrayar que el hecho de que la Corte haya abierto la puerta a este "derecho", pero aún no lo haya declarado como derecho en sí mismo (o, al menos, como manifestación del derecho a la privacidad), hace posible que toda esta información, sin importar cuán sensible o reveladora sea sobre la salud, las finanzas, los gustos o las convicciones de una persona, esté disponible para el gobierno sin límite constitucional[74]; así, la voluntad del gobierno no necesita ser razonable, no se necesita una orden judicial y no se requiere autorización judicial o supervisión[75]. Por ello, gran parte de la doctrina legal estadounidense ha considerado que la jurisprudencia sobre privacidad de la Corte Suprema es confusa e inconexa[76].

Por otro lado, en el caso *Carpenter v. United States* (2018)[77], la Corte declaró que el gobierno debe obtener una orden judicial de registro para poder acceder a registros y datos telefónicos de los dispositivos móviles como la ubicación del teléfono y, por ende, del usuario. En este caso, la Corte dictaminó que no se respetaba la "expectativa razonable de privacidad" (*reasonable expectation of privacy*), siguiendo el "test de Katz" (*the Katz test*) de 1967. Todo ello se basó en el derecho a la privacidad (general) que la Corte había consolidado en su doctrina hasta ese momento, y no en un "derecho a la privacidad de la información", que sigue negando su existencia. La sentencia, además, contó con cuatro opiniones particulares, que se mostraron desfavorables a la decisión (incluso a través del derecho a la privacidad)[78].

---

[73] Cabe mencionar que el magistrado (*Justice*) Antonin Scalia se mostró contrario a la sentencia de NASA *v. Nelson* (2011), y declaró, en su opinión particular, que la Corte debía haberse pronunciado expresamente en contra del reconocimiento del derecho a la privacidad de la información (*information privacy*), argumentando que "no se puede inventar un derecho constitucional de la nada" (*to invent a constitutional right out of whole cloth*). Dicha opinión particular se debió, en gran parte, a que la Corte, en el debate de la sentencia, se negó a pronunciarse sobre la no existencia de ese concepto que había empleado en sus sentencias.

[74] F. H. CATE, B. E. CATE, "The Supreme Court and information privacy", *International Data Privacy Law*, Vol. 2, núm. 4, 2012, pp. 255-267, p. 267.

[75] Ibid.

[76] F. H. CATE, B. E. CATE, "The Supreme Court and information privacy", *International Data Privacy Law*, Vol. 2, núm. 4, 2012, pp. 255-267, p. 266.

[77] SCOTUS. Carpenter v. United States, No. 16-402, 585 U.S. (2018).

[78] Dentro de la Corte Suprema de EEUU (SCOTUS), los magistrados (Justice) Antonin Scalia (en la Corte 1986-2016) y Clarence Thomas (en la Corte 1991-actualidad) se mostraron

Por tanto, como se desprende de la doctrina de la Corte Suprema de EEUU, parece que la privacidad de la información (*information privacy*) es un concepto que existe, y que, según defiende la doctrina —en contra de la posición de la Corte—, forma parte del derecho a la intimidad o privacidad, como una de sus diversas manifestaciones, como se ha venido analizando hasta ahora.

5.2. La privacidad de la información o privacidad de los datos

Tal como ha afirmado la doctrina estadounidense, la privacidad de la información (*information privacy*) "es el control que tenemos sobre la información sobre nosotros mismos"[79]; se caracteriza, así, por el control sobre el conocimiento de una persona. No se trata de controlar toda la información sobre uno mismo; también hay modulaciones: es posible que la persona consienta en que se conozca una información general sobre ella, pero no los detalles, y ahí es donde adquiere fuerza el control sobre la información[80]. Así, la privacidad de la información otorga el control sobre la información que nos permite mantener grados de intimidad[81].

---

muy reticentes a seguir desarrollando el derecho a la intimidad o privacidad, más allá de los casos en los que ya se había declarado que existía –uniendo ese derecho a la privacidad a distintas enmiendas–. Ambos magistrados formaron un frente en contra del derecho a la privacidad, y expresa y tajantemente en contra de un "derecho a la privacidad de la información" –algo muy visible, por ejemplo, en el caso NASA v. Nelson (2011), entre otros–. En la actualidad, el magistrado Clarence Thomas continúa con esa posición. Por su parte, el magistrado Neil Gorsuch (en la Corte 2017-actualidad), sucesor de Antonin Scalia, en lo que respecta a la interpretación constitucional, se posiciona en la doctrina del textualismo o literalismo (interpretación literal) y del originalismo (en contra de la doctrina de la constitución viviente o evolutiva), al igual que su predecesor. No obstante, en algunos de sus pronunciamientos anteriores a su nombramiento de magistrado de la SCOTUS, parecía mantener una posición intermedia en relación a la privacidad como derecho y en relación a la privacidad unida a la información personal.

[79] C. FRIED, "Privacy", *The Yale Law Journal*, núm. 77, 1968, pp. 475-493, p. 482: "*Privacy is not simply an absence of information about us in the minds of others; rather it is the control we have over information about ourselves*".

[80] C. FRIED, "Privacy", cit., p. 483: "*Privacy, thus, is control over knowledge about oneself. But it is not simply control over the quantity of information abroad; there are modulations in the quality of the knowledge as well. We may not mind that a person knows a general fact about us, and yet feel our privacy invaded if he knows the details*".

[81] C. FRIED, "Privacy", cit., p. 485: "*Privacy grants the control over information which enables us to maintain degrees of intimacy*".

En suma, la privacidad de la información, fue definida como autodeterminación de la información o autodeterminación informativa: "el reclamo de los individuos, grupos o instituciones de determinar por sí mismos cuándo, cómo y en qué medida se comunica la información sobre ellos a los demás" [82].

En este contexto, EEUU aprobó la *Privacy Act* de 1974, cuyo objeto fue establecer las normas y prácticas básicas en materia de información (datos) que regularan la recopilación, mantenimiento, uso y diseminación de la información sobre los individuos que estuviera en manos de los sistemas de registro de las agencias federales estadounidenses. La norma, por tanto, regulaba la privacidad de la información de los particulares en relación a la Administración federal norteamericana.

Posteriormente, se aprobaron otras leyes para proteger la privacidad de la información en distintos ámbitos: en el sector financiero —*Right to Financial Privacy Act* (RFPA) de 1978, *Financial Services Modernization Act* de 1999, *Fair and Accurate Credit Transactions Act* (FACTA) de 2003, etc.—, en el ámbito de la salud —*Health Insurance Portability and Accountability Act* (HIPAA) de 1996—, en lo que respecta a la genética —*Genetic Information Nondiscrimination Act* (GINA) de 2008— o en el sector de las comunicaciones electrónicas —*Cable Communication Policy Act* (CCPA) de 1984, *Electronic Communications Privacy Act* (ECPA) de 1986, *Telecomunications Act* de 1996, etc.—.

5.3. Privacidad (intimidad), privacidad de la información, privacidad en Internet y protección de datos

Con todo lo analizado hasta ahora, resulta claro que la denominada privacidad de la información (*information privacy*), privacidad informacional (*informational privacy*) o privacidad de los datos (*data privacy*) se encuentra localizada dentro del concepto norteamericano de derecho a la intimidad (*right to privacy*).

De este modo, en EEUU, la privacidad de la información (*information privacy*) no es un derecho fundamental —para la Corte Suprema de EEUU ni siquiera es un "algo", ya que no se ha pronunciado sobre este concepto

[82] A. F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, Atheneum, Nueva York, 1967, p. 7: "*the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others*".

ni siquiera como parte del derecho a la privacidad—. Además, se confunde muchas veces con el derecho a la privacidad (intimidad) que sí ha sido reconocido como un derecho constitucional por la Corte.

Desde el punto de vista comparado, el término estadounidense privacidad de la información (*information privacy*) sería el equivalente al término protección de datos (*data protection*) que se emplea en Europa y en la Unión Europea[83]; es decir, aquello relacionado con el tratamiento de información personal o datos personales.

No obstante esa equivalencia, como se ha analizado, la privacidad de la información no es un derecho en EEUU, y, en cambio, en la UE y en España la protección de datos sí está caracterizada como un derecho fundamental (aunque no nació como derecho fundamental).

Por ello es que la doctrina ha afirmado que, en algunos lugares del mundo, la protección de datos no es un derecho fundamental, como en el mundo anglosajón norteamericano, que se le niega tal naturaleza y que es concebido únicamente como un riesgo para la privacidad (intimidad)[84]. En EEUU, la privacidad de la información (protección de datos) no es un derecho; sino un instrumento o una herramienta que viene a proteger el derecho a la privacidad[85].

Por otro lado, junto a estos términos aparece también la "privacidad en Internet" (*Internet privacy*). Este concepto es un subtipo de la privacidad de la información (*information privacy*) o privacidad de los datos (*data privacy*), y supone la privacidad de la información sobre la persona en su contacto con la red o en sus relaciones y actividades digitales.

De este modo, la privacidad en Internet (*Internet privacy*) está localizada dentro de la privacidad de la información (*information privacy*), y ésta está localizada, a su vez, dentro del derecho a la intimidad (*right to privacy*).

Por su parte, a nivel legislativo, en EEUU la privacidad de la información personal tiene una regulación fragmentada (según el ámbito), sin existir

---

[83] Lo mismo ocurre con el día internacional que lo conmemora. En EEUU se conoce ese día como "Día de la Privacidad de la Información" o "Día de Privacidad de los Datos" ("*Data Privacy Day*" o "*Information Privacy Day*"), y, en la Unión Europea, "Día de la Protección de Datos" ("*Data Protection Day*").

[84] A. RALLO LOMBARTE, "El nuevo derecho de protección de datos", *Revista española de derecho constitucional*, núm. 116, 2019, pp. 45-74, p. 50. A modo de profundización: S. DAVIS, "Is there a right to privacy?", *Pacific Philosophical Quarterly*, vol. 90, núm. 4, 2009, pp. 450-475.

[85] Véase: A. POLO ROCA, "El derecho a la protección de datos personales y su reflejo en el consentimiento del interesado", *Revista de Derecho Político*, núm. 108, 2020, pp. 165-193, p. 171.

una norma básica que regule la privacidad de la información con carácter general y transversal (como el RGPD).

Por último, cabe añadir que actualmente varios Estados de EEUU están aprobando normas generales relativas a la privacidad de la información (protección de datos), que regulan la materia de manera transversal (impulsados, en gran medida, por el RGPD europeo). El primer Estado en hacerlo fue California en 2018 con la *California Consumer Privacy Act* de 2018 y la *California Privacy Rights Act* de 2020, y el segundo Estado Virginia con la *Consumer Data Protection Act* de 2021. De este modo, parece que con ello EEUU se comienza a alejar de la fragmentación normativa que ha existido en este ámbito.

6. EL "DERECHO A LA INTIMIDAD" Y LA PROTECCIÓN DE DATOS EN ESPAÑA

6.1. El término "privacidad" o "vida privada": la LORTAD (1992)

La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), la primera norma española relativa a la protección de datos, recogió lo siguiente en su exposición de motivos: "el progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, […] se habla de la privacidad y no de la intimidad: aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona […], la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global".

Resulta evidente que, en la LORTAD de 1992, encontramos una clara influencia de la teoría de las esferas (*Sphärentheorie*), ya que la norma recogió que la privacidad o vida privada (esfera privada o *privatsphäre*), es más amplia que la zona más íntima (esfera íntima o *intimsphäre*) —utilizando, incluso, la palabra "esfera"—.

Por su parte, el TC, en el año 1998, el TC declaró sobre la "libertad informática" y el derecho a la protección de datos que consagraba "un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona –a la privacidad–, 'pertenezcan o no al ámbito más estricto

de la intimidad'"[86]. Ello casa con lo recogido por la LORTAD y con la teoría de las esferas. Ese fundamento ("pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad") hace referencia a esa esfera íntima o *intimsphäre* ("ámbito más estricto de la intimidad") y a esa segunda esfera privada, vida privada o *privatsphäre* ("o no").

En estos casos se hablaba de privacidad o vida privada, haciéndole referencia a la segunda esfera, queriendo distinguirla de la primera esfera (zona íntima o esfera íntima), a la que también se le denomina intimidad.

No obstante ello, como se ha mencionado, la intimidad además de en su concepción de zona íntima o esfera íntima, también coexiste en su concepción amplia o genérica de intimidad en general (ambas concepciones usadas por el TC en sus pronunciamientos).

6.2. El término "derecho a la intimidad" como concepto general: LOPD (1999) y LOPDGDD (2018)

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), no tuvo exposición de motivos, por lo que no tendremos indicios claros de si el legislador seguía la tesis de su predecesora, la LORTAD de 1992.

No obstante ello, en la LOPD no encontramos el término privacidad ni una sola vez; sí, en cambio, el término intimidad, si bien solamente en dos ocasiones[87]. A ello se le añade, además, que en su artículo primero, se expresa que es objeto de la LOPD "garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e 'intimidad personal y familiar'". En el objeto de la ley, por tanto, se le hace referencia directa a la intimidad (no a la privacidad).

Del mismo modo, en la actual LOPDGDD de 2018 se hace referencia a la "intimidad" y al "derecho a la intimidad". En toda la norma, se encuentra latente la intención de proteger "la intimidad personal y familiar"[88].

---

[86] STC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5º, y STC 94/1998, de 4 de mayo, FJ 4º.

[87] Véanse: artículo 1 y Disposición adicional tercera de la LORTAD.

[88] Haciendo un análisis estrictamente lingüístico de la LOPDGDD, el término "privacidad" aparece tres veces (una vez en el artículo 49 y dos en la disposición adicional undécima); y el término "intimidad", en cambio, en dieciséis ocasiones (dos veces en el preámbulo, una en el artículo 83, una en el artículo 85, cuatro en el artículo 87, una en el artículo 88, una en el

6.3. La protección de datos en la CE: "derecho a la intimidad" como concepto general

En cuanto a la protección de datos, se desprende del mandato constitucional que "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos", tal como el constituyente de 1978 lo plasmó en el apartado cuarto del artículo 18 de la CE.

De este modo, tal como se deduce de ese artículo 18.4 de la CE, el derecho fundamental a la protección de datos parte del "honor y la intimidad personal y familiar". El "uso de la informática" ponía (y pone) en peligro "la intimidad personal y familiar"; es decir, la intimidad (art. 18.1 de la CE). Por tanto, lo que se quiso proteger en España es la intimidad, frente a la informática y su "uso torticero" (*sic*).

De ello se deduce que el elemento básico latente en toda esta cuestión es la intimidad misma, teniendo en cuenta, además, que la protección de datos deriva de la intimidad (como la inviolabilidad del domicilio, etc.), ya que su objeto es proteger la identidad e intimidad de una persona física.

En estos casos (LOPD, LOPDGDD y CE) se está hablando de la intimidad como concepto genérico, de la intimidad en general —no de la intimidad como sinónimo de la zona íntima o círculo íntimo—. Por ello, el TC declara que la protección de datos, además de derecho autónomo, es "un derecho instrumental […], un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor"[89] (intimidad, en general).

El término intimidad ha sido utilizado de forma indistinta para hacer referencia a ambos conceptos (a la "zona íntima" que está dentro de la "vida privada", y a la intimidad "en general" de la que forman parte distintos derechos instrumentales).

7. LOS PERFILES DEL "DERECHO A LA INTIMIDAD"

Como se ha expuesto, en la tradición estadounidense, de la construcción del derecho a la intimidad (*right to privacy*) que ha venido haciendo la Corte Suprema de los EEUU se desprende que tal derecho contiene: un ámbito pri-

artículo 89, una en el artículo 90, una en la disposición final décima, tres en la disposición final decimotercera y una en la disposición final decimocuarta).

[89] STC 76/2019, de 22 de mayo de 2019, FJ 5.º.

vado libre de injerencias de terceros o del Estado, el área privada de la vida familiar y a la privacidad familiar, la privacidad sexual e intimidad de las relaciones íntimas, el derecho a decidir sobre un ámbito de la vida privada o "privacidad decisional" (*decisional privacy*), etc. Y también la privacidad de la información (inexistente para la Corte, pero defendida por la doctrina y ubicada dentro del contenido del derecho a la intimidad).

De este modo, ese "derecho a la privacidad" (*right to privacy*) es un derecho constitucional o fundamental, construido jurisprudencialmente por la Corte, formado por muchos conceptos o manifestaciones de carácter instrumental para protegerlo (privacidad decisional, privacidad familiar, privacidad sexual, privacidad de la información, etc.), es decir, para proteger la privacidad del individuo de la invasión.

A su vez, mientras en EEUU la Corte Suprema de EEUU (SCOTUS) iba construyendo la noción de derecho a la intimidad (como derecho a la privacidad) a partir de la década de 1960 en adelante, en Europa, en Alemania, también se comenzó a desarrollar y construir la noción del derecho a la intimidad (como derecho a la vida privada). En este caso, se configuró como un derecho localizado dentro del derecho general a la personalidad (*das allgemeine Persönlichkeitsrecht*, APR), fundamentado en el libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 de la Ley Fundamental, GG) en relación con la dignidad de la persona humana (art. 1.1 de la Ley Fundamental, GG).

En esa construcción, se desarrolló la teoría de las esferas (*Sphärentheorie*): la "esfera íntima" (*intimsphäre*), la "esfera privada" (*privatsphäre*) y la "esfera individual o social" (*individualsphäre* o *sozialsphäre*); cada esfera con una protección jurídica distinta, gradualmente mayor, siendo la esfera individual o social (*individualsphäre* o *sozialsphäre*) la más cercana a la vida pública y, por ello, no estando protegida —salvo cuando se trate de informaciones falsas o lesivas del derecho al honor—.

Volviendo a la tradición anglosajona-estadounidense, tal como afirmaron Warren y Brandeis en su artículo, al aplicar el derecho a la privacidad, los tribunales debían (y deben) establecer una línea divisoria entre los asuntos públicos y los privados; así, se protegería sólo la información "relacionada con la vida privada, los hábitos, los actos y las relaciones de un individuo"[90], pero no ampararía prohibir "publicación de cualquier asunto que sea de interés público o general"[91]. Ello casa con la doctrina alemana de las esferas, ya

[90] S. D. WARREN, L. BRANDEIS, "The Right to Privacy", cit., p. 216.
[91] S. D. WARREN, L. BRANDEIS, "The Right to Privacy", cit., p. 214.

que, en ambas construcciones doctrinales, se da la existencia de una línea divisoria entre los asuntos privados y los públicos; siendo la esfera individual o social (*individualsphäre* o *sozialsphäre*) la que quedaría no amparada por la privacidad o intimidad (con la excepción mencionada).

En lo que respecta a España, el TC ha hecho una caracterización parecida del derecho a la intimidad, ya que, en sus pronunciamientos, ha establecido que el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la CE) o la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la CE) son manifestaciones del derecho a la intimidad[92].

Sin embargo, en la tradición española, debemos distinguir la intimidad como derecho genérico, donde entrarían las mencionadas, y la intimidad como sinónimo de "zona íntima" (esfera íntima o *intimsphäre*). Cuando el TC se refiere a que el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio o la protección de datos tienen carácter instrumental orientado a proteger la intimidad y que, por ello, forman parte de ésta, el tribunal está haciendo referencia a la intimidad como un concepto amplio, no a la intimidad como "zona íntima", esfera íntima, primera esfera o *intimsphäre*.

Esta es la acepción amplia que encontramos en la CE (art. 18.4) y los textos legislativos como la LOPDGDD, homólogo al derecho a la intimidad norteamericano (*right to privacy*) en el que la Corte incardina distintos aspectos de la intimidad (familiar, decisional, sexual, etc.).

En cambio, cuando se expone que la intimidad forma parte de la vida privada, y que ésta engloba aquélla, se está haciendo referencia al segundo concepto de la intimidad, a aquel con el que se pretende nombrar la esfera íntima o *intimsphäre* (primera esfera); como cuando el TC se pronunciaba sobre la protección de informaciones sobre la privacidad, "pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad" ("zona íntima")[93].

---

[92] STC 141/1999, de 22 de julio, FJ 2: "Por lo que se refiere a las vulneraciones constitucionales, es preciso señalar que, aunque en la demanda se invoca la infracción del derecho a la intimidad (art. 18.1 C.E.) y del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.), nuestro análisis ha de centrarse en el último de ellos, al venir configurado el secreto de las comunicaciones como una de las manifestaciones del derecho a la intimidad". También, STC 22/2003, de 10 de febrero, FJ 2: "Conviene comenzar recordando la conexión que nuestra jurisprudencia establece entre la inviolabilidad domiciliaria y el derecho a la intimidad. Desde la STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2, hemos afirmado que la protección constitucional del domicilio es "una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona"".

[93] STC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5º, y STC 94/1998, de 4 de mayo, FJ 4º.

Es por ello que, en la segunda concepción donde intimidad hace referencia a la esfera íntima o *intimsphäre* (y no al concepto amplio de intimidad), la doctrina ha afirmado que "la intimidad forma parte de nuestra privacidad, pero no al contrario. […] Nuestra intimidad puede ser desconocida incluso para las personas más próximas, mientras que la vida privada es compartida con ellas y pretendemos que esté protegida de la mirada de quien no forma parte de nuestro entorno personal" [94]. Ello es así, ya que, en este segundo significado, la esfera privada o *privatsphäre* (segunda esfera) es más amplia que la esfera íntima o *intimsphäre* (primera esfera), y por eso se dice que aquélla (esfera privada, denominada también vida privada) engloba a ésta (esfera íntima) [95].

De todo ello se deduce que el concepto de derecho a la intimidad norteamericano (*right to privacy*), donde se engloban todas las "intimidades" (familiar, decisional, sexual, etc.), como el concepto (amplio) de intimidad en España, donde, según el TC, también se engloban todas las "intimidades" (vida privada, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, etc.), ocupan el mismo espacio conceptual. Al igual que también lo hace la esfera privada o *privatsphäre* (segunda esfera) en la tradición alemana.

De este modo, la construcción que la Corte Suprema de EEUU ha venido haciendo sobre la privacidad (o intimidad) es conceptualmente el mismo que la del derecho a la intimidad (general) al que el TC hace referencia (ocupan el mismo espacio conceptual [96]): la intimidad personal y familiar, la toma de decisiones sobre la vida privada, la "intimidad" del domicilio (inviolabilidad), la "intimidad" de las comunicaciones (inviolabilidad), la intimidad respecto a las nuevas tecnologías y de la información personal (protección de datos), etc.

---

[94] J. A. DÍAZ ROJO, "Privacidad: ¿neologismo o barbarismo?", *Espéculo: Revista de Estudios Literarios*, núm. 21, 2002.

[95] Es por ello que en muchas ocasiones se ha afirmado que "intimidad no es privacidad", porque, cuando se hace tal afirmación, se hace referencia a que "el círculo íntimo no es el círculo privado (vida privada)". Sin embargo, intimidad y privacidad son el mismo concepto cuando se hace referencia a la intimidad, en general, como concepto amplio del que forman parte distintos derechos instrumentales (inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, etc.).

[96] De este modo, oraciones como "*choosing whether or not to have an abortion is a* privacy *issue*" o "*my secrets are parte of my* privacy" deberían traducirse como "elegir si tener o no un aborto es una cuestión de *intimidad*" o "mis secretos son parte de mi *intimidad*".

En suma, como ha expuesto Rallo Lombarte de modo brillante (afirmación que se secunda), estamos ante distintos "perfiles dogmáticos del derecho a la intimidad (*privacy*, en su acepción anglosajona; vida privada, en la tradición continental europea)"[97]. Estos conceptos constituyen distintos perfiles del derecho a la intimidad, pero todos ellos son intimidad, ese espacio privado reservado de la persona.

Con todo, es cierto que existen diferencias en torno al fundamento de este derecho fundamental; así, entre otras diferencias, la intimidad en EEUU se basa principalmente en la libertad, mientras que, en la tradición europea, su pilar principal es la dignidad humana[98].

Por otro lado, respecto a la protección de datos, la diferencia entre las tradiciones anglosajona y europea es mucho mayor que en lo que respecta únicamente al derecho a la intimidad. Tanto en la UE como en España se ha construido como un derecho fundamental, autónomo de la intimidad (si bien en sus inicios no lo era; no nació como derecho), pero, en la tradición anglosajona, la privacidad de la información (*information privacy*), o privacidad de datos, no es un derecho, sino un concepto instrumental orientado a proteger el derecho a la intimidad (*right to privacy*). Es más, para la Corte Suprema de EEUU, ni tan siquiera existe.

Así, en EEUU, la protección de datos o la privacidad de la información, viene a ser una manifestación más del derecho a la intimidad o privacidad (*privacy*); y la privacidad en Internet (*Internet privacy*), localizada dentro de la privacidad de la información, viene a ser un subtipo de esta manifestación o modalidad de la intimidad.

8. CONCLUSIONES

Con todo lo analizado, podemos deducir que, pese a la distinta evolución y construcción de la intimidad en la tradición anglosajona-estadounidense y en la europea, comparten un espacio conceptual. El derecho a la privacidad (*right to privacy*) —tradición anglosajona-estadounidense— y derecho a la vida privada (*right to a private life*) —tradición europea— son

[97] A. RALLO LOMBARTE, "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como Juez garante de la Privacidad en Internet", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 583-610, p. 583.

[98] Véase: J. Q. WHITMAN, "The Two Western Culture of Privacy: Dignity versus Liberty", *Yale Law Journal*, vol. 113, núm. 6, 2004, pp. 1151-1221, pp. 1160 y ss.

distintas formas o acepciones de referirse al derecho a la intimidad[99]. De este modo, sea denominado "derecho a la privacidad" (o privacidad), "derecho a la vida privada" (o vida privada) o "derecho a la intimidad" (o intimidad), estamos ante el mismo concepto, ante distintos perfiles del mismo concepto.

En EEUU, ese derecho a tener un ámbito privado, libre de intromisiones ajenas, es amparado por el derecho a la privacidad (*right to privacy*), un derecho construido por la Corte Suprema de EEUU, que engloba la privacidad decisional, privacidad familiar, privacidad sexual, privacidad de la información, etc.

A su vez, en España, ese derecho se denomina intimidad (en sentido amplio) que engloba todo aquello relacionado con la intimidad de una persona: la intimidad personal y familiar, la toma de decisiones sobre la vida privada, la "intimidad" del domicilio (inviolabilidad), la "intimidad" de las comunicaciones (inviolabilidad), la intimidad respecto a las nuevas tecnologías y nuestra información personal (protección de datos), etc. La intimidad es el fundamento ontológico básico de todos los demás.

Sin embargo, la influencia de la teoría de las esferas (*Sphärentheorie*) o círculos concéntricos ha hecho que el término intimidad también se use para referirse a esa zona íntima, círculo íntimo, esfera íntima o *intimsphäre*, que está dentro del concepto más amplio que es la zona privada, círculo privado, esfera privada o *privatsphäre* (vida privada).

De ello se deduce que el concepto estadounidense de derecho a la privacidad o intimidad (*right to privacy*) es lo mismo que el español derecho a la intimidad (en sentido amplio), ese derecho en el que están incardinados otros que vienen a ser manifestaciones de la intimidad (inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, protección de datos, etc.), y al que se hace referencia en el texto constitucional (art. 18.4) o en textos legislativos (LOPDGDD). La dicotomía terminológica que se da en castellano se debe a la influencia de las tradiciones alemana y estadounidense en el Derecho español.

Por último, el término estadounidense privacidad de la información (*information privacy*), o privacidad de los datos (*data privacy*), sería el equivalente, *mutatis mutandis*, al término protección de datos (*data protection*): todo lo relacionado con el tratamiento de información personal o datos personales

[99] Por ello es que *right to privacy* es traducido como derecho a la intimidad.

(con alguna matización). No obstante ello, su configuración constitucional difiere, ya que, en EEUU, la privacidad de la información no es un derecho (sino una herramienta que protege la privacidad general), y, en cambio, en la UE y en España, la protección de datos es un derecho fundamental autónomo (si bien vinculado directamente a la intimidad).

Andoni Polo Roca
Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia
Rampas de Uribitarte, 3
48001 Bilbao
e-mail: apoloro@icasv-bilbao.com

ISSN: 1133-0937
DOI: *https://doi.org/10.20318/dyl.2022.6884*

RECENSIONES

Leonardo GARCÍA JARAMILLO (ed. y trad.),
Ronald Dworkin: Una biografía intelectual
Trotta, Madrid, 2021, 315 pp.

VICENTE F. BENÍTEZ-R.
Universidad de La Sabana
Colombia

Palabras clave: Teoría jurídica, interpretativismo, biografía intelectual, derecho comparado
Keywords: Legal theory, interpretivism, intellectual biography, comparative law

Ronald Dworkin es, quizás, el filósofo del derecho más estudiado en nuestra región luego de la segunda mitad del Siglo XX. Sus obras más importantes no solo han sido traducidas al castellano sino que, además, han sido frecuentemente citadas por cortes constitucionales como la colombiana. Su pensamiento, sin duda, ha ejercido una influencia fundamental en cómo se entiende y aplica el derecho contemporáneo: la cultura jurídica latinoamericana ya se encuentra familiarizada con (y a la hora de examinar casos complejos recurre a) ideas centrales como la integridad del derecho, el derecho como una forma de argumentación moral, la tesis de una única respuesta correcta y la defensa del control judicial de constitucionalidad como consecuencia del derecho a ser tratado como un igual, por mencionar solo algunas de ellas.[1]

[1] Sobre la influencia de Dworkin en la transformación de la cultura jurídica de Colombia, véase a D. LÓPEZ MEDINA, *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana,* Legis, Universidad de los Andes y Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 2013., 436, 446, 452-459. Una búsqueda rápida en la página web de la Corte Constitucional de Colombia de enero 1 de 1992 a diciembre 14 de 2021, muestra que la palabra "Dworkin" se encuentra en 67 providencias proferidas por esa institución. Varias de ellas en sentencias importantes como la C-083 de 1995 (que reinterpretó el sistema de fuentes del derecho en Colombia) y la C- 1040 de 2005 (sobre la constitucionalidad de la reforma que permitió una reelección presidencial).

Ideas influyentes como estas, sin embargo, rara vez resultan ser el producto de una reflexión investigativa aislada del mundo y de una comunidad académica con la cual se pueda deliberar para poder refinarlas. Esto lo demuestra el reciente libro editado por el profesor Leonardo García Jaramillo, *Ronald Dworkin: Una Biografía Intelectual*. En esta antología se expone cómo un contexto social en el que el activismo de la Corte Warren aún estaba fresco en la historia de Estados Unidos y en el que los debates sobre los derechos estaban en la primera línea de la agenda pública por cuenta de eventos como la guerra de Vietnam, la despenalización del aborto o el florecimiento de movimientos sociales que revindicaban causas como las de las minorías sexuales y étnicas, contribuyó a forjar a Dworkin como intelectual público y académico (pp. 17, 28, 68, 70, 79, 171-172, 272). Pero, además de ello, Dworkin se benefició de un ambiente intelectual propicio a los dos lados del atlántico del norte global (en universidades de la costa este norteamericana y de Inglaterra); ambiente donde tuvo la oportunidad de confrontar sus tesis con titanes de la filosofía política y del derecho como Jürgen Habermas, Thomas Scanlon, Gareth Evans, Herbert Hart, Bernard Williams, Richard Posner, Cass Sunstein o Thomas Nagel, entre otros (pp. 123-130, 139, 165-172, 203-207, 233-235).

Estos planteamientos se desarrollan en una obra compuesta por una serie de materiales (algunos de ellos inéditos incluso en inglés) cuidadosamente elegidos, organizados y traducidos por el editor-traductor García Jaramillo. Estos materiales tienen una característica que vale la pena resaltar y que hace que la lectura sea interesante para cualquiera que encuentre en Dworkin un buen ejemplo de lo que debe ser un académico comprometido con los retos de su tiempo y con vocación de contribuir a su solución: no se trata de piezas académicas estrictamente hablando sino de discursos, crónicas, textos de homenaje, entrevistas y artículos de prensa escritos por el mismo Dworkin y por personas cercanas, como su segunda esposa, amigos, colegas, contradictores y estudiantes. Por ello, aunque es inevitable que elementos del corpus dworkiniano aparezcan frecuentemente a lo largo del libro (por la naturaleza misma de una biografía intelectual es imposible separar al autor de su obra), no es un texto "de" Dworkin sino "sobre" Dworkin, que narra la vida, el ascenso y las aventuras del héroe más famoso de la filosofía jurídica mundial de finales del siglo XX.

1. CUATRO ACTOS

El libro transcurre en cuatro actos. En el primero, el editor introduce con mucha precisión el género de las biografías intelectuales (tan poco conocido en nuestra lengua), explica (de la mano de conceptos clave) cómo dinámicas intelectuales y contextos sociales inciden en el pensamiento académico de personas como Dworkin y cómo debe adelantarse una investigación de este tipo y, además, examina el entorno académico y social en el que se desenvolvieron sus teorías. Con ese marco conceptual como base, los siguientes actos exploran tres momentos que conforman un arco que cubre toda la vida pública del autor norteamericano:

(i) *Pasado:* en la primera parte, denominada "Motivación de la Obra", se explican las razones, en palabras de Dworkin, que dieron origen a sus preocupaciones e inquietudes intelectuales (notablemente el dominio del positivismo y su incapacidad de responder a problemas sociales que se vivían desde la década de los sesenta en Estados Unidos y a la práctica del derecho que hacían los participantes de la comunidad jurídica de ese país);

(ii) *Presente:* la segunda parte contiene perfiles biográfico-intelectuales escritos por colegas, periodistas y estudiantes durante la vida de Dworkin. Se estudia el impacto de algunos aspectos de su experiencia personal en su pensamiento (como es el caso de su trabajo como asistente del juez Learned Hand, su paso por la firma Sullivan & Cromwell, la incidencia que su primera esposa, Betsy, tuvo en su decisión de iniciar como profesor en Oxford y Yale, y su posterior traslado a UCL y NYU, así como su –por momentos– turbulenta relación personal y académica con Herbert Hart). Así mismo, esta segunda parte examinan varias de sus tesis y su impacto en situaciones complejas del momento en Estados Unidos (como en las discusiones sobre aborto, eutanasia, o la presencia de la religión en la vida pública) y en otros países como Argentina (a propósito de la transición a la democracia, pp. 19, 186, 190-191), Suráfrica (luego de la caída del apartheid, p. 78, 200) y Colombia (en relación con la redacción de la Constitución vigente, pp. 173-177); y

(iii) *Legado:* la última parte del libro, "En memoria de Dworkin", reúne discursos y homenajes que se produjeron luego de su muerte. Allí no solo se confirma su altura intelectual sino que varios colegas, amigos, familiares, opositores y editores se refieren a su legado y

a cómo su constante presencia en la discusión pública (como sus acostumbrados escritos en el *New York Review of Books*) se echará de menos.

"Ronald Dworkin: Una Biografía Intelectual" ofrece varios argumentos muy persuasivos que invitan a su lectura. Para comenzar, se explora en detalle la vida de, posiblemente, el filósofo del derecho contemporáneo que renovó y le "dio color" a la filosofía jurídica de nuestros días (pp. 217 y 226). La forma en la cual esta vida pública dio forma a su pensamiento indudablemente permite entender de mejor forma sus tesis disruptivas –que pusieron en tela de juicio la teoría jurídica que había dominado el derecho por décadas– al hacer más humana y cercana una experiencia académica de carne y hueso (con triunfos y dudas). Además, trabajos como el de García Jaramillo son necesarios porque ofrecen una visión realista de autores ampliamente leídos, como Dworkin. En efecto, es difícil concebir la existencia de un autor influyente apartado de la realidad y de un mundo intelectual que incentive la producción de ideas originales. Tercero, todo esto se logra con recurso a un género académico poco conocido en la región y que merece mucha más atención. Finalmente, el libro reseñado muestra un ejemplo de cómo la función social de la labor académica, sobre todo en las ciencias sociales y humanidades, exige que filosofías, conceptos y doctrinas no puedan divorciarse de una reflexión práctica que ponga el quehacer académico en el centro de la discusión pública como motor de cambio social. Esa es una de las lecciones de la vida de Dworkin y su papel como pensador público que se involucraba en debates muy controversiales que tuvieron lugar a lo largo de su vida.[2]

2. DOS CRÍTICAS

Sin desconocer todas estas virtudes, considero que el libro podría haber ahondado más en dos puntos específicos. Uno de ellos se denominará el "problema de la causalidad". En diversos apartes del libro pareciera ser

[2] Sobre este punto, Robert Silvers, fundador y editor del *New York Review of Books*, diría de manera gráfica que "cuando se eleva la fiebre a nivel nacional, surge la amenaza de bloqueo de las principales arterias cívicas y observamos episodios de comportamiento bipolar en la presidencia, los editores desesperados claman: '¡Llamen al doctor Dworkin! ¿Podemos sacarlo de su quirófano en Washington Square para que atienda una consulta telefónica?'. Y siempre estuvo disponible, aunque la consulta fuera muy larga" (p. 214).

que Dworkin es solamente un producto de su tiempo, esto es, un actor pasivo cuyo perfil académico y público se construye por factores externos que, a su vez, el individuo afectado no puede alterar. En otras palabras, el libro podría interpretarse en el sentido en que una biografía intelectual conlleva una relación de causalidad unidireccional en la que la obra de un autor está completamente determinada por elementos sociales e intelectuales cuyo cambio, a su vez, está fuera del alcance del autor (ver pp. 17-33, 42, 131). A pesar de esto, una interpretación más robusta de una biografía intelectual puede pensarse no como pura causalidad unidireccional, sino como una suerte de *interacción* más compleja.[3] En esta interacción, si bien el espíritu de los tiempos incide en la forma en la cual los académicos tratan de buscar algún sentido a la complejidad del mundo que nos rodea, también se transforma radicalmente como consecuencia de acciones o ideas revolucionarias. En el caso de Dworkin, una posible interpretación del libro (especialmente de la introducción) diría que el declive del positivismo jurídico y del consecuencialismo abrió la puerta a su teoría (pp. 19-28). Sin embargo, parece más razonable pensar que, además de ello, obras como *Taking Rights Seriously* o *Law's Empire*, asestaron un golpe crítico formidable a esos dos paradigmas jurídicos y morales,[4] a la par que propusieron una teoría jurídica y moral alternativa no positivista (que no resultaba *iusnaturalista* tampoco).[5] En tal sentido, Dworkin fue un actor principal que contribuyó al cambio de sensibilidad jurídica y moral en la academia del norte global y a poner en tela de juicio comprensiones hegemónicas del derecho y la moral.

Un segundo punto tiene que ver con la tensión que puede haber existido en la vida de Dworkin sobre el alcance geográfico de sus teorías. En algunos pasajes del texto, se señala que los conceptos y las concepciones de Dworkin son perfectamente trasplantables a otras democracias liberales (más allá de Estados Unidos y el Reino Unido) y que, por ello, una biografía intelectual sería relevante para Iberoamérica (pp. 33-37, 40). Algunos hechos de la vida de Dworkin apuntarían hacia esa dirección: como ya se afirmó, el profesor estadounidense contribuyó de manera significativa con propuestas concre-

[3] En algunos apartados, el libro se aleja de esta lectura causal pura y, en algún punto, usa la expresión "interacción" que, a mi juicio, explica de mejor manera lo que significa una biografía intelectual (p. 31).

[4] Ese parece haber el sentimiento de angustia de Hart al intentar responder a las cada vez más sofisticadas publicaciones de Dworkin, según lo relata Nicola Lacey (pp. 119-130).

[5] Como señala Stephen Guest, el nivel de novedad de su obra impide clasificarlo en escuelas tradicionales de pensamiento jurídico y moral (p. 157).

tas para países del sur global como Argentina, Suráfrica y Colombia. No obstante, otros fragmentos del libro reiteradamente sugieren que Dworkin no tenía la pretensión de que sus argumentos fueran aplicables a democracias diferentes a las de Estados Unidos, el Reino Unido y Europa occidental (pp. 39, 41, 71, 94, 135, 203, 197-200).

Este escrito no pretende cerrar un debate muy complejo, pero lo que sí se puede asegurar es que el sur global –y más concretamente Latinoamérica– es una región del mundo con una identidad/tradición política y jurídica específica y con problemas propios[6] (como la terrible desigualdad socioeconómica y un poder ejecutivo exacerbado, problemas que, de cualquier modo, cada vez van ganando más terreno incluso en el norte del globo). Como varios han advertido, esta zona del mundo difícilmente puede encajar, sin ninguna fricción, en el modelo de democracia liberal del norte global.[7] Y está bien que no encaje considerando los peculiares retos a los que nos enfrentamos y frente a los cuales o bien la democracia liberal no dice nada, o dice algo, pero no lo suficiente y, por esto, debe extrapolarse y aclimatarse a nuestros contextos.[8] En ese marco, vale preguntarse: ¿cómo luce una novela en cadena en el sur global? ¿puede Hércules trabajar en situaciones de estrés constitucional, político y social? ¿Cómo se vería la tesis de la respuesta correcta en un contexto de exclusión social profunda? En último término y en momentos en los que ya ha habido una transformación radical de la cultura jurídica positivista en varios países de Latinoamérica, gracias parcialmente a Dworkin, ¿sigue siendo relevante su obra para combatir problemas que quizás no se solucionan únicamente con la construcción de teorías de la interpretación y morales?

Aún más, las pocas incursiones de Dworkin en el sur global parece haberlas hecho, parafraseando a William Twining, en sus términos, en su terreno liberal (p. 38). Siguiendo la útil clasificación para cartografiar las relaciones entre el norte y el sur globales en el derecho comparado sugerida por

[6] Sobre la existencia de una tradición jurídica latinoamericana, diferenciable de las tradiciones de derecho común, continental e híbrido, véase a D. LÓPEZ MEDINA, The Latin American and Caribbean legal traditions. Repositioning Latin America and the Caribbean on the contemporary maps of comparative law. En: *The Cambridge Companion to Comparative Law* (Mauri Bussani y Ugo Mattei, eds.), CUP, 2012, 344-366.

[7] Ese es el espíritu general de los capítulos del libro editado por Ph. DANN, M. RIEGNER y M. BÖNNEMANN (eds.), *The Global South and Comparative Constitutional Law,* OUP, 2020.

[8] Ver la interesante discusión que propone T. ROUX, *'The Global South and liberal constitutionalism: incommensurable opposites?',* AUSPUBLAW (2 de julio de 2021) *https://auspublaw.org/2021/07/the-global-south-and-liberal-constitutionalism-incommensurable-opposites/*

Philipp Dann y sus coautores, es muy posible que Dworkin pensara en su teoría como un constitucionalismo *para* el sur global, es decir, no como un constitucionalismo *con* o *desde* el sur global.[9] Una muestra de ello es el interesante texto del exmagistrado Manuel José Cepeda (pp. 173-177) que relata la influencia de Dworkin en la redacción del principio/derecho a la igualdad en el texto constitucional colombiano de 1991. Más que una relación de diálogo, lo que se presentó fue una explicación profesoral de Dworkin a Cepeda (y a Colombia también: un país que nunca pisó en su vida) sobre cuál era la mejor estructura y redacción del artículo constitucional sobre igualdad, todo a partir de casos proferidos por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos y sin conocer los significativos desafíos en términos de marginalización socioeconómica y pluralidad cultural que debió enfrentar la asamblea nacional constituyente cuando redactó dicha disposición. Todo ello refuerza la pregunta de la relevancia de alguien como Dworkin y su vida que, en ocasiones y en los tiempos que corren, puede sentirse lejana.

En cualquier caso, *Ronald Dworkin: Una biografía intelectual*, es un excelente libro con una rigurosa selección y traducción de textos escritos por académicos y periodistas muy prominentes que ahondan en la vida y obra de una figura de la filosofía jurídica y del constitucionalismo mundiales. Es un texto que nos enseña, también, que las ideas provienen de personas situadas en un entorno que las afecta, ideas que su comprensión, en su mejor luz, se trunca si no se atienden a estas circunstancias contextuales.

VICENTE F. BENÍTEZ-R.
Universidad de La Sabana
Colombia
e-mail:vicente.benitez@unisabana.edu.co

[9] Ver a Ph. DANN, M. RIEGNER y M. BÖNNEMANN (eds.), *The Global South and Comparative Constitutional* Philipp Dann, Michael Riegner y Maxim Bönnemann, The Southern Turn in Comparative Constitutional law, cit, pp. 11-14.

Andrea PORCIELLO,
***Diritto e morale: tre questioni. Scorci di teoria del diritto*,**
Edizioni ETS, Pisa, 2021, 215 pp.

Jesús Ignacio Delgado Rojas
Universidad de Sevilla
http://www.orcid.org/0000-0002-3818-5990

El libro que me propongo reseñar es una excelente aproximación a temas que son nucleares de la teoría y filosofía del Derecho, ya clásica, ya contemporánea. Y lo es, a mi modo de ver, por tres motivos principales: por la importancia de las cuestiones que abarca, por la capacidad argumentativa con que se exponen y por la claridad con que se muestran.

En efecto, la obra del profesor Andrea Porciello, *Diritto e morale: tre questioni. Scorci di teoria del diritto*, ofrece un recorrido panorámico sobre los tópicos medulares que vertebran la entera historia de la filosofía del Derecho. El autor dibuja, con mano maestra, un mapa certero de los interrogantes del pensamiento iusfilosófico que han ocupado a los juristas durante más de dos mil años. Como señala el profesor Javier Ansuátegui, quien prologa la obra, Porciello se adentra en el Cabo de Hornos iheringiano por el que tarde o temprano ha de navegar cualquier filósofo del Derecho. En este sentido, el libro del catedrático de Filosofía del Derecho de la *Università degli studi Magna Græcia di Catanzaro* viene a incursionar en el sempiterno tema de las relaciones entre el Derecho y la moral: que, como apuntara hace años Francisco Laporta, no es *un* tema más de la Filosofía jurídica, sino que es *el* lugar donde la Filosofía del Derecho *está.* Tan pronto como un jurista se planta ante un problema filosófico-jurídico está pisando ya ese terreno fronterizo ubicado entre la moral y el Derecho. La relación entre la moral y el Derecho es como la definición del propio ámbito de reflexión de la disciplina iusfilosófica, su seña de identidad. El objeto de estudio y razón de ser –por decirlo brevemente– de nuestra asignatura.

No sólo se ocupa Porciello de la tensión entre el Derecho y la moral. Pero la centralidad de esta relación hace que, dependiendo de la postura que

ISSN: 1133-0937
DOI: *https://doi.org/10.20318/dyl.2022.6886*
DERECHOS Y LIBERTADES
Número 47, Época II, junio 2022, pp. 349-355

adoptemos en función de la naturaleza de ambos sistemas normativos, de ella se vayan a derivar otras tantas consecuencias que afectan a la práctica jurídica, al ámbito de la interpretación, al de la aplicación o la argumentación. Por ello estamos ante un libro que no se limita a examinar exclusivamente la relación entre el Derecho y la moral, sino en el que también se encaran problemas relacionados con el estatuto científico del Derecho o la neutralidad de la ciencia jurídica, la caracterización del quehacer del jurista o la dimensión interpretativa y argumentativa del Derecho.

Por lo dicho hasta ahora se puede intuir ya que el libro es, en segundo lugar, sugerentemente propositivo y no meramente expositivo: su autor, además de mostrarnos las posturas clásicas de teóricos ya consagrados, interviene también a menudo con voz e ideas propias, como si se sintiera tentado a participar críticamente en los debates. Con ello, Porciello confirma su erudición de los temas tratados, y además se apoya en las argumentaciones rigurosas que tiene a su alcance como buen conocedor de la historia del pensamiento jurídico y político. Por las páginas de esta monografía desfilan, nada menos, figuras centrales como Hart, Ross, Bobbio, Alexy, Fuller, Taylor, Rawls, Mill o Devlin.

Y ya, en tercer lugar, el libro cuenta con el mérito de una notable claridad y concisión en su exposición: su extensión es la adecuada para no resultar abrumador ni dejar lagunas en el tratamiento de los temas. Irremediablemente podrán hallarse cuestiones que no hayan sido abordadas con mayor detenimiento, pero la selección de temas y su tratamiento son, desde luego, suficientes y adecuados para el objetivo perseguido. Su tono es ameno y su estilo, llano, sin tecnicismos innecesarios. Se augura, pues, una agradable lectura de resultado muy provechoso.

Desde el inicio de la obra, Porciello deja clara su intención: "explorar y profundizar en la cuestión filosófico-jurídica por excelencia, la relativa a la relación entre el Derecho y la moral. La idea que sustenta todo el trabajo es que esta relación se puede, a su vez, descomponer en algunos temas más específicos, conectados pero conceptualmente independientes, que permiten, y de hecho exigen, un tratamiento autónomo" (p. 17).

La Parte I, titulada *l'individuazione di tre questioni,* contiene un único ensayo dedicado a las relaciones entre el Derecho y la moralidad. En esta Parte, Porciello analiza los propios vocablos en tensión, y reconoce hasta cinco sentidos posibles con los que usamos la palabra "moral" y otros tres con los que empleamos el término "Derecho". Continua abordando la naturaleza de la

relación entre el Derecho y la moral como sistemas normativos, sus conexiones y distinciones, la cuestión de la neutralidad de la ciencia jurídica y la problematización y posibilidad del Derecho injusto, donde la referencia a Radbruch es insalvable. La realidad evidencia que las elaboraciones que hoy se ensayan en nuestros Ordenamientos jurídicos –coincido con Porciello– son más complejas que aquellos esquemas que pretenden reducir el Derecho y la moral a compartimentos estancos excluyentes. El llamado neoconstitucionalismo –como paradigma o mejor reconstrucción iusfilosófica del Estado constitucional– iría precisamente en esa dirección de reconocer la existencia de relaciones, más que de separaciones, entre ambos órdenes normativos. El Derecho de las sociedades democráticas avanzadas *necesita* de la conexión entre el Derecho y la moral. Si bien la última palabra que resuelva la eterna tensión entre el Derecho y la moral a nivel conceptual no pueda decirse, sin embargo, "desde la posguerra, y esperemos que por mucho tiempo, el paradigma jurídico preeminente en la cultura occidental es el constitucional, en el que el Derecho y la moral, después de un largo vagar distantes, finalmente se reencuentran" (p. 44). Finaliza Porciello esta Parte dejando apuntada una cuestión que retomará hacia el final de la obra, la *questione dell'imposizione della morale attraverso il diritto*. Se ocupa el profesor italiano del espinoso asunto del moralismo legal y se pregunta si es deber del Derecho, principalmente del Derecho penal, imponer la moralidad dominante de la comunidad.

Porciello dedica los tres ensayos que integran la Parte II de su monografía a la cuestión metodológica. En el primero, *H.L.A. Hart e il metodo positivista nel paradigma costituzionale*, se ponen sobre la mesa las múltiples dificultades que tuvo que enfrentar el viejo positivismo jurídico para mantenerse con vida tras la irrupción del paradigma constitucional en la etapa posbélica. Aquí Porciello descarta los dogmatismos que nos conducirían a valorar modelos teóricos en abstracto, y opta –acertadamente en mi opinión– por poner en relación siempre cualquier valoración que se haga con la tradición o sistema jurídico real de referencia. En nuestro caso, podemos convenir con Porciello, el análisis de las propuestas teóricas no puede perder de vista su inserción en una democracia constitucional, pues este modelo de organización política y jurídica "ha negado y superado el positivismo jurídico, resultando mucho más adecuado para dar cuenta de las prácticas que se realizan en ese modelo y de las dinámicas conflictuales típicas que se producen en las sociedades de la era del constitucionalismo" (p. 57). Los otros dos ensayos de la Parte II, *Alf Ross e l'epistemologia giuridica* y *Norberto Bobbio e la giurispruden-*

za come "vera" scienza, están dedicados a la forma en que el mayor exponente del realismo jurídico escandinavo y el gran maestro italiano concibieron la idea de ciencia jurídica.

La parte III del volumen está dedicada a la *questione definitoria*: rastrea Porciello la posibilidad de que, en la definición de lo que el Derecho sea, entren en juego no solo los elementos que tradicionalmente ha incluido el positivismo como conceptos jurídicos fundamentales (fuerza, autoridad, legitimidad, reglas), sino también otros de naturaleza moral. Y aquí Porciello se hace acompañar de los dos –seguramente– más importantes críticos del positivismo del siglo XX, dedicándoles a cada uno un capítulo: *Robert Alexy e la dimensione ideale del diritto* y *Lon L. Fuller e la moralità del diritto*. Tanto Fuller como Alexy se han mostrado a favor de la tesis de lo que el Derecho "es" implica necesariamente la referencia a lo que "debería ser". O dicho de otro modo, una definición completa del Derecho necesita hacer alusión, también, a una dimensión ideal (según Alexy) o a una estructura que es internamente moral (según Fuller, a quien Porciello reconoce –pese a no ocupar el lugar destacado que merece– como "uno de los más eminentes y originales filósofos del Derecho del siglo XX", p. 132).

Finalmente, la Parte IV, que consta de dos ensayos, está dedicada a la *questione sociale*, esto es, a la relación entre el Derecho y la moral positiva, el campo de batalla –si se me permite la expresión– donde ambos órdenes se enfrentan en la práctica. Andrea Porciello muestra en estos dos últimos capítulos cómo algunas dimensiones de los problemas teóricos, examinados en las partes anteriores del libro, se manifiestan en el funcionamiento concreto de los grupos sociales. De esta manera, se centra tanto en el análisis de la relación entre el individuo y la comunidad como en la reflexión sobre la imposición de la moral social dominante o mayoritaria a través del Derecho. Estos temas revelan, sin duda, cuán cerca se halla la teoría jurídica de la filosofía moral y política. En el primer ensayo de esta Parte, *Taylor, Rawls e i rischi dell'omologazione sociale*, Porciello pone en discusión a estos dos autores acerca de sus diferentes formas de concebir las ideas de identidad y de sociedad y el papel que en ellas juega el Estado. La postura individualista será ejemplificada en la estela del liberalismo clásico contractualista de John Rawls y la aproximación comunitarista, de inspiración aristotélica, se apoyará en Charles Taylor. Porciello propondrá finalmente una solución intermedia bastante próxima a la expresada por el filósofo alemán de *Facticidad y validez*, "una forma de universalismo, el de Habermas, sensible a las diferencias

y dispuesto a fomentar la inclusión del 'otro' sin ceder a la tentación de la asimilación y la homogenización" (p. 179). Cualquier proceso de integración en sociedades multiculturales, con concepciones del bien diferentes e incluso opuestas, debe contar con "todos los medios disponibles a su alcance, tanto del Derecho, como de la política y, especialmente, de la educación en el valor de la diferencia, con el fin de enseñar a las nuevas generaciones la riqueza que porta la diversidad" (p. 182).

Con el segundo ensayo de esta Parte y último del libro, *Patrick Devlin e il populismo penale contemporaneo*, me parece que Porciello llega al corazón mismo de la tensión entre el Derecho y la moral. Es este texto el que, en mi opinión, había venido fraguándose a lo largo de toda la obra y permite concluirla con una mirada práctica que revela la importancia de la cuestión. Se analizarán dos importantes debates iusfilosóficos: El primer debate que nos trae Porciello arranca con John Stuart Mill y su *On liberty* (1859), y la respuesta que a éste da Fitzjames Stephen, afamado juez de la Corte Suprema inglesa y tío de la escritora Virginia Woolf, en *Liberty, Equality, Fraternity* (en 1873, coincidiendo con la muerte de Mill). Polémica que vuelve a revitalizarse, casi un siglo después, en Inglaterra con las obras de H.L.A. Hart (*Law, Liberty and Morality*) y Patrick Devlin (*The Enforcement of Morals)*, tras la publicación del Informe Wolfenden en 1957 que recomendaba la despenalización de la homosexualidad. Las posturas en liza se pueden reconducir, por un lado, a las tesis moralistas defendidas por Stephen y Devlin, para quienes la sociedad, en aras de preservar la moralidad como comunidad de ideas y creencias compartidas que mantiene cohesionados a sus miembros, puede legislar en contra de las conductas inmorales que pongan en peligro la estabilidad de la moral comunitaria, aunque los comportamientos *viciosos* de un individuo no causaran daño a ningún tercero. Por otro lado, para Hart, alineado con Mill, condenar comportamientos por el mero hecho de ser inmorales pero que no causan daño a otros, es una interferencia intolerable del poder político y de la sociedad en la esfera privada de los individuos.

Las tesis de Stephen y Devlin, como bien ha visto Porciello, son la "quintaesencia tanto del moralismo jurídico como del populismo penal" (p. 230). Ellos verían con agrado que los sentimientos de intolerancia, indignación y repugnancia del pueblo guiaran la tarea del legislador penal y que aquello que desagrade a la mayoría se convirtiera en delito. El *hombre del autobús de Clapham* (metáfora que utilizó Devlin para ejemplificar al hombre medio, al buen padre de familia) es el que nos da muestra de esos sentimientos de

disgusto. No hay más que escuchar al conductor de autobús y trasladar su sentir al Derecho. Como reconstruye Porciello, "para Devlin, actuar democráticamente significa tomar decisiones teniendo siempre muy en cuenta la voluntad (moral) de la mayoría" (p. 195). El problema es que el *hombre del autobús de Clapham* puede tener más prejuicios que los que desearíamos en un legislador racional. El disgusto, la aversión o la desaprobación para legislar son peligrosos. Son malas razones para coartar la libertad humana. Y mantener hoy este populismo punitivo, que considera que los sentimientos de repulsión son una buena base para la legislación penal, resulta problemático:

> "Cualquier cosa puede convertirse en un delito, incluso una inocente relación amorosa consentida entre dos hombres completamente pacíficos. El único límite que encuentra el Derecho estaría constituido por el carácter social, es decir, por lo que, en un momento histórico determinado, cree la mayoría de las personas (sobre todo desde el punto de vista moral), o quizás sería más adecuado decir lo que esa mayoría 'cree creer'. Si nuestras sociedades estuvieran pobladas por ángeles, la creencia de Devlin en su prójimo, el hombre medio, no sería motivo de preocupación. El problema es que el buen padre de familia, al igual que el conductor de autobús o el propio miembro del jurado, puede expresar su repulsa e intolerancia a cualquier comportamiento, frente a cualquier minoría, sin límites" (pp. 234-235).

Huelga decir –como nos ha insistido Porciello a lo largo de su obra– que todo Ordenamiento jurídico está inspirado en una serie de valores y principios morales (su ética pública). El Derecho, por tanto, no es neutral al incorporar ese conjunto de valores e intereses desde el mismo momento en que se opta por el Estado social de Derecho y no por otro modelo. Detrás del Derecho estatuido por ese Estado hay una concepción del mundo, hay unos valores y no otros y hay una apuesta por el papel central que ocupa en ese Estado el ser humano autónomo, subrayando la importancia de un trato imparcial dado a todas las personas en pie de igualdad cuando adoptan decisiones que tienen que ver con sus proyectos de vida buena, de florecimiento humano o de excelencia personal. Por ello, los debates Mill-Stephen y Hart-Devlin no versan sobre si hay que expulsar del Derecho todo contenido moral, no se trata de *amoralizar* el Derecho (algo por otra parte imposible e indeseable en nuestros Estados constitucionales), sino de señalar qué principios o qué pautas morales deben incorporar las leyes: porque lo que no está tan claro es que estos valores tengan que ser los de la moral mayoritaria; o al

menos no deberían imponerse a través del Derecho de una forma tan automática como Devlin presuponía.

En definitiva, vemos que son cuestiones intrincadas que no tienen fácil respuesta (y, desde luego, no tienen una única). Pero el mérito de Porciello es presentarlas con rigor y seguir discutiéndolas. He aquí una obra de gran calidad. No se trata –como nos pretende engañar Porciello con su título– solo de "*tre questioni*", sino de un conjunto amplio y profundo de temas que interesarán tanto a principiantes como a lectores ya iniciados en la filosofía jurídica, tanto a profesores como a estudiantes universitarios. Desde luego, no es nada frecuente poder disponer de una obra que rescate, con tanto acierto, los temas básicos de la filosofía del Derecho. Y menos frecuente es que se haga poniendo el acento en torno a temas que, siendo clásicos, como el del moralismo legal, no han perdido un ápice de actualidad e interés para nuestras sociedades abiertas y diversas. Me permito, pues, recomendar vivamente el libro *Diritto e morale: tre questioni. Scorci di teoria del diritto*, del profesor Andrea Porciello, en el buen convencimiento de que su lectura no defraudará. Avanti!

Jesús Ignacio Delgado Rojas
Universidad de Sevilla
e-mail: jdrojas@us.es

ISSN: 1133-0937
DOI: *https://doi.org/10.20318/dyl.2022.6886*
DERECHOS Y LIBERTADES
Número 47, Época II, junio 2022, pp. 349-355

Nuria BELLOSO MARTÍN (Dir.), Rafael Mario IORIO FILHO y Adriano MOURA DA FONSECA PINTO (Coords.),
***Sociedad plural y nuevos retos del derecho*,**
Aranzadi Thomson Reuters, 2021, 603 pp.

David Carrizo Aguado
Universidad de León

Palabras clave: derechos humanos, globalización, derechos fundamentales, sostenibilidad ambiental, realidad digital
Keywords: human rights, globalisation, fundamental rights, environmental sustainability, digital reality

En las últimas décadas, las guerras, las desigualdades sociales, la crisis ecológica, y los profundos cambios sociales, así como la «sempiterna» pandemia originada por la COVID-19, han hecho que se extienda cada vez más la exigencia de avanzar hacia una justicia global. Aprender a convivir con los demás de manera pacífica representa uno de los principales retos para los sistemas jurídicos actuales. A este respecto es de vital importancia incrementar la sensibilización, en particular a los jóvenes, respecto de la importancia de comprometerse con el diálogo intercultural en su vida diaria, fomentar el papel de la educación como vector importante de aprendizaje de la diversidad, mejorar la comprensión de otras culturas y el desarrollo de capacidades y buenas prácticas sociales, y destacar el papel central de los medios de comunicación en la promoción del principio de igualdad y comprensión recíprocas.

Sin lugar a dudas, desarrollar una ética global para socializarnos en la humanidad, así como nuevos elementos normativos junto con la universalización de los Derechos Humanos a la vez que satisfacer las necesidades básicas y las potencialidades de desarrollo y decisión de las personas, en un modelo de desarrollo que no esté disociado de su contexto humano y cultural, fortalece a la sociedad civil. Atender al principio de sustentabilidad y

cuidar el uso de los recursos limitados además de actuar sobre las raíces de los conflictos, y no sólo sobre sus manifestaciones, potencia la prevención de estos y, claramente coadyuva a la construcción de la paz.

Asimismo, la cohesión social, la participación en la vida democrática, la educación en el respeto a la diversidad sexual, cultural, moral y religiosa de todos son elementos que exigen una educación cívica. De hecho, las sociedades democráticas necesitan ciudadanos reflexivos, ciudadanos que sepan construir su propia opinión y que participen activamente en las decisiones sociales. Esto es, que sean miembros conscientes y activos de una sociedad en la que deben conocer sus derechos y deberes públicos.

La grandilocuente obra que el lector tiene en sus manos está dividida en cuatro bloques claramente diferenciados. El primero de ellos "Antecedentes históricos de los desafíos para el derecho" está encabezado por el capítulo *Hábitos de la vida saludables y perennes de la antigua sociedad romana* a cargo de la Dra. Vallejo Pérez en el que se tratan cuestiones de gran calado tales como la práctica deportiva y el cuidado y el aseo personal de las mujeres en Roma, la lactancia, el consumo de aceite de oliva y vino junto con la riqueza cultural de la dieta mediterránea. La Profa. Vallejo destaca el papel activo de la mujer en la *praxis* deportiva, así como la importancia que suponía en la Roma antigua el cuidado y el aseo personal, tanto por cuestiones sociales, éticas y/o morales. En torno a la lactancia, la autora hace alusión a la importancia que tenían en la sociedad romana las nodrizas. Realiza una interesante reflexión en torno a la dieta mediterránea al hilo de la presencia del aceite de oliva y vino en las costumbres culinarias romanas y su reflejo en la cultura actual.

El segundo de los capítulos viene de la mano del Catedrático de Historia del Derecho, el Dr. González Díez. A tenor del título del mismo, el lector se encuentra con un exhaustivo análisis de los derechos en Indias entre 1500-1555. El Prof. González hila de manera prodigiosa unas magníficas conclusiones, constituyendo germen central, el postulado basado en que los indios se sitúan en el centro de la atención legal y como sujetos jurídicos con derechos y obligaciones; sin obviar el papel fundamental de las denuncias y sucesivas quejas de orden eclesiástico.

Como continuación a este minucioso estudio, en el capítulo tres, en el marco del II bloque de la obra "Retos en el ámbito de los Derechos Humanos", el Prof. Prieto Álvarez con un sugestivo *título El gran desafío del derecho en el siglo XXI: su respuesta a la pretensión de entronizar a la autonomía personal frente a la dignidad humana. El caso de la prostitución*, evidencia al lector

una de las grandes lacras latentes en nuestra sociedad actual. El autor manifiesta brillantemente que el Derecho pierde su humanidad cuando en él, la dignidad humana ve amenazada su posición matricial o su sentido ontológico y objetivo (pág. 123). Además, denota que, lograr un ambiente público moralmente sano no es un ejercicio de paternalismo estatal, sino de responsabilidad sobre el bien común de toda la sociedad. En las cincuenta y una páginas de extensión del capítulo impera la idea de quiebra del Estado de Derecho a pesar de que la prostitución se materialice de manera voluntaria, pues el Estado está llamado, fundamentalmente, a preservar la dignidad de las personas en sus relaciones interpersonales.

El cuarto capítulo rubricado por el Dr. Santamaría describe la incorporación del llamado discurso de odio como un límite a la libertad de expresión, mostrando que ese concepto originalmente proviene del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y cómo posteriormente se ha incorporado a la jurisprudencia de diversos Tribunales constitucionales europeos, entre ellos el español. Como corolario el autor entiende que, las consecuencias de la incorporación de la libertad de expresión e información en nuestro ordenamiento jurídico no son una peculiaridad de nuestro sistema, sino que se producen en cualquier ordenamiento en el que estas libertades sean consideradas un derecho fundamental.

El capítulo cinco, hace muestra de la universalidad del derecho a la protección de la salud. El Dr. Delgado del Rincón aclara que, para garantizar y hacer efectivo el derecho a la protección de la salud, los poderes públicos se valen de la creación y organización de un sistema sanitario. El autor apuntala el estudio con una primera aproximación de la evolución que ha seguido el modelo sanitario español desde el primer tercio del siglo XX hasta el momento actual. Posteriormente, aborda el examen del derecho a la protección de la salud como derecho humano, para así concluir con una clara argumentación de cómo el carácter universal del derecho se ha visto limitado en nuestro ordenamiento por su naturaleza jurídica como derecho social y de libre configuración legislativa. Conviene poner de manifiesto la claridad con la que el Prof. Delgado finaliza su investigación al afirmar que, es prácticamente imposible proporcionar una atención sanitaria pública integral y gratuita a toda persona que se halle en el territorio nacional por el hecho de serlo, pues, pese al carácter universal del derecho a la protección de la salud en la práctica está condicionado por el desarrollo efectuado por el legislador nacional según su naturaleza de derecho social, el estatus de la nacionalidad y de la residencia legal y las circunstancias económicas.

Sumergiéndose en el ámbito de la libertad condicional en el sexto de los capítulos, cuya autora es la Profa. Suárez Malaxechevarría, se aborda una valiosa reflexión a propósito de los derechos fundamentales que ostentan las personas privadas de libertad. La Dra. Suárez alerta al lector de que no hay que olvidar que los Estados deben cumplir con sus obligaciones y compromisos internacionales. Así, desde una perspectiva transnacional se aproxima al análisis de los textos internacionales con relevancia en esta materia, extrayendo, las cuestiones más relevantes en el reto del ejercicio de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. Focaliza su atención en la Organización de las Naciones, Consejo de Europa, y la Organización de Estados Americanos, sin olvidar, obviamente a la Unión Europea. Incluso, realiza un breve guiño a los derechos de los presos en el marco de la situación excepcional creada por la pandemia derivada de la COVID-19, al manifestar su gran preocupación por la especial vulnerabilidad de aquellos, motivo por el que el asesoramiento jurídico penitenciario y el control por los órganos judiciales especializados son los pilares en la protección de los derechos fundamentales de las personas presas.

El trabajo decente será el punto central del capítulo siete, a cargo del Prof. Amezúa Amezúa, en el que muestra al lector una interesante reflexión a la luz de las dinámicas de la nueva economía con estructuras flexibles para someter al trabajo atomizado. El autor parte del planteamiento de que el encubrimiento de la precariedad y del sometimiento seguirá realizándose con éxito mientras prevalezcan estas prácticas bajo el paraguas de las denominaciones encubridoras de "economía social", "economía colaborativa" o participativa, "economía bajo demanda". Pone el acento sobre los abusos de la libertad en el marco de estas relaciones novedosas, porque aprovechan los adelantos tecnológicos o las plataformas digitales consiguiendo desplazar todos los riesgos a los trabajadores como ya sucedía desde antiguo. El autor aboga por combinar digitalización y conectividad en los procesos económicos con el fin de alcanzar al máximo el mayor número de beneficios. Si bien, revindica que, la masa de gente en condición de total precariedad, además del uso bajo demanda de personas contratadas erosiona y machaca las condiciones reales de trabajo. Asimismo, nos recuerda que, el Derecho debe constituirse como instrumento ordenador y protector de sujetos vulnerables –parte contractual débil– en el marco de una prestación de servicios de carácter laboral.

Con el capítulo octavo, se inicia la III parte de la obra cuyo evocador título es "Desafíos jurídicos en demanda de respuesta por parte del Derecho".

El mismo está orquestado por la directora de la noble obra objeto de esta recensión, la Profa. Dra. Belloso Martín, quien sostiene que, el Derecho se ha visto claramente influido por las nuevas tecnologías y se ha abierto a problemáticas novedosas en diversas vertientes. Será la Inteligencia Artificial el eje vertebral sobre el que se asienta el estudio, con especial atención a los retos iusfilosóficos de su uso en los sistemas judiciales. La autora, en un primer lugar clarifica que, la inteligencia artificial se presenta como un instrumento tecnológico novedoso de toma de decisiones, que se estructura a partir de una base de datos y aprendizaje automático, y que exige la existencia de hardware, software, procesamiento de lenguaje natural y algoritmos para que funcione. Interesa destacar cómo la Dra. Belloso de manera primorosa razona que, nociones jurídicas principales como libertad, igualdad y privacidad serán puestas a prueba en una realidad que, en poco tiempo, convivirá con algoritmos muy precisos y poderosos con un potencial de monitorear y dominar todos los aspectos de la personalidad humana (pág. 385). No obstante, la autora con una lente de recelo entiende que, los males que aquejan a la Administración de Justicia no pueden ser paliados mediante la sustitución del juez-humano por una "dictadura de las máquinas" que, tras la excusa de una pretendida neutralidad y objetividad matemática, vulneren el respeto a los derechos y garantías en que se funda el proceso jurisdiccional, por cuento el sentido de la justicia es sólo propio del ser humano.

A continuación, en el noveno capítulo, el Dr. García-Moreno Rodríguez se adentra en el análisis jurídico de las ciudades sostenibles, concebidas estas como el gran y complejo reto del Derecho Urbanístico del siglo XXI. A modo de contextualización inicial, el autor da cuenta del crecimiento desaforado de la población mundial, de la migración masiva e ininterrumpida a las ciudades, y del cambio climático galopante que como consecuencia afecta en gran medida al modelo urbanístico que debe promoverse de cara al futuro. Un argumento sabiamente ofrecido por el Prof. García-Moreno es que el desarrollo urbano sostenible exige una armonización competencial que haga posible el ejercicio unitario de los objetivos y principios que sobre él descansan ya que se trata de una función pública que deben perseguir el conjunto de poderes públicos del Estado, aunque lo cierto es que son las Entidades Locales las principales responsables de su efectiva puesta en práctica.

Seguidamente, Gorjón Gómez en su décimo capítulo examina la mediación concebida como política pública de bienestar. Aboga por la sincronización de sus objetivos superiores con los intereses particulares de las perso-

nas, y la mediación y los demás métodos de resolución de conflictos, en tanto que el bienestar produce felicidad al igual que el acuerdo de mediación, de ahí la compatibilidad entre ambos conceptos.

Un asunto hasta ahora no tratado en esta obra colectiva es el neoconstitucionalismo y su proyección en el acceso a la justicia. Esta misión es llevada a término por el Dr. Da Fonseca Pinto en el capítulo onceavo. El autor advierte al lector que la doctrina del Neoconstitucionalismo puede abrir una nueva posibilidad. No se trata de superar por completo un modelo de Estado Constitucional, sino de saber cuál es ahora su mejor papel en el tratamiento de las cuestiones más sensibles para el Estado, principalmente en el ámbito de los derechos fundamentales. De hecho, la llegada del modelo de Estado Constitucional no sólo aportó la jerarquía y primacía de la Constitución, sino que también funcionó como un verdadero marco de referencia del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, así como a sus principios rectores que se destinan proteger, más allá de la letra de la ley, o incluso para evitar que los intérpretes pierdan su tiempo en hacer una lectura literal de los artículos constitucionales e interpretarlos en el ámbito de una jurisdicción constitucional. El Dr. Da Fonseca proclama que, el contenido de los derechos y las garantías fundamentales, ligados al ejercicio del derecho de acción y a la función jurisdiccional propiamente dicha, se han visto afectados por este nuevo entorno neoconstitucional.

El capítulo decimosegundo abre el último bloque "Culturas y sensibilidades jurídicas como pilares de una sociedad plural", el cual tiene por objeto el debate entre el relativismo cultural y el universalismo moral bajo la rúbrica de los doctores Duarte, Iorio Filho y Gomes Lupetti Baptista. Gran parte de la investigación trata de dar respuesta a la cuestión de cuáles son los caminos a seguir que permitan un mejor entendimiento entre diferentes. La idea de dialogar con la antropología, en torno al plan ético que cristaliza las normas jurídicas, nos ha enseñado que relativizar es un paso en la dirección de la comprensión de los sentidos y significados, que varían de una sociedad a otra, incluso dentro de la misma, con diferentes subgrupos. El conjunto de autores cree, en efecto, que la tendencia natural es no cuestionarnos a menudo sobre por qué hacemos las cosas de cierta manera. Por esta razón, relativizar los valores morales es un factor de complicación importante para las personas que se mueven por el mundo legal, tanto a nivel nacional como internacional, cuando las diferencias en las visiones del mundo son irrefutables.

El capítulo decimotercero, centra su atención en examinar el derecho legítimo en las sociedades democráticas multi/pluriculturales desde una visión habermasiana. Los Doctores Costa Lima y Flores son los encargados de afrontar esta misión cuestionándose si los derechos fundamentales en términos de la tradición democrática deliberativa podrían dar cuenta de lo que es una intuición esencial en el estado democrático: la igualdad moral, política y jurídica de los ciudadanos. Atendiendo a la doctrina de Habermas se puede ver, por tanto, que la democracia es un tema que también surge en términos jurídicos, ya que las normas legales sólo pueden producirse mediante un procedimiento democrático. En todo caso, tras una lectura sosegada, se podrán hallar planteamientos que giran sobre la idea de que los derechos fundamentales, obtenidos a partir de parámetros que rechazan cualquier tipo de ontología, son los que se han presentado como base material del propio régimen democrático, construido sobre el fundamento de una racionalidad moral, ética e incluso pragmático.

Como corolario de esta obra y de la cuarta parte, el capítulo número catorce asumido por el Prof. Dr. García-Moreno Rodríguez, muestra una apasionante investigación acerca de la ciudad informal, precaria y marginal frente a la ciudad oficial, formada y ordenada. El autor señala taxativamente que cuando hace referencia a una ciudad informal se refiere a una superficie o área concreta, por lo general, sustancial de una ciudad, que ha surgido, bien espontáneamente, bien paulatinamente, al margen de los dictados y requerimientos que impone y exige el respectivo ordenamiento jurídico urbanístico, medioambiental y sectorial aplicable. El autor no olvida que, en íntima relación con el derecho a la ciudad se encuentra el derecho a la vivienda que ya en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se reconoció como parte del derecho a un nivel de vida adecuado y fundamental para el disfrute de muchos de estos derechos. El Dr. García-Moreno sostiene que, lo más grave y preocupante de la ciudad informal, precaria y marginal no es tanto la dimensión y magnitud que ha adquirido en determinados países, sino su contrastada tendencia o propensión, la cual, frente a toda lógica, tiende más que a decrecer, o en el peor de los casos, a estancarse, incluso de manera desaforada, amenazando muchas veces con engullir a la propia ciudad oficial, formada y ordenada, apoderándose de la realidad urbana que conforman la suma de una y otra (pág. 608).

En suma, este libro, dirigido por la Profa. Dra. Nuria Belloso Martín, Catedrática de Filosofía del Derecho, alumbra una obra llamada a ser un referente transversal en el estudio del gran y plural número de retos a los que se enfrenta el Derecho a través de complejos planteamientos y problemáticas diversas, además de sendas búsquedas de soluciones, a la par que formulación de ingentes propuestas.

La obra que tenemos entre manos ha sido confeccionada por insignes y reputados académicos de diversas universidades nacionales y extranjeras y, en ese sentido, merece todas las loas dado que no es fácil encontrar una reflexión de carácter tan interdisciplinar en estos tiempos dominados por la «transferencia del conocimiento». Ello motiva a su lectura pues su interés es innegable. En definitiva, se trata de una obra que merece atención por académicos y profesionales de diversas disciplinas jurídicas y que está llamada a mantener vivo el debate jurídico como aporte de inestimable valor tanto a la sociedad, como a la comunidad científica.

David Carrizo Aguado
Universidad de León
e-mail: dcara@unileon.es

ISSN: 1133-0937
DOI: *https://doi.org/10.20318/dyl.2022.6887*

Manuel Ángel BERMEJO CASTRILLO (ed.),
Temporalidades inter/disciplinares,
Dykinson, Madrid, 2021. 246 pp.

JESÚS MORA
Universitat de València

Palabras clave: Derecho, historia conceptual, tiempo histórico, modernidad
Keywords: Law, conceptual history, historic time, modernity

Nuestro presente parece atravesado por un recelo hacia el futuro impropio del tiempo histórico iniciado con la Ilustración. El tantas veces vaticinado "fin de la historia" que, desde la afamada sentencia de Fukuyama, situase a la humanidad en un rumbo fijo hacia el ideal de la democracia liberal occidental, puede considerarse hoy, si no herido de muerte, convaleciente por la angustia derivada de diversas amenazas. En tiempos no tan lejanos, la única cuestión que se formulaba respecto al modelo político liberal era cuánto tardaría en alcanzar todos los rincones del planeta. Ahora, las antedichas amenazas arrojan sombras sobre su supervivencia y la del propio ser humano como especie, con la urgencia de la crisis climática y el reciente contexto pandémico como combustibles de un miedo a los tiempos venideros cada vez más acuciante. No en vano, la literatura, el cine y las series de televisión, espacios artísticos cruciales para entender a nuestras sociedades, se regodean con cada vez menos pudor en el género de la distopía, que se ha tornado omnipresente en la cultura de nuestros días. En ese contexto, la tarea de reflexionar sobre el tiempo, no en el sentido cronológico, sino más bien en el sentido histórico al que se refiriese Reinhart Koselleck, apela a todas las disciplinas del conocimiento, pero en especial a las ciencias sociales y humanas, adalides tradicionales del pensamiento sobre la dimensión temporal de nuestra existencia.

La obra *Temporalidades inter/disciplinares. (Derecho, Filosofía, Política*), interpela precisamente a tres de esas disciplinas a pensar sobre este y otros

tiempos históricos, así como a extraer lecciones fundamentales del análisis de la temporalidad como mecanismo para la comprensión de nuestro pasado, presente y futuro. Esa apelación al derecho, la filosofía y la política como herramientas en las que enmarcar el análisis crítico sobre el tiempo histórico surge, precisamente, de la interconexión entre las diferentes áreas de especialidad de quienes firman la introducción de la obra: Manuel Ángel Bermejo Castrillo —que rubrica, además, el volumen como editor— y Faustino Oncina Coves. En ese apartado introductorio, ambos sitúan el origen del libro que aquí se reseña en el congreso "Filosofía, derecho, política y sus tiempos históricos", celebrado en marzo de 2019 en la Universidad Carlos III de Madrid, y que sirvió a ambos para constatar las sinergias personales y académicas que, desde las diferencias en sus respectivas disciplinas, hicieron posible este proyecto que tenemos ahora entre manos. La reflexión sobre el tiempo histórico es, como ya se ha advertido, el *leitmotiv* de las diversas contribuciones que integran el volumen y que aplican dicha reflexión, no solo a diversas áreas de conocimiento, sino a algunas de las cuestiones teóricas con más protagonismo reciente en cada una ellas. No en vano, en la introducción ya se apunta a la necesaria consideración de la temporalidad de la justicia, previniendo a quienes decidan leer la obra sobre la conexión de dicho concepto con el espíritu de cada época en la que habita.

Desde el primer capítulo del libro, "Calificaciones para la historia del tiempo jurídico", de Enrique Álvarez Cora, se advierte a los lectores de una diferenciación que volverá a aparecer en diferentes puntos de la obra: la que distingue al tiempo *externo* (natural, cronológico) del tiempo *interno*, es decir, aquel más relacionado con el tiempo histórico y que, como explica el autor de esta contribución, permite a una disciplina como el derecho introducir sus propias variaciones, dada "la generación de un lenguaje, de una terminología propia (una nueva capa lingüística) en su comprensión (explícita o implícita) de los problemas (convencionalmente captados como) jurídicos, no solo en cuanto vademécum sino también en cuanto sistema cifrado de información" (p. 27). Es ese tiempo interno el que nos permite secuenciar, como es el caso en este primer capítulo del volumen, las distintas épocas de un sistema jurídico como el español y definir diferentes periodos a partir del concepto de tiempo que impera en cada una de ellas. Así, Álvarez Cora propone cuatro calificaciones para las épocas en las que, desde su punto de vista, podemos dividir las conceptualizaciones del tiempo jurídico en España. Desde estas calificaciones podemos identificar, primero, al tiempo jurídico antiguo

visigodo como "natural sólido"; segundo, al tiempo jurídico medieval como "delimitado, comprimido y cíclico"; tercero, al tiempo jurídico intermedio como "antinómico, medio y presentizador"; y, cuarto, al tiempo jurídico contemporáneo como "futuro, derogatorio y entrópico" (pp. 28-46). En este último tiempo jurídico, en el que todavía nos encontramos imbuidos, el autor detecta algunos rasgos que, ya anticipamos, aparecerán también como característicos de la época actual —más allá incluso del ámbito jurídico— en otros puntos de la obra. Entre ellos, destacan la consideración de la novedad como sinónimo de "mejora" y la aceleración del tiempo histórico, ambos caros a la Ilustración.

En el segundo capítulo, "Tiempo e historia: la sucesión de los regímenes políticos en Platón", Juan de Dios Bares Partal implica al pensamiento sobre el tiempo histórico, central en todo el volumen, en la reflexión sobre un tema clásico de la filosofía política. En la propuesta de Bares Partal se vislumbran tres formas en las que Platón entiende la evolución de los regímenes políticos. Primero, en la *República*, esa evolución aparece como *degenerativa*, con una tendencia hacia la corrupción desde las formas más virtuosas de gobierno. Segundo, en el *Político*, el marco temporal aparece determinado "por la diosa del destino que dirige el huso de la necesidad que gobierna el universo y lo deja girar en sentido contrario en periodos alternativos" (p. 68), lo que sugiere una concepción menos lineal de las alternancias viciosas y virtuosas entre los regímenes políticos. Finalmente, en las *Leyes* las formas de gobierno pasadas sirven a Platón para extraer lecciones para el gobierno presente y futuro. El recorrido que propone Bares Partal por la visión platónica de la evolución de las formas de gobierno está salpicado, además, de referencias a las ideas del filósofo ateniense sobre las virtudes del gobernante y la correlación entre autoridad y libertad en su pensamiento. A partir de ese último elemento, el autor de esta entrada establece un diálogo crítico con aquellas interpretaciones de la obra de Platón que en ocasiones han pretendido detectar en su propuesta política caracteres conectados con determinadas versiones del totalitarismo. Sin embargo, la búsqueda del equilibrio entre esos polos, libertad y autoridad, permite a Bares Partal apartar a Platón de una justificación sin ambages de los regímenes autoritarios que proliferasen en periodos más recientes.

Manuel Ángel Bermejo Castrillo, editor del volumen, firma el tercer capítulo, titulado "El tiempo de la norma: vigencia y derogación". Si el primer apartado de la obra analizaba la evolución, en términos de tiempo histórico,

del sistema jurídico español en su conjunto, en esta contribución la lupa se posiciona sobre la figura concreta de la norma y su eficacia, vigencia y validez, a partir de una figura clave en la temporalidad del derecho: la derogación. En estos términos, Bermejo Castrillo propone entender la derogación como "un trance de cambio en el sistema jurídico". Pese a que, como decíamos anteriormente, el foco en este punto del volumen es la norma jurídica, la contribución de Bermejo Castrillo no ignora el peso del tiempo histórico en la evolución del fenómeno derogatorio en el ordenamiento. Así, señala la irrupción del liberalismo jurídico —con su peculiar celo por la seguridad jurídica— como un momento clave para la derogación tal y como se entiende en la actualidad, esto es, como efecto automático para aquellas disposiciones legales cuyo contenido contradice a una disposición posterior de igual rango, o a cualquier disposición de rango superior. Esa vocación por garantizar la seguridad jurídica transforma, por ejemplo, el papel que desempeñan los usos y costumbres en el sistema jurídico. En códigos civiles como el español de 1889, la vigencia y la eficacia de las normas consuetudinarias quedan relegadas a aquellas situaciones en las que no exista una disposición legal aplicable, y condicionadas a su conformidad con la moral y el orden público. Estas reflexiones jurídicas están atravesadas, a lo largo de todo el capítulo, por apuntes clave sobre el tiempo de la norma jurídica, los efectos temporales que despliegan las disposiciones derogatorias o la proyección hacia el futuro de los instrumentos jurídicos derogados. Dichos apuntes subrayan la complejidad de toda reflexión sobre el tiempo de la norma jurídica, y abren un amplio espectro para que las investigaciones sobre la temporalidad en el derecho vayan más allá de las apariencias que se presentan en su superficie.

En este punto, el volumen concatena dos contribuciones que analizan las similitudes y diferencias entre dos pares distintos de autores fundamentales para la cuestión de la temporalidad del derecho. En la primera de esas contribuciones, "Kant y Kelsen: sobre la temporalidad del derecho positivo", Óscar Cubo Ugarte escudriña las visiones de dos referentes de la ciencia jurídica en busca de nociones interesantes para el problema de la dimensión temporal de lo jurídico. La prospección que nos ofrece la propuesta de Cubo Ugarte tiene el atractivo de identificar puntos de convergencia entre dos autores tradicionalmente encasillados en sendas corrientes consideradas antagónicas por una parte muy importante de la crítica: el *iuspositivismo*, en el caso de Kelsen, y el *iusnaturalismo*, en el caso de Kant. Al lector familiarizado exclusivamente con las generalidades del debate entre ambos polos de di-

cho antagonismo tal vez le sorprenda descubrir, en esta sección del volumen, puntos de acuerdo importantes entre Kelsen y Kant respecto al origen histórico de la legitimidad del sistema jurídico o la forma en la que deben considerarse las revoluciones desde la perspectiva del derecho, esto es, en función de su éxito o su fracaso a la hora de asentar un ordenamiento estable como alternativa a aquel frente al que se rebelan. Curiosamente, esa aproximación a las similitudes entre las visiones de Kelsen y Kant sobre la legitimidad del derecho positivo permite, a su vez, tomar una conciencia más precisa de las discrepancias entre ambos gigantes de la filosofía del derecho, por ejemplo, en torno a aspectos como la justificación *normativa* del establecimiento originario de un sistema de derecho o su orientación dinámica (incluso acelerada) hacia los objetivos de una reforma constitucional republicana, un tema que volverá a aparecer en puntos posteriores del libro.

El segundo par de referentes fundamentales en la cuestión de la temporalidad del derecho aflora en la obra gracias a Ernst Müller y su propuesta, titulada "El concepto «espíritu del pueblo» y la historicidad del derecho. Savigny y Hegel". Como ocurriese en la discusión de Cubo Ugarte sobre Kelsen y Kant expuesta en el párrafo anterior, Müller es capaz de detectar puntos de convergencia y de divergencia entre ambos autores en cuanto a su noción del espíritu del pueblo. En Hegel, señala Müller, esa idea es tratada en ocasiones a partir de planteamientos contradictorios, que van desde la comprensión del espíritu del pueblo como una noción republicana hasta visiones que se separan del iusnaturalismo y abrazan la *verdad* que se esconde tras el espíritu de cada pueblo. En Savigny, el espíritu del pueblo convierte a las naciones en sujetos de derecho originario, más allá de la mera suma de los individuos que las componen o de los designios del derecho natural. La posición de Savigny resulta también interesante, a los efectos del capítulo que nos ocupa ahora, porque ubica los fundamentos del derecho germánico en el sistema jurídico del Imperio Romano. A partir de los planteamientos del jurista francfortés, Müller sugiere situar a Savigny en una posición de ambivalencia entre el conservadurismo, derivado de su proximidad a figuras jurídicas en defensa de la servidumbre o la sociedad estamental, y el progreso del sistema jurídico, como consecuencia de sus méritos en el avance hacia los códigos civiles que Marx considerase imprescindibles para las sociedades capitalistas modernas. No obstante, pese a las especificidades de las visiones de ambos autores sobre la noción de espíritu del pueblo, Müller señala puntos de proximidad, en concreto, en torno a su papel como fundamento me-

tafísico que dote de comunidad a la sociedad y haga "las relaciones jurídicas plausibles" (p. 158).

No abandonamos las reflexiones sobre pares de autores en el campo de la temporalidad del derecho, si bien en la siguiente contribución, la sexta del volumen, esas reflexiones se construyen desde la mirada de una tercera figura esencial en el estudio de los tiempos históricos. Así, Faustino Oncina Coves nos presenta el capítulo titulado "Historia conceptual y temporalidad en el derecho y la política: una cuestión filosófica desde Kant y Fichte al trasluz de Reinhart Koselleck". El autor de esta contribución justifica su elección de Koselleck como brújula, en su aproximación a Kant y Fichte, por su condición de referente en el campo de la historia conceptual —no en vano, le define como "el mejor zahorí de los tiempos históricos de los últimos dos siglos" (p. 166)—, así como por la interdisciplinariedad de la formación y el trabajo académico del catedrático de Bielefeld. Para quienes estén menos familiarizados con la obra de Koselleck, sin duda resultará iluminador el recorrido que presenta Oncina Coves a lo largo de sus múltiples proyectos, en especial el diccionario de "Conceptos históricos fundamentales" (*Geschichtliche Grundbegriffe*), que editara junto a Otto Brunner y Werner Conze. En ese recorrido, Oncina Coves salda algunas deudas derivadas de las lagunas de las que, a ojos de ciertos críticos, adolecía el ambicioso proyecto de Koselleck de glosar conceptos fundamentales en un diccionario con perspectiva histórica. Pero, además, la presencia de Koselleck permite imbricar en este capítulo uno de los temas que ya se habían señalado anteriormente como cruciales en esta obra: la visión de la Modernidad como un tiempo histórico caracterizado por la aceleración. En concreto, esa visión resulta muy pertinente en relación con algunas ideas de Kant sobre la Revolución Francesa y la tendencia acelerada de las sociedades hacia el ideal republicano. Señala Oncina Coves, respecto a este tema, que con la Modernidad "el deber de instaurar la república se tradujo en el deber de hacerlo con celeridad, *ipso facto*. El imperativo categórico mutó en el imperativo velociferino, el accionismo (la influencia práctica) en activismo, el dinamismo en precipitación" (p. 180). Si, en esa línea, situamos esta visión de cariz kantiano en contraste con la aproximación fichteana al derecho (el filósofo idealista concibe su *Doctrina de la ciencia* como "kantismo bien entendido"), se hace presente ante nosotros un asunto crucial para las temporalidades interdisciplinares: el contraste entre los tiempos históricos característicos de la política, por un lado, y del derecho, por el otro. Así, en Fichte (y en Koselleck), "las sentencias fundadoras del dere-

cho reclaman —más allá de su puntual aplicación— aplicabilidad repetida, transferibilidad duradera" (p. 184). Ese afán de durabilidad contrasta con el apego al cambio veloz propio del tiempo histórico de la política, en especial en su versión ilustrada. Con el esbozo de esa divergencia de tiempos históricos, la figura de Koselleck permite a Oncina Coves remarcar las diferentes temporalidades presentes en distintas disciplinas y, además, correlacionarlas —ya sea por asimilación o disparidad— con lo característico del tiempo histórico moderno, esto es, la velocidad, el cambio, la novedad irrefrenable.

Si la contribución recién expuesta remarcaba que el trabajo de los historiadores conceptuales es valioso para comprender críticamente las conceptualizaciones de los tiempos jurídico y político en Kant y Fichte, la siguiente entrada, a cargo de Barbara Picht, aplica esa funcionalidad a la forma en la que, desde la sociología, Zygmunt Bauman aplica la categoría "Modernidad líquida" al carácter del tiempo actual. En este caso, la autora sitúa junto a Koselleck al historiador Fernand Braudel en un capítulo que, con el título "Teorías temporales de la modernidad comparadas: Braudel, Koselleck, Bauman", utiliza sus respectivas nociones de tiempo histórico para examinar la perspectiva del sociólogo polaco sobre la época actual. Con Braudel, la interdisciplinariedad vuelve a volcarse sobre el contenido de la obra que aquí nos concierne. Picht subraya la contribución del académico francés por su vocación de articular una visión de la historia que no solo tome en consideración los *acontecimientos*, sino también la temporalidad "cuasiestática de los paisajes, los campos y las plantas" (p. 194) para acceder, así, al territorio de los geógrafos, antropólogos y sociólogos. Es, tal vez, ese apetito interdisciplinar lo que permite a Braudel identificar un tiempo *propio* de los sociólogos, capaz de acoger, en su seno, una multiplicidad de tiempos. Desde esa noción, junto con la ya mencionada caracterización koselleckiana del tiempo moderno a partir de la aceleración, la autora sugiere circunscribir la idea de "Modernidad líquida" de Bauman a un tiempo histórico propio de los mercados financieros que, si bien irradia sus consecuencias sobre el resto de espacios de nuestras sociedades, coexiste con otras temporalidades. Las agudas observaciones de Picht permiten situar a la "Modernidad líquida" de Bauman en su justo lugar y arrogarle una mayor carga de sentido cuando se conecta con el resto de *tiempos sociales* como un elemento más en relación de coexistencia que cuando aspira a convertirse en una categoría totalizadora para desentrañar sociológicamente el tiempo histórico actual.

El volumen que tenemos entre manos orquesta una aproximación a la temporalidad en diferentes disciplinas que se clausura con dos propuestas que abordan, desde ángulos diferentes (aunque relacionados), la noción de simultaneidad. La penúltima entrada de la obra lleva la rúbrica de José Manuel Sánchez Fernández y el título "El concepto de simultaneidad y su dimensión presente como imagen ucrónica". Una vez más, la investigación koselleckiana de la Modernidad adquiere protagonismo en la obra como referencia para comprender el tiempo histórico. En este caso, lo hace a partir de la idea de que una de las señas de identidad del tiempo moderno es la separación entre el espacio de experiencia y el horizonte de expectativa: en la Modernidad, el pasado carece de utilidad para entender el futuro, pues nos enfrentamos constantemente a algo *nuevo*, que no podemos aprehender a través de las lecciones del tiempo pretérito. Junto a Koselleck, otros dos autores componen la plataforma intelectual desde la que Sánchez Fernández enjuicia la Modernidad. El primero que mencionaremos es Hans Ulrich Gumbrecht, para quien la noción de "tiempo histórico" es la clave explicativa de la Modernidad. El segundo es Mijail Bajtin, cuya noción de "cronotopo" es especialmente relevante para explicar la Ilustración como un periodo que aspira a prolongarse más allá de las barreras de su presente inmediato y de su duración cronológica. A partir de todas estas lecciones, Sánchez Fernández propone aplicar el concepto de simultaneidad a la Democracia en las circunstancias actuales, marcadas por la coexistencia del *neoconservadurismo* y el *comunitarismo socialdemocrático*.

Esa coexistencia de concepciones (en ocasiones) antitéticas, característica de las democracias actuales, es la cuestión que espolea el último capítulo de la obra, "Sobre la política de la simultaneidad en Ernst Bloch, Walter Benjamin y Theodor W. Adorno", de Falko Schmieder. El autor formula diversos argumentos para rescatar, frente a sus críticos, la idea de la "simultaneidad de lo no simultáneo". Entre esos argumentos, Schmieder concede un lugar preeminente a los formulados por los tres autores que aparecen en el título del capítulo, y a los que conecta mediante su común distanciamiento del paradigma de progreso del siglo XIX, un paradigma que asume que todos los elementos no simultáneos del periodo contemporáneo tienden inexorablemente a ser superados en una "cultura burguesa de la razón sincronizada globalmente" (p. 231). A partir de la propuesta de Ernst Bloch, Schmieder cuestiona la supuesta *linealidad* del avance progresista que se había asumido como necesario desde la Ilustración. Ese avance se pone en duda con la

emergencia del fascismo como "explosión de lo no simultáneo" (p. 232), en tanto que recupera nociones de gobierno y autoridad *presuntamente* impropias del tiempo histórico que proyecta la Ilustración. En un sentido similar al de Bloch, Walter Benjamin detecta en su época "un retorno fantasmagórico de puntos de vista supuestamente superados que se ponen al servicio de la reacción política" (ver p. 236). Pero, en la obra de este último, se introduce un importante matiz interpretativo, pues, para Benjamin, la asimultaneidad reaccionaria no es una aparición disfuncional de elementos premodernos, sino un rasgo inherente a las propias sociedades modernas. Esto permite trazar un punto de convergencia con el último de los tres autores que cimentan la contribución de Schmieder, Theodor W. Adorno, que como Benjamin rechaza interpretar el fascismo como una *anomalía* en nuestro tiempo. En la perspectiva adorniana, subraya Schmieder, la dialéctica desempeña un papel interpretativo fundamental que permite detectar, por ejemplo, las manifestaciones destructivas de las fuerzas productivas.

Las contribuciones que aquí se han analizado, presentan aproximaciones notables a la cuestión de la temporalidad desde las tres disciplinas que figuran en el subtítulo del volumen: el derecho, la filosofía y la política. Para quienes se aproximen a este libro desde la distancia a las preguntas esenciales de la historia conceptual, resultará provechoso familiarizarse con las lógicas de los tiempos históricos, muy alejadas del funcionamiento mecánico del tiempo cronológico. Asimismo, el contenido de las diferentes propuestas aquí reseñadas, y la forma en la que se han integrado en las páginas de esta obra, le permiten ser fiel a su espíritu interdisciplinar y conectar puntos de análisis que operan sobre campos del conocimiento distintos, a partir de nociones como el aceleracionismo de la Modernidad, la simultaneidad (y lo no simultáneo), la sincronía, la diacronía o la supuesta linealidad del progreso. En el contexto de desasosiego frente al futuro que se ha descrito al principio de esta reseña, obras como esta se antojan imprescindibles para alimentar la reflexión sobre la temporalidad desde las diferentes disciplinas socio-humanísticas. No en vano, derecho, política y filosofía, por sus respectivos objetos de estudio, se verán ineludiblemente apeladas por la temporalidad en sus distintas variantes, ya sea en torno a cuestiones concretas como la validez de las normas, o al carácter general de cada una de ellas como áreas de conocimiento con un tiempo interno que le es específico. En ese último sentido, la obra puede entenderse como una invitación a seguir trazando sinergias entre ellas que permitan desentrañar las tensiones y los acuerdos entre sus

respectivas aproximaciones a la temporalidad. Esas sinergias, que se erigen en la razón de ser misma de "Temporalidades inter/disciplinares", generarán perspectivas que, siguiendo la estela de este volumen, tal vez fueran inalcanzables desde el aislamiento académico de quienes se desempeñan intelectualmente en cada especialidad.

JESÚS MORA
Universitat de València
e-mail: jesus.perez@ext.uv.es

ISSN: 1133-0937
DOI: *https://doi.org/10.20318/dyl.2022.6888*

Miguel POIARES MADURO; Paul W. KAHN
Democracy in Times of Pandemic. Different futures imagined
Cambridge University Press, UK, 2020, 218 pp.

VÍCTOR COLLÍ EK
Universidad Autónoma de Campeche

Palabras clave: democracia minúscula, COVID-19, derechos humanos, división de poderes
Keywords: democracy, COVID-19, human rights, separation of powers

El libro que ahora reseñamos es una verdadera joya de exploración del impacto de la pandemia en la democracia actual. A través de tres diferentes dimensiones –Poder, Conocimiento y Ciudadanía– y de catorce capítulos, nos ofrece herramientas para entender lo que está pasando y avizorar lo que puede pasar en un futuro. Sin prentender abordar toda la riqueza que encontramos en cada estudio, algunas de las lecciones que aprendemos son las siguientes.

1. CRISIS DE LIDERAZGO DEMOCRÁTICO

Sabíamos desde antes de 2020 que la democracia, en especial su aspecto representativo, se encontraba en crisis, pero la pandemia ha dejado clara la existencia de una crisis profunda del liderazgo democrático. A diario leemos noticias cuyo encabezado invariablemente tiene elementos como "La respuesta frente a la pandemia (…) `fue un desastre´"[1]. Ahora bien, ¿cómo ha impactado la pandemia a esta minusvalía del liderazgo democrático? A esto

[1] Vid. C. BARRÍA, "*Los gobiernos de América Latina le fallaron a la gente en la pandemia: Mónica de Bolle, economista*", BBC News Mundo, 20 de abril de 2021. Disponible en: *https://www.bbc.com/mundo/noticias-56683896* Consultado 03-06-21

nos invita el profesor Neil Walker en el capítulo "The Crisis of Democratic Leadership in Times of Pandemic".

Un primer elemento es la premonición nos dice el autor. La pandemia no es un fenómeno de extinción global del que no vayamos a salir, no encontramos que abiertamente pueda afectar la existencia humana de cerca de 8 billones de personas, no es siquiera –aunque la más grave– la primera emergencia de salud pública desde 2007. Pero si la observamos junto con otras amenazas como el bioterrorismo, la bioingeniería, tenemos que verla como un precursor de una amenaza mayor. En ese sentido, es una llamada que debe ser atacada en tiempo real y una experiencia para el futuro.

El coronavirus ha puesto sobre la mesa problemas de acción colectiva para los gobiernos, tanto interna como externamente. Desde el interior requieren un esfuerzo nacional inclusivo e igualitario. Mantener los niveles de movilización popular que se requiere, necesita del gobierno altos niveles de competencia estratégica y confianza en que sí se tiene un compromiso genuino de asegurar el bienestar de todos los sectores de la población. Sin embargo, el atraso o mala implementación de las medidas de salud y protección de la economía, el inadecuado tratamiento del efecto dominó en otras áreas como la social, han provocado esa caída de confianza en los gobiernos.

En el lado externo, la cooperación entre las democracias y las organizaciones internacionales han entrado en diversas ocasiones en colisión. Por ejemplo, varios estados influidos por las grandes farmacéuticas se han opuesto a la iniciativa de la Organización Mundial de la Salud sobre la realización y producción de medicinas sin patente. Sobre esto el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica está siendo presionado para suspender las patentes, algo que sería profundamente bueno en caso de aprobarse[2].

Otro aspecto es la interconexión, es complicado desarrollar políticas públicas implicadas en el tratamiento de salud pública. Lo que amenaza el liderazgo político en este aspecto es la combinación de tres elementos: complejidad, fragilidad y amplificación estructural.

En cuanto a la complejidad y fragilidad el coronavirus al reforzar el hecho de que la política pública se vea en términos de salud pública y al revés de como comúnmente se hacía, genera un panorama novedoso e inexplo-

[2] Vid. FORBES STAFF, "Administración Biden apoya suspender patente de las vacunas de Covid-19", FORBES, 5 de mayo de 2021. Disponible en: *https://forbes.co/2021/05/05/actualidad/administracion-biden-apoya-suspender-patentes-de-las-vacunas-de-covid-19/* Consultado 03-06-21

rado. Diferentes áreas de las relaciones sociales como por ejemplo el deporte, el transporte, el turismo, la educación, la seguridad, el cuidado del medio ambiente, todas se deben ver ahora bajo el prisma de salud pública, esto ha generado incertidumbre y en muchos casos inacción en el liderazgo democrático.

En cuanto a la amplificación estructural, la interconexión de consecuencias obliga a pensar reformas sociales, aquellos que antes del encierro se encontraban en situaciones precarias como por ejemplo los migrantes, los trabajadores, las personas sin casa, las personas con un sistema inmune delicado, las víctimas del abuso doméstico, las minorías, ven ahora exacerbada su situación y esto genera problemas de corte social.

Por último, la suspensión, el haber puesto, activado el botón de pausa en tantas vidas y actividades sociales, nos obliga a pensar cómo una situación que parece natural puede tan repentinamente cambiar, y cómo una situación desconocida o difícil de pensar, puede volverse realidad, con efectos profundamente negativos.

Nos dice el profesor Walker, si los líderes democráticos quieren recuperar la confianza de las personas y salir de la crisis en que se encuentran, necesitarán ver la realidad con ojos diferentes, ojos trascendentes, las viejas prácticas, los modelos desarrollados, las acciones acostumbradas no son para la sociedad que vivimos ahora.

2. PANDEMIA DESATENDIDA

Los profesores Kim Lane Scheppele y David Pozen en su capítulo "Executive Overreach and Underreach in the Pandemic" nos invitan a reflexionar sobre un fenómeno muy puntual del ejercicio del poder.

Las medidas tomadas por los gobiernos durante la pandemia le ha mostrado a las personas y a los estudiosos, los riesgos del ejercicio del poder cuando se encuentra en situaciones de emergencia. Sin duda uno de ellos, es la extralimitación de las facultades de los ejecutivos, como ha pasado en Hungría con Viktor Orbán y otros ejecutivos que aprovechan de la situación donde se le han dado facultades extraordinarias para hacerse llegar aún más. Ante un escenario como este, donde se atropeyan derechos humanos, por supuesto una consecuencia es la generación de responsabilidades nacionales y/o internacionales, aunque de variada efectividad.

Sin embargo, igualmente la pandemia está dando muestra de otro fenómeno en el uso del poder por parte de los ejecutivos, la precariedad en el uso del poder para afrontar la problemática generada y como en el anterior puede o no generar responsabilidades de variada efectividad.

Tenemos a los Estados Unidos de América que durante la administración de Donald Trump se pasó de la negación a la mínima acción. Por ejemplo durante meses los poderes públicos que pudieron permitir una respuesta efectiva y nacional nunca fueron activados.

Otro ejemplo de este tipo de conductas la encontramos en el presidente Bolsonaro, de corte populista, quien como el presidente Trump, ha faltado en medidas efectivas.

Ahora bien, ¿cómo se pueden combatir estos dos fenómenos? Las constituciones deben tener dos funciones fundamentales: limitar el poder y deben constituir un poder efectivo.

La primera es clara, aplica para el caso de extralimitación del poder. Se trata de un problema constitucional ya antigüo y familiar. Se trata de hacer que los ejecutivos gobiernen a partir de las leyes creadas por los parlamentos y sujetos a las decisiones judiciales al proteger los derechos de las personas. Con el paso del tiempo se ha hecho necesario crear nuevos poderes para reforzar la idea de la limitación del poder, por ejemplo con la emergencia de ombudsman, bancos centrales, autoridades de transparencia y rendición de cuentas, políticas de anticorrupción, etc. Todo esto sin embargo no está excento de ser derivado por los ejecutivos, que como el caso de Hungría ha generado toda una revolución constitucional y acomodo de funcionarios a modo del ejecutivo.

La segunda aplicaría para el caso de que el ejecutivo fuera *perezoso*, como el caso de los Estados Unidos de América y de Brasil. Se trata por ejemplo de desarrollar la división de poderes en términos de generar una gobernanza responsable donde un poder impulse al otro a desempeñarse, que llendo además de la responsabilidad, pueda inclusive subsanar el defecto de la inacción. Este es un reto en el que se tiene que trabajar, pero que ha dado la necesidad de su existencia con la pandemia.

Las protestas sociales y el impeachment al presidente Bolsonaro[3] son una muestra clara de un comportamiento democratico novedoso que requie-

[3] Vid. C. JIMENEZ, "*Bolsonaro suma otra petición de "impeachment" por sospechas de corrupción en la compra de vacunas", El País,* 30 de junio de 2021. Disponible en: *https://elpais.com/*

re ser analizado a fondo y desarrollado con claridad, es una lección lección de la pandemia que necesita ser abordada a profundidad.

3. DEMOCRACIA Y PANDEMIA LATINOAMERICANA

La economista brasileña Mónica de Bolle recientemente afirmó que los gobiernos latinoamericanos le han fallado a la gente en la pandemia[4]. A pesar de que una medida en común y efectiva que se ha tomado, son las transferencias de dinero directo a las personas, en parte debido al alto índice de informalidad que existe en la región, en general ha habido un mal manejo de la crisis.

De acuerdo con el profesor Roberto Gargarella, esta deficiencia puede ser observada por el detrimento democrático en la región, especialmente en los siguientes temas.

En primer lugar, la manera bajo la que se han hecho de más facultades los ejecutivos. En un correcto desempeño democrático es importante respetar los procedimientos establecidos, especialmente en las circunstancias de emergencia, atando las manos de las autoridades a los dictados de la ley, para evitar una gobernabilidad discrecional. Sin embargo, en Latinoamérica muchos ejecutivos se han desempeñado con poco respeto a los procedimientos democráticos, se trata de un problema más estructural y menos subjetivo. Las democracias, no deben depender de la buena voluntad de los poderes públicos, sino del respeto a las normas.

En segundo lugar, tenemos la forma bajo la cual los ejecutivos se han dado poderes adicionales y regir más allá de los límites establecidos por la Constitución. El medio por el que lo han hecho es en términos fácticos, un no declarado estado de sitio. Ya que este se encuentra sometido a procedimientos normativos y controles, se ha recurrido a un medio más accesible, los poderes de emergencia. Sin embargo, en términos reales se trata de un estado de sitio fáctico apreciable por tres elementos fundamentales: 1. La concentración de poderes en manos del presidente. 2. Una limitación severa de los derechos fundamentales. 3. Una militarización del espacio público.

---

internacional/2021-07-01/bolsonaro-suma-un-nuevo-pedido-de-impeachment-por-sospechas-de-corrupcion-en-compra-de-vacunas.html Consultado 03-06-21

[4] C. BARRÍA, "*Los gobiernos de América Latina le fallaron a la gente en la pandemia: Mónica de Bolle, economista*", cit.

Otro factor que ha afectado es la calidad de la deliberación al momento de tomar las decisiones que afrontan los retos de la pandemia. Mientras la democracia demanda siempre y especialmente frente a amenazas constitucionales y sociales serias, que las decisiones públicas sean adoptadas siguiendo discusiones inclusivas, en Latinoamérica no observamos esto. La constante pugna entre los poderes centrales y los federales, la ignorancia frente a las necesidades básicas a fin de afrontar las medidas públicas, como por ejemplo el agua –para algo tan sencillo como el lavado de manos– o el confinamiento en comunidades donde las casas están sobrepobladas, son ejemplos de la falta de escucha, conocimiento de las necesidades y circunstancias de todos los involucrados.

La forma vetusta en la que se concibe la separación de poderes públicos es otro problema. Ya no se trata de verlos en términos de estricta separación o con una lógica de guerra entre ellos. Se trata ahora de observarlos en términos más cooperativos, colaborativos, en donde hay intercambio de experiencias y donde el defecto –voluntario o no– de unos de ellos, pueda ser de alguna manera solventado por otro u otros.

Finalmente, la inequidad y la crisis económica deja claro que hay que escuchar a todos, especialmente a la gente con escasos recursos, al igual que equiparlos para poder demandar reconocimiento y respeto a sus derechos humanos y presentar sus demandas frente al Estado, a fin de que vean satisfechos sus derechos. Recordemos como la CEPAL ha recomendado la implementación del enfoque de género en los diferentes instrumentos tributarios, el gasto y el financiamiento.

4. PANDEMIA ¿CAMBIO SOCIAL?

Mucho se ha hablado sobre el gran impacto que tendrán los momentos presentes para la sociedad futura, los cambios que se generarán en los sistemas políticos y económicos locales y globales. Sin embargo, el profesor Samuel Moyn nos afirma que, entre todas estas reflexiones, el olvido de una enfermedad mucho peor es significativa. La influenza de 1918-1919 mató a cerca de 50 millones de personas, sin embargo, ha quedado en el olvido, y esto se debe nos dice el profesor Moyn a que no transformó a la sociedad. ¿Podría pasar lo mismo con los efectos de la era COVID-19?

Las reflexiones de este profesor de la Universidad de Yale son dignas de ser tomadas en cuenta. Para él, no estamos siendo testigos de cambios

profundos y si los hay, no son originarios de los efectos de la pandemia, sino devienen de épocas anteriores y acaso se han agravado. Tres líneas de pensamiento podemos observar en ello.

La primera se refiere a la transferencia de más poder a los expertos, al reconocer que sus conocimientos importan. Realmente no ha habido tal transferencia de manera significativa, ni en los círculos políticos, económicos, médicos ha existido un sobre-empoderamiento. Esto se debe a la propia dinámica de comportamiento de los expertos.

La pandemia golpea en medio de una de las más grandes crisis de los expertos de los últimos tiempos. La emergencia de los populismos pone en la mesa dicha crisis en todo el mundo democrático, los expertos en la política son vistos con desdén e inclusive hartazgo. La crisis económica de 2008-2009 dejó claro que los economistas tienen aún mucho que aprender y poco que enseñar. El mundo fue consciente de que los expertos en salud –así como toda experiencia basada en entrenamiento y credenciales– por argumento extensivo, deben ser escuchados, pero no ciegamente.

La segunda línea es sobre el fortalecimiento del poder estatal. ¿Realmente los estados se han fortalecido, han adquirido más poderes frente a la sociedad? Es otra respuesta negativa, se han mantenido los límites constitucionales bajo el riesgo de manifestaciones masivas de la sociedad, como hemos visto ya en varios escenarios[5]. Si ha existido cierta efectividad de las medidas adoptadas para mitigar los efectos de la pandemia, no se ha debido tanto a una expansión de poderes de los estados, sino a una respuesta homogénea y responsable de la sociedad. Lo que además no se debe a un respeto de las instituciones, sino a una preocupación auténtica de las personas de conservar su salud. Las instituciones internacionales igualmente han sufrido, como la Organización Mundial de la Salud, pero no significativamente por efectos de la pandemia, sino por diseños caducos, ya no efectivos a los retos de una sociedad cambiante. Lo que es cierto es que la pandemia ha acelerado la erosión de la autoridad estatal y su capacidad, un ejemplo claro lo vemos en Chile, con el desdén a los partidos políticos[6]. Aún así, la crisis del sistema democrático es de más largo calado.

---

[5] Vid.A. BURCH *et al.,* "La muerte de George Floyd reavivó un movimiento; ¿qué sigue ahora?", The New York Times, 22 de abril de 2021. Disponible en: *https://www.nytimes.com/es/2021/04/22/espanol/george-floyd-black-lives-matter.html* Consultado 03-06-21

[6] Vid,.R. MONTES, "Los chilenos castigan a los partidos políticos en las elecciones constituyentes", El País, 17 de mayo de 2021. Disponible en: *https://elpais.com/internacio-*

Finalmente, el profesor Samuel nos dirige la vista a la globalización, ¿se acabará? Tampoco, quizá se ajuste, pero no será su fin, no hubo nacionalizaciones, no se han dado giros drásticos a la derecha. El filósofo Slavoj Zizek anunció al inicio de la pandemia que sería el fin del mundo capitalista[7], pero esto no se ha cumplido, el sistema económico se mantiene, requiere ajustes como los que vemos al afirmar al presidente Biden o a la Unión Europea sobre la necesidad de incluir activamente a actores que no están responsabilizándose, como las corporaciones internacionales[8], pero son eso, ajustes que no marcan el fin del modelo.

5. DEFENDIENDO LA DEMOCRACIA

Los tiempos que vivimos han puesto en el cuadrilátelo a los sistemas democráticos frente a los autoritarios. No sorpresivamente existen voces que proclaman como vencedor a los segundos, por la gran eficacia con la que han podido responder a los retos de la pandemia y con ello afirman su superioridad frente a los primeros. ¿Pero esto es así? Si seguimos por ejemplo la línea de pensamiento del filósofo español Daniel Innerarity, no creo que tal afirmación sea cierta.

La pandemia es un fenómeno complejo, nos dice el filósofo, y requiere ser gobernada en cuanto tal. En los sistemas complejos se distinguen dos interacciones: la lineal y la no lineal o compleja. En la primera se trata de anexar elementos. En la segunda estos elementos no simplemente son anexados unos a otros, sino se superponen, conviven, generan efectos cascadas donde pequeños cambios pueden llevar a transformaciones masivas. En el caso del coronavirus se trata de esta segunda categoría.

¿Cuál es la explicación que nos da este filósofo y que nos invita a concluir que la democracia sigue siendo la mejor forma de gobierno? Tres elementos debemos observar: la excepción, la efectividad y el cambio social.

---

nal/2021-05-16/chile-comienza-a-contar-los-votos-con-la-gran-incognita-de-los-datos-de-participacion.html Consultado 03-06-21

[7] *CFR., Pandemia. La Covid-19 estremece al mundo*, Anagrama, España, 2020.

[8] *Vid.* S. AYUSO, "Las principales economías mundiales logran un histórico acuerdo para hacer tributar más a las multinacionales", *El País,* 1 de julio de 2021. Disponible en: *https://elpais.com/economia/2021-07-01/las-principales-economias-mundiales-logran-un-historico-acuerdo-para-hacer-tributar-mas-a-las-multinacionales.html* Consultado 03-06-21

Pensadores como Peter Sloterdijk afirman que este es un momento en el que se dará la aparición del autoritarismo médico colectivista y por el que se revelará que las naciones occidentales resultan tan autoritarias como el sistema chino. Sin embargo esto no es así, de lo que estamos siendo testigos mayormente es de la aparición de estados de emergencia condicionados a la lucha contra la COVID-19, limitados en el tiempo. Estos estados de excepción o emergencia no están suspendiendo la democracia o su dimensión deliberativa y polémica. El pluralismo continúa intacto y los desacuerdos sociales normales continúan, por supuesto la limitación a la libertad es siempre reprochable y puede estar solo justificada como una medida temporal. Estar en un estado de emergencia no significa renunciar al ejercicio de la razón y privarnos de los beneficios de una compuesta y confiable deliberación, tampoco requiere renunciar al pluralismo político como una coordinación necesaria de las instituciones y no implica una sumisión al poder.

Un segundo elemento observable es la efectividad para resolver los problemas urgentes cuando el tiempo y la autoridad son recursos limitados. Parecería ser que los sistemas totalitarios están mejor equipados para este tipo de situaciones, lo que invitaría a los sistemas democráticos a reducir sus formalismos y los derechos que garantizan. Ahora bien, los gobiernos democráticos contienen ineficiencias, pero estas no provienen del respeto a la voluntad popular y los procedimientos legales. Tampoco es verdad que las autocracias o sistemas totalitarios sean un modelo de eficiencia. El verdadero fiel de la balanza está en la relación entre el poder y la información. Los gobiernos autoritarios tienen un problema con la información en ambas direcciones hacia fuera y hacia adentro. Hacia afuera, todos estamos pagando el precio, ya que hubiera sido mejor que todo lo que se sabía sobre el nuevo virus hubiera sido compartido con las demás naciones desde el principio y no más tarde. En cuanto a la información interna, el haberla reprimido no es un signo de fortaleza, sino un presagio de debilidad.

Ahora bien no solamente se trata del flujo de la información, sino del tipo de calidad de la información para poder tomar decisiones adecuadas. Esta información de calidad como se ha podido comprobar, solo es generada en sistemas democráticos donde se respetan dos valores fundamentales: tolerancia por la crítica y la confianza.

Finalmente el tercer elemento, el cambio social. En los sistemas democráticos los cambios son lentos y el momento excepcional que vivimos ha requerido de modificaciones rápidas, sin embargo aún en estos momentos

debe protegerse el pluralismo. Sabemos que pueden haber diferentes opiniones sobre cómo salir de la crisis, pero la mejor manera de tomar una decisión es mediante el debate democrático.

6. DEMOCRACIA CON DEMOS

El día de hoy la democracia se encuentra en crisis y ciertamente puede explicarse con las circunstancias creadas con la pandemia, pero igualmente podemos hacerlo observando problemas de largo calado que la preceden y hacen mancuerna con ella. Una explicación interesante y novedosa es la dada por el profesor del Instituto Universitario Europeo en Italia J. H. H. Weiler, quien nos invita a observar ya no al poder, sino directamente a la sociedad.

Asumimos que si una decisión es democrática, es correcta, buena, lo cual no siempre es así. Hay dos caracteristicas fundamentales que las democracias liberales occidentales aspiran a tener: la habilidad de determinar en las elecciones quién gobernará y más indirectamente, la elección de la ideología y la dirección política que tomará el gobernante. ¿Esto es así? Si la respuesta es sí, por qué vemos tantos llamados sociales alrededor del mundo democrático del "tomemos de nuevo el control". Pero, ¿quiénes son los que retomarian el control? Lo que nos lleva al tema de la ciudadanía.

El demos, el pueblo, en democracia no es léxico, es ontológico nos dice el profesor Weiler, sin demos no hay democracia. La pandemia ha acentuado la crisis del demos, el encierro, el riesgo, ha abierto el camino a una disociación social donde como mónadas leibnizianas han aparecido células sociales excluyentes. La Unión Europea y el tema del rescate es un ejemplo claro, los países, las sociedades más aventajadas económicamente se preguntan, por qué tendrían que apoyar a expensas de ellos mismos, a los países menos aventajados, se ha invertido la máxima de la independencia norteamericana, de: "no taxation without representation" hacia "no representation without taxation".

Lo interesante de esta línea de pensamiento, es que nos obliga a replantear el papel de la sociedad, nos invita a explorar visiones republicanas como vías de posible solución. En ese sentido, tenemos que reconocer que las personas conciente o inconcientemente, buscan satisfacer no solo necesidades materiales, sino su felicidad como se afirmaba en el constitucionalismo de 1800-1900 es tambien necesaria, y esto conlleva elementos más allá de los económicos, pasa por la ruta del rescate de los valores sociales que hemos

aprendido en el transcurso de varios siglos: democracia, derechos humanos y estado de derecho, los cuales han sido vaciados de contenido.

Hoy esos valores se han visto afectados. Los derechos humanos no indican cómo actuar. La democracia no instruye cómo ejercer el poder. El estado de derecho no delinea el contenido de las normas. Quizá sea el momento de rescatar otros valores perdidos y el profesor Weiler nos invita a pensar en tres: patriotismo, una nueva cultura de derechos y el estado de derecho, y finalmente, secularización.

Actualmente estamos en una especie de democracia clientelar, donde las personas no somos responsables más allá de ser como una especie de accionistas de una empresa. Si el liderazgo no funciona, simplemente lo cambiamos, no compartimos una verdadera responsabilidad en relación con nuestra condición humana dentro de la sociedad, no compartimos una verdadera identidad como demos.

En el discurso político hablar de derechos es referirnos a la conversión en acciones legales individuales, se han descuidado partes importantes del centro de la justificación de los derechos humanos, la dignidad humana que implica una visión colectiva, que ninguna vida es más valiosa, y que todos somos diferentes y por tanto debemos ser tratados de acuerdo a ello.

La secularización ha llevado al extremo de pensar en uno mismo y descuidar el valor de la sociedad, de la existencia de los otros, como diría Kennedy en su discurso inaugural de 1960, "no preguntes que puede hacer tu país por tí, pregúntate que puedes hacer tú por tu país".

Quizá un camino para ayudar a la democracia sea el pensar en términos más republicanos, en el sentido de fortalecer nuestro compromiso dentro de la sociedad y no dejar todo a los gobernantes.

Víctor Collí Ek
Universidad Autónoma de Campeche
e-mail:vimcolli@uacam.mx

NOTICIAS

Congreso internacional las mujeres y la (des)igualdad de oportunidades: análisis feminista de las injusticias estructurales y las tensiones coyunturales, 13 y 14 de octubre de 2021.

Con el propósito de analizar y comprender crítica y reivindicativamente la lucha de las mujeres por el reconocimiento de la igualdad de oportunidades, y con la finalidad de proponer estrategias de acción para la consecución real y efectiva de la igualdad, los días 13 y 14 de octubre de 2021, en la ciudad de Madrid, se celebró el Congreso Internacional *Las mujeres y la (des)igualdad de oportunidades: análisis feminista de las injusticias estructurales y las tensiones coyunturales*. El contexto de la actividad estuvo marcado por la necesidad de replantear, estudiar y debatir el viejo problema de la desigualdad de oportunidades de las mujeres a la luz de los acontecimientos vividos durante las dos primeras décadas del siglo XXI. Desigualdad que se ha profundizado con la nueva situación de crisis sanitaria mundial provocada por la pandemia de la covid-19.

Organizado por el equipo del *Seminario de Teoría Crítica* del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid, el Congreso se realizó en el marco de la XIX edición de esta ágora de debate caracterizada por el diálogo horizontal, la reflexión crítica de la realidad, la interdisciplinariedad y por constituir un lugar de encuentro entre academia y activismo social. La actividad fue dirigida por María José Fariñas Dulce, Silvina Ribotta y Carlos Lema Añón. La coordinación académica estuvo a cargo de Dayana Méndez Aristizábal, Rubén García Higuera y Javier González-Arellano, y el diseño gráfico fue realizado por Laura Lostalé, inspirándose en la obra "La unión hace la fuerza" del colectivo de artistas *Unlogic Crew*. El evento fue patrocinado por el Instituto de las Mujeres del Ministerio de Igualdad del Gobierno de España, el departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, y la Unidad de Igualdad de la Universidad Carlos III de Madrid.

El Congreso contó con la participación de profesionales, activistas, académicas y representantes de agrupaciones de la sociedad civil provenientes de México, Chile, Colombia, Guatemala, Argentina, Brasil, Estados Unidos,

Italia y Polonia, como también de diversas ciudades de España, como son Sevilla, Granada, Madrid y Barcelona. A través de un análisis interseccional de las históricas injusticias estructurales y las coyunturas políticas, sociales, culturales, económicas y sanitarias que afectan a las mujeres en la actualidad, un total de 37 ponentes, procedentes de diversos campos de estudios –como el derecho, la sociología, las ciencias políticas, la filosofía, la medicina, la antropología y la economía–, fueron invitadas a compartir y dialogar con activistas, representantes de colectivos feministas y defensoras de derechos humanos, con la finalidad de pensar en conjunto los desafíos actuales, las posibilidades reales y las estrategias futuras de acción para conseguir una real y efectiva igualdad de oportunidades.

La actividad se constituyó como un espacio de diálogo constructivo entre teoría y praxis, entre pensamiento y acción, con un carácter marcadamente internacional, interdisciplinar y sobre todo interseccional; porque tenemos la convicción de que el conocimiento no se construye solo desde los espacios académicos y que las mujeres que viven las opresiones y las discriminaciones deben tener la palabra también en los lugares tradicionales de producción del conocimiento y ser las protagonistas de sus propias narrativas y de sus propias construcciones teóricas como herramienta para la divulgación y la eliminación de las diversas violencias que las atraviesan.

Por este motivo, el equipo organizador y el comité científico estructuraron el programa y las ponencias en torno a siete ejes temáticos, a saber: 1) Igualdad en el empleo y en el acceso al mercado laboral; 2) Trabajos de mujeres: entre la precarización, la estigmatización y la autonomía laboral; 3) Corresponsabilidad de la vida doméstica y gestión de lo común; 4) Participación política, económica, social y cultural de las mujeres; 5) Participación y activismo político; 6) Impactos en la salud de las mujeres y personas LGBTIQ+ y en sus derechos sexuales y reproductivos; y 7) Las voces de mujeres silenciadas en sus derechos sexuales y reproductivos. En este programa, además de académicas e investigadoras, participaron mujeres representantes de colectivos históricamente excluidos como: mujeres afrodescendientes, mujeres con discapacidad, mujeres gitanas, mujeres migradas trabajadoras del hogar y camareras de piso. El resultado de este diálogo horizontal, diverso e interseccional, será publicado en un monográfico editado por la editorial Dykinson durante el año 2022.

Además, la actividad contó con un espacio para la presentación de comunicaciones, las cuales fueron cuidadosamente seleccionadas por el comité

científico, en donde se abordaron temáticas vinculadas a la lucha de las mujeres en contextos de posconflicto, la participación política de las mujeres, feminicidios, las víctimas de delitos sexuales, la feminización de la pobreza, el trabajo sexual, y los derechos sexuales y reproductivos. Dichas ponencias fueron publicadas en enero de 2022 y pueden ser consultadas en el número 38 extraordinario de "Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política", titulado 'Trabajos presentados en el Congreso Internacional las mujeres y la (des)igualdad de oportunidades: análisis feminista de las injusticias estructurales y tensiones coyunturales'.

Con respecto a la participación e impacto de la actividad, el Congreso fue concebido para realizarse en dos modalidades: presencial y en línea. Considerando esta premisa, se inscribieron un total de 370 personas, de las cuales 72 se registraron en la modalidad presencial y 298 en modalidad online. Las inscritas en la actividad provinieron de 23 países, principalmente de Europa (5) y América (18), siendo España, Colombia, Argentina, Chile y Perú los cinco países con más participantes registradas. En términos de los datos de visualizaciones del Congreso, que fue transmitido en tiempo real a través del canal de YouTube de la Universidad Carlos III de Madrid, la actividad fue visualizada 1644 veces, de las cuales 695 corresponden a la jornada del día 13 de octubre y 949 a la jornada correspondiente al día 14 de octubre de 2021. Este material audiovisual puede ser consultado en la página *https://seminarioteoriacritica.com/*

Finalmente, el equipo organizador agradece a las personas, instituciones y organizaciones de la sociedad civil que participaron en el Congreso. Sin su ayuda y cordialidad esto no hubiese sido posible.

Javier González-Arellano
Dayana Méndez Aristizábal

Segundo foro de debate mujeres frente a la pandemia: una mirada de género para una respuesta feminista

En el mes de enero comenzó la II edición del Foro de Debate Mujeres Frente a la Pandemia: Una Mirada de Género para una Respuesta Feminista. La actividad, que se lleva a cabo gracias a la ayuda concedida por el Instituto de las Mujeres en su programa de 2021, pretende ser un espacio de reflexión sobre las consecuencias de la pandemia en la situación de las mujeres. En el primer Foro de Debate, abierto durante 2021, se puso de manifiesto que la pandemia ha agravado algunas de las barreras que enfrentan las mujeres para su inclusión plena y efectiva en la sociedad en las mismas condiciones que los hombres y que estas barreras, que, en algunos casos, tienen elementos comunes, impactan de modo diferente sobre las mujeres que se sitúan en el cruce entre distintos sistemas de opresión.

La pandemia ha hecho más difícil para todas las mujeres la participación política y económica y la inclusión en el mundo laboral, ha agravado la brecha digital y ha mostrado que la organización del acceso a la salud se aborda invisibilizando a las mujeres así como que el nivel de garantía de los derechos sexuales y reproductivos no es suficiente.

El objetivo de este segundo foro es explorar cómo la interseccionalidad afecta a la efectividad de los derechos de las mujeres en cada uno de estos ámbitos, con el objetivo de encontrar claves para que las respuestas a la crisis no dejen a ninguna mujer atrás.

Como herramientas, se combina el debate a través de distintas redes sociales y el blog del foro, el repositorio de materiales que se nutre de las aportaciones de las colaboradoras, y que incluye videos y podcasts con entrevistas, con un webinario sobre los temas seleccionados que tiene lugar cada dos meses. El 24 de febrero se celebró la primera de las sesiones, dedicada al análisis de las "Brechas laborales y de género" y la segunda, sobre "Feminización de la pobreza" ha tenido lugar el pasado 28 de abril. En las siguientes se abordará la cuestión de la "Salud integral de las mujeres y derechos sexuales y reproductivos", la "Participación" y la "Reconfiguración del modelo de cuidados". El mes de diciembre estará dedicado al balance y las conclusiones.

Durante los meses de enero y febrero el debate ha constatado que la pandemia ha intensificado los problemas estructurales causantes de la brecha de género en el ámbito laboral y 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. Entre las cuestiones que se han abordado se ha tratado la mayor precarización de algunas mujeres, su sobrerrepresentación en el trabajo informal, la brecha salarial que se produce entre las mujeres y cómo la incidencia de la brecha digital en el acceso a las nuevas formas de trabajo generadas en pandemia es mayor en algunos casos.

En marzo y abril, el punto de partida ha sido indagar hasta qué punto la pobreza se ceba más con algunas mujeres, ya en términos generales en peor situación económica que los hombres. En el Primer Foro se apuntó que quizá esta circunstancia podía explicar la mayor incidencia del virus y de sus consecuencias sobre las mujeres, ahora se buscarán algunos de los factores que condicionan este resultado. Entre otros, el alcance de las políticas de igualdad entre hombres y mujeres se ve limitado por el edadismo y el racismo; la situación administrativa de precariedad generada por el régimen de extranjería impide el acceso de las mujeres más pobres a las medidas de protección pública y genera efectos perversos de algunas de las reformas orientadas a protegerlas y el creciente negacionismo de la desigualdad de género constituye un obstáculo para la implementación de políticas feministas.

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. 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) tendría que haber constituido una prioridad en la respuesta a la pandemia. Esta cuestión desde la diversidad de mujeres será objeto de discusión durante los meses de mayo y junio

La experiencia demuestra que no puede haber una respuesta feminista si no hay mujeres construyendo esa respuesta, pero en los distintos escenarios de debate en el marco del Primer Foro se ha constatado que las mujeres no hemos estado representadas en condiciones de igualdad en la toma de decisiones en los organismos de gestión de la pandemia. Durante octubre y noviembre de la presente edición se tratará de verificar si la representatividad de las mujeres ha mejorado y, particularmente, de qué modo las voces de las diversas mujeres se están escuchando.

El menosprecio del cuidado en nuestra organización social y su feminización constituye una de las causas de las brechas económicas y labora-

les que perjudican a las mujeres e impacta también en su salud. En octubre y noviembre la discusión se referirá a la medida en que esta situación, que es común a todas las mujeres y que también se ha agravado en pandemia, adquiere una fisonomía diferente para las mujeres en situaciones de interseccionalidad.

Este II Foro quiere seguir siendo un espacio de encuentro de realidades y aproximaciones diversas ya que sólo escuchando todas las voces es posible obtener una imagen no sesgada del problema. En este sentido, además de la participación de estudiosas de distintas Universidades y disciplinas y responsables de distintos ámbitos de la administración, se incorporán al debate, igual que en la primera edición, mujeres que desde el movimiento asociativo y hasta en los momentos más duros, han estado trabajando para llegar a lugares donde los derechos no llegaban'.

María del Carmen Barranco Avilés

Clínica jurídica de derechos humanos Javier Romañach Cabrero

Durante el curso 2021-2022 en el ámbito de la clínica de derechos humanos se han desarrollado cuatro programas. Tres de ellos sobre los derechos de las personas con discapacidad y uno sobre derechos de las personas mayores.

Estudiantes y docentes, a solicitud del CERMI, han trabajado sobre las correspondencias y colisiones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con la Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, con motivo de los 15 años de vigencia de ésta. Este programa Clínico, que se ha desarrollado de manera online, ha sido dirigido por Rafael de Asís, tutorizado por Mª de Mar Rojas y Francisco Bariffi y en él han participado las y los estudiantes Bianca María Bira (Derecho), Luis Domenech Moya (Derecho y Ciencias Políticas), Pìlar Farias Varona (Derecho y ADE), Sandra Maroto Fernández (Derecho) y Helia Platero Rodríguez (Derecho).

La actividad ha dado lugar a un informe que subraya varios aspectos "anacrónicos" y contrarios a los estándares internacionales sobre derechos de las personas con discapacidad en la Ley 39/2006. Según sus conclusiones, la ley utiliza un enfoque "alejado del modelo social de discapacidad" a la hora de determinar la situación de dependencia, puesto que se ocupa solo de factores personales, sin considerar la importancia del entorno, y emplea "un enfoque anacrónico basado en el modelo médico rehabilitador" a la hora de establecer los grados de discapacidad. Del mismo modo, critica que la norma se aparta de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que en su artículo 19 propugna el derecho a la vida independiente, ya que el sistema de servicios y prestaciones que establece resulta "demasiado asistencialista". Indica también que carece de una perspectiva de género adecuada, pues ignora la presencia mucho mayor de las mujeres entre las personas dependientes y obvia por completo la realidad de aquellas mujeres con discapacidad que son cuidadoras. Se señala que la ley apenas se ocupa de las personas con discapacidad que viven en instituciones y, según el informe, debe adaptarse a la modificación del Código Civil aprobada en junio de 2021 que puso fin a la incapacitación jurídica de las personas con discapacidad. Por último, la investigación critica la falta de "equidad" del sistema de prestaciones y pide mayor implicación del Estado.

Un segundo programa de la Clínica, en este caso a solicitud de SOLCOM, ha abordado la situación de una persona que sufre un internamiento no voluntario. El programa ha sido dirigido por Patricia Cuenca y en él han participado estudiantes de grado y posgrado, mostrando el enfrentamiento de esta práctica con los derechos humanos.

El último programa clínico sobre discapacidad ha tratado la vinculatoriedad, publicidad y lugar de la igualdad en las normas UNE. Se ha realizado en colaboración con COCEMFE. El objetivo de este programa, dirigido por Rafael de Asís, ha sido la realización de un informe en el que se han abordado algunos de los problemas que plantea el uso de las normas técnicas por parte de la legislación y su posible colisión con la no discriminación y la accesibilidad.

En el marco de la colaboración entre la Clínica de la Universidad Carlos III de Madrid y la Fundación Pro Bono España el Instituto coordina una clínica sobre el Derecho y los derechos de las personas mayores. El objetivo es generar guías en la que se explique la normativa aplicable y los mecanismos de los que disponen las personas mayores para hacer valer sus derechos en algunos de los ámbitos en los que se generan más problemas: vivienda y alquiler, suministros o servicios financieros. La iniciativa ha surgido de Kuvu y en el equipo cuenta con seis docentes de la Universidad Carlos III de Madrid y dieciséis profesionales de la abogacía.

Asimismo, la clínica Javier Romañach, como parte de la Clínica de la Universidad Carlos III de Madrid, mantiene su colaboración con la Red Española de Clínicas Jurídicas, que, entre otras actividades, ha mostrado su preocupación por la situación de Ucrania a través de una Declaración conjunta, y que está realizando, al respecto, una serie de actuaciones concretas.

María del Carmen Barranco Avilés

CV DE LOS PARTICIPANTES

María José Añón Roig

Es Catedrática de Filosofía del Derecho. Licenciada y Doctora en Derecho por la Universitat de València (España). Directora del Instituto Universitario de Derechos Humanos (2005-2010). Su investigación aborda temas propios de la filosofía del derecho y los derechos humanos. Entre ellos: derechos sociales, igualdad y derecho antidiscriminatorio, acceso a la justicia, movilidad humana, teorías de la justicia y argumentación jurídica. Ha participado en numerosos proyectos de investigación desde 1988. Forma parte de la red de investigación "El tiempo de los derechos" y dirige el grupo de investigación sobre "Derechos económicos, sociales y culturales: efectividad y justiciabilidad" (GDESC). Directora de la revista *Anuario de Filosofía del Derecho* (2006-2016), de *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* y coordinadora de la revista *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico* desde 2007. Ha sido secretaria general de la Universidad de Valencia de 2010 a 2018.

Rafael de Asís

Es Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Ha sido profesor de la Universidad Complutense de Madrid, de la Universidad de Castilla-La Mancha y de la Universidad de Jaén. Dirige el Master de Filosofía Jurídica y Política Contemporánea y la Clínica Jurídica Javier Romañach del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba. Además es responsable de la Red "El Tiempo de los Derechos".

Alberto Burgio

Es profesor de Historia de la filosofía y de Historia de la filosofía política en la Universidad de Bolonia. Especialista en el contractualismo moderno, el marxismo y la filosofía de la historia, ha dedicado parte de sus investigaciones al análisis histórico-crítico de las ideologías racistas. Entre sus trabajos, se encuentran *Gramsci storico. Una lettura dei «Quaderni del carcere»* (2003); *Vernunft und Katastrophen. Das Problem der Geschichtsentwicklung bei Kant, Hegel und Marx* (2004); *Per un lessico critico del contrattualismo moderno* (2006); *Nonostante Auschwitz. Il "ritorno" del razzismo in Europa* (2010); *Rousseau e gli altri. Teoria e critica della democrazia tra Sette e Novecento* (2012); *Orgoglio e genocidio. L'etica dello sterminio nella Germania nazista* (con M. Lalatta, 2016); *Il sogno di una cosa. Per Marx* (2018). La edición española de su reciente *Critica della raggione razzista* (2020) será publicada en breve por Mármol Izquierdo Editores.

Noelia Igareda González

Es Profesora agregada de Filosofía del Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona (UAB). Doctora en Derecho por la UAB, Master en Master en Políticas de Igualdad de Género: Agentes de Igualdad UAB, Licenciada en Derecho especialidad jurídico-económica por la Universidad de Deusto.

Es Vicedecana de Internacionalización, Movilidad y Dobles grados de la Facultad de Derecho de la UAB. Co-directora del Postgrado de Género de Igualdad (UAB) y del Postgrado de Violencias Machistas (UAB). Profesora del Master Oficial Interuniversitario de Mujeres, Género y Ciudadanía (iiedg).

Es Investigadora del grupo Antígona, ha coordinado y participado en proyectos competitivos europeos, nacionales y autonómicos. Sus líneas de investigación son género y derecho, bioética y violencia contra las mujeres.

Mariella Robertazzi

Mi formación universitaria tuvo lugar en la Universidad de Pisa, donde obtuve una licenciatura en derecho y un doctorado en "Giustizia costituzionale e diritti fondamentali". En la tesis doctoral "*Diritto Processo Giudizio nell'opera di Salvatore Satta*" analicé el vínculo entre derecho y literatura en la obra de Salvatore Satta, uno de los principales juristas italianos del siglo XX. Actualmente colaboro con el grupo de filosofía del derecho de la Universidad de Pisa, tratando diversos temas. Algunas de mis publicaciones son: "*…È cosa perniciosa ammettere la schiavitù»: la riflessione di Bodin* ("Diacronia" 2/2020), *Sull'ordinanza Cappato, in attesa della pronuncia che verrà (*"Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia costituzionale", 1/2019), *La dimensione contestuale del linguaggio giuridico* ("Metodo giuridico e interpretazione. Un confronto interdisciplinare su Senso e Consenso di Aurelio Gentili", a cura di Ilario Belloni, Valentina Calderai, Edizioni ETS, 2018), *Il ruolo performativo del diritto a partire dalla violenza di genere* ("Papeles el tiempo de los derechos", 26, 2018), *Giurisprudenza e responsabilità morale: Il "Buon Giudice" Magnaud,* ("Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política", 28, 2018).

Ignacio Campoy Cervera

Es Vocal Asesor del Real Patronato sobre la Discapacidad, profesor Titular de Universidad en la Universidad Carlos III de Madrid en comisión de servicios y Miembro del Consejo del Instituto de Derechos Humanos "Gregorio Peces-Barba" de la misma Universidad.

Sus principales líneas de investigación académica versan sobre los derechos de los niños, los derechos de las personas con discapacidad, la igualdad y la no discriminación, el concepto y fundamento de los derechos humanos, la Filosofía Política y la Filosofía del Derecho.

Antonio Madrid Pérez

Es profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Coordina la Clínica jurídica dret al Dret de esta Facultad *http://www.ub.edu/dretaldret/*. Ha sido director de la Unidad de Igualdad de esta Universidad y ha presidido su Junta de Personal docente e investigador. Sus aportaciones de 2020 y 2021 relacionadas con el tema tratado en el artículo que presenta en este número han sido publicadas en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 42, 2020, *https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/16286*; *Qualitative Inquire*, 26, 2020, *https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1077800420938853*; *Frontiers in Psychology*, 12, 2021, *https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2021.674675/full*

Ana María Jara Gómez

Doctora en Derecho por la Universidad de Granada, Máster en Derecho Europeo e Internacional por la Universidad de Bremen (Alemania). Actualmente es experta del Joint

Research Centre de la Comisión Europea en el proyecto "Science of Values and Identities".Ha sido profesora de la Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana, profesora visitante en la Universidad de Prishtina (Kosovo), profesora de la Universidad de Almería y de la Universidad de Granada, donde actualmente ejerce la docencia. Es autora, entre otros, de los libros 'Kosovo en el laberinto' y 'Mujer y guerra en los Balcanes'. También es autora de 19 artículos indexados en varios idiomas.

Georgios Milios

Es Profesor Lector «Serra Húnter» de Derecho Constitucional en la Universidad de Barcelona y Doctor en Derecho (2016) por la misma universidad. Es licenciado en Derecho por la Universidad Aristotélica de Tesalónica, en Grecia, y tiene un máster en Derecho Comunitario por la Universidad de Estocolmo, en Suecia (2011). Ha participado en proyectos de investigación relacionados con los derechos de los extranjeros en España, pero también a nivel comunitario e internacional, y ha publicado varios artículos en revistas internacionales (entre otras, *European Journal of Migration and Law, International Journal on Minority and Group Rights* y *Yearbook of European Law*) sobre esta materia. Imparte docencia y coordina el módulo jurídico del Máster Interuniversitario en Migraciones Contemporáneas (organizado por la Universidad de Barcelona y la Universidad Autónoma de Barcelona). Asimismo, ha realizado estancias de investigación en la Universidad Autónoma de Barcelona y en el Instituto de Derecho Europeo (Institut für Europarecht) de la Universidad de Friburgo, en Suiza. Actualmente, es miembro del Observatorio de Derecho Público (IDP) de la Universidad de Barcelona y del centro de investigación CER-Migracions.

Alicia Cárdenas Cordón

Es doble graduada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la Universidad de Córdoba (2017) y máster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2018). En la actualidad, es contratada FPI por la Universidad de Córdoba. Entre sus publicaciones, se encuentran artículos de divulgación en varios medios y algunos trabajos académicos, entre otros: "Dignidad humana y derechos fundamentales: Consideraciones en torno al concepto de dignidad en la reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea"(2020) del que es coautora o "Poder judicial y discriminación estructural de las mujeres: transformaciones urgentes para una efectiva igualdad de género", integrado en la obra colectiva *La interpretación y aplicación del derecho en clave de igualdad de género* (2021), del que es coordinadora.

Andoni Polo Roca

Es Abogado. Graduado en Derecho con el Premio Extraordinario de Fin de Carrera (2018), distinción de "Graduado con Excelencia" y Premio al mejor Trabajo de Fin de Grado (TFG) por la Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Participante en el "Programa Talentia", IX Edición (2017-2018), de Bizkaia Talent y la Diputación Foral de Bizkaia.

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía por la UPV/EHU (en colaboración con el Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia). Máster Universitario (LLM) en Derecho de la Administración Pública (Derecho Público, Administrativo y Regulatorio) por la Universidad de Zaragoza.

Letrado perteneciente al Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia (ICA Bizkaia). Premio Jóvenes Abogados "Antonio Hernández-Gil" (2021).

Instrucciones para publicación de artículos en Derechos y Libertades

Instrucciones para los autores establecidas de acuerdo con la Norma AENOR UNE 50-133-94 (equivalente a ISO 215:1986) sobre Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie y la Norma AENOR UNE 50-104-94 (equivalente a ISO 690:1987) sobre Referencias bibliográficas.

- La extensión máxima de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 30 folios a espacio 1,5 aprox. y 10 folios a espacio 1,5 para las reseñas. Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract de 10 líneas con un máximo de 125 palabras y unas palabras clave (máximo cinco).
- Los originales serán sometidos a informes externos anónimos que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Derechos y Libertades no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a Derechos y Libertades comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de Derechos y Libertades. Los originales no serán devueltos a sus autores.
- Se deben entregar en soporte informático PC Word a las direcciones electrónicas de la Revista (fcojavier.ansuategui@uc3m.es; derechosylibertades@uc3m.es). Para facilitar el anonimato en el informe externo, se deberá incluir una copia donde se deben omitir las referencias al autor del artículo y otra copia donde existan estas referencias. En un fichero aparte, se deben incluir los datos del autor, ORCID, dirección postal 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 la separata digital.

Derechos y Libertades recomienda el uso de lenguaje inclusivo en los trabajos presentados para su evaluación. Asimismo, la Revista informará sobre aquellos trabajos que tengan en cuenta el género en sus datos de origen

Derechos y Libertades establece el uso de las siguientes reglas de cita como condición para la aceptación de los trabajos:

Libros: E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

Trabajos incluidos en volúmenes colectivos: G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A. García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semantica della teoria del diritto" en U. SCARPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

Artículos contenidos en publicaciones periódicas: N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm. 1, 1981, pp. 2-28.

Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión cit., Como por ejemplo: M. WEBER, "La política como vocación", en Id., *El político y el científico*, cit.

Los artículos deberán enviarse siguiendo las reglas de edición del siguiente formato:

TITULO PRINCIPAL TIMES NEW ROMAN 14 MAYÚSCULA NEGRITA

TITULO EN INGLÉS TIMES NEW ROMAN 14 MAYÚSCULA NORMAL CURSIVA

Autor Times New Roman Versalitas 12
Universidad Times New Roman Cursiva normal 12

Resumen: *Resumen, cursiva, Times New Roman 12*

Abstract: *Resumen en inglés, cursiva, Times New Roman 12*

Palabras clave: Times New Roman, 12, normal, separadas por comas, sin punto final.
Keywords: Times New Roman, 12, normal, separadas por comas, sin punto final.

1.- TITULO NIVEL 1, TIMES NEW ROMAN, 12, MAYÚSCULA NORMAL

1.1.- Titulo nivel 2, Times New Roman, 12, minúscula, negrita

1.1.1.- Titulo nivel 3, Times New Roman, 12, minúscula, cursiva

1.1.1.1.- Titulo nivel 4, Times New Roman, 12, minúscula, negrita

Texto del artículo, Times New Roman 12, interlineado 1,5, sangría 1 tabulador primera línea[1]

Autor firma Times New Roman Versalitas 12
Universidad Times New Roman Cursiva normal 12
Dirección postal Times New Roman Cursiva normal 12
E-mail: email Times New Roman Cursiva normal 12

© 2022 Instituto de derechos humanos "Gregorio Peces-Barba"

1 Texto de las notas al pie, Times New Roman, normal, 10.

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 (5 max.) 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.
- Two copies of the 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, author's details should be omitted in one of the copies. In a separated file, It should be included these details: author's name, ORCID, 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 a digital copy of their own article.
- Originals should be submitted in Spanish.

Derechos y Libertades recommends the use of inclusive language in the articles submitted for evaluation. Likewise, the journal will report on those articles that take gender into account in their source data.

Derechos y Libertades establishes the use of the following reference's rules as a condition for accepting the articles:

Books: E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática,* Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

Articles included in collective works: L. FERRAJOLI, "La semantica della teoría del diritto" en U. SCAPELLI (ed.), La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali. Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

Articles included in periodic publicactions: N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm 1, 1981, pp.2-28;

In order to avoid 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.).

The articles must be sent following the editing rules of the following format:

MAIN TITLE TIMES NEW ROMAN 14 UPPERCASE BOLD, CENTERED JUSTIFIED

TITLE IN ENGLISH TIMES NEW ROMAN 14 UPPERCASE REGULAR ITALICS CENTERED JUSTIFIED

Autor Times New Roman Small Caps 12
Universidad Times New Roman regular italics 12

Resumen: *Abstract in Spanish, italics, Times New Roman 12*

Abstract: *Abstract in English, italics, Times New Roman 12*

Palabras clave: Times New Roman, 12, regular, separated by comas, no full stop.
Keywords: Times New Roman, 12, regular, separated by comas, no full stop.

1.- TITLE LEVEL 1, TIMES NEW ROMAN, 12, UPPERCASE REGULAR

1.1.- Title level 2, Times New Roman, 12, lowercase, bold

1.1.1.- Title level 3, Times New Roman, 12, lowercase, italics

1.1.1.1.- Titlle level 4, Times New Roman, 12, lowercase, bold

Text of the article, Times New Roman 12, spacing 1,5, bleeding 1 tab in the first line[1].

Author signature Times New Roman Small Caps 12
University Times New Roman, italics regular 12
Address Times New Roman, italics regular 12
E-mail: email Times New Roman, italics regular 12

© 2022 Instituto de derechos humanos "Gregorio Peces-Barba".

1 Text of the footnotes, Times New Roman, regular, 10.

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

- Derechos y tecnologías por *Asís Roig, Rafael de*
- 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, Mª Dolores*
- La plausabilidad 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 Mª (directora)*
- Mujeres con discapacidad: sobre la discriminación y opresión interseccional *por Serra, María Laura*
- Nacidos para salvar. Un estudio ético-jurídico del "bebé medicamento" *por Pinto Palacios, Fernando*
- La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación *por Ara Pinilla, Ignacio*
- Razón y voluntad en el estado de derecho Un enfoque filosófico-jurídico *por Ansuátegui Roig, Francisco Javier*

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, Mª del Carmen*
- Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas. Superposiciones entre las teorías de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y el feminismo en la reformulación de conceptos y estrategias político-jurídicas *por Monereo Atienza, Cristina*
- Una mirada a la robótica desde los derechos humanos *por Asís Roig, Rafael de*

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