

DERECHOS Y LIBERTADES

Número 50, Época II, Enero 2024



FECYT-006/2023
Fecha de concesión: 28 de mayo de 2023 (1ª convocatoria)
Vigencia hasta: 28 de julio de 2024

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

FP FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUNO 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 VIII Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y renovó el Sello de Calidad FECYT hasta 2024.

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
Gregorio Peces-Barba
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid, 126
28903 Getafe (Madrid)

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

Adquisición y suscripciones



Suscripción en papel

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

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

Suscripción versión electrónica (revista en pdf)

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

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba

ISSN: 1133-0937

Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:

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

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

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

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

Revista fundada por GREGORIO PECES-BARBA

Director:

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

Subdirector:

JAVIER DORADO PORRAS (Universidad Carlos III de Madrid)

Secretario:

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

Consejo Científico

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

RAFAEL DE ASÍS ROIG (Universidad Carlos III de Madrid)

RICARDO CARACCILO (Universidad de Córdoba, Argentina)

PAOLO COMANDUCCI (Università di Genova)

J. C. DAVIS (†) (University of East Anglia)

ELÍAS DÍAZ GARCÍA (Universidad Autónoma de Madrid)

RONALD DWORKIN (†) (New York University)

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA (Universidad Carlos III de Madrid)

CARLOS FERNÁNDEZ LIESA (Universidad Carlos III de Madrid)

VINCENZO FERRARI (Università di Milano)

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO (Universidad de León)

PETER HÄBERLE (Universität Bayreuth)

MASSIMO LA TORRE (Università Magna Graecia di Catanzaro)

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

JAVIER DE LUCAS MARTÍN (Universidad de Valencia)

JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA (Universidad de Cantabria)

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

ANTONIO E. PÉREZ LUÑO (Universidad de Sevilla)

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

Coordinación:

ISABEL GARCÍA SÁNCHEZ-MAYORAL
SEBASTIÁN IBARRA GONZÁLEZ

Sentido de la Revista

Derechos y Libertades es la revista semestral que publica el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba 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 Gregorio Peces-Barba.

ÍNDICE

Nota del Director	11

MONOGRÁFICO “LOS DESAFÍOS DEL DISCURSO DE LOS DERECHOS”

Cinco desafíos del discurso de los derechos	19
<i>Five challenges of the rights discourse</i>	

RAFAEL DE ASÍS

Los desafíos al discurso de los derechos humanos tras 50 números de <i>Derechos y Libertades</i>	27
<i>Challenges to the discourse on human rights after 50 issues of Derechos y Libertades</i>	

MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS

El uso, el abuso y el no uso de la palabra “Derecho”	39
<i>The use, misuse, non-use of the term ‘Right’</i>	

ALESSANDRA FACCHI

Problemas actuales de los derechos humanos: nuevos paradigmas en un contexto de cambios globales	49
<i>Current human rights problems: new paradigms in a context of global changes</i>	

MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE

Ideología y derechos humanos: lo común	57
<i>Ideology and human rights: the common</i>	

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA

El discurso de los derechos frente a sus desafíos	67
<i>The rights discourse in the face of its challenges</i>	

TOMMASO GRECO

Derechos de los animales. Un desafío para el Derecho, la moral y la política	75
<i>Animal rights. A challenge for Law, morality, and politics</i>	

MARINA LALATTA COSTERBOSA

El desafío de la efectividad.....	85
<i>The challenge of effectiveness</i>	

BALDASSARE PASTORE

Desafíos a los que se enfrenta el discurso de los derechos.....	95
<i>Challenges faced by rights discourse</i>	

ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO

Derechos humanos: del discurso a la cultura	109
<i>Human rights: from discourse to culture</i>	

AGUSTÍN SQUELLA

ARTÍCULOS

Gregorio Peces-Barba y Norberto Bobbio: historia de una amistad en 70 cartas.....	119
<i>Gregorio Peces-Barba and Norberto Bobbio: history of a friendship in 70 letters</i>	

MARIO G. LOSANO

Una concepción de los derechos para luchar contra la desigualdad económica	139
<i>A conception of rights to fight economic inequality</i>	

CRISTINA MONEREO ATIENZA

La lógica carceralista y la lucha por los derechos	165
<i>The carceralist logic and the the struggle for rights</i>	

MARÍA JOSÉ BERNUZ BENEITEZ

Menores, privacidad y derechos humanos en la escuela.	
El caso de Google Workplace for Education en España	199
<i>Minors, privacy and human rights at the school.</i>	
<i>The case of Google Workplace for Education in Spain</i>	

RAFAEL RODRÍGUEZ PRIETO

Los derechos de las personas LGTBI en los países del Norte	
de Europa: en especial el derecho al cambio de género	225
<i>The rights of LGTBI people in Northern European countries:</i>	
<i>especially the right to gender reassignment</i>	

FERNANDO SANTAMARÍA LAMBÁS

RECENSIONES

Harold BERTOT TRIANA,	
<i>Estudios sobre jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos</i>	
<i>humanos. Cavilaciones al hilo de temas actuales del sistema interamericano</i>	
<i>de derechos humanos.....</i>	271

CÁSTOR MIGUEL DIAZ BARRADO

Corrado DEL BÒ,	
<i>La giustizia. Un'introduzione filosofica.....</i>	281

FRANCISCO JAVIER ANSUATEGUI ROIG

Thomas CASADEI - Gianfrancesco ZANETTI,	
<i>Manual de Filosofía del Derecho. Figuras, categorías, contextos.....</i>	291

RAFAEL RAMIS BARCELÓ

Kevin Fredy HINTERBERGER, <i>Regularisations of Irregularly Staying Migrants in the EU.</i> <i>A comparative Legal Analysis of Austria, Germany and Spain</i>	295

FÉLIX VACAS FERNÁNDEZ

Carlos Ramón FERNÁNDEZ LIESA, Juan Daniel OLIVA MARTÍNEZ y Oscar PÉREZ DE LA FUENTE (eds.), <i>Soberanía</i>	301

JAELEE ARELLANO PINZÓN

Oscar CELADOR ANGÓN, <i>Entidades locales y libertad religiosa</i>	309

JOSÉ M^a CONTRERAS MAZARÍO

Félix VACAS FERNÁNDEZ, <i>El estatuto jurídico internacional de las víctimas de crímenes internacionales.</i> <i>Derechos de las víctimas, justicia de transición y Corte Penal Internacional</i>	317

JAVIER DORADO PORRAS

NOTICIAS

Inauguración del nuevo curso académico 2023-2024 en el Instituto de Derechos Humanos “Gregorio Peces-Barba” (IDHPB) de la Universidad Carlos III de Madrid	329

I Seminario sobre la autonomía personal: avances, tecnología y programas, Universidad Carlos III de Madrid, 5 y 6 de octubre de 2023	331

Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Ciencia Política -IPSA-, Buenos Aires, 15 al 19 julio 2023	335

CV de los participantes	337

NOTA DEL DIRECTOR

El ejemplar de *Derechos y Libertades* que llega a las manos de nuestros lectores es especial. Con él, llegamos a nuestro número 50. Es un momento importante en la historia de una aventura colectiva que comienza en el año 1993 cuando, bajo la dirección de Gregorio Peces-Barba, se publica el primer número de la revista. De esta manera se continuaba un itinerario que se había iniciado con el *Anuario de Derechos Humanos* que se editaba en la Universidad Complutense en el seno del Instituto de Derechos Humanos dirigido por Joaquín Ruiz-Giménez, y cuyo primer número se publicó en 1981, también dirigido por Gregorio Peces-Barba. Con la marcha del profesor Peces-Barba a la Universidad Carlos III de Madrid, algunos de sus colaboradores tuvimos la oportunidad de acompañarle en la puesta en marcha de un proyecto que incluía la creación del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas (hoy Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba). Una de las primeras iniciativas del Instituto consistió en poner en marcha una publicación periódica. Gregorio Peces-Barba siempre enfatizó mucho la importancia de las publicaciones, de las monografías y de las revistas, como elementos imprescindibles en la transmisión de lo que hacíamos en el Instituto y en el área de Filosofía del Derecho, y también como elemento dinamizador de la investigación. Fueron tiempos muy interesantes, embarcados como estábamos en la puesta en marcha de una nueva universidad. Es este un privilegio que no siempre se tiene. Siendo un recién doctor, tuve la oportunidad de asistir a las reuniones en las que se discutió la mejor forma de iniciar la andadura de la revista. Recuerdo que, en una de aquellas, Antonio E. Pérez Luño, que ha tenido la generosidad de acompañarnos a lo largo de todos estos años, propuso el nombre de la revista.

En 1993 se publicó el primer número de *Derechos y Libertades*, en el marco del convenio que la Universidad Carlos III de Madrid tenía con el Boletín Oficial del Estado. Ahí se publicaron los 13 primeros números. Desde 2006, con ocasión de la aparición del número 14, la revista se publica con la Editorial Dykinson, con la que el Instituto tiene una larga historia de publicaciones conjuntas.

A lo largo de estos años, un equipo formado por profesores e investigadores del área de Filosofía del Derecho y del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba, nos hemos venido dedicando al mantenimiento de la revista y a la gestión de sus números, en colaboración con la editorial Dykinson, a la que, en las personas de Rafael Tígeras, Gabriel Tígeras, Diana Martín y David Martín agradezco el trabajo de estos años. Varias personas e instituciones han contribuido a que fuera posible la publicación y la supervivencia de la revista, en tiempos no siempre fáciles, tanto por las crisis económicas como por la profunda transformación que ha afectado al ámbito de las publicaciones periódicas. Así, quiero recordar de manera particular a los profesores Ángel López y Antonio Pérez Luño que, de manera generosa, están detrás de la financiación que las Fundaciones Caja Sol y El Monte, en un primer momento desde 2006, y la Fundación Luño Peña, posteriormente y desde 2014, nos han ofrecido.

En el seno del Instituto varias personas están implicadas de manera especial en la revista a través de su trabajo. Y ello, más allá de que la revista sea una empresa colectiva de más amplio ámbito, apoyada por los respectivos Consejos, Científico y de Redacción. En estos momentos, el Subdirector es Javier Dorado y el Secretario es Oscar Pérez de la Fuente, con quien el trabajo conjunto en la revista es prácticamente diario. En los últimos meses hemos incluido a Isabel García Sánchez-Mayoral y a Sebastián Ibarra González como coordinadores.

Desde 2021, con la publicación del número 44, la revista presenta un formato digital, con una edición on line que es publicada por la Biblioteca de la Universidad Carlos III de Madrid dentro del conjunto de e-revistas de la institución. Son varias las personas con las que, dentro del magnífico conjunto de profesionales que trabajan en el Servicio de Biblioteca de la Universidad, venimos trabajando en los últimos años. Blanca Sotoca y los integrantes de la sección de Hemeroteca merecen nuestro reconocimiento y agradecimiento.

Con ocasión de este número 50, hemos estructurado la revista de un modo especial. Para ello hemos incluido una sección monográfica en la que hemos pedido a un conjunto de profesores y profesoras, con experiencia en la investigación en materia de derechos, que nos ilustren sobre aquellos que en su opinión son los retos y desafíos que debe afrontar el discurso de los derechos en la actualidad y en el futuro a corto y medio plazo. En este sentido cuando hablamos de discurso de los derechos hacemos referencia tanto a

las propuestas teóricas como a las circunstancias prácticas que promueven y condicionan el devenir de los derechos.

Como se podrá comprobar a partir de las lecturas de las distintas aportaciones, en ellas podemos encontrar un apreciable nivel de coincidencia. En este sentido, y de modo no exhaustivo, podemos señalar algunas preocupaciones compartidas, referidas a cuestiones que tienen que ver con la teoría y con la práctica de los derechos. Las preocupaciones compartidas existen en relación con el lenguaje de los derechos (Facchi, Fernández), que constituye un ámbito sometido en la actualidad a abusos y necesitado por tanto de claridad. El lenguaje de los derechos no es inmune en relación con rasgos del lenguaje político de nuestros días. Por el contrario, está sometido a tensiones provocadas por el populismo (Greco). Todo ello obliga a un esfuerzo de coherencia y racionalidad.

Las nuevas tecnologías constituyen el escenario en el que se realizan los derechos en muchas de sus dimensiones contemporáneas (De Asís, Greco, Pérez Luño) y, al mismo tiempo, representan un evidente desafío desde el momento en que obligan a reformular categorías clásicas del discurso, planteando el problema de la adecuación de la categoría misma de los derechos a la hora de afrontar determinadas exigencias de la garantía de la dignidad. La cuestión es la de saber si la categoría “derechos” en el nuevo escenario provocado por la disrupción o si tenemos que comenzar a trabajar con otras; de la misma manera que se trata de saber si los derechos tradicionales nos siguen siendo útiles como elementos de reivindicación y progreso, o si aquellos necesitan una actualización (Fariñas). Por otra parte, de la misma forma que las tecnologías contribuyen a reformular el discurso de los derechos, éste también puede estar sometido a tensiones derivadas de la introducción de nuevos sujetos a partir de la protección de los animales (Lalatta) o del medio ambiente (Barranco) en el marco de un proceso de fragmentación del sujeto de los derechos (Pastore) o, cuando menos, de reformulación del mismo.

En todo caso, la elaboración de un discurso teórico adecuado debe sentar la base para la creación de un sistema de garantías. Las perspectivas desde las cuales se puede evaluar ese sistema son múltiples: exige una determinada organización institucional (Pastore) y al mismo tiempo una cultura compartida en relación con el trabajo de los operadores jurídicos. Pero estas dimensiones son insuficientes si el discurso de los derechos no se ve respaldado por una estructura de educación de los derechos y en los derechos (De

Asís) y, al mismo tiempo y de manera concurrente, por la existencia de una cultura de la democracia (Squella).

La existencia de los retos y desafíos de los que nos hablan los participantes en la sección monográfica contribuyen a considerar el discurso de los derechos como algo dinámico y necesitado de constantes actualizaciones (Fariñas). Sólo de esa manera puede estar en condiciones de seguir desarrollando sus funciones liberadoras y emancipadoras en un contexto complejo como el actual. En efecto, nuestro mundo presenta tendencias y rasgos que nos invitan a repensar paradigmas como el de la universalidad de los derechos y su capacidad para condicionar las relaciones internacionales (Barranco, Greco, Pérez Luño); o como el de la vulnerabilidad (De Asís), en un contexto en el que los factores de discriminación que la acrecientan se multiplican y diversifican.

Es evidente que este rápido recorrido por los desafíos de los derechos deja sin abordar muchos de los aspectos que nuestros colaboradores tratan en sus escritos. Pero pretende ser sólo una invitación a la lectura de la parte monográfica de este número.

Tras la sección monográfica, incluimos una sección en la que se publican artículos de temática libre. El artículo de Mario Losano en realidad continúa una reflexión que se iniciaba en la sección que se dedicaba al pensamiento de Gregorio Peces-Barba en el número 49 de la revista. En esta ocasión, en *Gregorio Peces-Barba y Norberto Bobbio: historia de una amistad en 70 cartas*, contextualiza la correspondencia que durante casi 30 años intercambiaron Gregorio Peces-Barba y Norberto Bobbio, de inminente publicación en la colección “Derechos Humanos y Filosofía del Derecho” de la editorial Dykinson, en edición del propio Losano. La lectura de esa correspondencia permite constatar afinidades políticas, académicas e intelectuales entre los dos filósofos del Derecho.

En *Una concepción de los derechos para luchar contra la desigualdad económica*, Cristina Monereo aborda la forma en que los derechos –y en particular los derechos económicos, sociales y culturales– pueden constituir una perspectiva desde la cual afrontar el problema de la desigualdad vertical. En efecto, la desigualdad vertical plantea cuestiones de conceptualización y fundamentación de estos derechos. La propuesta de la autora tiene que ver con un retorno a las bases del Estado social de Derecho.

Por su parte, María José Bernuz se aproxima al problema que surge cuando algunos colectivos sociales, heterogéneos entre sí, exigen y celebran

las penas de cárcel cuanto más largas mejor ante delitos que atentan contra los bienes y valores que defienden. En el trabajo *La lógica carceralista y la lucha por los derechos* se detiene en la incoherencia que surge cuando movimientos que se implican en la lucha por la evolución y consolidación de los derechos fundamentales, denuncian la crueldad y disfunciones que genera el sistema penal en general y la cárcel en particular, pero los justifican como medios adecuados para poder visibilizar, responder y resolver problemas sociales.

En *Menores, privacidad y derechos humanos en la escuela. El caso de Google workplace for education en España*, Rafael Rodríguez Prieto se detiene en la expansión de las plataformas tecnológicas en el ámbito educativo, especialmente importante a partir de la pandemia. No obstante, estas herramientas implican amenazas a la privacidad de los menores. Ello justifica un especial énfasis a la hora de materializar el principio de cautela tecnológica en el recurso a estas plataformas, que por otra parte se han convertido en un aliado importante de la eficacia del derecho a la educación.

La sección de artículos se clausura con la aportación de Fernando Santamaría que, en su trabajo *Los derechos de las personas LGTBI en los países del Norte de Europa: en especial el derecho al cambio de género*, estudia las normas sobre orientación sexual e identidad de género en los países del Norte de Europa. En dicha tarea, se centra en la cuestión del análisis del grado de reconocimiento del derecho al cambio de género en las leyes nacionales y en el mayor o menor respeto de la normativa europea.

La revista se cierra con una nutrida sección de reseñas, a la que se añade la de noticias.

En fin, queremos trasladar a nuestros lectores nuestra alegría por haber llegado a la cincuentena de números, nuestro agradecimiento a todos los que lo han hecho posible y continúan haciéndolo, y nuestra esperanza de que *Derechos y Libertades* llegue en buenas condiciones a la centena.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Director

MONOGRÁFICO
“LOS DESAFÍOS
DEL DISCURSO
DE LOS DERECHOS”

CINCO DESAFÍOS DEL DISCURSO DE LOS DERECHOS

FIVE CHALLENGES OF THE RIGHTS DISCOURSE

RAFAEL DE ASÍS

Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba

Universidad Carlos III de Madrid

<https://orcid.org/0000-0002-0111-2261>

Resumen: *En este trabajo se presentan cinco grandes desafíos de la teoría de los derechos: el poder de los derechos, la satisfacción de los derechos evidentes, la regulación de las tecnologías disruptivas, la vulnerabilidad y la discriminación y la formación y concienciación.*

Abstract: *This work presents five great challenges of the theory of rights: the power of rights, the satisfaction of evident rights, the regulation of disruptive technologies, vulnerability and discrimination, and training and awareness.*

Palabras clave: derechos humanos, vulnerabilidad, discriminación

Keywords: human rights, vulnerability, discrimination

En estas breves reflexiones voy a plantear cinco grandes desafíos que se presentan en la actualidad al discurso de los derechos humanos.

Voy a entender como discurso de los derechos toda reflexión que se proyecta sobre cuestiones que tienen que ver con el concepto y el fundamento de los derechos, su historia y su papel en los Ordenamientos jurídicos. Se trata de un discurso teórico sobre cuestiones prácticas.

Intentar dar cuenta de todos los desafíos con los que se enfrenta el discurso de los derechos parece una tarea imposible. Por eso, es necesario establecer criterios desde los que acotar la reflexión. Así, es posible diferenciar entre desafíos éticos, políticos y jurídicos; o entre desafíos nacionales e internacionales; desafíos de reconocimiento y desafíos de protección... Aquí voy a tener en

cuenta la distinción entre macro-desafíos y micro-desafíos. Se trata de una distinción que no tiene que ver con la importancia sino más bien con el alcance. Los macro-desafíos son asuntos que tienen una proyección general y en cierto sentido abstracta, mientras que los micro-desafíos poseen una proyección particular y, en cierto sentido concreta. Normalmente los micro-desafíos son consecuencia o están estrechamente relacionados con los macro-desafíos.

A partir de aquí, me referiré a cinco macro-desafíos a los que se enfrenta el discurso de los derechos humanos en la actualidad: el poder de los derechos, la satisfacción de los derechos evidentes, la regulación de las tecnologías disruptivas, la vulnerabilidad y la discriminación y la formación y concienciación.

1. EL PODER DE LOS DERECHOS

El que denomino como desafío del poder de los derechos consiste en mantener o conseguir que su discurso sea un discurso fuerte, esto es, que los derechos sean instrumentos resistentes.

Desde hace unos años, podríamos decir desde finales del siglo XX, el progreso de la historia de los derechos se ha paralizado e incluso ha retrocedido. Hasta ese momento, uno de los grandes retos de la teoría de los derechos era hacer frente a las críticas que venían desde fuera de su discurso y que principalmente cuestionaban su virtualidad más allá de la cultura occidental. Una reflexión crítica que estaba también presente en el interior del discurso, pero siempre, en este caso, respetando los principios y valores que lo identifican. Sin embargo, desde el último cuarto del siglo XX, este panorama ha cambiado y, el cuestionamiento viene también desde dentro pero sin el respeto a esos principios. Tal vez, el ejemplo más claro de esto sea la manera en la que se justifica la tortura desde el propio discurso de los derechos.

El poder de los derechos se ve amenazado también, aunque todo dependerá de la manera en la que los desarrollemos, por la aparición del discurso de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), un discurso que surge precisamente para satisfacer los derechos pero que se está utilizando por algunos para diluir la fuerza del discurso.

El peligro de sustituir el discurso de los derechos por el de los ODS tiene que ver, precisamente, con la posibilidad de que las demandas de derechos pasen del plano jurídico al ético-político. Dicho en clave de historia de los derechos, el peligro es el de la “despositivación”, esto es, la salida de los derechos del discurso jurídico. Una salida que no va a suponer que los derechos

salgan de las constituciones o de las convenciones, sino mas bien, que los derechos sean interpretados y garantizados de manera más débil.

Un fenómeno asociado a todo ello, y que se relaciona directamente con el desafío que estoy comentando, es el del cuestionamiento del valor de las decisiones de los órganos de Naciones Unidas destinados a hacer valer los derechos de las Convenciones. Un cuestionamiento que ha dado lugar a una interesante reflexión cuya solución constituye un verdadero desafío al discurso de los derechos.

2. LA SATISFACCIÓN DE LOS DERECHOS EVIDENTES

Me he referido recientemente en un libro homenaje al profesor Javier de Lucas, al problema de los derechos evidentes, señalando que: “el catálogo abierto de derechos humanos parece haberse olvidado de ciertos derechos que, para cualquier persona que se identifique con los valores y principios del discurso de los derechos humanos, son indudablemente derechos humanos. Se trata de bienes, intereses, pretensiones o necesidades humanas que forman parte de este discurso y que algunas personas los tienen satisfechos pero que, sin embargo, no sucede lo mismo con otras, y cuya insatisfacción difícilmente va a permitir el desarrollo de una vida humana digna. Son derechos evidentes, en su consideración como derechos humanos, pero también, deberían serlo en su tratamiento como derechos fundamentales”.

Dentro de la nómina de los derechos evidentes (algunos de ellos con algún reconocimiento bien parcial o bien incipiente), se encuentra el derecho a vivir de forma independiente, el derecho a la accesibilidad o el derecho a la identidad. La ausencia de un reconocimiento formal de estos derechos constituye una importante barrera para el desarrollo de una vida humana digna.

En todo caso, la insatisfacción de los derechos evidentes, al no estar positivizados, es una situación más entendible que lo que ocurre con otros derechos en este caso si juridificados, pero a los que todavía se les sigue negando su consideración como derechos fundamentales: los derechos económicos, sociales y culturales. Su transformación en derechos tan resistentes como el resto de derechos fundamentales es otro de los retos del discurso de los derechos.

3. LA REGULACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS

Las tecnologías disruptivas, como la neurotecnología, la robótica, la genética o la inteligencia artificial, plantean retos singulares que se multiplican cuando éstas convergen. Se trata de retos que afectan a aspectos sustanciales de la teoría de los derechos como la igualdad (a través de cuestiones como el acceso a la tecnología o sus sesgos), la libertad (a través de todas las cuestiones susceptibles de agrupar en la problemática de la postverdad), la privacidad (a través del tratamiento que éstas hacen de nuestros datos), la integridad y la identidad humana (a través de las aplicaciones neurotecnológicas y de la robótica)...

Pero más allá de todos estos retos, las tecnologías disruptivas plantean un gran desafío a la teoría de los derechos proveniente de uno de los caminos que se están desarrollando en lo referente a su regulación y que consiste en el reconocimiento de nuevos derechos (los derechos digitales y los neuroderechos).

Pues bien, la teoría de los derechos debe estudiar su concepto y su fundamento, su papel en el ámbito jurídico nacional e internacional, los mecanismos de garantía eficaz... Es importante ver sus similitudes con la teoría estándar de los derechos humanos, comprobar que el sistema de garantías de los derechos es también eficaz para estos derechos o es necesario construir uno nuevo. Si se apoyan en los mismos valores, qué exigen a los poderes públicos y a la ciudadanía... Y al mismo tiempo, es necesario comprobar que el gran objetivo de los derechos, esto es, la lucha contra la discriminación y, por tanto, contra las barreras que dificultan el desarrollo de una vida humana digna, sigue estando presente. Esto último exige tener presente en la construcción de estos nuevos derechos la idea de vulnerabilidad y luchar contra los sesgos discriminatorios presentes no solo en la aplicación sino también en la propia comprensión del papel de las tecnologías.

4. VULNERABILIDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

No cabe duda que otro de los desafíos de los derechos es el de constituirse en el enfoque desde el que se aborda la regulación de las situaciones de vulnerabilidad.

Como es sabido, la vulnerabilidad posee tres grandes referentes: condición, situación y posición.

Es posible hablar de la vulnerabilidad como condición humana (ser vulnerable) y de vulnerabilidad como situación humana (estar vulnerable). La condición es probablemente el referente tradicional de la vulnerabilidad. Supone asociar vulnerabilidad con rasgos identificadores de la persona. La vulnerabilidad como condición humana se expresa de manera universal a través de la muerte y de manera particular a través, por ejemplo, de la enfermedad o de la diversidad, si bien se trata de dos proyecciones muy distintas.

Ahora bien, establecer un concepto de vulnerabilidad basado exclusivamente en la condición no es adecuado porque, en muchas ocasiones, la propia condición y, sobre todo, sus consecuencias son producto de construcciones sociales. En efecto, no parece posible referirse a una idea “natural” de vulnerabilidad más allá de aquella que es propia de la condición humana y que se manifiesta con la muerte. Más allá de esta dimensión, la vulnerabilidad es fruto de construcciones asociadas a individuos y grupos.

Aún así, la atención a la condición es relevante porque permite una comprensión más íntegra de la diversidad y su valor.

La vulnerabilidad como situación humana pone el centro de atención en las barreras externas con las que se encuentra una persona. Sin embargo, también puede, en ocasiones, tener que ver con barreras internas e incluso con la propia condición humana.

Un aspecto importante de la atención a la situación a la hora de comprender la vulnerabilidad, está constituido por lo que podemos llamar como posición. Por posición me refiero al papel de la persona o del colectivo en la estructura de poder de una sociedad. Prestar atención a la posición supone centrarse en la participación en la toma de decisiones, en el acceso a la información, en el reconocimiento social... Se trata, sin duda de una dimensión relacionada con la situación pero que conviene individualizar. Muchas de las situaciones de vulnerabilidad tienen que ver con la dimensión de la posición y puede solucionarse desde medidas que la tomen como referencia.

En todo caso, como hemos visto, existe una estrecha relación entre vulnerabilidad y discriminación. La discriminación en sus diferentes dimensiones es fuente de situaciones de vulnerabilidad que provocan no solo un desigual disfrute de los derechos sino también su insatisfacción. Por eso, el discurso de la no discriminación es inseparable del de los derechos.

Sin embargo, esto no se ha trasladado al Derecho. Es muy común, y España es un claro ejemplo de ello, que el tratamiento de la no discrimina-

ción se haga sin un enfoque de derechos. Una buena prueba de ello lo constituyen la aprobación de leyes que abordan cuestiones de discriminación en materia de derechos que no poseen una protección reforzada o el que todavía sigamos sin hacer efectiva la vigencia de los derechos en el ámbito de las relaciones entre particulares.

No cabe duda que uno de los grandes retos que se plantean al discurso de los derechos es el de tomarse en serio e integrar el discurso de la no discriminación lo que, unido a la preocupación por las situaciones de vulnerabilidad, permitirá afrontar a su vez otras dos cuestiones diferentes pero que guardan una estrecha conexión.

La primera es la del fortalecimiento de los derechos de las personas mayores. La ausencia, en el ámbito internacional y nacional, de un marco normativo que refuerce sus derechos y establezca mecanismos para luchar contra su discriminación, debe corregirse. Para ello es necesario un cambio que afecta a muchas instituciones e, incluso, derechos.

Y uno de esos cambios tiene que ver con la segunda cuestión. Se trata de un cambio que afecta a la propia concepción de la persona y a rasgos que se atribuyen a su condición, tales como, la autonomía o la independencia; pero también con la recuperación de aspectos fundamentales para una correcta comprensión de esa realidad, tales como los apoyos o los cuidados.

5. FORMACIÓN EN DERECHOS

Por último, y de manera breve, no puedo dejar pasar la ocasión de mencionar un reto casi eterno de la teoría de los derechos: la apuesta por la formación en todos los niveles. La formación en derechos humanos proporciona a las personas conocimientos sobre sus derechos, cómo se originaron, su evolución histórica y su reconocimiento internacional; fomenta la igualdad y la no discriminación, al resaltar la importancia de tratar a todas las personas de manera justa e imparcial.

La formación en derechos promueve el respeto hacia la diversidad, empodera a las personas al proporcionarles las herramientas para participar activamente en la sociedad, expresar sus opiniones y defender sus derechos. Esto fortalece la democracia y la participación cívica.

La formación en derechos humanos proporciona las habilidades necesarias para defender y aplicar eficazmente los derechos en situaciones cotidianas, lo que contribuye a una sociedad más justa.

Promover la formación en derechos es la mejor manera de afrontar los retos que he señalado en estas breves reflexiones.

RAFAEL DE ASÍS
Instituto Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba
Universidad Carlos III de Madrid
c/Madrid, 126
Getafe 28903 Madrid
e-mail: rarfid@inst.uc3m.es

LOS DESAFÍOS AL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS TRAS 50 NÚMEROS DE DERECHOS Y LIBERTADES

CHALLENGES TO THE DISCOURSE ON HUMAN RIGHTS AFTER 50 ISSUES OF DERECHOS Y LIBERTADES

MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS

Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba

Universidad Carlos III de Madrid

<https://orcid.org/0000-0001-5027-3750>

Resumen: *La autora se pregunta por la medida en que los problemas que se identificaban como actuales en el primer número de Derechos y Libertades se mantienen como desafíos al discurso de los derechos humanos. La conclusión a la que llega es que todavía hoy es necesario discutir sobre la universalidad, la participación, las desigualdades, la degradación de los derechos sociales, el papel de los derechos en las relaciones internacionales y el medio ambiente. Además, a los anteriores, se suman la amenaza del terrorismo y la respuesta a esta amenaza, así como el auge de los populismos de extrema derecha, y el impacto de la revolución tecnológica.*
En la actualidad, un contexto marcado por el Antropoceno, el cambio climático y el impacto de las nuevas tecnologías convierte en perentorio el discurso de los derechos y, sobre todo, la extensión de este más allá de los entornos académicos a través de la educación en derechos.

Abstract: *The author questions the extent to which the problems that were identified as current in the first issue of Derechos y Libertades remain challenges to the human rights discourse. The conclusion she reaches is that even today it is necessary to discuss universality, participation, inequalities, the degradation of social rights, the role of rights in international relations and the environment. In addition, to the above problems are added the threat of terrorism and the response to this threat, as well as the rise of right-wing populism, and the impact of the technological revolution.*
Currently, a context marked by the Anthropocene, climate change and the impact of new technologies makes the discourse of rights and, above all, the

extension of this beyond academic environments through education in rights, peremptory.

Palabras clave: indivisibilidad, universalidad, realismo y cosmopolitismo, Antropoceno, cambio climático, cuarta revolución industrial
Keywords: indivisibility, universality, realism and cosmopolitanism, Anthropocene, climate change, fourth industrial revolution

1. INTRODUCCIÓN

Hace 30 años, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* iniciaba su andadura con un primer número que incluyó un apartado de aportaciones de José Luis Cascajo Castro, Adela Cortina, Eusebio Fernández, Jesús González Amuchastegui, Ángel Latorre, Luis López Guerra, Jesús Ignacio Martínez García, Juan Ramón de Páramo Arguelles, Gregorio Peces-Barba Martínez, Sonia Picado Sotel y Luis Prieto Sanchís a la reflexión sobre el concepto de derechos humanos y los problemas que consideraban actuales¹. En aquel momento, los autores y autoras identificaban como principales problemas de los derechos humanos los relativos a la universalidad, la participación, las desigualdades, la degradación de los derechos sociales, el papel de los derechos en las relaciones internacionales (incluido el tratamiento de la migración) y el medio ambiente. Todos estos problemas siguen constituyendo desafíos a los sistemas de protección de los derechos a los que se suman nuevas preocupaciones, de modo particular, la amenaza del terrorismo y las reacciones a ella por parte de los Estados, el resurgimiento de los populismos y nacionalismos, la emergencia climática y el impacto de la revolución tecnológica².

De hecho, la respuesta que genera Chat GPT al *prompt* “¿cuáles son los que los pensadores y pensadoras consideran hoy los desafíos de los derechos?” se refiere a seis cuestiones que aparecían de un modo u otro en las respuestas de aquel primer número (universalidad vs. relativismo cultural; derechos económicos, sociales y culturales; desigualdad y discriminación; cambio climático y medio ambiente; migración y refugiados y participación ciudadana), junto con otras tres que pasaron a formar parte de la agenda de preocupaciones como consecuencia de acontecimientos posterior-

¹ *Derechos y Libertades*, núm. 1, 1993, pp. 33-100.

² ChatGPT, comunicación personal, 18 de septiembre de 2023.

res (derechos digitales, nacionalismo y populismo, política de seguridad y antiterrorismo).

Y es que, en primer lugar, los atentados del 11 de septiembre de 2001 hicieron saltar por los aires la confianza en un mundo gobernado por los derechos que se había ido afianzando desde la caída del Muro de Berlín. La contraposición de la seguridad a los derechos y las vulneraciones justificadas en la lucha contra la amenaza terrorista constituyeron un aspecto esencial de la preocupación por los derechos en todo el mundo, que se sumó a la propia amenaza³. En este escenario, las propuestas realistas cobraron fuerza frente al cosmopolitismo.

La gestión de la crisis financiera de 2007-2008, mostró la realidad de los Estados sometidos a los poderes económicos y tuvo como resultado un enorme retroceso generalizado en la garantía de los derechos sociales, que se manifestó en un incremento exacerbado de la desigualdad social⁴. El populismo de extrema derecha y el nacionalismo encontraron espacio para desarrollarse en una población entre la que la insatisfacción y el descontento iban en aumento.

Por fin, en febrero de 2020, el Secretario General de las Naciones Unidas, con motivo del 75º aniversario de la organización realizó un llamamiento a la acción en favor de los derechos en el que se identificaban siete ámbitos de acción: “1) los derechos como elemento básico del desarrollo sostenible; 2) los derechos en épocas de crisis; 3) la igualdad de género y la igualdad de derechos para las mujeres; 4) la participación de los ciudadanos y el espacio cívico; 5) los derechos de las generaciones futuras, especialmente la justicia climática; 6) los derechos en el centro de la acción colectiva; y 7) los nuevos horizontes para los derechos humanos”, este último punto por referencia a

³ Ver ONU. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Los derechos humanos, el terrorismo y la lucha contra el terrorismo*, Ginebra, 2008, disponible en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Factsheet32sp.pdf> (última consulta 28 de septiembre de 2023). Sobre la respuesta en Estados Unidos y la justificación de la tortura que pasó a ser la política oficial en este momento puede verse J. WALDRON, J., “Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House”, *Columbia Law Review*, vol. 105, pp. 1681-1750.

⁴ La carta de fecha 16 de mayo de 2012 dirigida a los Estados partes Presidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales da cuenta de la magnitud de estas medidas y del impacto sobre todos los derechos, no sólo los económicos, sociales y culturales. ONU, Presidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Carta dirigida a los Estados partes en el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 de mayo de 2012, CESCR/48th/MAP/SW, disponible en <https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/lettercescrtosp16.05.12.pdf> (última consulta 28 de septiembre 2023)

los retos y oportunidades de las nuevas tecnologías⁵. El llamamiento tuvo lugar poco antes de que la pandemia del COVID-19 causara estragos y además mostrara la precariedad en la que las medidas de austeridad adoptadas tras la crisis financiera habían sumido a los servicios sociales⁶.

En febrero de 2022 es Michel Bachelet quien, como Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, llama la atención sobre el riesgo para los logros alcanzados en relación con la reducción del conflicto, la pobreza o el acceso a la educación y otros derechos cuando “numerosas sociedades, diezmadas por la pandemia, divididas por una creciente polarización, debilitadas por los daños medioambientales crecientes y corroídas por la desinformación digital, el odio y las distorsiones de la democracia, y el desprecio hacia el estado de derecho, se encuentran evolucionando o sumergiéndose en una mayor represión y violencia; lo cual aumenta la pobreza, la ira y el conflicto”⁷ y menciona expresamente la guerra que desde el 24 de ese mes Rusia había iniciado en Ucrania y que a día de hoy continúa librándose.

En los momentos en los que se está cerrando esta aportación, la comunidad internacional está alarmada por los derroteros del conflicto entre Israel y Palestina tras el atentado de Hamás contra Israel el 7 de octubre de 2023 y el asedio a Gaza con el que Israel ha respondido. El Secretario General ha recordado a la prensa que también en las situaciones bélicas deben respetarse los derechos humanos y el derecho internacional humanitario⁸.

⁵ ONU, Secretario General, *La aspiración más elevada: llamamiento a la acción en favor de los derechos humanos*, p. 3, disponible en https://www.un.org/en/content/action-for-human-rights/assets/pdf/The_Highest_Aspiration_A_Call_To_Action_For_Human_Right_SPA.pdf (última consulta 28 de septiembre de 2023).

⁶ A ello se refiere el propio Secretario General en su discurso ante el Consejo de Derechos Humanos del 22 de febrero de 2021, en el que reafirma la importancia de atender el llamamiento a la acción y destaca específicamente dos grandes desafíos: “En primer lugar, la lacra del racismo, la discriminación y la xenofobia. Y, en segundo término, la violación de derechos humanos más generalizada: la desigualdad de género. ONU, Secretario General, Discurso ante el Consejo de Derechos Humanos, 46º periodo de sesiones, 22 de febrero de 2021, disponible en <https://www.ohchr.org/es/2021/02/secretary-general-guterres-calls-global-reset-recover-better-guided-human-rights?LangID=S&NewsID=26769> (última consulta 28 de septiembre de 2023).

⁷ ONU, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Declaración de apertura del segmento de Alto Nivel, 49º Periodo de sesiones del Consejo de Derechos humanos, 28 de febrero de 2022.

⁸ <https://news.un.org/es/story/2023/10/1524882> (última consulta 15 de octubre de 2023)

El discurso de los derechos debería articularse poniendo en el centro los desafíos señalados, los que ya existían y los que han surgido a lo largo de estos 30 años. En la medida en que la presente reflexión parte de una aproximación dualista, los derechos se conciben como exigencias éticas que pretenden acomodarse en el Derecho positivo y, por tanto, han de ser trasladadas por el poder político y tener en cuenta las condiciones materiales para su eficacia⁹. Conviene advertir, no obstante que no se trata de niveles desconectados, sino que, más bien al contrario, los consensos en cada uno de ellos están condicionados y condicionan las intervenciones en los restantes. Desde este punto de vista, es posible abordar algunas de las discusiones que deberían formar parte del discurso de los derechos para que este continúe siendo relevante.

2. SOBRE EL CATÁLOGO DE DERECHOS HUMANOS

Un primer desafío en el plano de la reflexión ética tiene que ver con cuáles son los derechos que se consideran humanos y qué es lo que ello significa. Si desde el punto de vista ético, los derechos están vinculados a la dignidad humana, en la medida en que pueden concebirse como herramientas para impedir que las personas utilicen a otras como medio, desde un punto de vista jurídico, los derechos deben incluirse en los más altos estándares del sistema legal.

Una cuestión importante para aclarar qué derechos tenemos es considerar cuándo se utiliza a una persona como medio. Indudablemente, la respuesta guarda relación con qué se entienda por condición humana y cuándo se considere que se utiliza a un ser humano como medio.

A pesar de los acontecimientos históricos señalados, a día de hoy parece haberse afianzado el consenso surgido en 2003 en el sistema universal de protección de los derechos humanos sobre la referencia a los tratados de derechos humanos y a las interpretaciones de los organismos que en ellos se establecen como fuentes para la determinación del estándar que obliga a los órganos y agencias de la ONU y a los Estados. Asimismo, existe consenso en este mismo escenario sobre el carácter indivisible e interdependiente de los derechos¹⁰. Desde este punto de vista, por ejemplo, los derechos económicos,

⁹ Al respecto R. DE ASÍS, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001.

¹⁰ Ver ONU. Development group, *The Human Rights Based Approach to Development Cooperation Towards a Common Understanding Among UN Agencies*, disponible en <https://unsdg.un.org/resources/human-rights-based-approach-development-cooperation-towards-common-understanding-among-un> (última consulta 16 de octubre de 2022)

sociales y culturales se justifican como derechos humanos y la discusión debería referirse, como señalara Bobbio, a la protección¹¹.

3. UNIVERSALIDAD Y DERECHOS

La disputa acerca del sentido de la universalidad es otra de las cuestiones pendientes en este nivel. La universalidad en el discurso de los derechos implica que estos son de todas las personas y en todas partes.

Desde el primer punto de vista (los derechos son de todas las personas), la representación restrictiva de la condición humana que está en el origen del concepto de derechos ha llevado a que un ideal universalista resulte excluyente en su realización. Efectivamente, la caracterización de lo que significa ser humano en el modelo tradicional de derechos a partir de la racionalidad y la autonomía (independencia y autosuficiencia) ha implicado que quienes no eran consideradas personas racionales y autónomas no tenían derechos, o no tenían atribuida la titularidad de todos los derechos, o no tenían capacidad para ejercer por sí los derechos. Al mismo tiempo, la restricción de la condición humana en este sentido ha implicado que los derechos no hayan sido desarrollados como herramientas frente a determinadas vulneraciones de la dignidad humana que no se consideraba que pudieran afectar a sujetos racionales y autónomos. Las distintas teorías críticas han puesto de manifiesto, por un lado, que todos los seres humanos somos vulnerables y, por otro, que además, en ocasiones, el hecho de que los sistemas de derechos se hayan desarrollado sin tener en cuenta las instrumentalizaciones a las personas reputadas irracionales o dependientes responde a los mismos esquemas ideológicos desde los que se justifican las desventajas sociales de estas mismas personas y contribuye a reforzar tanto la ideología como las desventajas. Esto ha ocurrido con las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas migrantes...que hoy se consideran grupos en situación de vulnerabilidad. Si pensamos en los procesos históricos como procesos, no momentos, la generalización implicó reconocer la posibilidad de racionalidad y autonomía a personas antes excluidas; la especificación implicó tomar conciencia de la diversidad de la condición humana; sin embargo, la generalización ha impuesto un modelo homogéneo de humanidad y la especificación no ha conseguido un reconocimiento de derechos en plano de

¹¹ N. BOBBIO, "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", en *El tiempo de los derechos*, trad. Rafael de Asís, Sistema, Madrid, 1991, p. 61

igualdad, en la medida en que muchas de las políticas públicas orientadas a mejorar la situación de los grupos en situación de vulnerabilidad mantienen un enfoque de protección y no de derechos.

El desarrollo del derecho antidiscriminatorio ha buscado revertir esas desventajas sociales que, desde la representación de la condición humana subyacente al modelo tradicional de derechos, quedaban justificadas. Sin embargo, todavía la aplicación de las cláusulas que prohíben la discriminación encuentra dificultades, muchas veces relacionadas con la pervivencia de las asunciones del propio modelo, como el análisis de las desventajas desde el punto de vista individual sin tener en cuenta el grupo; la neutralidad en la aplicación de la cláusula antidiscriminatoria; la debilidad de los argumentos de derechos frente a los económicos o la desconfianza de las decisiones de los órganos judiciales cuando no respetan el *statu quo*¹².

Los derechos son universales cuando protegen la dignidad de todas las personas, pero también en todas partes. Y esta otra cuestión enfrenta al universalismo y al relativismo. Efectivamente, los derechos humanos constituyen un concepto cultural que surge en la modernidad en el contexto occidental. Sin embargo, que sean el precipitado de una determinada cultura no tiene por qué ser incompatible con la vocación de universalidad de la teoría. La cuestión objeto de debate en este punto es en qué situaciones los derechos deben incorporar las tradiciones culturales diferentes de la occidental y en qué condiciones deben ser un argumento que proteja a los seres humanos frente a las tradiciones, occidental o de otro origen. En este punto, tal vez un aspecto a tener en cuenta es el análisis de quiénes son las personas beneficiadas por la tradición, si las que forman parte de grupos en situación de desventaja u opresión o, por el contrario, las que pertenecen a grupos aventajados o dominantes¹³.

Además, el hecho de que la protección de los derechos se haga depender del Estado ha implicado la inexistencia de garantías para las personas que son nacionales de Estados sin derechos. En primer lugar, quienes deciden quiénes son sus nacionales y, por tanto, quiénes son las personas cuyos derechos, en su caso, son protegidos, son los propios Estados. Además, resulta paradójico que los derechos se proclamen como universales, pero que en el propio sistema universal de protección se admitan tratamientos diferencia-

¹² M.C. BARRANCO AVILÉS, *El Derecho frente a la exclusión. Los límites del Derecho antidiscriminatorio*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 39-48.

¹³ M. FREEMAN, *Human Rights*, 3th Ed., Polity Press, 2017, pp. 120-126.

dos por razón de nacionalidad salvo que puedan englobarse en la prohibición de discriminación racial. A fin de cuentas, por otro lado, las políticas migratorias se guían por objetivos económicos y de seguridad y en ellas está ausente el lenguaje de los derechos y todo ello transcurre en un escenario en el que los discursos políticos xenófobos y racistas se hacen cada vez más presentes y tienen una gran capacidad para atraer votantes.

Un aspecto adicional de la reflexión sobre la universalidad entendida como derechos de todas las personas es polémica entre cosmopolitismo y realismo¹⁴. El afianzamiento del realismo después de los atentados de Nueva York, provoca dificultades para la justificación y efectividad de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, de los que dependen la posibilidad de controlar a los Estados. Es en este contexto en el que los Estados se han sentido en numerosas ocasiones legitimados para restringir y vulnerar derechos en nombre de una seguridad que se considera amenazada por el terrorismo.

4. EL CONTEXTO CONTEMPORÁNEO DESAFÍOS EN EL PLANO DE LA REALIDAD SOCIAL

El número 50 de *Derechos y Libertades* ve la luz en un contexto que se representa de modo muy distinto en relación con dos aspectos: el Antropoceno y la revolución tecnológica.

El discurso de los derechos no puede ser ajeno a la alteración de la fisiología terrestre en el Antropoceno y el modo en el que ello amenaza nuestra supervivencia. Efectivamente, en el último informe sobre Desarrollo Humano presentado por el PNUD (Programa de Desarrollo de Naciones Unidas), se muestra cómo nos encontramos frente a un contexto sin precedentes, marcado por un complejo conjunto de crisis, al que las instituciones y normas preexistentes no son capaces de dar respuesta. Precisamente, a propósito de este silencio, llama la atención L. Ferrajoli cuando apunta que “el aspecto más alarmante y desconcertante de los desafíos y las emergencias actuales

¹⁴ Puede verse J. GOLDSMITH and E. POSNER, *The Limits of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005 o el muy diferente realismo de D. ZOLO, *Los señores de la paz*, trad. R. Campione, Dykinson, Madrid 2005 -Danilo Zolo previene de la tendencia a enmascarar la occidentalización como universalización-, frente, por ejemplo a J. HABERMAS, *The Postnational Constellation: political essays*, trans. M. Pensky, MIT Press, Cambridge, 2001, o M. KOSKINNIEMI, “Constitutionalism as Mindset: Reflection on Kantian Themes About International Law and Globalization”, *Theoretical Inquiries in Law*, núm. 8 vol. 1, 2007, pp. 9-36.

es, en efecto, la ausencia de una respuesta política e institucional a su altura, debido al hecho de que estos no forman parte de la agenda política de los gobiernos nacionales y sólo podrían ser afrontados con éxito a escala global”¹⁵.

El Informe del PNUD citado apunta hacia los derechos humanos como los principios normativos a realizar a través de la respuesta que desde las instituciones se ofrezca en este escenario sobre la base de tres razones. En primer lugar, porque permiten mantener el foco en las personas; a continuación, porque enfatizan las libertades fundamentales; y, finalmente, porque, en la medida en que se conciben como universales, definen un espacio de igualdad alrededor de todas las personas en el planeta¹⁶.

En otro orden de cuestiones, el impacto de la tecnología sobre la sociedad ha sido de tal magnitud que se habla de una Cuarta Revolución Industrial, cuya característica principal es la nueva revolución tecnológica que trasciende la producida por las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) y que se manifiesta a través de “las posibilidades ilimitadas de tener miles de millones de personas conectadas mediante dispositivos móviles, lo que da lugar a un poder de procesamiento, una capacidad de almacenamiento y un acceso al conocimiento sin precedentes” y de “la impresionante confluencia de avances tecnológicos que abarca amplios campos, como la inteligencia artificial (IA), la robótica, el internet de las cosas (IoT), los vehículos autónomos, la impresión 3D, la nanotecnología, la biotecnología, la ciencia de materiales, el almacenamiento de energía y la computación cuántica por nombrar unos pocos”¹⁷. Los avances en estos ámbitos están transformando los comportamientos y la forma de controlarlos, los sistemas de producción y consumo, el espacio público¹⁸ e incluso se muestran capaces de alterar nuestra propia identidad¹⁹. Al respecto, R. de Asís, señala como sólo algunos de los retos que esta situación plantea a los derechos, los “problemas

¹⁵ L. FERRAJOLI, *Por una Constitución de la Tierra: La humanidad en la encrucijada*, trad. P.A. Ibáñez, Trotta, Madrid, 2022, pp. 15 y 16.

¹⁶ United Nation Development Programme, *Human Development Report 2021/2022*, cit., p. 185.

¹⁷ K. SCHWAB, *The Fourth Industrial Revolution*, Foro Económico Mundial, 2016, se cita por la traducción española *La cuarta revolución industrial*, con introducción de A. Botín, Debate (Penguin Random House), México, p. 13.

¹⁸ F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Nuove Tecnologie e Spazio Pubblico”, trad. A. di Rosa, en S. SALARDI y M. SAPORITTI (eds.), *Le tecnologie ‘moralì’ emergente e le sfide etico-giuridiche delle nuove soggettività*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 22-41.

¹⁹ F. LLANO ALONSO, *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. Ver asimismo CAMPIONE, R., *La plausibilidad del derecho en la*

relacionados con la igualdad y no discriminación, la autonomía, la responsabilidad, la privacidad e intimidad o la identidad de la persona”²⁰. Resulta un deber inexcusable abordar los desafíos que estos avances plantean como parte del discurso de los derechos. La cuestión es especialmente urgente desde el punto de vista técnico, pero, las dimensiones técnicas son insuficientes. Ciertamente, los cambios en el plano de la ciencia y de la técnica requieren un esfuerzo de regulación desde la pericia técnica, pero, recuerda A.E. Pérez Luño, la postura tecnocrática constituye una amenaza, por lo que, parafraseando a este autor, es posible afirmar que una tarea irrenunciable de la cultura jurídica es dotar de conciencia a la Tecnología, a la Ciencia y a sus aplicaciones²¹.

5. LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

La importancia de los derechos en el Derecho es comúnmente admitida en los medios académicos, pero el discurso de los derechos sólo puede afrontar los desafíos que se presentan si es capaz de trascender el ámbito formal y trasladarse a la ciudadanía. Sin embargo, la educación en derechos humanos constituye una tarea pendiente.

El Derecho es un instrumento de regulación de la convivencia social, apoyado en último término en el Poder; en este contexto, la reflexión sobre los valores y los derechos fundamentales contribuye a generar una mentalidad de respeto a las exigencias que suponen los derechos. La educación en derechos –con carácter formal, informal y a lo largo de toda la vida– consti-

era de la inteligencia artificial. Filosofía carbónica y filosofía silícica del derecho, Dykinson, Madrid, 2020, Parte II, “Filosofía Humaquinista del Derecho”, pp. 91-138.

²⁰ El autor se centra en la necesidad de abordar la reflexión sobre la regulación de la revolución tecnológica en el marco de los derechos humanos en relación con la Genética, la Inteligencia artificial, la Neurotecnología y la Robótica. ASÍS ROIG, R. DE, *Derechos y tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 21.

²¹ A. E. PÉREZ LUÑO, “Inteligencia artificial en tiempo de pandemia”, en F. H. LLANO ALONSO y J. GARRIDO MARTÍN, *Inteligencia artificial y Derecho. El jurista ante los retos de la era digital*, Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 33-50, aborda “Los retos de la cultura jurídica ante el desarrollo de la inteligencia artificial”. El autor denuncia que “hoy algunos tecnólogos e ideólogos poshumanistas, no se han recatado en sustentar que los problemas de la pobreza, del hambre, de la sanidad, la educación o el empleo, han dejado de tener su ámbito de planteamiento y solución en los foros internacionales o en los parlamentos de los Estados democráticos, ya que su espacio de tratamiento y solución más adecuado ha pasado a ser el de los laboratorios de Silicon Valley”, p. 46.

tuye una condición para el desarrollo de una ciudadanía crítica frente a las actuaciones del mismo poder y frente a vulneraciones de derechos (que muchas veces pasan desapercibidas como cuestiones de seguridad, de necesidades del mercado o de reparto de bienes escasos). Asimismo, se convierte en una vía para el empoderamiento de quienes están en los márgenes de la protección ofrecida por los derechos.

El conocimiento del significado de los derechos humanos, de su historia y de los mecanismos de protección, redundan en un fortalecimiento del sistema democrático. La formación en los derechos es importante especialmente para las profesiones que tienen encomendada su efectividad, principalmente las jurídicas, en un contexto en el que la categoría se diluye perdiéndose de vista muchas veces que se trata de una técnica jurídica, como todas, limitada. Olvidar este extremo puede conducir a la inutilización de una de las más exitosas herramientas de salvaguardia de la dignidad humana que han existido a lo largo de la historia.

MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS

Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba

Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho

Universidad Carlos III de Madrid

c/Madrid, 126

Getafe 28903 Madrid

e-mail: mcarmen.barranco@der-pu.uc3m.es

EL USO, EL ABUSO Y EL NO USO DE LA PALABRA “DERECHO”*

THE USE, MISUSE, NON-USE OF THE TERM ‘RIGHT’

ALESSANDRA FACCHI

Università degli Studi di Milano

Resumen: *La intervención hace referencia al uso del lenguaje de los derechos en el debate público, centrando la atención en la connotación de imperatividad, carácter absoluto, inviolabilidad que la palabra ‘derecho’ implica. De una parte hay casos en los que todo interés es reivindicado como derecho, por otra hay casos en los que, al contrario, derechos humanos fundamentales que no son unánimemente reconocidos, situación que afecta en particular los derechos humanos de la mujeres.*

Abstract: *The paper refers to the language of rights in the public debate, focusing the attention with the characters of imperativity, inviolability, absoluteness which are proper to the term ‘right’. It focuses, on the one hand, on situations where every interest is claimed as a ‘right’, and, on the other hand, on situations where, on the contrary, fundamental human rights are not widely and unanimously recognized, which is typically the case of women’s human rights.*

Palabras clave: desafío a los derechos, lenguaje de los derechos, derechos en el debate público, derechos de la mujeres, multiplicación de los derechos
Keywords: challenges to rights, language of rights, rights in the public debate, women’s rights, multiplication of rights

1. LA EXPLOSION DE LOS DERECHOS

Los principales desafíos a los derechos se refieren siempre a las dimensiones de su actuación y efectividad, es decir a las garantías de los derechos de libertad, de los derechos sociales y de los derechos de los trabajadores, ya sea en el plano interno en la sociedades nacionales o en el plano internacio-

* Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig.

nal¹. A los derechos clásicos se añade la elaboración y la garantía de nuevos derechos: los derechos más urgentes son hoy los relacionados con el ambiente y el clima, pero aún en fase de definición se encuentran los derechos vinculados al género, a la privacy, a la inteligencia artificial, a la bioética, a la reproducción, ámbitos todos éstos caracterizados por una alta conflictividad.

En esta breve intervención me concentraré, sin embargo, en una problemática transversal: el uso del término ‘derechos’ en el debate público de las sociedades occidentales, con particular referencia a la connotación de imperatividad, carácter absoluto, inviolabilidad que este término implica.

Hasta finales de los años ochenta el discurso sobre los derechos se circunscribía a la ciencia jurídica, a la teoría del Derecho, a algunos ámbitos políticos e institucionales y en determinados ambientes, también científicos, eran aún considerados con desconfianza, en cuanto manifestaciones de ideologías individualistas. En los últimos decenios los derechos se han convertido de forma notoria en un lenguaje popular y compartido por todos los componentes de las sociedades nacionales, un lenguaje que supera las fronteras nacionales y regionales, un elemento identificador de los gobiernos democráticos y liberales y de una idea de justicia universal. En todo el mundo movimientos sociales, comunidades, medios de comunicación, organizaciones y activistas, se refieren a los derechos humanos, su definición y actuación ya no está reservada a los parlamentos, a los tribunales o a las instituciones nacionales e internacionales, sino que se confía a una miríada de acciones, heterogéneas, en ocasiones, controvertidas y problemáticas conducidas por sujetos públicos y privados². También en el ámbito científico y académico los derechos se han convertido en una referencia para todas las ciencias sociales, económicas y políticas. Todo ello contribuye a hacer cada vez más amplio el uso del término ‘derecho’ y vago su significado³. El lenguaje de los derechos, sin embargo, ha significado innegables desventajas, principalmente al dar

¹ Para un proyecto de garantía mundial de los derechos, véase L. FERRAJOLI, *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, Editorial Trotta Madrid, 2023.

² Véase M. GOODALE y S. ENGLE MERRY, *The Practice of Human Rights. Tracking Law between the Global and the Local*, Cambridge U.P 2007

³ Los riesgos de vaciamiento de los derechos por otra parte ya habían sido señalados en las discusiones sobre la proliferación en las propuestas de minimalismo, sobre la retórica de los derechos y sobre la retórica del minimalismo de los derechos. Véase Tecla MAZZARESE “Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?”, *Ragion pratica*, 2006, núm. 1, pp. 179-208. Una discusión que no obstante, se ha concentrado principalmente en la contraposición entre derechos sociales versus derechos civiles.

voz a sujetos marginalizados, al sacar a la luz necesidades que eran ignoradas u ocultas, al llevar frente a los tribunales reivindicaciones nuevas que respondían a cambios sociales, ambientales y científicos sin pasar por las tradicionales mediaciones políticas. Nos podemos por tanto preguntar si aún es oportuno buscar criterios de definición de aquello que puede ser denominado 'derecho'. Podría dejarse que cada uno llame aquello que considera bueno y justo 'derecho' (right), y posteriormente el Derecho objetivo (law), aquello que regula los comportamientos, premia y castiga, fijará aquellas reivindicaciones que se traducen en derechos dotados de garantías jurídicas. En el fondo solo son palabras que cambian de sentido en relación al contexto de uso.

En esta breve intervención hago referencia al uso del lenguaje de los derechos en el debate público centrándome de una parte en casos en los que todo interés es reivindicado como derecho, por otra en casos en los que, al contrario, cuesta reconocer que determinados intereses sean tutelados a través de derechos humanos fundamentales. Me parece que existen situaciones en las que cualquiera debería declarar públicamente "¡Esto no es un derecho!" o más bien "¡Esto es un derecho!". Quién y cómo debería hacerlo es una cuestión que no puedo afrontar en esta intervención, me limito a señalar que los juristas y los teóricos del Derecho tienen en ésto alguna competencia, quizás aún alguna autoridad y en todo caso alguna responsabilidad.

2. ¡ESTO NO ES UN DERECHO!

Que la proliferación de los derechos conduciría a un aumento de los conflictos es una previsión hecha ya por Bobbio hace 30 años⁴. Es en realidad inevitable que los derechos de diversos sujetos o diversas interpretaciones del mismo derecho contrasten y ello afecta no solo al ámbito judicial, donde se han afinado técnicas de balanceo, sino también al debate público y a los procesos políticos legislativos.

En el debate público, el uso del lenguaje de los derechos es particularmente evidente: toda reivindicación se traduce en derecho, adquiriendo así legitimación. El término 'derecho' es utilizado para indicar todo tipo de pretensión, interés, expectativa, valor, exigencia, sin más explicitación de las obligaciones correspondientes pero llevando siempre consigo la implicación de que se trata

⁴ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990.

de un derecho fundamental que la autoridad debe reconocer. En un debate público dirigido por las redes sociales, pero retomado y amplificado por los medios tradicionales, en donde solo las posiciones extremas reciben atención, los derechos funcionan a menudo como caja de resonancia de las contraposiciones y el balanceo no se contempla. En los derechos se articulan diferentes opciones éticas con consecuencias relevantes en términos de conflictividad social, en particular cuando se olvida que la garantía de un nuevo derecho invocado se traduciría en obligaciones que violan derechos fundamentales consolidados de otros sujetos⁵. La idea de tener un derecho mantiene la referencia a algo justo y por tanto no negociable. Cuando una necesidad, un interés, una exigencia de un determinado grupo social, no importa su amplitud y definición, se considera socialmente como derecho asume una fuerza difícilmente contestable. Para los mismos sujetos que sostienen y reivindican el reconocimiento de un interés, llamarlo derecho lo hace algo que no debe ser ulteriormente justificado, una pretensión que debe ser garantizada. Si este reconocimiento no se produce se sienten víctimas, sujetos cuyos derechos han sido negados o violado, que han sufrido una injusticia.

Cuando se reivindican como derechos dos pretensiones (y las correspondientes visiones del bien y de lo justo) no inmediatamente compatibles, su carácter inconciliable deviene absoluto, los espacios de mediación se reducen muchísimo, la búsqueda misma de soluciones de compromiso viene deslegitimada. Un compromiso no puede satisfacer a quien piensa que tiene un derecho⁶. El lenguaje de los derechos exaspera y hace rígidas las diferentes posiciones, produce efectos de polarización, reviste intereses y valores de un carácter imperativo que obstaculiza la mediación política.

Antes de llegar a los tribunales o a los parlamentos, los derechos asumen un rol político, fácilmente manipulable. El uso político de los derechos es aún más evidente cuando se trata de derechos cuyos titulares no pueden

⁵ Baste pensar en los derechos a la genitorialidad invocados en apoyo de la gestación subrogada. Si quisiéramos garantizarlos, ¿en qué obligaciones deberían traducirse? Quizás para el Estado en la obligación de asegurar los procedimientos médicos necesarios, no ciertamente para las mujeres en la obligación de prestar su propio útero; pero la referencia a los derechos pasa a un segundo plano este aspecto.

⁶ La teoría feminista del Derecho en diversas ocasiones ha alertado frente a los abusos del recurso a los derechos y de las implicaciones de este abuso. Basta recordar el fundamental ensayo de E. H. WOLGAST, *Wrong rights*, (en *The Grammar of Justice*, Cornell UP, 1987), una crítica no de los derechos en sí, sino de su uso en situaciones en las que los sujetos declarados titulares no poseen de hecho la capacidad de hacerlos valer.

expresarse: del embrión a las generaciones futuras. En estos casos los derechos se reducen a intereses heterodefinidos, sin que los sujetos interesados puedan participar en los procesos políticos de definición⁷.

Del reclamo de los derechos, desvinculado de todo límite y de toda referencia técnica, a menudo se hace un uso instrumental, alimentando el conflicto social, dirigiéndolo hacia determinados temas, contribuyendo a la polarización de los debates, a la formulación de las diversas posiciones en términos inconciliables. Otra consecuencia que deriva de la difusión del lenguaje de los derechos y de su posible manipulación es la de concentrar la atención sobre algunos problemas distraiendo respecto a otros⁸. Una mezcla que corre el riesgo de debilitar derechos fundamentales como los que se refieren a la vida, a la libertad, a la salud, a la educación, asimilándolos a otros qué, si bien merecedores de tutela, no tienen el mismo nivel de relevancia.

Me parece por tanto que el uso popular del lenguaje de los derechos debería templarse con una más rigurosa delimitación de sus ámbitos, que lograra identificar criterios para su reivindicación, dejando espacio libre a otras formas de tutela, reconocimiento, garantías más elásticas, fruto de mediaciones entre diversos intereses, y con más responsabilidades para las instituciones y la autoridad política.

3. ¡ESTO ES UN DERECHO!

Existen por el contrario situaciones en el debate público en el que el lenguaje de los derechos parece retroceder, permitiendo representar como meras aspiraciones, intereses a balancear con otros intereses, necesidades po-

⁷ Si los derechos son intereses que pueden ser afirmados sin la voluntad y opinión de un titular se puede derivar fácilmente hacia la progresiva irrelevancia del titular, pero sin asumir la responsabilidad de declarar que son obligaciones impuestas en nombre de un bien interés definido colectivamente. Cuando el titular no puede dar la propia opinión, tampoco a través de representantes, son necesarias particulares cautelas. Véase A. FACCHI, “Diritti fantasma? Considerazioni attuali sulla proliferazione dei soggetti” en *Ragion pratica*, 2008/31, 313-336 y A. PISANÒ, *Diritti deumanizzati, Animali, ambienti, generazioni future, specie umana*, Giuffrè, Milano 2012.

⁸ También en el ámbito de los derechos de las mujeres, violaciones graves de derechos asumen la misma relevancia pública que las ofensas verbales, que si bien siendo comportamientos que deben ser regulados y evitados, no pueden situarse en el mismo plano de las violencias físicas y sexuales.

líticamente valorables, derechos humanos fundamentales sancionados en Declaraciones y Convenciones internacionales. Son casos en los que se encuentran dificultades para reconocer violaciones constantes de derechos humanos fundamentales, en los que grupos de personas, en ocasiones también poblaciones enteras, no parecen ser considerados titulares de derechos. Ello sucede normalmente con los derechos económicos y sociales, pero también con los derechos de libertad e integridad física: el caso más evidente es el de los derechos a la vida, a la seguridad, a la libertad personal de los migrantes, pero es también el caso de los derechos de las mujeres en muchas regiones del mundo. Me detendré brevemente en estos.

Los derechos humanos de las mujeres se recogen en declaraciones, convenciones, compromisos, plataformas de acción, y en su puesta en marcha intervienen numerosas agencias internacionales y ONGs, pero a nivel mundial se encuentran entre los derechos más masivamente violados. Una de las principales razones de esta falta de eficacia es el hecho de que a las violaciones de derechos que afectan a ambos géneros en el ámbito público y por parte de los poderes públicos o económico se añaden para las mujeres aquellas violaciones que se producen en el ámbito privado por parte de los poderes privados. Para muchas mujeres, derechos “clásicos” como la autodeterminación sobre el propio cuerpo y la propia vida, la libertad de pensamiento, de comunicación, de religión, de propiedad, la elección del propio trabajo, o del propio cónyuge, la libertad de asociación y de circulación son amenazados, limitados y violados, sobre todo por poderes familiares, religiosos, comunitarios, económicos. Tomar en serio los derechos humanos y considerar a las mujeres seres humanos requeriría por tanto medidas de garantía nacionales e internacionales también frente a los maridos, a los padres y a las madres, a las autoridades religiosas y comunitarias, a los ofertantes de trabajo, etc⁹. Violaciones graves y constantes en los derechos de las mujeres por parte de sujetos privados se producen también con la complicidad, a veces con el apoyo, de las instituciones estatales, sin contar con que en muchas regiones son autoridades y tribunales tradicionales y/o religiosos, los que deciden la mayor parte de las disputas que afectan a las mujeres, por tanto instituciones

⁹ Para la CEDAW de 1979, la realización de los derechos de las mujeres, parte integrante de los derechos humanos, no requiere solamente la extensión de los derechos existentes a las mujeres, sino que compromete a los Estados a adoptar cualquier medida adecuada para eliminar las discriminaciones de derecho y de hecho frente a las mujeres.

para las que los derechos carecen de relevancia alguna¹⁰. Prácticas como la segregación doméstica, la violación conyugal, las mutilaciones genitales, la esclavitud sexual, los matrimonios concertados, la exclusión de la instrucción y de ámbitos laborales, la imposición de comportamientos en público y en privado, la incapacidad jurídica parcial o total de las mujeres son aún la normalidad en muchas regiones del mundo en evidente contraste con cuanto se afirma en el Derecho internacional de los derechos humanos.

Todo ello no parece crear mucho desconcierto en las opiniones públicas, excepto en casos aislados, que por alguna razón adquieren una visibilidad particular. Ello, también en aquellas sociedades en las que la igualdad jurídica de género se ha alcanzado, la libertad femenina es un valor indiscutido e incluso si movimientos, asociaciones y personas que combaten de formas diversas contra sistemas patriarcales asumiendo grandes riesgos solicitan apoyo y solidaridad internacional. También cuando en el debate público se condenan prácticas y normas es raro que se haga apelando a los derechos humanos de las mujeres.

La dificultad para invocar derechos humanos de las mujeres y para denunciar sus constantes violaciones creo que sea en gran parte reconducible al enraizamiento de esas violaciones en la tradición y en la cultura y al apoyo ofrecido por autoridades religiosas y políticas. Un mal entendido respeto por las diferencias culturales, por las otras tradiciones y sistemas políticos, las culpas y el sentido de culpa derivados de la colonización conducen a una actitud de prudente abstención. Condenar públicamente prácticas tradicionales que oprime a las mujeres y a las niñas puede parecer que se debe traducir en avalar políticas neo-coloniales y neo-imperialistas. Afirmar que las mujeres tienen derechos que deben ser definidos por ellas mismas y que deberían ser garantizados también en culturas y sistemas políticos y sociales que no los contemplan puede ser percibido como un acto de injerencia¹¹. Esta postura teórica se encuentra en particular en personas, hombres y mujeres, y grupos que muestran normalmente gran atención a las violaciones de los derechos. Y se localiza también en ámbitos intelectuales y académicos: el debate sobre la (no) universalidad de los derechos parece estar un poco agotado pero ha provocado grandes estragos¹².

¹⁰ Sobre el punto reenvío a A. FACCHI, "Traditional Local Justice, Women's Rights, and the Rule of Law: A Pluralistic Framework," en *Ratio Juris. An International Journal of Law and Jurisprudence*, 2019/2.

¹¹ Vale aún la denuncia de S. M. OKIN, *Is multiculturalism bad for women?* Princeton UP, 1999.

¹² La controvertida relación entre universalidad de los derechos y diferencias culturales encuentra en los derechos de las mujeres el ámbito de más evidente aplicación. En el marco

Es evidente que los derechos de las mujeres en las diferentes regiones del mundo no han seguido y no siguen hasta ahora las vías y las formas que los han caracterizado en los países occidentales y sin embargo también la visión que contrapone los derechos de las mujeres a los derechos de las culturas se encuentra en gran parte superada por procesos tanto locales como supranacionales de definición y actuación de los derechos que asumen las diferencias locales y buscan formulaciones y medidas de garantía factibles en los contextos particulares.

Por otra parte, ya no existen sociedades del todo homogéneas culturalmente. A lo largo de todo el mundo, culturas y religiones son plurales, heterogéneas y en desarrollo e incluyen diferentes visiones de los roles femeninos, algunas compatibles otras incompatibles con los derechos de las mujeres. Este pluralismo, aunque bien conocido, no parece ser siempre tomado en consideración, al contrario a menudo se consideran como representantes de una cultura y de una sociedad sus componentes más tradicionalistas.

A la timidez frente a la afirmación de los derechos de las mujeres contribuye ciertamente el hecho de que en algunos casos, los derechos de las mujeres han sido utilizados instrumentalmente para justificar acciones de guerra “humanitaria”; es también verdad que en algunos casos la oposición a la invasión de las instituciones internacionales y la tutela de la propia autonomía política y cultural ha sido utilizada instrumentalmente para justificar prácticas y normas discriminatorias, opresivas y violentas frente a las mujeres. El hecho de que los derechos de las mujeres hayan sido movilizadas de manera instrumental para justificar la presencia militar en Afganistán no significa que las mujeres afganas no tuvieran y no tengan en la actualidad necesidad de garantías de aquellos derechos.

La libertad y los derechos de las mujeres se ponen en valor y se apoyan mediáticamente cuando asume un rol de contestación política de un régimen. El caso más reciente es el de Irán: el gesto de protesta de Masha Amini y las primeras manifestaciones femeninas han comenzado a tener una resonancia amplia en el momento en que han asumido un significado de rebelión contra el régimen en su conjunto, implicando también a los hombres. Mientras que fueron solo las mujeres las que se ponían a la obligación del Estado de llevar chador (y obviamente a todo lo que está detrás de esta obli-

de un gran debate me limito a reenviar a M. NUSSBAUM, *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge UP 2000, cap.1.

gación) eran pocas las voces, también en el mundo considerado “libre” las que se han levantado para apoyarles¹³.

Los derechos de las mujeres deberían por el contrario ser una referencia normativa también en contextos en los que la población no se opone a las autoridades políticas, también cuando las mujeres mismas no se encuentran en las condiciones de poder reivindicarlos, precisamente porque están sometidos al dominio de los poderes que no los reconocen.

La afirmación pública y constante de derechos de las mujeres válidos internacionalmente no solo es importante para sostener aquellos componentes que los reivindican en el interno de las sociedades nacionales, sino que es fundamental para transmitir a muchas otras mujeres la conciencia de tener derechos y por tanto un nuevo criterio para valorar lo que es justo e injusto. Es en realidad muy difícil que los gobiernos predispongan normas de garantía si por parte de la misma población no existe en la conciencia de tener derechos violados. Sentirse titulares de un derecho es fundamental para poder reivindicarlo y para poderse oponer a sus violaciones, vengan de donde vengan. La afirmación de los derechos de las mujeres exige por tanto una amplia comunicación pública sobre su existencia.

En definitiva, me parece que cuando se trata de igualdad jurídica y de libertad de las mujeres, el lenguaje de los derechos con su dimensión normativa debe adquirir mayor fuerza y difusión. Es importante que se puede afirmar, prescindiendo del contexto: ¡Esto es un derecho! Por lo tanto no se debe subordinar a otras valoraciones, intereses, valores, tradiciones, mayorías políticas o culturales.

ALESSANDRA FACCHI
Dipartimento di Scienze Sociali e Politiche
Università degli Studi di Milano
Via Conservatorio, 7
20122 Milán – Italia
e-mail: Alessandra.Facchi@unimi.it

¹³ El trabajo desarrollado en todo el mundo por parte de los denominadas “activistas” de los derechos humanos, si bien con muchas contradicciones y dificultades, está acompañando a los derechos de las mujeres en la vida social, pero aún con limitadas acciones. Véase S. ENGLE MERRY, *Human Rights & Gender Violence. Translating International Law into Local Justice*, University of Chicago Press, Chicago 2016.

PROBLEMAS ACTUALES DE LOS DERECHOS HUMANOS: NUEVOS PARADIGMAS EN UN CONTEXTO DE CAMBIOS GLOBALES

CURRENT HUMAN RIGHTS PROBLEMS: NEW PARADIGMS IN A CONTEXT OF GLOBAL CHANGES

MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE
Universidad Carlos III de Madrid
<https://orcid.org/0000-0001-9618-6441>

Resumen: Desde la Revista “Derechos y Libertades” se nos convoca a dar nuestra opinión sobre los desafíos a los que se enfrenta el actual discurso de los derechos humanos. La cuestión planteada nos remite a la historicidad del propio concepto de derechos humanos, que no puede sustentarse sobre una razón abstracta, sino sobre una concepción evolutiva, diversa e intercultural del ser humano y de la sociedad. Desafíos han existido siempre y son amplios, pero quizá ahora estamos en un momento de importantes cambios tecnológicos y transiciones energéticas, que demandan un enfoque ético, político y jurídico, para poder intervenir sobre los nuevos conflictos sociales que se derivan de su aplicación.

Abstract: The journal “Derechos y Libertades” invites us to provide our opinion on the challenges currently facing the discourse on human rights. The question posed leads us to consider the historical context of the very concept of human rights, which cannot be grounded solely on abstract reasoning but rather on an evolving, diverse, and intercultural understanding of both humanity and society. Challenges to this concept have always existed and are multifaceted, yet perhaps now we find ourselves at a moment characterized by significant technological advancements and energy transitions. This situation calls for an ethical, political, and juridical approach to address the emerging social conflicts resulting from their application.

Palabras clave: paradigma, crisis sistémicas, inteligencia artificial, globalización, justicia social, neoliberalismo, democracia, derechos humanos
Keywords: paradigm, systemic crisis, artificial intelligence, globalization, social justice, neoliberalism, democracy, human rights

1. INTRODUCCIÓN

Si los Derechos Humanos han representado y representan el código (ético y estético) de justicia del mundo occidental moderno, esto es, un tiempo (la Modernidad) y un espacio (Occidente) muy concretos, ahora desde un punto de vista filosófico, podemos constatar que el actual proceso histórico de la globalización ha supuesto la compresión total del tiempo y del espacio. Por una parte, la acumulación y expansión de espacio (en el sentido kantiano del término) y, por otra, la memoria que es tiempo e identidad. Pero, al estar comprimidos –un mismo espacio y tiempo–, o a pesar de ello, percibimos que el mundo se hace más complejo, dinámico, desordenado e inabarcable.

El tiempo y el espacio ahora comprimidos globalmente nos remiten de nuevo a uno de los debates filosóficos más reiterado sobre los derechos humanos que está en el mismo acto fundacional de su construcción teórica: ¿cómo compaginar la polifonía cultural e identitaria del mundo con la pretensión de universalidad de aquellos sin caer de nuevo en un colonialismo intelectual ni en una inversión ideológica?

Ante esto se nos aboca a la búsqueda de nuevos paradigmas que nos permitan problematizar la realidad jurídica, económica, cultural, medioambiental y tecnológica que nos ha tocado vivir, en tanto que se generan nuevos conflictos universales. Parece que estamos inmersos ahora en un proceso de pérdida de esperanza o en una cierta ética nihilista de la desesperanza y en un profundo desencantamiento. Pero lo cierto es que la realidad en general, y la actual en particular, tienen siempre rasgos de tragedia griega o de fatalidad de destino, que se refleja en esa tensión existente entre las acciones humanas y el orden normativo dominante de nuestras sociedades.

2. DESAFÍOS AL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los desafíos siempre han sido y son amplios, incluso a veces parecen evidentes, aunque quizá no están suficientemente abordados los cambios, las tensiones y los conflictos que aquellos van produciendo, salvo con soluciones *ad hoc* cortoplacistas para problemas puntuales. Sin pretensión de exhaustividad, señalaré algunos desafíos que desde mi punto de vista son ahora relevantes:

- Con carácter general, los actuales contextos de crisis y/o de tránsitos paradigmáticos en los que estamos instalados, que a veces son lentos y no siempre fáciles de abordar. Por ejemplo, las crisis climá-

tica, alimenticia, hídrica, energética, financiera, las catástrofes y/o colapsos ecológicos y la más que evidente amenaza nuclear en el marco del actual territorio de guerra en Ucrania con una previsible escalada mundial en la carrera por los arsenales nucleares.

- Las guerras cibernéticas y los ataques de *ransomware* enmarcados en el ámbito de las denominadas guerras híbridas, de la seguridad/inseguridad tecnológica, del tecno-totalitarismo, incluso del “tecnofeudalismo”¹ o del desarrollo de la tecnología (en tanto que ciencia aplicada a las necesidades humanas) sin ética, sin prioridades morales ni políticas, sin control social ni regulación estatal, pero con evidentes beneficios económicos hasta ahora para las corporaciones globales a costa por ejemplo del manejo de los datos y privacidad de los usuarios.
- Los equilibrios macroeconómicos globales que operan como límites a la intervención reguladora de los Estados nación (tras los diferentes procesos de desregulación global llevados a cabo durante décadas en sectores estratégicos) y con la consolidación de un tipo de pluralismo jurídico mercantil de carácter privado y horizontal denominado la *Nueva Lex Mercatoria*, cuyo poder es muchas veces superior al de los Estados y que está provocando graves disrupciones en el tejido social, a la vez que conflictos sociales y políticos.
- La impunidad corporativa de las empresas transnacionales en el abuso y la violación de los derechos humanos², en la corrupción estructural –que genera desigualdad sistémica– y en la destrucción del medio ambiente en amplias partes del planeta, sin limitación ni contención alguna, sin asumir ningún valor normativo, ni responsabilidad extraterritorial o rendición de cuentas, más allá de algunas iniciativas de *soft law*. Además, esta impunidad se ha desarrollado paralelamente a la persecución de defensores y/o activistas de de-

¹ Neologismo difundido, entre otros, por el economista y profesor universitario francés Cédric DURAND, *Tecnofeudalismo. Crítica de la Economía Digital*, Editorial Kasilda: Donosti, 2021, para analizar las actividades de las plataformas digitales, el aspecto dinámico del capitalismo y los monopolios tecnológicos de las empresas *tech* y su capacidad de disciplinar socialmente a la ciudadanía, bajo la distopía del declive total del Estado.

² A. GUAMÁN HERNÁNDEZ y G. MORENO GONZÁLEZ, *Empresas transnacionales y Derechos Humanos. La necesidad de un instrumento vinculante*, Editorial Bomarzo: Albacete, 2018, vienen señalando desde hace años como los procesos de desregulación global han potenciado el poder sin límites de las empresas transnacionales que manejan las regulaciones jurídicas a su antojo y beneficio, cuya actividad entra en confrontación directa con los derechos humanos en amplias zonas del planeta.

rechos humanos en el marco de un sistema capitalista global basado en estrategias extractivistas.

- Los procesos de *lawfair*³ o de utilización espuria de las normas jurídicas y de los sistemas judiciales como arma contra los adversarios políticos (considerados en algunos casos como enemigos a eliminar), con el objetivo de desacreditarlos ante la opinión pública, violentando de esta manera sus derechos de participación política.
- La difusión generalizada de *fake news* o la construcción de realidades alternativas, medias verdades y medias mentiras, simplificaciones o banalizaciones de algunos conflictos sociales como, por ejemplo, la violencia de género. Este fenómeno está contribuyendo al cuestionamiento e, incluso, a la deslegitimación de algunos derechos ya reconocidos legalmente, así como a la escisión entre verdad, ética y política, haciendo cada vez más difícil la consolidación de una opinión pública libre y bien informada que, por otra parte, constituye la base de una buena estructuración democrática de la sociedad.
- Las guerras culturales, patrióticas, nacionalismos excluyentes y proteccionismos económicos, populismos, que cuestionan la viabilidad de derechos legalmente reconocidos, especialmente, para los sectores más vulnerables de la sociedad, que pasan a ser objeto de un odio socialmente construido con la intención de rechazarlos y convertirlos en enemigos carentes de derechos. Se construye una retórica según la cual los derechos son un instrumento patrimonialista en manos de unos pocos.
- Los fundamentalismos (religiosos y/o políticos), integristas, neofascismos y tendencias supremacistas de todo tipo que anulan la razón ilustrada y la capacidad de diálogo, apelan a los sentimientos más innobles e irracionales del ser humano y alientan una cultura histriónica del odio y la discriminación⁴, reforzando la homofobia, la xenofobia, la legtbqifobia, las posturas antiabortistas y antieutanasia, así como la negación de los derechos sexuales y reproducti-

³ Véase más ampliamente las ideas desarrolladas en los diferentes capítulos del siguiente volumen y, en concreto, en M^a J. FARIÑAS DULCE, “*Lawfare*, Guerra Híbrida y *Whatsapperización* de la política”, en L. RAMINA (Coord.), *Lawfare e America Latina. A Guerra Jurídica no contexto da Guerra Híbrida*, Editora Íthala Ltda., Curitiba-PR, Brasil, 2022, capítulo 12, pp. 269-278.

⁴ Esto ha supuesto un incremento de los argumentos a favor de la regulación jurídica de la incitación o provocación al odio (no siempre pacíficos) lo que se ha dado en llamar los “delitos de odio”, en nuestro país el artículo 510 del Código Penal.

vos de las mujeres, el matrimonio igualitario y la educación sexual en las escuelas, lo cual supone un ataque a la libertad de conciencia y la igual dignidad de todos los seres humanos que constituye la base del discurso de los Derechos Humanos.

- La deslegitimación de algunos derechos conquistados legalmente, incurriendo en una cierta despolitización de los mismos (la despolitización más evidente es la del derecho fundamental al trabajo), vaciándolos de su condición de categorías políticas, lo cual genera fracturas en sus garantías jurídicas y en sus desarrollos.
- El retroceso en la protección de algunos derechos sociales (educación pública, sanidad, pensiones públicas, ..., sometidos en los últimos años a constantes procesos de privatización), como consecuencia de la despolitización del trabajo, y su consiguiente pérdida de centralidad en la estructuración democrática de las sociedades del siglo XXI, y de la crisis del paradigma socialdemócrata.
- La poca o inexistente protección de los bienes comunes de la humanidad, por ejemplo, el agua como bien estratégico y escaso, el aire, los espacios hídricos, la soberanía alimenticia y agroecológica, los parajes naturales en general, la educación, la salud y la información genética.
- La creciente fragmentación y desigualdad social, generada endógenamente por el propio sistema económico y político y por la implementación del paradigma neoliberal dominante en los últimos 40 años en todos los ámbitos de la vida (a pesar de su ya evidente fracaso ideológico), que sigue provocando constantes desplazamientos globales de población migrante, marginación, empobrecimiento, exclusión social y crisis en la moralidad cívica de las democracias liberales. Las desigualdades de todo tipo acaban convirtiéndose en una manera de violencia estructural. Y, en definitiva, la pobreza y la desigualdad crecientes reflejan el fracaso de las democracias liberales y de sus códigos éticos de justicia (derechos humanos), porque cuanto más desigualdad existe, más difícil resulta la estructuración democrática e igualitaria de las sociedades.
- El descrédito –más allá de una imprescindible mirada crítica– de las instituciones democráticas, de la propia democracia liberal⁵ y del

⁵ Sobre la degradación que la democracia neoliberal ha sufrido en las últimas décadas, véase A. APPLEBAUM, *El ocaso de la democracia. La seducción del autoritarismo*, Madrid: Debate, 2021, quien señala como en los últimos años se ha producido en la ciudadanía global un cierto “hastío de la democracia liberal”, al menos “como idea unificadora”, a la vez que una peligro-

orden moral que la sustentaba, lo cual conduce al desencantamiento, a la pérdida de esperanza y confianza en la función de transformación social de la acción política y de la lucha por la conquista de derechos, así como a la pérdida del enganche legitimador entre los ciudadanos y sus instituciones democráticas.

- El incremento del punitivismo (el *ius puniendi*) en las democracias liberales, que realmente refleja un fracaso democrático, educativo y pedagógico en el abordaje de los conflictos sociales y en la protección de los derechos de minorías y sectores vulnerables de la sociedad.
- El incremento también del autoritarismo político y de los regímenes políticos que limitan o violan sistemáticamente los derechos humanos y las libertades básicas, así como la represión violenta de las protestas sociales con el objetivo de mantener el orden y limitar la legítima capacidad de disenso y discrepancia, limitando los derechos de reunión, expresión, asociación y manifestación. Cuando se acentúa este tipo de autoritarismo político, se limitan las conquistas de derechos y libertades.
- La tensión no resuelta entre la protección pública y/o privada de los bienes globales (el clima, el agua, la biodiversidad, el acceso a Internet, ...) y los males globales (catástrofes naturales, pandemias, terrorismos de todo tipo, ...).
- Y, finalmente, nos hemos encontrado con las consecuencias de una pandemia global, con su impacto en el actual modelo de cuidados y de protección bien común, especialmente en relación con las personas dependientes y los sectores más vulnerables de la población.

3. CAMBIOS FUNDACIONALES PARA UN CONCEPTO HISTÓRICO

Es en este punto cuando hemos de plantear la necesidad o no de nuevos paradigmas⁶ para el discurso de los derechos humanos, que es lo que

sa seducción por las posturas autoritarias y fundamentalistas al parecer ha tomado fuerza en las últimas décadas hacia lo que ya se denominan democracias iliberales.

⁶ Recordemos que los paradigmas son modelos universales de comprensión e interpretación que responden a las convicciones de una época y son asumidos por una comunidad durante cierto tiempo (T. S. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1992). Un paradigma triunfa cuando comenzamos a ver el mun-

subyace al debate propuesto para este número monográfico: ¿Es sustituible y/o reemplazable el actual discurso de los derechos humanos? ¿Necesita alguna actualización a la vista de los cambios sociales, culturales y tecnológicos? ¿Podemos encontrar nuevos paradigmas fundadores? Estas, y otras semejantes, son cuestiones recurrentes, no pacíficas, que planteamos con frecuencia. Pero encierran un riesgo, y es que con este tipo de planteamientos podemos entrar en una espiral sin fin de búsqueda de sustituciones sin tener en cuenta los progresos conseguidos.

Sin embargo, yo creo que la afirmación misma de “tener derechos” es ya un acto fundacional de permanentes reparaciones, un mecanismo de defensa y de resistencia política. Tener derechos implica reparar constantemente una realidad adversa, hostil y violenta, tejiendo una red jurídica de protección o un código ético y estético de defensa y resiliencia. Por ello, los derechos conquistados no se pueden reemplazar, ni tampoco deslegitimar, ni vaciar de su contenido político, ni por lo tanto desproteger, sin embargo, sí se deben actualizar, pero con una vocación de lucha por su estabilidad y mejora.

Los fundamentos, los actos fundacionales parecen no estar en consonancia con los tiempos actuales de despojamiento y de obsolescencia de lo sustituible. Pero, paradójicamente en el contexto actual, resistir no ha de significar solo permanecer, sino renovar la vocación de permanencia y de resiliencia en un renovado acto fundacional, pero nunca de sustitución. Desde una perspectiva crítica, estamos obligados moralmente a hacerlo, a la vez que a integrar la complejidad de la dignidad humana en un código ético y estético de justicia compartido.

MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE
Área de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid
c/Madrid, 126
Getafe 28903 Madrid
e-mail: mjfd@der-pu.uc3m.es

do a través de él. Los cambios y las crisis profundas alumbran nuevos paradigmas, pero estos no pueden triunfar si no se identifican bien los problemas, conflictos e incertidumbres a los que han de responder.

IDEOLOGÍA Y DERECHOS HUMANOS: LO COMÚN

IDEOLOGY AND HUMAN RIGHTS: THE COMMON

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Universidad Carlos III de Madrid

Resumen: *En nuestra época asistimos a una auténtica proliferación de derechos. No hay conflicto ni problema humano que no desemboque en un debate acerca de los derechos que tenemos y cuya protección exigimos. Un panorama así estructurado da lugar a la irrupción de múltiples desafíos para una teoría de los derechos humanos. Estos pueden ser tanto teóricos como prácticos. En este trabajo se señala un reto teórico peculiar: el de la necesidad de clarificar y determinar muy bien el alcance de cualquier ideología política que contenga una teoría de los derechos humanos. Se ha elegido, en la actualidad, la teoría de lo Común con el fin de compararla con las consecuencias políticas de dos teorías que, de alguna manera, la han precedido históricamente: la voluntad general de J. J. Rousseau y la propuesta de un ser genérico elaborada por C. Marx.*

Abstract: *In our time, we witness a true proliferation of rights. There is no conflict or human problem that doesn't lead to a debate about the rights we have and whose protection we demand. Such a scenario gives rise to the emergence of multiple challenges for a theory of human rights. These challenges can be both theoretical and practical. This paper points out a peculiar theoretical challenge: the need to clarify and determine very well the scope of any political ideology that contains a theory of human rights. Currently, the theory of the Common has been chosen in order to compare it with the political consequences of two theories that, in some way, have historically preceded it: J.J. Rousseau's General Will and C. Marx's proposal of a generic being.*

Palabras clave: lo Común, individualismo posesivo, individualismo moral, voluntad general, ser genérico y social
Keywords: the Common, possessive individualism, moral individualism, the general will, generic and social being

Los desafíos que se plantean hoy (y miran al futuro) a los derechos humanos pueden clasificarse en dos categorías bastante bien definidas. Desafíos teóricos que tienen que ver, por ejemplo, con el concepto de derechos humanos, con su fundamento o con su positivización jurídica; y desafíos prácticos que giran en torno –valgan como ejemplo– con el establecimiento de garantías jurídicas y políticas para su ejercicio y con un marco social, económico o laboral favorable a ellos, es decir, con su auténtico ejercicio, que precisa tanto de condiciones de la sociedad y su economía como de la voluntad del poder político.

En el concepto de derechos humanos que he defendido en mis trabajos¹, desde hace tiempo, y que están en deuda, tanto en sus orígenes como a lo largo de un debate de décadas, con las enseñanzas del prof. Gregorio Peces-Barba, se prioriza su fundamento ético, situado en la idea de dignidad humana (dependiente de la aportación de I. Kant) y en los valores que despliega, como la seguridad, la autonomía, la libertad o la igualdad, y que están llamados a convertirse en derechos, reconocerse en ellos y contar con la garantía que otorgan las leyes en un sistema de tradición liberal-democrática y en un Estado social y democrático de Derecho.

Desde este planteamiento o toma de posición acerca de los derechos humanos, estos se encuentran abiertos a las nuevas necesidades históricas y al nacimiento de nuevos valores éticos, lo mismo que a historificar su importancia y jerarquía. Es decir, los derechos humanos no deben temer a los desafíos que aparezcan en la sociedad, a partir de una idea fija de lo que es imprescindible para salvaguardar la dignidad o el valor de cada persona individual.

Los desafíos pueden responder a matizaciones o cambios en los derechos personales, cívicos, políticos y económico-sociales ya constitucionalizados, y que forman parte del sentimiento jurídico y político de nuestras sociedades abiertas o pueden incluir nuevos derechos en relación con la persecución de la igualdad total entre hombres y mujeres, con la necesidad de preservar bienes comunes como el aire, el agua o los bosques o con el trato humano que se debe dispensar a migrantes y refugiados. Y fenómenos como el desarrollo de la inteligencia artificial pueden lastimar a derechos individuales clásicos como la intimidad o la privacidad o la degradación y quiebras de la demo-

¹ Puede consultarse E. FERNÁNDEZ, “Reflexiones filosóficas sobre la historia de los derechos humanos”, en *Compendio de derechos fundamentales. La libertad en español*, coord. Javier Sánchez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

cracia pueden afectar a los derechos cívicos y políticos que se consideraban consolidados y con un ejercicio satisfactorio. Y la globalización económica desmedida también hiere a los derechos económicos y laborales.

En un ámbito tan amplio, cotidiano, sensible y heterogéneo como es el de los derechos humanos no tenemos la seguridad de que el populismo, la retórica y la confusión teórica no les afecte negativamente. Por eso más que de desafíos planteados por nuevas reivindicaciones o por la necesidad de mantener lo ya conseguido, he elegido aquí un desafío teórico peculiar: el de la exigencia de claridad y de clarificación cuando hablemos de derechos humanos. Para ese cometido he optado por recordar dos ejemplos históricos: la voluntad general de J.J. Rousseau y la defensa del individuo genérico, resultado de superar la distinción entre sociedad civil y sociedad política, llevada a cabo por C. Marx. Creo que la indeterminación de ambos conceptos y el desafío frustrado de su clarificación jugaron un papel negativo para la historia de los derechos humanos, además de tener que ver con decisiones y sistemas políticos que los negaron y persiguieron.

Para un ejemplo actual he escogido el de la teoría de lo Común. Mi opinión sobre este importante movimiento es que sus aportaciones e interés político, y para los derechos humanos, es superior a sus, por ahora, indeterminaciones y falta de claridad. El desafío aquí se encuentra en lograr una teoría más sólida y clara, al alcance de sus buenos propósitos, de su crítica al sistema económico y político existente y a sus propuestas políticas. Creo que la tarea merece la pena y que la democracia y los derechos humanos saldrán ganando.

Reconozco los riesgos de hacer algo como lo que me he propuesto, pero el estudio y la discusión teórica deben asumirlos.

De manera incorrecta, tanto en el plano teórico como en el moral, hay quien ha convertido el individualismo posesivo, en el sentido del título y contenido del conocido libro de C.B. Macpherson, en un ideal moral. No se puede negar que el conocimiento histórico, desde los comienzos de la modernidad occidental, no nos permite desgajar o separar los distintos tipos de individualismo –religioso, político, económico, moral, social, jurídico–, pero también se hace necesario no reducir el individualismo moral o supremacía moral de la persona individual –a su vez, base de su dignidad, autonomía e igualdad– a individualismo posesivo. Incluso se puede defender y reivindicar el individualismo moral sin tener que apoyarse en un individualismo posesivo en el plano social y económico si no, más bien, como planteamientos

que se excluyen. Aquí el liberalismo en su vertiente moral², la teoría kantiana y los socialistas neokantianos de finales del XIX y principios del XX tienen mucho que enseñarnos.

El individualismo moral incluye tomar en consideración las necesidades y bienes sociales. Y tiene un fuerte componente social a través del reconocimiento de derechos sociales y sus deberes correspondientes en el plano jurídico, y de deberes morales exigidos por valores cívicos como la solidaridad o la fraternidad. La unidad total y perfecta de la vida personal y privada con la social o comunal es algo inalcanzable, además de indeseable. Inalcanzable porque únicamente se podría llevar a cabo por un poder social y político que se impusiera en todos los ámbitos, incluida la conciencia, y determinara totalmente, y sin resquicios, la conducta personal e individual de los seres humanos. Indeseable porque el triunfo de esta unidad implicaría la aniquilación de la diversidad, las libertades individuales y políticas y el pluralismo. La sociedad se convertiría en un campo de concentración y ya sabemos, por desgraciadas experiencias ya acaecidas, lo que eso significa.

Me gustaría recordar ahora dos teorías, importantes, conocidas e influyentes, cuyos ejemplos pueden ayudarnos a estar vigilantes ante la posibilidad de situar lo común en el centro de nuestras ideas y acciones y apostar en exceso por él. Creo que comparar la idea actual de lo Común con las de voluntad general de J. J. Rousseau y la de unidad de vida personal y comunal y de la sociedad civil y política en Carlos Marx, como medio de lograr la emancipación humana, tiene sentido y justificación.

La idea de voluntad general es un elemento esencial de la teoría de la democracia en J. J. Rousseau, pero que no está a salvo de indeterminaciones e incongruencias. La ingente bibliografía existente y las múltiples y enfrentadas entre sí interpretaciones son una buena prueba de ello. Sin embargo, a pesar de sus contradicciones y limitaciones, sus escritos están llenos de ideas críticas sobre la civilización moderna, las desigualdades sociales y económicas, la ley, la legitimidad y la tiranía del poder político o la educación que ni a sus contemporáneos ni a los nuestros nos pueden dejar indiferentes.

La voluntad general es el contenido del contrato social y se convierte de inmediato en voluntad soberana. Es soberanía popular. La voluntad general encarna la moralidad social correcta. Ni es voluntad particular ni suma de voluntades particulares. Las dos figuras que Rousseau introduce

² Sobre todo esto ver el libro de J.I. DELGADO ROJAS, *Ciudadanía liberal y moralismo legal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021.

en el *Contrato social*, la del censor y la del legislador, sirven para evitar que el ciudadano se desvíe de los mandatos de la voluntad general, de lo bueno. También la religión civil, un nuevo concepto que nuestro autor introduce al final del *Contrato*, sirve para un objetivo semejante. Las leyes tienen que ser la expresión de la voluntad general de toda la comunidad. Su cumplimiento es un mandato moral que nos hace verdaderamente libres. De ahí deriva también la importancia de que el Estado asuma como tarea la educación de sus futuros ciudadanos.

La voluntad general es siempre voluntad justa porque es la voluntad común, siempre orientada al bien común. Rousseau señala en el libro 2, cap. 4, del *Contrato* que “la voluntad general, para ser verdaderamente lo que es, debe ser general en su finalidad como en su naturaleza, es decir, debe proceder de todos y aplicarse a todos”. La voluntad general no es lo mismo que la voluntad de todos que “desde luego anhela el interés particular y que no es más que la suma de los deseos individuales”. Tampoco es la voluntad mayoritaria, salvo en el caso de que la mayoría expresara la voluntad general.

J. J. Rousseau no escatima elogios para la voluntad general, que “es siempre recta y tiende a la utilidad pública”. Además, “quienquiera se niegue a obedecer la voluntad general será obligado a ello por todo el cuerpo. Esto no significa otra cosa sino que se le obligará a ser libre...”. (*Contrato social*, Libro I). Resulta cuanto menos sorprendente lo de obligar a ser libre, cuya justificación se encuentra en textos como el siguiente:

“El pueblo, de por sí, quiere siempre el bien; pero no siempre lo ve. La voluntad general es siempre recta; mas el juicio que la guía no siempre es claro. Es preciso hacerle ver los objetos tal como son, y algunas veces tal como deben parecerle; mostrarle el buen camino que busca; librarle de las seducciones de las voluntades particulares (...). Todos necesitan igualmente guías”.

Textos como el anterior, al que podemos añadir los referentes a la religión civil, oscurecen los aspectos liberales (de reivindicación y lucha por las libertades civiles y políticas individuales) al fin y al cabo, de la teoría rousseauniana. No es extraño que en un libro conocido de J. L. Talmon, *Los orígenes de la democracia totalitaria*, se incluyan dentro de este encabezamiento la teoría de nuestro autor. Los demócratas iliberales y populistas actuales pueden sentirse gratificados con la lectura de este Rousseau. Quizás los defensores de lo Común encuentren una sensación parecida. Aunque siempre

encontraremos textos en el *Contrato social* del tipo de “la fuerza no hace el derecho y el deber de obediencia solo es debido a los poderes legítimos” o “toda ley no ratificada en persona por el pueblo, es nula; no es una ley” (Libro 1 y 3)³.

El ejemplo seleccionado de Carlos Marx corresponde a su temprana obra *La cuestión judía* (1843). Me interesa el hecho de que, junto a la importante crítica, que Marx desarrolla, de los derechos del hombre y las Declaraciones durante la Revolución francesa, nos informa de una propuesta que se convierte en la única vía adecuada para lograr la emancipación humana. Esta pasa por superar la escisión entre la sociedad civil y la sociedad política, lo que conlleva que el individuo real se convierta en un ser genérico y social. Ese ser genérico y social es lo que podría considerarse una versión, adelantada en el tiempo, de lo Común en sus planteamientos contemporáneos.

Marx nos invita, en este texto, a constatar que los llamados derechos del hombre, *les droits de l'homme*, diferenciados de *les droits du citoyen*, no son sino los derechos del miembro de la sociedad civil, vale decir, del hombre egoísta, del hombre separado del hombre y de la comunidad (Marx está pensando en la Constitución francesa de 1793)⁴:

“Así pues, ni uno solo de los llamados derechos del hombre va más allá del hombre egoísta, del hombre que es miembro de la sociedad civil, es decir, del individuo replegado sobre sí mismo, sobre su interés privado y su arbitrio privado, y separado de la comunidad. Muy lejos de concebirse en ellos al hombre como ser genérico, la propia vida genérica, la sociedad, aparece más bien como un marco exterior a los individuos, como restitución de su independencia originaria”.

La solución se encuentra en la transformación del individuo egoísta en un ser común. Así se construye la verdadera emancipación. La vía señalada por Marx en las líneas finales se expresa así:

“Sólo cuando el real hombre individual reabsorba en sí al ciudadano abstracto, y como hombre individual en su vida empírica, en su trabajo individual, en sus relaciones individuales, se haya convertido en ‘ser genérico’; sólo cuando el hombre haya reconocido y organizado sus ‘fuerzas propias’ como fuerzas

³ Las citas del *Contrato Social* están tomadas de J. J. ROUSSEAU, *Contrato Social*, trad. de Fernando de los Ríos, pról. de Manuel Tuñón de Lara, Espasa Calpe, Madrid, 1975.

⁴ Sobre Marx, el marxismo y los derechos humanos puede verse E. FERNÁNDEZ, *Marxismo, democracia y derechos humanos*, Fontamara, México, 2012.

‘sociales’ y, por tanto, ya no separe de sí la fuerza social en forma de fuerza política, sólo entonces se habrá completado la emancipación humana”⁵.

Los partidarios actuales de lo Común podrían decir que el ser genérico, reivindicado por C. Marx, les presupone y anuncia. Pero, en lo que respecta al marxismo y a la aplicación práctica durante un largo tiempo de sus propuestas políticas y a la conversión en auténticos sistemas políticos que han guiado la política de muchos países y la vida de millones de personas, podemos permitirnos hoy un análisis crítico además de una valoración ética y política. Por ejemplo, Leszek Kołakowski en un interesante ensayo publicado en un volumen colectivo de 1974, *The socialist idea: A reappraisal*⁶, que compiló con Stuart Hampshire, plantea la sugerente, y necesariamente debatible, cuestión del aspecto práctico, real no posible, de la defensa marxista de la identidad de la sociedad civil y la sociedad política: “Trataré –nos indica– de revelar la existencia de una continuidad (aunque no de una identidad) entre esta soteriología y las variantes totalitarias contemporáneas del socialismo y decir por qué el ideal marxiano de unidad es en mi opinión impracticable”.

Que la gran esperanza de Marx de restituir a la sociedad civil el carácter colectivo se haya convertido en el modelo de terror de los sistemas comunistas no es algo que pueda pasarse por alto en una discusión sobre los derechos humanos. Que tenga sentido preguntarse si las propuestas de conversión de la vida social y política en lo común como principio normativo inspirador pueden y deben evitar su degradación y falseamiento, tampoco está fuera de lugar, sino que es una prevención imprescindible. Deseo añadir que no creo que exista ninguna continuidad necesaria entre la defensa de lo Común y el totalitarismo político, sino dudas más, prevenciones e invitación al debate.

El concepto elegido ahora como ejemplo para solicitar su desarrollo y aclaración es el de lo Común. No es un concepto de significación limitada, pues se está expandiendo rápidamente su utilización; se presenta como una nueva y auténtica filosofía social y política e incide directamente en el ámbito de los derechos humanos, fundamentalmente en los de contenido social y económico y en los que tienen que ver con la ecología. Su huella se ha deja-

⁵ Las citas son de K. MARX, *La cuestión judía*, trad. de Antonio Hermosa, Santillana, Madrid, 1997.

⁶ Ver L. KOŁAKOWSKI y S. HAMPSHIRE, *El mito de la autoidentidad humana. La unidad de la sociedad civil y la sociedad política*, Cuadernos Teorema, Valencia, 1976.

do ver en algunos autores de nuestro país⁷ y, sin duda, su vocación es la de servir de alternativa a la teoría de los derechos humanos elaborada hasta el momento.

Para una idea del concepto de lo Común se puede elegir algún texto del libro *Común. Ensayo sobre la revolución en el siglo XX*, escrito por dos divulgadores bien conocidos: Christian Laval y Pierre Dardot. Que lo común sea una teoría política nueva y una reivindicación del uso democrático de los bienes comunes se constata en su escepticismo ante el papel del Estado:

“Seguir esperando del Estado nacional que proteja eficazmente a la población de los mercados financieros, de las deslocalizaciones, de la degradación climática, es ilusorio (...). En realidad, si lo común se ha vuelto a día de hoy algo tan importante es porque revoca brutalmente las creencias y las esperanzas progresistas en el Estado”⁸.

Esto proyecta todo un conjunto de políticas muy distintas a la socialdemocracia de los países democráticos actuales y al Estado de Bienestar o Estado social de Derecho que es incapaz de responder a los retos y agresiones a los derechos de la humanidad ya reconocidos. Lo mismo que a las degradaciones y quiebras de las democracias liberales ante ataques como el populismo y la nueva derecha.

Los autores son claros al respecto:

“La reivindicación de lo común ha nacido, en primer lugar, en las luchas sociales y culturales contra el orden capitalista y el Estado empresarial. Término central de la alternativa al neoliberalismo, lo ‘común’ se ha convertido en el principio efectivo de los combates y los movimientos que, desde hace dos decenios, han resistido a la dinámica del capital y han dado lugar a formas de acción y a discursos originales. Lejos de ser una pura invención conceptual, es la fórmula de los movimientos y las corrientes de pensamiento que quieren oponerse a la tendencia principal de nuestra época: la extensión de la apropiación privada a todas las esferas de la sociedad, de la cultura y de la vida”.

⁷ Pueden consultarse trabajos de M.E Rodríguez Palop, Asier Martínez de Bringas, David Sánchez Rubio o Luis Lloredo. Para un punto de vista crítico hacia las políticas de lo Común y los bienes comunes, consultar el reciente libro del profesor italiano E. VITALE, *El espejismo de los bienes comunes. En busca de otra alternativa al capitalismo salvaje*, ed., trad. y estud. prelim. de Jesús Ignacio Delgado Rojas, Dykinson, Madrid, 2023.

⁸ Todos los textos citados pertenecen al libro de Ch. LAVAL y P. DARDOT, *Común. Ensayo sobre la revolución en el siglo XXI*, trad. de Alfonso Díez y corrección de María Beltrán, Gedisa, Barcelona, 2015.

Al mismo tiempo, los autores expresan su rechazo de toda forma de comunismo

“En este sentido, el término ‘común’ designa, no el resurgimiento de una idea comunista eterna, sino la emergencia de una forma nueva de oponerse al capitalismo, incluso de considerar su superación. Se trata igualmente de un modo de volver la espalda definitivamente al comunismo estatal”.

También añaden una idea de interés para la comprensión de este movimiento: “Las reivindicaciones en torno a lo común surgieron en los movimientos altermundialistas y ecologistas”.

Al final del libro se enuncian una serie de propuestas políticas que servirían para dar contenido a las actuaciones prácticas, inspiradas en la filosofía de lo Común, es decir: “instaurar el principio de lo común en el plano del derecho, del poder, de la economía, de la cultura, de la educación o de la protección social”.

Hay que hacer constar que tanto la crítica al estado de cosas existente como las propuestas políticas para su sustitución cuentan con justificaciones sólidas, aunque pueden pecar de excesivamente voluntaristas. Surge aquí la pregunta del grado de dependencia de esas propuestas políticas con la realidad de las democracias políticas existentes que, a pesar de sus defectos e incumplimientos, no ha llegado a anular la voluntad política de sus ciudadanos. Un cambio total sería caótico y hasta suicida. Mejorar lo más salvable del presente con esas propuestas parece lo más lógico. Pero esas mismas propuestas algunas veces no pasan de las buenas intenciones. Un programa de gobierno, incluyendo el ámbito internacional, no puede dejarse únicamente al ejercicio colectivo de lo Común. Creo que no existen razones profundas para no llegar a acuerdos a partir de la idea de que la política de lo Común combate tanto el capitalismo como el comunismo de Estado. Tampoco es difícil admitir que “lo común tal como aquí lo entendemos significa ante todo el autogobierno de los seres humanos, de las instituciones y de las reglas que se dan para ordenar sus relaciones mutuas”, pero me surge un razonable escepticismo cuando a renglón seguido leo: “Está pues enraizado en la tradición política de la democracia, en especial en la experiencia griega”. Sí deseo recalcar que la indeterminación en que se mueven las propuestas políticas y la necesidad de aclarar las medidas para llevarlas a cabo es tanto por exigencias de rigor teórico como para prevenir consecuencias políticas perjudiciales. Es comprensible que un movimiento político que se autoproclama como

la revolución del siglo XXI se nutra de esperanzas e ilusiones exageradas que queden desarmadas ante la complejidad de los hechos y los conflictos entre necesidades, intereses y derechos humanos (por ejemplo, entre derechos individuales y derechos comunales, salvo que se niegue la existencia de los primeros). La situación se complica aún más si llevamos el principio de soberanía popular al ámbito transnacional. Nos volvemos a encontrar la misma confianza y la misma indeterminación en un tema aún más resbaladizo. Recordemos este texto del posterior libro de ambos autores, *Dominio. Estudio sobre la soberanía del Estado de Occidente*:

“La obligación de lo común es también una obligación política, pero en un nuevo sentido: surge de una responsabilidad por las condiciones de habitabilidad de la Tierra para todos los seres vivos. No disocia la obligación de las personas entre sí de la obligación de las personas con respecto a dichas condiciones”⁹.

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Área de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid
c/Madrid, 126
Getafe 28903 Madrid
e-mail: efgarcia@der-pu.uc3m.es

⁹ Ch. LAVAL y P. DARDOT, *Dominio. Estudio sobre la soberanía del Estado de Occidente*, trad. de Alfonso Díez y corrección de María Beltrán, Gedisa, Barcelona, 2021.

EL DISCURSO DE LOS DERECHOS FRENTE A SUS DESAFÍOS*

THE RIGHTS DISCOURSE IN THE FACE OF ITS CHALLENGES

TOMMASO GRECO
Università di Pisa

Resumen: *Este trabajo incluye algunas reflexiones sobre los desafíos a los derechos que derivan del populismo, de la tecnología y de la geopolítica.*

Abstract: *This paper includes some reflections on the challenges for rights deriving from populism, technology and geopolitics.*

Palabras clave: derechos, deberes, populismo, tecnología, geopolítica
Keywords: rights, duties, populism, technology, geopolitics

No es fácil responder a una pregunta sobre cuáles pueden ser los desafíos que los derechos deben afrontar en el futuro próximo. No porque se esté perfilando una presunta, general y genérica, “crisis de los derechos”, sino porque es obviamente difícil imaginar qué camino pueda (y deba) recorrer la tutela de los individuos en un mundo cuyos desarrollos son muy complicados imaginar.

Me limito a proponer solo algunos apuntes, agradeciendo a los amigos de *Derechos y Libertades*, no solo la invitación que me han dirigido, sino también y sobre todo el precioso trabajo que han desarrollado desde el año de la fundación de la Revista.

Hablando de *desafíos* a los derechos, es decir de situaciones, en las cuales un sujeto o una condición se somete a prueba, creo que pueden identificarse al menos tres: la primera de carácter político, la segunda de carácter tecno-

* Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig.

lógico, la tercera de carácter geopolítico. Intentaré brevemente aclarar qué entiendo por cada uno de estos tres desafíos.

1. El desafío *político* proviene principalmente de la cada vez más proclamada crisis de los sistemas democráticos, en el interior de los cuales parece prevalecer, ya desde hace tiempo, una deriva que conduce a la afirmación de alguna versión de populismo. Sin adentrarnos en análisis de situaciones particulares, pueden identificarse algunas constantes, reconocidas como típicas de esta estación político-institucional, que corren el riesgo de generar algún problema a la dinámica y a la efectividad de los derechos¹.

Ante todo, la ‘cultura’ de fondo que se establece es la que deriva del círculo entre los líderes populistas y el ‘pueblo’, considerado como un todo indiferenciado. Un círculo vicioso que tiene como primera víctima la posibilidad de hacer afirmaciones y desarrollar comportamientos “fuera del coro” y que por ello corre el riesgo de ‘aplstar’ sea los derechos de las minorías, sea los derechos individuales de aquellos que “no se amalgaman” al sentir común. En este contexto, un derecho fundamental como el de la libertad de opinión y de expresión corre el riesgo de ser cada vez más cuestionado. Un riesgo tanto más grave, si se piensa que el círculo vicioso del que estamos hablando –aquel en el que líderes y pueblos se sienten unidos como si fueran una sola cosa–, puede funcionar solo gracias a la contribución decisiva del sistema informativo, es decir precisamente de aquel sector de la sociedad que debería custodiar y mantener viva la libertad de palabra y que a menudo, demasiado a menudo, por el contrario, se sitúa –o es obligado a situarse, a través de la violencia– al servicio del poder.

Puesto que toda la historia de los derechos surge de la afirmación de la libertad de expresión² se puede entender cómo el riesgo al que ésta se enfrenta en el tiempo del populismo es muy serio también por las consecuencias nefastas que éste puede tener sobre todo el sistema de los derechos civiles y políticos. Incluso cuando se mantienen ciertas formalidades del sistema democrático, por ejemplo, el derecho de voto, ¿qué significado, y sobre todo

¹ Entre los numerosos trabajos dedicados a este tema recientemente, me limito a señalar G. MARTINICO, *Filtering Populist Claims to Fight Populism: The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge 2021. Léase también el informe del Comité Económico y Social europeo sobre “Populismo e diritti fondamentali: le aree suburbane e rural” en la “Gazzetta ufficiale dell’Unione Europea” del 24.3.2020, en la siguiente dirección:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019IE2189&from=EN>.

² Como muestra muy bien F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Universidad Carlos III, Madrid 1994.

qué efectos transformadores, pueden tener si no se permite el disenso? Como nos ha explicado la tradición liberal de los Mill y de los Einaudi, y como ha subrayado en repetidas ocasiones Norberto Bobbio, el consenso tiene sentido, y es real, sólo si está permitido disentir, ya que de otra manera no se puede hablar propiamente de consenso. Y si no se tiene la libertad de disentir, es difícil que se sea libre de ejercer otros tipos de derechos. Del hecho de que en un contexto gobernado por el populismo el disenso cada vez sea menos tolerado, tenemos desgraciadamente continuos testimonios en nuestros días.

El otro aspecto que querría subrayar brevemente es el que deriva del cortocircuito que el ‘momento populista’ desencadena a nivel de las instituciones. Típico de estas fases de ‘crisis’, de hecho, es que las distinciones y las separaciones entre los poderes se someten a discusión y que todos y todos deben responder a la lógica imperante. Lo reconoció, por otra parte, incluso Aristóteles, cuando escribía en la *Política* que el demagogo ataca las diversas instituciones, por qué tiende a reconducir todo al pueblo, y, por tanto, a sí mismo, desde el momento en que es él mismo el dueño del pueblo. No es casual, que allí donde se afirma un poder de naturaleza populista uno de los primeros problemas es el de la relación entre política y magistratura³. La aplicación de la ley, la referencia a los valores constitucionales, se considera como una indebida inferencia política por parte de los jueces, si no incluso como un ataque a la “voluntad popular”. El ataque a la magistratura “guardiana de los derechos”⁴ –un verdadero y auténtico “lugar común” de las democracias que se están transformando en “democraturas” – es parte esencial de una estrategia que tiene como objetivo, y que ciertamente no puede no tener como efecto, un ataque a los derechos individuales, que pueden representar una insidia para quien detenta el poder.

2. El segundo desafío al que me refería es el *tecnológico*. Se habla mucho, *et pour cause*, de la inteligencia artificial, de las oportunidades que ofrece y de los riesgos que puede comportar⁵. Desde el punto de vista jurídico, nos fijamos sobre todo en las futuras aplicaciones y en la necesidad de su regulación, en la mayor o menor urgencia a la hora de establecer los límites al uso que de ella se puede hacer. Se insiste menos, por el contrario, en el

³ Emblemático el caso italiano: véase al menos C. GUARNIERI, *Giustizia e politica. I nodi della Seconda Repubblica*, Il Mulino, Bologna 2003.

⁴ A. GARAPON, *Le gardien des promesses: Justice et Démocratie*, Odile Jacob, Paris 1996.

⁵ Reenvío, para un cuadro de las problemáticas, al trabajo de R. DE ASIS, *Derechos y tecnologías*, Dykinson, Madrid 2022, además de a los ensayos recogidos en *Inteligencia artificial y filosofía del derecho*, dirección de F. H. LLANO ALONSO, Ediciones Laborum, Murcia 2022.

cambio de paradigma que la introducción de las nuevas tecnologías puede representar para la idea misma que tenemos del Derecho, y en consecuencia de los derechos. Querría subrayar, a este propósito, al menos un aspecto. El uso de las tecnologías aplicadas al Derecho comporta necesariamente una ‘algoritmización’ del Derecho mismo⁶, una digitalización que implica inevitablemente una pérdida de informaciones. El Derecho, en otras palabras, para poder ser implementado en las nuevas tecnologías, debe hacerse también ‘tecnológico’, no tanto en su contenido, como en su estructura, en los esquemas que emplea. Debe convertirse en binario, de modo tal que pueda ser absorbido, y por tanto luego aplicado, de manera automática y tecnológica. Un cambio que corre riesgo de ser realmente epocal, desde el momento en que pide al Derecho transformarse en una técnica de “enjaulamiento” y de endurecimiento de lo social⁷, allí donde, por el contrario, siempre ha tenido la función de regular lo social, acompañando a sus desarrollos y sobre todo asumiendo en la mayor medida de lo posible, las pluralidades y los matices. Lo que corre el riesgo de ser aplastado en el “Derecho de las máquinas”, es todo aquello que en el Derecho no es fácilmente modulable: los principios, por ejemplo, con los valores que los acompañan. Cuanto esto pueda representar un riesgo para los derechos, es algo que me parece evidente, desde el momento en que todo nuestro pensamiento jurídico corre el riesgo de adaptarse a aquella dicotomización de lo real, que las máquinas requieren necesariamente. Piénsese, por proponer un ejemplo de trágica actualidad, en qué significa el deber encasillar a los inmigrantes en el “sí” de la acogida o en el “no” del rechazo. Las personas, con sus derechos universalmente reconocidos, son mucho más ricas en matices y mucho más cargadas de dignidad de cuanto implique la oposición entre inmigrantes, definidos como regulares, y los otros que (con una palabra horrenda) son llamados ‘clandestinos’.

Aún antes de la sustitución de los hombres por las máquinas, por tanto, el peligro viene de la adopción, por parte de los hombres, de los esquemas mentales que son propios de las máquinas. Hombres que se convierten en máquinas, se podría decir, incluso antes de ser sustituidos por éstas. Que este problema existe, es conocido y es también preocupante, si se piensa en qué puede significar que alguna de las funciones ligadas tradicionalmente a

⁶ También sobre este punto se puede leer el eficaz análisis de A. GARAPON y J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, il Mulino, Bologna 2021.

⁷ Cfr. las reflexiones de A. SUPLOT, *La Gouvernance par les nombres*. Cours au Collège de France (2012-2014), Fayard, Paris 2015.

la vida del Derecho y a la tutela de los derechos, puedan ser desempeñadas por sistemas automatizados, comenzando por la del juzgar. ¿Dónde buscaremos y dónde encontraremos aquella sensibilidad que se necesita también en la tutela jurisdiccional de los derechos? También éste parece un desafío serio.

Para concluir, en este ámbito, también hay que recordar la necesidad que ciertamente tendremos en el futuro de regular las relaciones jurídicas entre los hombres y las máquinas, y por tanto de establecer la naturaleza de éstas, es decir, su *status* jurídico: en pocas palabras, sus derechos. Cuanto más se subjetiviza la máquina –y es un proceso, éste, del que ya se distinguen las primeras señales– tanto más tendremos que plantearnos el problema de las relaciones que deberemos tener con ellas, y por lo tanto el problema de su condición jurídica (subjetiva).

3. En fin, querría subrayar algunos aspectos del que he llamado el desafío *geopolítico* o *global*. Se trata aquí de entender cuál sea el horizonte dentro del cual el tema de los derechos deberá ser tratado y abordado en el futuro. Sabemos bien que los derechos se han afirmado y desarrollado dentro del horizonte geográfico e institucional del Estado moderno⁸. Pero también sabemos bien que el horizonte al que hay que mirar ahora no puede ser otro que el global, en el interior del cual se sitúan los problemas respecto a los cuales los derechos deberán constituir un remedio⁹. Si es verdad, como ha repetido Bobbio, que los derechos han sido una respuesta a las necesidades históricas concretas¹⁰, es difícil negar que las necesidades a las que somos llamados a responder hoy, y lo seremos más en el futuro, son necesidades globales, incluso yo diría un conjunto de sufrimientos globales, a los que debemos buscar respuestas que se sitúan en el mismo plano, y por tanto en el mismo espacio geográfico. El desafío, por ello, es el de pensar, imaginar y luego realizar algunas respuestas que puedan ser eficaces respecto a las necesidades y a los problemas que afectan hoy a la humanidad en su conjunto. Basta con pensar en el mundo del trabajo y en las tutelas de las que carecen la mayor parte de los trabajadores en un mundo en el que la economía se ha globalizado en gran medida, dejando libertad a las empresas de actuar como individuos en el estado de naturaleza

⁸ Una sintética pero eficaz reconstrucción de los diversos perfiles está en M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, Laterza, Roma-Bari 2022.

⁹ Últimamente, veánse las reflexiones de L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra*, Feltrinelli, Milano 2022.

¹⁰ Es la conocida tesis mantenida por N. BOBBIO en *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990.

hobbesiano¹¹. O bien piénsese en el tema de las relaciones internacionales y en la persistencia de las guerras, a causa de las cuales todos los más elementales derechos de las personas son negados del modo más radical. En fin, no puede dejarse de hacer referencia al tema ambiental, que representa quizás la urgencia más incumbente entre aquellas que la humanidad, también con los instrumentos de la política y del Derecho, está llamada a afrontar¹².

Precisamente estos últimos ejemplos me permiten hacer dos consideraciones respecto a la tutela de los derechos. Ante todo, no puede haber dudas sobre el hecho de que para afrontar adecuadamente los desafíos globales en los que ya estamos inmersos hacen falta adecuadas instituciones internacionales. Instituciones capaces, no solo de proclamar los derechos, sino de garantizarlos eficazmente. No me refiero tanto a la necesidad de concentrar la fuerza en una institución global, sobre el modelo de lo que ha ocurrido en el interior de los Estados concretos. Pienso sobre todo en la posibilidad de construir instituciones con autoridad, y por tanto capaces, en virtud de la legitimidad de la que gozan, de promover los derechos y la paz (en última instancia, también con un adecuado sistema sancionador, que no puede ser, sin embargo, el 'primitivo' de la guerra). La estructura actual de las Naciones Unidas, determinada por las puras relaciones de poder entre las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial y sacudida por la aparición de nuevas potencias mundiales, no puede representar el contexto adecuado para responder a las necesidades más profundas en la humanidad. Hacen falta instituciones capaces de expresar tanto la autoridad de un poder representativo de una humanidad ya globalizada, como la tutela de las especificidades culturales y geográficas a través de las cuales esta humanidad se expresa, y ciertamente continuará expresándose en el futuro. El hecho de que estas instituciones no estén en el horizonte, no significa que no sean posibles, y sobre todo que no se deba hacer un esfuerzo de imaginación que las ponga sobre la mesa de las elecciones futuras. Probablemente, una iniciativa con coraje, que pueda al menos dejar de lado la preeminencia del Consejo de Seguridad, podría abrir nuevas posibilidades y nuevas esperanzas.

¹¹ Para una atenta panorámica de los diversos desafíos que afectan al Derecho del trabajo, pueden leerse las bellas páginas de A. PERULLI-V. SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, il Mulino, Bologna 2022, y de A. SUPLOT, *La justice au travail*, Seuil, Paris 2022.

¹² La importancia del papel jugado por los derechos en esta problemática epocal es adecuadamente puesto de relieve por A. PISANÒ, *Diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenuti climatici europei*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2022.

Este discurso, que se mantiene en el plano institucional, no es, sin embargo, el único al cual confiar nuestro futuro. Principalmente el desafío climático, que he considerado como parte del desafío global, saca la luz la necesidad de retomar seriamente, el nexo imprescindible entre derechos y deberes, un nexo en mi opinión siempre presente en la dinámica de los derechos, pero que aquí con mayor razón hay que tener presente y tomarse en serio. Volver a proponer el discurso sobre los deberes significa, en este caso, volver a poner en juego los dos perfiles que han sido recordados por los teóricos de los deberes, a lo largo de la historia: 1) que los derechos de cada uno son siempre el fruto de los deberes cumplidos por los otros sujetos; y 2) que para poder gozar de los derechos, hay que ser conscientes personalmente de los deberes que hay que cumplir, no tanto para ‘merecérselos’, cuánto para poder hacerlos realmente efectivos. El tema de los derechos vinculados al ambiente, junto al de los derechos de las generaciones futuras, me parece perfecto para subrayar la que podría definirse como la “prioridad de los deberes respecto a los derechos”, pero que podemos contentarnos cuanto menos con considerar como contextualidad de derechos y deberes. Hace falta, en otras palabras, una fuerte recuperación de la ética de la responsabilidad¹³.

Este apunte puede servir también como conclusión “en positivo” respecto a las breves consideraciones, que pueden resultar quizás excesivamente pesimistas, que he expuesto en los párrafos anteriores. Es precisamente la asunción de los deberes, comenzando por el deber de defender los derechos –sea aquellos existentes, sea aquellos de novísima generación– lo que puede darnos la clave para afrontar, y tal vez vencer, los desafíos que afrontarán los derechos en el futuro próximo.

TOMMASO GRECO
Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Pisa
Piazza dei Cavalieri, 2
56126 Pisa
e-mail: tommaso.greco@unipi.it

¹³ Como subraya eficazmente E. BEA en su reciente trabajo: *Los deberes en la edad de los derechos*, Dykinson, Madrid, 2023.

DERECHOS DE LOS ANIMALES. UN DESAFÍO PARA EL DERECHO, LA MORAL Y LA POLÍTICA*

ANIMAL RIGHTS. A CHALLENGE FOR LAW, MORALITY, AND POLITICS

MARINA LALATTA COSTERBOSA
Università di Bologna

Resumen: *La reflexión filosófica sobre la justicia para los animales encuentra expresión en una multiplicidad de teorías. Es fundamental la teoría centrada en el sufrimiento y la compasión (desarrollada entre otros por Peter Singer y Carol Adams), la teoría de los derechos de los animales de Tom Regan, la teoría política de Will Kymlicka sobre los derechos de los animales. El artículo identifica tres preguntas abiertas, transversales a las diferentes posiciones que configuran este rico e importante debate. Se trata de la noción de persona, el tema del mal moral gratuito, el presunto principio de reciprocidad entre derechos y deberes. La creencia que subyace al artículo es que un estudio en profundidad de estas cuestiones teóricas podría ser fructífero para consolidar la idea de que la justicia para los animales es un objetivo ineludible para toda democracia.*

Abstract: *Philosophical reflection on justice for animals finds expression in a multiplicity of theories. In this context are fundamental the theories focused on suffering and compassion (developed among others by Peter Singer and Carol Adams), Tom Regan's theory of animal rights, Will Kymlicka's political theory of animal rights. This paper identifies three open questions, transversal to the different positions that make up this rich and important debate. It deals with the notion of person, the theme of gratuitous moral evil, the presumed principle of reciprocity between rights and duties. The belief underlying the article is that an in-depth study of these theoretical issues could be fruitful in consolidating the idea that justice for animals is an unavoidable goal for every democracy.*

Palabras clave: derechos de los animales, sujeto-de-una-vida, paciente moral, sufrimiento, compasión

Keywords: animal rights, subject-of-a-life, moral patient, pain, compassion

* Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig.

El criterio más infalible de la corrección del espíritu de una sociedad es el grado en que reconoce los derechos de los animales.

Leonard Nelson,
System der philosophischen Rechtslehre und Politik, 1924.

1. PREMISA

Comenzamos estas breves reflexiones con una premisa. Cada vez que se intentan extender nuevas garantías jurídicas, o condenar nuevos supuestos de hecho delictivos, es necesario prestar máxima atención a las definiciones de los derechos (o de los bienes) a tutelar, y también de las violencias que se intentan prohibir. La razón de esta advertencia reside en una evidencia muchas veces confirmada por los hechos: incluir nuevos derechos o nuevos crímenes en categorías jurídicas preexistentes puede debilitar las implícitas exigencias de justicia de estas últimas. Al mismo tiempo, si no se insiste en las peculiaridades de las dimensiones de la subjetividad, de los grupos o de los bienes que se pretende incluir *ex novo*, difícilmente se conseguirá garantizar nuevas instancias o castigar adecuadamente según los nuevos supuestos de hecho introducidos¹.

Algo así, creemos que pueda ocurrir con referencia a los llamados derechos animales, en nuestra opinión, uno de los desafíos más significativos que debe afrontar el discurso de los derechos.

También en este caso, si para proteger a los animales, se reconducen los derechos animales a los derechos humanos se corre el riesgo de diluir el peso normativo de los segundos, pero si se niega la existencia de los primeros difícilmente se podrá pensar en defender a los animales en un contexto jurídico constitucional. De aquí, la importancia de pensar y repensar a los animales no humanos, su valor, su sufrimiento, (a menudo gratuito, no raramente incluso deseado), a la degradación de muchas de sus existencias, al sentimiento de relevancia que les afecta y que genera principalmente un serio problema moral primero, y civil después, a toda sociedad que quiera considerarse aceptable bajo ambos perfiles.

¹ Sobre el carácter específico de la ética animal: J. NIDA-RÜMELIN, "Tierethik I" en Id. (ed). *Angewandte Ethik. Die Bereichsethiken und ihre theoretische Fundierung. Ein Handbuch*, II aktualisierte Auflage, Alfred Kröner Verlag, Stuttgart, 2005, pp. 514-539: 516 ss.

2. TEORÍAS DE LA JUSTICIA PARA LOS ANIMALES

El debate internacional sobre la justicia para los animales no es nuevo ni estéril. La relevancia y la complejidad del tema era ya evidente para Albert Schweitzer según el cual un auténtico progreso ético se verificaría solo cuando se asumiera que “un buen comportamiento hacia las criaturas animales” representa una “exigencia ética absolutamente equivalente al buen comportamiento frente a las personas”².

Ciertamente, desde la mitad del siglo XX a hoy se ha recorrido mucho camino, se han escrito muchas páginas y se han avanzado muchas propuestas para ajustar poco a poco los resultados de las diversas teorías, cada vez que podían entrar en tensión o colisionar con los principios fundadores de la democracia, con el carácter absoluto y no mediable de dichos derechos fundamentales, con las expectativas universalistas de la tutela de los derechos humanos; o en aquellos casos en los que dichas teorías se revelaban, no satisfactorias o ineficaces en la defensa de los animales.

En contraposición a aquella cultura muy enraizada, de matriz cartesiana, que había desconocido el valor intrínseco de los animales y puesto las bases conceptuales para su explotación, un primer momento de reflexión sobre el respeto debido a los animales, está constituido por algunas tesis, distantes entre ellas, si bien convergentes en un punto, sostenidas por tres de los protagonistas de este segmento del debate bioético: Jacques Derrida, uno de los más interesantes filósofos franceses contemporáneos, Peter Singer, el bioético, utilitarista, australiano, icono del movimiento animalista de los años 70, conocido también por el gran público por su *Animal Liberation*, Carol J. Adams, la más influyente ecofeminista, viva, convencida a sostenedora de la validez de una aproximación interseccional a las discriminaciones. El punto sobre el que las respectivas teorías interaccionan se refiere al *sufrimiento* y con la correspondiente *compasión*.

Para Singer, la reformulación de la idea de justicia en clave utilitarista-benthamiana se centra en la cantidad de sufrimiento que experimenta cada ser vivo sintiente, una cantidad relativa al dolor infligido, o por el que se está investido, a la capacidad de planificación y a la complejidad del perfil

² A. SCHWEITZER, “Philosophie und Tierschutzbewegung” [1950] en Id., *Gesammelte Werke in fünf Bände*, hrsg. R. GRABS, Buchclub Ex libris, Zürich, 1970, Bd. 5: “Aus Afrika. Kulturphilosophie und Ethik. Religion und Theologie. Deutsche und französische Orgelbaukunst. Goethe-Reden. Ethik und Völkerfrieden”, pp. 135-142: 135-136.

existencial individual. Las concretas cantidades de dolor, prescindiendo de las pertenencias de especie (de aquí, la famosa tesis antiespecista singeriana) entran en un tipo de cómputo, agregativo cuyo saldo debe resultar positivo para la sociedad, mostrarse a favor del bienestar o de los intereses colectivos, para que el acto sometido a juicio moral, pueda considerarse justo. No hay duda de que la premisa normativa de la argumentación de Singer es la asunción welfarista bienestar, como criterio valorativo, o bien del sufrimiento como disvalor moralmente decisivo. Frente a aquello que procura sufrimiento, hay que detenerse y valorar, calcular, cuánto sufrimiento se genera y cuánto bienestar al contrario se puede producir, en términos de compensación y ventaja.

Siempre el dolor, el sufrimiento de un ser vivo inerte o convertido en tal, están en el centro de las consideraciones de Derrida, primero, y de Adams, que explícitamente se refiere a Derrida. Esta vez la tesis, avanzada de forma diferente, pero referida al punto en cuestión, insiste en el sentimiento que se siente subjetivamente ante tal sufrimiento. La capacidad de sentir, de probar empatía por el dolor que se presenta frente a los propios ojos, de advertir *pietas*, por decirlo con el Rousseau del *Discurso sobre la desigualdad entre los hombres*, y por lo tanto, de provocar compasión, tiene valor moral, representa el desencadenante decisivo para imaginar como posible una conducta de acción hacia los animales no humanos moralmente aceptable. A las violencias, a su ocultación y olvidos sufridos por los animales a mano de los seres humanos, según Derrida, hay que reaccionar insistiendo en el papel que hay que “dar a la interpretación de la compasión, al compartir el sufrimiento entre los seres vivos”³. Para él, es indispensable examinar “el Derecho, la ética, la política, que deben relacionarse con la experiencia de la compasión”⁴.

Un paso más allá en la misma dirección lo da Carol Adams, que parte de la pregunta implícita a todo el razonamiento: “How do we make those whose suffering does not matter, matter?”⁵. Para ofrecer una respuesta creíble es necesario remover un obstáculo principal. Es pernicioso aquel argumento falaz que, frente al sufrimiento de un animal induce a responder evocan-

³ J. DERRIDA, *L'animal que donc je suis* [2006], trad. de C. de Peretti y C. Rodríguez Marcel, *El animal que luego estoy si(gui)endo*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 43.

⁴ Ibidem.

⁵ C.J. ADAMS, “The War on Compassion” en *The Carol J. Adams Reader. Writings and Conversations 1995-2015*, Bloomsbury, New York-London, 2016, pp. 3-22: 5. De ADAMS recordamos al menos *The Sexual Politics of Meat: A Feminist-Vegetarian Critical Theory*, Continuum, London, 2000.

do los grandes sufrimientos sufridos por los seres humanos. El argumento es evidentemente incorrecto, pero no es tanto esto es lo que le interesa a Adams, ella no intenta vencer en el terreno lógico, sino más bien convencer en el ético; y he aquí que entonces lo que es más importante en el empleo de dicha respuesta es su “re-erects the species barrier and places a boundary on compassion while enforcing a conservative economy of compassion”⁶. El retroceso y la contracción de la disposición a la compasión encuentra luego otros cómplices en su camino: en particular, para la ecofeminista estadounidense, es el léxico de los grandes números, de los términos masivos, lo que constituye un peligroso anestésico de la imaginación moral. Con sus palabras: “The ‘massification’ of beings permits the dilution, the diminution of our attention. The more of a mass term they become, the less concern they need provoke”⁷. Además existen siniestras estrategias de clasificación de los seres vivos, tipologías nunca neutrales⁸, que tienen consecuencias discriminatorias y violentas, inducen en fondo, a aceptar la idea de la sacrificiabilidad del “otro”⁹.

Las teorías y la justicia para los animales basadas en el sentimiento de la compasión o en la reducción del sufrimiento en el mundo, presentan según tales autores defectos en el terreno argumentativo y límites en el plano aplicativo. El más conocido e influyente en el debate de los últimos 50 años a la hora de asumir esta perspectiva crítica es seguramente el filósofo moral estadounidense, Tom Regan, a cuyas tesis se podría social también la más reciente elaboración de Christine Korsgaard presentada en su libro *Fellow Creatures*. Podríamos agrupar a estos autores por haber imaginado poder atender a la tutela de los animales, otorgándoles relevancia en cuanto (en un cierto sentido, kantianamente), fines en sí mismos, y no solo medios para otros; con las palabras de Korsgaard: “we rational beings must claim the standing of an ‘end-in-itself’ not only for ourselves, but for the other animals as well”¹⁰. Regan en particular si enfrenta a toda la tradición filosófico-moral, desde Descartes a Rawls, para llegar en *The Case for Animal Rights*, un texto de los primeros años 80, a la construcción de una de las teorías más refinadas y sólidas para la justificación de los derechos de los animales.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem, p. 9.

⁸ Ibidem, p. 17.

⁹ Ibidem, pp. 17-18.

¹⁰ C.M. KORSGAARD, *Fellow Creatures. Our Obligations to the Other Animals*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 131.

En el corazón de su largo razonamiento, él sitúa tres conceptos estrechamente interconectados. El ser *sujetos-de-una-vida*, el ser *pacientes morales* y el tener por esto *valor inherente*. “Los individuos son sujetos de una vida si son capaces de percibir y recordar; si tienen deseos, creencias y preferencias; si son capaces de actuar intencionalmente en pos de sus deseos o metas; si son sintientes y tienen una vida emocional; si tienen un sentido del futuro, incluido un sentido de su propio futuro; si tienen una identidad psicofísica en el tiempo; y si tienen un bienestar experiencial individual que es lógicamente independiente de su utilidad para otros y del interés de otros. Este criterio es una condición suficiente para hacer atribuciones de valor inherente inteligibles y nos arbitrarias”¹¹. Y de aquí entonces la convicción que “nos exige que tengamos el mismo respeto por los individuos que tienen igual valor inherente, ya se trate de agentes o pacientes morales y, si son estos últimos, ya sean pacientes morales humanos o animales”¹². En una dirección en cierto sentido reconducible a la reganiana basada en general sobre el reconocimiento también a los animales no humanos de capacidades, preferencias e intereses, no fácilmente relativizables en términos de complejidad, se sitúa la aplicación a los animales de la teoría de la justicia caracterizada por el *capabilities approach* propuesta recientemente por Martha Nussbaum¹³.

Un rechazo a encontrarse frente a una encrucijada, o a la elección entre la capacidad de sufrir o el reconocimiento de sujetos-de-una-vida, tendiendo a conseguir sobre todo una síntesis, superando e incluyendo estas dos amplias y en su interior variadas corrientes de pensamiento, es el de Will Kymlicka, que en el bello libro *Zoopolis*, escrito a cuatro manos con Sue Donaldson, sostiene que “the underlying message of ART [Animal Rights Theory] is that humans cannot be trusted to have relationships with animals. We will inevitably exploit and harm them, and therefore we must cut ourselves off. This is not a message likely to galvanize animal lovers to fight for animal justice. Rather than cutting off relations between humans and animals, our longterm vision seeks to explore and embrace the full possibilities of such relations. This entails recognizing animals not just as individual subjects entitled to respect of their basic rights, but as members of communities –both

¹¹ T. REGAN, *The Case for Animal Rights*, trad. de A. Tamarit, *En defensa de los derechos de los animales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2016, p. 312.

¹² Ibidem.

¹³ M.C. NUSSBAUM, *Justice for Animals. Our Collective Responsibility*, Simon & Schuster, New York, 2023. En edición de NUSSBAUM y C.R. SUNSTEIN señalamos también *Animal rights: Current debates and new directions*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

ours and theirs– woven together in relations of interdependency mutuality, and responsibility. This vision is far more demanding than the classic ART position that our obligation to animals is to let them be. But it is also a far more positive and creative vision – one that recognizes that human-animal relations can be compassionate, just, joyful, and mutually enriching [...] Our longterm goal is not just to abolish exploitation, but to build new relationships of justice”¹⁴. Donaldson y Kymlicka consideran, con argumentaciones ciertamente no banales, que la razón de la cosificación del animal, de su ser un instrumento, en tanto que es útil para el trabajo o en actividades en algún modo rentables y ventajosas (del transporte al cultivo de la tierra de la casa, al deporte, o al espectáculo de sus habilidades), de su ser considerado una posesión o una propiedad (en el fondo aún hoy se dice en la mayor parte de las ocasiones que ese es dueño o propietario de un animal doméstico, no que se es responsable o que se vive con un animal doméstico) nace de un error esencial. Aquella misma razón, la utilidad del animal, debería por el contrario, conducir a la conclusión contraria, a un resultado más ambicioso respecto a aquel conjeturable siguiendo la teoría singeriana de la justicia o la idea de los derechos animales reganiana. En *Zoopolis* la colaboración de los animales no humanos se transforma en un argumento a favor de una teoría política de los derechos animales, derechos, no solo negativos, sino incluso positivos, no solo en apoyo del derecho de los animales a no sufrir abusos, sino también de su derecho a “participar” con un título jurídicamente establecido en la vida social.

3. PREGUNTAS ABIERTAS

No sacaremos aquí conclusiones precipitadas, decantándonos por una otra perspectiva o negando validez a todas. Confesamos nuestra simpatía por la argumentación de Donaldson y Kymlicka, pero no es esta preferencia lo que ahora nos interesa sostener o evidenciar. Nuestro objetivo es sobre todo el de evocar, movidos por una intención constructiva, las cuestiones teóricas todavía abiertas, que este nuestro rápido *excursus* ha intentado hacer aflorar. Debíamos identificar tres: pensamos que no deben ser evitadas por la reflexión pública.

¹⁴ S. DONALDSON, W. KYMLICKA, *Zoopolis. A Political Theory of Animal Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 255.

El primer elemento problemático concierne a la idea de *persona*, de dignidad, y de ser fin en sí mismo atribuido tradicionalmente al sujeto humano. La cuestión que aquí se plantea es si es justificable o no la reelaboración y el empleo de estos conceptos, de los cuales fácilmente podría derivar el reconocimiento de derechos, también para los animales no humanos. Por ejemplo, podríamos preguntarnos –sin olvidar la advertencia de la cual hemos partido–, si no se puede hablar también de la dignidad de un ser animal no humano y por tanto del deber asumir frente a él una conducta que lo respete en su naturaleza y condición, que no lo degrade o humille, que sean definitiva digna también para él.

Una segunda cuestión aún abierta, se refiere al ámbito del *sufrimiento*. En relación con el dolor sufrido y percibido, hay que preguntarse en qué medida es aceptable, y en el caso en el que se pretenda responder afirmativamente, sobre la base de qué presupuestos deba producirse el balanceo entre la cantidad de sufrimiento de uno y el sufrimiento del otro individuo. Y además hay que preguntarse en qué medida es aceptable la simple lógica (utilitarista) de la cantidad agregada en ámbito moral. Aún hay que comprender si el sufrimiento *gratuito*, el mal gratuito, es inmoral solo si está dirigido a los seres humanos, o si tal condena se extiende también al ámbito de los animales no humanos; si aquí debe pesar, y cuanto, la que ciertamente se configuraría como una agravante: la gratuidad y la futilidad de la violencia.

Un tercer momento de profundización con un ámbito más general, todavía está en el fondo. Se trata del estatuto a atribuir a la relación entre derechos y deberes, a su presunta reciprocidad, según la cual a la identificación de un deber, siempre debería corresponder el reconocimiento de un derecho. ¿Pero esto es verdad? Hans Jonas, en *Prinzip Vertantwortung* ha intentado la demostración de lo contrario¹⁵: la justificación de deberes morales es sostenible también en ausencia de derechos. Para él es fundamental –los recordamos de pasada– la justificación en particular del deber moral de la responsabilidad en relación con la idea del hombre, aún en ausencia de derechos referibles a las futuras generaciones, que por definición son futuras, y a las que por tanto aún no se les puede reconocer subjetividad jurídica.

El discurso sobre los derechos de los animales no se agota, obviamente en esta síntesis demasiado veloz e incompleta, ni en la identificación de los perfiles problemáticos del debate; pero al fin y al cabo, así es como se

¹⁵ Con referencia implícita a los animales: D. ROSS, *The Right and the Good*, Clarendon, Oxford, 1930.

hacen los retos, mirando hacia delante. Y este referirse al futuro es urgente y necesario frente a la terrible realidad de violencia extrema y sistemática en la que los animales son obligados a vivir todos los días. Aprender a ver y a pensar, como nos había invitado a hacer hace más de 70 años el ya recordado Schweitzer: “una ética que quiere enseñarnos el respeto por cada vida y el amor por cada ser vivo debe también abrirnos los ojos, sin piedad, frente a las variadas y múltiples situaciones en las que nos encontramos en la necesidad de destruir y dañar la vida, y frente a los graves conflictos que constantemente tenemos que afrontar, si no queremos volvernos insensibles y renunciar a reflexionar”¹⁶.

Razonar sobre la justificación de los derechos de los animales es en definitiva, un deber que corresponde a nuestra responsabilidad de ciudadanos, y no una mera cuestión de sentimentalismo (como en ocasiones se quiere sugerir para absolver, ignorar y simplificar,) como oportunamente evidenció en los primeros decenios del siglo XX, aquel defensor de los derechos de los animales que fue el neokantiano Leonard Nelson¹⁷, con cuyo pensamiento, en el epígrafe, hemos comenzado esta pequeña nota.

MARINA LALATTA COSTERBOSA

<https://www.unibo.it/sitoweb/marina.lalatta>

Dipartimento di Filosofia

Università di Bologna

Via Zamboni, 38

I-40126 Bologna

e-mail: Marina.lalatta@unibo.it

¹⁶ A. SCHWEITZER, “Philosophie und Tierschutzbewegung”, cit., pp. 141-142.

¹⁷ L. NELSON, “Das Recht der Tiere” en Id., *System der philosophischen Rechtslehre und Politik*, Verlag der Neue Geist, Leipzig, 1924.

EL DESAFÍO DE LA EFECTIVIDAD*

THE CHALLENGE OF EFFECTIVENESS

BALDASSARE PASTORE

Università di Ferrara

<https://orcid.org/0000-0002-7989-753X>

Resumen: *Este artículo aborda la cuestión relativa a la crisis de la efectividad de los derechos humanos y fundamentales. Se trata de un desafío que requiere compromiso, vigilancia, responsabilidad compartida. Los derechos son una herramienta indispensable para expresar el valor de la dignidad que está ligada a la vulnerabilidad como condición humana común. Los derechos son un tipo de práctica social encaminada a su implementación y concreción. Está formada por principios, reglas, instituciones, procedimientos, actitudes, actos de interpretación. Esta práctica juega un papel importante para contrarrestar y eliminar las situaciones que producen violaciones de los sujetos en sus múltiples diferencias y existencias específicas.*

Abstract: *This paper deals with the question regarding the crisis of the effectiveness of human and fundamental rights. This is a challenge that requires commitment, vigilance, shared liability. Rights are an indispensable tool for expressing the value of dignity that is linked to vulnerability as a common human condition. Rights are a type of social practice aimed at their implementation and concretization. It is made up of principles, rules, institutions, procedures, attitudes, acts of interpretation. This practice plays an important role in countering and eliminating the situations that produce violations concerning the subjects in their multiple differences and specific existences.*

Palabras clave: derechos, práctica social, dignidad humana, efectividad, concreción
Keywords: rights, social practice, human dignity, effectiveness, concretization

* Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig.

1. UNA PRÁCTICA EN CONSTANTE EVOLUCIÓN

Son muchos los desafíos que afectan al discurso de los derechos. Uno de los más relevantes, en mi opinión, es el de la efectividad.

Los derechos a los cuales nos referimos son los fundamentales, que presentan notables espacios de superposición con los derechos humanos. Asumo, de hecho, que los derechos “humanos” son los derechos subjetivos reconocidos por fuentes internacionales y que los derechos “fundamentales” son aquellos reconocidos por fuentes de rango constitucional. Se evidencia, en este sentido, que ningún discurso sobre los derechos fundamentales puede prescindir de las formas de penetración del Derecho internacional, y por lo tanto de los derechos humanos, en el interior de los ordenamientos nacionales y supranacionales. Por otra parte, ningún discurso sobre los derechos humanos no puede no tomar en consideración las necesarias intersecciones con el plano ordinamental de los derechos fundamentales¹.

Los derechos constituyen una práctica que ha marcado profundamente la experiencia jurídica de nuestro tiempo. Han adquirido una dimensión extendida en las discusiones contemporáneas. La práctica de los derechos humanos incorpora documentos, conjuntos de reglas, instituciones, procedimientos, planteamientos, comportamientos, valoraciones, interpretaciones de valores y principios. La finalidad inmanente de dicha práctica es la protección de la persona, que requiere continuas actualizaciones. Existen, de hecho, bienes esenciales para todo ser humano que los sujetos (públicos y privados) no pueden alterar, violar, pisotear, sin agraviar. Desde este punto de vista, el sentido del discurso de los derechos encuentra su origen en la indignación frente a lo injusto.

Los derechos (humanos y fundamentales) surgen en la historia como respuestas frente a la violación de la dignidad de los seres de los individuos en cuanto sujetos vulnerables. La positivación de los derechos, que se caracterizan por su supra-ordenación normativa y por la prioridad que tienen en el ámbito de los ordenamientos jurídicos, es el punto terminal de los procesos argumentativos que los justifican. Su implementación implica que los términos de su ejercicio y de su tutela sean precisados. En este sentido, la de los derechos es una lista abierta, que hace imposible cualquier tipificación preventiva de los medios adecuados para protegerlos. Es posible hablar, en este sentido, de un límite de principio a su completa individua-

¹ E. PARIOTTI, *I diritti umani: concetto, teoria, evoluzione*, Cedam, Padova, 2013, pp. 4-6.

lización, que se conecta a la imposibilidad de su enumeración exhaustiva y que hace evidente el continuo esfuerzo hermenéutico requerido por la tematización de las expectativas irrenunciables de los seres humanos. De la misma manera que no existe un “número cerrado” de las dimensiones de tutela de la persona, tampoco hay un “número cerrado” de los peligros frente a los cuales se exige una defensa. La práctica de los derechos, por tanto, está en continua evolución. No es dada una vez por todas. Puede ser comparada con un edificio que necesita un constante mantenimiento, pero también constantes ampliaciones vinculadas a las exigencias de nuevos reconocimientos y de nuevas protecciones. Se desarrolla mediante procesos no lineales. Debe, sin embargo, afrontar las repetidas y dolorosas negociaciones que sufren los derechos. Éstos, así, quedan suspendidos entre la retórica de la proclamación formal y el reclamo no escuchado del respeto de los principios. Están marcados por violaciones; por usos retóricos polivalentes, conectados a las notables dosis de ambigüedad que el lenguaje de los derechos presenta; por su proliferación; por la hipertrofia de su contenido; por valoraciones tendenciosas, cínicas, hipócritas, con las consecuencias en relación con su falta de efectividad².

2. LAS AMENAZAS A LA DIGNIDAD Y LA FRAGMENTACIÓN DEL SUJETO

La historia y las noticias nos hablan de violaciones graves y continuas de los derechos y de su invocación como instrumento de emancipación y de liberación.

Precisamente en la minimización del sufrimiento socialmente evitable (un sufrimiento infligido por poderes públicos y por prepotencias privadas) y en la protección contra la violación (erosión, contracción, mutilación, destrucción) de las expectativas propias del sujeto es donde encuentran justificación los derechos. Constituyen una respuesta (en términos de rechazo) frente a las amenazas a la dignidad. Son precisamente las experiencias negativas de la ofensa y de la humillación, en las diversas formas que pueden asumir respecto a las circunstancias concretas, las que han dado fuerza propulsiva a la salvaguardia de la dignidad humana como objetivo normativo.

² B. PASTORE, “Le ragioni dei diritti, i diritti come ragioni”, *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 10, núm. 3, 2016, pp. 691-692.

Se pueden sufrir humillaciones y ofensas en la propia integridad física, con la violencia provocada por maltratos que nos sitúan en la imposibilidad de ejercer la forma más elemental de autonomía, es decir, de disponer libremente del propio cuerpo. Se pueden sufrir humillaciones y ofensas también por actos que golpean la comprensión normativa que una persona tiene de sí misma, y que lesionan un sujeto excluyéndolo de la satisfacción de sus pretensiones legítimas, representando un ataque al respecto y a la estima que tenemos en nosotros mismos. Se pueden sufrir humillaciones y ofensas, además, por el hecho de ver negado todo valor al propio modo de ser y a la propia identidad, en cuanto iguales sujetos de derecho, mediante formas de discriminación. La dignidad, así, pertenece a la persona concreta, vulnerable, inserta en las situaciones vitales y en el tejido de las relaciones sociales.

La idea de dignidad desarrolla un papel fundamentador y comprensivo en relación con los derechos recogidos en las diversas fuentes o surgidos de ellas, configurándose como canon hermenéutico, que define el contenido de tales derechos y como límite a la posibilidad de su restricción frente a las irrupciones de los poderes públicos y de los otros sujetos en la esfera individual, pero también como fin a promover; como umbral, cuya superación determina la reacción jurídica, además de como orientación, que requiere la intervención de las instituciones, encaminada a la afirmación del valor de la persona, en relación con las exigencias (también a las amenazas y agresiones) que emergen en la realidad social³. Desde este punto de vista, una de las prerrogativas estructurales de los derechos es la del carácter *ex post* de su garantía, de modo que su propia configuración, su desarrollo y la búsqueda de los medios más eficaces para protegerlos dependen de las modalidades históricas que asume su violación. La dignidad, por tanto, nos habla de la posición del ser humano frente a sus semejantes y compendio del mundo de los derechos, que, sin embargo, presenta siempre una excedencia respecto a los derechos reconocidos, operando como concepto crítico, dirigido a valorar (y contestar) las elecciones jurídicas y políticas el nombre del valor de la persona.

Ser humillados, ser expuestos a la ofensa y al daño, estar a merced de los otros son situaciones que se vinculan a la condición de vulnerabilidad, que puede ser considerada como indicador de situaciones de las que surgen consecuencias que se confrontan gracias a los derechos. Lo cual urge a adop-

³ A. BARAK, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 103-113.

tar una perspectiva “desde abajo”, que sitúa en el centro a los individuos “en carne y hueso”, los problemas de su existencia, los ámbitos en los que se sitúan⁴. La fenomenología de los derechos se convierte en el lugar de la reflexión contemporánea sobre el estatuto jurídico de la persona.

No puede dejar de evidenciarse, a este propósito, que nuestra época se caracteriza por el descubrimiento de lo múltiple, vinculado a la fragmentación del individuo en una variedad de identidades distintas y a la fragmentación de sus hábitos de vida, en contextos parciales, cada uno de ellos habitado por subjetividades parciales.

Si, en muchos aspectos, la modernidad se ha caracterizado como un proceso de superación del particularismo a través de la unificación del sujeto de derecho, el tiempo actual se distingue por la complejidad, entendida como coexistencia en las sociedades de múltiples intereses, de plurales estilos de vida, de diferentes culturas, de variadas identidades, de heterogéneos criterios valorativos. La idea de una subjetividad abstracta e indiferenciada se somete a discusión. El sujeto jurídico único, autónomo, racional, independiente y autosuficiente, que constituye el referente antropológico de la noción de sujeto propia de la modernidad jurídica y política, es denunciado. La multiplicidad se convierte en la cifra que domina el escenario contemporáneo. Se regresa al concepto jurídico de *status* que se descompone en una variedad de situaciones difícilmente reconducibles a parámetros unitarios. En los territorios de la subjetividad se incluyen individuos (y grupos de individuos), que antes eran excluidos. Adquiere relieve el problema de la compatibilidad entre el sujeto abstracto y el reconocimiento de las diferencias. La subjetividad se mide en la concreción de las condiciones materiales de existencia.

Deviene central, así, la persona, en torno a la cual se unifican figuras subjetivas y diversas, expresiones de los estados y de las situaciones de la vida, que, típicamente en los Estados constitucionales de Derecho, se mencionan en las disposiciones sobre derechos fundamentales⁵. La tutela de la persona se amplía en relación a la protección de expectativas diversamente articuladas⁶. También aquí se mide el grado de efectividad de los derechos.

La abstracción del sujeto se resuelve en la concreción de las necesidades de personas situadas que viven en el ámbito de la interacción caracteri-

⁴ B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 34-38.

⁵ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 148-160.

⁶ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1992, pp. XVI, 62-64, 68-73.

zada por expectativas y compromisos recíprocos. Respecto a los derechos, por tanto, se reconoce que presentan una esencial dimensión relacional⁷, que conduce a la cuestión de los modos razonables de su composición y de su balanceo⁸. La razonabilidad se convierte en el criterio de valoración de la compatibilidad y practicabilidad de los derechos, a los que es consustancial la idea del límite, desde el momento en que, en el marco de la convivencia, todo derecho debe armonizarse con los derechos de otros y con las exigencias generales reconocidas⁹. De ello se sigue que no todo deseo subjetivo, narcisista y contingente, sino solo las auténticas necesidades e intereses esenciales merecen ser tutelados haciendo referencia a los derechos. En esta óptica puede ser útil la referencia a la vulnerabilidad para individualizar las situaciones lesivas de la dignidad humana y para declinar de modo cuidadoso los derechos, reforzando su efectividad y orientando su aplicación en la dirección de la satisfacción de un umbral mínimo, bajo el cual la dignidad sería violada de manera insoportable. Realistamente, sin embargo, no puede dejar de reconocerse que los derechos poco o nada ofrecen en las situaciones más desesperadas. Desafortunadamente es evidente, en estos casos, su insuficiencia.

3. CONCRECIÓN Y RESPONSABILIDADES INSTITUCIONALES

Los derechos, en su interdependencia e indivisibilidad, provocan “oleadas de deberes”¹⁰, tanto negativos como positivos, encaminados a evitar que alguien sea privado de sus propias expectativas, la protección contra tal privación, la tutela ofrecida a quien ha sufrido privaciones. Ello reenvía a su exigibilidad e implica una responsabilidad compartida entre individuos e instituciones.

La tutela de los derechos, no obstante, lucha por hacerse un hueco en la agenda de nuestras sociedades, y en la comunidad internacional. La realidad actual se caracteriza por una crisis de efectividad de los derechos. Su

⁷ B. PASTORE, F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 99-101.

⁸ G. PINO, “Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi”, *Ragion pratica*, núm. 28, 2007, pp. 219-273.

⁹ Véase la sentencia núm. 36/1958 de la Corte costituzionale italiana.

¹⁰ J. WALDRON, *Liberal Rights, Collected Papers 1981-1991*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, pp. 212-213. Cfr., sobre el tema, G. PECES-BARBA, con la colaboración de E. FERNÁNDEZ, R. DE ASÍS y F.J. ANSUÁTEGUI, *Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos*, Espasa, Pozuelo de Alarcón (Madrid), 2007, pp. 182-188.

protección no es sentida como prioritaria. Las prioridades parecen, hoy, ser otras. Los Estados continúan siendo una de las principales amenazas para los derechos y las dinámicas que operan en las relaciones internacionales representan un potente obstáculo a su protección. Se infravalora a la circunstancia de que a menudo la violación de derechos es llevada a cabo por actores no-estatales. Además, las nuevas tecnologías y la economía (piénsese, por ejemplo, por un lado, en la informática y en la ingeniería genética; por otro, en el mercado, dejado a sus dinámicas “naturales”) han adquirido una absoluta centralidad. Así, la normatividad jurídica, que, por lo menos en el horizonte del constitucionalismo, tiene en los derechos un criterio legitimador propio, cada vez es discutida, dominada, cuando no erosionada, por la normatividad económica y por la tecnológica, expresiones de poderes, en la mayoría de los casos incontrolados, de los que se exalta su irresistible fuerza vinculante. Se asiste, en relación a los derechos, a la que podría ser definida como una verdadera y auténtica desmovilización cognitiva.

En realidad, la positivación de los derechos implica el reconocimiento jurídico proveniente de autoridades dotadas de competencia normativa. El problema de los derechos es, por tanto, en muchos sentidos, el de la autoridad que los administra. La actuación de los derechos se plantea, en realidad, como tarea que requiere la cooperación del legislador, del ejecutivo, de las agencias administrativas, de los jueces. Necesita, además, la presencia activa de todos los consociados. El sistema de las garantías jurídicas de los derechos no puede ser escindido de la formación de una sociedad civil y de la constitución y explicación de la opinión pública. Todo ello requiere compromiso, vigilancia, iniciativa, capacidad de proyección, actitud crítica, congenialidad hermenéutica, precomprensiones compartidas.

Los derechos operan como cánones de medida de la validez de los actos y de los comportamientos de los sujetos institucionales, situándose como vínculos de contenido y como criterios de control de las decisiones jurídicas producidas. Funcionan, además, como razones justificativas para ulteriores configuraciones normativas de las expectativas, que requieren reconocimiento y protección. Desde este punto de vista, necesitan ámbitos específicos de actuación y aplicación; no pueden, por tanto, prescindir de una determinación topográfica, tanto para su vigor, como para su eficacia. Es solo en la concreta relación de un individuo con un determinado orden político-jurídico en donde los derechos encuentran el ambiente indispensable para afirmarse y desarrollarse. Ello tiene que ver con el funcionamiento de específicas insti-

tuciones, la elaboración de normativas, la predisposición y la atribución de recursos financieros, el control de modo que las elecciones legislativas no comporten restricciones arbitrarias del contenido de los derechos.

Los derechos requieren ser concretados en relación a las exigencias en los casos y el tejido jurídico en su conjunto. Son el resultado de las interpretaciones que explican su valor normativo. Su aplicación implica una constante contextualización. Así, el momento abstracto de la enunciación normativa adquiere el rostro de las personas y los contornos de las historias de sus vidas.

La amplitud semántica de los derechos es continuamente sustanciada, mediante la definición de las modalidades de su ejercicio. El carácter argumentativo es peculiar a su identidad y a su estructura, y el razonamiento sobre ellos, en relación con las tipologías de acción, saca a la luz las implicaciones escondidas y las potencialidades generativas. Por tanto, la enumeración de los derechos, normalmente formulados en los textos jurídicos como principios, es solo un escalón, ciertamente necesario, pero no suficiente, del camino hacia su realización. Los derechos se convierten en practicables y practicados sólo a partir de la deliberación en torno a ellos en situaciones *reales*. Su funcionamiento implica la complementariedad entre el nivel de su reconocimiento formal en los documentos normativos –que permite predicar de ellos una validez *prima facie*– y el de su concreción en los casos individuales, que requiere un ejercicio interpretativo, vinculado al respeto del núcleo de valor que constitutivamente incorporan. La sede aplicativa, por tanto, resulta esencial para la actuación de los derechos y para su continua reformulación actualizadora. Hay que subrayar, a propósito, que constituyen solo orientaciones de acción, indican una instancia a respetar, sin precisión alguna respecto al cómo, al dónde, al cuándo, y a las otras condiciones aplicativas; nos dicen que existen aspectos en la persona humana que deben ser protegidos, pero no de qué manera, en qué medida, en qué circunstancias, con qué límites, frente a quién.

Los derechos son un producto histórico, un universo simbólico, constituido por estructuras institucionales, por valores, por modelos culturales. Se configuran como construcciones sociales, cuyo sentido rige solo si es socialmente compartido; de otra manera se desvanece, junto a las instancias normativas y axiológicas que los garantizan. En el discurso de los derechos podemos ver un instrumento versátil con el cual referir y afirmar las expectativas propias de los individuos. Por tanto, contiene en sí una promesa de

justicia, que a menudo, no obstante, no es mantenida. En la época del constitucionalismo corresponde a la cultura jurídica –entendida como complejo de ideas, de comportamientos, de formas de razonamiento, de juicios de valor, de convicciones referidas a la experiencia jurídica–, en su interacción con la sociedad y con el sistema político, lograr que dicho discurso sea mantenido, sea eficaz y se desarrolle.

BALDASSARE PASTORE
*Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Ferrara
Corso Ercole I d'Este, 37
44121 Ferrara – Italia
e-mail: baldassare.pastore@unife.it*

DESAFÍOS A LOS QUE SE ENFRENTA EL DISCURSO DE LOS DERECHOS

CHALLENGES FACED BY RIGHTS DISCOURSE

ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO

Profesor Emérito de la Universidad de Sevilla

Resumen: *A lo largo de su evolución toda teoría suele enfrentarse con determinados retos o desafíos que, acreditan su vitalidad. El discurso de los derechos, en cuanto concepción teórica dirigida a su explicación y fundamentación, no se halla exento de la tarea permanente dirigida a responder a esos retos. En este ensayo se analizan los riesgos que se estiman más decisivos y acuciantes para el discurso de los derechos. Para ello, se estudian tres desafíos actuales a la teoría de los derechos y se sugieren correlativamente, tres respuestas a los mismos. Eleatismo, particularismo y posthumanismo, se consideran los principales retos a los que se enfrenta hoy la reflexión sobre los derechos. La respuesta a esas actitudes se halla constituida por el historicismo, el universalismo y el humanismo.*

Abstract: *Throughout its evolution, every theory usually faces certain challenges that prove its vitality. The discourse of rights, as a theoretical conception aimed at its explanation and foundation, is not exempt from the permanent task aimed at responding to these challenges. This essay analyzes the risks that are considered most decisive and pressing for the discourse of rights. To this end, three current challenges to the theory of rights are studied and three responses to them are suggested. Eleaticism, particularism and posthumanism are considered the main challenges facing reflection on rights today. The response to these attitudes is constituted by historicism, universalism and humanism.*

Palabras clave: derechos humanos, eleatismo, particularismo, posthumanismo, historicismo, universalismo, humanismo

Keywords: human rights, eleaticism, particularism, posthumanism, historicism, universalism, humanism

A lo largo de su trayectoria evolutiva toda teoría suele enfrentarse con determinados retos o desafíos que, en cierto modo, acreditan su persistente vitalidad. El discurso de los derechos, en cuanto concepción teórica dirigida a su explicación y fundamentación, no se halla exento de esa tarea permanentemente concretada en el esfuerzo por ofrecer cumplida respuesta a los desafíos de distinto orden que van jalonando su devenir.

No resulta fácil condensar, en el breve espacio previsto en esta encuesta, los múltiples y heterogéneos desafíos que, en la actual coyuntura histórica, se proyectan sobre la concepción teórica de los derechos. En aras de la concisión se hace preciso optar por aquellos riesgos que, entiendo, resultan más decisivos y acuciantes. No está de más advertir que toda elección implica una cierta reducción. Supone una preferencia por unas determinadas hipótesis en detrimento de otras. Entraña el doble peligro de no asumir circunstancias relevantes y de dar preferencia a algunas que, desde el punto de vista de otros estudiosos, no parecen las más decisivas.

En función de estas premisas paso a esbozar, mi personal punto de vista, que se concreta en la denuncia de tres desafíos actuales a la teoría de los derechos y a sugerir, correlativamente, tres respuestas a los mismos. Eleatismo, particularismo y posthumanismo constituyen, según entiendo, los principales retos a los que se enfrenta hoy la reflexión sobre los derechos. La respuesta a esas actitudes se halla constituida por el historicismo, el universalismo y el humanismo.

1) *El desafío del paradigma eleático y la respuesta desde el paradigma historicista.*

Una concepción histórica de los derechos humanos puede juzgarse sorprendente y paradójica. Determinadas concepciones teóricas de los derechos y muchos ciudadanos de las sociedades democráticas actuales juzgan los derechos humanos como un valor eterno consustancial a su experiencia cívica. El paradigma historicista de los derechos humanos se dirige a disipar el sueño ilusorio de imaginar derechos más allá de la historia...

Los derechos humanos, en su acepción estricta, surgieron en el clima cultural ilustrado de la Modernidad. Fueron formulados por el iusnaturalismo racionalista ilustrado de aquella época como categorías que pretendían expresar las exigencias intemporales y perpetuas de la naturaleza humana; como un conjunto de facultades jurídicas y políticas propias de todos los hombres y en todos los tiempos. Ese paradigma eleático concebía los dere-

chos humanos como unas verdades, cuya evidencia podía demostrarse a través de los dictámenes de la recta razón.

Las circunstancias jurídico-políticas y la propia evolución cultural, que han caracterizado el sucesivo devenir de los derechos y libertades desde la época moderna hasta el presente, han determinado una decantación del enfoque de los derechos humanos. Si en su gestación y primeras manifestaciones fueron contemplados *sub specie aeternitatis*, hoy no pueden dejar de ser concebidos *sub specie historiae*. Las profundas transformaciones económicas, científicas y tecnológicas acaecidas desde el periodo de la Ilustración hasta el presente han tenido sus consiguientes repercusiones en la esfera social, jurídica y política. Los postulados racionalistas, a menudo revestidos de la pretensión de inmutabilidad, que sirvieron de apoyo teórico al nacimiento de los derechos humanos, sufrieron en etapas inmediatamente posteriores, una categórica revisión teórica. Los movimientos culturales que se han venido sucediendo a partir del tránsito al siglo XIX, se mostraron abiertamente incompatibles con la aceptación de cualquier tipo de categoría jurídica y política situada al margen de la historia.

En las últimas décadas, corroborando ese movimiento pendular de la cultura del que no se halla exenta la cultura jurídica, se ha producido un detrimento de los enfoques históricos en favor de una preponderancia casi avasalladora de los estudios sistemáticos en la concepción del Derecho y de los derechos. El formalismo normativista de inspiración kelseniana, el neopositivismo, la lógica deóntica, el realismo escandinavo o la filosofía analítica, son ejemplos notorios de esa decantación.

El estímulo intelectual de estas concepciones de la teoría y la filosofía del Derecho ha propiciado una renovada defensa del paradigma eleático, para la explicación y la fundamentación de la teoría de los derechos. Desde estas perspectivas doctrinales se reivindica, de nuevo, el carácter intemporal de los derechos. Se vincula la importancia y primacía de los derechos en el sistema normativo de las sociedades democráticas a su condición de categorías situadas fuera de los avatares de la historia. Se considera que el reconocimiento y la garantía de los derechos no puede hallarse supeditada a las coyunturas y las circunstancias de tiempo y lugar.

El paradigma eleático estima que, cuando se alude al “contenido esencial” de los derechos fundamentales o al coto vedado que defiende su intangibilidad, se está admitiendo su dimensión intemporal. Desde esas perspectivas se sostiene que los derechos deben quedar a salvo de las vicisitudes

ideológicas propias de las mayorías parlamentarias que, en los Estados de Derecho, determinan la legislación. Para salvaguardar la intangibilidad de los derechos, para ponerlos al abrigo de cualquier circunstancia que pudiera amenazar su vocación de eternidad, desde el paradigma eleático, se afirma que esas condiciones son rasgos constitutivos y expresan la propia razón de ser de los derechos. Incluso se ha llegado a utilizar la analogía de Ulises encadenado para evitar los cantos de las Sirenas, para auspiciar unas cadenas normativas e institucionales que eviten los peligros que para los derechos puedan representar determinadas amenazas políticas o instrumentalizaciones jurídicas.

La crítica al paradigma eleático puede compendiarse advirtiéndole que lo que tiene de bueno no es nuevo y que lo que tiene de nuevo es malo. Lo primero, porque su reivindicación del valor de los derechos cifrado en su carácter inherente a la personalidad y su puesto preeminente y fundamentador del ordenamiento jurídico de las sociedades democráticas, fue defendido por el iusnaturalismo racionalista, el contractualismo y el constitucionalismo de la Ilustración. Lo segundo, porque sus prolijas argumentaciones y análisis sistemáticos encaminados a justificar la intemporalidad de unos valores y derechos que, precisamente, por hacer inmediata referencia a la persona humana, no pueden hallarse fuera de la historia.

Frente al desafío implícito en el paradigma eleático, quienes han renovado el interés por la historia de la cultura jurídica, han propiciado que se restaure un modelo de investigación necesario e imprescindible para una cabal comprensión de la teoría de los derechos.

Una proyección teórica, congruente con las inquietudes historiográficas a las que se ha tenido ocasión de aludir, ha consistido en la propuesta de un modelo paradigmático histórico, que propone un planteamiento generacional para explicar la evolución de los derechos. Según esta tesis, la mutación histórica de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas “generaciones” de derechos. Los derechos humanos como categorías históricas, que tan sólo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados, nacen, como he indicado *supra*, con la modernidad, en el seno de la atmósfera iluminista que inspiró las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Ese contexto genético confiere a los derechos humanos unos perfiles ideológicos definidos. Los derechos humanos nacen, como es notorio, con marcada impronta individualista, como libertades individuales que configurarían la *primera fase o generación de los derechos humanos*. Dicha matriz ideológica

individualista sufrirá un amplio proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales del movimiento obrero y del feminismo del siglo XIX. Esos movimientos reivindicativos evidenciarán la necesidad de completar el catálogo de los derechos y libertades de la *primera generación* con una *segunda generación* de derechos: los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos alcanzarán su paulatina consagración jurídica y política en la sustitución del Estado liberal de derecho por el Estado social de derecho.

La distinción, que no necesariamente oposición, entre ambas generaciones de derechos se hace patente cuando se considera que mientras en la *primera* los derechos humanos vienen considerados como derechos de defensa (*Abwehrrechte*) de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa; en la *segunda*, correspondiente a los *derechos económicos, sociales y culturales*, se traduce en derechos de participación (*Teilhaberechte*), que requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio, y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos.

La estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy, en la sociedad digital y en el mundo global que habitamos, con rasgos inequívocamente novedosos al polarizarse en torno a temas tales como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida, y la tutela medioambiental, los derechos en la esfera de las biotecnologías o la libertad informática, precedente inmediato de los derechos digitales tendentes a garantizar a las personas frente a los avances tecnológicos. En función de ello, se ha abierto paso, con intensidad creciente, la convicción de que nos hallamos ante una *tercera generación* de derechos humanos complementadora de las fases anteriores. A esta nueva generación de derechos correspondería una nueva versión del Estado de Derecho en términos de Estado constitucional.

De este modo, los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada “contaminación de las libertades” (*liberties’ pollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías.

Un paradigma histórico y generacional de los derechos representa, por tanto, una explicación opuesta al paradigma eleático y, a mi entender,

mas adecuada para dar cuenta del significado, función y evolución de los derechos.

2) *El desafío del paradigma particularista y la respuesta desde el paradigma universalista.* Desde sus orígenes en la cultura jurídico-política de la Ilustración los derechos humanos hacían referencia unas facultades jurídicas básicas comunes a todos los seres humanos. Por tanto, el rasgo básico que marca el origen de los derechos humanos en la modernidad es precisamente el de su carácter universal; el de ser facultades que deben reconocerse a todas las personas sin exclusión. Conviene insistir en este aspecto, porque derechos, en su acepción de *status* o situaciones jurídicas activas de libertad, poder, pretensión o inmunidad han existido desde las culturas más remotas, pero como atributo de sólo alguno de los miembros de la comunidad.

El paradigma universalista, corroborado por la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU y otros numerosos textos internacionales y nacionales referentes a los derechos, ha hallado en distintos movimientos del presente un desafío crítico representado por la pluralidad de versiones del paradigma particularista.

En el plano de las ideas han aparecido tesis y doctrinas que coinciden en erosionar la idea de la universalidad de los derechos. Así, bajo la expresión de la “postmodernidad”, se alude a ese movimiento de revisión crítica de los valores que habían sido el eje de gravitación del pensamiento moderno. Si la modernidad se había expresado a través de postulados o valores tales como la racionalidad, la universalidad y la igualdad, en nuestro tiempo la “condición postmoderna” plantea como valores alternativos, las pulsiones emocionales, el particularismo y la diferencia

En las batallas actuales contra la universalidad de los derechos humanos resulta inevitable aludir al denominado movimiento “comunitarista”. En el seno de este movimiento se asistiría a un desplazamiento de los derechos universales hacia unos derechos contextualizados, en función del carácter histórico y culturalmente condicionado de los valores que los informan. El comunitarismo se opone a una visión abstracta, ideal y desarraigada de los derechos y libertades, tal como según sus partidarios, habrían sido forjados en la modernidad.

Desde premisas políticas se combate hoy también la universalidad como nota conformadora de los derechos humanos. Las más de las veces, estas críticas tienen como soporte la actitud ideológica nacionalista, de zafio cuño tri-

bal y excluyente que, como los nacionalismos de cualquier época, han hecho cabalgar de nuevo a “los cuatro jinetes del Apocalipsis”: el hambre, la peste, la guerra y la muerte, en aquellos lugares en los que la barbarie nacionalista violenta ha impuesto su sinrazón.

Otra versión particularista se halla constituida por el relativismo cultural. Desde las premisas, de la actitud relativista, se afirma que cada pueblo, a lo largo de su devenir histórico, ha forjado un tejido institucional propio y que ese conjunto de formas de vida e instituciones no se puede juzgar ni mejor ni peor que el de cualquier otro pueblo. No existen, por tanto, hegemonías en el plano de la cultura, ni en el de las formas políticas. De ello, se infiere la improcedencia de querer juzgar las instituciones culturales y políticas desde un único parámetro o modelo ideal, porque tal modelo no existe. La idea de un modelo ideal/universal de cultura o de política capaz de servir de canon para todas las sociedades y, en consecuencia, exportable a todas ellas, es una falacia; se trata de una hipóstasis destinada a enmascarar la imposición coactiva y/o ideológica de un modelo histórico y concreto, por tanto, de una forma de neocolonialismo cultural, es decir, el modelo eurocentrista occidental en su versión forjada en la modernidad.

Como respuesta al paradigma particularista conviene aclarar, que cuando empleamos expresiones tales como las de “postmodernidad”, estamos utilizando este término en su acepción cronológica y no axiológica. La postmodernidad es un movimiento cultural que es posterior a la modernidad. Ello no significa en absoluto que la postmodernidad sea cualitativamente mejor, en cuanto a los ideales y valores que la informan, que la modernidad.

Es fácil comprobar, cómo tras esa exaltación del ego, tras ese culto a los rasgos singulares de la individualidad y tras esa defensa obsesiva de la diferencia; tras toda esa retórica postmoderna subyace o se reitera mucho de lo que ya expuso, el irracionalismo filosófico decimonónico.

Respecto a las posturas comunitaristas, entiendo, que el *ethos* social puede ser un marco de referencia más adecuado que el reducto de la moral individual para plantear determinados problemas ético-jurídicos contemporáneos: el significado y alcance de los valores y principios constitucionales, el fundamento de las libertades, el deber de obediencia del Derecho, el pluralismo ético, jurídico, político, el multiculturalismo... Pero esas apreciaciones de los aspectos más progresistas del comunitarismo actual, pienso, que no deben hacerse extensivas a aquellos enfoques conservadores que conciben el *ethos* social comunitario como una vuelta a las identidades colectivas nacio-

nalistas o tribales. Frente a estos últimos enfoques hoy más que nunca se precisa una fundamentación de los sistemas constitucionales y de los derechos humanos basada en un *ethos universal* síntesis de valores multinacionales y multiculturales; un *ethos* que haga posible la comunicación intersubjetiva, la solidaridad y la paz.

El relativismo cultural, debe ser contemplado con serias reservas. Determinados organismos especializados de la ONU, así como diferentes ONGs, de modo especial los Informes anuales de Amnistía Internacional – que constituyen un auténtico inventario del horror, denuncian la perpetración de la inconcebible práctica de la circuncisión o mutilación genital femenina (ablación del clítoris) a millones de mujeres de países africanos y asiáticos. Asimismo, se inculpa a diversos países islámicos que condenan a la mujer al analfabetismo; se detectan también otras dramáticas violaciones de la dignidad, la libertad y la igualdad de los seres humanos por parte de diferentes tipos de tiranía. En casi todos estos casos los crímenes contra los derechos humanos se justifican a partir de la idea de que esas prácticas responden a tradiciones culturales y políticas de los países o de los grupos que las realizan. La actitud más cómoda ante esos auténticos crímenes contra la humanidad es la de la inhibición en nombre del relativismo cultural. Pero, como se ha denunciado certeramente, el derecho a la diferencia no puede convertirse en una cómoda coartada que se traduzca en una especie de “derecho a la indiferencia”.

Frente a esas impugnaciones particularistas de la universalidad, el paradigma universalista reivindica que este valor es un rasgo constitutivo de los derechos. Ahora bien, la definición y la fundamentación son presupuestos necesarios para establecer la validez universal de los derechos, pero afín de completar el sentido de la universalidad es necesario añadir a esos dos momentos el de su eficacia. La universalidad no puede quedar limitada a su definición y fundamento. Para recabar pleno sentido, la universalidad tiene que contemplarse también como un resultado, es decir, como una realidad operante y eficaz.

El paradigma universalista, frente al desafío de los particularismos, sostiene que la universalidad es condición indispensable para que los problemas y las necesidades radicales de los seres humanos hallen plena y cumplida satisfacción. Sin el atributo de la universalidad nos podemos encontrar con derechos de los grupos, de las etnias, de los estamentos, de entes colectivos más o menos numerosos, pero no con derechos humanos. Precisamente

el gran avance de la modernidad reside en haber formulado la categoría de unos derechos del género humano, para evitar cualquier tipo de limitación o fragmentación en su titularidad. A partir de entonces se reivindicará que la titularidad de los derechos, enunciados como derechos humanos, no deba hallarse restringida a determinadas personas o grupos privilegiados, sino que deba ser reconocida como un atributo básico inherente a todos los hombres y mujeres por el mero hecho de su nacimiento. Por tanto, los derechos humanos o son universales o no son. No son derechos humanos, podrán ser derechos de grupos, de entidades o de determinadas personas, pero no derechos que se atribuyan a la humanidad en su conjunto. La exigencia de universalidad, en definitiva, es un deseo todavía no traducido en una realidad, pero se trata de un deseo necesario e indispensable para el reconocimiento de unos derechos inherentes a todos los seres humanos, más allá de cualquier exclusión y más allá de cualquier discriminación.

3) *El desafío del paradigma posthumanista y la respuesta desde el paradigma humanista.* El otro desafío actual que tiene planteada la teoría de los derechos es el que tiende a mostrar y denunciar las falacias y trampas liberticidas que entrañan un riesgo grave para valores de la tradición humanista de persistente e irrenunciable actualidad.

El inicio del nuevo siglo, que coincidió también con el inicio de un nuevo milenio se ha caracterizado, por un protagonismo avasallador de las Nuevas Tecnologías (NT) y las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) en todos los ámbitos de la vida humana. Este fenómeno ha contribuido a que, desde determinados enfoques tecnocientíficos, se considere que la humanidad actual y sus valores consagrados por el humanismo, deben ser superados, ya que nos hallamos ante los albores de una nueva etapa. Desde ese paradigma, se sostiene el fin de la era humana y el inicio de una nueva era presidida por la omnipresencia de la inteligencia artificial (IA).

En el plano *ético, político y jurídico* el paradigma humanista ha defendido siempre aquellos valores más intrínsecamente ligados con la personalidad humana y sus derechos. Dichos valores, a partir de la Ilustración y del movimiento constitucionalista, se consagran en los derechos y libertades legitimadores de los Estados de Derecho. La tradición humanista consagrará sus valores, principios y derechos en las normas constitucionales que se hallan en la cúspide de los Estados de Derecho. Tras la Revolución francesa, dichos valores se expresarán mediante los símbolos de la tricolor: libertad, igualdad

y fraternidad, que junto con la dignidad constituyen la síntesis axiológica del humanismo.

Hoy el posthumanismo plantea la transmutación de los valores desde un enfoque tecnocientífico. Su crítica a los valores humanistas aparece como una alternativa frontal respecto a esa concepción. Desde el enfoque posthumanista se niega, abiertamente, la existencia del libre albedrío y, por tanto, la posibilidad de un ejercicio autónomo e incondicionado de la libertad de elección y decisión. De ahí, que la libertad que actualmente importa para el posthumanismo no es tanto la que atañe a los derechos o facultades de los individuos, sino que pone el énfasis en la libre investigación científica, sin límites o tabúes que puedan impedir su pleno ejercicio. Desde la ideología posthumanista se entiende cualquier restricción moral o legal a la libre investigación y experimentación como un símbolo anacrónico de oscurantismo. De igual forma que los Reformadores protestantes invocaban el libre examen, como principal garantía de la libertad de la conciencia, los posthumanistas defienden el libre ejercicio de la investigación y la experimentación tecnológica y científica, como la forma más representativa de la libertad en el presente. Para los posthumanistas, en definitiva, las normas éticas, jurídicas o políticas que representen una cortapisa al desarrollo tecnológico o científico, son trabas incompatibles con los avances que reclama el progreso.

Critican también los posthumanistas el valor de la igualdad, proclamado por el humanismo, por su carácter insuficiente y, en definitiva, injusto. En el Estado de Derecho liberal se pretende garantizar la igualdad jurídica de los ciudadanos, en términos de igualdad ante la ley. A su vez, el Estado social de Derecho se propone garantizar determinadas cuotas de bienestar, a partir del reconocimiento de la igualdad material. Los posthumanistas denuncian que estas formas de igualdad son insuficientes, ya que no tienen en cuenta las inmensas desigualdades existentes entre las facultades físicas e intelectuales de las personas. Sólo una insignificante minoría de personas puede participar en las Olimpiadas, u optar al Premio Nobel. Según los posthumanistas la experimentación sin trabas de la ingeniería genética, de las biotecnologías y de la neurociencia, hará posible imaginar a seres posthumanos, cuyas capacidades físicas e intelectuales posean un nivel mucho más completo y pleno de igualdad.

La descalificación posthumanista de los valores jurídico-políticos del humanismo, se dirige también a denunciar su fracaso en el diseño de sociedades bien ordenadas. Hasta el presente las sociedades democráticas no

han podido erradicar de su seno las conductas desviadas delictivas o antisociales, que entrañan un peligro para el orden y, en ocasiones, para la propia pervivencia de la comunidad política. Estas graves insuficiencias de las sociedades actuales podrán ser corregidas mediante el empleo de técnicas neurológicas que erradiquen de los cerebros las actitudes antisociales y que permitan establecer un orden social plenamente justo, en el que no exista la lacra endémica de la delincuencia.

Para quienes, como es mi caso, no compartimos el ideario posthumanista, sus propuestas deben ser sometidas a una revisión crítica que tienda a poner de manifiesto las insuficiencias y falacias sobre las que se construye su desafío al humanismo. El posthumanismo no pretende ofrecer vías de acceso al conocimiento de la realidad, sino que crea una determinada forma de realidad, acorde a sus propios planteamientos. El posthumanismo más que un método de conocimiento tiende a convertir el método en el propio objeto de conocimiento. Pudiera ejemplificarse ese *modus cognoscendi* si imaginamos una ventana cuyo cristal nos permite contemplar un determinado paisaje. El cristal es un medio para visualizar, para conocer, el panorama que se halla más allá de la ventana. Nos permite conocer esa realidad sin tener que sufrir las inclemencias del tiempo: lluvia, viento, calor, frío... Cuanto más diáfano sea el cristal, mejor contribuirá a nuestro conocimiento o visión de la realidad, pero si sustituimos el cristal por una lente calidoscópica, podremos obtener una combinación de coloraciones y unas combinaciones cromáticas que podrán gozar de gran plasticidad, en el plano estético, pero que no nos permitirá contemplar la realidad existente fuera de la ventana. El riesgo que se deriva del método cognoscitivo del posthumanismo, potenciado por la reciente innovación del *metaverso*, reside, precisamente, en que no nos ofrece una visión de la realidad, sino que propone una realidad construida artificialmente, a través de la IA, el *Big Data* y los algoritmos diseñados para su elaboración. Puede resumirse el alcance de la revolución gnoseológica auspiciada por el posthumanismo cuando afirma que gracias a los ordenadores y la bioingeniería, la diferencia entre ficción y realidad se difuminará, a medida que la gente remodele la realidad para que se ajuste a sus ficciones favoritas.

El poshumanismo concibe un futuro de seres posthumanos omniscientes, omnipotentes y eternos. La crítica que, desde el humanismo, se avanza frente a tales pretensiones recuerda que la lógica transpersonal de la IA y los algoritmos deciden sobre los fines y objetivos futuros del desarrollo de la vida, al margen de las elecciones de las personas concernidas por esos designios.

La dignidad humana es el fundamento de la identidad personal, concebida como el derecho de cada ser humano a tener una personalidad única irrepetible y genuina. Para el posthumanismo ese derecho se basa en una pretensión ilusoria, ya que niega la existencia de un yo auténtico e irrepetible por considerar que tal pretensión contradice las leyes de la genética y los desarrollos presentes de las biotecnologías. La posibilidad de proyectar circuitos cerebrales humanos sobre máquinas, es decir, robots, realizable a partir de la ingeniería de Cyborg, permite conectar el pensamiento, la memoria y las experiencias humanas en seres artificiales y multiplicar esos procesos ilimitadamente. Las experiencias de *interfaces* entre distintas personas, con la correspondiente intercomunicación de ideas, preferencias y exigencias suponen negaciones radicales de un derecho a la identidad, al permitir formas de identidades clonadas o identidades en serie; o lo que es lo mismo, la propia abolición del significado de la identidad.

Una temática, ampliamente debatida en los últimos años es la referente a las amenazas que las pretensiones posthumanistas pueden implicar para la garantía del derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales. En esta esfera, el *Big Data* y los algoritmos representan un riesgo de vaciamiento de las garantías jurídicas establecidas para la defensa de estos derechos. De cumplirse ciertas profecías posthumanistas, cabe conjeturar que la colonización de la vida privada no se limitaría a las situaciones pasadas y presentes, sino que podría perpetrarse en invasiones de nuestra intimidad futura. Se aventura, desde esas premisas posthumanistas, la inquietante posibilidad de que los datos masivos almacenados sobre todos los aspectos de nuestra vida, una vez elaborados por los algoritmos, permitieran predecir con exactitud cuál iba a ser nuestro voto en los próximos comicios políticos, nuestras preferencias comerciales y nuestra elección sentimental.

Por tal motivo la teoría de los derechos tiene que precaverse ante esos eventuales y ominosos desafíos. El derecho a la libertad y, en concreto el derecho a la libertad política de los ciudadanos, es considerado por el posthumanismo como una pretensión ilusoria. Ese postulado es fruto de su negación absoluta del libre albedrío, al que consideran efecto de una ensoñación metafísica, ya que la tecnobiología y la neurociencia, muestran que cualquier decisión humana es el producto de la carga genética, de determinados rasgos de los circuitos cerebrales o de respuestas necesarias de la mente ante ciertas situaciones ambientales.

De cumplirse las inquietantes profecías posthumanistas, nos hallaríamos ante el final de la libertad en el espacio público. Pero, ese diagnóstico, no tiene por qué ser irrefutable y la mejor forma de defender un paradigma humanista comprometido con la defensa de los derechos humanos consiste en reforzarlos.

Como todo avance científico y tecnológico las NT y las TIC poseen una dimensión ambivalente y es posible revertir su amenaza liberticida, mediante una utilización racional y democrática, acorde con los valores humanistas, que aproveche los aspectos positivos que ofrece el progreso en la sociedad digital para reforzar la libre participación política a través de nuevas formas de ciberciudadanía.

Para el paradigma posthumanista las grandes decisiones políticas y sociales sobre la sanidad, educación, seguridad, empleo, medio ambiente... Quedan sustraídas al debate democrático público y se confían a gabinetes tecnocráticos que toman decisiones fundadas únicamente en los procesamiento de datos que a partir del *Big Data* elaboran los algoritmos. La culminación de este proceso, a tenor de la lógica “dataista” del posthumanismo, desembocaría en la plena sustitución de las decisiones humanas por la IA, que estaría en condiciones de proporcionar, en cada caso, la solución correcta.

Como es obvio, esta lúgubre posibilidad implicaría la disolución de toda forma de responsabilidad política, con las perversas consecuencias que ello entrañaría para la subsistencia de una convivencia en libertad.

En las previsiones sobre el futuro de la sociedad avanzadas por los posthumanistas se augura la plena superación de las desigualdades físicas y mentales entre todas las personas, gracias a la ingeniería genética y a usos inteligentes de las biotecnologías. El posthumanismo vislumbra, a la vez, sociedades en las que se podrá abolir toda forma de delincuencia, a través de programaciones de la conducta. De cumplirse esa pretensión posthumanista, nociones tales como las de responsabilidad, culpa, dolo, negligencia, buena fe..., dejarían de formar parte del catálogo de conceptos jurídicos fundamentales, porque se habría suprimido el propio valor de la libertad personal, que es presupuesto necesario de todas esas categorías.

La sociedad futura, auspiciada por los posthumanistas, estimo, que más que un sueño confortador de una convivencia libre, armónica y bien ordenada se asemeja a la pesadilla de ese *Mundo Feliz*, imaginado genialmente por Aldous Huxley, o al del modelo opresivo de organización política presidido

por la sombra despótica del gran Hermano, según la distopía descrita por George Orwell en su célebre obra 1984.

ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO
Area de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de Sevilla
Campus Ramón y Cajal
c/Enramadilla
41018-Sevilla

DERECHOS HUMANOS: DEL DISCURSO A LA CULTURA

HUMAN RIGHTS: FROM DISCOURSE TO CULTURE

AGUSTÍN SQUELLA*
Universidad de Valparaíso

Resumen: *Este artículo examina la compleja relación entre democracia y derechos fundamentales, argumentando que una perspectiva histórica de los derechos, que es indispensable, no necesariamente justifica su existencia en términos historicistas. Señala que la expansión y generalización de los derechos han planteado desafíos para definir un concepto unificado de derechos fundamentales. Además, critica la percepción romántica de que la democracia es suficiente para garantizar estos derechos, especialmente en un contexto de crisis de representación, corrupción y otros desafíos contemporáneos. El artículo también aborda la disyuntiva entre democracia y capitalismo, especialmente en su forma neoliberal, argumentando que esta alianza ha sido problemática y ha contribuido a la erosión de los derechos sociales. Se destaca que, aunque las democracias pueden violar los derechos humanos, estas violaciones no son sistemáticas y hay mecanismos para denunciarlas y corregirlas. El autor sugiere que para entender los desafíos actuales en el discurso de los derechos, es crucial considerar su historia desde la Modernidad hasta el presente.*

Abstract: *This article examines the complex relationship between democracy and fundamental rights, arguing that a historical perspective on rights, which is indispensable, does not necessarily justify their existence in historicist terms. It notes that the expansion and generalisation of rights have posed challenges to defining a unified concept of fundamental rights. Furthermore, it criticises the romantic perception that democracy is sufficient to guarantee these rights, especially in a context of crisis of representation, corruption and other contemporary challenges.*

* Profesor Emérito de la Universidad de Valparaíso (Chile). Premio Nacional de Humanidades y Ciencias Sociales. Miembro de Número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile.

The article also addresses the disjuncture between democracy and capitalism, especially in its neoliberal form, arguing that this alliance has been problematic and has contributed to the erosion of social rights. It is stressed that while democracies may violate human rights, these violations are not systematic and there are mechanisms to denounce and correct them. The author suggests that in order to understand the current challenges in the discourse of rights, it is crucial to consider their history from Modernity to the present.

Palabras clave: derechos fundamentales, democracia, crisis de representación, historia

Keywords: fundamental rights, democracy, crisis of representation, history

Para poder dar algún tipo de respuesta a la pregunta acerca de cuáles son los desafíos que afronta el discurso de los derechos habría que atender a la historia que tienen los derechos fundamentales, desde la modernidad hasta nuestros días (supuesto que hubiéramos dejado realmente atrás la modernidad), y, asimismo, prestar atención a lo que fue la prehistoria de ellos. “Lo nuevo se teje en lo viejo”, solía recordarnos Gregorio Peces-Barba, y así ocurrió con los modernos derechos fundamentales. Una visión histórica de los derechos no conduce obligadamente a una justificación historicista de ellos. La llamada justificación historicista, si se la reduce a la afirmación de que los derechos fundamentales son derechos históricos, no es propiamente una “justificación” de los derechos, sino una “explicación” de ellos y hasta una simple “constatación”: la de que lo que hoy consideramos derechos fundamentales tuvieron que abrirse paso durante siglos a lo largo de la historia, y no siempre de manera pacífica, haciendo frente a quienes se les oponían en razón de intereses que se verían afectados por la titularidad y el ejercicio universal de ciertos derechos.

Tengo la impresión, al menos en mi país (Chile), de que son muchos los que desconocen esa historia y prehistoria y que, además, y precisamente por eso, carecen de un concepto claro y suficiente de los derechos, y de sus diversas denominaciones, alternativas de fundamentación y sistemas nacionales, regionales y globales que permiten hacerlos valer.

“Son derechos importantes”, se dice. “Son derechos de todos”. “Su violación es especialmente grave”. “Hay organizaciones nacionales e internacionales que velan por ellos”: este es el tipo de respuestas frecuentes de muchísimas personas cuando se habla del tema de los derechos, incluso cuando

se lo hace en ámbitos que por su nivel educacional o el trabajo que realizan deberían tener un conocimiento más amplio de ellos. Es posible que mencionen también la Declaración Universal de 1848 y el principal de los textos normativos acerca de los derechos y que es propio de la región o zona del país en que viven quienes dan tales respuestas, ninguna de las cuales es errónea, aunque sí demasiado amplias, vagas o generales. Pero nada o poco más de lo señalado, lo cual pone de relieve que el discurso de los derechos, al parecer tan extendido, ha fracasado, al menos parcialmente, en su difusión, expansión y efectivo posicionamiento en la cultura de los pueblos y de los individuos.

Efectivamente, todos hablan de derechos, pero lo común es que lo hagan más bien de *sus* derechos que de *los* derechos. Se trata de un avance, por cierto, pero un hecho como ese pone al descubierto el déficit que existe en cuanto a la comprensión –y aceptación– de que los derechos son universales y que, por lo mismo, su titularidad es común a todos los individuos de la especie humana. Así, por ejemplo, hay una tendencia a hablar y a comportarse como si los migrantes que llegan a nuestros países amenazan nuestros derechos, pasando por alto, muchas veces, que ellos son también titulares de derechos.

Entonces, hay que apuntar a que desde el discurso de los derechos pasemos a una cultura de estos, y no solo en el sentido de una mayor eficacia en la protección y ejercicio de los derechos, sino en el conocimiento de estos. Y como parte de esa cultura, tendríamos que insistir, todas las veces que sea necesario, en que resulta moralmente incorrecto estar atento solo a nuestros derechos y no también a los de los demás –que a fin de cuentas son los mismos– o, peor aún, practicar en materia de derechos fundamentales la política del doble estándar que juzga con liviandad las violaciones a los derechos por parte de gobiernos que aprobamos y con extrema severidad aquellas de las que son responsables los gobiernos que no nos representan. Esto último es bastante común en América Latina, sobre todo después del período de dictaduras militares de derecha que tuvo el continente y de otras que, subsistiendo hasta hoy, se proclaman de izquierda. Es cuando menos irritativo que quienes apoyaron incondicionalmente tales dictaduras quiebren lanzas hoy contra gobiernos de izquierda que hacen exactamente lo mismo, como irrita también que a la izquierda del espectro político haya tantos que, habiendo sido en su momento víctimas de violaciones a sus derechos por parte de dictaduras militares de derecha, muestren luego, hasta hoy, tanto olvido o condescendencia con las violaciones en que incurrieron o incurren algunos regímenes de izquierda.

Es extraño: decimos vivir en la era de la información, aunque eso vale para el acceso y no tanto para tenerla o disponer efectivamente de ella. Es frecuente ver a personas y colectivos que se quejan de no estar informados de algo que les concierne –incluso en materia de derechos–, pero, ¿qué hacen tales colectivos y personas para conseguir por sí mismas la casi siempre disponible información que reclaman? Por momentos tengo la impresión de que muchas personas pretenderían que todos los días pasara por sus domicilios algún agente del gobierno para que los informe de lo que está pasando en materia de asuntos públicos de mayor interés. Confundimos también redes sociales con medios de información y vivimos con la ilusión de estar comunicados, en circunstancias de que todo lo más que conseguimos es estar conectados.

Es evidente el desafío que enfrenta el discurso de los derechos en cuanto a dificultades para un adecuado entendimiento de ellos, y que no provienen de las causas o motivos previamente señalados. Me refiero a la expansión de los derechos y también a su proceso de especificación. Tocante a los procesos de positivación, o incorporación de los derechos al derecho interno de los Estados, e internacionalización, incorporación de los derechos a tratados internacionales en la materia, solo pueden esperarse efectos positivos para la identificación y comprensión de los derechos. Ambos derechos, el interno de cada Estado y el de carácter internacional, dan a los derechos fundamentales una base de sustentación objetiva, si bien siempre interpretable, estableciendo no solo cuáles son los derechos, sino cuáles también sus garantías, y esto porque no basta con declarar derechos fundamentales en carácter de tales, siendo siempre necesario establecer, junto con lo anterior, las diversas maneras de hacerlos efectivos y de reclamar cuando se los hubiere violado, y esto último tanto nacional como internacionalmente.

En cuanto al proceso de generalización de los derechos, que pasaron de ser inicialmente derechos estatales y solo más tarde derechos universales, solo efectos positivos pueden también esperarse de él. Nadie entendería hoy que derechos fundamentales correspondieran solo a determinados segmentos de la sociedad, no obstante que ha tomado tiempo y costado lo suyo que el proceso de generalización avanzara como lo ha hecho, especialmente desde el siglo XX en adelante.

Pero el proceso de expansión de los derechos –cada vez más derechos en el catálogo de los mismos–, si bien tan afortunado como los anteriores procesos que acabamos de identificar, ha traído dificultades para concordar en

un concepto de derechos fundamentales que pueda incluirlos a todos. Pero qué le vamos a hacer. Es preferible tener problemas conceptuales con los derechos que detener su proceso de expansión, aunque con el buen cuidado de entender que no todo deseo es una necesidad, que no toda necesidad es un derecho, y que no todo derecho es un derecho fundamental.

En cuanto al proceso de especificación –derechos fundamentales de determinados grupos o colectivos en situación especialmente vulnerable–, también afortunado, complica un tanto la presentación de los derechos como prerrogativas universales en su titularidad y ejercicio. Es preciso hacerse cargo de esa complicación y facilitar la comprensión acerca de por qué derechos específicos se suman a aquellos que se tienen de manera universal.

Del mismo modo, es necesario reforzar la existencia y compatibilidad hoy de derechos fundamentales de tipo individual con los colectivos de ese mismo carácter, explicando que los derechos partieron como meras limitaciones al poder, subieron luego un peldaño como participación en el origen y ejercicio del poder, y más tarde otro como exigencias a todo el que ejerza el poder en cuanto a prestaciones de bienes necesarios para que toda persona pueda llevar una existencia digna, autónoma y responsable. Esa auténtica escalada de los derechos es uno de los rasgos más sobresalientes de su historia, y reconocerla no implica adoptar ni el concepto ni el lenguaje de quienes hablan de distintas “generaciones” de derechos fundamentales.

Y aunque se trata de algo muy repetido, no me resulta posible poner término a un texto como este sin aludir a la importancia de la democracia y los derechos fundamentales. Me ocurre con algunos estudiantes que bostecen ante la palabra “democracia” y que dejen de hacerlo cuando les pregunto si dan o no valor a los derechos fundamentales. Aprovecho entonces esas disímiles reacciones para hablar con ellos acerca de que la democracia, entre todas las formas de gobierno que conocemos, es la que rinde mejor examen en cuanto a declaración, garantía y promoción de los derechos, de manera que si se da valor a estos hay una muy buena razón para dárselo también a la democracia. “También en las democracias hay violaciones a los derechos humanos”, salta un alumno, y tiene toda la razón. Pero esas violaciones, en democracia, no son masivas, ni sistemáticas ni prolongadas, y siempre es posible conocerlas, libertad de expresión y de prensa mediante, y alerta y acción de organismos públicos y organizaciones privadas de derechos humanos también mediante, para denunciar las violaciones y llevar estas a tribunales nacionales e internacionales.

Fastidia a muchos jóvenes la lentitud de la democracia para responder a las demandas sociales, y es entonces del caso mejorar las instituciones de los gobiernos democráticos y, desde luego, combatir sin reservas la corrupción que suele incubar en ellas, sin por esto dejar de lado la lúcida observación de Bobbio: las dictaduras son lentas en la demanda (casi nadie se atreve a pedir) y rápidas en la respuesta (el dictador saca el Ejército a la calle y sanseacabó), mientras que la democracia es rápida en la demanda (todos piden) y lenta en la respuesta (que pasa por instituciones y que no depende del sentir de una sola persona).

Atendida la relación entre democracia y derechos, el discurso de estos tiene que ir siempre acompañado del discurso a favor de la democracia. El discurso sobre esta es también uno acerca de los derechos, puesto que la democracia asume, explícitamente, un compromiso con los derechos. Sin embargo, el discurso democrático ha ido debilitándose en medio de la crisis de esta forma de gobierno, de su decadencia, o de su inminente colapso.

En 2020 utilicé esas tres palabras como parte del título de mi libro *Democracia. ¿Crisis, decadencia o colapso?* El texto de esta obra admitió también una cuarta alternativa, esta vez auspiciosa: ¿transformación? Crisis claramente no es, sino más que eso.

Proliferan los gobierno autoritarios o directamente antidemocráticos y es cada vez más frecuente que gobernantes que acceden al poder con respeto por las reglas de la democracia, atropellen luego estas con ocasión del ejercicio del poder y los esfuerzos por conservarlo e incrementarlo. La democracia establece reglas para acceder al poder y también para ejercerlo, conservarlos, incrementarlo y recuperarlo, de manera que para calificar a un gobierno de democrático no basta con que él se haya ceñido a las reglas para acceder al poder. En el libro antes mencionado fueron identificados dieciocho reglas de la democracia y la cantidad y niveles de exigencia de cada una de ellas alerta acerca de las dificultades para que las democracias que conocemos las cumplan con igual intensidad y extensión.

Como se sabe, hay la democracia ideal y las democracias reales o históricas: la primera es aquella en la que se cumplen a cabalidad, esto es, con máxima intensidad y extensión, las dieciocho reglas recién aludidas, mientras que las segundas procuran hacer eso y realizar el ideal de la democracia en la mayor medida posible. Esto es lo que permite ordenar o rankear los regímenes democráticos según se encuentren más acerca o más lejos de del ideal democrático, una medida que en los hechos resulta cambiante: una misma

democracia, según las circunstancias por las que atraviere, puede cambiar de posición en el ranking.

La democracia como forma de gobierno está perdiendo adhesión de parte de los ciudadanos. No cumple sus promesas o lo hace tarde y mal. Se le adjudican también promesas que la democracia nunca ha hecho, como la de traer felicidad a los pueblos. Los “románticos” que creen algo así hacen un flaco favor a la democracia. Cuando más, de los gobiernos democráticos se espera que provean bienestar a sus pueblos, pero ¿felicidad? Sin perjuicio de que nadie debería dejar su felicidad en manos de los gobiernos, el compromiso de estos con el bienestar resulta más que suficiente como para hacer muy difíciles las tareas de los gobernantes. El discurso de la felicidad, y ni qué decir del amor, sobrepasa en mucho las promesas y posibilidades de la democracia. Como dijo Hannah Arendt en una de sus entrevistas, “no es necesario traer el amor a la mesa de negociaciones”.

Es en la satisfacción de los derechos sociales donde las democracias están fallando preferentemente. Garantizan relativamente bien los derechos personales y también los de carácter político, no obstante, en el caso de estos últimos, la crisis que sufre la representación, pero tratándose de los derechos sociales la deuda aumenta cada día más, exacerbando las críticas y hasta el rechazo de la democracia, sin olvidar el acoso que esta sufre desde el narcotráfico, las organizaciones criminales de variados tipos y una economía mundial que resta capacidad de decisión a los Estados nacionales, y esto último no a favor de un saludable cosmopolitismo humanista, sino del continuo y desmedido enriquecimiento de los grandes inversionistas y los poderosos agentes del mundo financiero.

Si la alianza entre democracia y capitalismo ha sido siempre problemática, los problemas aumentan cuando la alianza es ya con un capitalismo neoliberal hegemónico. El capitalismo es un sistema económico, pero el neoliberalismo es mucho más que eso. Se trata de una de las ramas que ha dado el árbol liberal y sus lógicas, además de económicas, son filosóficas, antropológicas, sociológicas y éticas. Aliado con la democracia, el capitalismo, desde hace varias décadas, lo ha sido también del neoliberalismo, adoptando un número mayor o menor, según los distintos países, de lógicas neoliberales. Si lo que tenemos hoy en el mundo son capitalismo, tenemos también neoliberales, según sea la mayor intensidad y extensión de las lógicas neoliberales que adoptan los distintos gobiernos.

Está bien pasar cuentas a las democracias, para que mejoren, pero no está bien pasarles las que deben ser dirigidas contra un sistema económico

(el capitalismo) que se encuentra reforzado por una doctrina más que económica (el neoliberalismo).

Existen no pocos desafíos presentes y próximos tanto para la democracia como para el discurso de los derechos, y es preciso cuidar que, en razón de tales desafíos, no pongamos en duda las virtudes de la democracia y las bondades de los derechos.

Crisis de la representación, corrupción, crimen organizado, pérdida de control de los gobiernos sobre los asuntos que les conciernen: he ahí algunos de tales desafíos, o mejor, de amenazas que sufre hoy la democracia, dejando de lado –si se pudiera– el desafío que representan, crecientemente, los avances en materia de inteligencia artificial.

¿Adónde iremos a parar?

Vaya uno a saberlo.

AGUSTÍN SQUELLA
*Escuela de Derecho,
Universidad de Valparaíso,
Avenida Errázuriz 2120
Valparaíso - Chile
e-mail: asquella@vtr.net*

ARTÍCULOS

**GREGORIO PECES-BARBA Y NORBERTO BOBBIO:
HISTORIA DE UNA AMISTAD EN 70 CARTAS***

**GREGORIO PECES-BARBA AND NORBERTO BOBBIO:
HISTORY OF A FRIENDSHIP IN 70 LETTERS**

MARIO G. LOSANO
Accademia delle Scienze di Torino

Fecha de recepción: 22-6-23

Fecha de aceptación: 12-7-23

Resumen: *Los intereses científicos y políticos de los filósofos del derecho Gregorio Peces-Barba (1938-2012) y Norberto Bobbio (1909-2004) se reflejan en más de 70 cartas escritas entre 1978 y 2004, es decir, en los años en que en España entró en vigor la nueva Constitución democrática. Un tema recurrente de esta correspondencia es el diferente enfoque, en ambos países, de la coexistencia entre socialismo y democracia, así como con el comunismo y el eurocomunismo. El resultado es un vivo retrato de la relación de Bobbio con los políticos españoles. El presente ensayo incluye también algunas frases de relevancia seminal extraídas de las cartas de cada uno de los dos, así como las palabras de Peces-Barba conmemorando la muerte de Bobbio en la prensa española: palabras que atestiguan no sólo la afinidad política, sino también el afecto personal de ambos eruditos.*

Abstract: *The scientific and political interests of the legal philosophers Gregorio Peces-Barba (1938-2012) and Norberto Bobbio (1909-2004) are reflected in over 70 letters written between 1978 and 2004, i.e. in the years when in Spain entered into force the new democratic constitution. A recurring theme of this correspondence is the different approach, in both countries, to the coexistence between socialism and democracy as well as with communism and eurocommunism. The result is a lively picture of the Bobbio's relationship with the Spanish politicians. The present essay includes also some sentences of seminal relevance taken from the letters of each of the two, as well as Peces-*

* Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig.

Barba's words commemorating Bobbio's death in the Spanish press: words testifying not only the political affinity, but also the personal affection of both scholars.

Palabras clave: derechos humanos, eurocomunismo, socialismo en España e Italia

Keywords: Eurocommunism, human rights, socialism in Spain and Italy

1. EL NACIMIENTO DE UNA AMISTAD

En la posguerra las relaciones entre la joven república italiana, nacida de la resistencia al fascismo, y España, aún regida por la dictadura fascista, estaban reducidas al mínimo. Lo recuerda también Bobbio en 1994, en el discurso de agradecimiento por el nombramiento como doctor *honoris causa* por la Universidad Carlos III: en los años 60 “el joven Elías Díaz” comentaba algunas obras de Bobbio en las revistas españolas, pero “entonces la Italia republicana y España eran aún mundos separados”¹. Tras la caída del franquismo, los contactos ítalo-españoles se intensificaron y el socialismo estaba a menudo en el centro de aquellos debates. El año 1978 se abrió con la publicación de *Socialismo y eurocomunismo*², texto del debate entre Norberto Bobbio y Alfonso Guerra en el encuentro promovido por “Mondoperaio” en Roma el 24 de septiembre de 1977. Pocos meses después, Gregorio Peces-Barba contactaba directamente con Bobbio: “Distinguido Profesor: Por conducto de nuestro común amigo y compañero, el profesor D. Elías Díaz, le transmito, en nombre del Comité Permanente del Grupo Parlamentario Socialista, la invitación a pronunciar una charla o, en su caso, un intercambio de opiniones con los 175 parlamentarios del PSOE. [...] Con la publicación de sus escritos en nuestro país, existe un indudable interés hacia sus opiniones sobre el Socialismo”³.

¹ Centro Studi Piero Gobetti, Torino: ANB 747: Contiene una única carpeta: “Laurea ad honorem a Madrid, 31 gennaio 1994”; 3 carillas sin título con correcciones manuscritas de Norberto Bobbio: Madrid, 31 gennaio 1994.

² N. BOBBIO, “Socialismo y eurocomunismo (Debate Norberto Bobbio – Alfonso Guerra)”, *Sistema*, enero 1978, pp. 93-106 (texto inédito en italiano).

³ Gregorio Peces-Barba a Norberto Bobbio, Madrid, 4 de abril de 1978 (ANB 712, Fascicolo ARCIS, Associazione per le relazioni culturali tra l'Italia e la Spagna; en la 2ª carpeta sin título, su carta encabezada: “Grupo parlamentario – Grupo socialista del Congreso – Secretario General”, 1 carilla mecanografiada).

Elías Díaz organizó los contactos entre los filósofos del Derecho de Madrid y los de Turín, escribiendo el 8 de julio de 1978 a Norberto Bobbio: “Querido profesor Bobbio, Desde hace mucho tiempo hubiera querido, y debido, escribirle en relación a su visita a nuestra ciudad y a las dos universidades de Madrid: la vieja, la Complutense [...], y la nueva, la Autónoma, donde trabajo yo [...] Creo que será una magnífica ocasión para tener un contacto más cercano, además de con la filosofía jurídica española actual, con los problemas –difíciles y complejos– de la nueva España democrática”⁴. En una carta posterior Elías Díaz concreta el plan de viaje, en el que “habrá también días para visitar lugares de interés turístico y artístico”, como se puede leer en el reporte del viaje del mismo Bobbio⁵.

Entre Elías Díaz, Gregorio Peces-Barba y Norberto Bobbio nacía así una amistad destinada a durar toda la vida. Aquel memorable encuentro en las Cortes está todavía hoy documentado por un frágil texto manuscrito de Bobbio, sobre el tema que animaba el debate dentro y en torno al PSOE⁶: cómo conciliar el retorno a la democracia con la progresiva llegada del socialismo, es decir cómo conciliar las libertades democráticas con las medidas sociales a favor de los grupos desfavorecidos. “Socialismo y democracia” fue por tanto el tema sobre el que habló Bobbio frente al grupo parlamentario. No era un debate sólo teórico: los socialistas españoles debían construir la nueva sociedad española y decidir por tanto el proyecto sobre el que construirla. En una carta enviada en 1983 al amigo Gregorio –tras su sucesivo viaje a Madrid y después de un ulterior discurso en las Cortes– Bobbio sintetizaba así su visión que fascinaba a no pocos socialistas españoles:

Estoy convencido de que el PSOE tiene la función histórica de enraizar firmemente la democracia en un país que, como Italia, ha vivido la larga noche

⁴ Centro Studi Piero Gobetti, Torino: ANB 712, Carta mecanografiada de Elías Díaz a Norberto Bobbio, 8 luglio 1978, en italiano, 1 carilla. Además de los datos organizativos, Díaz retorna sobre “el absurdo artículo en el ‘Socialista’”: “somos muchos los que se han ofendido por la desafortunada crítica”. El artículo contrario a Bobbio es: A. MERINO, “Norberto Bobbio-Alfonso Guerra: acotaciones al margen”, *El Socialista*, 22 de enero de 1978, p. 24.

⁵ Centro Studi Piero Gobetti, Torino: ANB 712, Carta mecanografiada de Elías Díaz a Norberto Bobbio, 8 octubre 1978, en italiano, 2 carillas (la segunda carilla contiene el plan detallado del viaje).

⁶ Centro Studi Piero Gobetti, Torino: ANB 712, carpeta “25 ottobre 1978: testo del discorso tenuto il 25 ottobre 1978 al Gruppo parlamentare del PSOE in una sala del Palacio de las Cortes: “Socialismo y democracia”; texto de Bobbio manuscrito en muchas páginas en el reverso; papel frágil.

*del fascismo. En países como los nuestros, la democracia, en sí misma “vulnerable”, y en nuestro caso históricamente frágil, está antes que el socialismo. Por lo que creo entender, estáis en la dirección correcta. La sinceridad de vuestra vocación democrática es una garantía para el éxito de una batalla, en la que tú, por el alto cargo que tienes, estás en primera línea*⁷.

Alfonso Ruiz Miguel, el “bobbiólogo” que encontraremos a menudo en estas páginas, comentó el discurso de Bobbio de 1978 en dos artículos publicados en el órgano del PSOE: en el primero examina la posición de Bobbio sobre el socialismo⁸; en el segundo, el título retoma la visión de Bobbio sobre las relaciones entre democracia y socialismo: *“La democracia es el método; el socialismo el fin”*: “Cuando se habla de socialismo democrático, la democracia representa el método y el socialismo representa el fin, aunque esta definición pueda ser un poco simplificatoria”; indudablemente “el modelo de socialismo colectivista tal y como se ha realizado en la Unión Soviética es un modelo que ya no se puede aceptar de ninguna manera. Por otro lado, es una constatación de hecho que la mayor parte de las socialdemocracias, que han dado pasos adelante en la contribución al desarrollo del movimiento obrero, no han conseguido realizar una sociedad socialista en el pleno sentido de la palabra: han conseguido pura y simplemente corregir la sociedad capitalista, redistribuir la riqueza e intervenir en el Estado para disminuir las desigualdades, pero indudablemente no han conseguido realizar una verdadera sociedad socialista”. Y, citando siempre a Bobbio, concluye que “para alcanzar el socialismo no se debe abandonar, de ningún modo, la vía democrática y, por tanto, el intento que deben hacer los socialistas en esta fase histórica es desarrollar y extender la democracia. No es que yo crea que el socialismo se identifique con la democracia tal y como es hoy, pero pienso que la extensión de la democracia hoy es el único camino para proceder hacia una meta posterior”⁹.

⁷ Norberto Bobbio a Gregorio Peces-Barba, Torino, 30 nov[embre] 1983; en Archivo Gregorio Peces-Barba, Universidad Carlos III, Campus de Colmenarejo; signatura: C/CPB-D-011-02, *Correspondencia de Norberto Bobbio, años 1978-1987*; 2 carillas manuscritas, carta encabezada personal.

⁸ Centro Studi Piero Gobetti, Torino: ANB 712, carpeta de recortes de periódicos. Artículos: A. RUIZ MIGUEL, “El socialismo de Norberto Bobbio”, *El Socialista*, 22 octubre 1978, p. 3.

⁹ Centro Studi Piero Gobetti, Torino: ANB 712, ivi: A. RUIZ MIGUEL, “Norberto Bobbio ‘La democracia es el método; el socialismo el fin’”, *El Socialista*, 5 noviembre 1978, p. 28.

Muchos años después, en 1993, el mismo Bobbio resumía así los comienzos y la intensidad de sus relaciones con Gregorio Peces-Barba:

*Personalmente debo a Gregorio Peces-Barba el comienzo de mis fecundas relaciones con la cultura española tras la caída del régimen franquista, durante el cual había rechazado visitar España. Elegido diputado del PSOE en la primera legislatura democrática, me había invitado a pronunciar una conferencia sobre democracia y socialismo frente a un grupo de diputados socialistas del que él era presidente, en octubre de 1978, en los días en los que se estaba discutiendo la nueva constitución, de cuyo proyecto él mismo era uno de los redactores. Convertido en la segunda legislatura presidente de las Cortes, me invitó por segunda vez a pronunciar un discurso sobre el futuro de la democracia que ahora aparece como el primer capítulo de mi libro que tiene el mismo título. También mi libro sucesivo, *L'età dei diritti*, ahora traducido al español, comienza con la conferencia que impartí invitado al Instituto de Derechos Humanos, en septiembre de 1987. El diálogo con el amigo Gregorio, cuya pasión por la investigación científica, tan erudita como teóricamente fundamentada, es, en su ingenuidad, contagiosa, ha sido también para mí un continuo estímulo para ampliar el campo del análisis histórico y conceptual de los derechos fundamentales. Nuestro diálogo ha sido más fecundo cuanto más vecinas son nuestras posiciones teóricas. No dudo en afirmar que comparto la mayor parte de las tesis que el autor sostiene en esta obra¹⁰.*

2. EL PRIMER VIAJE DE BOBBIO A ESPAÑA

A la vuelta de su primer viaje a España, en 1978, Norberto Bobbio resumió sus impresiones sobre el viaje¹¹, y los encuentros que mantuvo en un documento manuscrito de cerca de ocho páginas, cuyos pasajes más relevantes –mostrados a continuación– nos permiten seguir cada día a Bobbio y a su mujer Valeria en el primer viaje a España: viaje que Bobbio definirá como “mi primer, memorable viaje, a través de vuestro país”¹².

¹⁰ N. Bobbio, “Presentazione”, p. VI, en G. PECES-BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*. Con la collaborazione di R. de ASÍS y Á. LLAMAS CASCÓN; a cura di V. FERRARI; traduzione di L. Mancini; presentazione di N. BOBBIO, Giuffrè, Milano 1993, VIII-352 pp.

¹¹ Centro Studi Piero Gobetti, Torino: ANB 712, Título del a carpeta: “Breve diario del viaggio in Spagna 24 ottobre – 3 novembre 1978”, 10 cuartillas manuscritas.

¹² Bobbio a Gregorio Peces-Barba, Sevilla, 2 noviembre 1978: “Estas últimas palabras que escribo antes de dejar España, deseo dedicárselas a Usted, que junto con Elías [Díaz] ha sido el mayor artífice de mi viaje”.

[Norberto Bobbio], *Viaje a España 24 de octubre-3 de noviembre 1978. (volando desde Madrid a Milán, la mañana del 3 de noviembre)*. “Llegamos al aeropuerto de Madrid la tarde del 24 de octubre en torno a las ocho. Nos esperaban Elías Díaz y Gregorio Peces-Barba (estaba también el joven Alfonso Ruiz Miguel, el ‘bobbilogo’¹³, y algunos más). Para nuestra sorpresa nos han hecho salir por una puerta lateral del largo tubo que lleva directamente del avión al aeropuerto, como si fuéramos personas importantes, y hemos entrado en una salita reservada, donde hemos sido asaltados por los fotógrafos”.

El escrito de Bobbio describe luego los eventos de cada día. Es su primer encuentro con Gregorio Peces-Barba (Peces-Barba tenía cuarenta años, y Bobbio sesenta y nueve): “Por la mañana (25 de octubre) Peces-Barba –un señor aún joven, dinámico, extrovertido, eficaz y eficiente– vino con otros a recogernos y nos llevó a las Cortes, al otro lado de la calle. Visita al edificio, durante la cual se unen a nosotros diputados, personajes no bien identificados, fotógrafos que sacan fotografías una tras otra: nos ilustran sobre los cuadros de los diversos personajes, a través de los cuales nos hacemos una idea sumaria y elemental de la historia de España desde el tiempo de la Restauración hasta hoy. Visitamos también el hemicycleo del Congreso, en el que en algunos días (31 de octubre) se reunirán los diputados para la aprobación de la constitución”.

Aquella aprobación certificaba el alejamiento formal del pasado franquista y el inicio de una era democrática, en la que conjugar democracia y socialismo: los temas sobre los cuales Bobbio había sido invitado a hablar a los diputados socialistas y –en particular, pero no solo– a los líderes del socialismo español, como se comprobará por los participantes a los encuentros concretos: “A mediodía entramos en una gran sala, donde impartiré mi primera conferencia sobre socialismo y democracia. Al entrar, encuentro después de muchos años a Enrique Tierno Galván, hace poco nombrado presidente honorario del PSOE tras la unificación de su pequeño partido (el Partido Socialista *Popular*) con el gran Partido Socialista *Obrero*: nos abrazamos. En la mesa presidencial estoy sentado entre González (a la izquierda) y Peces-Barba (a la derecha). A la derecha de González, Alfonso Guerra, Tierno Galván y Ramos (me parece que así se llama el presidente del grupo socialista en el Senado); a la izquierda de Peces-Barba, el diputado socialista Múgica. Breves palabras de saludo de González; posteriormente me presenta Peces-Barba”.

¹³ Alfonso Ruiz Miguel es el autor de una cuidada monografía sobre Bobbio y por ello es así definido por el mismo Bobbio.

Bobbio comienza su discurso refiriéndose a un italiano que había combatido contra el franquismo: Renzo Giua (1914-1938). Este antifascista estudió en Turín en el liceo d'Azeglio; el padre (catedrático de química) fue uno de los profesores universitarios que se negó al juramento al fascismo y que luego fue condenado a 15 años de cárcel. Renzo, estudiante de la Facultad de Letras, se exilió a Francia para escapar del arresto, contactó con el movimiento *Giustizia e Libertà* e, inmediatamente después, participó en la guerra de España en la columna anarquista de Durruti. Terminada la escuela de oficiales del ejército republicano, entró a formar parte de la brigada Garibaldi, donde murió en el frente de Extremadura, en febrero de 1938. Renzo Giua era por tanto una figura que vinculaba la resistencia italiana contra el fascismo a la lucha española contra el franquismo, lucha que se concluía en aquel 1978 con la aprobación de la constitución democrática.

Continúa Bobbio, “Hablo durante una hora, tras haber recordado en el preámbulo a Renzo Giua fallecido el 17-18 de febrero de 1938 en la batalla de Extremadura, por la libertad de España. Siguen las preguntas: una decena a las que respondo brevemente. Al salir de la sala, periodistas y otros personajes: una breve declaración para la radio sobre la Constitución española [...] Está ... Gil [Antonio Hernández], afamado jurista, que ya había conocido en Turín, presidente de las Cortes, que se sienta a mi derecha (a la izquierda está González, Valeria, y Alfonso Guerra); está Fraga Iribarne, ex ministro de la gobernación [franquista], hoy líder de Alianza Popular, un partido de derecha; está Ruiz Giménez, también jurista, profesor de filosofía del derecho y filosofía política en la Universidad Complutense de Madrid (la universidad más antigua), el líder del partido democristiano derrotado en las elecciones; el presidente del Congreso y el presidente del Senado; y los jefes de los diversos grupos parlamentarios; un representante del Partido Comunista, el profesor Solé, de Derecho del trabajo¹⁴. En total una veintena de personas”.

Tras un “almuerzo exquisito”, a las “pocas palabras de Guerra en el brindis” le sigue “un inteligente discurso de González que explica la razones que le han llevado a reunir en ocasión de mi visita a los VIP (pero él no indica con esta palabra –VIP– los políticos españoles), con la necesidad del *diálogo* entre las distintas fuerzas políticas, como condición del ejercicio democrático del poder, etc. Nos llevan a casa hacia las 4:30. Descanso. A las siete Díaz y sus amigos (siempre presente el ‘bobbiólogo’) nos esperan en el hall del hotel

¹⁴ Quizás Jordi Solé Tura, catedrático de Derecho constitucional y ponente comunista de la Constitución.

para dar un paseo por la ciudad: llegamos hasta el Palacio Real. Luego, al Círculo de Bellas Artes para un encuentro con Claudín¹⁵ (comunista expulsado, con el que ya me había encontrado el pasado año en la Bienal del Disenso de Venecia), y cena. [...] hablamos de la crisis del marxismo. Yo expongo mis ideas sobre las tres crisis, y sobre sus causas (un tema que tengo intención de desarrollar). Nos llevan a casa cansados". También los días sucesivos se anuncian no menos intensos.

"26 de octubre. Segundo día. Clases sobre la teoría del Derecho de la estructura a la función¹⁶, en la Universidad Autónoma (la más moderna), donde enseña Elías Díaz. Comienzo a las 11. Valeria va a visitar el Prado, y yo espero solo a los acompañantes. A las 11 llega Peces-Barba que me lleva en coche (conduce con habilidad pero con una cierta valentía que me asusta) a la Autónoma que dista del centro de la ciudad una decena de kilómetros. Me recibe el decano y algunos colegas. Está también el representante del Instituto Italiano de Cultura, al que le encargo contactar con la embajada para una visita. En el aula donde tengo la clase hay muchos estudiantes. Dos palabras de presentación del decano, posteriormente Elías me presenta, ilustrando sintéticamente pero con mucha exactitud mis posiciones en los estudios de teoría del Derecho. La clase resulta, me parece, bastante bien. Los estudiantes me siguen (por lo menos eso me parece, si bien hablo en italiano). Sigue un breve coloquio: las preguntas que me hacen son breves y pertinentes".

"27 de octubre. Tercer día. Clase en la universidad Complutense (la más antigua, pero que ya tiene una sede con locales nuevos fuera de la ciudad). Hablo de la función promocional del Derecho. Mucha gente: una multitud. Me presenta el decano. Hay traducción simultánea. En la mesa presidencial

¹⁵ Fernando Claudín Pontes (1913–1990), militante antifranquista de los primeros tiempos, vivió en el exilio hasta 1975. Retornado a España, militó críticamente en el Partido Comunista Español, colaborando con instituciones próximas al Partido Socialista Obrero Español (PSOE) como la fundación Pablo Iglesias, de la que fue presidente desde 1998 (año en el que se inscribió en el PSOE) hasta el final de sus días. Fue expulsado del Partido Comunista Español en 1965, junto a Jorge Semprún. Expone su visión de la izquierda en el libro *La crisis del movimiento comunista*, publicado en París en 1970 y traducido también al italiano: *La crisi el movimento comunista: dal Comintern al Cominform*. Prefazione di Jorge Semprún, Feltrinelli, Milano 1974, 511 pp.

¹⁶ El tema de la función del Derecho –es decir de su función promocional respecto a la sociedad– era particularmente importante en aquella fase constituyente de España: la nueva constitución, como la italiana, se proponía de hecho promover nuevas medidas sociales Cfr. la entrevista Bobbio a cargo de Mario Quaranta, *infra*, nota 25.

Francisco Gil¹⁷ y Ruiz Giménez (si recuerdo bien). A las siete me vienen a buscar para llevarme a “El País” para una entrevista. La entrevista es conducida por un intelectual no muy joven que está muy informado sobre el marxismo, sobre la filosofía en Italia etc: me hace preguntas extrañas, por ejemplo, qué pienso del pensamiento de Della Volpe en Italia, o del marxismo de Geymonat, etc. Cuando le cuento a Peces-Barba cómo ha ido, se enfada y dice que “El País” ha perdido una buena ocasión, etc”.

A estos encuentros oficiales les sigue un día de descanso, que inaugura la parte turística del viaje: “28 de octubre. *Quinto día*. [sic: en realidad este es el *cuarto día*; por tanto también la numeración de los días siguientes está equivocada; en las siguientes líneas este error es tácitamente corregido.] El primer día de vacaciones. No hay debates sino ocio turístico. A las 10 Valeria, que había visitado el Prado dos días antes, me lleva a ver las Salas del Greco y de Goya porque tenemos solo una hora de tiempo (buscamos la mujer con el quitasol y la maja desnuda, que Valeria había admirado hace dos días. No las encontramos. ¿Dónde están? Cuando le pedimos a un conserje que nos indique, responde que se las han llevado a México. ¿Cuándo? Ayer. Por un día...)”.

Pero España no es solo Madrid: tras una jornada con la familia de Peces-Barba, viajé a Granada: “29 de octubre. *Quinto día*. Segundo día de vacaciones. A las 10:30 Ruiz Miguel para una larga entrevista, interrumpida porque hacia las 11 debo partir para el Escorial. En esta ocasión está también Peces-Barba que dirige la comitiva. Visita al interior y al exterior. Luego a la casa de campo de Peces-Barba recibidos por la madre (él es soltero) y por los hermanos (un chico, y una hermana casada). Comemos una ‘Paella’: exquisita, aunque un poco pesada. Tras el almuerzo, escuchamos discos de antiguas canciones de ‘comuneros’ que nuestro anfitrión admira y canturrea. A las cuatro nos acompañan al aeropuerto porque debemos salir para Granada, segunda etapa de nuestro viaje por España. Llegamos hacia las ocho (cenamos en el vuelo). En el aeropuerto nos espera Nicolás López Calera, que nos acompaña al Hotel Alhambra. Con una bellísima vista sobre la ciudad”.

Las páginas sucesivas de este diario de viaje nos presentan a Bobbio y a su señora descubriendo España: “30 de octubre. *Sexto día*. A las 10:30 viene a buscarnos un joven profesor (¿Ollero?) que nos hace de guía en una primera visita por la ciudad. La capilla de los Reyes, y la Ciudadela. Luego a la

¹⁷ Quizás no Francisco, sino Antonio Hernández Gil, ya mencionado.

universidad (en el claustro el busto de Francisco Suárez), dónde nos esperan López Calera (el decano) y algunos colegas: clase, seguida atentamente, presentado por el vicerrector (un sociólogo que ha traducido a Parsons al español): el tema es una continuación de las lecciones de Madrid. Luego la *comida* con vistas hacia Sierra Nevada. [...] Durante la *comida* conversación principalmente política, sobre el socialismo, los comunistas, y se vuelve a hablar de Claudín”, el comunista expulsado.

“31 de octubre. *Séptimo día*. A las 10 cita con la mujer de Waltz¹⁸ y con otro joven para la visita a la Alhambra y el Generalife. Muy buen tiempo, cielo iluminado. No hace calor. Todavía muchos turistas, a pesar de la época. Visita larga y detallada, comenzando por la torre (en cuya cima nos detenemos para estirar las piernas), a través de todas las salas y los jardines, hasta el gran jardín donde corren aguas canalizadas que bajan de la montaña (impresiona tanta agua en una zona que aparece tan árida). La visita dura casi tres horas, pero no nos cansamos, el lugar es tan impresionante, y continúa la sorpresa al pasar de un patio a otro. [...] Tras el descanso en el hotel, cortísimo, me espera el seminario en la universidad sobre socialismo y soberanía. Hablo una media hora, a la que le sigue una viva discusión. Terminamos hacia las ocho, luego cenamos en casa de López Calera, cuya mujer es también jurista. Vemos en televisión el debate en el parlamento sobre la aprobación de la constitución: día histórico para España. Nuestros anfitriones están emocionados”. En aquel momento solemne aparecen en la pantalla los personajes que Bobbio acababa de encontrar: González, Santiago Carrillo, Fraga Iribarne, etc.

Un contratiempo cancela el viaje a Córdoba: “1 de noviembre. *Octavo día*. Debíamos despertarnos a las seis para partir hacia Córdoba (con el autobús). Pero Valeria no se ha sentido bien durante la noche. Entonces decidimos saltar Córdoba e ir directamente a Sevilla en tren. Partimos a las 8:30”.

Con Sevilla se concluye el viaje, el “primer, memorable viaje” de Bobbio en España: “2 de noviembre. *Noveno día*. Visita a Sevilla, comenzando de la catedral hacia el cauce del río. [...] nuestro viaje por España ha terminado”. Nos acompañan diez al aeropuerto, donde a las 7:30 sale el vuelo hacia Madrid, último encuentro con Díaz y con Ruiz Miguel que nos llevan las fotografías de la tarde de la llegada y en las Cortes. Despedidas, abrazos”.

¹⁸ ¿Posiblemente el politólogo estadounidense Kenneth Neal Waltz (1924–2013) se encontraba entonces en Granada con su mujer? Enseñó de hecho en muchas universidades de todo el mundo.

Luego el avión hacia Milán y, desde allí, “salida para Turín a las 15:30. En casa hacia las seis. *Finis*”.

3. LA CORRESPONDENCIA ENTRE NORBERTO BOBBIO Y GREGORIO PECES-BARBA

La correspondencia entre Norberto Bobbio y Gregorio Peces-Barba se extiende desde el 25 de abril de 1978 (cuando Gregorio Peces-Barba invita a Bobbio a impartir una conferencia en las Cortes en Madrid) hasta el 28 de enero de 2000 (cuando Bobbio evoca aquella visita: “Nuestra amistad estaba aún iniciándose, y todavía no había superado las muchas pruebas que llegarían después”). La completa correspondencia nos ha llegado en un estado de excepcional integridad, si bien se conserva en lugares diferentes, ya que ambos corresponsales conservaban con cuidado sus propios archivos, que por su voluntad tras su muerte fueron confiados a personas cuidadosas y se han hecho públicos.

El archivo de Turín contiene una cincuentena de cartas de Gregorio Peces-Barba a Bobbio, mientras que el archivo de Madrid conserva una treintena de cartas de Bobbio a Peces-Barba. Así los dos archivos se complementan respectivamente. Las cartas se acompañaban en ocasiones con informaciones sobre congresos o publicaciones y, aquí y allí, se incluyen referencias a informaciones de las que no encontramos ulterior pista en la correspondencia: de hecho más de una vez aparece la referencia a las llamadas telefónicas que los dos corresponsales se han intercambiado o quieren intercambiarse. Sin embargo esta forma de comunicación no genera lagunas en el discurso que se desarrolla por vía epistolar.

3.1. Las cartas de Gregorio Peces-Barba en Turín

Las cartas escritas por Gregorio Peces-Barba a Bobbio se conservan en Turín en el Centro Studi Piero Gobetti. Piero Gobetti (1901-1926) fue un intelectual turinés sorprendentemente precoz, muerto en el exilio en Francia también por las consecuencias de un ataque fascista¹⁹. La vivienda turinesa, en la que desde 1924 vivieron Piero y Ada Gobetti, es desde febrero de 1961

¹⁹ N. BOBBIO, “Piero Gobetti e la tradizione culturale torinese”, en AA.VV., *Colloquio gobettiano*, La Pietra, Milano 1979, pp. 20-29; también (en pp. 121-134) en Id., *Italia fedele. Il mondo di Gobetti*, Passigli, Firenze 1896, 270 pp.

la sede del Centro Studi Piero Gobetti, a la que desde 1996 se está transfiriendo la biblioteca de Norberto Bobbio, originariamente conservada en su casa de Via Sacchi 66. En particular, Bobbio catalogaba con cuidado su correspondencia, ahora trasladada al Centro Gobetti, en donde ocupa una setentena de carpetas en la “Stanza Epistolario”. Aquí se conserva la correspondencia entre Bobbio y Gregorio Peces-Barba, en una carpeta que lleva la etiqueta *Gregorio Peces Barba, 1978-2000* y que consta de una cuarentena de documentos: cartas, anotaciones y documentos vinculados a las actividades de Bobbio en España. Uno de ellos es la descripción del primer viaje de Bobbio, analizado en el párrafo anterior.

El corpus entero de estas cartas de Gregorio Peces-Barba, unidas a las de Norberto Bobbio conservadas en Colmenarejo, se encuentra ahora en el volumen Norberto Bobbio–Gregorio Peces-Barba, *Cartas sobre socialismo y democracia, 1978-2000*. Introducción y edición de Mario G. Losano. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig, Dykinson, Madrid 2023, 284 pp.

3.2. Las cartas de Norberto Bobbio en Colmenarejo

En el campus de Colmenarejo de la Universidad Carlos III se conservan desde 2016 tanto el archivo personal como la biblioteca de Gregorio Peces-Barba, que constituyen el “Legado-Archivo Peces-Barba”. La biblioteca consta de cerca de 7.700 volúmenes, que han pasado a formar parte de la biblioteca del Campus. El archivo comprende –además de la correspondencia, a la que se volverá en breve– también 6.000 fotografías que documentan la vida política española, especialmente de los años 1983-1986, cuando Gregorio Peces-Barba fue presidente de las Cortes; sus numerosos reconocimientos y condecoraciones; el material audiovisual relativo a sus discursos, conferencias y entrevistas; y, en fin, el archivo de los documentos, que contiene los manuscritos de artículos, de discursos y de conferencias, además de su correspondencia con personalidades políticas y académicas. Es en este último conjunto donde se conservan las cartas de Bobbio a Gregorio Peces-Barba²⁰. El entero corpus de estas cartas de Norberto Bobbio, unidas a las de Gregorio Peces-Barba conservadas en Turín, está ahora publicada en el ya citado volumen Norberto Bobbio–Gregorio Peces-Barba, *Cartas sobre socialismo y democracia, 1978-2000*.

²⁰ Ulteriores informaciones sobre el “Legado-Archivo Peces-Barba” se encuentran en el correspondiente sitio: (<https://www.uc3m.es/biblioteca/colecciones/gregorio-peces-barba>).

La correspondencia de Norberto Bobbio a Gregorio Peces-Barba, conservada en Colmenarejo, consta de 32 cartas y tarjetas en gran parte manuscritas²¹. Estos documentos se subdividen en dos grupos de 16 documentos cada uno, el primero de 1978 a 1987, el segundo de 1989 a 1998. Algunos textos mecanografiados presentes en su original en Colmenarejo se conservan también en Turín, porque en ocasiones Bobbio conservaba una copia en papel tisú de las cartas mecanografiadas, o bien una segunda copia impresa, cuando la señora Valeria Bobbio comenzó a utilizar el ordenador para escribir la correspondencia de su marido.

Tras el congreso de Madrid en septiembre de 2022 con ocasión del 10º aniversario de la muerte de Gregorio Peces-Barba²², ha sido publicada toda esta correspondencia, unificando la setentena de documentos conservados tanto en Turín como en Madrid. En este intercambio regular de cartas se refleja una amistad profunda, que Bobbio sintetiza así, cuando en 1998 agradece a Gregorio Peces-Barba la “generosa introducción” a la traducción española de su autobiografía²³: “Tu introducción es, más que una presentación del libro, un bello testimonio de nuestra amistad, de la ya larga historia de nuestros vínculos intelectuales, académicos y también políticos”²⁴. Una historia iniciada 20 años antes con la carta de Bobbio de 1978, enviada desde Sevilla al final de su primer viaje por España, del que ya nos hemos ocupado (cfr. § 2).

4. LA ESPAÑA DE BOBBIO EN LA PRENSA ITALIANA

Las impresiones de Bobbio sobre su primer viaje por España se incluyen en dos entrevistas en “L’Eco di Padova”, un efímero diario democris-

²¹ Las tarjetas son en general cartulinas ligeras de dimensión A5, es decir un cuarto de los folios habitualmente utilizados. No obstante estas dimensiones reducidas, su contenido es a menudo bastante extenso, ya que los dos correspondientes escribían a mano (y minuciosamente a mano) en ambas caras de la tarjeta.

²² Universidad Carlos III, Madrid; Seminario: *Filosofía del derecho y derechos humanos en el pensamiento de Gregorio Peces-Barba. Una mirada desde otras latitudes*; 19 y 20 septiembre 2022.

²³ N. BOBBIO, *Autobiografía*. Edición de A. PAPUZZI. Prólogo de G. PECES-BARBA. Traducción de E. Benítez, Grupo Santillana de Ediciones (Taurus), Madrid 1998, 299 pp. El *Prólogo* se encuentra en las pp. 7-20.

²⁴ Norberto Bobbio a Gregorio Peces-Barba, Pino Torinese, 2 maggio 1998; Centro Studi Piero Gobetti, Torino: ANB 3161; 2 carillas de transcripción mecanografiada; en Centro Gobetti en copia sin correcciones. El original está en el Archivo Gregorio Peces-Barba, Universidad Carlos III, Campus de Colmenarejo; signatura: C/CPB-D-011-02, *Correspondencia con Norberto Bobbio*, años 1989-1998; 2 carillas mecanografiadas; papel sin encabezamiento.

tiano, fundado en 1977 y clausurado en 1978 superado por el más afortunado diario local “Il Mattino”. En este breve lapso de tiempo, en “L’Eco di Padova” Bobbio publicó dos entrevistas sobre su viaje por España, en las que las afirmaciones de Bobbio son entrecomilladas y por lo tanto merecen atención, ya que Bobbio tenía la costumbre de revisar sus entrevistas antes de la publicación.

En la primera entrevista Bobbio explica entre otras cosas los motivos del viaje por España²⁵: Además de “dos clases de filosofía del Derecho sobre las tesis que mantengo en el último libro *Dalla struttura alla funzione*”, “he impartido una conferencia política en el palacio de las Cortes al grupo parlamentario del partido socialista”, que resume así: “He informado de los problemas que se están discutiendo en este momento en el ámbito de la izquierda italiana, y por tanto de la relación entre socialismo y democracia, de aquella entre socialismo y marxismo y en fin de la cuestión de la denominada tercera vía. La discusión que ha seguido ha sido muy correcta: las peticiones de aclaración eran más políticas que teóricas. No hay que olvidar que entre los interlocutores se encontraban muchos juristas y que precisamente en aquellos días tenía lugar la aprobación de la nueva constitución, hecho crucial para todas las fuerzas políticas españolas”.

Bobbio sintetiza entre otros los temas más debatidos en el socialismo español de aquellos días: “En España hay una notable tradición socialista, en parte marxista y en parte libertaria, que ahora está adecuadamente revalorizada. La relación socialismo-marxismo es el tema más discutido y el problema de la democracia es un imán unánimemente reconocido como central en el actual debate político”. Una vez más se refiere al artículo crítico publicado por “El Socialista” (cfr. *supra*, nota 4), pero para constatar que el planteamiento ha cambiado: “Las personas con las que he hablado, juristas y políticos, me ha parecido, están muy próximas a mis posiciones”. Puesto que la clase dirigente socialista de aquellos días estaba compuesta principalmente por jóvenes, Bobbio se detiene en las relaciones entre estos últimos y la “vieja guardia”: “Tengo la impresión de que la ruptura ha sido más fuerte de la que hubo entre nosotros en la segunda posguerra. La vieja generación no

²⁵ Centro Studi Piero Gobetti, Torino: ANB 712, Carpeta: “Intervista a cura di Mario Quaranta ‘Spagna: la svolta culturale socialista’, “L’Eco di Padova”, 15 noviembre 1978, p. 3”; la entrevista se titula: *Spagna: la svolta socialista*. Por error, la revista *Sistema* (en la que vendrían publicados artículos de Bobbio) es citada como “Schema”, error tácitamente corregido en las citas anteriormente referenciadas.

existe políticamente; pero los jóvenes conservan su tradición. Por ejemplo, la revista 'Sistema' ha promovido investigaciones sobre la historia del socialismo español".

Al final Bobbio aborda el problema de las relaciones entre el Partido Socialista y el Partido Comunista: "Se puede decir que hay una relación inversa respecto a la italiana, puesto que el Partido Comunista es un tercio del Socialista, que por ello no necesita del comunista como el Psi necesita al Pci. El PSOE no tiene una actitud de desconfianza: sin embargo tengo la impresión que lo mantienen un poco al margen".

Un mes después de la anterior entrevista, Bobbio aborda en el mismo diario el problema de la nueva Constitución española²⁶. "Pedimos a Norberto Bobbio que nos cuente cuáles son las características fundamentales de la nueva constitución española. Él, antes que nada, recuerda que "España tiene una notable tradición de pensamiento democrático y socialista. Recientemente Renato Treves ha evidenciado como el socialismo español es la continuación de la tradición liberal española. Otros estudiosos españoles subrayan la importancia del filón marxista. Pues bien, la Constitución española se inserta en aquel filón que los constitucionalistas suelen definir como 'democracia social'. En ella están presentes los derechos individuales y sociales. Por otra parte, está previsto el Tribunal Constitucional, con competencias análogas a las que tiene el nuestro. Según Bobbio, el modelo al que se reconduce la Constitución española, así como la Constitución italiana, es el de la República de Weimar: "Una constitución no puramente garantista, sino promocional, que indica cuáles son los obstáculos que deben ser removidos para hacer efectivos, realizables los derechos sancionados por la misma constitución". Bobbio recuerda que "hablando en la Universidad de Madrid he subrayado la función promocional del derecho a propósito de nuestra constitución, en la que son muy frecuentes los términos 'facilita', 'ayuda', 'promueve'. Los amigos españoles me han respondido que también en la constitución española están presentes dichos términos".

El interés por la dimensión promocional del Derecho estará en el centro de sus conferencias tanto en la Universidad Autónoma de Madrid, el 27 de octubre de 1978, cuanto en la Universidad de Granada el 30 de octubre de 1978²⁷.

²⁶ Centro Studi Piero Gobetti, Torino: ANB 712, carpeta: Entrevista a cura di Mario Quaranta 'La carta spagnola secondo Bobbio', "L'Eco di Padova", 13 dicembre 1978, p. 3.

²⁷ Se conserva el texto manuscrito (muchas pp. bastante claras): Centro Studi Piero Gobetti, Torino: ANB 712: carpeta "Testo manoscritto di Bobbio 'Dalla struttura alla funzione nella teoria del diritto', Universidad Autónoma de Madrid, 26 de octubre de 1978"; la confe-

5. UNA LARGA AMISTAD LLEGA A LA CONCLUSIÓN

Con el paso del tiempo los viajes de Bobbio se hacen cada vez más raros y, al final, cesan, mientras en sus cartas las referencias a la muerte se hacen más frecuentes. La conclusión de su vida, que significará también la conclusión de la larga amistad con Gregorio Peces Barba, se refleja en dos artículos de este último publicados en el periódico “El País”: el primero refleja en el año 2000 el nonagésimo cumpleaños de Bobbio; el otro conmemora en el 2004 la muerte de Bobbio. Ambos constituyen la conclusión ideal de la correspondencia evocada brevemente en las páginas precedentes y publicada integralmente en el ya citado volumen Norberto Bobbio-Gregorio Peces-Barba, *Cartas sobre socialismo y democracia, 1978-2000*.

Ambos artículos son consultable íntegramente en el sitio (*repositorio*) <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/23038> en el “Legado-Archivo Peces-Barba”. En los siguientes dos subparágrafos se citan solo algunos momentos relevantes.

a) *El artículo de Gregorio Peces-Barba por los noventa años de Bobbio*. El tono de fraternal amistad continúa también en la última carta de Bobbio, que el 28 de enero de 2000 agradece a Peces-Barba “el homenaje que me has dedicado por los 90 años”, esto es por el artículo en el “El País”²⁸, en el que el amigo Gregorio valora “la obra de Bobbio como un gigantesco depósito de razón, como una obra siempre abierta; de un lector y de un escritor infatigable”; y recorre los autores que más han influido en Bobbio, comenzando por Hobbes y Kelsen. También de ellos, pero no solo de ellos, Bobbio ha recogido “los grandes valores que están en la base de su investigación”, esto es “la libertad y los derechos humanos, la democracia, la igualdad y la paz”. A partir de estos valores “ha construido una metodología y una forma de afrontar los problemas de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía Política. Una combinación entre la reflexión histórica y la aproximación sistemática en todos los temas identifica sus aportaciones, algunas distanciadas y objetivas, y otras, las menos, comprometidas y combativas”.

rencia tuvo lugar el 27 de octubre, como resulta de las tarjetas de invitación. Carpeta: “Testo manoscritto di Bobbio ‘La funzione promozionale del diritto’ con pagine a stampa inframmezzate” (conferencia en Granada, Facultad de Derecho, 30 de octubre de 1978).

²⁸ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Los noventa años de Bobbio”, *El País*, 7 de enero de 2000, p. 11 s. Las citas que siguen son extraídas de este artículo.

El artículo de Gregorio Peces Barba examina con detalle la obra de Bobbio y, en el examen de los conceptos, aparecen bobbianamente también los afectos:

En su obra de Filosofía del Derecho se ha ocupado de la teoría del Derecho, de la teoría de la Justicia y de la teoría de la Ciencia jurídica, aunque duda, en carta al profesor Ruiz Miguel, que se puedan comparar su teoría del Derecho y su teoría de la Justicia. Su teoría del Derecho, especialmente su teoría de la Norma y del Ordenamiento, tiene una gran consistencia, y perfila y matiza la ingente obra de Kelsen, de la que se nutre y de la que se aparta como hombre de pensamiento libre que huye del escolasticismo. Su teoría de la Justicia son tanto sus escritos sobre la libertad y sobre la igualdad y los de los derechos humanos reunidos en L'età dei diritti, como su planteamiento más metodológico de la distinción entre iusnaturalismo y positivismo. Riccardo Guastini distingue, en un trabajo para este noventa aniversario, siete recorridos temáticos en la obra de Bobbio en este campo: 1. los estudios sobre la analogía; 2. los estudios sobre la teoría y sobre la metateoría del derecho; 3. los estudios sobre iusnaturalismo y positivismo jurídico; 4. los estudios de lógica jurídica; 5. la teoría formal del Derecho; 6. los estudios kelsenianos; 7. los estudios sobre historia del pensamiento jurídico. Yo añadiría un octavo grupo con los escritos de teoría de la justicia, especialmente de los derechos humanos. En todo caso, un ingente depósito de inteligencia y de trabajo.

En su obra de Filosofía política, recopilada también en este aniversario, por Michelangelo Bovero en una gran Teoria generale della politica, se señalan también las plurales temáticas que afronta Bobbio en ese ámbito de conocimiento. Por cierto que Bobbio, que se firma "Norberto (nonagenario)", me dedica este libro con unas palabras muy afectuosas que sólo son respuesta a la gran admiración que siempre le he profesado.

Al análisis de las obras de Bobbio le siguen las conclusiones sobre la vejez de un nonagenario que no ha perdido el interés por el mundo que le rodea, a pesar de las frecuentes afirmaciones sobre la cercanía del final. Cuando Gregorio lo visitó el 28 de octubre de 2000, "hizo en diez minutos un análisis demoledor de la encíclica *Ratio et fides*. Cuando le pregunté me dijo, "lo tengo escrito, no sé si publicarlo". No parecía la opinión de alguien que se despedía de la vida".

Sin embargo, acabará la Autobiografía con un último capítulo, Congedo, que significa "despedida" o "adiós". En él afirma que "cuando uno se hace viejo importan más los afectos que los conceptos" y añade que la vejez

es indisociable de la sensación de final. Has llegado también tú a la cita con la muerte. Te das cuenta que ya no tienes mucho tiempo para hacer balance de tu vida. Se debilita el interés para el futuro. El porvenir ya no te pertenece. Sientes, en cambio, la necesidad de comprender si tu vida ha tenido un sentido y cuál". Sin embargo, las últimas palabras del Congedo son reflexiones sobre el futuro de la democracia. Le puede su vitalidad intelectual sobre las limitaciones biológicas y sobre el pesimismo. Cumplir noventa años de una vida tan rica y seguir, a pesar de todo, mirando al futuro, es una posibilidad para algunos elegidos. Bobbio está entre ellos.

El artículo de Gregorio Peces-Barba, de desacostumbrada longitud y profundidad para las páginas de un diario, es una síntesis biográfico-cultural escrita con rigor y afecto. Para Bobbio este artículo sella una larga amistad y "es, entre los diversos artículos que han hablado de mí, el que más agradezco, porque no sólo viene de más lejos sino porque, a pesar de la distancia, viene de una persona que para mí ha sido durante mucho tiempo siempre cercana, cada vez más cercana" (Norberto Bobbio a Gregorio Peces-Barba, 28 de enero de 2000).

b) *Gregorio Peces-Barba conmemora "la última vuelta del camino" del amigo Bobbio.* Gregorio Peces-Barba conmemoró la muerte de Bobbio dos días después de su fallecimiento, con un artículo mucho más breve que aquel con el que había conmemorado los 90 años²⁹: en realidad una larga presencia se presta a una larga evocación, mientras que cuando desaparece una figura como Bobbio solo se puede constatar el vacío que deja. Los recuerdos se agolpan en la memoria, y no se sabe cuál elegir: "Si quisiera hacer una semblanza personal, con la experiencia de una relación larga e intensa durante muchos años, ocuparía páginas y páginas y se pondría de relieve mi respeto, mi afecto y mi admiración justificada por la plenitud de su vida y de su obra. No hay tiempo ni espacio, y por eso tengo que sintetizar su pensamiento y su talante".

Peces-Barba recuerda a Bobbio sobre todo como "un profesor universitario ejemplar": en realidad la actividad política y civil eran para él una directa consecuencia de la actividad cultural. Lo había subrayado el mismo Bobbio en su carta del 12 de mayo de 1998, cuando se publicó la traducción española

²⁹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, "En memoria de Norberto Bobbio. Elogio de una figura excepcional", *El País*, 11 enero de 2004, p. 39. Bobbio murió el 9 de enero de 2004. Las citas que siguen están extraídas de este artículo.

de su autobiografía³⁰: “Un libro que no amo, porque contiene lagunas, y da demasiado espacio a mi trabajo político respecto al de docente y hombre de estudio”. Es el mismo Bobbio el que pone el acento en la parte que considera más importante de su actividad y Gregorio Peces-Barba lo ha comprendido perfectamente.

Por esto, tras haber evocado las principales obras con éxito, Gregorio Peces-Barba traza un panorama de la influencia de Bobbio en el área hispanófila: “En España se pueden señalar su influencia y el interés por estudiarle y presentarle ante los lectores españoles en autores como Elías Díaz, Alfonso Ruiz Miguel, Antonio Pérez Luño, Luis Prieto, Javier de Lucas, Eusebio Fernández, Rafael de Asís, Javier Ansuátegui, Liborio Hierro, Andrea Greppi o Rodríguez Uribes, entre otros muchos”. El seminario de Santander de 1992 y el volumen que surgió de él demuestran este interés: en particular, en aquella publicación se señalan los ensayos de Javier de Lucas y de Agustín Squella Narducci³¹.

Pero la influencia de Bobbio va mucho más allá de España: “En Iberoamérica se debe señalar el amplio estudio del profesor Squella³², que describe el panorama de la influencia de Bobbio en países como México, Brasil, Argentina, Uruguay, Paraguay, Perú o Colombia. Figuras como la del profesor Squella, Fernández Santillán, César Cansino, Genaro Carrión, Ernesto Garzón Valdés, Miguel Reale, Celso Lafer, Roza Acuña o Roque Carrión, entre otros, expresan en su propia obra esta influencia”. Este ámbito de investigación ha sido abordado con éxito también por Alberto Filippi y Celso Lafer³³, pero en realidad no debe considerarse agotado.

³⁰ N. BOBBIO, *Autobiografía*. Edición de Alberto Papuzzi. Prólogo de G. PECES-BARBA. Traducción de E. Benítez, Grupo Santillana de Ediciones (Taurus), Madrid 1998, 299 pp. El *Prólogo* se encuentra en las pp. 7-20.

³¹ La “edición de que recoge el seminario de Santander de 1992 es un signo de ese interés”: J. DE LUCAS, “La influencia de Bobbio en España”, pp. 259-282; A. SQUELLA NARDUCCI, “La influencia de Bobbio en Iberoamérica”, pp. 283-318, en Á. LLAMAS (ed.), *Sobre la figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, cit. Cfr. también la carta de Bobbio a Peces-Barba del 21 de diciembre de 1992.

³² Además del ensayo incluido en el volumen *Sobre la figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, citado en la nota precedente, si véase: A. SQUELLA NARDUCCI, *Presencia de Bobbio en Iberoamérica*, Edeval, Valparaíso 1993, 84 pp.

³³ A. FILIPPI – C. LAFER, *A presença de Bobbio. América Espanhola, Brasil, Península Ibérica*, Editora Unesp, São Paulo 2004, 174 pp.; A. FILIPPI, *La filosofía de Bobbio en América Latina y España*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires 2003, 140 pp.

Gregorio Peces-Barba concluye su recuerdo de Bobbio trazando el balance de una vida ejemplar, también a menudo atormentada, y mostrando la serenidad con la que el filósofo turinés espera el gran misterio que se aproxima:

Se confiesa nervioso y habla de la fragilidad de sus nervios, que duda de sí mismo, que busca estar en paz con los demás al haber estado nunca en paz consigo mismo, que se considera tolerante y hombre de diálogo y siempre con una gran curiosidad por saber, siempre desde la tolerancia. En esa apertura hacia las confesiones personales, especialmente en De Senectute, hace alguna reflexión interesante: “De mi muerte pueden hablar sólo los otros... Sólo yo no puedo contar mi muerte. Mi muerte es imprevisible para todos, mas para mí es también indecible”. Sin embargo, sostendrá que “la vida no puede ser pensada sin la muerte... La muerte tomada en serio es el final de la vida, el final último, el final tras el cual no hay un nuevo principio... Tomar en serio la vida significa aceptar firme y rigurosamente, lo más serenamente posible, su finitud... Mi muerte es el final de mí y sólo ella es un final absoluto”. No hay zozobra ni angustia en esas palabras. Hay una tranquilidad que sólo da el vivir una vida plena, aunque sólo haya llegado “a los pies del árbol del saber”. Será tajante al afirmar que las satisfacciones más duraderas de su vida “provinieron de mi vida de relación, de los maestros que me educaron, de las personas que amé y me amaron, de cuantos siempre han estado a mi lado y ahora me acompañan en la última vuelta del camino”. También en eso, para nosotros, Bobbio es un maestro.

MARIO G. LOSANO
Accademia delle Scienze di Torino
Via Maria Vittoria 3
10123 Torino (Italia)

UNA CONCEPCIÓN DE LOS DERECHOS PARA LUCHAR CONTRA LA DESIGUALDAD ECONÓMICA

A CONCEPTION OF RIGHTS TO FIGHT ECONOMIC INEQUALITY

CRISTINA MONEREO ATIENZA

Universidad de Málaga

<https://orcid.org/0000-0002-9947-0111>

Fecha de recepción: 23-4-23

Fecha de aceptación: 19-7-23

Resumen: *La denominada desigualdad vertical es uno de los temas centrales del debate internacional de los últimos años ya que su desmedido crecimiento ha alcanzado límites intolerables en términos éticos y económicos que no pueden ser ya ignorados por nadie. Al respecto se discute la manera de abordar el problema. En concreto el movimiento de los derechos considera que puede ofrecer herramientas útiles para enfrentar esta injusta situación, mientras otros dudan de la relación entre desigualdad económica y derechos humanos y de la capacidad de los derechos humanos para luchar frente a este tipo de desigualdad. En esta tesitura se pueden distinguir posiciones “en contra”, “a favor” e “intermedias”. Analizar atentamente este debate y los conceptos que en él se manejan es de fundamental relevancia para valorar el problema de raíz que está detrás de los llamados derechos económicos, sociales y culturales, y que tiene que ver entre otras cosas con un problema de concepto y fundamentación de los derechos. Al respecto se destacan los argumentos esenciales y se muestran críticamente las definiciones y consideraciones más cuestionables con el objetivo de afianzar a continuación una noción de derechos sociales más resistente. Una solución razonable pasa por combinar el proyecto de suficiencia con el proyecto de igualdad volviendo a las bases del auténtico Estado social de Derecho que dio origen a estos derechos y que los configura como derechos de dignidad basados en la libertad real, la igualdad sustancial y también la solidaridad, ésta última prácticamente ausente en el debate.*

Abstract: *The so-called vertical inequality is one of the central issues of the international debate in recent years, as its unbridled growth has reached intolerable limits*

in ethical and economic terms that can no longer be ignored by anyone. The Rights Movement believes that it can offer useful tools for dealing with this unjust situation., while others doubt about the relationship between economic inequality and human rights and about the capacity of human rights to fight against this kind of inequality. In the discussion there are opposing, supporting and intermediate positions on this thesis. A careful analysis of this debate and the concepts involved in it is of fundamental relevance in order to assess the root problem behind the economic, social and cultural rights, which has to do with, among other things, a question of concept and foundation of rights. The aim here is to highlight the main arguments and to critically examine the most questionable definitions and considerations in order to then establish a more robust concept of social rights. A reasonable solution is to combine the project of sufficiency with the project of equality by returning to the foundations of the genuine social rule of law, which gave rise to these rights and which configures them as rights of dignity based on real freedom, substantive equality and also solidarity, which is little mentioned in the debate.

Palabras clave: derechos, desigualdad económica, suficiencia, igualdad, igualdad material, mínimos, concepto de los derechos, fundamento de los derechos, solidaridad

Keywords: rights, economic inequality, sufficiency, equality, substantial equality, minimums, concept of rights, foundation of rights, solidarity

1. INTRODUCCIÓN. EL DEBATE INTERNACIONAL SOMETIDO A CRÍTICA: ¿SON LOS DERECHOS COMPATIBLES CON LA DESIGUALDAD Y UNA HERRAMIENTA INÚTIL PARA ENFRENTARLA?

De un tiempo a esta parte, la denominada “desigualdad vertical” (aquella considerada por cuestiones de ingreso y riqueza) ha pasado a ocupar una posición primordial en el debate mundial de las últimas décadas dado su aumento exponencial hasta límites intolerables en términos éticos y también económicos, lo que por fin parece haber llamado la atención de los grupos hegemónicos¹. Ahora la cuestión es tanto internacional como nacional. Ya no

¹ Existe un consenso entre los economistas en que un grado aceptable de desigualdad económica no supone problema alguno e incluso es positivo para incentivar los esfuerzos individuales y el crecimiento económico, sin embargo, un grado alto tiene costes sociales fatales en términos políticos y económicos, (favorece los líderes populares y ralentiza la economía). Véase, por ejemplo, E. DABLA-NORRIS et al., *Causes and Consequences of Income Inequality: A Global Perspective*, International Monetary Fund, SDN/15/13, Washington, 2015 (<https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2015/sdn1513.pdf>, última consulta 21 de febrero de 2023).

es solamente entre países ricos del primer mundo y países pobres en desarrollo, la consecuencia más desastrosa de la desigualdad económica es la pobreza y ésta forma parte ahora del interior de los países con ingresos medios y altos², lo que tiene consecuencias graves en todos los niveles.

En relación a ello, el círculo internacional debate acerca de la manera de abordar este problema social. Los economistas han acometido la cuestión sin tener en cuenta la perspectiva fundamental del tema, que es una perspectiva moral y de Justicia, y los estudiosos de los derechos ven la posibilidad de ofrecer una respuesta adecuada en esta línea. El objeto está en analizar la relación entre desigualdad económica y derechos humanos y también de la capacidad de los derechos humanos³ para luchar frente a este tipo de desigualdad. En el debate teórico se enfrentan dos posiciones: de un lado, la liderada por Samuel Moyn quien niega tal relación y es escéptico ante las soluciones planteadas por el movimiento de los derechos; de otro, la representada entre otros por Radhika Balakrishnan, James Heinz y Diane Elson, Philip Alston, Sakiko Fukuda-Parr, o Gaby Oré-Aguilar e Ignacio Saiz, quienes defienden la conexión entre desigualdad económica y derechos humanos y consideran que la lucha frente a la desigualdad es posible desde este movimiento. También hay alguna propuesta intermedia como la de Rodrigo Uprimny Yepes y Sergio Chaparro Hernández.

Analizar atentamente este debate y los conceptos que en él se manejan es de cardinal relevancia para valorar el problema de raíz que está detrás de los llamados derechos económicos, sociales y culturales⁴, y que tiene que

² Los intentos por relacionar igualdad económica y derechos sociales se deben a los cambios en la distribución global de las personas que viven en la pobreza. Hasta hace poco tiempo, la mayoría de personas pobres en el mundo vivía en países de bajos ingresos. Por ejemplo, en 1998 el 93% de las personas pobres vivían en países de bajos ingresos, mientras solo el 7% vivía en países de ingresos medios. Una década después, en 2008, el 72% de las personas que vivían en la pobreza lo hacían en países de ingresos medios y solo el 28% en países de bajos ingresos (Véase A. SUMMER, "Global Poverty and the New Bottom Billion: What If Three Quarters of the World's Poor Live in Middle-Income Countries?", Institute of Development Studies, IDS Working Paper 349, Brighton (UK), 2010, pp. 3-43. https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.2040-0209.2010.00349_2.x (última consulta 30 de marzo de 2023)).

³ A nivel internacional se suele utilizar este término, si bien, yo preferiría hablar de "derechos fundamentales" puesto que esta noción tienen que ver con un determinado concepto que entiende a los derechos como propuestas morales cuyo fundamento se encuentra en la dignidad humana y que, además, tienen que estar plasmados en textos jurídicos.

⁴ Aunque considero esta denominación la más acertada, en el documento se hablará indistintamente de "derechos económicos y sociales", o simplemente se utilizará la expresión más abreviada de "derechos sociales".

ver entre otras cosas con un problema de concepto y fundamentación de los derechos. Mi objetivo no es reproducir meramente este debate (aunque ciertamente haya que exponerlo mínimamente), sino destacar su argumentos esenciales y mostrar críticamente las definiciones y consideraciones más cuestionables con el objetivo de afianzar a continuación una noción de derechos sociales más resistente. Solamente un concepto determinado de derechos en general y de derechos sociales en particular va a permitir su completa articulación y satisfacción en todos los niveles normativos, lo que los capacitará entonces para luchar contra la grave desigualdad económica.

2. SUFICIENCIA, IGUALDAD Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO. SOBRE LA POSICIÓN *EN CONTRA*

El máximo representante de la posición *en contra* es Samuel Moyn, quien se muestra escéptico a la hora de admitir la relación entre desigualdad económica y derechos humanos y también de la capacidad de los derechos humanos para luchar frente a este tipo de desigualdad.

En varios artículos considera que la satisfacción en concreto de los denominados derechos económicos y sociales tendría efectos redistributivos, pero que estos derechos no tienen realmente como objetivo limitar la desigualdad, sino que su proyecto es más modesto y se ciñe a construir un dique frente a la indigencia⁵.

Más extensamente, en su libro *La última utopía: los derechos humanos en la historia* (2010) y, sobre todo, en el más reciente *No bastan: los derechos en un mundo desigual* (2018), defiende que los derechos humanos no son cómplices del neoliberalismo pero sí son un acompañante silencioso e intrascendente de este modelo económico, que se muestra impotente para resistir y remediar las consecuencias negativas anejas al mismo en materia de desigualdad. Entiende que el modelo de Estado de Bienestar (en el que acabaron por positivizarse y moldearse los derechos sociales a nivel internacional) cedió al triunfo del neoliberalismo preocupándose más por aliviar la pobreza y dar

⁵ S. MOYN, "Los derechos humanos y la era de la desigualdad", *OpenDemocracy*, octubre 27, 2015: <https://www.opendemocracy.net/es/los-derechos-humanos-y-la-era-de-la-desigualdad/> (última consulta 14 de marzo de 2023). Una versión en la misma línea en *OpenGlobalRights*: <https://www.openglobalrights.org/human-rights-and-age-of-inequality/?lang=Spanish> (última consulta 14 de marzo de 2023). Igualmente, Id., "Do Human Rights Increase Inequality?", *Chronicle of Higher Education*, vol. 61, fas. 37, 2015.

un mínimo básico de bienes y servicios a las personas que por perseguir la igualdad y realizar un proyecto redistributivo, objetivos ambos que estaban en el obviado trasfondo de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948. En definitiva, se acabó adoptando un proyecto de suficiencia y se desechó el proyecto de igualdad⁶.

Moyn considera importante para comprender esta distinción entre el proyecto de igualdad y el proyecto de suficiencia retomar la historia y volver a la época de las revoluciones donde florecieron y se combinaron ambos ideales. Para ello no puedo dejar de recordar que Jean Jacques Rousseau en *El contrato social* (1762) afirmaba como principio “que ningún ciudadano sea lo suficientemente opulento como para comprar a otro, ni ninguno tan pobre como para verse obligado a venderse”⁷. Desde esta perspectiva, una sociedad justa no permitiría personas muy ricas ni mendigos. Los extremos de riqueza y pobreza son contraproducentes puesto que los ricos se abstendrían de perseguir la igualdad política y los pobres harían lo propio para sobrevivir. Esta idea que surgía como necesidad para evitar el desorden social fue lo que luego maduró en un argumento directo a favor la importancia moral de la igualdad.

A nivel político, Moyn explica que la *Declaración Universal de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1793 se basó sobre todo en una visión de suficiencia básica para todos, al perseguir alcanzar un mínimo esencial de existencia digna. No obstante, recuerda que en ese momento hubo otras corrientes que intentaron combinar la suficiencia con la igualdad, como es el caso del pensamiento jacobino cuyo gobierno, tal y como defiende este profesor provocativamente, puede considerarse por ello el primer Estado de bienestar⁸.

Declara entonces que las críticas hacia el modelo de Estado social de Bienestar forjado tras la II Guerra Mundial (por ser un modelo incapaz de cumplir sus objetivos) no estaban justificadas y estaban más relacionadas con el hecho de que se embarcara en un proyecto de igualdad más allá de la suficiencia. Para este profesor, el Estado de Bienestar (a pesar de estar plagado de múltiples exclusiones) fue capaz de limitar la desigualdad material

⁶ S. MOYN, *No bastan: los derechos en un mundo desigual*, trad. J. González Jácome, Tirant Lo Blach, Valencia, 2019, p. 12.

⁷ J. J. ROUSSEAU, *El contrato social*, trad. y ed. M. J. Villaverde Rico, Akal, Madrid, 2017, p. 111. Disponible en: <https://elibro-net.uma.debiblio.com/es/ereader/uma/49821?page=198>. (última consulta el 10 de marzo de 2023).

⁸ S. MOYN, *No bastan*, cit., p. 48.

más que ningún otro arreglo político en la Modernidad⁹. Insiste en que esta es la idea que se encontraba detrás de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El mismo Thomas H. Marshall en 1949 afirmó que los Estados de Bienestar tenían el ideal de la igualdad material y no solamente la búsqueda de provisiones básicas¹⁰.

Continúa afirmando que esa combinación de suficiencia e igualdad marcada en los objetivos de los Estados de Bienestar fue promovida no por el movimiento de derechos humanos sino por el socialismo, aún cuando éste no estaba ni siquiera presente políticamente, como fue en el caso de los Estados Unidos. Tiene razón en este punto si nos referimos al primer pensamiento socialista, que defendió un mínimo suficiente para todos que armonizara con los objetivos más amplios de la igualdad distributiva¹¹.

Más tarde, citando a Karl Polanyi (*The Great Transformation*, 1944) y a George Gurvitch (*Les Declaration des Droit Sociaux*, 1944), defiende que fueron los intelectuales los que se apresuraron en captar la noción de derechos sociales para los países democráticos liberales y no para los totalitarios como Rusia (que tenían más razones para atribuirse esta retórica). Estos intelectuales querían aclarar que los Estados democráticos liberales también podían lograr la justicia social: no solamente sociedades más libres sino también más justas.

Como conclusión, y no le falta razón, Moyn considera que la Declaración Universal de Derechos Humanos llegó tarde cuando ya estaban en marcha los Estados de Bienestar capitalistas y estaban marcadas las líneas hacia la suficiencia¹². Así pues, los derechos humanos (tal y como están configurados) son compatibles con la desigualdad económica y, además, una herramienta impotente para luchar frente a ella.

La postura de este autor resulta especialmente atractiva porque sus argumentos se basan en la historia de los derechos y en concreto en la historia de los derechos sociales que no ha sido nunca extensa y claramente contada. Es muy buen conocedor de los autores que en Estados Unidos y sobre todo

⁹ Ibid., p. 65.

¹⁰ T. H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class and other essays*, Cambridge University Press, New York, 1950.

¹¹ S. MOYN, *No bastan*, cit., p. 53. Véase, por ejemplo A. MENGER, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, Cotta, Stuttgart 1886 (*El derecho al producto-El Estado democrático del trabajo (el Estado socialista)*), ed. y est. prelim. J. M. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2004).

¹² Ibid., p. 100.

en Europa han hecho aportaciones significativas a la teoría de los derechos sociales. Analizando esa tradición, este historiador y filósofo del Derecho americano llega a la conclusión de que los derechos sociales nacieron del pensamiento socialista y de la idea de Estado de Bienestar. Las razones que maneja son potentes pero es conveniente realizar algunas aclaraciones y puntualizaciones. Los derechos no dejan de ser una invención que solo consigue su existencia como tal al plasmarse en los textos jurídicos. Así pues, opino que no fue el Estado de Bienestar como tal ni el socialismo propiamente dicho sino el Estado social de Derecho y el socialismo como *tendencia* a lo social, la base histórica de los derechos sociales¹³.

Los derechos sociales nacieron con la cuestión social, cuya gravedad acabó penetrando por diversas razones en todas las ideologías, creando una tendencia opuesta al individualismo liberal que racionalizara materialmente e introdujera la dimensión socializadora en las relaciones humanas. Se trataba de caminar hacia el organicismo y rectificar el liberalismo erigido exclusivamente desde la idea individual (que concebía a los seres humanos como seres en abstracto, independientes, libres e iguales) a través de la incorporación de la idea social (que consideraba al ser humano como ser sociable, perteneciente a una comunidad concreta y rodeado de unas características específicas que condicionan su existencia).

La tensión entre las diversas corrientes de pensamiento marcó el nacimiento y el desenvolvimiento de los derechos sociales. Para los liberales conservadores se trataba de hacer concesiones mínimas para mermar las aspiraciones sociales de la clase obrera, que representaban una amenaza creciente para la subsistencia del sistema político-liberal y económico-capitalista. Para el resto, era importante plasmar estos derechos para alcanzar un punto de equilibrio entre los distintos intereses, lo cual significaba entre los liberales progresistas promover la reforma con el objetivo de *corregir* el sistema liberal, y para los socialistas de su reforma para su posterior *transformación* en el Estado socialista.

El resultado final del choque fue que se impuso la necesidad de intervención estatal y la plasmación jurídica de unos derechos sociales finalmente basados en la justicia social y no en la mera beneficencia, capaces de integrar a la clase obrera en el sistema pero acordes con el sistema liberal. No es de extrañar que las propuestas sociales del socialismo vinieran acompañadas de

¹³ Más ampliamente desarrollado en C. MONEREO ATIENZA, *Ideologías jurídicas y cuestión social: los orígenes de los derechos sociales en España*, Comares, Granada, 2007.

propuestas políticas democráticas que impulsaran la participación política de las clases trabajadoras.

El conservadurismo liberal tuvo que aceptar que la libertad y la igualdad abstractas no eran suficientes para pacificar y estabilizar la cuestión social. Por su parte, el primer socialismo hubo de renunciar a sus reivindicaciones de abolición del sistema burgués e implantación del Estado socialista. Fue así como nacieron los derechos sociales, en la búsqueda de un equilibrio precario, como elementos legitimadores del Estado de Derecho, que pasaba ahora de ser un Estado liberal de Derecho a ser un Estado *social* de Derecho.

En este proceso se logró configurar a todos los derechos como un *todo* basado en la dignidad humana en el que los derechos sociales eran continuaciones de los derechos individuales, civiles y políticos. Sin embargo, no solo se abandonó el proyecto de la igualdad, sino que tampoco se optó realmente por un proyecto de suficiencia al no conseguir configurar los derechos sociales como mínimos materiales fuera de la lógica del mercado. Los derechos sociales quedaron “mercantilizados” para que continuara el sistema de producción, distribución y consumo de bienes del capitalismo.

Teniendo en cuenta esto, los Estados de Bienestar, que fueron la concreción histórica del Estado social, se concibieron como un pacto liberal-social entre el conservadurismo liberal y el socialismo, y en ese pacto el Estado se erige como la institución encargada de hacer frente a las exigencias sociales y proveer el bienestar social. Los derechos sociales se hacen dependientes de las políticas sociales estatales establecidas de acuerdo con el sistema capitalista. No se conformaron como derechos de emancipación y participación político-social, y el equilibrio entre Estado y Sociedad se rompió generando una ciudadanía pasiva. Defiendo que la crisis de los Estados de Bienestar no se produjo, al menos no únicamente, porque buscaran un proyecto de igualdad, fue una crisis de su racionalidad *vertical*, que ha enseñado que el ente estatal no es capaz por sí solo de corregir las consecuencias negativas del sistema económico capitalista.

Ahora se necesita reformular el Estado social para que sostenga una auténtica ciudadanía de triple dimensión: civil, política y social, capaz de integrar a los individuos en un sistema auténticamente democrático. Como decía Emilia Bea, hay que poner de manifiesto que el Estado social es una extensión del principio democrático¹⁴. Para ello también, tiene que recupe-

¹⁴ E. BEA PÉREZ, “Los derechos sociales ante la crisis del Estado de Bienestar”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. X, 1993, pp. 121 y ss.

rarse la noción de derechos sociales de “desmercantilización”, que permitan satisfacer al menos unas condiciones básicas para una vida digna con independencia del mercado¹⁵. La situación se ha hecho insostenible y tal y como están configurados los derechos no solo no se eliminan desigualdades profundas sino que se acrecienta el avènement de un nueva cuestión social. Los derechos sociales “mercantilizados” solo producen una agravación de la exclusión y marginación social¹⁶ y, dada la continuidad entre estos derechos y los derechos individuales, civiles y políticos, comportan además a una gravísima crisis del sistema político-democrático. Seguramente, las consecuencias negativas de la defectuosa plasmación de los derechos sociales hacen que el proyecto de la Modernidad, caracterizado precisamente por esa búsqueda del difícil equilibrio entre la idea individual y la idea social, aún no haya terminado y haya que recuperar viejos retos.

3. LA IGUALDAD SUSTANTIVA Y LA IGUALDAD COMO VALOR. SOBRE LA POSICIÓN A FAVOR

Balakrishnan, Heintz and Elson manejan otro tipo de argumentos. Para ellos la desigualdad supone una amenaza para los derechos económicos y sociales en particular y también afecta a la efectividad del resto de derechos. Defienden que existe una relación estrecha entre desigualdad económica (de ingresos y riqueza) y derechos humanos y que, además, es posible (y necesaria) la lucha de este tipo de desigualdad desde este movimiento.

Comienzan por distinguir entre desigualdad vertical y desigualdad horizontal. Según explican, a través del principio de no discriminación las cuestiones sobre desigualdad horizontal están plenamente incorporadas en la agenda de los derechos humanos, pero que la conexión de los derechos con la desigualdad vertical no está tan clara¹⁷. Esta división resulta problemática porque la desigualdad económica es una cuestión compleja que se produce

¹⁵ J. L. MONEREO PÉREZ, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 1996, p. 42.

¹⁶ M. J. AÑÓN ROIG, “La contribución de los derechos sociales al vínculo social, en VV.AA., *El Vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 279.

¹⁷ R. BALAKRISHNAN, and J. HEINZ, “Cómo la desigualdad supone una amenaza para todos los derechos humanos”, *OpenDemocracy*, October 29, 2015: <https://www.opendemocracy.net/es/como-la-desigualdad-supone-una-amenaza-para-todos/> (última consulta 14 de marzo de 2023). En *OpenGlobalRights*: <https://www.openglobalrights.org/how-inequality-threatens-all-humans-rights/?lang=Spanish> (última consulta 14 de marzo de 2023). El desarrollo de esta

por muchos factores a la vez, de ahí los interesantes estudios sobre pobreza multidimensional o también discriminación interseccional, aquellos que permiten, por ejemplo, comprender que las mujeres en general o un determinado grupo étnico o incluso las mujeres de un determinado grupo étnico sean un sector vulnerable a la pobreza¹⁸. Creo que estos autores cubren este punto al hablar de las *capacidades*.

Según explican, las aclaraciones hechas por los órganos de tratados de derechos humanos han destacado que la interpretación de la igualdad en su dimensión sustantiva se entiende tanto en su sentido liberal como igualdad de oportunidades como también en su sentido más social como igualdad en los resultados. Precisan que esa igualdad en los resultados no es igualdad absoluta de todos en todo, y conectan este concepto con el de *capacidad*. La igualdad significa tener las mismas oportunidades en el acceso y disfrute de los derechos y también poseer la *capacidad real* de ejercerlos. Lo esencial es que se tengan “iguales capacidades”. Existe por ello una estrecha conexión entre los derechos sociales y el resto de derechos ya que los primeros son los encargados de satisfacer unos mínimos materiales básicos para poder ejercitar el resto. De este modo, alegan una razón instrumental para conectar desigualdad económica y derechos humanos. La pobreza es una consecuencia de la desigualdad y, especialmente si es extrema, impediría el desarrollo de la capacidades básicas y es la razón para considerarla una cuestión de derechos¹⁹.

idea está en Id., *Rethinking Economics for Social Justice: The Radical Potential of Human Rights*, Routledge, London, 2016.

¹⁸ Por ejemplo, S. ALKIRE, “Multidimensional Poverty: How to Choose Dimensions”, *Maitreyee*, núm. 7, 2002, pp. 2-4. En España M. A. BARRÈRE UNZUETA, y D. MORONDO TARAMUNDI, “Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del Derecho anti-discriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 11-42. Esta es la perspectiva que ha adoptado también desde 2010 el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, cambiando el Índice de Pobreza Humana por el Índice Multidimensional de la Pobreza que permite por también medir el desarrollo respecto a la desigualdad o al género (Naciones Unidas-PNUD, *Human Development Report 2010. The Real Wealth of Nations: Paths Ways to Human Development*, United Nations, New York, 2010, pp. 85-101.

¹⁹ Este es el enfoque que ha adoptado, por ejemplo, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos o el Banco Mundial. OHCHR (Office of the High Commissioner for Human Rights), *Human Rights and Poverty Reduction: A Conceptual Framework*, HR/PUB/o4/I, OHCHR, Geneva, 2004. World Bank, *Equity and Development: World Development Report 2006*, Oxford University Press, New York, 2006. Véase también G. A. COHEN, “Vuelta a los principios socialistas”, *Mientras tanto*, núm. 74, 1999, pp. 77-94; Id., “¿Igualdad de qué? Sobre el bienestar, los bienes y las capacidades”, en M. NUSSBAUM y

La alusión a la teoría de las capacidades es un fuerte argumento para sostener esta postura. Este enfoque, desarrollado complementariamente por Amartya Sen y Martha C. Nussbaum, concibe al ser humano como aquel que tiene la capacidad de autodeterminarse a sí mismo y, a la vez, posee unos funcionamientos básicos a desarrollar dentro unas alternativas reales que conducen a la autorrealización personal y la satisfacción de la dignidad humana, conectando para ello agencia y bienestar. Lo que debe aclararse es la versión de la teoría invocada por Balakrishnan, Heintz y Elson porque la propuesta del economista y de la filósofa difieren en un punto nada despreciable. Sen²⁰ es más proclive a pensar que la libertad es algo distinto al bienestar, y entiende que los derechos sociales que proporcionan bienestar son meros derechos instrumentales para la libertad y no auténticos derechos fundamentales. Por su parte, Nussbaum²¹ es más acorde con la defensa integral de todos los derechos al no distinguir tan claramente entre agencia y bienestar.

Para la filósofa, la libertad real sería fundamento de los derechos sociales y por eso se articulan como derechos de integración que permiten crear las condiciones para una participación efectiva de los ciudadanos en una sociedad democrática. En esta línea Balakrishnan, Heintz y Elson plantean la relación entre desigualdad y distribución del poder. Las desigualdades de ingreso y riqueza producen del mismo modo desigualdades en la distribución de poder, y cuando el poder político de las élites se expande y la distribución de los ingresos y la riqueza se polariza cada vez más, todos los derechos humanos se ven comprometidos al afectar a la capacidad de los individuos para reclamarlos y para participar²².

A. SEN (coords.), *La calidad de vida*, trad. R. Reyes Mazzoni, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pp. 27-53; Id., *Si eres igualitarista, ¿cómo que eres tan rico?*, trad. L. Arenas Llopis y O. Arenas Llopis, Paidós, Barcelona, 2001; Id., *Rescuing Justice and Equality*, Harvard University Press, Cambridge, 2008.

²⁰ A. SEN, *Sobre la desigualdad económica*, trad. I. Verdeja, Editorial Crítica, Barcelona, 1979. Igualmente del mismo autor: *Sobre Ética y Economía*, trad. A. Conde, Alianza Madrid, 1989; Id., *Nuevo examen de la desigualdad*, trad. A. M. Bravo, Alianza, Madrid, 1995; Id., *Desarrollo y Libertad*, trad. E. Rabasco y L. Toharia, Planeta, Barcelona, 2000.

²¹ M. C. NUSSBAUM, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, trad. A. Santos Mosquera y R. Vilá Vernis, Paidós, Barcelona, 2007, p. 184. Véase también C. MONEREO ATIENZA, *Desigualdades de género y capacidades humanas*, Comares, Granada, 2010, p. 132.

²² Esto mismo en World Bank, *Equity and Development*, cit., p. 108.

Asimismo, Nussbaum considera que la igualdad es fundamento de los derechos sociales para lo que debe entenderse como igualdad *en* las capacidades básicas. La teoría de las capacidades ha sido muy crítica con aquellas perspectivas que han tomado como variable de la igualdad las utilidades o los bienes primarios. La riqueza o los ingresos no son buenos en sí mismos, sino en cuanto son medios para promover las funciones humanas. Las teorías de la Justicia como la de John Rawls²³ cosifican las relaciones humanas al comparar a las personas en base a sus bienes materiales y es mucho más importante analizar si las personas son *realmente* capaces de desarrollar sus funciones básicas mínimas²⁴. Esto parece que es también lo que proponen los autores referidos.

La cuestión más problemática es que en la teoría sigue prevaleciendo la libertad sobre la igualdad y, además, se trata de un enfoque de mínimos, de suficiencia, y el inconveniente siempre va a ser cómo marcar el mínimo material bajo el cual el desarrollo de las capacidades no es posible, más en el contexto de un sistema económico como el capitalista que ha *naturalizado* la escasez de recursos²⁵.

Balakrishnan, Heintz y Elson alegan entonces el artículo 28 Declaración Universal de los Derechos Humanos en razón al cual una distribución de ingresos justa es aquella que permite una mayor satisfacción de derechos. Los Estados están obligados implícitamente a tomar en consideración la desigualdad y cómo ésta afecta a los derechos²⁶. Así, de la Declaración Universal

²³ Para Moyn John Rawls es un jacobino al combinar igualdad y suficiencia. No obstante, la teoría de Rawls es criticable en muchos aspectos, entre otros, se ha dicho que Rawls reserva la igualdad para el primer y segundo de sus principios (igual libertad y equitativa igualdad de oportunidades) y la fraternidad para el principio de la diferencia, lo que supone una aceptación de la desigualdad en el sentido de la solidaridad moral. Los aventajados podrían estar tranquilos moralmente y autojustificar sus grandes ganancias porque beneficia a los que menos tienen, y para los menos aventajados implica aceptar y hasta agradecer la desigualdad porque eso beneficia a toda la sociedad (M. X. AGRA ROMERO, *John Rawls: el sentido de la justicia en una sociedad democrática*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1985). Sobre las críticas a Rawls y su principio de la diferencia (y de otros), véase S. RIBOTTA, "El principio de la diferencia y la aceptación de las desigualdades", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 55, 2021, pp. 281-305).

²⁴ A. SEN, *Sobre Ética y Economía*, cit., p. 64.

²⁵ Se hace referencia a la cuestión no de los recursos finitos del planeta sino a los recursos efectivamente producidos artificialmente y distribuidos de una determinada manera.

²⁶ R. BALAKRISHNAN, D. ELSON, and R. PATEL, "Rethinking Macro Economic Strategies from a Human Rights Perspective", *Development*, vol. 53 num.1, 2010, pp. 27-36, p. 30.

de los Derechos Humanos se infiere la necesidad de hacer uso del máximo de los recursos disponibles para hacer los derechos lo más eficaces posible. No obstante, pienso que el problema de la desigualdad creciente persiste cuando la cantidad de recursos depende de la lógica del mercado y no se atiene en absoluto a cuestiones de justicia social.

De una opinión muy similar a los autores anteriores es Philip Alston (*UN Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights*) desde 2014 a 2020, quien está a favor de la conexión entre desigualdad de ingresos y riqueza y derechos humanos al defender que la misma idea de los derechos humanos tiene implícita la obligación de los Estados para luchar frente a la desigualdad extrema y reducirla, “e incluso eliminarla”²⁷. Un mundo caracterizado por la desigualdad radical permite la pobreza extrema y en esta situación es imposible que la mayoría de derechos puedan satisfacerse.

Alston se lamenta de que la desigualdad económica se considere solamente (y valga la redundancia) una “cuestión económica” y que se evite hablar de ella en los foros internacionales. La desigualdad económica es una “cuestión de derechos humanos”, y más concretamente atañen a los derechos económicos y sociales. Este tipo de derechos son una pieza fundamental del conjunto y no se debe olvidar el esfuerzo histórico por incorporarlos. Coincide con los autores anteriores en que el principio de igualdad no tiene que interpretarse meramente como igualdad formal sino también como igualdad material. También traza la relación entre poder político y desigualdad puesto que el poder político persigue la riqueza extrema y a mayor poder político, mayor es la desigualdad y la pobreza.

²⁷ P. ALSTON, “La desigualdad extrema como la antítesis de los derechos humanos”, *OpenDemocracy*, Octubre 27, 2015. <https://www.opendemocracy.net/es/la-desigualdad-extrema-como-la-ant-tesis-de-los-derechos-humanos/> (última consulta 14 de marzo 2023). De manera parecida en *OpenGlobalRights*: <https://www.openglobalrights.org/extreme-inequality-as-the-anti-thesis-of-human-rights/?lang=Spanish> (última consulta 14 de marzo 2023). Véase este argumento también en Id., “The Rights to Social Insecurity: a Human Rights Perspective on the Evolution of Australian Welfare Policy”, *Australian Journal of Human Rights*, vol 24 núm. 3, 2018, pp. 253-275; y más extensamente en Id., *Labour Rights as Human Rights*, Academy of European Law (Florence)/Instituto Universitario Europeo, New York University. Center for Human Rights and Global Justice, 2005. También interesante es la siguiente entrevista: H. WOOTTON, “Interview: Philip Alston UN Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights”, *Human Rights Defender*, vol. 23 núm. 6, 2017, pp. 27-29, y el artículo de ALSTON, “Putting Economic, Social and Cultural Rights Back on the Agenda of the United States” in W. F. SHULTZ, (ed.), *The Future of Human Rights: U.S. Policy for a New Era*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2008, pp. 120-138.

Este internacionalista se ciñe a la realidad al observar que la cuestión sobre la disponibilidad de recursos y la igualdad de acceso a los mismos ha sido relegada en el discurso internacional de los derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales impone obligaciones a los Estados solo hasta el máximo de recursos disponibles y esto ha servido a menudo de justificación para su incumplimiento.

A pesar de ello, ve una señal positiva de que el movimiento de los derechos está luchando frente a la desigualdad económica y se encuentra en el hecho de que los Estados busquen fijar unos mínimos básicos para evitar la pobreza extrema y regímenes fiscales destinados a reducirla e incluso eliminarla. Se trata de tomar los derechos sociales en serio y, por tanto, volver a incorporar las cuestiones de recursos y redistribución a la ecuación.

Se puede ver que Alston es optimista y piensa que el proyecto de suficiencia no es incompatible con el de la igualdad dentro del sistema estructural actual. Ahora bien, opino que para que ambos proyectos (suficiencia e igualdad) puedan practicarse, se requiere primero una conciencia plena sobre la injusticia de la desigualdad económica (más allá de sus extremos) puesto que solamente así se podrán adoptar un conjunto de medidas muy variado que permitan eliminarla haciendo correcciones profundas en el sistema de mercado capitalista y desmercantilizando los bienes más básicos.

Esto hace que la propuesta de Sakiko Fukuda-Parr sea reveladora. Esta profesora respalda que los derechos humanos tienen mucho que aportar en el debate acerca de la desigualdad económica pero no tal y como lo entienden los autores anteriores, sino mediante la articulación de la igualdad como una norma valiosa y de la desigualdad como injusticia. Para Fukuda-Parr las teorías económicas son incapaces de hablar en estos términos éticos y los derechos humanos pueden rellenar este vacío²⁸. Es la actitud social frente a la desigualdad la que puede promover el cambio y apoyar la toma de medidas redistributivas.

La pregunta clave sería si la desigualdad es mala y cuanta desigualdad se estaría dispuesto a tolerar. Mientras parece claro que la desigualdad extrema se percibe como algo injusto (cualquiera que sea la razón moral), no está bien definido hasta qué punto las diferencias de esfuerzos y capacidades pasan de ser una recompensa justa a una situación inaceptable. Las teorías económicas han partido del supuesto de individuos egoístas cuya opinión al

²⁸ S. Fukuda-Parr, "Es cuestión de valores: las normas de derechos humanos y la tolerancia a la desigualdad", *OpenDemocracy*, December 22, 2015: <https://www.opendemocracy.net/es/es-cuestion-de-valores-las-normas-de-derechos-humanos-y-la-toler/> (última consulta 16 de marzo de 2023).

respecto depende de la posición que ocupen en la distribución de ingresos y riqueza y en qué medida se puedan sentir agraviados en ese momento o en el futuro. Así la intolerancia crecería al aumentar la desigualdad²⁹. Al contrario de lo que predicen estas teorías, Fakuda-Parr defiende que las personas rechazan la desigualdad independientemente de su propia posición económica e interés particular. Esto es así porque las personas se *adhieren* a los valores igualitarios. Añade que no hay un consenso sobre qué tipo de desigualdad se está dispuesto a soportar, entre otras cosas porque es una cuestión cultural. El rechazo a la desigualdad puede variar en el tiempo y en el lugar. Fijar qué grado de desigualdad es tolerable es complejo y por tanto es difícil hablar en abstracto de injusticia de la desigualdad. Esto es también lo que defiende el economista Amartya Sen, pues los individuos deben contextualizarse y es en *su* contexto cuando se puede analizar hasta qué punto el bienestar (ingresos o riqueza) es importante para la agencia (desarrollo de las capacidades). Otra cosa es considerar injusta una sociedad con grandísimas diferencias entre ricos y pobres, independientemente del mínimo fijado. Se debe reflexionar al respecto porque las posiciones de arriba y de abajo están relacionadas y se afectan una a la otra, especialmente la posición de los ricos afecta potencial y negativamente a los que tienen menos. Así, el objetivo debería ser siempre intentar alzar progresivamente el mínimo básico y reducir lo más posible las diferencias. La manera en que esto se haga (dando a los que no tienen o quitando a los que tienen más) es una discusión moral compleja que debe tener en cuenta que la igualdad no es el único valor pero sí uno importante³⁰.

Finalmente, Gaby Oré-Aguilar e Ignacio Saiz pueden incluirse en esta posición aunque, más que propuestas concretas, optan por sistematizar los retos de los derechos para poder servir de herramienta de lucha frente a la desigualdad económica. Fijan cuatro desafíos: conceptuales, normativos, estratégicos y metodológicos³¹.

²⁹ Este autor pone como ejemplo el teorema del votante medio o el efecto túnel de Albert Hirschman.

³⁰ L. S. TEMPKIN, "Egalitarianism Defended", *Ethics*, vol. 113, núm. 4, 2003, pp. 781 y 782.

³¹ G. ORÉ AGUILAR, "Enfrentar la desigualdad como injusticia: cuatro desafíos para la agenda de los derechos humanos", *OpenDemocracy*, Marzo 30, 2016: <https://www.opendemocracy.net/es/enfrentar-la-desigualdad-como-injusticia-cuatro-desaf-os-para-la-agenda/> (última consulta 16 de marzo de 2023). También en *OpenGlobalRights*: <https://www.openglobalrights.org/tackling-inequality-as-injustice-four-challenges-for-h/?lang=Spanish> (última consulta 16 de marzo de 2023). Véase también I. SAIZ, "Rights in Recession? Challenges for Economic and Social Rights Enforcement in Time of Crisis", *Journal of Human Rights Practice*, vol. 1 núm. 2, 2009, pp. 277-293. Igualmente I. SAIZ and K. DONALD, "Tackling Inequality through the Sustainable

El primero es la necesidad de conceptualizar la desigualdad económica como un problema de derechos humanos. Según Oré-Aguilar está claro que la desigualdad extrema afecta al disfrute de derechos sociales y también los derechos humanos en general, como afirman Balakrishnan y Heintz, existen razones instrumentales. Lo que hay que ver es si la desigualdad es *intrínsecamente* incompatible con las normas de derechos humanos, algo en lo que no estaría de acuerdo Moyn y que sí defendería Fakuda-Parr siempre y cuando se atienda al contexto particular.

El segundo es que hay principios internacionales que corroboran esa incompatibilidad: 1. El Derecho internacional aborda cuestiones de distribución de recursos. De nuevo citan el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que obliga a los Estados a dedicar el máximo de recursos disponibles a asegurar de manera progresiva la efectividad de estos derechos y garantizar una base mínima de disfrute de los mismos. 2. Mencionan muy convenientemente las normas de igualdad y no discriminación, que obligan a los Estados a redistribuir los recursos para reducir las desigualdades y garantizar una igualdad sustantiva para los grupos discriminados por razón de género, raza o de otro tipo. 3. Asimismo, explican que las normas de derechos humanos contienen muchas disposiciones relativas a los factores determinantes de la desigualdad económica, y muchos estudios ven en el aumento de esa desigualdad la erosión de los derechos laborales, el debilitamiento de los servicios públicos y los sistemas de protección, la regulación financiera inequitativa, las políticas fiscales sesgadas a favor de los ricos, las políticas económicas discriminatorias de las mujeres o la captura de la toma de decisiones democrática por parte de las élites. 4. Finalmente, entienden que hay un grupo de normas internacionales dirigido a combatir las disparidades de riqueza entre Estados y promover el respecto de los derechos en las relaciones económicas (por ejemplo, el derecho al desarrollo).

El tercer desafío planteado es quizás la contribución más reveladora de estos profesores. Para ellos, los derechos humanos no han sido un espectador impotente del sistema capitalista del mercado como afirma Moyn, aunque los principales órganos de derechos se hayan preocupado solo recientemente de este asunto. La razón es que existen *activistas* de los derechos cuya estrategia es trabajar para pedir cuenta a los Estados y llevar las cuestiones de desigualdad económica que resultan en violaciones de derechos a los tribunales. También hay objetivos estratégicos marcados para reducir la desigualdad,

Development Goals: Human Rights in Practice", *The International Journal of Human Rights*, vol. 21 núm. 8, 2017, pp. 1029-1049.

como los llamados 17 *Objetivos de Desarrollo Sostenible* (ODS) que los Estados deben ir incorporando. Aludir a la tema de la ciudadanía activa en la lucha por los derechos frente a la desigualdad es esencial, más en un contexto en el que las instituciones han obviado el problema y que es importante remover conciencias para valorar la injusticia de la desigualdad económica.

El cuarto desafío es que faltan mecanismos para la medición o seguimiento de la desigualdad, tal y como entiende Moyn. Ellos creen que hay que ser optimistas y consideran que la colaboración interdisciplinaria puede ayudar a desarrollarlos.

Presentados los desafíos, concluyen que los derechos no son un mero espectador impotente frente a las consecuencias negativas del sistema económico neoliberal, aunque sí hace falta reforzar su potencial igualitario.

Hasta ahora se aprecia que, mientras la posición *en contra* es realista respecto a las limitaciones de los derechos provocadas por el intento de hacer compatibles sus premisas con las del sistema liberal-capitalista, la posición *a favor* mantiene un idealismo optimista para poder cumplir con los objetivos marcados en el trasfondo de los derechos con la corrección del sistema existente.

Toca recordar que el potencial igualitario de los derechos ha sido mermando por cuestiones ideológicas de choque entre diferentes corrientes de pensamiento todavía en desacuerdo respecto a la configuración y actuación de los derechos económicos, sociales y culturales. Si realmente se quiere volver a las raíces fundacionales de las que parten los derechos en general y los derechos sociales en particular, aquellas que entroncan con el concepto de dignidad humana, se tendrán que tomar medidas mucho más intervencionistas y contundentes en la estructura de la sociedad y el mercado.

4. ALGUNA PUNTUALIZACIÓN. SOBRE LA POSICIÓN INTERMEDIA

Uprimny Yepes y Chaparro Hernández están de acuerdo con Moyn en que la visión legal y doctrinal de los derechos humanos en general y de los derechos sociales en particular no va dirigida a la igualdad social y opera más hacia la consideración de un mínimo que luche contra la pobreza extrema. No se ha incorporado a la doctrina internacional de los derechos una teoría de la justicia distributiva que enfrente la desigualdad económica como tal. También acuerdan en que la única norma que implícitamente incluye ese objetivo es la Declaración Universal de los Derechos Humanos pero tienen

razón al afirmar que ésta es mero *soft law*³². Incluso consideran que la evolución legal y económica en la era global confirman la tesis de Moyn. Por eso, el Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no se ha ocupado hasta momentos muy recientes del tema de la desigualdad económica y se ha dedicado más combatir la denominada desigualdad horizontal y en cubrir el acceso a un mínimo de servicios sociales básicos. Hasta aquí el mismo Alston u Oré-Aguilar y Saiz estarían de acuerdo.

Coinciden igualmente con Moyn en afirmar que la desigualdad como tal no es automáticamente una violación de la normativa de derechos humanos, pero difieren de él y están de acuerdo con Alston, Balakrishnan y Heintz en que existe una innegable y fuerte conexión empírica entre altos niveles de desigualdad y la privación de derechos humanos. Trazan por ello una distinción entre una desigualdad perjudicial (*harmful*) y una desigualdad inocua (*harmless*), y solamente la primera alcanza niveles realmente dañinos de desigualdad y es inaceptable en términos de derechos³³. A la vez consideran que el reto es separar la línea entre ambas, pero que la distinción es útil para el tema que se está abordando.

Su posición no es, así pues, la de los que están “a favor”, pues solo la extrema pobreza es una cuestión de derechos humanos y éstos no deben tener como objetivo final eliminarla. Creen que la extrema pobreza (y no la pobreza relativa) es incompatible con los derechos humanos por varias razones: no favorece el crecimiento económico, debilita las políticas redistributivas, supone un coste en el disfrute particular de derechos sociales como la educación y la salud, y una movilidad social más baja. Dicho de otra manera, la extrema concentración de recursos económicos es un obstáculo para el total disfrute de los derechos sociales, igual que la concentración de poder es un obstáculo para la satisfacción de los derechos civiles y políticos. Además, la concentración de recursos económicos y de poder suelen ir acompañados por lo que la extrema desigualdad amenaza a los derechos sociales y también a los derechos humanos en general.

La conclusión es que la desigualdad económica extrema es un reto para los derechos humanos y, además, los derechos humanos son la mejor herramienta para luchar contra su radicalización siempre y cuando se reinterprete y enfati-

³² R. UPRIMNY YEPES and S. CHAPARRO HERNÁNDEZ, “Inequality, Human Rights, and Social Rights: Tensión and Complementarities”, *International Journal of Human Rights, Humanitarianism and Development*, vol. 10, núm.3, 2019, pp. 376-394, doi:10.1353/hum.2019.0028, p. 380.

³³ Ibid., p. 382.

ce la dimensión material de los mismos y además se construya, como también defiende Moyn, una potente fuerza global que se encargue de la redistribución.

De esta aportación estimo la importancia del intervencionismo institucional a partir de variadas medidas para llevar a cabo las tareas de redistribución. Esta es también la opinión de Martha A. Fineman, quien defiende que la intervención estatal no genera ciudadanos pasivos y va dirigida a reducir la vulnerabilidad. El Estado favorece la autonomía individual al prestar atención a las necesidades y vulnerabilidades de los sujetos y debe intervenir en el sector privado para promover la igualdad sustancial³⁴. Se trata de promover un derecho a la igualdad también respecto a los derechos sociales.

Lo que es dudoso de esta postura intermedia es pensar que solamente la pobreza extrema es incompatible con los derechos cuando éstos se fundamentan en la dignidad humana y conciernen al concepto de Justicia consensuado por todos. Desde la perspectiva de la dignidad es difícil pensar, como se comentaba anteriormente, que sería justa una sociedad en la que hubiera grandísimas diferencias entre los que tienen más y los que tienen menos, independientemente del mínimo fijado. Las razones están ancladas en el mismo proyecto de la Modernidad todavía inacabado y en los valores superiores de la libertad, la igualdad y también por supuesto el de solidaridad.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN Y SISTEMATIZACIÓN DE LA PROPUESTA: HACIA UNA CONCEPCIÓN DE LOS DERECHOS PARA LUCHAR FRENTE A LA DESIGUALDAD ECONÓMICA

En el debate se plantea la compatibilidad de la desigualdad económica con los derechos y la capacidad de los derechos para enfrentarse a la desigualdad económica.

Afirmar o negar la compatibilidad entre la desigualdad económica y los derechos depende de la concepción manejada. Una noción ampliamente consensuada en la esfera nacional e internacional los define como propuestas morales que han sido plasmadas en textos jurídicos³⁵ y cuyo fundamento se encuentra en la noción de dignidad humana concretada en los valores

³⁴ M. A. FINEMAN, "The vulnerable subject: Anchoring Equality in the Human Condition", *Yale Law Journal*, núm. 60, 2008, pp. 1-24, Id., "The Vulnerable Subject and the Responsive State", *Emory Law Journal*, núm. 60, 2010, pp. 260 y ss.

³⁵ El debate de si "debieran" (iusnaturalismo deontológico) o "tuvieran o no que" (positivismo inclusivo) estar plasmados en textos jurídicos se diluye (aunque no desaparece) en

conquistados históricamente de la libertad, igualdad y la solidaridad, que a su vez se especifican en derechos fundamentales³⁶.

Se puede decir que desde el concepto de derechos basado en la libertad sustantiva (libertad real de hacer o no hacer), además de también en la igualdad material como igualdad de oportunidades y también como igualdad en los resultados, no existe compatibilidad entre desigualdad económica y derechos al menos cuando se está hablando de una desigualdad económica que resulta en la existencia de extrema pobreza. Esto último lo ha declarado, por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁷. Las razones son instrumentales y morales. Instrumentales, porque los derechos están interconectados entre sí y la insatisfacción de los derechos sociales repercutiría negativamente en el disfrute de los derechos individuales, civiles y políticos, que son derechos considerados sin lugar a dudas como fundamentales³⁸. Igualmente, hay razones morales porque la extrema pobreza es percibida generalmente como una injusticia³⁹. Se ha defendido, por ejemplo, que existe una conciencia global sobre el beneficio que comporta el orden económico internacional para los ricos y que, por tanto, éstos deben sentirse responsables de la pobreza. Los ricos estarían violando el derecho negativo a la no interferencia de las personas pobres provocándoles un daño directo que están obligados a resarcir⁴⁰. Incluso se ha afirmado

el momento en que nace la Declaración Universal de Derechos Humanos y en que, en cualquier caso, están de hecho ya plasmados.

³⁶ También podría incluirse aquí como valor la seguridad jurídica. Por otra parte, hay que recordar que estos valores han sido conquistados en el contexto occidental y que su universalización debe ser de tipo dialógico. G. PECES BARBA MARTÍNEZ, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988; *Id.*, *Derecho y derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993; *Id.*, *La dignidad humana de la persona desde la filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002. También R. DE ASÍS ROIG, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001.

³⁷ Por ejemplo, en 2001 afirmó que la pobreza conlleva una negación de derechos humanos (CESCR, *Poverty and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, UN Doc/C12/2001/10, May 10, para. I).

³⁸ El concepto de interdependencia o indivisibilidad de los derechos fue un tema central en las Conferencias mundiales sobre derechos humanos (1968, 1993). En esta línea de defensa instrumental de la conexión entre desigualdad económica y los derechos está G. MACNAUGHTON, "Beyond a Minimum Threshold: The Right to Social Equality" in L. MINKLER, *The State of Economic and Social Rights: A Global Overview*, Cambridge University Press, 2013, pp. 271-305, pp. 290 y ss.

³⁹ World Bank, *Equity and Development*, cit.

⁴⁰ T. POGGE, "Severe Poverty as a Human Rights Violation", in T. POGGE (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Rights: Who Owes What to the Very Poor?*, UNESCO/Oxford

que los países ricos han actuado directamente desposeyendo de recursos a los pobres, lo que ha causado su precaria situación y por eso deben ocuparse del problema⁴¹. Asimismo se defiende que la desigualdad extrema no es un desviación casual del sistema capitalista si no algo deliberado del mismo y, por tanto, se debe actuar y cambiar la estructura⁴².

El problema viene más cuando se sobrepasa ese extremo de pobreza, como afirma Fakuda-Parr. Más allá del consenso sobre la injusticia de la pobreza extrema, el acuerdo no existe y, por ejemplo, las desigualdades económicas pueden verse como algo natural porque el ser humano es egoísta por naturaleza y, aunque injustas, son imposibles de subsanar, o también pueden verse como justas porque son el producto del mérito, las capacidades o los gustos de cada uno⁴³. Quizás también por esa falta de consenso, el concepto de derechos ha perseguido únicamente un proyecto de suficiencia que fije unos mínimos esenciales para todos, bajo los cuales no es posible satisfacer la dignidad humana. En este proceso se puede atender a los ingresos aunque mejor a las capacidades, las necesidades, la idea de exclusión social o el empoderamiento de las personas para reclamar derechos⁴⁴. Contando con

University Press, Oxford, 2007, pp. 11-53. También Id., *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Polity Press, Cambridge, 2010.

⁴¹ L. WENAR, "Property Rights and the Resource Curse", *Philosophy and Public Affairs*, núm. 36 vol. 1, 2008, p. 2. Véase también M. E. SALOMON, "International Human Rights Obligations in Context: Structural Obstacles and the Demands of Global Justice" in B. A. ANDREASSEN, and S. MARKS (eds.), *Development as a Human Right: Legal, Political and Economic Dimensions*, Intersentia, Antwerp, 2010, p. 121.

⁴² S. MARKS, "Exploitation as an International Legal Concept" in S. MARKS (ed.), *International Law on the Left: Re-thinking Marxist Legacies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 281.

⁴³ Cohen critica, por ejemplo, a Rawls puesto que su teoría de la justicia parece desembocar en la inevitabilidad de la desigualdad. G. A. Cohen, *Si eres igualitarista, ¿cómo que eres tan rico?*, cit., pp. 159 y ss. Por otra parte, algunos argumentos frente al igualitarismo son la objeción de nivelar la baja, el argumento de la persona afectada, el eslogan, la objeción de los talentos naturales y los merecimientos o la objeción de los gustos caros. Véase al respecto S. RIBOTTA, "Defendiendo la igualdad de la objeción de nivelar a la baja", *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 36, 2017, pp. 149-168.

⁴⁴ No hay un consenso sobre el término de pobreza. Para algunos la pobreza se puede medir a través de los ingresos, las capacidades, la idea de exclusión social o del empoderamiento de las personas para reclamar derechos (esta último el enfoque de los derechos), véase C. RUGGERI LADERCHI, R. SAITH and F. STEWART, "Does it matters that we don't agree on the definition of poverty? A comparition of four approaches, *Working paper Num. 107*, Queen Elisabeth House, University of Oxford, 2003. También I. KHAN, *The Unheard Truth: Poverty and Human Rights*, W.W. Norton & Company, New York, 2009. Igualmente, C. E.

esos mínimos es posible generar obligaciones por parte de los Estados que deberán poner el foco respectivamente en el crecimiento económico, la provisión de bienes públicos, la redistribución y las políticas de no-discriminación, o las vías de reclamación de derechos. Esos mínimos han solido referirse al “contenido esencial” del derecho (*minimum core content*) bajo el cual no es *absolutamente* posible considerar satisfecho un derecho. Ahora bien, se ha defendido que ese mínimo debe ser *adecuado* (*adequate minimum*), como así lo interpreta el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se estaría hablando de un mínimo que pretende ajustarse en relación al contexto de la sociedad en que se vive y no solo en relación a lo más urgente⁴⁵. Con ello se introduciría también el término “umbral”, que hace que el mínimo puede ser variable teniendo en cuenta el tiempo y el lugar.

El proyecto de suficiencia así visto es loable y si se cumpliera realmente podría mitigar los efectos de la desigualdad creciente, pero creo sinceramente que se debe hacer una mayor autocrítica y trascender la visión en varios aspectos.

Para empezar, la suficiencia como mínimo básico no se ha cumplido realmente. A nivel internacional se ha decidido optar por establecer solamente obligaciones esenciales por parte de los Estados (*minimum core obligations*) y no por fijar contenidos esenciales⁴⁶, lo que deja una discrecionalidad demasiado amplia a los Estados. Se ha aparcado el problema y no se han fijado esos mínimos ni realmente un umbral aceptable respecto a todos los derechos. A nivel nacional tampoco se ha alcanzado la suficiencia porque, aunque se ha elegido fijar contenidos esenciales de los derechos, no se ha hecho respecto a muchos de los derechos sociales. No se comprende por qué el contenido básico de los derechos individuales, civiles y políticos sí está fijado por la mayoría de países (seguro por los occidentales) mientras no lo está el de los derechos económicos, sociales y culturales. No ha habido un real esfuerzo por alcanzar un acuerdo de contenidos de estos derechos porque se

GUIÑADÚ, “Abordajes jurídicos de la(s) pobreza(s)”, en S. RIBOTTA y A. ROSSETTI, *Los derechos sociales y su exigibilidad: libres de temor y miseria*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 173-195.

⁴⁵ D. BILCHITZ (*Poverty and Fundamental Rights: the Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007) explica que el contenido esencial hace referencia a lo más urgente y están en relación con las obligaciones mínimas de los Estados, mientras el segundo es más general y tiene que evaluarse en razón al tipo de sociedad en que se vive, que es más a lo que se refiere Comité de Derechos, Económicos y Sociales (p. 187 y 188).

⁴⁶ A. CHAPMAN and S. RUSSELL, *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Antwerp and Oxford, 2002.

consideran costosos⁴⁷ y promover institucionalmente su satisfacción supondría coartar *demasiado* al sistema capitalista de mercado. Se justifica que el argumento no es el de la escasez de recursos porque esa falta de medios no es defensa para obviar que los Estados están obligados a cumplir el mínimo de obligaciones y que deben probar que han utilizado el máximo de recursos en búsqueda de la satisfacción de estos derechos⁴⁸. No obstante, la realidad es que los Estados no son capaces de gestionar los recursos resultantes del sistema capitalista de mercado y al final los derechos sociales se ven abocados a ser satisfechos de manera gradual y en conformidad con el contexto personal y social de desventaja y con el contexto político (ideológico) y económico (época de expansión o crisis del sistema). El sistema estructural capitalista limita los derechos sociales al mercantilizarlos e impedir que tengan un mínimo básico fijado de antemano. La mercantilización de los derechos sociales es definitivamente una opción ideológica que deriva del hecho de hacer compatible los derechos de dignidad con el sistema de mercado y que permite pues compatibilizar aparentemente desigualdad económica y derechos.

El problema que plantea la suficiencia (tanto si se refiere al contenido esencial como adecuado de los derechos) se podría haber mitigado si se hubiera combinado verdaderamente el proyecto de suficiencia con el de igualdad en relación a los derechos sociales, que es, como afirmaba Moyn, lo que está en la base de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Con la combinación suficiencia e igualdad se añadiría al aspecto distributivo. En esta línea sería posible percibir como injusto que hubiera grandes diferencias entre los que tienen más y los que tienen menos tanto a nivel de bienes materiales como consecuentemente de las satisfacción de necesidades para el desarrollo de capacidades reales de ejercicio de los derechos. Podría haber una más justa distribución de recursos y los que tienen menos tendrían que acercarse progresivamente a las que tiene más. Aunque el tema es más complejo de lo que aquí se plantea⁴⁹ y además no está exento

⁴⁷ Entre otros, véase F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", *Revista Derecho del Estado*, núm. 24, 2010, pp. 61 y ss.

⁴⁸ CESCR, 1990, para. 10.

⁴⁹ Silvina Ribotta expone el debate distributivo entre igualitaristas (teleológicos y deontológicos) y prioristas que ya propendrían a su manera L. S. TEMPKIN (*Inequality*, Oxford University Press, New York, 1996, pp. 11 y ss.) o antes D. PARFIT ("Equality or Priority", *The Lindley Lecture*, University of Kansas, November 21, 1991 -<https://www.stafforini.com/docs/Parfit%20-%20Equality%20or%20priority.pdf>, última consulta 17 de abril de 2023- también in M. CLAYTON y A. WILLIAMS (eds.), *The Ideal of Equality*, Palgrave MacMillan, Hampshire, 2002,

de problemas⁵⁰, se puede decir que a efectos distributivos se podría plantear como necesaria o inevitable la comparación entre ricos y pobres, y habría que atender tanto al mínimo como al máximo⁵¹ para fijar niveles crecientes y cumplir con los objetivos de igualdad en los resultados que permiten a todos alcanzar por igual una vida digna (quizás también estableciendo prioridades en las políticas públicas para satisfacer primero las necesidades de los que menos tienen).

Probablemente esta es la idea que está detrás del derecho al desarrollo. La Declaración sobre el derecho al desarrollo de 1986 establece que los Estados están obligados a crear las condiciones económicas, sociales, culturales y políticas con el fin de mejorar *constantemente* el bienestar de toda la población sobre la base de su participación activa y libre en el desarrollo y en la equitativa distribución de los beneficios resultantes (artículo 2). Como

pp. 81-125, esp. pp. 84 y ss.). Ribotta concluye que “las diferentes metodologías distributivas que potencialmente puedan permitir resultados igualitarios se concentran en las diferentes formas y combinaciones de igualitarismos y prioritarismos, que inciden de manera directa e indirecta en permitir mayores o menores niveles de autonomía y desarrollo de las capacidades básicas”. Esta profesora opta por un igualitarismo teleológico pluralista-priorista, compatible con las tesis positivas del suficientarismo y la teoría de las necesidades básicas (S. Ribotta, “Condiciones materiales para el ejercicio de la autonomía”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 48, 2021, pp. 149-182, p. 157; Id., “Redistribución de recursos y derechos sociales. La tensión entre igualdad y prioridad”, *Derechos y Libertades*, núm. 35, 2016, pp. 235-264; Id., “Necesidades, igualdad y justicia. Construyendo una propuesta igualitaria de necesidades básicas”, *Derechos y Libertades*, núm. 24, 2011, pp. 259-299; Id., *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010).

⁵⁰ Rosetti presenta los inconvenientes del enfoque de los derechos en base a proporciones y también cómo podrían solucionarse: supondría una agudización de conflictos entre derechos, que podría enmendarse si se ponderan los derechos de otra manera; habría derechos que no pueden considerarse en base a proporciones como los “personalísimos” u otros que llevarían a absurdos; la manera en que se determinan las proporciones, que podría hacerse conforme a indicadores y parámetros razonables que vayan “objetivándose” en la cultura jurídica; habría que fijar la forma en que se determina “el todo”, que tendrá que ser resuelto caso por caso; y finalmente está la idea de que el disfrute de un derecho puede variar de persona a persona, según los gustos, su libertad o autonomía, lo que puede suceder siempre y cuando no se alteren las proporciones generales. Cita, entonces, el concepto de igualdad compleja de Michael Walzer (*Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. H. Rubio, FCE, México, 1996). Véase A. ROSETTI, “¿Mínimos o proporciones? Reflexiones sobre el cumplimiento y respeto de los derechos sociales”, en S. RIBOTTA y A. ROSETTI (coords.), *Los derechos sociales y su exigibilidad*, cit., pp. 37-63, pp. 51 y ss.

⁵¹ Es lo que Rosetti ha llamado un “mínimo vital dinámico” en sentido fuerte (no estático y no débil, porque va más allá de su fijación conforme al contexto), pues el goce de cada derecho se misura en proporción con el todo y bajo criterios razonables. Ibid., pp. 51 y 52.

establece el informe del Equipo de Alto Nivel sobre la aplicación del derecho al desarrollo (*High Level Task Force on the implementation of the right of development*) se requiere para ello medidas exigentes tales como: un sistema económico y financiero global estable, un sistema de mercado basado en reglas estables y predecibles que sea abierto y no discriminatorio, el acceso a recursos humanos y financieros adecuados por parte de todos, acceso también a los beneficios de la ciencia y la tecnología, un contexto de seguridad y paz, un medio ambiente adecuado, un constante incremento del bienestar humano, la universalización de la perspectiva de los derechos, la implementación de normas de no discriminación, de participación, acceso a la información y tutela, la promoción de la democracia a nivel internacional y, por tanto, la participación de todos los países en la toma de decisiones internacionales; igualmente se requiere una distribución equitativa y justa de las ventajas y desventajas en el desarrollo y la potenciación de la transparencia, democracia y responsabilidad de las instituciones financieras internacionales⁵².

Al hilo de todo lo anterior, se puede afirmar que la razón por la que da la sensación de que los derechos humanos tienen poco que hacer contra la desigualdad económica es que actualmente prima una concepción neoliberal de los derechos y efectivamente éstos se han *hecho* compatibles con el mercado y la desigualdad. No se han querido tomar las medidas políticas y jurídicas adecuadas para intervenir la estructura del sistema y las herramientas internacionales y también nacionales son insuficientes y dejan demasiado margen a los Estados⁵³, a pesar de que hayan mejorado en los últimos tiempos⁵⁴.

Este hecho no es óbice para seguir combatiendo la desigualdad a través de un concepto de derechos, en concreto de derechos sociales, que es el anclado en la idea de Estado social de Derecho (intervencionista en un sentido fuerte), y que se fundamenta en una concepción dinámica de la dignidad humana concretada en los valores fundamentales y fundacionales de la Modernidad: libertad, igualdad y también solidaridad que a su vez se concretan en un conjunto indivisible de derechos. El valor de solidaridad, fundamento también de los derechos y sobre todo de los derechos sociales, es también clave para este asunto: no puede existir desigualdad en la distribución de recursos por

⁵² UN High Level Task Force, *session of the Working Group*, April 2010.

⁵³ L. MINKLER, "Introduction: Why Economic and Social Human Rights?", en MINKLER, LANSE (ed.), *The State of Economic and Social Right*, cit., p. 4.

⁵⁴ El Protocolo facultativo que entró en vigor en 2013 ha sido un adelanto en la garantía de los derechos.

cuestiones de igualdad en los resultados (en unos mínimos adecuados) pero además, más allá de esos mínimos hace falta la comparación porque sin ella no se tendría en cuenta el “nosotros”, el grupo o dimensión colectiva. No es una cuestión de caridad. Como afirmaba Javier de Lucas, “la solidaridad (es) una conciencia conjunta de derechos y obligaciones, que surgiría de la existencia de necesidades comunes, de similitudes (de reconocimiento de identidades que preceden a las diferencias sin pretender su allanamiento)”⁵⁵. Se estaría hablando de asumir la responsabilidad colectiva lo que acarrea el deber de contribuir positivamente a la consecución de la igualdad efectiva de todos. Se trata de cuestionar el prejuicio egoísta que implica la idea de que no debemos nada a los demás y que solamente se trata de no hacer daño a los otros o de cooperar cuando se obtiene algún beneficio⁵⁶.

Esta es la interpretación de los derechos sociales que debe defenderse en términos de Justicia material tal y como se ha reinterpretado desde la Modernidad. El objetivo es recuperar la esencia y acudir a las bases de ese Estado social (o Estado de Bienestar desarrollista, si se quiere): suficiencia sí (pero real, no se ha fijado respecto a los derechos sociales y estos necesitan ser desmercantilizados) e igualdad (proyecto distributivo), y ello tiene como fundamento la igualdad material como resultados, desde luego, pero también a la olvidada (y no suficientemente mencionada en el debate) solidaridad⁵⁷.

CRISTINA MONEREO ATIENZA

Dpto. Derecho financiero y Filosofía del Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de Málaga

Campus de Teatinos s/n 29071 (Málaga)

e-mail: cmonereo@uma.es

⁵⁵ J. de LUCAS MARTÍNEZ, *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 1992, pp. 28-30.

⁵⁶ J. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, “Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político”, *Sistema: revista de ciencias sociales*, núm. 101, 1991, p. 135.

⁵⁷ Solamente aparece mencionada en relación al derecho al desarrollo. *UN High Level Task Force*, cit.

LA LÓGICA CARCERALISTA Y LA LUCHA POR LOS DERECHOS

THE CARCERALIST LOGIC AND THE THE STRUGGLE FOR RIGHTS

MARÍA JOSÉ BERNUZ BENEITEZ
Laboratorio de Sociología Jurídica
Universidad de Zaragoza
<https://orcid.org/0000-0001-7723-5172>

Fecha de recepción: 22-5-23

Fecha de aceptación: 19-9-23

Resumen: *En la última década se ha podido apreciar cómo algunos colectivos sociales, heterogéneos entre sí, exigen y celebran las penas de cárcel cuanto más largas mejor ante delitos que atentan contra los bienes y valores que defienden. En este trabajo se trata de reflexionar sobre la paradoja que supone que movimientos que se implican en la lucha por la evolución y consolidación de los derechos fundamentales, denuncien la crueldad y disfunciones que genera el sistema penal en general y la cárcel en particular, pero los justifiquen como medios adecuados para poder visibilizar, responder y resolver problemas sociales. Son incoherencias que pueden alimentar e incrementar la pendiente deslizante hacia el excepcionalismo punitivo y carcelario y que consolidan otro tipo de populismo punitivo.*

Abstract: *In the last decade, it's become apparent how some social groups, heterogenous among them, have asked for and celebrated longer prison sentences for crimes against the values they defend. The aim of this paper is to reflect on the paradox that some movements involved in the struggle for the consolidation of fundamental rights denounce the cruelty and dysfunctions generated by the penal system in general and prison in particular, but justify them as adequate means to make visible, respond to and resolve social problems. These inconsistencies can feed and increase the slippery slope towards punitive and prison exceptionalism and consolidate as another type of punitive populism.*

Palabras clave: *lucha por los derechos, populismo punitivo, carceralismo, víctimas*
Keywords: *struggle for rights, punitive populism, carceralism, victims*

1. INTRODUCCIÓN¹

Empieza a ser norma que los medios de comunicación de diversa índole visibilicen y se hagan eco de muestras de rabia individual e incredulidad colectiva cuando se produce un delito de extrema crueldad, del tipo que sea. Tras el impacto inicial ante el horror del acontecimiento miramos de reojo hacia atrás, hacia las causas por las que pudo pasar algo de semejante entidad. Pero, sobre todo, miramos directamente a los ojos de los legisladores para interrogarles sobre las opciones punitivas que ofrece el Código penal, que pueden parecer excesivamente laxas para responder proporcionadamente a ese acto con consecuencias dramáticas para las víctimas y para la sociedad. En la misma línea, vemos cómo algunos movimientos sociales, heterogéneos entre sí, exigen y celebran penas de cárcel más largas para determinados delitos de extrema gravedad y crueldad, que atentan contra los bienes y valores que defienden. En realidad, con ello se perpetúa “el mito de que el castigo es una respuesta al dolor y a la pérdida”². Diría Jorge Ollero, que creen que el penalismo es mágico³. Por eso mismo, hoy en día la humanización del derecho penal se presenta como un signo de debilidad, de molicie, de indulgencia, pero no de justicia⁴. También hay que decir que la ciudadanía no siempre es monocrorde, ni va en el mismo sentido, ni es incondicionalmente punitiva y que su posición puede depender, entre otras cuestiones, del conocimiento que tiene para opinar y de la proximidad con el hecho que valora⁵.

Ante estas reacciones tan contundentes en abstracto y con una información muchas veces imprecisa o sesgada, deberíamos hacernos varias preguntas. Unas tendrían que orientarse a valorar si el delito cometido atenta contra

¹ Algunas palabras de esta introducción inspiraron el texto M.J. Bernuz, “Pensar respuestas eficaces y constructivas al maltrato animal”, en VV.AA., *¿Puede la cárcel defender a los animales?*, Ochodoscuatro ediciones, Madrid, 2023, pp. 43-50.

² Vid. L. GRUEN, “Abolition: Thinking beyond carceral logics”, en L. GRUEN y J. MARCEAU (eds.), *Carceral logics. Human incarceration and animal captivity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, p. 410.

³ J. OLLERO define el penalismo mágico como “promulgar el evangelio de que la simple inclusión de un artículo nuevo en el Código Penal va a producir efectos mágicos y a eliminar conductas cuyas causas estructurales se mantienen intactas”; cfr. J. OLLERO, *Penalismo mágico*, Ed. Aconcagua, Sevilla, 2021, p. 104.

⁴ Vid. A. PIRES, “A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos”, *Novos Estudos CEBRAP*, núm. 68, 2004, pp. 39-60.

⁵ Vid. D. VARONA GÓMEZ, *El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo: razón y emoción en el camino hacia un Derecho penal democrático*, Marcial Pons, Barcelona, 2016.

un bien jurídico sobre el que hay consenso social, o se trata de un bien “en construcción” sobre el que no existe acuerdo y requiere un mayor tiempo de aceptación. Puede ser que en ambas situaciones la reacción social sea exigir más castigo. En el primer supuesto porque hay acuerdo sobre la gravedad del delito y de la importancia del bien jurídico. En el segundo porque se aspira a reubicar un bien en la jerarquía de valores sociales mediante la reacción penal más contundente. En este caso no hay que olvidar que el Derecho penal y su reacción punitiva deberían ir siempre después de la sociedad y cuando ésta ha mostrado su repugnancia ante un determinado comportamiento. Indica von Hirsch que el Código penal resulta una amenaza demasiado severa para mostrar reproche⁶.

Hay que señalar que, en relación con la aceptación social del bien jurídico, está la cuestión de la proporcionalidad entre delito, el daño (individual y social) y el castigo⁷. Para valorarla habría que analizar cuáles son los elementos que nos hacen ver el delito como especialmente deleznable y susceptible de mayor reproche social y si esa repulsa tiene que ver con la maldad mostrada por el agresor a través de los medios utilizados en la comisión del delito, con las circunstancias en que se produjo, o si resulta de la vulnerabilidad percibida de la víctima. En bienes jurídicos ‘en construcción’, puede ocurrir que parte de la ciudadanía no vea clara la proporcionalidad y entienda que la respuesta punitiva es excesiva. En todo caso, siempre habría que cuestionarse sobre el sentido y la finalidad de proteger el bien jurídico mediante la pena máxima, de cárcel, que es la más restrictiva de derechos. Como indica Larrauri, “la pena de prisión no parece el medio menos lesivo para garantizar el fin de prevención de delitos o de venganzas privadas respecto de otro tipo de medidas preventivas o coactivas de severidad inferior”⁸.

El hecho de que se cuestione el recurso a la cárcel como respuesta y forma de mostrar el máximo reproche social no significa que entendamos que las causas sociales subyacentes (entre otras, feminista, animalista, transexual, odio...) y los valores que representan desmerezcan. Más bien al contrario, asumimos que causas tan esenciales como las citadas como muestra no pueden perder de vista un planteamiento pragmático e integral. Pragmático para que la respuesta logre objetivos a medio y largo plazo y no solo al cor-

⁶ Vid. A. VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, cit. p. 39.

⁷ Vid. A. VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, Trotta, Madrid, 1998, p. 161.

⁸ Vid. E. LARRAURI, “Criminología crítica: abolicionismo y garantismo”, *Ius et praxis*, núm. 4, 2, 1998, p. 33.

to plazo que dura la condena penal de cárcel. También integral, en cuanto responda respetando los derechos e intereses de todos los implicados en el delito y pretendiendo resolver el conflicto que subyace al delito. Y es que se ha demostrado que la cárcel no contribuye a realizar casi ninguna de las funciones que se le presuponen: en modo alguno contribuye a consolidar las causas sociales subyacentes, ni a prevenir el delito, ni tampoco a mejorar la vida y el bienestar de los ciudadanos que, finalmente, es a lo que aspira. Sí que mantiene apartado al agresor el tiempo que dura la condena, pero no logra, ni responsabilizarlo por el delito cometido, ni tampoco mejorar las circunstancias o el contexto que, eventualmente, pueden estar tras el mismo.

En concreto, en este trabajo se trata de reflexionar sobre la paradoja que supone que algunos movimientos que se implican en la lucha por la evolución y consolidación de los derechos fundamentales, denuncien la crueldad y disfunciones que genera el sistema penal en general y la cárcel en particular, pero los justifiquen como medios adecuados para poder visibilizar, responder y resolver problemas sociales. Se trata de incoherencias que pueden alimentar e incrementar la pendiente deslizante del excepcionalismo carcelario y que se consolidan como otro tipo de populismo punitivo⁹. Se pretende analizar algunas de las contradicciones que se esconden tras ese carceralismo progresista enfrentándolas a las funciones del castigo y la garantía de proporcionalidad del mismo. Al tiempo que se aspira a avanzar en las posibles explicaciones del recurso preferente a la cárcel con una duración máxima, como nueva herramienta política en la lucha por los (nuevos) derechos.

2. POPULISMO PUNITIVO Y CÁRCEL

Es cierto que se ha escrito mucho (y muy bien) sobre populismo punitivo neoliberal y su propuesta y apuesta por el internamiento cuanto más largo mejor. Una primera cuestión a resolver tiene que ver con cuáles son las pretensiones reales de este tipo de populismo punitivo. Una buena parte de la criminología crítica ha visto en esta tendencia a encarcelar, una herra-

⁹ En ese sentido, en el caso concreto de la respuesta al maltrato animal, Levin destaca la contradicción que supone que “la forma en que el Estado muestra que la sociedad entiende que encerrar y abusar de los animales es incorrecto, es encerrando y abusando de las personas”; cfr. B. LEVIN, “Carceral progressivism and animal victims”, en L. GRUEN y J. MARCEAU (eds.), *Carceral logics. Human incarceration and animal captivity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, p. 97.

mienta punitiva de gestión de determinadas franjas de población (especialmente pobres)¹⁰. En concreto, se aspira a controlar poblaciones, consideradas como peligrosas (o incómodas), mediante su apartamiento durante el mayor tiempo posible. Se obvia la implicación del contexto y de la estructura social en la delincuencia y se entiende que el delincuente/agresor es el único responsable de los hechos cometidos, así como de la afección a la vida de las víctimas y del resto de la sociedad. Como asegura Larrauri, “nos encontramos con una nueva imagen del delincuente (...) que no concita la solidaridad que en su día pudo suscitar el delincuente contra la propiedad o el drogodependiente”¹¹. Y, en consecuencia, ante una falta de alternativas comunitarias o la desconfianza hacia otras medidas de justicia social¹², el internamiento de la persona en la cárcel, retrasando lo máximo posible su salida, se presenta como la mejor opción posible.

2.1. Los objetivos del populismo punitivo

Se podría decir que los objetivos del populismo punitivo son de tipo político y social, articulados mediante el Derecho, que los legitima. De un lado, Larrauri se centra en la instrumentalización política del Derecho y en su posible utilidad electoral. Indica que el populismo punitivo supone instrumentalizar el Derecho penal para obtener réditos electorales defendiendo tesis político-criminales populares tales como la de que el incremento en las penas reduce las tasas del delito, o que las penas refuerzan determinados consensos morales sociales¹³. De otro lado, Cigüela apunta más bien a la dimensión social del castigo y a la capacidad transformadora del Derecho penal. Perfila el populismo penal como “una forma de hacer política-criminal y

¹⁰ Véase, entre otros, L. WACQUANT, *Las cárceles de la miseria*, Ed. Manantial, Buenos Aires, 2000; I. RIVERA BEIRAS, *La cuestión carcelaria: historia, epistemología, Derecho y política penitenciaria*, Editoriales del Puerto, Buenos Aires, 2009; J.A. BRANDARIZ, *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea*, Dykinson, Madrid, 2014; D. JIMÉNEZ FRANCO, *Mercado-estado-cárcel en la democracia neoliberal española*, Anthropos, Barcelona, 2016; I. GONZALEZ SÁNCHEZ, *Neoliberalismo y castigo*, Bellaterra, Barcelona, 2021.

¹¹ Vid. E. LARRAURI, “Populismo punitivo... y como resistirlo”, *Jueces para la democracia*, núm. 55, 2006, p. 16.

¹² Sobre la relación entre justicia penal y justicia social véase, R. GARGARELLA, “Injusticia penal, justicia social”, en R. GARGARELLA (coord.), *El castigo penal en sociedades desiguales*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2012, pp. 119-142.

¹³ Vid. E. LARRAURI, “Populismo punitivo... y como resistirlo”, cit.

de moldear la cultura de una determinada sociedad a través de una serie de dispositivos, en la actualidad principalmente comunicativos, que explotan el potencial simbólico y emocional del delito y su castigo”¹⁴. En ese caso, si el objetivo es comunicar un mensaje, habrá que asegurarse de que éste llega correctamente a los destinatarios.

Así pues, el logro de esos objetivos políticos y sociales hacen que la gestión del delito y el castigo se conviertan en una vía de legitimación y consolidación del poder. Asegura Cigüela que, por ello mismo, los rasgos del populismo punitivo son esencialmente: una politización del crimen y el castigo que se convierte en un arma privilegiada de polarización/cohesión, una emotivización y simplificación de la realidad criminal, una presentación del delincuente como el otro irreformable e incorregible y una hiperutilización del sistema penal (y de la cárcel) como forma de solucionar conflictos sociales¹⁵. Ahora bien, es claro que para que el sistema planteado así funcione, es preciso reconstruir un contexto previo: “alimentación de la desconfianza social frente a un sistema (...) que es presentado como ‘impotente’ o ‘indulgente’ frente a la criminalidad, cuando no como cómplice”, así como fomentar “una mirada emotiva, binaria y simplificadora de la delincuencia”¹⁶. En ese mismo sentido, Bonner apunta que el poder populista hace una utilización dual de la estrategia política. De un lado, “el líder crea el *pueblo* a través de la representación retórica y simbólica de sus demandas heterogéneas, que han surgido de algún tipo de ruptura”. De otro lado, “el líder populista utiliza la retórica para dividir a la sociedad en dos grupos irreconciliables, normalmente *ciudadanos y delincuentes*”, al tiempo que “dividen a los líderes políticos en grupos binarios y de suma cero: los que son *duros con la delincuencia* y los que son *blandos con la delincuencia*”¹⁷. Tras esa estrategia es fácil percibir, tanto populismos punitivos conservadores, como progresistas. De hecho, Caruso visualiza la realidad de que partidos de cualquier ideología

¹⁴ Vid. J. CIGÜELA SOLA, “Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural”, *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, núm. 22-12, 2020, p. 4.

¹⁵ *Ibidem.*, pp. 4-5.

¹⁶ Vid. J. CIGÜELA SOLA, “Populismo penal y justicia paralela...”, cit. p. 34.

¹⁷ Vid. M. BONNER, “¿Qué es el populismo punitivo? Una tipología basada en la comunicación mediática”, *MATRIZes*, núm. 15, 1, 2021, pp. 82-83. Indica Van Kerchove que “la incriminación penal de un comportamiento parece cargado de tal simbolismo que el legislador, así como los grupos de interés que podrían apoyar la intervención, parece temer cada vez más desacreditar la norma no imponiendo sanciones penales”; vid. M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2009, p. 273.

reclaman un mayor castigo intentando convencer al electorado de que “el Derecho penal es el instrumento idóneo para solucionar problemas sociales complejos”¹⁸. Nada más alejado de la realidad.

2.2. La especificidad del populismo punitivo progresista

Aun consciente de que se recurre al populismo punitivo en todo el espectro político, en este trabajo quiero llamar la atención especialmente, por lo paradójico que resulta, sobre la tendencia que se extiende entre posiciones progresistas y promotoras de derechos fundamentales (de todo tipo) a reclamar castigos de cárcel, en sí altamente restrictivos de derechos, cuanto más largos mejor, para responder a determinados delitos¹⁹. Gruen y Marceau reconocen esa contradicción cuando indican que “operamos en un reino de disonancia que reconoce en abstracto la disfunción y la crueldad del sistema, pero que a la vez nos lleva a promover las intervenciones penales en apoyo de los objetivos sociales en los que creemos”²⁰. Se trata de una cuestión que ya ha sido abordada por académicos como García Figueroa u Ovejero que, en concreto, hacía referencia a la “deriva reaccionaria de la izquierda”²¹. Creo que puede ser interesante analizar las posibles razones y algunas consecuencias de la expansión de la lógica carcelaria entre los movimientos progresistas que les hace, como diría Marceau, “interpelar a las personas corrientes exagerando los riesgos de la delincuencia y las ventajas del encarcelamiento”²².

¹⁸ Vid. V. CARUSO FONTÁN, “¿Qué pueden aportar a día de hoy las teorías sobre los fundamentos y fines de la pena? Reflexiones en torno a la dirección político criminal de nuestro sistema penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21-24, 2019, pp. 15-16.

¹⁹ Quizás, en parte, se podría explicar también por la proximidad entre democracia y populismo. Afirma M^a José González que “El populismo no se entiende sin la democracia y, según resulta, no parece sencillo que la democracia pueda vivir permanentemente alejada del populismo”; cfr. M.J. GONZÁLEZ ORDOVÁS, “El populismo o la política como hipótesis”, en VV.AA. (coords.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Calvo García*, Tirant lo Blanch, Valencia, en prensa.

²⁰ Vid. L. GRUEN, J. MARCEAU, “Introduction”, en L. GRUEN y J. MARCEAU (eds.), *Carceral logics. Human incarceration and animal captivity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, p. 1.

²¹ Véase más extensamente los trabajos de A. GARCÍA FIGUEROA, “La génesis populista del feminismo punitivo”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Protocolo I, 2021, pp. 15-41; F. OVEJERO, *La deriva reaccionaria de la izquierda*, Página indómita, Barcelona, 2018.

²² Vid. J. MARCEAU, *Beyond cages. Animal Law and Criminal Punishment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 2.

Mi hipótesis principal es que el signo distintivo de otros populismos punitivos es que la pugna por reafirmar y consolidar un bien jurídico como esencial y jerárquicamente importante les lleva a justificar las reacciones penales más restrictivas de derechos, incluso obviando principios del derecho penal liberal (oportunidad, intervención mínima), los derechos del agresor, los intereses reales de la víctima, o la pretensión de solucionar el conflicto a más largo plazo. Es decir, la lucha por los (nuevos) derechos y valores parecería justificar la restricción de otros derechos y garantías (consolidados). Se insiste en la línea de que la promoción de los derechos de unos, requiere la limitación de los derechos de otros. En ese contexto, “la idea de que el Derecho penal es el último recurso en la caja de herramientas del legislador” ha dejado de ser un patrimonio común²³. Vamos más bien en la dirección que apunta Cigüela de entender que “el derecho penal constituye un arma más en esa batalla cultural (...) un arma privilegiada (...) el derecho penal tiene un poder simbólico-comunicativo que no tiene otro derecho”. Y, por ello, se acude en su auxilio en temas en los que no hay consenso social (o político), o en los que sí lo hay, pero hay matices en su abordaje²⁴.

Se diría que, si el objetivo último es avanzar en derechos y consolidar los bienes jurídicos subyacentes en la ‘causa’ social que se abandera, no hay margen para la disidencia, que tiende a verse en términos de combate (con o contra nosotros). Aunque se trate de una disidencia que mire también por la promoción de (otros) derechos y el respeto de las garantías penales de todos. De hecho, Demetrio Crespo asegura que el discurso de las garantías comienza a ser tenido como el “fruto de la insolidaridad, la maldad, la falta de visión o, en el mejor de los casos de la ingenuidad académica de

²³ Véase la propuesta de Seher, en F. GARCÍA DE LA TORRE, “Crisis del principio penal de ultima ratio ¿debemos retomar la orientación constitucional del derecho penal?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, Protocolo I, 2021, p. 132.

²⁴ Vid. J. CIGÜELA SOLA, “Populismo penal y justicia paralela...”, cit., p. 9. Resulta muy sugerente el trabajo de Daniel Varona sobre ciudadanía y debate sobre legislación penal. En concreto, asegura que “estas frecuentes apelaciones a la ‘demanda social’, ‘voluntad popular’ u otras del mismo significado, al margen de ser, en ocasiones, meras excusas para imponer una determinada concepción ideológica, presentan el grave problema de que están basadas en un entendimiento erróneo de lo que debe ser un Derecho penal edificado sobre la voluntad o el consenso ciudadano. Ello porque a pesar de que apela de forma grandilocuente a dicha voluntad popular, en realidad no se hace un esfuerzo mínimamente digno por tratar de hallar y (menos) comprender dicha voluntad”; vid. D. VARONA GÓMEZ, *El debate ciudadano sobre la justicia penal...*, cit., p. 12.

quienes se mantienen en ese discurso”²⁵. Larrauri no cree que “la defensa de los principios liberales, las garantías y la mínima intervención del sistema penal sea tarea sencilla en una época en que la mayor inseguridad conlleva una exigencia de más demandas de derecho penal”²⁶. Como ya sugerí en una ocasión previa, “parece que quizás sea su enorme valor simbólico (el de los derechos) lo que ha favorecido que se los utilice como arma arrojadiza en cualquier disputa pública o privada, o que sirvan para justificar cualesquiera de nuestros comportamientos apoyándose en la premisa ‘porque tengo derechos’”, sin tener en cuenta los derechos de los demás o derechos y garantías ya consolidados²⁷.

Lo que sí se puede asegurar es que, como afirma García Figueroa, “por debajo del conflicto político tradicional entre progresistas y conservadores, hoy existe un sustrato populista común, un mismo *concepto de lo político*, que permite al punitivismo asentarse cómodamente en todo el espectro político (...) derecha e izquierda traicionan unos metaprincipios superiores a ambas tradiciones políticas y que cabe identificar en los principios liberales clásicos sobre los que se han edificado nuestras principales construcciones políticas y jurídicas”²⁸. Se trata de una nueva forma de hacer política, pero, sobre todo, del uso de otras herramientas, las punitivas, para hacer política apelando más (todavía) a la emotividad, y menos a la racionalidad, en el cierre de consensos. Tenemos claro que un poder que se asienta únicamente en la fuerza no perdura y, mientras lo hace, es a costa de la vulneración y restricción de los derechos de los ciudadanos, pero también deberíamos preguntarnos por el destino y la consistencia de un poder que se construye sobre el emotivismo.

Aunque parto de la hipótesis de que se utiliza simbólica y políticamente el castigo, creo que es preciso enfrentar al populismo punitivo, de todo signo, pero especialmente al que antepone la protección de nuevos derechos y valores, a la cuestión del sentido del castigo. Deberíamos pensar en qué es lo que esperamos cuando reivindicamos un castigo de cárcel más largo y en

²⁵ Véase en F. GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, “Crisis del principio penal de ultima ratio...”, cit., p. 139.

²⁶ Vid. E. LARRAURI, “La economía política del castigo”, *Revista de Estudios de Justicia*, núm. 11, 2009, p. 76.

²⁷ Vid. M.J. BERNUZ BENEITEZ, “La función de los derechos humanos en las políticas penales y criminales”, en R. SUSÍN y M.J. BERNUZ (coords.), *Seguridad(es) y derechos inciertos*, PUZ, Zaragoza, 2014, p. 20.

²⁸ Vid. A. GARCÍA FIGUEROA, “La génesis populista del feminismo punitivo...”, cit., pp. 20-21.

condiciones más duras y tenemos que mostrar que conocemos y asumimos cuáles son o pueden ser sus consecuencias reales. De un lado, puede que se pretenda que el agresor no reincida y, evidentemente, no lo hará durante el tiempo que dura la pena de cárcel. Sin embargo, los estudios científicos han mostrado que la cárcel no es la mejor vía para responsabilizar al agresor, ni modificar su comportamiento, ni las causas que puedan estar tras los delitos²⁹. De otro lado, quizás se aspira a prevenir este tipo de delitos y se asume que el aumento de las penas en el Código penal y el recurso al castigo ejemplar son maneras legítimas y eficaces de hacer pedagogía social y transformar conductas. Puede que tengamos que terminar por aceptar con González Sánchez que la cárcel no cumple con un fin, pero sí que tiene una función: “ayudan a mandar un mensaje (‘vamos a ser más duros con los delincuentes’) pero realmente no son útiles para reducir el delito (...) que parte de esa cantidad de dinero pueda estar destinado a mandar un mensaje no es serio (...) las decisiones no se toman tanto desde la voluntad de acabar con la delincuencia como para que parezca que se va a acabar con ella”³⁰. Por ello, antes de nada, es preciso ser consciente de que estamos utilizando el castigo y al agresor como vías/medios para visibilizar y afianzar una causa social.

3. EL SENTIDO DEL CASTIGO

Se ha asumido como hipótesis principal que algunos movimientos sociales acuden, como vía para visibilizar y consolidar una causa y para proteger los derechos de grupos de población en situación de vulnerabilidad, al castigo penal y, más precisamente, a la cárcel. Por ello es preciso comenzar por discutir algunas cuestiones sobre la proporcionalidad del castigo y sus funciones, que contribuyen a legitimar la pena, el sistema político que lo determina y el judicial que lo aplica.

3.1. Funciones del castigo y principios y valores penales

Si comenzamos por las razones por las que se impone el castigo, diríamos que la pena es la respuesta a un ilícito penal y que tanto una como otro son

²⁹ Vid. L. GRUEN, J. MARCEAU, “Introduction”, cit., p. 7.

³⁰ Vid. I. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, “Abolicionismo, cárceles e inseguridad ciudadana. Crítica, alternativas y tendencias”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 1, 2009, p. 311.

determinados políticamente atendiendo a un buen número de variables³¹. No es preciso llegar al extremo de afirmar que el Código penal crea el delito, como asegura el abolicionismo³², pero sí es cierto que determina qué es lo que se puede perseguir y lo que no, penal o administrativamente. También se define jurídicamente qué pena utilizar y con qué intensidad hacerlo. Sobre esa cuestión de la intensidad del castigo, desde el liberalismo penal se afirma que la reacción punitiva, para ser entendida como justa, tiene que ser proporcionada al daño social y al bien jurídico afectado por el delito cometido. Asimismo, se asume que la cárcel es, desde la perspectiva del ciudadano medio, la pena más gravosa en cuanto que es la más restrictiva de derechos. Es obvio que quien determina las penas también abogará por asegurar su proporcionalidad, en tanto que ello es una garantía de mayor legitimidad. Sin embargo, la proporcionalidad no es un concepto claro, ni mucho menos objetivo³³. Apunta Caruso que “en la mayor parte de los supuestos, resulta imposible desde un punto de vista cualitativo, comparar la medida del daño que implican el delito y la pena (...) la naturaleza de los daños sufridos se distanciará notablemente de la sanción impuesta (...) tiene una dependencia directa con las concepciones sociales”³⁴.

Así pues, si la proporcionalidad es discutible en ocasiones, mucho más lo será cuando se reclame la cárcel como respuesta a delitos contra bienes jurídicos no consolidados socialmente o no reconocidos por una parte de la población. Cuando no hay consenso social sobre la jerarquía de los bienes a proteger, la ciudadanía (o parte de ella) puede percibir la cárcel como poco proporcionada al delito cometido, la entenderá como inhumana, cruel y deslegitimará el sistema legal y judicial que lo respalda³⁵. En la línea de análisis de García Inda, podríamos cuestionarnos sobre la confianza que genera un

³¹ Vid. I. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Neoliberalismo y castigo...*, cit., p. 23.

³² Ver el análisis que hace Ricordeau de abolicionistas como Nils Christie, Ruth Morris y, sobre todo, Louk Hulsman sobre construcción del delito; Gw. RICORDEAU, *Crimes et peines. Penser l'abolitionnisme pénal*, Éditions Grévis, Caen, 2021, pp. 95-135.

³³ Von Hirsch indica que “la gente siente que los castigos que se adecuan a la gravedad de los delitos son más equitativos que aquellos que no lo hacen. Sin embargo, el recurso a la intuición no es suficiente: el principio necesita ser apoyado en razones explícitas. ¿Cuáles son estas razones?”; cfr. A. VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, cit., p. 31.

³⁴ Vid. V. CARUSO FONTÁN, “¿Qué pueden aportar a día de hoy las teorías...?”, cit. p. 28.

³⁵ Vid. J.A. GARCÍA AMADO, “Sin retribución no hay pena justa”, *Almacén de derecho*, 2015. Accesible y consultado el 17 de mayo de 2023 en: <https://almacendederecho.org/sin-retribucion-no-hay-pena-justa>.

Derecho que no se ajusta al sentir social; aunque también desconfiaríamos de un Derecho que no es capaz de cambiar y transformar la sociedad: “¿cómo ha de ser el Derecho –y los juristas– para generar esa energía necesaria a la que llamamos confianza (o capital social)?”³⁶. Parece obvio que si la proporcionalidad debe ser el principio que guíe la fijación en abstracto de las penas, deberíamos reservar la prisión para los delitos más graves. Es cierto que, como recuerda Demetrio, la expansión del Derecho penal más allá del núcleo duro “es consecuencia del nacimiento de un ‘nuevo’ Derecho penal dirigido a proteger nuevos bienes jurídicos característicos de la sociedad postindustrial”³⁷. Pero también hay que convenir con Prieto Sanchís que “todo derroche de fuerza se muestra ilegítimo”³⁸.

Esa cuestión de la proporcionalidad no solo tiene que ver con cómo y cuánto castigamos, sino también con los por qué (retribucionismo) y el para qué (consecuencialismo) lo hacemos³⁹. De hecho, podríamos llegar a valorar que el o los fines justifiquen los medios, si entendemos que aquéllos son suficientemente sólidos. De entrada, la doctrina, con muchos matices, tiende a identificar un planteamiento retributivo con una respuesta proporcional. Esto es, hay una respuesta penal porque se ha cometido un delito y aquélla debe ser proporcionada al daño que supone el delito. Sin embargo, también en un planteamiento consecuencialista, la distancia entre la prevención general positiva y negativa (legitimidad o temor) dependerá, en parte, del grado de proporcionalidad percibida entre el delito y el castigo. Por ello, quizás, lo más oportuno sea buscar posiciones intermedias que cuestionan la pureza del tipo ideal. Prieto Sanchís, por ejemplo, indica que “la pena *se justifica* por consideraciones de prevención utilitarista, pero *se distribuye* según criterios

³⁶ Véase el trabajo de A. GARCÍA INDA, “El Derecho y la confianza”, *Derechos y libertades*, núm. 48, 2023, p. 65.

³⁷ Vid. E. DEMETRIO CRESPO, *El Derecho penal en el Estado de derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución*, Reus Editorial, Madrid, 2020, p. 195.

³⁸ Vid. L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 59.

³⁹ Como ya vimos en un momento previo, “Nos decantamos por analizar las teorías relativas o utilitaristas que valoran el castigo como correcto o no en función de las consecuencias que produce y de su utilidad. En esa línea, parece asumirse que un castigo será justo cuando, siendo proporcionado a la gravedad del delito y a la culpabilidad del delincuente, logre prevenir la reincidencia (mediante la integración o el aislamiento) de quien delinquirió y/o la delincuencia de quienes pudieran tener la tentación de cometer el delito que se castiga (mediante el temor o la legitimación del sistema)”; cfr. M.J. BERNUZ BENEITEZ, “¿Castigos (eficaces) para delitos contra los animales? Repensando la respuesta al maltrato animal”, *Indret*, núm 1, 2020, p. 404.

retributivos de merecimiento”⁴⁰. En todo caso, cabe no olvidar cuanto plantea Corcoy cuando defiende la complementariedad de las teorías de la pena y asume que “es necesario ponerlas en relación con el núcleo de la cuestión, la obligación del Estado de proteger los bienes jurídico-penales, como finalidad última y función del Derecho penal”⁴¹.

Me parece especialmente interesante la propuesta que ofrece Roxin, que diferencia las funciones del castigo según el momento vital de la ley que lo regula⁴². Así, para el legislador, la finalidad pretendida del castigo tiene que ver, en parte, con su capacidad comunicativa. De hecho, el parlamentario cuando defiende su posición y el castigo que se publica en el Boletín Oficial está pensando en sus compañeros de bancada o en los votantes de su partido y, en última instancia, en los ciudadanos que deberán acatar el mandato. La norma penal y el castigo que entiende como proporcional al delito reafirman los valores que esa norma protege, visibilizándolos y jerarquizándolos. Deben demostrar que son fuertes con el ideario político y la mejor manera de hacerlo es mediante la reacción más potente y expresiva, la pena de cárcel, con una mayor duración. Sin embargo, cuando el juez fija y determina el castigo penal tiene delante a quien ha cometido el delito en unas circunstancias. Cuando individualiza el castigo, el juez piensa en que sea útil, que evite la reincidencia y favorezca la legitimidad del sistema para que se siga obedeciendo espontáneamente. Al menos teóricamente⁴³.

García Amado también reclama una visión compleja de las funciones del castigo y pone al descubierto los fallos de las teorías penalistas puras, sean estas retribucionistas o consecuencialistas⁴⁴. Asegura que al retribucionista le falta justificar más certeramente la “cuestión del merecimiento moral de la pena y de proporcionalidad”. Al consecuencialista le falta apuntalar con estudios y datos criminológicos la supuesta eficacia individual y social de las penas que propone. Y presenta las versiones dulcificadas de los retribu-

⁴⁰ Vid. L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal*, cit., p. 55.

⁴¹ Vid. M. CORCOY BIDASOLO, “¿Es posible limitar la intervención penal en el siglo XXI?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Protocolo I, 2021, p. 96.

⁴² Vid. K. ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I*, Civitas, Madrid, 2008.

⁴³ En sentido contrario, indica que “hay una relación entre la función preventiva individual de la pena en el momento de la enunciación y la función preventiva social en el momento de la imposición: ambas configuran la confirmación del modelo de conducta vigente y legítimo”; vid. F. MIRÓ LLINARES, “La función de la pena ante ‘el paso empírico’ del derecho penal”, *Revista General de Derecho penal*, núm. 27, 2017, p. 29. Y creo que tiene razón en adelantar esa función de pedagogía que realiza la aplicación (o no) del castigo fijado legalmente.

⁴⁴ Vid. más en detalle J.A. GARCÍA AMADO, “Sin retribución no hay pena justa”, cit.

cionistas actuales que, según García Amado, consideran que “el límite de la proporcionalidad con el merecimiento es un límite absoluto, pero la pena no puede estar justificada por el puro merecimiento (...) también ha de cumplir una función social positiva, preventiva”. Asimismo, avanza las limitaciones que presentan estas teorías cuando intentan justificar penas merecidas pero tienen efectos antipreventivos.

Eso sin dejar de lado que, aunque se han impuesto con fuerza las teorías utilitaristas de la pena, como contrapuestas a las retributivas, lo cierto es que los autores insisten en no perder de vista el carácter punitivo de las primeras. O, al menos, en no esconderlo. De hecho, Corcoy asegura que “la pena debe fijarse en atención a sus finalidades preventivas, pero sin olvidar que, precisamente para cumplir esas finalidades, debe de suponer efectivamente un castigo (...) respetando siempre el principio de proporcionalidad en sentido amplio”⁴⁵. En esa línea, Pérez Barberá distingue dos elementos que siempre se dan en la pena, uno descriptivo y uno normativo: la desaprobación y la irrogación de un mal, respectivamente. Asegura que la desaprobación se dirige al pasado, dado que es una reacción hacia algo que ha ocurrido. La retribución como concepto normativo pertenece a la justificación de la pena, que siempre deberá estar institucionalizada⁴⁶. Esa diferencia entre desaprobación e irrogación de un mal es necesaria y supone que los potenciales delincuentes harán “un análisis coste-beneficio para concluir si les compensa” cometer el delito ante el posible castigo⁴⁷.

Además de esa justificación del castigo en abstracto, también es preciso posicionarse sobre las condiciones y límites de la intervención penal. De hecho, junto a la proporcionalidad, los principios de oportunidad, *ultima ratio* y de intervención mínima conforman la espina dorsal del Derecho penal liberal. Sin embargo, cómo realizarlos sin renunciar a la función comunicativa del castigo efectivamente impuesto y ejecutado, sobre todo cuando cuenta con la expresividad de la cárcel; o cómo renunciar al garantismo que lleva aparejada la aplicación del Derecho penal (frente al Derecho

⁴⁵ Vid. M. CORCOY BIDASOLO, “¿Es posible limitar la intervención pena...?”, cit., p. 94.

⁴⁶ En concreto, afirma que “la diferencia cuantitativa entre un mal que consiste en sufrimiento físico o pérdida de derechos y un mal que se reduce a la aflicción que puede producir el mero hecho de ser señalado verbalmente como delincuente es tan significativa que, a mi juicio, el mantenimiento de esta diferenciación entre desaprobación e irrogación de un mal está justificado”; cfr. G. PÉREZ BARBERÁ, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución”, *InDret*, 2014, p. 3.

⁴⁷ Vid. M. CORCOY BIDASOLO, “¿Es posible limitar la intervención pena...?”, cit., p. 95.

administrativo)⁴⁸, no resultan tareas sencillas. Así, Corcoy insiste en que “en base al fundamento utilitarista del principio de *ultima ratio*, el Derecho penal debe intervenir cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general”, pero a la vez entiende que “la reducción de las garantías constitucionales, propias del Derecho penal, puede ser muy perjudicial para los implicados”⁴⁹. Sintetiza la complejidad de la respuesta García Figueroa cuando afirma que “no podemos aspirar a los beneficios de la Modernidad renunciando a los principios sobre los que se edificó”⁵⁰.

Si partimos de la hipótesis de que se acude al Derecho penal y al castigo (sobre todo penitenciario), no solo para prevenir o retribuir, sino como herramienta política y jurídica para consolidar valores y bienes que encuentran resistencia social, nos encontramos con que se están conformando nuevas funciones del castigo que ya no tienen que ver con el delincuente y se relacionan más con la visibilización de las víctimas y de algunas de sus necesidades y exigencias. Con esa perspectiva es apreciable cómo, en ocasiones, los principios que veíamos de oportunidad o de intervención mínima quedan en un segundo plano y olvidamos que “la pena es siempre un *mal* y el Derecho penal conserva siempre un residuo de ilegitimidad porque supone costes humanos y sociales y solo resulta tolerable y deja de ser ilegítimo si está y solo en la medida en que esté justificado”⁵¹. Como ya indicaba, se asume que, en la pugna por consolidar valores que se entienden esenciales, toda herramienta es válida y toda excepción puede estar justificada. De hecho, se aspira a enseñar con el método pedagógico más rotundo, pero se olvida que “lo más cruento de la pena es lo que exige la mayor carga argumentativa”⁵².

3.2. La cárcel como solución (fácil) a los problemas sociales (complejos)

Uno de los rasgos del populismo es que plantea soluciones fáciles e inmediatas, para resolver problemas sociales de gran calado. Es lo que hace

⁴⁸ De hecho, Prieto Sanchís señala que “en esto último reside seguramente uno de los rasgos más singulares del garantismo, en haber dirigido su mirada a la prevención de toda violencia, de la que nace de los delitos, pero también de la que incorpora la pena; y con ello tomar en consideración no sólo los derechos de la mayoría no desviada, sino también los derechos de la minoría desviada”; cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal*, cit., pp. 56-57.

⁴⁹ Vid. M. CORCOY BIDASOLO, “¿Es posible limitar la intervención penal...?”, cit., p. 95.

⁵⁰ Vid. A. GARCÍA FIGUEROA, “La génesis populista del feminismo punitivo”, cit., p. 18.

⁵¹ Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal*, cit., p. 51.

⁵² Vid. G. PÉREZ BARBERÁ, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas”, cit. p. 15.

el populismo punitivo cuando recurre a las reformas del Código penal y a la cárcel como vías para proteger bienes muy diversos y reaccionar a delitos muy heterogéneos, en los que subyacen problemas y conflictos sociales e individuales múltiples. Ante las consecuencias individuales y sociales que tiene optar por castigos penales más largos y restrictivos de derechos y, sobre todo, a la vista de su ineficacia, mostrada en estudios científicos, quizás la pregunta es por qué se sigue pensando en la cárcel como la solución a una buena parte de los males sociales. Por qué entramos tan fácilmente en una lógica carceralista que, en realidad, está vacía de contenido.

Para Gruen y Marceau, la lógica carcelaria implica dos lógicas diferentes: “una que podríamos considerar interna, que es la lógica que ordena el sistema legal, las prisiones y otras instituciones similares; y otra más amplia, que configura nuestra comprensión de los problemas sociales y sus soluciones. Podemos pensar que el primer tipo de lógica carcelaria se centra en la «lógica» de los sistemas carcelarios: las leyes, las normas, el diseño y las prácticas de los tribunales, la policía, las prisiones y otras instituciones similares. El segundo tipo de lógica carcelaria enfatiza en cómo lo ‘carcelario’ y sus prácticas informan, vigilan, limitan y constriñen nuestro pensamiento en contextos que van más allá de las prisiones”⁵³. En realidad, la lógica carceralista refleja una forma de interpretar la sociedad, atomizada y desconfiada, de entender nuestra relación con el resto y de resolver nuestros conflictos con los demás.

Junto a esa lógica que aplicamos a la hora de resolver problemas, más fácil de percibir, que consiste en esconderlos e invisibilizar al otro (agresor), se encuentra “el arraigo social de la visión retributiva” impulsada, según Corcoy, por el auge de la Victimología y la exigencia de que el punto de vista de la víctima redefina la política criminal. Ello “no solo conlleva que los ciudadanos comprendan el castigo como respuesta justa a un resultado lesivo, sino que lleva al legislador a castigar atendiendo a la magnitud de la lesión (...) si no hay una víctima directa parece que ya no sea necesaria la intervención del Derecho penal, cuando la conducta puede ser especialmente lesiva para toda la sociedad”⁵⁴. Así, se ha hecho referencia incluso a un “derecho” de la víctima al castigo, proporcional a su sufrimiento⁵⁵. Sin embargo, se tra-

⁵³ Vid. L. GRUEN, J. MARCEAU, “Introduction”, cit., p. 4.

⁵⁴ Vid. M. CORCOY BIDASOLO, “¿Es posible limitar la intervención penal...?”, cit., p. 99.

⁵⁵ Ver el caso del atracador de Tarragona en el que las víctimas solicitan que se le castigue y se evite la eutanasia que solicita (Auto 641/2022, del Juez de Instrucción número 5 de Tarragona).

ta de una afirmación que se hace sin que exista un estudio en profundidad sobre el impacto, positivo o negativo, que tiene (o no) el internamiento más largo y más estricto en el bienestar de las víctimas, ni de qué manera se responde así a las necesidades de un colectivo que, con el elemento en común del sufrimiento, resulta tan heterogéneo.

El hecho de que los discursos sociales sobre la prisión sean tan contradictorios no ayuda a resolver este dilema sobre el aporte de la cárcel a la satisfacción de las necesidades y exigencias de las víctimas. De un lado, el incremento de las condenas de cárcel previstas en el Código penal y efectivamente ejecutadas se vive y se publicita como un triunfo para las víctimas sin que, como digo, haya estudios sobre la repercusión positiva en sus vidas⁵⁶, ni sobre la prevención de la reincidencia o de la delincuencia (más bien al contrario). De otro lado, esta idea convive con la concepción mediática de la prisión como “hotel”, que imposibilita que la cárcel logre los objetivos retributivos que se esperan de ella⁵⁷. Lo que sí existen son muchos estudios y análisis que muestran que el coste individual y social de la prisión va más allá de la privación de libertad y supone, entre otros, una limitación de derechos a la seguridad, la integridad o la intimidad. Al tiempo que tiene consecuencias en la vida familiar, laboral y social de la persona presa⁵⁸. Creo que es importante recordar con Zavala que “una positiva orientación axiológica de una política criminológica será la que emplee medios legítimos y democráticos con el menor costo social posible en materia de dignidad y derechos humanos”⁵⁹.

4. NUEVOS USOS RETÓRICOS DE LA CÁRCEL

Avanzábamos que, en ocasiones, el discurso político de una buena parte del abanico ideológico celebra cada ingreso en prisión o cada incremento de

⁵⁶ Salvo algunos autores, como por ejemplo Gil Gil, la doctrina penalista insiste en que la atención a la víctima no forma parte, ni puede formar parte, de los fines del castigo; vid. A. GIL GIL, “Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena”, *Indret*, núm. 4, 2016, pp. 1-39 pp.

⁵⁷ Vid. A. SANTOS, G. SANTOS, “Las prisiones son hoteles de cinco estrellas”, en J. GRACIA y D. JIMÉNEZ (coords.), *Tristes tópicos. Representaciones sociales desenfocadas*, Laboratorio de Sociología Jurídica/Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2016, pp. 247-257.

⁵⁸ En relación a los estereotipos sobre la cárcel, véase un breve apunte en G. VARONA, L. ZULOAGA, P. FRANCÉS, *Mitos sobre delinquentes y víctimas. Argumentos contra la falsedad y la manipulación*, Los libros de la catarata/UPNA, Madrid, 2019.

⁵⁹ Vid. L. ZAVALA VAN OORDT, “El derecho penal simbólico y la ineficacia del estado de emergencia constitucional para combatir la criminalidad”, *Vox Iuris*, núm. 33, 1, 2017, p. 132.

su duración como un triunfo para las víctimas y para sus derechos e intereses. Se diría que solo se puede proteger a las víctimas y sus intereses mediante la respuesta penal más extrema, encerrando a quien agrede. En particular, se propicia la “visión de un derecho penal justiciero, como si las víctimas vayan a dejar de serlo por el hecho de que se imponga una mayor pena al autor”⁶⁰. Como ya comentaba en otra ocasión, “si, antes, la protección de los derechos humanos representaba un límite a la expansión penal, hoy en día, en un clima de inseguridad, se destaca la potencialidad de las políticas criminales como herramientas idóneas para proteger los derechos humanos y, en consecuencia, justifican su inflación”⁶¹. Sin embargo, ante esta relación ambigua entre políticas criminales y derechos humanos, parece preciso desmontar dos mitos y evitar una tentación. Uno de los mitos es el de que más derechos y mayor protección de los mismos se consigue a costa de limitar derechos (de otros). Otro mito es el de la víctima (de talla) única, ya que si la delincuencia que les afecta y la forma en que lo hace son muy distintas, también lo son sus necesidades y la forma en que se debe responder a ellas⁶². En ese contexto, de identificación, política y social, con la posición que ocupan las víctimas, es preciso resistirse a la utilización demagógica del Derecho penal y de la cárcel.

4.1. Paternalismo victimológico: la lucha por los derechos de las víctimas (sin ellas)

Se ha debatido desde diferentes perspectivas sobre el creciente protagonismo de las víctimas en el debate social en general y en el criminológico (y victimológico) en particular. Cada vez se percibe como algo más natural que las víctimas reivindiquen socialmente el reconocimiento de su sufrimiento y de sus derechos. Sin embargo, con excepciones, una parte de la dogmática penalista ha dejado clara su posición de que el castigo no puede cumplir funciones victimológicas y la respuesta a sus necesidades y exigencias debe proceder de otro contexto que el penal. Asimismo, desde la Criminología se

⁶⁰ Vid. M. CORCOY BIDASOLO, “¿Es posible limitar la intervención penal...?”, cit., p. 92.

⁶¹ Vid. M.J. BERNUZ BENEITEZ, “La función de los derechos humanos”, cit., p. 20.

⁶² En concreto, Garland asegura que “la figura simbólica de la víctima ha cobrado vida propia y cumple un papel en los debates políticos y en los argumentos sobre políticas públicas que a menudo se aleja de lo que reclama el movimiento organizado de las víctimas o de las opiniones manifestadas por víctimas encuestadas”; cfr. D. GARLAND, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2005, p. 46

ve con reticencia la participación de las víctimas en los debates legislativos y más cuando se discuten modificaciones del Derecho penal. Corcoy apunta que “las víctimas no deberían dictar la agenda político-criminal (...) debería limitarse de forma razonable su alcance, evitando que la venganza sea un criterio en la determinación de la pena, tanto en el momento legislativo, como en el judicial”⁶³. Quizás por ese apartamiento de la víctima de una discusión sosegada sobre la respuesta al delito y sus consecuencias, así como del proceso penal al que asiste como testigo cualificado, el abolicionismo ha reivindicado la recuperación del conflicto por las partes, ha fomentado un auge de los estudios en torno a las víctimas y una tendencia a pensar las políticas criminales en torno a sus intereses y derechos. A veces, como apuntaba, incluso da la impresión de que se ha consolidado un derecho de las víctimas a que se castigue al victimario⁶⁴. García Figueroa apunta que ello nos “condena con naturalidad a elegir entre dos alternativas extremas: o bien la abolicionista que prescinde del Derecho penal (...); o bien la populista, que con la expansión del Derecho penal apacigua los instintos de venganza de tales víctimas, incluso a costa de los derechos y garantías del delincuente”⁶⁵.

Pese a las suspicacias, lo cierto es que el auge de los movimientos y asociaciones de víctimas (de todo tipo) ha hecho que la protección de sus derechos e intereses estén en la primera línea de la política social y también criminal. Sin embargo, se aprecia cómo se tiende a simplificar la respuesta a la complejidad que implica responder individualizadamente a sus demandas y se tiende a canalizar esas pretensiones a través de lo judicial, lo penal y lo carcelario. Gracia Ibañez apunta que se está construyendo una víctima ideal punitiva cuando, en realidad, las víctimas no siempre son más punitivas ni vengativas⁶⁶. Como muestra, resulta llamativo el caso del feminismo puni-

⁶³ Vid. M. CORCOY BIDASOLO, “¿Es posible limitar la intervención penal...”, cit., pp. 92, 91

⁶⁴ Vid. M.J. BERNUZ BENEITEZ, “La función de los derechos humanos”, cit., p. 26. También Caruso apunta que ese incremento punitivista no tiene que ver con un renacer del retribucionismo que “pone el foco de atención en el delincuente y en su merecimiento de pena, las nuevas corrientes conciben a la pena como un derecho de la víctima e interpretan su finalidad como la necesidad de dar satisfacción a las mismas. La retribución centra su atención en el pasado y las teorías orientadas a la víctima, en el presente”; cfr. V. CARUSO FONTÁN, “¿Qué pueden aportar a día de hoy las teorías...?”, cit. p. 16.

⁶⁵ Vid. A. GARCÍA FIGUEROA, “La génesis populista del feminismo punitivo”, cit., p. 17.

⁶⁶ J. GRACIA, en conversaciones sobre el trabajo, considera que se está creando una especie de víctima ideal punitiva que es la que sirve al logro de objetivos políticos. No obstante, la investigación muestra que las víctimas necesitan esencialmente bienestar recuperando una

tivista y el animalismo carcelario. En concreto, sobre la violencia de género, Alcázar y Valenzuela constatan un giro punitivo en las políticas criminales que hunden sus raíces en la defensa y protección de los derechos de las mujeres. Ello, no solo contribuye a consolidar la justicia penal como un aparato de control, sino que hace inapelable o cuestionable ese incremento punitivo en las políticas criminales dado que se justifica en el bienestar de las mujeres víctimas y en el respeto de sus derechos⁶⁷. Por su parte, Justin Marceau en *Beyond Cages* realiza el paralelismo, en ese caso concreto, entre el sufrimiento que genera el encerramiento cotidiano de los animales y el que produce en los seres humanos. Aboga por evitar la tentación de hacer pagar con la misma moneda a quienes cometen delitos de maltrato o abandono animal y huir, en definitiva, de la lógica carcelaria o del internamiento. Asegura que “propagar la deshumanizadora violencia de la cárcel no es la solución viable al trato inhumano a los animales”. Entiende que, de alguna manera, resulta contradictorio “liberar a los animales encarcelando a las personas”⁶⁸.

En definitiva, esta tentación carceralista muestra una percepción del Derecho penal como herramienta idónea para proteger los derechos fundamentales olvidando que los derechos también deberían ser una manera de minimizar el Derecho penal⁶⁹. Lo más discutible es que, cuando se plantea que es el sufrimiento de las víctimas el que está en liza, verlo de otra manera podría entenderse como un acto de insensibilidad social hacia ellas y hacia la situación de vulnerabilidad en que se encuentran tras el delito. No tiene por qué ser así, si se toman en serio los derechos de las víctimas y la respuesta a sus necesidades individuales. De hecho, el discurso político simplifica la respuesta a las necesidades de las víctimas y proclama, después de que el Estatuto de la víctima indique que se implementará sin partidas presupuestarias adicionales⁷⁰, que el reconocimiento de las víctimas y de sus

vida normal, aceptación como ser humano que sufre una injusticia, respeto, seguridad individual, confianza en las capacidades propias, entender qué y por qué ocurrió; cfr. G. VARONA, L. ZULOAGA, P. FRANCÉS, *Mitos sobre delincuentes y víctimas*, cit., pp. 107-108.

⁶⁷ Vid. A. ALCAZAR-CAMPOS, L. VALENZUELA-VELA, “Diálogos feministas sobre el giro punitivo de las políticas públicas: buena madre vs. buena víctima”, *Athenea Digital*, núm 22, 2, 2022, p. 2.

⁶⁸ Vid. J. MARCEAU, *Beyond cages*, cit., pp. 6, 2.

⁶⁹ Vid. F. GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, “Crisis del principio penal de ultima ratio”, cit., p. 143.

⁷⁰ En concreto, la Disposición Adicional 2ª indica que: “Las medidas incluidas en esta Ley no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal”.

derechos solo puede lograrse a costa de los derechos de los agresores en una dinámica de vasos comunicantes⁷¹. Asegura Garland que “se asume un juego político de suma cero, en el que lo que el delincuente gana lo pierde la víctima y estar ‘de parte’ de las víctimas automáticamente significa ser duro con los delincuentes”⁷². Ya avanzábamos que, en ese marco interpretativo, los principios y garantías penales llevan las de perder. Se acaba percibiendo el garantismo como “una teoría y práctica del Derecho penal esencialmente incómodas”⁷³.

Socialmente se ha justificado esta aproximación hacia la posición de la víctima en un individualismo social, acrecentado con un sentimiento de inseguridad algo adulterado, que nos coloca fácilmente en la posición de la víctima. En ese contexto, pedimos más intervención del Estado y del Derecho. Confiamos más en el Estado que en la ciudadanía. Como indica García Inda, “recurrir al Derecho porque desconfiamos y a su vez ese recurso a lo jurídico favorece nuestra desconfianza”⁷⁴. Centrarnos en las víctimas nos hace mirar el sufrimiento y exigimos a las instituciones que asuman nuestras pretensiones retributivas en la definición y ejecución del castigo⁷⁵. La cárcel materializa ese espíritu de venganza y representa la respuesta penal más contundente. Gruen y Marceau entienden que se produce una expansión de la lógica carcelaria cuando se justifica en una mayor y mejor protección de las víctimas y reclaman la urgencia de cuestionar esa idea preconcebida de que “la respuesta penal es necesaria para proteger a las personas”, cuando no ha sido verificado⁷⁶. La centralidad del sufrimiento de la víctima en la

⁷¹ Resulta muy claro y preciso en ese sentido el análisis de los debates parlamentarios en torno al Estatuto de la Víctima que realiza J. GRACIA; vid. J. GRACIA IBÁÑEZ, “El reconocimiento de los derechos de las víctimas: acuerdos y desacuerdos. Un análisis jurisprudencial del debate parlamentario de la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito”, en D. OLIVER-LALANA (ed.), *Debatendo leyes. Estudios sobre justificación parlamentaria de la legislación*, Dykinson, Madrid, 2022, 153-193

⁷² Vid. D. GARLAND, cit., p. 46.

⁷³ Se sigue indicando que “Prueba de ello es la utilización, cada vez más frecuente, del término ‘hipergarantismo’ en alusión a los excesos a los que el garantismo podría conducir en la defensa consecuente de sus postulados”; vid. E. DEMETRIO CRESPO, *El Derecho penal en el Estado de derecho*, cit., p. 192.

⁷⁴ Vid. A. GARCÍA INDA, “El Derecho y la confianza”, cit., p. 51.

⁷⁵ Más precisamente, “el público está más inclinado hacia la venganza y poco preocupado por la proporcionalidad entre el delito y las penas”; cfr. V. CARUSO FONTÁN, “¿Qué pueden aportar a día de hoy las teorías...?”, cit., p. 16.

⁷⁶ Vid. L. GRUEN, J. MARCEAU, “Introduction”, cit., pp. 4, 6. Feijoo ha mostrado que un incremento del castigo por encima de determinados umbrales no incrementa la potencia-

política penal nos ha hecho olvidar que “el proyecto penal moderno surge con el objetivo de humanizar el castigo impuesto cruel y parcialmente durante el Antiguo Régimen, la cultura de los derechos que se consolida tras la Segunda Guerra Mundial, insiste en la idea de fomentar una cultura de la moderación para impulsar el principio de necesidad de las penas”⁷⁷.

En ese contexto de exigencia social de más cárcel para proteger a las víctimas, ¿creemos realmente que sueñan las víctimas con penas de prisión más largas? ¿todas tienen el mismo sueño? Pensar que así es o hacernos pensar que lo es y hacerlo realidad mediante políticas punitivas más intensas puede ser un espejismo creado por el populismo punitivo para lograr, a través del poder simbólico de la cárcel, objetivos más políticos que sociales. Algunos dirán que las víctimas tienen pesadillas con que su agresor vuelve y, por ello, para velar su sueño, cuando se asume que el delincuente no va a cambiar, se dirá que lo mejor es tenerlo apartado durante un tiempo. Sin embargo, es un recurso que podría no convencer ni a la ciudadanía, ni a las víctimas. Puede no persuadir a la ciudadanía si percibe un recurso demagógico al sufrimiento de las víctimas. Tampoco puede ser del agrado de las víctimas que ven una especie de paternalismo punitivo que no las representa y que legisla y castiga en su nombre, pero sin contar con ellas⁷⁸.

Desde muchos ámbitos se reivindica la individualización de las respuestas institucionales en general y hacia las víctimas en particular porque no todas las víctimas son iguales y porque sus reacciones al delito y sus necesidades dependen de factores objetivos (del propio delito, por ejemplo) o subjetivos (edad, estatus, raza...). La cuestión es cómo hacerlo, cómo responder a sus exigencias de manera más individualizada. Daems se cuestiona,

lidad preventiva en similar proporción, ni tampoco garantiza mayores niveles de seguridad personal; cfr. B. FEIJOO, *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 45, 54. En la misma línea, está la apuesta de Agudo, Jaén y Perrino que miran hacia la reinserción del agresor como una de las formas más efectivas de proteger a la víctima y a la sociedad ya que “no hay mejor manera de proteger a las víctimas que recuperando al infractor para la sociedad”; cfr. E. AGUDO FERNÁNDEZ, M. JAÉN VALLEJO, A.L. PERRINO PÉREZ, *La víctima en la justicia penal. El Estatuto de la víctima del delito*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 14.

⁷⁷ Vid. M.J. BERNUZ BENEITEZ, “La función de los derechos humanos”, cit., p. 23.

⁷⁸ Garland hablar también de paternalismo y oportunismo en relación a la ciudadanía como una forma de desconocer la opinión de los expertos. Asegura que “existe una corriente claramente populista en la política penal que denigra a las élites de expertos y profesionales y defiende la autoridad ‘de la gente’, del sentido común, de ‘volver a lo básico’”; cfr. D. GARLAND, *La cultura del control*, cit., p. 49.

“¿cómo hablar sociológicamente de experiencias esencialmente individuales –a menudo trágicas– como la de ser víctima de un crimen? (...) la experiencia de la victimización se presenta como algo único y, por ello, choca con la comprensión sociológica”⁷⁹. Por eso mismo es preciso cuestionarse sobre cómo responder a su sufrimiento, al sufrimiento de las víctimas individuales difícilmente estandarizable⁸⁰. Que no se haga habitualmente, no significa que no debamos apostar por hacerlo para evitar hacer un ventriloquismo con las víctimas, que no deja satisfecha a ninguna.

En todo caso es claro que, en una sociedad individualista, atomizada y desconfiada, la víctima como representación de la vulnerabilidad social, “se ha convertido en el agente de la moral social” y la propia victimización como un signo de entidad y de identidad colectiva⁸¹. Daems reconoce que “la victimización y los muchos tipos de reacciones que provoca, tiene un impacto constitutivo de la realidad social ante la que no podemos seguir cerrando los ojos”⁸². Lo que vemos cuando la política criminal se organiza en torno a la angustia de las víctimas, es que no se constituye como forma de lograr consenso moral y social (como diría Daems) sino de evitar el disenso: no cabe disentir ante el sufrimiento de las víctimas. Cabe pensar que, como se indica, se esté utilizando una caricatura de la víctima y “lo que se detecta detrás de la fachada de víctima es sobre todo la lucha por una justicia penal más rápida y eficiente y no una agenda para mejorar la situación de las víctimas”⁸³. Para Gracia Ibañez, en una situación social de recursos escasos, se impone una especie de jerarquía victimológica en la que las víctimas deben “vender” su sufrimiento para que las instituciones respondan a sus necesidades en una especie de lucha por la visibilidad⁸⁴. Quizás se trata de una llamada de atención a la falta de respuesta

⁷⁹ Vid. T. DAEMS, “¿Tienen las sociedades las víctimas que se merecen?”, *InDret*, núm. 2, 2020, pp. 535, 354.

⁸⁰ Una vía podría venir de la mano de la victimología narrativa de Pemberton; cfr. A. PEMBERTON, E. MULDER, P. AARTEN, “Stories of injustice. Towards a narrative victimology”, *European Journal of Criminology*, núm. 16, vol. 4, 2018, pp. 391-412.

⁸¹ Creo que sobre la identidad de la victimidad es esencial consultar los trabajos de M. Herrera; cfr. por ejemplo, M. HERRERA, “¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en victimología”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 12, 2012, pp. 343-404.

⁸² Vid. T. DAEMS, “¿Tienen las sociedades las víctimas que se merecen?”, cit., pp. 355, 354.

⁸³ Vid. T. DAEMS, “¿Tienen las sociedades las víctimas que se merecen?”, cit., p. 363.

⁸⁴ Ideas extraídas de conversaciones con J. GRACIA IBAÑEZ sobre el trabajo. Parte de esas ideas también se pueden encontrar en J. GRACIA IBAÑEZ, A. CUERVO GARCÍA, “El largo camino hacia la visibilidad: un análisis victimológico de la construcción de la violencia filio-parental como problema en España”, *Revista de Victimología*, núm. 11, 2020, pp. 21-44.

de las instituciones que tiene, como efecto colateral, una invisibilización del delincuente y una nueva utilización de las víctimas⁸⁵.

4.2. La función simbólica del castigo: demagogia y derecho penal

Si un castigo de cárcel más largo puede no ser el medio más eficaz de responder a los intereses y las necesidades de todas las víctimas, es preciso seguir preguntándose a qué se debe la propuesta unánime en torno al carceralismo. Como ya avanzaba, la dogmática penal no suele incluir a las víctimas entre las funciones del castigo, pero como sociedad cada vez nos colocamos más en la posición de la víctima y miramos hacia la cárcel como la respuesta más rotunda y simbólicamente eficaz a la hora de mostrar preocupación por su sufrimiento. En ese punto, es interesante el trabajo de Daniel Varona sobre opinión pública y castigo en el que muestra, como una de sus principales conclusiones, que “existe un discurso cultural dominante, cierto, que apunta hacia una determinada dirección nuestra política criminal. Pero su preeminencia no se basa en la fuerza de la razón, y ni siquiera en la superioridad del componente emotivo sobre el racional, sino en determinadas lógicas y procedimientos que conllevan que ciertos discursos, narrativas y emociones primen más que otros, que quedan relegados a un segundo plano”⁸⁶. En ese contexto, quizás lo más interesante sea abrir a las víctimas y a la ciudadanía la posibilidad de disentir o cuestionar la respuesta de la cárcel a sus necesidades o de reclamar soluciones más restaurativas⁸⁷. Eso sí, contando con una información que les permita opinar y reclamar de manera coherente.

Si la cárcel, desde un punto de vista práctico, no resuelve conflictos sino que los oculta temporalmente, ni cumple con las funciones (preventivas) que pretende⁸⁸, ni necesariamente da respuesta a las víctimas, debemos entender

⁸⁵ Es una de las patologías de la victimización a la que hace referencia J. Tamarit; cfr. J.M. TAMARIT SUMALLA, “Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad”, *InDret*, núm. 1, 2013, pp. 1-31.

⁸⁶ Vid. D. VARONA GÓMEZ, *El debate ciudadano sobre la justicia penal*, cit., p. 169.

⁸⁷ Sobre la justicia restaurativa como forma de justicia eficaz que reemplaza al penalismo mágico vid., J. OLLERO, *Penalismo mágico*, cit., pp. 159-166. Sobre las posibilidades restaurativas y el rechazo a la pena de prisión incondicional en los delitos contra los animales es muy claro el análisis de G. VARONA, “Justicia restaurativa en delitos contra los animales: perspectivas teórico-prácticas desde la victimología verde”, *Revista General de Derecho Animal y Estudios interdisciplinarios de Bienestar Animal*, núm. 8, 2021, pp. 1-33.

⁸⁸ Resulta interesante consultar los mitos en torno a la cárcel que se recogen en G. VARONA, L. ZULOAGA, P. FRANCÉS, *Mitos sobre delincuentes y víctimas*, cit., pp. 150-162.

que el recurso incondicional a la prisión como respuesta al delito se debe a su función social, tanto simbólica, como expresiva, por lo que representa y por lo que comunica⁸⁹. Larrauri se centra en la dimensión comunicativa y se cuestiona sobre si no habría otras formas de mostrar repulsa, distintas de la cárcel⁹⁰. Y quizás podríamos entender que esa tendencia a acudir incondicionalmente a la pena de prisión se deba a una falta de imaginación criminológica. También es cierto que la respuesta dependerá del bien jurídico a proteger. De hecho, en esa pretensión de comunicar cuáles son los bienes jurídicos a proteger socialmente y de mostrar reproche social cuando se contravienen, cabe imaginar dos situaciones. Una, en la que el Derecho penal se construye sobre una idea de justicia-injusticia compartidas, sigue a la sociedad y respalda los valores sociales ya consolidados. En ese caso, el Derecho se cumple más espontáneamente de forma mayoritaria y el castigo solo se impondrá en casos puntuales de desobediencia. La comunicación es sutil porque la información ya se conoce y se asume. Sin embargo, otras veces el Derecho penal se percibe como una vía de transformación de valores y comportamientos. Entonces, el castigo simbólica y efectivamente aplicado será la herramienta para lograr obediencia y consolidar progresivamente los valores que promueven. Y, en esa tarea, la cárcel puede ser la pena más expresiva⁹¹. No obstante, es preciso contar con que también “un desajuste entre el Derecho penal y las opiniones de la comunidad socaba la credibilidad moral del sistema y conduce a un menor cumplimiento de la ley”⁹².

Así pues, si el Derecho penal tiene siempre una función expresiva y de pedagogía social, esta parece prevalente cuando se trata de consolidar bienes jurídicos no asumidos por toda la población. En ese caso, la labor de información, difusión y justificación serán vitales para legitimar la norma, así como el poder que la crea y el que posteriormente la aplica. En esa batalla para legitimar el castigo y consolidar nuevos derechos y valores, hemos apuntado cómo se utiliza a la víctima, individualmente o como colectivo, como

⁸⁹ Aunque distinguimos las funciones simbólicas y comunicativas del castigo, en este trabajo las trataremos conjuntamente dado que entendemos que se comunica a través de la cárcel precisamente por el poder simbólico que representa.

⁹⁰ Vid. E. LARRAURI, “Criminología crítica”, cit., p. 30.

⁹¹ Von Hirsch recuerda que “una explicación de las sanciones penales que enfatice su función reprobatoria tiene el atractivo de ser más comprensible, ya que reprochar es algo que hacemos en nuestros juicios morales cotidianos”; cfr. A. VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, cit. p. 35

⁹² Vid. F. MIRÓ LLINARES, “La función de la pena”, cit., p. 12.

herramienta emocional que exige posicionarse a favor o, si no es el caso, estar en contra. Cuando el debate lo ocupa el discurso emocional, o la apelación al sentido común, lo cierto es que queda poco espacio para la argumentación o el disenso⁹³. Insiste Cigüela en que “los debates político-criminales se vienen transformando en una guerra de trincheras político-culturales, en la que cualquiera que muestre disensos correrá el riesgo de ser estigmatizado con rasgos enemigos”⁹⁴. También es verdad que, como recuerda Varona, “lo emocional no debe equipararse con lo punitivo: el delito y el delincuente no solo generan emociones ‘negativas’ (...) presididas por la rabia, el miedo o el odio. También pueden suscitarse emociones ‘positivas’ que nos llevan a una política criminal menos punitiva, más inclusiva y con mayor énfasis en la rehabilitación y el trato humanitario a los delincuentes”⁹⁵. Sin embargo, parece que no es ésta la vía que se ha elegido para dirigir la política criminal porque, como decíamos, el delincuente ya no genera empatía.

Es cierto que, como asegura muy acertadamente Corcoy, “la función simbólica es especialmente relevante en los supuestos en los que, al menos una parte de la sociedad, no es totalmente consciente de la importancia del bien jurídico-penal protegido, en definitiva, de la lesividad de esas conductas”⁹⁶. Por ejemplo, en el caso de la agenda feminista, asegura Grzyb que se trataría de “una forma simbólica de reconocer la importancia del problema por parte de los legisladores”⁹⁷. Pero también es preciso reconocer con la autora que, en esos supuestos, la intervención solo será legítima “siempre que se castiguen únicamente los hechos más graves y que no estén suficientemente sancionados en la vía extrapenal”. Si es algo que ocurre con cuestiones de género y, más precisamente, con la violencia contra las mujeres, también ocurre con cuestiones relacionadas con el bienestar y el maltrato animal sobre el que no existe una posición unánime en la sociedad. Dado que el estatus social de

⁹³ Vid. M.J. BERNUZ BENEITEZ, “Si es que esto es (o no) de sentido común. Sobre el (sin) sentido del sentido común en el derecho”, en J. GRACIA y D. JIMÉNEZ (coords.), *Tristes tópicos. Representaciones sociales desenfocadas*, Laboratorio de Sociología Jurídica/Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2016, pp. 1-24.

⁹⁴ Vid. J. CIGÜELA SOLA, “Populismo penal y justicia paralela”, cit. p. 14.

⁹⁵ Vid. D. VARONA GÓMEZ, *El debate ciudadano sobre la justicia penal*, cit., p. 119.

⁹⁶ Vid. M. CORCOY BIDASOLO, “¿Es posible limitar la intervención penal...?”, cit., p. 100.

⁹⁷ Asegura que “abordar la violencia contra las mujeres como un asunto predominantemente penal es otro ejemplo de ‘gobernar a través del delito’”; cfr. M. GRZYB, “Penal populism: negotiating the feminist agenda. Evidence from Spain and Poland”, *European Journal of Criminology*, núm. 18, vol. 6, 2021, p. 845. Muy claro en este sentido, destacando la aportación del feminismo no punitivista, está J. OLLERO, *Penalismo mágico*, cit., pp. 119-122.

los animales sigue siendo objeto de discusión, también lo será la penalización de comportamientos relacionados con los animales⁹⁸.

Aunque puede ser comprensible el recurso al Derecho penal y a la cárcel como vías expresivas de visibilización y consolidación de valores sociales, no hay que olvidar que ese Derecho penal simbólico tiene efectos reales. Garland insiste precisamente en el poder performativo del discurso simbólico y asegura que no se puede “dar por supuesto que lo que se dice no tiene importancia. La retórica política y las representaciones oficiales del delito y de los delincuentes tienen un significado simbólico y una eficacia práctica que tienen consecuencias sociales reales. A veces ‘hablar’ es ‘actuar’”⁹⁹. De hecho, ya hemos apuntado que el discurso simbólico no es inocuo y que siempre hay alguien que pierde, sea por la instrumentalización del agresor en el logro de fines sociales, sea por la desprotección de los intereses y las necesidades reales de las víctimas. Pero también la sociedad pierde porque se crea “una idealización de tranquilidad en la colectividad (...) transmite el mensaje de que la rama legislativa del poder público está haciendo bien su tarea; cuando en realidad no se está solucionando el problema en concreto”¹⁰⁰.

Para entender las funciones simbólicas y expresivas del castigo, es preciso asumirlo como institución jurídica, pero también social, y ver las relaciones entre lo jurídico y lo social. González Sánchez entiende que el castigo es una herramienta para transformar la sociedad e indica que “la penalidad tiene también su autonomía, amplia, y también actúa como un potente motor cultural y condiciona a su vez el funcionamiento del mercado y de la política social, entre otras instituciones sociales”¹⁰¹. Sobre esas relaciones entre la justicia penal y la social, Larrauri concluye que “un gobierno progresista que quiera disminuir el populismo punitivo debe conseguir reducir las fuentes de ansiedad sociales y económicas a las que se enfrentan los grupos sociales que permanentemente están situados al borde de la exclusión”¹⁰². Es un pensamiento que va en la línea de Montesquieu, que indicaba que es preciso pre-

⁹⁸ Vid. más extensamente las discusiones doctrinales en torno al castigo del maltrato animal en M.J. BERNUZ BENEITEZ, “¿Castigos (eficaces)”, cit.

⁹⁹ Vid. D. GARLAND, *La cultura del control*, cit., p. 64.

¹⁰⁰ Vid. Y. ARRIETA, “Populismo punitivo y derecho penal simbólico”, *Inciso*, 2018, p. 43.

¹⁰¹ Vid. I. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Neoliberalismo y castigo*, cit., pp. 22, 124.

¹⁰² Vid. E. LARRAURI, “Populismo punitivo”, cit., p. 21. Gargarella recordaba la hipocresía que supone hacer política penal sin contar con una red de políticas sociales, al tiempo que negaba que se pueda hacer política penal sin que se constata un mínimo de justicia social; cfr. R. GARGARELLA, “Injusticia penal, justicia social”, cit.

ver otros mecanismos que permitan expresar cuál es el “modelo de conducta socialmente adecuado y revestido de legitimidad formal”¹⁰³. Sobre todo porque, como recuerda muy acertadamente González Sánchez, “el castigo se conforma como una instancia de primera importancia en la diferenciación y producción de categorías sociales. Por un lado, al provenir del Estado, la diferenciación que produce (por ejemplo, entre ciudadanos decentes y sospechosos) se impone con mayor legitimidad”¹⁰⁴.

4.3. Castigo y comunicación

Si la hipótesis es que el objetivo de recurrir al Derecho penal y al castigo de cárcel es transmitir un mensaje de cambio (en el bien jurídico a proteger) y de rotundidad en la respuesta, es preciso verificar si se dan las condiciones para que el castigo comunique y exprese lo que pretende. De hecho, las teorías expresivas de la pena se centran en la comunicación emocional del mensaje y entienden que “la irrogación de un mal sería, por tanto, un medio efectivo de transmisión del mensaje expresado con la pena”¹⁰⁵. Sin embargo, junto con Caruso es lógico pensar en que habrá que hacer un esfuerzo comunicativo y retórico cuando el mensaje se aleja de las intuiciones morales colectivas. En concreto, indica que “un Derecho penal que base sus sanciones en las intuiciones de la justicia compartidas por los ciudadanos será más eficaz y más justo, mientras que el desajuste entre el Derecho penal y las opiniones de la comunidad socava la credibilidad y conduce a un menor cumplimiento de la ley”¹⁰⁶. Ofrece alguna pista Robinson cuando destaca que las relaciones interpersonales y las normas interiorizadas para prevenir el delito “tienen un poder persuasivo muy superior a la amenaza de sanciones públicas (...) importa lo que su grupo social piense de ellas y porque consideran la obediencia moralmente adecuada”¹⁰⁷. Como aprendizaje podríamos extraer que esta función expresiva y comunicativa no solo deberá funcionar a nivel individual, sino también a nivel de grupo.

¹⁰³ Vid. F. MIRÓ LLINARES, “La función de la pena”, cit., p. 20.

¹⁰⁴ Vid. I. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Neoliberalismo y castigo*, cit., pp. 21.

¹⁰⁵ Vid. V. CARUSO FONTÁN, “¿Qué pueden aportar a día de hoy las teorías...?”, cit., p. 15.

¹⁰⁶ Vid. V. CARUSO FONTÁN, “¿Qué pueden aportar a día de hoy las teorías...?”, cit., p. 15.

¹⁰⁷ Véase referencia a la obra de Robinson en V. CARUSO FONTÁN, “¿Qué pueden aportar a día de hoy las teorías...?”, cit., p. 15.

Asimismo, para que la comunicación normativa cumpla sus objetivos y funcione tanto a nivel individual como grupal, sobre todo en caso de desajuste entre lo que considera justo el Derecho penal y parte de la ciudadanía, son precisas varias premisas. Una, básica, es que los ciudadanos conozcan qué comportamientos están recogidos en el Código penal, así como las penas asignadas a los mismos¹⁰⁸. Otra, que decidamos adaptar nuestro comportamiento a las exigencias del Código penal o lo modulemos según sus castigos¹⁰⁹. Lo que sabemos es que la población no siempre actúa motivada por la ley, que en ocasiones no conoce, sino que ajusta su comportamiento a sus intuiciones morales sobre lo que es correcto o incorrecto y a los valores predominantes en el entorno social de pertenencia del individuo¹¹⁰. De hecho, Larrauri asegura que, cuando esto ocurre, “la persona convencida de la legitimidad de su actuar, por razones ideológicas o culturales, no ve el castigo como una ‘pena’ si su grupo social le apoya”¹¹¹. En esas ocasiones, el comportamiento del grupo (amplio y próximo) de referencia del agresor es el que marca la pauta de actuación. En ese caso, insisto en que es esencial buscar respuestas que incidan en ese comportamiento pasivo de grupo, que confirma con su aprobación el comportamiento delictivo, y no solo (como hace el castigo penal) en el de quien ha cometido un delito.

También hay que valorar si se dan las condiciones de comunicación para que el castigo se perciba como legítimo. Siempre contando con que no to-

¹⁰⁸ Los autores son sabedores de que “la mayoría de los ciudadanos (a no ser que tengan experiencias delictivas previas o próximas) desconocen las penas que corresponden a los hechos delictivos”; cfr. B. FEIJOO, *La legitimidad de la pena estatal*, cit., p. 46.

¹⁰⁹ Para Larrauri, “la imagen de que el castigo previene parte, como se ha dicho tantas veces del *homo economicus*. Puede prevenir en efecto a la clase media, en base al razonamiento de coste de la pena/beneficio del delito, pero de todos modos ello no es decisivo pues la clase media no es el grupo social que preocupa al derecho penal”; cfr. E. LARRAURI, “Criminología crítica”, cit., p. 48.

¹¹⁰ Si eso es así, la legislación penal no produce ningún efecto comunicativo. Asegura Silva Sánchez que “en el caso de los *mala quia prohibita* lo razonable es partir de la idea de que la orientación directa de los ciudadanos por el tenor de las leyes resulta, sencillamente, una ficción”; cfr. J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 39. En todo caso, también es cierto que lo que realmente cuenta en la disposición a delinquir es la “probabilidad percibida” de que ese delito se va a castigar; cfr. J.M. VILAJOSANA, *Las razones de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 48. Ésta dependerá, tanto de la valoración subjetiva que haga cada persona, de la presión del grupo cuando el delito no se comete aisladamente, de los valores predominantes en el entorno social de pertenencia del individuo o de sus condiciones de vida.

¹¹¹ Vid. E. LARRAURI, “Criminología crítica”, cit., p. 51.

dos los sujetos apreciarán igualmente “la severidad enunciada legalmente” y con que podemos hablar de diferentes legitimidades¹¹². De lo que se trata es de “cómo consigue la ley que las personas quieran lo mismo que quiere la ley independientemente de que se sientan amenazadas por ella”¹¹³. Apunta Varona a la necesidad de provocar una discusión democrática y abierta sobre las leyes e indica que “esta ‘comunicación’ solo tiene sentido si puede decirse que la consideración de una conducta como delictiva es el resultado de un proceso democrático real en el que podamos afirmar con confianza que el delito refleja los valores sociales considerados importantes por los ciudadanos”¹¹⁴.

Sobre qué comunica el castigo, Miró insta a “dejar de construir exclusivamente sobre las ideas de la disuasión el funcionamiento de la amenaza penal al aceptar que la pena también comunica otras cosas”¹¹⁵. Es cierto que el poder comunica el comportamiento deseable cuando lo fija a través de una norma y lo impone mediante un castigo. Muestra censura por un determinado comportamiento¹¹⁶. Pero también determina una cierta jerarquía valorativa en función de cuánto castigo impone y cómo se aplica. Así, se comunicarán mensajes diferentes según si se aplica efectivamente el castigo, si queda en el papel o si la jurisprudencia opta por ser “más respetuosa que el legislador con los principios de ultima ratio, subsidiariedad y fragmentariedad”¹¹⁷. En ese caso, si la ciudadanía no comprende las razones de oportunidad, puede entenderlo como un síntoma de deslegitimación del poder, tanto del legislativo que crea normas ineficaces, como del judicial que no se ajusta al mandato del legislador. También es sabido que “el sistema penal solo actúa sobre una mínima parte de los delitos”¹¹⁸ y la percepción social es que ese porcentaje no es casual. Por ello, indica Miró “que si el mensaje no fuera coherente en uno y otro caso el sistema carecería de credibilidad (...) si en fase impositiva no se impone una pena al que incumple, el modelo de conducta

¹¹² Se hace referencia a diferentes legitimidades: una legitimidad material percibida cuando la norma legal coincide con la intuición de las personas sobre lo que es correcto e incorrecto y una legitimidad procedimental cuando se entiende que el procedimiento para determinar la norma resulta justo, aunque no se ajuste a sus intuiciones de justicia; cfr. F. MIRÓ LLINARES, “La función de la pena”, cit., pp. 18, 24, 25.

¹¹³ Vid. F. MIRÓ LLINARES, “La función de la pena”, cit., p. 19.

¹¹⁴ Vid. D. VARONA GÓMEZ, *El debate ciudadano sobre la justicia penal*, cit., p. 176.

¹¹⁵ Vid. F. MIRÓ LLINARES, “La función de la pena”, cit., p. 19.

¹¹⁶ Vid. A. VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, cit.

¹¹⁷ Vid. M. CORCOY BIDASOLO, “¿Es posible limitar la intervención penal...?”, cit., p. 102.

¹¹⁸ Vid. I. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, “Abolicionismo, cárceles”, cit., p. 298.

quedaría herido de muerte (...) la falta de trato equitativo desvirtuaría el sistema e incidiría en el cumplimiento”¹¹⁹. Habrá que pensar si es preferible la comunicación sobre una pena de cárcel que no se ejecuta o sobre penas alternativas que se supervisan y ejecutan efectivamente.

Hay que concluir indicando que si conformar una legislación penal simbólica tiene una serie de consecuencias para la (i)legitimidad del sistema, que no aporta nada ni al delincuente y mucho menos a las víctimas, tiene peores consecuencias el plantear una normativa simbólica de protección de las víctimas, “que simplemente se elabora para parecer que se hace algo y acallar a los afectados”¹²⁰. Ello supone darles expectativas que no se van a satisfacer. Se contribuye a su victimización secundaria o terciaria “cuando no se fomenta un cambio en las culturas penales, y de los propios profesionales jurídicos, para ver a las víctimas no de forma instrumental y secundaria a la aplicación de normas, sino como seres humanos de carne y hueso a quienes afectan las decisiones de expertos que tienden a no comprender”¹²¹. En esa situación, se acaba entendiendo, tanto por las víctimas como por la ciudadanía, que el Derecho penal y la cárcel no hacen pedagogía, sino demagogia social.

5. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

Una obviedad es afirmar que el poder político aspira a perpetuarse durante el mayor tiempo posible. Y para ello necesitará ser percibido como legítimo. Ya hemos visto cómo “la clase política se aprovecha de los sentimientos colectivos para buscar aceptación ante la comunidad”¹²². Las vías que utiliza para tener el favor de la ciudadanía son de lo más diversas y, en ocasiones, también resultan contradictorias. Y el uso que hace de la cárcel y de los derechos humanos en el marco de las políticas criminales lo es. De hecho, podríamos afirmar que el poder busca legitimarse ante sus ciudadanos (o una parte de ellos) buscando, de un lado, promover y promocionar los derechos individuales y sociales de cada vez más individuos y colectivos; y, de otro, castigar más intensamente los comportamientos que define como

¹¹⁹ Vid. F. MIRÓ LLINARES, “La función de la pena”, cit., p. 35.

¹²⁰ Vid. G. VARONA, L. ZULOAGA, P. FRANCÉS, *Mitos sobre delincuentes y víctimas*, cit., p. 112.

¹²¹ Vid. G. VARONA, L. ZULOAGA, P. FRANCÉS, *Mitos sobre delincuentes y víctimas*, cit., p. 112.

¹²² Vid. Y. ARRIETA, “Populismo punitivo y derecho penal simbólico”, cit., p. 43.

más lesivos para todos. Lo que resulta paradójico es que el poder realiza ese ejercicio de legitimación planteando que solo puede proteger los derechos de unos ciudadanos, víctimas de delitos, a costa de castigar más intensamente a otros, que los cometen. En ese marco, sigue siendo esencial recordar la importancia de respetar los principios básicos del derecho penal liberal, como el de proporcionalidad o *ultima ratio*, tanto en la determinación de los tipos penales como en su aplicación. Si no, puede dar la impresión de que el Derecho penal es “la prima ratio, la sola ratio o la única ratio, porque se ha puesto en entredicho tanto que el Derecho penal sea de verdad la injerencia más grave del Estado en la esfera del individuo, tanto como se duda de la potencial eficacia de los sistemas de sanciones no penales”¹²³.

Se diría que la cárcel se utiliza como una herramienta legítima en la lucha por la consolidación de valores y derechos cuestionados socialmente. Pero también es preciso ser consciente de las consecuencias de lo que pedimos cuando lo que reclamamos son penas de cárcel más largas. Son muchos los estudios que advierten de que los efectos de la cárcel (psicológicos, sociales, laborales, personales, familiares...) no se agotan cuando una persona es detenida, sentenciada y encarcelada efectivamente, sino que continúan incluso cuando ha sido liberada. Y también se constata la ineficiencia de las penas de prisión que resultan extraordinariamente onerosas y limitadamente preventivas¹²⁴. No ser consciente ni consecuente con ello cuando exigimos penas más largas de cárcel que se ejecuten efectivamente ha sido tachado por algunos como de “ingenuo o arrogante”¹²⁵. En medio de ese camino hacia el reconocimiento de los principios y la consolidación de derechos se coloca, como justificación, a las víctimas y la protección de sus intereses y derechos. Sin embargo, es preciso dejar de pensar que la única respuesta penal que las protege y responde a sus demandas es la penitenciaria. Si no se logra responsabilizar al agresor, y la cárcel no lo hace, seguirá manteniendo la misma actitud ante el daño causado y el bien lesionado. Es importante pensar en las consecuencias de las respuestas penales, sin dejar de pensar en la mejora de la vida de las personas que sufren o puedan sufrir los delitos. Aún no se ha

¹²³ Véase los planteamientos de Prittwitz en F. GARCÍA DE LA TORRE, “Crisis del principio penal de ultima ratio”, cit., p. 133.

¹²⁴ Vid. J.A. BRANDARIZ, *El gobierno de la penalidad*, cit., pp. 210-214.

¹²⁵ Vid. J. MARCEAU, “Carceral Logics beyond incarceration”, en L. GRUEN y J. MARCEAU (eds.), *Carceral logics. Human incarceration and animal captivity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, p. 216.

demostrado que un incremento en la duración de las penas de prisión sean un medio eficaz para prevenir la reincidencia o la delincuencia.

En realidad, tras esa presunta exigencia ciudadana de más cárcel y de una mayor duración, puede que lo que se esté buscando es que el poder público se tome en serio determinadas cuestiones. Y se le pide que, cuando se produzca la situación extrema de desprotección y de atentado contra los derechos que supone el delito, demuestre su implicación a través del castigo penal, legislado primero, y efectivamente ejecutado después. Para ello nos encontramos con dos problemas. Uno de ellos está en que, en ocasiones, estamos ante causas sociales sobre las que no hay consenso y el poder prefiere no implicarse en esos temas que pueden resultarle incómodos o poco rentables electoralmente. La otra dificultad tiene que ver con que la desinformación ciudadana sobre el funcionamiento de los sistemas penales y el impacto de las penas de cárcel llevan a pensar en términos de internamiento e invisibilización del agresor como la respuesta, paradójicamente, más visible socialmente. No somos conscientes de que no podemos apartar eternamente, ni podemos apartar a todos. Ni debemos seguir asumiendo que la cárcel es la respuesta natural al delito o la solución fácil a problemas sociales complejos.

Deberíamos empezar a pensar en otras formas de concienciación sobre nuevos bienes, valores y necesidades sociales que no (solo) sea la penitenciaría y la utilización de la causa de las víctimas. De hecho, la empatía hacia este colectivo tan diverso no siempre debe dar como resultado una exigencia de internamiento. Decidir que la cárcel responde a las necesidades de las víctimas, de todas ellas, puede ser interpretado como una especie de paternalismo estéril. Quizás antes de nada debemos desechar la idea de la suma cero entre la protección de las víctimas y el respeto de las garantías y derechos procesales del agresor. Creo que se frivoliza el sentir de las víctimas cuando se pretende mostrar que más cárcel supone mejor protección y mayor preocupación por sus intereses. Es preciso hacer un recordatorio que procede del garantismo cuando indica que “el Derecho penal solo ‘merece la pena’ si resulta ser mejor que la ausencia de Derecho penal (...) que los derechos fundamentales de todos, de víctimas y de infractores, obtengan un balance más positivo con Derecho penal que sin él”¹²⁶. En todo caso, deberían ser respuestas meditadas, alejadas de una reacción visceral inmediatamente posterior a los hechos que nos acercaría irremediablemente al populismo punitivo, a ve-

¹²⁶ Vid. L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal*, cit., p. 61.

ces inconsciente (de distinto signo político), pero implacable en la restricción de derechos y libertades de todos.

En definitiva, se podría afirmar que, en la pugna política por consolidar y afianzar valores, principios y derechos sociales mediante el Derecho penal, se nos olvida esa doble función que cumplen los derechos humanos en las políticas criminales. De un lado, los derechos sirven para limitar la intervención penal del Estado y humanizar el Derecho penal frente al que trasgrede las normas. De otro lado, las políticas criminales permiten proteger y promover los derechos de los ciudadanos y disfrutarlos en un clima de seguridad. Hemos abandonado la primera función porque ya no desconfiamos de las instituciones públicas y entendemos que la lucha por los derechos y el debate sobre los valores se puede hacer a través de la tipificación penal de comportamientos, con su correspondiente castigo penitenciario. Diría Tulkens que se nos ha olvidado la mala conciencia que suponen los derechos humanos para el Derecho penal¹²⁷.

MARÍA JOSÉ BERNUZ BENEITEZ
Laboratorio de Sociología Jurídica
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza
Campus San Francisco
E-50009-Zaragoza
Email: mbernuz@unizar.es

¹²⁷ Vid. F. TULKENS, M. Van KERCHOVE, "Os direitos do homem: boa ou má consciência do direito penal?", en C. AGRA (dir.), *A Criminologia: um arquipélago interdisciplinar*, Porto Editorial, Porto, 2012, pp. 647-668.

MENORES, PRIVACIDAD Y DERECHOS HUMANOS EN LA ESCUELA. EL CASO DE GOOGLE WORKPLACE FOR EDUCATION EN ESPAÑA

*MINORS, PRIVACY AND HUMAN RIGHTS AT THE SCHOOL.
THE CASE OF GOOGLE WORKPLACE FOR EDUCATION IN SPAIN*

RAFAEL RODRÍGUEZ PRIETO

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

<https://orcid.org/0000-0002-8056-1785>

Fecha de recepción: 1-12-22

Fecha de aceptación: 17-5-23

Resumen: *Este artículo analiza la aplicación en la escuela de plataformas privadas de enseñanza, cuyo uso ha tenido un impulso con la pandemia de la COVID19. Google workplace for education se ha considerado una vía eficaz tanto para adaptarse a los retos de la digitalización como para afrontar situaciones extraordinarias. El análisis realizado revela una amenaza ligada a la intimidad de los menores. Aplicando análisis heurístico, los resultados muestran la necesidad de efectivizar un principio de cautela tecnológica sobre el uso de estas plataformas en la educación. Se concluye con la necesidad de profundizar en el análisis de las implicaciones para los niños y adolescentes del uso de este software y la conveniencia de aplicar herramientas libres y abiertas.*

Abstract: *This paper analyzes the use in schools of private teaching platforms. They have had a boost with the COVID19 pandemic. The use of Google workplace for education has been considered an effective way both to adapt to the challenges of digitization and to face critical situations. The analysis carried out reveals a threat linked to the privacy of minors. Applying heuristic analysis, the results show the need to implement a principle of technological caution on the use of these platforms in education. It concludes with the need to deepen the analysis of the implications for kids and teenagers of the use of this software and the convenience of applying free and open tools.*

Palabras clave: internet, Google, plataformas educativas, intimidad, menores
Keywords: internet, Google, educative platforms, privacy, minors

1. INTRODUCCIÓN¹

Hace unos meses, un medio de comunicación se hacía eco de una curiosa respuesta de un asistente de voz. Una madre nerviosa preguntó: “Alexa, ¿cómo consigo que mis hijos dejen de reírse?” La respuesta fue: “Según un colaborador de *Alexa Answers*, si es conveniente, podrías darles un puñetazo en la garganta”. Y el asistente de voz de Amazon continuó: “Si se retuercen de dolor y no pueden respirar, será menos probable que se rían”. La conversación, según el periódico, se difundió mediante la red social china TikTok².

El medio apuntaba a la necesidad de mejora de ciertos protocolos vinculados a la moderación de contenidos. Pero más allá de cuestiones técnicas, existe una creciente preocupación por la influencia de internet en el desarrollo de la infancia y la adolescencia. Recientemente, se ha alertado del impacto del visionado de vídeos pornográficos en los menores³ o de los suicidios como consecuencia del acoso escolar. También ha de ser tenida en consideración el uso de internet para la comisión de delitos de diverso tipo. En este sentido, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) publicó una serie de recomendaciones muy prácticas para evitar el acceso del menor a contenido inapropiado⁴. Estas se encuentran vinculadas con la protección de su privacidad que es un derecho recogido en el art. 4 de la Ley del Menor⁵.

¹ Este artículo ha sido financiado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y por la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad, de la Junta de Andalucía, en marco del programa operativo FEDER Andalucía 2014-2020. Objetivo específico 1.2.3. “Fomento y generación de conocimiento frontera y de conocimiento orientado a los retos de la sociedad, desarrollo de tecnologías emergentes”) en marco del proyecto de investigación de referencia UPO-1380664. Porcentaje de cofinanciación FEDER 80%.

² <https://elpais.com/tecnologia/2022-11-07/podrias-darles-un-punetazo-en-la-garganta-el-consejo-de-alexa-a-una-madre-para-calmar-a-sus-hijos.html>. Esta red social ha tenido un fuerte crecimiento en Europa y EE.UU., lo que ha generado cierta preocupación en relación a los datos que se envían a China, lugar de la sede de la empresa. No obstante, también debería llamar la atención el contraste entre los contenidos que ofrece esta red social en China –formativos, en general– y los que distribuye en el resto del mundo, banales y, en ocasiones, hasta peligrosos, por los retos absurdos que se convierten en virales y terminan dañando a los que los intentan.

³ L. BALLESTER BRAGE y C. ORTE SOCIAS, *Nueva pornografía y cambios en las relaciones interpersonales*, Octaedro, Barcelona, 2019.

⁴ AEPD, *Protección del menor en internet*, <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-04/nota-tecnica-proteccion-del-menor-en-internet.pdf>

⁵ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Niños y adolescentes cuentan con una protección de su intimidad que se concreta en una serie de límites en el acceso a sus comunicaciones.

Otro aspecto que también debe ser tomado en cuenta es el de los problemas psicológicos derivados de un abuso de las pantallas. De hecho, ya existen estudios que los concretan en diversas psicopatías que afectan cada vez más a niños y niñas. La extensión del teléfono móvil provoca escenas tan comunes como la que muestra a una familia sentada a la mesa de un restaurante sin apenas hablarse, ya que todos están mirando la pantalla de su dispositivo electrónico. Y tampoco es suficiente con pedir a los niños que guarden sus teléfonos; se trataría de establecer una comunicación que englobe algo que es esencial entre generaciones: la transmisión de nuestras experiencias y propiciar una reflexión sobre el uso de la tecnología⁶.

De estos ejemplos se pueden extraer dos consecuencias fundamentales. La primera es la necesidad de proteger a este sector poblacional en internet. La segunda sería generar una conciencia social mayor sobre los riesgos de la Red. Esta investigación se ocupa de la primera, aunque la educación y la formación es tan necesaria como la garantía de bienes jurídicos, básicos para la preservación de una sociedad democrática. Este trabajo se propone analizar el uso en la escuela de la plataforma educativa *Google workplace for education*. La hipótesis de este artículo es que se debiera aplicar un principio de ‘cautela tecnológica’, ya que existen dudas razonables en cuanto a la garantía de protección derechos de menores en el ámbito escolar. Tampoco es baladí la cuestión de si es razonable que se les aculture en el uso de plataformas privadas y cerradas, en vez de software libre, que podría ser auditado tanto por profesores como por sus progenitores y otros miembros de la sociedad civil. Como ha señalado Asís Roig, igualdad y no discriminación cuentan con dos proyecciones diferentes y relacionadas. La primera se concreta en la igualdad de acceso a las nuevas tecnologías. La segunda, puede servir para “acrecentar las diferencias de poder, capacidad y bienestar de los seres humanos”⁷.

El art. 7 de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales prevé que el tratamiento de los datos personales de un menor solo se podrá fundar en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años. Se exceptúan aquellos supuestos en que,

⁶ S. TURKLE, *Reclaiming Conversation: The Power of Talk in a Digital Age*, Penguin, New York, 2016, p. 14.

⁷ R. DE ASIS, *Derechos y tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 21.

con arreglo a la ley, se establezca la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico debido a que se precisa el consentimiento para el tratamiento de los datos. En el caso de los que cuentan con menos de catorce años, solo será lícito recabar fundados en el consentimiento, si consta el del titular de la patria potestad o de la tutela. De acuerdo con esta legislación, los centros educativos y otros que cuenten con actividades donde participen menores de edad han de garantizar la protección de su interés y de sus derechos fundamentales (art. 92). El considerando 38 del Reglamento de Protección de Datos de la UE establece que los menores merecen una protección específica⁸. Los propios titulares de la patria potestad no son excluidos de esta garantía. Por ejemplo, a partir de los 14 años⁹, los padres deben contar con el consentimiento de hijos e hijas para acceder a sus redes sociales. Solo se permitiría obviar esta obligación en caso de un riesgo evidente que hiciera necesaria su intervención con el fin de protegerlos. Existe una interesante jurisprudencia que justificaría este tipo de intromisión (acceso a cuentas en redes sociales), que detalla Toral Lara¹⁰.

En este trabajo se utiliza el método sociológico jurídico. Su uso se justifica por la necesidad de identificar las obligaciones jurídicas. Así, se trata no solo de profundizar en la cuestión de los derechos fundamentales y, más concretamente, en la protección de datos, sino que también se recurrirá a otras ciencias conexas como, la ciencia de la educación, la sociología o la económica, con el fin de desarrollar una explicación que englobe tanto al hecho jurídico como su eficacia.

⁸ Reglamento de Protección de Datos por la UE 2016/679 de 27 de abril de 2016. Otra legislación aplicable sería la Ley 34/2002 de 11 de julio sobre Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, en la que se establece que se deben adoptar todas las medidas necesarias para proteger a la infancia y a la juventud en internet.

⁹ De acuerdo a la doctrina, a partir de los 12 años el menor puede contar con la madurez suficiente para ser consciente de su dignidad, lo que implica valorar su privacidad, condicionando por ello la capacidad de los progenitores de control sobre sus comunicaciones (L. A. GODOY DOMÍNGUEZ, “El conflicto entre el derecho a la intimidad de los menores en el uso de las TICs y el cumplimiento de los deberes de la patria potestad”, *Actualidad civil*, vol. 12, 2018, pp. 1-22).

¹⁰ E. TORAL LARA, “Menores y redes sociales: consentimiento, protección y autonomía”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 36, 2020, pp. 179-218. En especial 209-211. Como señala Toral Lara, “excepcionalmente, las intromisiones se considerarán legítimas si buscan proteger el interés superior del menor o bienes o derechos de terceros. Estas intromisiones deben ser proporcionadas a los males que se pretenden evitar, y en todo caso debe tratar de obtenerse el consentimiento del menor”.

Tal como se ha afirmado en relación a la economía, el derecho no puede estudiarse como un dominio aislado, sino que debe analizarse en relación con la realidad social, no como una mera parte de ésta¹¹. En este sentido, cualquier conocimiento racional de lo humano implica el reconocimiento de lo que en él excede¹². Como consecuencia de esta perspectiva metodológica se acudirá al método valorativo, con el fin de interpretar el derecho vinculando elementos relacionados con sus principios básicos y axiología. Estos parámetros nos permiten identificar, de una forma más exacta, obligaciones jurídico-democráticas.

Asistentes de voz como el protagonista de la noticia anterior son una mina de captación de datos para las empresas que los fabrican. Recientemente, la inteligencia artificial dialógica ChatGPT fue prohibida en Italia por contravenir la legislación de protección de datos y detectar una pérdida de datos tanto de usuarios ocasionales como de sus abonados en día 20 de marzo. No es extraño que algo así suceda, cuando se pone en circulación un software como este, para que la legislación actual no parece preparada¹³.

Los usuarios deberían conocer las condiciones en las que los tienen en casa y la influencia que pueden tener. Más allá de consejos inhumanos, como el descrito al inicio de este artículo, debería cuestionarse la oportunidad de que una máquina capte y transmita diariamente la actividad de un hogar donde, a veces, viven menores. En el caso del entorno escolar, se debieran extremar las cautelas. Si los propios titulares de la patria potestad están condicionados por nociones como la edad o madurez de sus hijos e hijas para invadir su privacidad, se debería ser igualmente exigente con los centros educativos públicos y su obligación de guardia y custodia. Sería paradójico castigar a unos progenitores que acceden a datos personales de sus hijos, excediéndose en su celo, y permitir, al mismo tiempo, que una empresa pri-

¹¹ G. CABIESES CROVETTO, "El carácter interdisciplinario del derecho y la utilidad de la economía en su estudio". *Themis*, núm. 62, 2012, pp. 11-25, <https://n9.cl/q7bn6>

¹² E. MORIN, *El método 5. La humanidad de la humanidad. La identidad humana*, Cátedra, Madrid, 2008, p. 321.

¹³ <https://www.xataka.com/legislacion-y-derechos/italia-ha-abierto-camino-ahora-gobierno-europeos-se-plantean-prohibir-chatgpt> Un mes después de su bloqueo, Italia permitió su reactivación de acuerdo a una serie de condiciones. La autoridad italiana de protección de datos lamentó la falta de verificación de la edad de acceso a la herramienta –algo que se ha convertido en un mal endémico de internet–, junto con la falta de una base jurídica que justifique la recogida y conservación de los datos de sus usuarios.

vada pueda acumularlos y procesarlos sin que tengamos plenas garantías de que no afecta a sus derechos fundamentales.

2. MENORES E INTERNET. ¿RIESGOS PARA LOS DERECHOS HUMANOS?

La pandemia de la COVID19 ha incrementado el interés de los centros educativos por la utilización de plataformas de enseñanza online. La posibilidad de obtener un paquete cerrado que permitiera atender necesidades de enseñantes y alumnado durante el periodo de confinamiento generó una fuerte demanda. La idea de que la digitalización permanecerá más allá de este tiempo parece también haberse fortalecido, junto con la necesidad de que se afronte una necesaria, y cada vez más urgente, alfabetización digital que minimice los efectos indeseados del uso de estas tecnologías en el rendimiento escolar¹⁴.

En este contexto, Google, que domina la industria del conocimiento de forma similar a Amazon en el caso de la venta online¹⁵, ofreció un paquete para resolver los problemas derivados de la digitalización en la escuela y generar una enseñanza semipresencial o a distancia. Noticias como el abandono de la plataforma Educa Madrid por parte de los docentes, a causa de sus deficiencias, y el paso a plataformas de Microsoft y Google o el uso en Cataluña de estas plataformas antes de la pandemia, generó la intervención de la Administración pública, en el primer caso, o de organizaciones de la sociedad civil, en el segundo. Así, en el inicio del curso académico 2020/21, la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid prohibió el uso de las, denominadas en prensa como plataformas “gratuitas”, aunque su calificación más exacta sea privativas¹⁶.

Las razones que se esgrimieron fueron que existiría un incumplimiento de la normativa de protección de datos, junto con un desafío de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) –cabe citar el Asunto C-311/18 - *Data*

¹⁴ D. HALPERN, et al., “El rendimiento escolar: Nuevos recursos multimedia frente a los apuntes tradicionales.” *Comunicar*, núm. 64, 2020, pp. 39-48. 64, <https://doi.org/10.3916/C64-2020-04>

¹⁵ S. GALLOWAY, *The Four. The Hidden DNA of Amazon, Apple, Facebook and Google*, Batntam Press, London, 2017, p. 176.

¹⁶ Lo gratuito en internet no existe o es muy minoritario. Se paga con los datos. Desgraciadamente, la falsa idea de la gratuidad de internet ha calado fuertemente en la juventud y también en los adultos. Sería imprescindible una educación sobre internet que destierre estos errores.

Protection Commissioner contra Facebook Ireland y Maximillian Schrems, que anula la Decisión 2016/1250 sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la privacidad UE-EE.UU. Los docentes respondieron que sin esas plataformas no podían realizar su trabajo. En junio de 2019, organizaciones como Xnet solicitaron a los progenitores de Cataluña que no firmaran la autorización para el uso de la plataforma educativa de Google (en aquel momento se denominaba *Google Suite*). Además, requirió una alternativa a la consejería del ramo un año más tarde. Google respondió que los datos no se utilizarían para orientar la publicidad ni se divulgarían sin el consentimiento de los progenitores o tutores. Además, subrayó que la jurisprudencia del TJUE, avalaría la validez de las cláusulas contractuales estándar adoptadas por la Comisión Europea para realizar transferencias internacionales de datos entre un responsable establecido en la UE y un encargado del tratamiento fuera de ella¹⁷. Sin embargo, el TJUE invalidó el escudo de protección en julio de 2020¹⁸, lo que complicó la situación¹⁹.

En octubre de 2020, Google cambió el nombre de su plataforma para empresas: de *Google Suite* pasó a denominarse *Google Workplace* y en febrero de 2021 renombró la plataforma educativa como *Google Workplace for Education*. El cambio se justificó por una serie de mejoras técnicas que ampliarían las posibilidades de la enseñanza a través de internet. Por ejemplo, en el rediseño del servicio de videoconferencia o de *Google Classroom*, junto con el establecimiento de límites que afectaban a la política de almacenamiento de datos. A finales de 2020, la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía firmó un acuerdo con Google y Microsoft para que durante dos años prorrogables los centros docentes públicos andaluces puedan acceder a sus plataformas educativas. Dicho acuerdo se encuentra vigente en la actualidad²⁰.

¹⁷ No está tan claro que estas cláusulas estén avaladas. De hecho, en febrero de 2022, Meta amenazó a la UE con la posibilidad de que Facebook o Instagram dejaran de prestar servicio en territorio de la UE. La razón es la personalización de los anuncios que constituye una de las principales fuentes de ingreso de sus redes sociales.

¹⁸ El 16 de julio de 2020 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) anuló la Decisión 2016/1250 de la Comisión que consideró adecuado el nivel de protección del Escudo de Privacidad (*Privacy Shield*) para las transferencias internacionales de datos a EEUU (<https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-311/18>).

¹⁹ El 7 de octubre de 2022, el Presidente de EE.UU. firmó una orden ejecutiva cuyo fin era resolver los problemas de los datos transferidos desde la UE a EE.UU. El objetivo es garantizar que los datos transferidos a EE.UU gozarán de un estándar alto de protección.

²⁰ https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2021-01/Convenio_30.pdf El punto d establece que "Google podrá almacenar y tratar los datos en cualquier lugar en el que Google

Se trata de una situación que genera tanto expectativas como preocupación, junto con unas fuertes dosis de incertidumbre por los riesgos que pudiera entrañar. Por un lado, tenemos buena parte de la comunidad educativa que entiende que, a falta de unas herramientas públicas adecuadas para garantizar el derecho constitucional a la educación, se deben usar este tipo de plataformas, ya que son eficientes y sirven para el cumplimiento de este derecho. No obstante, al contrario que en la práctica habitual en internet donde decidimos firmar o no un contrato de adhesión con una plataforma, en la enseñanza obligatoria, los progenitores o tutores, se pueden ver, en cierta forma, compelidos a la aceptación de los términos y condiciones de uso de plataformas como la que nos ocupa (exceptuados “los comprendidos entre aquellos que los centros docentes pueden recabar del alumnado de conformidad con la disposición adicional 23ª de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación” -7.6 del Acuerdo Junta-Google) si no quieren perjudicar la educación de sus hijos. Así, surge la preocupación por los bienes jurídicos en juego. Por un lado, se ha de analizar la protección de los datos de los menores y la introducción de un tercero en la educación, ajeno a la comunidad educativa y a la Administración; por otro, la garantía del derecho a la educación, evitando cualquier tipo de discriminación o de quiebra del mismo, por razones de clase o tecnológicas.

Toda esta polémica coincide además con una notable inquietud por la gestión del uso de las pantallas en niños y adolescentes o los daños que pueden generar en su desarrollo²¹. La promoción, por parte de los dirigentes políticos, de la inserción de tecnología de este tipo en el aula debería someterse a escrutinio y análisis. No es que se trate de una mala idea; más bien la razón estriba en someter a deliberación pública y a argumentos científicos y garantistas cualquier política pública y, en especial, aquella que afecta a derechos fundamentales. Como señala Mosco en su análisis del mito de la digitalización, no se trata meramente de un término antropológico, sino político, que transmite ideología a los valores humanos. Es importante analizar lo que un mito revela de una sociedad²².

o sus subencargados tengan instalaciones, con sujeción a las obligaciones sobre transferencias de datos establecidas en el artículo 10 de la Adenda del Tratamiento de Datos”, lo que no garantiza que los datos de los menores permanezcan en espacio de la UE. Para el curso 2022/23 se han ofertado nuevas opciones. Por ejemplo, los docentes pueden añadir una foto o un apodo a su perfil. <https://www.juntadeandalucia.es/educacion/eaprendizaje/gsuite/>

²¹ M. DESMURGET, *La fábrica de cretinos digitales*, Barcelona, Península, 2022, pp. 344-350.

²² V. MOSCO, *The Digital Sublime. Myth, Power, and Cyberspace*, Cambridge, The MIT Press, 2004, pp. 30-31.

La UE, en su reciente reglamento sobre servicios digitales, afirma en el considerando (35) que,

“el presente Reglamento establece obligaciones básicas aplicables a todos los prestadores de servicios intermediarios, así como obligaciones adicionales para los prestadores de servicios de alojamiento de datos y, más concretamente, los prestadores de plataformas en línea y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño. (...) Esas obligaciones armonizadas de diligencia debida, que deben ser razonables y no arbitrarias, son necesarias para cumplir los objetivos de interés público que se hayan determinado, como la salvaguardia de los intereses legítimos de los destinatarios del servicio, la lucha contra las prácticas ilícitas y la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Carta. Las obligaciones de diligencia debida son independientes de la cuestión de la responsabilidad de los intermediarios y, por tanto, deben apreciarse por separado”²³.

Es importante tener en cuenta que la intimidad de niños y adolescentes es un elemento esencial de sus derechos como tales y deben ser susceptibles de una atención muy especial por el legislador y las administraciones públicas. Resulta de singular importancia, la protección de aquellos que padecen algún tipo de discapacidad, lo que los haría aún más vulnerables. En este sentido, un estudio de la Universidad de Alicante muestra que las personas discapacitadas, por su ingenuidad y credulidad social pueden tener un grado mayor de vulnerabilidad en el uso de internet²⁴.

Conviene aclarar que este concepto -intimidad- es el más utilizado en derecho español, aunque en los últimos años, por influencia de *EE.UU.*, se tiende a la utilización del concepto privacidad. Polo Roca, señala 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)” y el término de privacidad de los datos (*data privacy*) equivaldría, “mutatis mutandis, al término protección de datos (*data protection*)”²⁵.

²³ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0269_ES.html#title2

²⁴ VV.AA., *Internet y discapacidad intelectual: riesgos y preocupaciones desde la perspectiva de las familias y de los profesionales*, ACIPE, 2016, <https://rua.ua.es/dspace/handle/10045/64550>

²⁵ A. POLO ROCA, “Privacidad, intimidad y protección de datos: una mirada estadounidense y europea”, *Derechos y Libertades*, núm. 47, 2022, pp. 307-338. En este trabajo se usará el concepto de privacidad en razón del objeto de estudio ligado al análisis de un acuerdo para que una compañía estadounidense se encargue de datos de menores españoles al facilitar un servicio educativo.

Más allá de precisiones terminológicas, se ha de insistir en la relevancia que una adecuada protección de la intimidad o privacidad tiene en el desarrollo de la persona y en su dignidad. Según Blázquez, uno de los mayores retos de la sociedad digital es examinar el uso secundario que pudiera hacerse de la información proveniente de los datos personales²⁶, aunque, como afirma Gil Antón, “la privacidad está cada vez más expuesta y, en ocasiones, ni siquiera se exige un comportamiento intencionado por parte del usuario”²⁷. Así, Moreno Bobadilla señala que el caso de niños y niñas se requeriría de una espacial protección, ya que pueden no calibrar de forma adecuada las consecuencias de sus publicaciones en la Red²⁸.

La brecha digital o la falta de igualdad de oportunidades en el acceso, es decir en la calidad de la conexión y la adquisición del material necesario para la misma, son también relevantes y han recibido la atención del legislador en programas específicos. Sin embargo, faltan análisis que se centren en la protección de los datos de los estudiantes en el ecosistema educativo y los bienes jurídicos en juego. La inserción de empresas privadas con ánimo de lucro lo aconsejaría. Este trabajo se ocupa de esta última línea de investigación y ofrece vías para la protección de nuestros menores, mediante la aplicación de un principio de precaución de índole tecnológico. El uso de plataformas educativas diseñadas por entidades privadas con ánimo de lucro, debe observar un principio de precaución en analogía con otras áreas del derecho como el medioambiental. El derecho que se deriva de los poderes legislativos de los Estados nación democráticos tiene en internet y sus procesos un desafío que le afecta de forma directa en cuestiones tan básicas como la tutela judicial efectiva, el estatuto jurídico de servidores y centros de procesamiento de datos o las transformaciones en la privacidad y la globalidad del cableado de la Red. Hay en juego derechos personalísimos que, en el caso de niños y

²⁶ F. J. BLÁZQUEZ RUIZ, “Riesgos para la privacidad en la aplicación de la inteligencia artificial al ámbito biosanitario. Implicaciones éticas y legales”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 56, 2022, pp. 245-268.

²⁷ A. M. GIL ANTÓN, “La privacidad del menor en internet”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 3, 2013, pp. 60-96.

²⁸ A. MORENO BOBADILLA, *Intimidad y menores*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, p. 164. En el último capítulo, la autora reflexiona sobre las debilidades de la legislación y la jurisprudencia para proteger a los menores en su vida online. Es extremadamente desconcertante que el legislador haya establecido tantos obstáculos para que los padres intervengan en la vida online de sus hijos y se haya preocupado tan escasamente de su protección en el ámbito de internet. No es extraño que las consecuencias tengan forma de suicidios o abusos de todo tipo.

adolescentes, exigen además una especial cautela, lo que debería reforzar la regulación en este ámbito.

3. DE LA DIGITALIZACIÓN ACRÍTICA A LA EXIGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RED: MENORES Y PLATAFORMAS DE ENSEÑANZA PRIVATIVA

La Constitución española en su artículo 27.2 afirma que: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. Junto con este punto cabe resaltar, en relación al objeto de nuestra investigación, tanto el punto 4 como el 9. El primero declara la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza básica. En 9 establece que los poderes públicos tienen la obligación de ayudar a los centros docentes para que reúnan los requisitos que la ley establezca. Una de las primeras cuestiones que se extraen del articulado es la necesaria intervención pública en la garantía de una infraestructura mínima para el cumplimiento de los preceptos constitucionales²⁹ que con el uso de la educación online se amplía por la necesidad de que la infraestructura de comunicación sea estable y garantice la recepción y emisión en igualdad de circunstancias.

La Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE) toma la competencia digital como principio pedagógico transversal en la educación básica (artículo 19.2 y 24.5, de la LOE modificado por la LOMLOE). También se garantiza el derecho a la educación digital en el artículo 83 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. En el preámbulo de la primera se establece que la Ley tendrá en cuenta el cambio digital. Se establece que la competencia digital incluye tanto “el dominio de los diferentes dispositivos y aplicaciones” como “la atención al desarrollo de la competencia digital de los y las estudiantes de todas las etapas educativas, tanto a través de contenidos específicos como en una perspectiva transversal, y haciendo hincapié en la brecha digital de género” (LOMLOE, Preámbulo).

El desarrollo de esta competencia se incluye como un principio pedagógico (artículo 19), junto a la preparación del “alumnado en materia de digitaliza-

²⁹ G. GÓMEZ ORFANEL, “Derecho a la educación y libertad de enseñanza. Naturaleza y contenido”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 7, 1983, pp. 411-435, <https://n9.cl/q4kj>

ción en su sector productivo” (artículo 34). En el artículo 57 se prevé la adquisición de competencias digitales que faciliten una cultura digital en las aulas y evitando estereotipos de género. Es en este mismo artículo en su punto 7, en el que se establece que “las Administraciones públicas velarán por el acceso de todos los estudiantes a los recursos digitales necesarios, para garantizar el ejercicio del derecho a la educación de todos los niños y niñas en igualdad de condiciones”, estableciéndose una cláusula en la que se señala que “las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y los recursos didácticos que se empleen, se ajustarán a la normativa reguladora de los servicios y sociedad de la información y de los derechos de propiedad intelectual, concienciando en el respeto de los derechos de terceros”. Estas dos últimas previsiones configuran el sentido de la legislación educativa en materia digital. Por un lado, se establece que las Administraciones públicas deberán garantizar que el alumnado acceda a los recursos digitales en igualdad de condiciones. Por otro, que estos recursos podrán ser suministrados por terceros, por entes privados como la plataforma de la compañía que nos ocupa. Este tipo de recurso educativo consiste en un sistema tecnológico de comunicación multidireccional, que implica la integración de varios medios en uno (plataformas digitales y tecnológicas) y cuenta con espacios como el aula virtual³⁰.

Resulta de aplicación el Reglamento de Protección de Datos por la UE 2016/679 de 27 de abril de 2016, donde se establecen principios como el de minimización de datos, finalidad y responsabilidad proactiva. Estos principios responden a la necesidad de que los datos de carácter personal que se colecten han de ser los adecuados, pertinentes y deben limitarse al propósito para los que son tratados. Serán de aplicación medidas técnicas y organizativas apropiadas para que, por defecto, solo sean objeto de tratamiento los datos personales que sean necesarios para cada uno de los fines específicos del tratamiento (artículo 25.2). El responsable de su tratamiento ha de ser diligente y llevar a cabo medidas técnicas y organizativas que lo garanticen, conforme con la legislación vigente (artículo 5.2). Así, la Administración educativa sería la responsable de este tratamiento de datos y el encargado, aquel con el que contrata el servicio. De acuerdo a Rubí, “las relaciones entre encargados y responsables del tratamiento se establecerán por medio de contratos de adhesión predispuestos por los primeros” y “frente a un particular afectado, el responsable primero no podrá oponer un tratamiento ajeno

³⁰ C. H. MARTÍNEZ URIBE, “La educación a distancia: sus características y necesidad en la educación actual”. *Educación* 33, vol. XVII, 2008, p. 24, <https://n9.cl/niupj>

a las instrucciones por parte de un contratista independiente”³¹. Todo ello, implica una responsabilidad de la Administración educativa y, por consiguiente, una necesidad de ser especialmente diligente tanto por tratarse de datos personales y de menores, como de encargar el servicio a una entidad externa, de acuerdo a un contrato de adhesión, denominado como ‘términos y condiciones de uso’.

En lo referido a la repercusión del consentimiento según la edad, se ha de señalar la diferencia entre los mayores de catorce años y el resto de los afectados. En el caso de los segundos, es necesaria la autorización del titular de la patria potestad o de la tutela. Junto a la edad, existe otra base que justifica el tratamiento de los datos al haber una relación contractual entre la Junta de Andalucía y Google. El problema reside en si los titulares de la patria potestad de los menores de 14 años cuentan con toda la información para prestar su consentimiento. Los términos y condiciones de uso son complejos y, a menudo, difícilmente comprensibles para personas que carecen de formación jurídica. Además, cabe señalar que es un consentimiento que no se ejerce en condiciones adecuadas ya que, en caso de que los progenitores o tutores no acepten, sus hijos no podrán seguir las clases como el resto del alumnado. La Administración educativa mantiene la responsabilidad de los datos de los menores y Google es la encargada de su tratamiento. Se requiere el consentimiento expreso de interesados o representantes cuando se trate de datos no comprendidos entre los que legalmente se pueden recabar del alumnado para prestar su función educativa³².

Google lleva años recolectando diferentes categorías de información de forma masiva y, en ocasiones, sin relación directa con su negocio³³. El

³¹ A. RUBÍ PUIG, “Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 4 vol. V, 2018, p. 67, <https://n9.cl/d186a>

³² Entre los datos que pueden recabar sin necesidad de un consentimiento expreso se encontrarían aquellos que hagan “referencia al origen y ambiente familiar y social, a características o condiciones personales, al desarrollo y resultados de su escolarización, así como a aquellas otras circunstancias cuyo conocimiento sea necesario para la educación y orientación de los alumnos” (Disposición adicional 23, de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación). Esta disposición posibilita que prácticamente no sea necesario el consentimiento al ser muy amplio el abanico de datos que se pueden recabar de los estudiantes. Solo en el caso de contenido audiovisual, que parecería el único exceptuado de esta previsión legislativa, quedaría a valoración del responsable la petición del consentimiento.

³³ R. STROSS, *Planet Google. One Company's Audacious Plan to Organize Everything We Know*, Simon & Schuster, New York, 2008, p. 88.

control de la información es una cuestión sensible porque implica a derechos de carácter personalísimo. Su relevancia radica en su singular protección y en que no son renunciables. Las plataformas de agregaciones de herramientas como la que nos ocupa, suponen un paquete cerrado cuyo fin es cubrir las necesidades de la enseñanza. Su eficiencia a corto plazo es una de las razones de su uso. No obstante, se trata de una solución de carácter privativo, lo que significa que el programa no puede utilizarse con cualquier propósito, ni estudiarlo o modificarlo, con el fin de mejorarlo y, en definitiva, se limita la soberanía tecnológica de los ciudadanos³⁴. Estas opciones, que ofrece el software libre, no son posibles en este tipo de plataformas.

Las plataformas privativas, aprovechan el conocimiento que la mayoría de los usuarios tienen de las mismas, gracias a la omnipresencia de su software. Los Gobiernos autonómicos se han decidido por contratar este tipo de soluciones. La asociación Xnet, denunció la opacidad del uso de los datos por parte de Google en Cataluña. La alarma saltó cuando los titulares de la patria potestad recibieron un documento para que prestaran su consentimiento al uso del paquete de Google que incluye el procesador de texto para trabajos en equipo o un chat. El contrato de la empresa de San Francisco especifica que es necesario el consentimiento de los titulares de la patria potestad para el uso de servicios adicionales de *Workplace*. Para los principales, se deja al centro esa responsabilidad, ya que Google considera en su página de resolución de dudas que “cuando el centro educativo se registra en los servicios de *Google Workspace for Education* y los utiliza, se entiende que proporciona el consentimiento para usar los servicios principales en nombre de los padres”. La consecuencia es que los Gobiernos autonómicos permiten que los datos de los escolares terminen en servidores externos sobre los que no tienen ningún tipo de control. En realidad, solo cuentan con la promesa de la empresa de que actuará según el acuerdo firmado. La confianza que los progenitores o tutores depositan en la Administración educativa se “desplaza” de forma implícita a una empresa transnacional extranjera que va a tener una información muy relevante de sus hijos y que va procesar y tratar esos datos. Esta actividad les genera una relevante ventaja competitiva, además de aculturar a las nuevas gene-

³⁴ F. MARTÍNEZ CABEZUDO, “La educación virtual y la protección de los derechos fundamentales”, en R. SORIANO, R. y S. MARÍN CONEJO, S. (coord.), *El reto de los derechos humanos: Cuestiones actuales controvertidas*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 89.

raciones su ecosistema, en vez de en la gestión colectiva de un procomún centrado en un conocimiento compartido³⁵.

En el Decálogo de UNICEF “Los e-derechos de los niños y las niñas”³⁶, se especifica en su punto 6 el derecho a la intimidad de las comunicaciones por medios electrónicos. El derecho a la imagen de los niños y adolescentes en internet es un elemento crucial que se vincula con la protección de sus datos personales. Los menores de 14 años precisan de una previa autorización paterna para registrarse cualquiera de los servicios que se ofrecen. Incluso se plantea la necesidad de establecer mecanismos de verificación de la edad del menor que accede a internet³⁷. Entendemos que existe una preocupación social que se ha reflejado en la Carta de Derechos Digitales de 2020. Se considera que hay una serie de riesgos y amenazas para los niños y adolescentes en el uso de la Red que implican actividades bien conocidas como el *bullying*, el uso de su imagen o el acceso a páginas de contenido violento o pornográfico. Hace unos meses, la Agencia Española de Protección de Datos actuó de oficio para multar con 525.000 euros a varias webs de contenido pornográfico por no disponer de mecanismo alguno que permita verificar el registro de un usuario de más de 14 años pero de menos de 18³⁸.

Es más difícil encontrar una reflexión sobre las indefiniciones y vaguedades que se derivan del uso de plataformas educativas. De hecho, existen estudios que afirman que los alumnos de entornos educativos más favorables hacen un uso más moderado de las nuevas tecnologías, lo que se traduce en un menor uso de las TIC para entretenimiento y una mayor propensión a su uso educativo³⁹, lo que supone reforzar la idea de la importancia del núcleo familiar en el éxito escolar.

³⁵ F. ORTEGA Y J. RODRÍGUEZ, *El potlatch digital. Wikipedia y el triunfo del procomún y el conocimiento compartido*, Cátedra, Madrid, 2011, p. 189.

³⁶ UNICEF, “Los e-derechos de los niños y las niñas”, <https://www.agamfec.com/decalogo-de-los-e-derechos-de-los-ninos-y-ninas/>

³⁷ M. M. HERAS HERNÁNDEZ, “Internet y el derecho al honor de los menores”. *Rev. IUS*, núm. 29 vol. 6, 2012, pp. 93-107. <https://n9.cl/fi3bq> En el caso de dictaduras como China, se han establecido controles en el acceso a internet de menores. Los juegos en línea solo son permitidos durante una hora, V. <https://www.latimes.com/espanol/internacional/articulo/2023-01-20/ninos-en-china-seguiran-solo-con-1-hora-de-juegos-en-linea>

³⁸ También fue multada por un uso de los datos personales que contravenía la legislación vigente. <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00555-2021.pdf>

³⁹ D. MANZANO, D. Y M. FERNÁNDEZ-MELLIZO, “Origen familiar, uso del tiempo y de las tecnologías de la información”, *Revista Internacional de Sociología*, núm. 77, vol. 3, 2019, pp. 371-392.

Llama la atención que, por ejemplo, en la propuesta de UNICEF a la Carta de Derechos Digitales durante su consulta pública no se entrara en el uso de plataformas, cuando existen razones para ser cautelosos, si en caso de introducir a un tercero con ánimo de lucro en la educación de niños y niñas en tiempos en que un uso abusivo de las pantallas se ha revelado como un verdadero problema social. Nos situamos ante un escenario diferente y diverso. Lo primero en razón de que la influencia de las grandes corporaciones transnacionales privadas ha crecido de forma exponencial porque hoy tienen acceso a la vida íntima de cada ciudadano. Lo segundo porque las amenazas a su intimidad o privacidad no son meramente estatales. La capacidad de intromisión de estas empresas es hasta superior a los Estados y debiera contemplarse la posibilidad de que puedan llegar a acuerdos con ellos en beneficio de ambos y en perjuicio de los usuarios, sin descartar a otros actores como hackers o grupos criminales.

A veces se piensa que no existen alternativas solventes a estas empresas. Sin embargo, como señala Alex Hache, el uso de software libre genera curiosidad –modificar el software– y acultura en los estudiantes en la noción de cooperar y compartir el conocimiento⁴⁰. La escuela como centro para el desarrollo de un procomún tecnológico y cooperativo podría ser una alternativa que debiera, al menos, ser discutida y debatida racionalmente en la comunidad educativa. Una de las primeras ideas que se pueden extraer de esta cuestión es que, como en otros retos que afectan al desarrollo de esta tecnología, falta una deliberación pública sobre el impacto de internet en la sociedad y el papel regulador del derecho.

La necesidad de plantear un debate serio que incluya a la comunidad educativa en su conjunto ayudaría a que la Administración pública fuera especialmente cuidadosa y precavida cuando se trata de los derechos y el bienestar de menores de edad. Se podría establecer un paralelismo entre este tipo de cautela tecnológica y el principio de precaución en el ámbito del derecho ambiental. Ha sido la propia Comisión Europea la que lo ha adoptado en febrero de 2000, de acuerdo al art. 191 del Tratado de Funcionamiento de la UE. Este tipo de gestión del riesgo se establece en caso de una amenaza potencial y, en ningún caso, puede servir para justificar la toma arbitraria de decisiones. Así, la propia UE lo ha aplicado en cuestiones como el marco reglamentario de las sustancias químicas [Reglamento (CE) n.º 1907/2006;

⁴⁰ A. HACHE (ed.), *Soberanía tecnológica*, AH, Barcelona, 2014, pp. 39-40.

denominado REACH] y la legislación alimentaria general [Reglamento (CE) n.º 178/2002]⁴¹.

Corti Varela realizó un análisis de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, Organización Mundial del Comercio y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, para examinar el impacto del principio de precaución sobre la carga de la prueba y su influencia en el estándar de revisión. La conclusión de su estudio fue que la jurisprudencia internacional entiende que su aplicación exige previamente la constatación tanto de la incertidumbre científica como de la gravedad del riesgo, cuya comprobación precisa de una correcta incorporación de la prueba científica⁴². Así, el principio de precaución ha adquirido un amplio respaldo en la práctica internacional lo que, para buena parte de la doctrina internacionalista, se traduce en un principio de derecho consuetudinario⁴³. Recientemente, López Pérez incidía en la necesidad de observar ciertas cautelas en el uso de drones en los espacios naturales por las consecuencias que pudiera tener para el medio ambiente de la zona afectada y las especies naturales⁴⁴. Como señala Salazar, “los efectos casi nunca son inmediatos, es necesario que transcurra un determinado tiempo para saber cuál fue la afectación real y cierta que se ocasionó”⁴⁵. En este sentido, Soro Mateo, invocando jurisprudencia comunitaria (STJUE *Pficer-Conseil*, de 11 de septiembre de 2002 –C-13/1999–), señala que la decisión pública sobre el riesgo permitido no debiera sustentarse únicamente el conocimiento científico existente, sino que debe acompañarse “de una reflexión ética, en la medida en que el principio de precaución tiene la virtualidad de transformar el contenido de la responsabilidad jurídica, que exige actuación y respuesta en casos de incertidumbre tan pronto como sea posible”⁴⁶.

⁴¹ V. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISUM:precautionary_principle

⁴² J. CORTY VARELA, “Principio de precaución en la jurisprudencia internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 69, 2017, p. 242, <http://dx.doi.org/10.17103/redi.69.1.2017.1.08>

⁴³ P. SANDS, *Principles of International Environmental Law*. Vol.1, Manchester, Manchester University Press, 1995, p. 212.

⁴⁴ F. LÓPEZ PÉREZ, “Restricciones aéreas en espacios naturales. Especial consideración a los drones”, *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, núm. 51, 2022, pp. 145-182.

⁴⁵ B. ARCILA SALAZAR, “El principio de precaución y su aplicación judicial”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 111 vol. 39, 2009, pp. 283-304, <https://n9.cl/x9x3o>

⁴⁶ B. SORO MATEO, “Construyendo el principio de precaución”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 49-50, 2017, pp. 87-151.

No se puede obviar que existen dificultades para trasladar este principio al tema que nos ocupa, ya que la invocación de este principio en las áreas en las que se utiliza, no cabe tan solo por un riesgo percibido, sino precisa de una sólida evidencia científica del mismo⁴⁷. Esta evidencia de carácter científico podría no ser suficiente en cuestiones como la que es objeto de estudio, ya que no parece que el uso de dispositivos conectados a internet sea perjudicial para la salud física de los escolares⁴⁸. En este caso, la cautela habría de ser justificada de acuerdo a otras razones, aunque se han de tener en consideración la multitud de estudios que ponen de relevancia el perjuicio del abuso de las pantallas en el caso de la salud mental. Cabría cuestionarse sobre si es recomendable un uso prolongado de las mismas en horario escolar. En este sentido, en enero de 2023, escuelas públicas de Seattle demandaron a TikTok, Instagram, Facebook, YouTube y Snapchat por los daños mentales que, consideraban, ocasionaban en sus estudiantes y el perjuicio económico que les generaba la necesaria inversión en psicólogos y en capacitar a sus docentes para una atención más especializada⁴⁹.

La profesora Añón ha planteado la necesidad de preservar los derechos humanos, sus garantías y el principio de eficiencia en el uso de modelos algorítmicos de decisión, atendiendo a la inclusión del uso de inteligencia artificial en el marco interpretativo del riesgo o de la prevención de daños a bienes y derechos fundamentales. A su juicio, no se solucionaría la cuestión de la racionalidad decisoria, “aunque 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”⁵⁰.

⁴⁷ R. SCHOMBERG, “The Precautionary Principle: Its Use Within Hard and Soft Law”, *European Journal of Risk Regulation*, vol. 2, 2012, pp.147-157, https://www.researchgate.net/publication/274716581_The_Precautionary_Principle_Its_Use_Within_Hard_and_Soft_Law

⁴⁸ S. DONGUS et al., “Health effects of WiFi radiation: a review based on systematic quality evaluation”, *Critical Reviews in Environmental Science and Technology*, num. 52 vol. 19, 2022, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10643389.2021.1951549>. De acuerdo a este reciente y completo estudio, el wifi no afectaría a la salud.

⁴⁹ Estiman que el acceso a internet y el uso de redes sociales ha deteriorado la salud mental de los estudiantes y ampliado el número de trastornos de comportamiento (ansiedad, depresión, trastornos alimenticios y acoso cibernético). Este hecho les ha generado un notable perjuicio económico. V. <https://www.latimes.com/espanol/eeuu/articulo/2023-01-08/seattle-escuelas-demandan-a-redes-sociales-por-salud-mental>

⁵⁰ M. J. AÑÓN ROIG, “Desigualdades algorítmicas: Conductas de alto riesgo para los derechos humanos”, *Derechos y Libertades*, núm. 47, 2022, pp. 17-49.

La cautela o la diligencia debida en el ámbito de los derechos personálísimos, podría justificarse tanto por la necesidad de preservar los derechos de este sector de la población, como por salvaguardar los de los interesados al acceso o rectificación de los datos que se procesan sobre los mismos. No se puede descartar que existe una duda razonable de que estos derechos estén adecuadamente garantizados en ecosistemas en donde un tercero, ajeno a la administración pública, cuenta con la posibilidad de procesar datos en territorio extracomunitario. Estas dudas razonables son de dos tipos. Las primeras se centrarían en los procedimientos iniciados contra Google por abuso de posición dominante. La segunda es la falta de transparencia en la gestión y tratamiento de datos⁵¹.

Las plataformas de software privativo requieren de un registro en sus servidores y la creación de una cuenta y la aceptación en bloque de un contrato de adhesión. El almacenamiento y tratamiento de los datos de los menores estaría vinculado al acceso y contenidos de la dinámica de enseñanza aprendizaje volcados en la plataforma de Google. Existe una salvaguarda de Google en cuanto a que dichos datos no se utilizarán con fines publicitarios, tal y como aparece además en el convenio con la Junta de Andalucía en el 7.10, donde se especifica que la utilización de los datos será “sólo para la finalidad objeto de este encargo”, prohibiendo expresamente su uso para “fines propios ni para la elaboración de perfiles de cualquier tipo”.

Esta previsión o salvaguarda plantea serias dudas si se estudia, incluso someramente, el historial de esta empresa en la UE. Las acusaciones de abuso de posición dominante realizadas en los últimos años debieran producir inquietud en lo referido a su observancia de la legislación vigente. Como ejemplos están las multas que la UE ha impuesto a Google por abuso de posición dominante. Cuantitativamente, es relevante que la UE haya multado en tres ocasiones en dos años y por una cuantía de 8.257 millones de euros. La Comisión Europea multó a Google con 2.424 millones de euros por favorecer a Google Shopping en 2017. En 2019, la Comisión Europea multó a Google con 1.490 millones de euros por prácticas contrarias a la libre competencia en el mercado de la publicidad en buscadores en webs de terceros. Google fue multada en julio de 2018 con 4.343 millones de euros, siendo esta la más alta en la historia de la Comisión. La razón fue sus prácticas anticompetitivas con

⁵¹ Google ha hecho del *contextual advertising* –realizar perfiles de los individuos– una de sus fuentes de beneficio principales; ver J. CHESTER, *The Digital Destiny. New Media and the Future of Democracy*, The New Press, New York, 2007, pp. 144-145.

el sistema operativo para móviles Android. Esta sanción fue confirmada el pasado año por el Tribunal General de la UE en una sentencia de 14 de septiembre de 2022⁵².

Pero también han sido instancias nacionales las que han sancionado a la compañía cuya matriz se denomina Alphabet. Así, en 2020, la Comisión Nacional de Informática y Libertades francesa le impuso una multa de 100 millones de euros –junto con Amazon– por introducir automáticamente, y sin el consentimiento de los usuarios, ‘cookies’ con fines publicitarios. Se trató de una práctica muy grave ya que, incluso cuando el usuario desactivaba la personalización de los anuncios, una de las ‘cookies’ publicitarias continuaba registrando contenidos. Google habría violado la confianza que se establece entre empresa prestadora del servicio y su cliente, en el sentido de que si el último realiza una serie de acciones va a obtener un mayor grado de privacidad. Y no es extraño si pensamos en otros ámbitos de actuación de estas megaempresas en internet. En un reciente estudio sobre libertad de expresión y redes sociales, Valiente Martínez señalaba que “confiar en el buen hacer de los administradores de las redes sociales es arriesgado, pues hasta el momento parecen actuar con opacidad, arbitrariedad y de forma desproporcionada”⁵³.

No solo se han producido estas situaciones en la UE. En *EE.UU.*, el Departamento de Justicia presentó una demanda antimonopolio contra Alphabet por abuso de posición dominante en el mercado en octubre de 2020. Además, estrechamente relacionado con el caso que nos ocupa, Google aceptó pagar una multa de 170 millones dólares en 2019 por almacenar datos de menores, vulnerando la legislación federal y del Estado de Nueva York, vinculado a los vídeos en YouTube. En octubre de 2020, el Fiscal General de Nuevo México acusó a Google de vulnerar la legislación estatal y federal, así como sus propios términos y condiciones de uso del servicio *Google Suite*, de aplicación en las escuelas. En diciembre de 2021, Google aceptó un acuerdo en el que se comprometía a fortalecer la privacidad de niños y adolescentes en su plataforma, que se interpretó como una victoria de la compañía.

En noviembre de 2022, Google aceptó el pago de 391,5 millones de dólares por sus prácticas de seguimiento de ubicación relacionadas con la con-

⁵² <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=265421&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=102671>

⁵³ F. VALIENTE MARTÍNEZ, “La libertad de expresión y las redes sociales: de la doctrina de los puertos seguros a la moderación de contenidos”, *Derechos y libertades*, núm. 48, 2023, pp. 167-198.

figuración de la cuenta, que solicitaron los fiscales de cuarenta Estados de Estados Unidos. En este caso, la empresa tecnológica recopilaba datos sobre la ubicación de usuarios, que previamente habían denegado a Google el permiso para que lo hicieran. Según un comunicado de la fiscalía general de Connecticut, Google recopiló información sobre la ubicación de consumidores que expresamente habían pedido que no lo hiciera.

Google es una empresa con ánimo de lucro que responden ante sus accionistas. No existe garantía alguna de uso de los datos con un objetivo comercial. Se menciona que no se utilizarán para un fin publicitario. En los términos y condiciones de uso del servicio, no hay ninguna previsión en cuanto a la minimización o finalidad de los datos procesados o el acceso de los usuarios, cosa que sí sucede en el convenio con la Junta de Andalucía con el fin de cumplir con la legislación sobre protección de datos de la UE. No obstante, ofrece dudas de que Google acepte una previsión, por imposición legal de la UE y de España, que no ofrece con claridad en sus términos y condiciones de uso. Es además de singular significación que los términos y condiciones de uso de esta plataforma sería de una difícil comprensión para aquellos usuarios que no sean juristas o no conozcan la terminología computacional⁵⁴. El contrato de adhesión –es decir los términos y condiciones de uso– establece el texto en idioma inglés como el válido para la interpretación y que será Irlanda, el país donde se resolverán los posibles conflictos. No solo se trata de un cambio de tradición jurídica (derecho continental a *common law*), sino un abierto cuestionamiento del derecho a la tutela judicial efectiva⁵⁵.

La seguridad es crucial en todos los servicios tecnológicos de la sociedad de la información y en las transacciones que se desarrollan⁵⁶. Si se produjera una sustracción de datos en esta plataforma, hecho que no es descartable por

⁵⁴ Se pueden revisar en https://workspace.google.com/terms/dpa_terms.html). En el pliego de contratación de los términos generales aparecen una serie de enlaces dedicados a concretar o ampliar la información contenida en el mismo. Es el caso del punto 6 o del 15. El primero trata de los servicios de asistencia técnica, en el que se contempla el pago de tasas y se especifica que en ciertos casos los “TSS están sujetos a una Tasa mínima periódica, tal y como se describe en la página <https://workspace.google.com/terms/tssg.html>”. En lo que se refiere al 15, se refiere a definiciones de conceptos del contrato que son precisadas en diez enlaces diferentes.

⁵⁵ F. MARTÍNEZ CABEZUDO, “Soberanía tecnológica y gobierno abierto. Profundizando en las necesidades democráticas de la participación desde la tecnopolítica”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, núm. 10, 2015, pp. 66, <https://n9.cl/dhprwd>

⁵⁶ G. GILDER, *Life after Google: The Fall of Big Data and the Rise of the Blockchain Economy*, Regnery Publishing, Washington DC, 2018, p. 7.

la criminalidad que existe en internet, afectaría a menores. Nadie se asombra de las condiciones que existen para aquellos que pretenden poner una guardería infantil o de los controles que desarrolla el Banco de España sobre las entidades de crédito. Son previsiones imprescindibles para garantizar una cierta tranquilidad en el usuario. Se debe ser cauteloso en la custodia y cuidado de niños. Los conciertos en los centros de enseñanza son un buen ejemplo. No es baladí, en consecuencia, cuestionarse la razón de que entidades con ánimo de lucro que operan desde el extranjero, con una infraestructura que se encuentra repartida por el mundo, no se encuentren sujetas a unas garantías más exigentes o bien se les vede, aunque sea de forma cautelar, el acceso a estos datos. Tal y como sucede en el caso de redes sociales y menores, las empresas sitúan el negocio sobre cualquier otro tipo de prioridad como, por otra parte, es lógico en compañías con ánimo de lucro que responden ante sus accionistas. Como señalan Herrera de las Heras y Paños Pérez, ni tan siquiera las plataformas cuentan, en su mayoría, con herramientas que garanticen la veracidad de los datos que ofrece una persona cuando se registra, lo que implica carecer de un método que verifique la edad de los usuarios. Tampoco existe una configuración restrictiva predeterminada para menores con el fin de que el acceso a sus datos tuviera que ser autorizada por ellos o sus progenitores⁵⁷. Lo lógico sería suspender cualquier cooperación hasta no contar con las debidas garantías o mejor, desarrollar herramientas de software libre que permitiera un mayor escrutinio del procesamiento de este tipo de datos personales.

Estas herramientas podrían ser diseñadas por universidades, expertos independientes, la Administración pública o incluso los propios progenitores que deseen implicarse de una forma más activa en la educación de sus hijos. Lo realmente relevante de las mismas sería tanto preservar que los datos permanecen en suelo español, como que la aplicación sea auditable y, por tanto, plenamente transparente y, en consecuencia, de acuerdo con la legislación europea y española en esta materia.

No se debiera rechazar por principio acuerdos con el sector privado para la mejora de la enseñanza y de la infraestructura tecnológica, pero esta colaboración debiera ser siempre extraordinariamente cuidadosa y diligente en la garantía de los derechos de niños y adolescentes. Esta investigación ha tenido como objetivo la detección y análisis de los posibles riesgos e incerti-

⁵⁷ R. HERRERA DE LAS HERAS y A. PAÑOS PÉREZ, *La privacidad de los menores en redes sociales. Especial consideración al fenómeno del Influencer*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 66.

dumbres que genera la utilización de plataformas privativas en la enseñanza en el marco de la legislación vigente y en el contexto de los procesos socio-políticos, que influyen en la implementación de las tecnologías de la información en nuestras sociedades. Al establecer la existencia de estos y cernirse una duda razonable sobre su seguridad, se ha planteado el uso de un principio de precaución tecnológica en la escuela respecto a estas plataformas privativas.

Con carácter general, los resultados obtenidos muestran la dificultad de calibrar la entidad del uso que pueden realizar estas plataformas de los datos de los menores. Si bien es cierto que establecen el no uso publicitario de los mismos, es también necesario recordar que no se exceptúa algún otro fin comercial, así como la potencial capacidad de estas empresas de generar productos para estas generaciones. La amplia penetración de estas megaempresas en diferentes mercados hace que puedan obtener una ventaja competitiva gracias a este caudal de datos. La idea de un consumidor atado a un determinado ecosistema tanto como sea posible es un pilar clave del negocio en internet⁵⁸. Tampoco se puede minusvalorar el historial de esta empresa; sus multas y actividades que han provocado preocupación tanto en la UE como en EE.UU. Ejemplos como el de Google Street View, donde se violó la privacidad de un buen número de ciudadanos de diferentes países y motivó acciones legales tanto en Europa como EE.UU., calificándose a la aplicación como Google Spy-Fi,⁵⁹ debieran afectar a su credibilidad⁶⁰.

La relación entre Administración y administrado en el marco de un servicio público, gratuito y universal es muy diferente que el vínculo contractual que se establece con un particular. El alumnado y sus padres o tutores desconocen el alcance de los datos que son transferidos. La falta de una educación sobre internet, tanto para unos como para otros, hace que no se comprendan las implicaciones de este tipo de relación contractual o se minimicen los efectos. Los hechos parecen desmentir la idea de “nativo digital”. Así, para algunos expertos, lo que tenemos son huérfanos digitales, “que muestran

⁵⁸ R. W. MCCHESENEY, *Digital Disconnect. How Capitalism is Turning the Internet Against Democracy*, The New Press, New York, 2013, p. 140.

⁵⁹ S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Profile Books, London, 2019, p. 144.

⁶⁰ También ha trascendido el caso de TikTok. Gracias a la legislación europea en materia de protección de datos, se supo que algunos de sus trabajadores podían acceder a los datos de los usuarios en remoto. La Comisión y el Consejo de la UE han prohibido el uso de TikTok en los dispositivos electrónicos de sus funcionarios.

una preocupante falta de formación incluso en los niveles más básicos”⁶¹. La generación de los ochenta podía contar en sus institutos de bachillerato con asignaturas de programación en Basic, sin tener en cuenta si eran de ciencias o letras. Hoy en día, hasta esa enseñanza parece haber quedado sustituida por un uso de aplicaciones cerradas. Los adultos tampoco parecen estar mejor preparados, probablemente, porque nadie se ha preocupado de formarlos. Resulta urgente un replanteamiento del uso y aprendizaje de las nuevas tecnologías en la escuela para que el alumnado no sea sujeto pasivo de la revolución tecnológica en la que nos encontramos.

4. CONCLUSIONES

Hay dos cuestiones que se deben tener en consideración después del análisis realizado. En primer lugar, debiera reivindicarse una formación específica sobre internet. La educación sobre internet es tan relevante como a través de internet. Los estudiantes han de comprender las posibilidades de la Red, pero también estar alerta para proteger sus derechos, además de prestar atención a sus deberes. Esta formación ayudaría a preservar bienes jurídicos decisivos tanto en el espacio virtual como no virtual. Sin este tipo de formación, no se da la importancia que merece a cesiones de datos o firmas de contratos de adhesión con cláusulas discutibles.

En segundo lugar, la introducción de un principio de precaución tecnológica posibilitaría una gestión responsable de nuestra privacidad, en cooperación con las Administraciones públicas. Ante situaciones de incertidumbre, establece límites a la acción de entes privados con ánimo de lucro y genera una reflexión sobre la necesidad de articular vías alternativas. Las empresas privadas pueden proveer de soluciones que facilitan el derecho a la educación y reduzcan posibles brechas en la administración de este servicio, pero todo ello se debe llevar a cabo desde el respeto de los derechos fundamentales. El que se trate de algo que está en la web y que parece evanescente, no debería servir para menospreciar o minusvalorar su impacto. Esta conclusión es extrapolable a cualquier plataforma similar de otra empresa privada. En relación a las compañías transnacionales que gestionan datos personales, se debe tener en cuenta que es de singular importancia vigilar si salen del territorio de la UE.

⁶¹ E. DANS, “Prólogo: Los nativos digitales no existen”, en S. LLUNA y J. PEDREIRA, *Cómo educar a tus hijos para un mundo digital*, Deusto, Barcelona, 2017, p. 25.

En el caso del tratamiento de los datos personales del sector poblacional objeto de este estudio, como en el del medio ambiente, la seguridad alimentaria o los productos químicos, se debe ser singularmente exigente. Sus datos son muy valiosos y conforman su identidad y personalidad. Que una empresa privada extranjera tenga acceso a ellos y los procese durante años, sin que exista la completa seguridad de que no se abre una vía para la vulneración de bienes jurídicos básicos debería ser razón suficiente para la cautela. La falta de claridad, vaguedad o incertidumbre en su custodia supone un verdadero desafío para nuestras sociedades. De los resultados obtenidos se desprenden tres conclusiones.

La primera es que los datos son uno de los recursos más valiosos que existen en la actualidad. Su almacenamiento y tratamiento han de quedar sometidos a legislaciones muy garantistas. En segundo lugar, la escuela se configura como un centro de educación y formación cívica que debe incorporar en su praxis un uso responsable de internet. Esta utilización pasa por tomar en serio el vínculo que se establece entre alumnado, plataformas y administración pública. En tercer lugar, existen suficientes elementos para establecer un principio de cautela tecnológica, en analogía con el derecho ambiental, la legislación sobre seguridad alimentaria o el uso de sustancias químicas, que evalúe con rigor y sin prisas la situación, con el fin de limitar los efectos indeseados de la incertidumbre generada alrededor de la utilización que las empresas privadas puedan realizar de los datos de los menores. Si la administración educativa establece límites y exigencias a las entidades que desean ser parte de la enseñanza concertada, no se entiende que no se aprecie un modelo similar con respecto a la enseñanza dentro del aula. Si los titulares de la patria potestad tienen limitado el acceso a los contenidos que producen sus hijos y, por tanto, a su vida online, no se comprende que no se sea exigente con una entidad ajena a las familias y a la Administración pública.

En definitiva, se puede concluir que se ha de ser cauteloso con el uso de plataformas de empresas privadas en el entorno escolar. Esta precaución se justifica por una serie de indicios que generan relevantes dosis de incertidumbre respecto al tratamiento y custodia de los datos que realizan estas corporaciones y se traduce en la necesidad de obtener más garantías, lo que probablemente tenga como consecuencia el desarrollo de legislaciones más garantistas.

Esta investigación tiene varias limitaciones. Aun no contamos con informes sobre el uso de la plataforma objeto de estudio en la escuela y la ex-

perencia concreta que se ha tenido en las aulas. Este hecho se traduce en que carecemos de una información contrastada sobre sus ventajas e inconvenientes desde el plano pedagógico, al ser una plataforma de reciente creación. Tampoco existen en Europa investigaciones, como las desarrolladas en *EE.UU.*, respecto a los datos recabados por esta plataforma. Desconocemos si las prácticas que han motivado la actuación de las autoridades estadounidenses se han llevado a cabo en Europa, aunque pueden haber indicios de que se ha replicado un comportamiento semejante. Por ejemplo, en Francia se prohibió en las escuelas e institutos el uso de las versiones gratuitas de Google Workspace for Education por la presunta vulneración de la regulación europea de protección de datos.

En cuanto a futuras líneas de investigación, referidas a los análisis realizados centrados en el uso de plataformas de software privativo en educación, sería necesario estudiar otras similares, como la de Microsoft, a fin de establecer semejanzas y paralelismos. Otra posibilidad es que se desarrollen plataformas libres y eficaces que respondan a las necesidades de enseñantes y estudiantes. En este caso, se trataría de reflexionar sobre sus ventajas e inconvenientes respecto a plataformas como *Google Workplace for Education*.

Todas las páginas web con acceso el 14/04/2023

RAFAEL RODRÍGUEZ PRIETO
Universidad Pablo de Olavide
Carretera de Utrera km.1
41013, Sevilla
e-mail: rrodpr@upo.es

**LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI
EN LOS PAÍSES DEL NORTE DE EUROPA:
EN ESPECIAL EL DERECHO AL CAMBIO DE GÉNERO**

*THE RIGHTS OF LGTBI PEOPLE
IN NORTHERN EUROPEAN COUNTRIES:
ESPECIALLY THE RIGHT TO GENDER REASSIGNMENT*

FERNANDO SANTAMARÍA LAMBÁS
Universidad de Valladolid
<https://orcid.org/0000-0002-7318-3747>

Fecha de recepción: 22-2-23

Fecha de aceptación: 10-7-23

Resumen: *Los derechos de las personas LGTBI están de actualidad en la sociedad del siglo XXI. Es nuestro propósito estudiar las normas sobre orientación sexual e identidad de género en los países del Norte de Europa (Reino Unido, Irlanda, Islandia, Finlandia, Dinamarca, Noruega, Suecia, Estonia, Letonia y Lituania). Nos dedicaremos sobre todo al estudio del grado de reconocimiento del derecho al cambio de género en las leyes nacionales, así como si esas legislaciones respetan o no el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la legislación de la Unión Europea, a través de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

Abstract: *The rights of LGTBI people are topical in 21st century society. It is our aim to study the regulations on sexual orientation and gender identity in Northern European countries (United Kingdom, Ireland, Iceland, Finland, Denmark, Norway, Sweden, Estonia, Latvia and Lithuania). We will focus on the extent to which the right to gender reassignment is recognised in national laws, and whether or not these laws respect the European Convention on Human Rights and European Union law, through the decisions of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union.*

Palabras clave: Europa, identidad de género, orientación sexual, homosexual, transexual

Keywords: Europe, gender identity, sexual orientation, homosexual, transsexual

1. INTRODUCCIÓN

Nos proponemos como objeto de estudio, el estado de la cuestión de los derechos LGTBI en los países del Norte de Europa. Entendemos que hay un doble interés; por un lado, el área geográfica del norte de Europa es donde comenzó a legislarse a favor de los derechos LGTBI¹, por lo que resulta de interés ver en qué sentido han evolucionado las legislaciones de esos países; y, por otro lado, interesa ver en qué medida, Estonia, Letonia y Lituania, que fueron repúblicas de la ex Unión Soviética, se han ido incorporado al reconocimiento de tales derechos.

Para ello, utilizaremos la metodología del estudio de la legislación de los Estados, las aportaciones doctrinales al respecto y, la jurisprudencia de los tribunales europeos; tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Ahora bien, al realizar el estudio de los derechos de las personas LGTBI, hay que ser conscientes de que no toda la doctrina parte de unos mismos postulados al afrontar los derechos de orientación e identidad sexual, ya que la perspectiva *queer*, seguida por un sector doctrinal ha roto con la forma tradicional de plantear estas cuestiones, lo que incide en una forma distinta de ver la relación sexo-género². Algunas de las cuestiones a debate son, si se introduce o no un tercer género (neutro). El fallo reciente de la STEDH de 31 de enero de 2023, caso Y contra Francia³, sobre el estado civil de las personas

¹ Vid. A. RIVAS VAÑÓ, *LGTBI en Europa: la construcción jurídica de la diversidad*, Tirant lo Blanch, 2019, 374 pp.

² Vid. D. SPADE, "Mutilating gender" in *The transgender studies*, Routledge, 2013, pp.315-322. D.J. GARCÍA LÓPEZ. "¿Teoría jurídica queer? Materiales para una lectura queer del derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXXII, 2016, pp. 323-348. J. BUTLER, *Gender trouble: feminism and the subversion of identity*, Routledge, Estados Unidos, 1990, traducido al español por M. MOSOUR, L. MANRÍQUEZ, Paidós, 2001, 196 pp. D.A. GONZÁLEZ-SALZBERG. "El transexual aceptado y el transgénero ausente: una lectura queer de la regulación del sexo/género por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *American international Law Review*, vol. 29, 2013, pp. 797-829. I. SAMBADE, "Masculinidades y transformación social: un análisis crítico de las políticas queer en la interpretación de Judith Butler", *Encrucijadas: Revista Crítica de Ciencias Sociales*, núm. 17, 2019.

³ Vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Court (Sección quinta), Caso Y contra Francia, de 31 de enero de 2023.

intersexuales⁴, reconoce a los Estados plena libertad para no ir más allá en materia de género, sin que los Estados estén obligados en ningún caso a reconocer en sus legislaciones categorías diferentes del binomio varón-mujer, por lo que no tienen obligación de reconocer el género neutro. Otra de las cuestiones a debate es si se acepta el reconocimiento del ejercicio de una sexualidad no necesariamente binaria (varón-mujer).

2. LOS DERECHOS DE PERSONAS LGTBI EN EUROPA

El reconocimiento de los derechos de las personas LGTBI⁵ se plasma en el derecho internacional, y en Europa⁶, tanto en el Derecho europeo como en el Derecho de la Unión europea. Nos centraremos en el Derecho regional europeo, el de la Unión europea y en las legislaciones nacionales de los países.

2.1. El Derecho regional europeo: Convenio Europeo de Derecho Humanos (CEDH) y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

Los países del Norte de Europa han firmado el Convenio para la protección de los Derechos humanos y de las Libertades fundamentales⁷, con las siguientes fechas de entrada en vigor, Irlanda (1953), Reino Unido (1953), Dinamarca (1953), Finlandia (1990) y Suecia (1953), Estonia (1996), Letonia (1997) y Lituania (1995). El Título I (arts.2 a 18) CEDH se dedica a los derechos y libertades. Varios de los derechos ahí reconocidos tienen mucho que ver cuando están en juego los derechos de orientación sexual y de identidad de género⁸. Aunque es cierto que el TEDH lo ha reconducido al derecho a la

⁴ Vid. D. J. GARCÍA LÓPEZ. "La intersexualidad en el discurso médico-jurídico", *Eunomía. Revista de la cultura de la legalidad*, núm. 8, 2015, pp. 54-70.

⁵ El índice LGTB Equality Index está disponible en: <https://www.equaldex.com/equality-index> (última visita 20-06-2023).

⁶ Vid. J. THEILEN, *The Long Road to Recognition: Transgender Rights and Transgender Reality in Europe. Transsexualität in Theologie und Neurowissenschaften. Ergebnisse, Kontroversen, Perspektiven* (De Gruyter 2016), 2016. F.A. PEÑA DÍAZ, *La Lucha que no cesa: los derechos del colectivo LGTBI como derechos humanos*, Tirant, lo Blanch, 2018.

⁷ Fechas de firma del CEDH de los diferentes países. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=005> (última visita 21-06-2023).

⁸ Vid. C.L. QUINAN, V. MOLITOR, M. VAN DEN CRINK, T. ZIMENKOVA, "Framing gender identity registration amidst national and international developments:

vida privada del art.8 CEDH, como veremos en numerosas resoluciones del tribunal⁹. El TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre diversos asuntos que conciernen a los países del Norte de Europa.

En primer lugar, sobre el Reino Unido¹⁰, veamos los casos en que resolvió el TEDH si se habían vulnerado algunos de los derechos del CEDH. 1) Caso Christine Goodwin contra Reino Unido. La señora Goodwin cambió de sexo de hombre a mujer mediante cirugía. Fue víctima de acoso sexual en su trabajo durante y después del cambio de sexo. Tuvo dificultades en lo que respecta a sus cotizaciones de la Seguridad Social, pero a afectos de la seguridad social no estaba previsto el cambio de su número identificación numérica, por lo que ésta tenía la consideración de varón a efectos laborales y debía cotizar hasta los 65 años. Si se hubiese reconocido su identidad sexual femenina, habría dejado de adeudar estas cotizaciones en abril de 1997, a la edad de sesenta años. La demandante se queja de la falta de reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual y del estatuto jurídico de los transexuales en el Reino Unido, al continuar siendo un hombre en lo jurídico. El Tribunal concluye que la noción de justo equilibrio inherente al Convenio hace que, en lo sucesivo, la balanza se incline inequívocamente en favor de la demandante. Por tanto, ha existido una vulneración del derecho de la interesada a su vida privada, con infracción del artículo 8. En cuanto a la vulneración del art. 12 del Convenio señala que este artículo contempla expresamente el derecho de un hombre y una mujer a casarse, pero el Tribunal no está convencido de que actualmente se pueda seguir admitiendo que estos términos impliquen que se deba determinar el sexo según criterios puramente biológicos. El Tribunal no encuentra nada que justifique que los transexuales se vean privados en cualquier circunstancia del derecho al matrimonio y concluye

Introduction to 'Bodies, identities, and gender regimes: Human rights and legal aspects of gender identity registration', *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, vol.1, núm. 1, 2020. J. TIGCHELAAR, J. Y M. VAN DEN BRINK. "Een sneeuwbal effect in het recht: hoe geboortegeslacht genderidentiteit m/v werd en uitdijt naar een x". *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 2022, pp. 196-203.

⁹ Vid. M.D. CERVILLA GARZÓN, "La transexualidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos: apuntes sobre una evolución", *LA LEY Derecho de familia*, núm. 30, Sección A Fondo, Segundo trimestre de 2021, J.M. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, "La identidad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 38, 2022, pp. 105-136.

¹⁰ A. LORENZETTI, "The European courts and transsexuals. The binary distinction and the pattern of family" in *The Right to Family Life in the European Union*, Routledge, 2016, pp. 87-93.

que se ha infringido el artículo 12. El TEDH entendió que había violación de los artículos 8 y 12 CEDH. 2) Caso X, Y and Z contra Reino Unido. El asunto versa sobre el derecho a contraer matrimonio de las personas que cambian de sexo. El primer demandante, señor X, es un transexual convertido del sexo femenino al sexo masculino que desde 1979 convive de forma estable con Y, una mujer. En octubre de 1992, Y dio a luz a Z, que había sido concebida por una inseminación artificial con donante ("IAD"), bajo la autorización del Comité de Ética del hospital. En febrero de 1992, X había preguntado al Encargado en jefe de actos de estado civil si había alguna objeción a que él fuera registrado como padre del hijo de Y. En una carta de 4 de junio de 1992, el Encargado estimaba, tras haber solicitado sendos informes jurídicos, que sólo un individuo biológicamente de sexo masculino podía ser registrado como padre. No obstante, apuntó que el hijo podía llevar legalmente el apellido del primer demandante. Tras el nacimiento de Z, X e Y intentaron registrarse como padre y madre de la niña, respectivamente. A X no le fue autorizado figurar en el registro civil como padre y se dejó en blanco esa rúbrica. Z fue inscrita en el Registro bajo el patronímico de X. El Tribunal estima que existen vínculos familiares de hecho entre las tres personas y considera que el artículo 8 es aplicable al caso. Las cuestiones planteadas se refieren a aspectos en que no existe unanimidad entre los Estados miembros del Consejo de Europa con ordenamientos jurídicos en proceso de cambios. Por ello, cabe otorgar al Reino Unido un amplio margen de apreciación. El Tribunal estima que el Derecho interno puede tener cautelas en Derecho de familia y que X e Y pueden tomar medidas que solventen algunas de las consecuencias que se derivan, como, por ejemplo, la redacción por X de un testamento y, el que X pueda comportarse como padre socialmente. Concluye el tribunal que el hecho de que el Derecho británico no permita un reconocimiento jurídico especial de la relación que vincula a X y Z no constituye una quiebra del respeto a la vida familiar en el sentido de esta disposición. Por ello, no ha habido una violación del artículo 8 del Convenio, ya que la dificultad para crear un vínculo entre Z y X no se debió a la identidad sexual de Z, sino al hecho de que el ordenamiento jurídico inglés no reconociese en aquel momento el matrimonio entre las parejas del mismo sexo del art.12 CEDH¹¹. 3) Caso I. contra Reino Unido. La demandante I., británica nacida en 1955, es una transexual operada que cambió del sexo masculino al femenino y denuncia, en concre-

¹¹ Vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos Court (Grand Chamber), Caso X, Y and Z contra el Reino Unido, de 22 de abril de 1997.

to, el modo en que se la trata en los campos del empleo, la seguridad social y las pensiones y la imposibilidad de contraer matrimonio. Invoca los artículos 8.1 y 14 del Convenio. El Tribunal concluye que se ha producido una infracción con respecto al derecho de la interesada a su vida privada, violándose los artículos 8 y 12 y que no se plantea ninguna cuestión clara con respecto al art. 14 y no formula ninguna conclusión separada sobre esta queja¹². La demandante se queja de la falta de reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual y del estatuto jurídico de los transexuales en el Reino Unido, al continuar siendo un hombre en lo jurídico. El Tribunal no constata ningún riesgo real de perjuicio susceptible de provocar para terceros, modificaciones del sistema de inscripción de nacimientos tras un reconocimiento de la conversión sexual y destaca que el Gobierno examina en la actualidad propuestas de reforma de sistema de inscripción que tiendan a posibilitar de manera permanente la modificación de los datos concernientes al estado civil. El Tribunal concluye que la noción de justo equilibrio inherente al Convenio hace que, en lo sucesivo, la balanza se incline inequívocamente en favor de la demandante. Por tanto, ha existido una vulneración del derecho de la interesada a su vida privada, con infracción del artículo 8. En cuanto a la vulneración del art.12 del Convenio señala que este artículo contempla expresamente el derecho de un hombre y una mujer a contraer matrimonio, pero el Tribunal no está convencido de que se pueda seguir admitiendo en la actualidad que estos términos impliquen que el sexo se deba determinar según criterios puramente biológicos. El TEDH entendió que había violación de los artículos 8 y 12 CEDH. 4) Caso Grant contra Reino Unido. Trata sobre la negativa a reconocer jurídicamente el cambio de sexo de un transexual que le impide obtener una pensión de jubilación a la misma edad que otras mujeres, pese a haber cotizado durante toda su vida laboral como trabajadora. El tribunal estimó la demanda presentada por la transexual que reclamaba al Estado el pago de una pensión a partir del día en que cumplió los 60 años entendiendo que se ha violado el art. 8 CEDH¹³. 5) Caso Rees contra Reino Unido. El demandante, nacido en 1942 y residente en Inglaterra, nació con todas las características, físicas y biológicas, del sexo femenino y así fue inscrito en el Registro de nacimientos. Sin embargo, desde su infancia, su comportamiento fue varonil. En 1970, se sometió a tratamiento médico y se le re-

¹² Vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, Court (Grand Chamber), Caso I. contra Reino Unido, de 11 de julio de 2002.

¹³ Vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Court. Sección cuarta, Caso Grant contra Reino Unido, de 23 de mayo de 2006.

cetó una hormona que desarrollaba las características masculinas. El tribunal vuelve a argumentar con la doctrina del margen de apreciación de los Estados, al pronunciarse sobre un asunto en el que no se permitía la modificación del sexo que constaba en el registro de nacimiento, ya que el Registro civil inglés recogía el sexo biológico y sólo puede modificarse cuando exista un error material en la inscripción original del nacimiento. Ahora bien, es cierto que el sistema sanitario inglés financiaba la operación de cambio de sexo de las personas transexuales que cumplieran una serie de requisitos, y preveía la modificación de la documentación indicando un nombre acorde con su nuevo sexo. El TEDH entendió que se había violado el art. 8 CEDH, argumentando que el obstáculo que impone la ley británica al matrimonio entre personas del mismo sexo biológico no entra en la categoría de las limitaciones vetadas. Por tanto, se llega a la conclusión de que no se violó el artículo 12 CEDH¹⁴. 6) Por último, un caso en que el TEDH consideró que no se había vulnerado el CEDH, es el caso Cossey contra Reino Unido. La demandante, ciudadana británica, nació en 1954 y fue inscrita entonces en el Registro de Nacimientos (o Registro Civil) como varón. A los trece años se dio cuenta que, aunque tenía órganos genitales externos masculinos, psicológicamente pertenecía al sexo femenino. En 1972 tomó el nombre femenino de Carolina y en 1974 se realizó una cirugía transexual para dar a su anatomía externa un aspecto más femenino. Anteriormente se la había tratado con hormonas femeninas y operado para aumentar el volumen de sus senos, con ayuda de implantes. En 1976 el Reino Unido le entregó un pasaporte como mujer (apartados 16 y 17, posteriores). En 1983 la señorita Cossey y el señor I, ciudadano italiano al que conocía desde hacía unos catorce meses, proyectaron contraer matrimonio que no se llegó a celebrar y en 1989 se celebró una ceremonia nupcial entre la demandante y el señor X en una sinagoga de Londres. Sin embargo, sus relaciones terminaron el 22 de junio del mismo año. Como consecuencia de una petición de la señorita Cossey, a quien se había informado que era la única manera de conseguir una ayuda económica, la *High Court* en 1990, declaró nulo el matrimonio, fundándose en que las partes no eran del sexo contrario. El tribunal entendió que no podía calificarse como intromisión en la vida privada del sujeto impedirle el cambio de sexo de forma oficial, pues, dada la falta de consenso entre los países del entorno, los Estados disponían de discrecionalidad para optar por una u

¹⁴ Vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Court (Plenary), Caso Rees contra Reino Unido, de 17 de octubre de 1986.

otra posibilidad, entendiendo que no hay violación de los artículos 8 y 12 CEDH¹⁵.

En segundo lugar, sobre Irlanda. El caso LF contra Irlanda. Es el caso de un transexual de hombre a mujer que al nacer en 1947 fue registrado como varón. La mujer tiene tanto pasaporte de Irlanda como del Reino Unido y reside en Irlanda. La demandante contrajo matrimonio con AF el 28 de septiembre de 1977. Tenían dos niños A y B, nacidos el 16 de agosto de 1978 y el 18 de octubre de 1980, respectivamente. El solicitante comenzó el tratamiento de reasignación de género el 6 de septiembre de 1989. En marzo de 1991, la demandante ocupaba completamente el papel de mujer. Se aprobó una subvención por la Junta de Salud para cirugía genital correctiva. La cirugía se llevó a cabo en Inglaterra el 25 de julio de 1992. La solicitante presenta una reclamación en virtud de los artículos 6, 8 y 14 y el tribunal inadmite las peticiones de la solicitante¹⁶.

En tercer lugar, sobre Finlandia¹⁷. El caso Hämäläinen contra Finlandia, de 13 de noviembre de 2012¹⁸. La demandante nacida hombre en 1963 sintiéndose mujer no hizo nada al respecto, casándose en 1996 con una mujer y teniendo un hijo en 2002. En 2004 busca ayuda médica al sentirse mal y en 2006 fue diagnosticada como transexual, momento desde el cual vive como mujer y en 2009 se somete a una cirugía de reasignación de género. Aunque la demandante en 2006 cambió su nombre y renovó el pasaporte y el permiso de conducir, pero no pudo cambiar su número de identidad que indicaba que era hombre como sucedía con su pasaporte. El tribunal considera que no se han infringido ninguno de los artículos del CEDH alegados (8, 12, 14). El asunto se remitió a la Gran Sala que dictó sentencia de 16 de julio de

¹⁵ Vid. M. D. CERVILLA GARZÓN, "La transexualidad en la jurisprudencia (...)", cit., p. 3. E. CARMONA CUENCA, "Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género", *Teoría y realidad constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 311-334. S. SANZ-CABALLERO, "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: Historia de un cambio de criterio", *American University Law Review*, vol. 29, núm. 4, 2014, pp. 831-868. J.M. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, "La identidad de género (...)", cit., pp. 105-136. V. MERINO SANCHO, "Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual", *Derechos y Libertades*, núm. 38, 2018, pp. 327-358.

¹⁶ Vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso LF contra Irlanda, de 2 de julio de 1997.

¹⁷ A. LORENZETTI, *The European courts*, cit. p. 92.

¹⁸ Vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Hämäläinen contra Finlandia, de 13 de noviembre de 2012.

2014. La legislación finlandesa en esa época no reconocía el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero sí una unión civil a través de una sociedad registrada. El tribunal considera que el establecimiento de esa diferencia, según la unión sea heterosexual u homosexual, corresponde al margen de apreciación del Estado. Por ello, atendiendo a la ley finlandesa, si se recibe el consentimiento del cónyuge para el cambio de género, el matrimonio se convierte automáticamente, *ex lege*, en una sociedad registrada y, una sociedad registrada en un matrimonio, según el caso. El tribunal argumenta que la demandante y su esposa no perderían ningún otro derecho si su matrimonio se convirtiera en una sociedad registrada y, que dicha situación no afectaría a la relación del reclamante con su hija. El Tribunal considera que el sistema finlandés, vigente en ese momento, no ha mostrado ser desproporcionado en los efectos del solicitante y que se ha alcanzado un equilibrio justo entre los intereses contrapuestos en el presente caso. Por ello, el Tribunal considera que no ha habido violación del artículo 14 tomado en conjunto con los artículos 8 y 12¹⁹.

En cuarto lugar, sobre Lituania. El caso *L. contra Lituania*, tiene su causa en el vacío normativo existente en la legislación lituana que legitimaba a la Administración a no autorizar la operación quirúrgica de reasignación de sexo a un transexual, diagnosticado como tal, y en proceso médico de adaptación fenotípica al sexo al que muta. Esta circunstancia le impide cambiar el sexo en el Registro, con el grave perjuicio que ello le comporta. El Derecho lituano reconoce el derecho a cambiar no sólo su sexo, sino también su estado civil. Sin embargo, existe una laguna ya que no hay ley que regule la cirugía de reasignación completa de género. Por ello no cabe, mientras se regule este aspecto y al no contar Lituania con instalaciones médicas adecuadas ni razonablemente accesibles. En consecuencia, el demandante se encuentra en la posición intermedia de transexual preoperatorio, después de haber sido sometido a una cirugía parcial, con documentos importantes del estado civil que han sido modificados. Sin embargo, hasta que no se someta a la cirugía completa, su código personal no será modificado y, por lo tanto, en ciertas situaciones significativas de su vida privada, como en materia de empleo o en sus viajes al extranjero, sigue siendo una mujer. El tribunal considera que sí hay vulneración del art. 8 al no aprobar Lituania la legislación necesaria que regula las condiciones y el procedimiento para la cirugía de reasignación

¹⁹ Vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Caso *Hämäläinen contra Finlandia*, de 16 de julio de 2014, ap.113.

de género y el reconocimiento legal del género, ya que a pesar de reconocer cierto margen de apreciación a los Estados en este ámbito, el tribunal ha declarado, que los Estados están obligados, por su obligación positiva en virtud del artículo 8, a aplicar el reconocimiento del cambio de género en los transexuales postoperatorios mediante, entre otras cuestiones, enmiendas a los datos de estado civil, con las consecuencias que conlleva. Por ello, el Estado de Lituania no cumplió con su obligación positiva de garantizar el respeto de la vida privada, por lo que hay violación del artículo 8²⁰. En cambio, el tribunal entiende que no se han vulnerado los artículos 3 y 12 CEDH. Respecto al art. 3, porque según señala el tribunal, la prohibición establecida en el art. 3 de la Convención es de carácter absoluto, pero que el tipo de trato calificado como inhumano y degradante dependerá de un examen de los hechos del caso concreto para determinar si el sufrimiento causado fue tan grave que entraba en el ámbito de aplicación de esta disposición. Además, el art. 3 implica una obligación positiva del Estado de proteger a la persona contra los malos tratos graves, físicos o mentales, cualquiera que sea su origen, pero del examen de los hechos, aunque existe angustia y frustración del demandante, no se deducen unas circunstancias de un grado tan intenso que conduzcan a ello. En cuanto al art. 12, el tribunal considera que la cuestión clave sigue siendo la laguna en la legislación ya señalada, como ya se analizó al estudiar el art. 8.

2.2. El Derecho de la Unión Europea: Tratados de la Unión Europea (UE) y Tribunal de Justicia de la UE (TJUE)

De los países del Norte de Europa son miembros de la Unión Europea, Irlanda (1957), Dinamarca (1973), Finlandia y Suecia (1995), Estonia, Letonia y Lituania (2004), excepto Reino Unido que ingresó en 1973 y dejó de ser miembro en 2020. Noruega no pertenece a la UE²¹. Con arreglo al art. 7.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), entre las instituciones comunitarias está el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que está regulado en los artículos 220 a 245 TCE. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, la Unión Europea se ha dotado de personalidad jurídica y se ha hecho cargo de las competencias anteriormente conferi-

²⁰ Vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Court (Sección segunda), Caso L. contra Lituania, de 11 de septiembre de 2007.

²¹ Disponible en: https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/country-profiles_es (última visita 21-06-2023).

das a la Comunidad Europea. Por tanto, el Derecho comunitario ha pasado a ser el Derecho de la Unión. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Tribunal de Justicia podrá aplicar e interpretar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, a la cual el Tratado de Lisboa otorga el mismo valor jurídico que a los Tratados²².

El TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre diversos asuntos que conciernen a los países del Norte de Europa y que se oponen en alguna medida a la legislación de la Unión Europea. En primer lugar, sobre el Reino Unido.

- 1) El caso P. y S. Cornwall County Council, de 30 de abril de 1996. P., parte demandante del procedimiento principal, era administradora de un centro docente. En 1992, un año después de su contratación, comunicó a las autoridades del centro su intención de someterse a una operación de cambio de sexo. En un primer momento, se viste y comporta como una mujer, después se realiza intervenciones quirúrgicas menores para cambiar su físico al de mujer, y recibió un preaviso de despido. La operación definitiva tuvo lugar antes de llevarse a efecto el despido, pero después de su notificación. Debido al objetivo perseguido por la Directiva 76/207, relativo a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, el apartado 1 del art. 5 es contrario al despido de un transexual por un motivo relacionado con su cambio de sexo²³. Como el derecho a no ser discriminado por razón de sexo es uno de los derechos fundamentales cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia, el ámbito de aplicación de la Directiva no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. Debe extenderse a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo del interesado, al basarse esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo del interesado, ya que despedir a una persona por tener intención de someterse o haberse sometido a una operación de cambio de sexo es darle un trato desfavorable frente a las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la citada operación.

²² Disponible en: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/es/ (última visita 21-06-2023).

²³ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril de 1996, C-13/1994, Caso P. y S. Cornwall County Council.

- 2) El caso K.B., de 7 de enero de 2004. Se trata de una trabajadora británica que solicitó para su compañero, que había sido operado para transformarse de mujer en hombre, la pensión de viudedad que le correspondería como cónyuge supérstite, pues el derecho nacional no autorizaba el enlace de un transexual con arreglo a su nuevo sexo. El Tribunal, consideró que la desigualdad de trato no incidía en el reconocimiento de la pensión, sino en una condición previa indispensable para su concesión que es la capacidad para celebrar nupcias²⁴, y resolvió que el artículo 141 de la Constitución europea se opone a una legislación que, al impedir a los transexuales contraer matrimonio según el sexo adquirido, los priva de una pensión de viudedad²⁵. Al corresponder a los Estados miembros señalar los requisitos para el reconocimiento jurídico del cambio de sexo de una persona a raíz de una operación quirúrgica, incumbe al juez nacional comprobar si el compañero de dicha persona transexual puede invocar el artículo 141 CE para que se le reconozca el derecho a que su compañero transexual pueda disfrutar de una pensión de supervivencia.
- 3) El caso Richards, de 27 de abril de 2006. Se trata de la negativa a reconocer una pensión de jubilación a la edad de 60 años a un transexual que se ha sometido a una operación quirúrgica de cambio de sexo masculino a sexo femenino. El tribunal considera que el art. 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación que no reconoce la pensión de jubilación, por no haber alcanzado aún la edad de 65 años, a una persona que, con arreglo a los requisitos que establece el Derecho nacional, cambia de sexo masculino a sexo femenino, cuando esa misma persona habría tenido derecho a tal pensión a la edad de 60 años si se hubiera considerado que, según el Derecho nacional, era mujer²⁶.

²⁴ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de enero de 2004, C-117/01, ap.30, Caso K.B.

²⁵ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de enero de 2004, C-117/01, ap.34, Caso K.B.

²⁶ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de abril de 2006, C-423/04, Caso Richards.

- 4) El caso M.B., de 26 de junio de 2018. Se trata de la negativa a reconocer una pensión de jubilación a la edad de 60 años a un transexual que se ha sometido a una operación quirúrgica de cambio de sexo masculino a sexo femenino. MB no dispone de un certificado de reconocimiento definitivo de su cambio de sexo, cuya concesión exigía, en virtud de la normativa nacional controvertida en el litigio principal, la anulación de su matrimonio. MB y su esposa deseaban seguir estando casadas por motivos religiosos. La solicitud de MB fue denegada en 2008 porque, al no disponer de un certificado de reconocimiento definitivo de su cambio de sexo, no cabía considerarla mujer a efectos de determinar su edad legal de jubilación. El tribunal establece que el art. 4, apartado 1, en relación con los artículos 3 y 7 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación nacional que exige que una persona que ha cambiado de sexo cumpla no solo criterios de carácter físico, social y psicológico, sino también el requisito de no estar casada con una persona del sexo que ha adquirido a raíz del cambio de sexo, para poder optar a una pensión estatal de jubilación a partir de la edad legal de jubilación de las personas del sexo adquirido²⁷.

En segundo lugar, sobre Irlanda. El caso David L. Parris, establece que el art. 2 de la 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, debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que, en el marco de un plan de pensiones de empleo, supedita el derecho de las parejas registradas supervivientes de los afiliados a disfrutar de una prestación de supervivencia, al requisito de que la unión civil registrada se haya celebrado antes de que el afiliado haya cumplido la edad de 60 años, mientras que el Derecho nacional no permitía a dicho afiliado celebrar una unión civil registrada antes de alcanzar ese límite de edad, no constituye una discriminación basada en la orientación sexual. Los artículos 2 y 6, apartado 2, de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal que, en el marco de un plan de pensiones de empleo, supedita el derecho de las parejas registradas

²⁷ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de junio de 2018, C-451/16, Caso M.B.

supérstites de los afiliados a disfrutar de una prestación de supervivencia al requisito de que la unión civil registrada se haya celebrado antes de que el afiliado haya cumplido la edad de 60 años, mientras que el Derecho nacional no permitía a dicho afiliado celebrar una unión civil registrada antes de alcanzar ese límite de edad, no constituye una discriminación basada en la edad²⁸.

3. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI EN LOS PAÍSES DEL NORTE DE EUROPA

En los derechos de los países de Europa²⁹, con carácter general se protegen los derechos de orientación sexual³⁰ y de identidad de género³¹, siendo sobre todo desde el comienzo del siglo XXI cuando esa protección se amplía y generaliza³². El camino está siendo largo, ya que se partía de la patologización de todo lo que no respondiese al modelo heteronormativo, y se ha avanzado en el reconocimiento de derechos. Aunque es cierto que las legislaciones van incorporando cada vez más avances al respecto, todavía falta camino por recorrer, y ya se empiezan a oír voces para que se reconozcan derechos fuera del esquema binario varón-mujer, lo que se conoce como el reconocimiento de la identidad de género no binaria³³, que ya han empezado a

²⁸ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala primera), de 24 de noviembre de 2016, C-443/15, Caso David L. Parris contra Trinity College Dublin y otros.

²⁹ Vid. Informe sobre el reconocimiento legal de género en la Unión Europea de la Comisión Europea. Disponible en: https://web.archive.org/web/20210422220342/https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/legal_gender_recognition_in_the_eu_the_journeys_of_trans_people_towards_full_equality_sept_en.pdf (última visita 21-06-2023). Vid. Informe sobre un análisis comparado de las leyes de igualdad de género en Europa de la Comisión Europea. Disponible en: https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/417029/EELN_A_comparative_analysis_of_gender_equality_law_in_Europe_2020.pdf?sequence=1 (última visita 21-06-2023).

³⁰ Vid. M. MARTÍN SÁNCHEZ, "Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado". *Revista de Derecho constitucional* 107, 2016, pp. 219-253.

³¹ Vid. J.M. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, "Los derechos de las personas LGBTI: ¿hacia un derecho a la orientación sexual y la identidad de género?", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 42, 2020, pp. 209-239. Ibidem. "Sexo, género y derechos: del "derecho a la orientación sexual y la identidad de género" al "derecho a la libre determinación del género", *Derechos y Libertades*, núm. 46, 2022, pp. 23-64.

³² Vid. el ranking de los países europeos en reconocimiento de derechos de orientación sexual e identidad de género. Disponible en: <https://rainbow-europe.org/country-ranking> (última visita 21-06-2023).

³³ Vid. P. ELLIS MONTALBÁN, "La condición de No Binario en la legislación europea". *INGURUAK: Revista vasca de sociología y ciencia política, Soziologia eta zientzia politikoaren euskal aldizkaria*, núm. 69, 2020, pp. 20-38.

reconocer algunos países. Vamos a realizar el estudio de la situación en estos países (Dinamarca, Estonia, Finlandia, Irlanda, Islandia, Letonia, Lituania, Noruega, Reino Unido y Suecia). Algunos de estos son los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia) y, dentro de ellos se denomina países escandinavos a Dinamarca, Noruega y Suecia. Por último, los países Bálticos son Estonia, Letonia y Lituania.

3.1. Los derechos de las personas LGTBI en Reino Unido

El Reino Unido ocupa el puesto 17 en el ranking de ILGA-Europa³⁴ sobre los derechos LGTBI³⁵. En primer lugar, en cuanto a los derechos sobre orientación sexual, se reconoce legamente el ejercicio de la homosexualidad desde 2000; el matrimonio igualitario desde 2020; la adopción por homosexuales es legal desde 2002; la discriminación LGTBI es ilegal desde 2010; la donación de sangre por homosexuales³⁶ está permitida desde 2021; y, están prohibidas las terapias de conversión.

En segundo lugar, respecto a los derechos de identidad de género es legal el cambio de género sin requerir cirugía desde 2005, y no se reconoce el género no binario³⁷. La Ley de Reconocimiento de Género de 2004³⁸ (Gender

³⁴ El informe actualizado en 2023 está disponible en: <https://www.ilga-europe.org/report/annual-review-2023/> (última visita 21-06-2023) y la clasificación está disponible en: <https://rainbow-europe.org/country-ranking> (última visita 21-06-2023).

³⁵ Vid. O. CELADOR ANGÓN, "Transexualidad, libre desarrollo de la personalidad e interés del menor: análisis comparado de los modelos español e inglés", *Revista general de derecho público comparado*, núm. 27, 2020, 35 pp. C. GRAY, "The Evolution of LGBT Rights in the UK: Is the Tide Starting to Turn?" in VV.AA., *Justice After Stonewall*. Routledge, 2023, pp. 86-104. R. WINTEMUTE, *LGBTI Human Rights in Europe, the United Kingdom, and Japan*, 2019, pp. 345-359.

³⁶ Sobre donación de sangre por homosexuales. Vid. A. DEN EXTER, "Homosexuals and blood donation: a delicate issue for the European Union Court of Justice". *Blood Transfusion*, vol. 14, núm. 6, 2016, pp. 500-503. G. KARAMITROS; N. KITSOS; I. KARAMITROU, "The ban on blood donation on men who have sex with men: time to rethink and reassess an outdated policy", *Pan African Medical Journal*, vol. 27, núm.1, 2017, VV.AA., "Blood donor deferral policies across Europe and characteristics of men who have sex with men screened for human immunodeficiency virus in blood establishments: data from the European Men-who-have-sex-with-men Internet Survey (EMIS)", *Blood transfusion*, vol. 16, núm. 1, 2018, pp. 7-16.

³⁷ Vid. Los derechos de orientación sexual y de identidad de género en Reino Unido. Disponible en: <https://www.equaldex.com/region/united-kingdom> (última visita 21-06-2023).

³⁸ Vid. F. RENZ, *The Gender Recognition Act 2004 and Transgender People's Legal Consciousness*. Thesis. University of Kent (United Kingdom), 2017.

Recognition Act)³⁹ permite a las personas obtener el pleno reconocimiento de su género adquirido⁴⁰. Establece que una persona puede solicitar un certificado que reconoce el cambio de género, cuando cumpla los siguientes requisitos: ser mayor de 18 años, vivir en el otro sexo y haber cambiado de género con arreglo a la legislación de un país o territorio⁴¹. La persona tiene que haber sido diagnosticada con disforia de género; haber vivido en el sexo adquirido durante un período de dos años, que finalice en la fecha de presentación de la solicitud; y, tener la intención de continuar viviendo en el género adquirido hasta la muerte⁴². Por tanto, no es necesario someterse a una cirugía de cambio de sexo. La declaración de cambio de sexo no es retroactiva, y solo genera efectos desde la emisión del certificado habilitante del nuevo sexo por la autoridad correspondiente⁴³. Ante una inscripción en el registro de nacimiento del Reino Unido, en relación con una persona a la que se expida un certificado de reconocimiento de género completo, el Secretario de Estado debe enviar una copia del certificado al Registrador General correspondiente⁴⁴. Se contempla la posibilidad de que el solicitante estuviese casado⁴⁵ y fuese conviviente en una pareja civil⁴⁶, no viéndose afectada la continuidad del matrimonio o de la pareja civil tras el cambio de género. En cuanto a la comisión de un delito específico de género, el cambio de género no impide su persecución⁴⁷.

La Ley de Igualdad de 2010⁴⁸ enumera la reasignación de género como una de sus características protegidas⁴⁹, lo que significa que las personas no deben ser discriminadas en base a la reasignación fisiológica de los atributos de su sexo. Esto cubre a las personas que se han sometido, planean someterse

³⁹ Equality Recognition Act 2004 (Ley de reconocimiento de género de 2004). Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/contents> (última visita 21-06-2023).

⁴⁰ Vid. Equality (...), cit., 9.1.

⁴¹ Vid. Ibidem, 1.

⁴² Vid. Ibidem, 2.

⁴³ Vid. Ibidem, 9.

⁴⁴ Vid. Ibidem, 10.1.

⁴⁵ Vid. Ibidem, 11 A.

⁴⁶ Vid. Ibidem, 11 B.

⁴⁷ Vid. Ibidem, 20.

⁴⁸ Equal Act 2010 (Ley de igualdad de 2010). Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents> (última visita 21-06-2023). Vid. A. TIMMER, et. al. A comparative analysis of gender equality law in Europe 2021. VV.AA., The 27 EU Member States, Albania, Iceland, Liechtenstein, Montenegro, North Macedonia, Norway, Serbia, Turkey and the United Kingdom, 2022, pp. 12, 53, 54 y 89.

⁴⁹ Vid. art.4 Equal Act 2010, art. 4.

o están actualmente experimentando algún tipo de reasignación⁵⁰. En 2017, el gobierno anunció su intención de revisar la Ley de Reconocimiento de Género, para evaluar si pudiera ser posible mejorar el proceso para las personas trans⁵¹. En 2021, el gobierno británico declaró, que el reconocimiento legal de la identidad de género no binaria tendría “complejas consecuencias prácticas para otros ámbitos de la legislación, la prestación de servicios y la vida pública”, y afirmó que consideraba que la legislación vigente que permite a las personas cambiar su género legal iba suficientemente lejos. Sin embargo, los tribunales han dictaminado que las personas con identidades no binarias están protegidas contra la discriminación por la Ley de Igualdad⁵². Desde 2002, el gobierno ha aclarado que la transexualidad ya no se clasificará como una enfermedad mental. Sin embargo, las personas que sufren de disforia de género pueden recibir tratamiento de salud mental del Servicio Nacional de Salud. Este tratamiento está diseñado principalmente para ayudar a las personas con el estrés, la ansiedad y la depresión, que pueden ser causados por las preocupaciones personales de identidad de género de un paciente⁵³. Por último, destacamos el caso de Keira Bell, una joven de 23 años que demandó a la clínica del Servicio Nacional de Salud británico por aconsejarle y suministrarle el tratamiento hormonal cuando tenía 16 años y sufría disforia de género. Años después se arrepintió y denunció a los médicos que la trataron por considerar que se habían precipitado a asumir que era transexual sin hacerle una evaluación psicológica. Los niños menores de 16 años con disforia de género (inconformidad con el sexo con el que nacieron) solo podrán dar su consentimiento para someterse a un tratamiento bloqueador de la pubertad si entienden bien sus consecuencias, según ha dictaminado el Tribunal Superior de Justicia británico⁵⁴.

3.2. Los derechos de las personas LGTBI en Irlanda

Irlanda ocupa el puesto 16 en el ranking de ILGA-Europa sobre los derechos LGTBI de orientación sexual y de identidad de género. En primer lugar, en cuanto a los derechos de orientación sexual, se reconoce legamente el

⁵⁰ Vid. art. 7 Equal Act 2010.

⁵¹ Disponible en: <http://www.gendertrust.org.uk/transgender-laws/> (última visita 21-06-2023).

⁵² Disponible en: <https://petition.parliament.uk/petitions/580220> (última visita 20-02-2023).

⁵³ Disponible en: <http://www.gendertrust.org.uk/transgender-laws/> (última visita 21-06-2023).

⁵⁴ Disponible en: https://www.niusdiario.es/vida/visto-oido/keira-bell-chica-transgenero-ga-na-juicio-terapia-hormonal-transexuales_18_3052095284.html (última visita 21-06-2023).

ejercicio de la homosexualidad desde 1993; el matrimonio igualitario desde 2015; la adopción por homosexuales es legal desde 2015; la discriminación LGTBI es ilegal desde 2015; la donación de sangre por homosexuales está permitida desde 2022; y, no están prohibidas las terapias de conversión.

En segundo lugar, respecto a los derechos de identidad de género, es legal el cambio de género sin requerir cirugía desde 2015, y no se reconoce el género no binario⁵⁵. La Ley de reconocimiento de género de 2015⁵⁶ regula la certificación de solicitud del cambio de género⁵⁷, y señala que las personas que pueden solicitar un certificado de género⁵⁸ tienen que tener 18 años en el momento de presentar la solicitud; no estar casados ni ser pareja de hecho; y, cumplir según el caso, lo establecido en el art. 10 (requisitos para solicitar un certificado de reconocimiento de género), o en el art. 11 (requisitos aplicables a la solicitud en caso de reconocimiento en otra jurisdicción) de esta ley⁵⁹. Los requisitos del art. 10 son, la presentación por el solicitante de una serie de datos; no poder estar casado ni tener pareja de hecho; tener intención de vivir en ese nuevo género adquirido hasta la muerte, así como comprender las consecuencias de la solicitud que realiza, y que lo hace en aplicación de su libre albedrío; y, no es necesario someterse a una cirugía de cambio de sexo desde 2015. En el caso de menores, tan solo podrá ser examinada por el ministro, una solicitud de certificado o de revocación de certificado de reconocimiento de género, que se haya presentado en nombre de un menor a partir de 16 años si lo ordena un tribunal⁶⁰. El tribunal solo concederá dicha solicitud, si los padres o tutores dan su consentimiento, se acompaña de certificado médico, y un endocrinólogo o psiquiatra que no conozca al menor presenta un dictamen coincidente con el del médico que informó previamente⁶¹. En cuando al efecto de la ex-

⁵⁵ Vid. Los derechos de orientación sexual y de identidad de género en Irlanda. Disponible en: <https://www.equaldex.com/region/ireland> (última visita 21-06-2023).

⁵⁶ Vid. Gender recognition Act 2015 (Ley de reconocimiento de género de 2015). Disponible en: <https://www.irishstatutebook.ie/eli/2015/act/25/enacted/en/pdf> y en <https://www.irishstatutebook.ie/eli/2015/act/25/enacted/en/print#sec9> (última visita 21-06-2023). Vid. P. DUNNE, "The Law Concerning Trans Persons in Ireland" in VV.AA. *Trans Rights and Wrongs. A comparative study of legal reform concerning trans persons*, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, vol 54, 2021, pp.491-512.

⁵⁷ Vid. Gender recognition Act 2015 (Ley de reconocimiento de género 2015), art. 8.

⁵⁸ Vid. Ibidem, art. 9.

⁵⁹ Vid. Ibidem, art. 10 y 11.

⁶⁰ Vid. Ibidem, art. 12.1.

⁶¹ Vid. Ibidem, art. 12.4.

pedición del certificado de reconocimiento de género. Desde ese momento, el género de la persona se convertirá en el género preferido, lo que les reconducirá, si prefieren el género femenino a mujer; y, si prefieren el género masculino a hombre⁶². La emisión de un certificado de reconocimiento de género no afecta a la condición de padre o madre de un niño nacido antes de la fecha de expedición del certificado⁶³. Si se comete un delito sexual específico del género, el hecho de que el género de la persona haya cambiado, no impide que cometa o intente cometer el delito sexual⁶⁴.

La Ley de reconocimiento de género de 2015, modifica la Ley del Registro civil de 2004, introduciendo la parte 3 A “Registro de reconocimiento de género”; y, en la Parte 4 de la Ley de 2015 modifica los artículos 2, 8 y 13 de la Ley de Registro civil de 2004.

3.3. Los derechos de las personas LGTBI en los países nórdicos

Estudiaremos el reconocimiento de los derechos de las personas LGTBI en Dinamarca, Islandia, Finlandia, Noruega y Suecia⁶⁵.

3.3.1. Dinamarca

Dinamarca ocupa el punto 3 en el ranking de países europeos en reconocimiento de derechos LGTBI de orientación sexual e identidad de género⁶⁶. En primer lugar, en cuanto a los derechos de orientación sexual, se reconoce legamente el ejercicio de la homosexualidad desde 1993; el matrimonio igualitario desde 2012; la adopción por homosexuales es legal desde 2009; la discriminación LGTBI es ilegal desde 1996; la donación de sangre por homosexuales está prohibida exigiéndose un aplazamiento de tres meses desde 2021; y, muestra ambigüedad respecto a las terapias de conversión.

⁶² Vid. Ibidem, art.18.1.

⁶³ Vid. Ibidem, art.19.

⁶⁴ Vid. Ibidem, art.23.1.

⁶⁵ Vid. E. LARSEN; S. M. MOSS; I. SKJELSBÆK. *Gender equality and nation branding in the Nordic region*, Taylor & Francis, London and New York, 2021.

⁶⁶ Vid. D. TAMM; I. LUND-ANDERSEN, *The Civil Status of Trans Persons in Denmark in VV.AA., Trans Rights and Wrongs: A Comparative Study of Legal Reform Concerning Trans Persons*, Springer International Publishing, Cham, 2021, pp. 451-462. VV.AA., “Kønsmodificerende kirurgi i Danmark”. *Ugeskrift for Læger*, vol. 182, núm. 6, 2020, pp. 451-462.

En segundo lugar, respecto a los derechos de identidad de género, es legal el cambio de género sin requerir cirugía desde 2015⁶⁷, y no se reconoce el género no binario⁶⁸. Se aprobó la Ley de igualdad de género de 2000, y desde el 1 de enero de 2022 se ha introducido en Dinamarca la prohibición expresa de la discriminación por motivos de identidad de género⁶⁹, expresión de género y características de género⁷⁰. La Ley consolidada de igualdad de género de 2002 (Ley refundida N° 552, de 2 de julio de 2002)⁷¹ tiene como propósito; promover la igualdad de género, incluida la integración igualitaria; la igualdad de influencia y; la igualdad de oportunidades en todas las funciones de la sociedad sobre la base de la igualdad de condición de mujeres y hombres. También es objetivo de la ley contrarrestar la discriminación directa e indirecta por motivos de género, así como el acoso sexual⁷². Se establece la prohibición de la desigualdad de trato por motivos de género (discriminación por razón de sexo)⁷³.

La Ley n° 725 del Registro Central de Personas de 25 de junio de 2014 entró en vigor el 1 de septiembre de 2014, y se aprobó para asignar un nuevo número de seguro social a las personas que se perciban como pertenecientes al otro género⁷⁴. Se establecen modificaciones de la Ley del Registro Central de personas. Así, se añade un art. 6 por el que previa solicitud escrita, el Ministerio de Asuntos Económicos e Interior, asigna un nuevo número de seguro social a la persona que considera que pertenece al otro sexo. Esa asig-

⁶⁷ Vid. C. DIETZ, "Self-declaration of legal gender status in Denmark". *Age*, vol. 18, núm 30, 2018.

⁶⁸ Vid. Los derechos de orientación sexual y de identidad de género en Irlanda. Disponible en: <https://www.equaldex.com/region/denmark> (última visita 22-06-2023).

⁶⁹ Vid, Informe nacional sobre igualdad de género de 2022. Disponible en: <https://www.equalitylaw.eu/downloads/5756-denmark-country-report-gender-equality-2022-1-18-mb> (última visita 22-06-2023).

⁷⁰ Disponible en: <https://iuslaboris.com/insights/new-protection-for-gender-identity-and-expression-in-denmark> (última visita 22-06-2023).

⁷¹ Vid. Lov om ligestilling mellem kønnene (konsolidering) 2002 (Ley consolidada de igualdad de género de 2002 o Ley refundida N° 552, de 2 de julio de 2002). Disponible en: <https://legislationline.org/taxonomy/term/13926> (última visita 22-06-2023).

⁷² Vid. Lov om, cit., parte 1 (Propósito de la ley).

⁷³ Vid. Ibidem, parte 2 (Prohibición de la desigualdad de trato por motivos de género) (discriminación por razón de sexo).

⁷⁴ Vid. L 182 Forslag til lov om ændring af lov om Det Centrale Personregister (Ley por la que se modifica el registro central de las personas de Dinamarca de 2014). Disponible en: https://www.ft.dk/samling/20131/lovforslag/1182/20131_1182_som_vedtaget.htm (última visita 22-06-2023).

nación está sujeta, a que la persona presente una declaración escrita de que la solicitud de ese nuevo número se basa en una experiencia de pertenencia al otro sexo, y que la persona en cuestión, después de un período de reflexión de 6 meses desde el momento de la solicitud, confirme su solicitud por escrito. También es requisito que el interesado haya cumplido 18 años en el momento de la solicitud⁷⁵. Se establece que para las personas que, antes de la entrada en vigor de la ley, de conformidad con las normas anteriormente en vigor; hayan solicitado permiso para llevar un nombre que indique el sexo opuesto; permiso para tener la designación de género X en el pasaporte; o permiso para la reasignación de sexo, se calcula el período mencionado en la segunda oración del párrafo 6 del artículo 3, en la Ley del Registro Central de Personas, insertada por el párrafo 1 del artículo 1 de la ley, a partir de la fecha de presentación de una solicitud a tal efecto. Cuando una persona haya presentado una solicitud para más de una de esas autorizaciones, dicho plazo empezará a contar a partir de la fecha de la primera solicitud⁷⁶.

La Ley n° 1297 del Registro Central de Personas de 3 de septiembre de 2020⁷⁷, dedica su capítulo 2 a los “Números de seguro social y otra información en el CPR”. Establece que, a todos se les debe asignar un nuevo número de seguro social; en caso de que estén registrados en Dinamarca por nacimiento o reubicación desde el extranjero; si participan en el marco de ATP y; en caso de que según las autoridades tenga relación con los procedimientos fiscales en Dinamarca⁷⁸. El Ministerio de Asuntos sociales e Interior, previa solicitud por escrito, asigna un nuevo número de seguridad social a la persona que considera pertenece al otro sexo. Dicha asignación estará sujeta a una declaración escrita de que esa petición corresponde a una experiencia de pertenencia al otro sexo y, deben transcurrir seis meses de periodo de reflexión desde el momento de presentación de la solicitud para poder confirmar su solicitud por escrito. El solicitante debe tener 18 años en el momento de la solicitud⁷⁹. Se reconoce la autodeterminación sexual sin necesidad de cirugía de reasignación.

⁷⁵ Vid. en L 182 Forslag til lov (...), cit. En la sección 3, después de la subsección 5), se inserta el nuevo párrafo que añade el art. 6.

⁷⁶ Vid. Ibídem, § 2 párrafo 2.

⁷⁷ Vid. Bekendtgørelse af lov om Det Centrale Personregister (Ley del Registro Central de Personas de 3 de septiembre de 2020). Disponible en: <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2020/1297> (última visita 22-06-2023).

⁷⁸ Vid. Bekendtgørelse af lov (...), cit., § 3.

⁷⁹ Vid. Ibídem, párrafo 6 del § 3.

La Ley n° 227 de 15 de febrero de 2022, por la que se modifican la Ley de la infancia; la Ley del nombre; otras leyes para agilizar el registro de la maternidad compartida; la determinación de la paternidad transgénero; y, el cambio de nombre para las personas trans, etc⁸⁰, dedica el capítulo 6 bis a los padres y aquellos que han llevado a cabo la reasignación legal de género antes del nacimiento del niño. La Ley n° 227 de 15 de febrero de 2022 (Flexibilidad del registro de la comaternidad, determinación de la paternidad transgénero y cambio de nombre para las personas trans, etc.)⁸¹ en § 8, párrafo 1, prevé que entre en vigor el 15 de febrero de 2022, salvo en el caso de lo previsto en el párrafo 2, que señala que, el ministro de Asuntos Sociales y Personas de Edad determinará la fecha de entrada en vigor de los artículos 1, 3, 5 y 6 de la ley. En § 8, párrafo 3, se establece que algunos artículos no se aplican a los niños nacidos antes de la fecha fijada por el ministro de Asuntos Sociales y de Edad para la entrada en vigor de los artículos 3 y 1. Para estos niños, se aplican las reglas anteriormente vigentes. En § 8, párrafo 4, se establece que, el art. 1, apartado 16, no se aplica si el tratamiento de reproducción asistida o la inseminación se han llevado a cabo antes de la fecha fijada por el ministro de Asuntos Sociales y de Edad Avanzada para la entrada en vigor del apartado 1 del artículo 2. En el § 8, párrafo 5, se señala que el párrafo 1 del art. 24 no se aplicará a la maternidad, la paternidad y la comaternidad establecidas antes de la fecha fijada por el ministro de Asuntos Sociales y de Edad para la entrada en vigor del párrafo 1) del artículo 2.

La Ley del Registro Central de personas de Dinamarca de 2022 (LBK n° 702 de 23 de mayo de 2022)⁸², en cuanto al objeto y administración de la ley (capítulo 1) establece que, el propósito de la ley es garantizar que cualquier persona cubierta por la sección 3 (1), tenga un número de seguro social; que el sistema central de registro civil (CPR) contenga datos personales, sobre cualquier persona que tenga un número de seguro social; que todo registro de población sea en el domicilio en el que viva o resida; y, que la información

⁸⁰ Vid. LOV nr 227 af 15/02/2022 Lov om ændring af børneloven, navneloven og forskellige andre love (Ley n° 227 de 15 de febrero de 2022 por la que se modifican la Ley de la infancia, la Ley del nombre u otras leyes). Disponible en: <https://www.retsinformation.dk/eli/lt/2022/227> (última visita 22-06-2023).

⁸¹ Vid. Ley n° 227 de 15 de febrero de 2022. Disponible en: <https://www.retsinformation.dk/eli/lt/2022/227> (última visita 22-06-2023).

⁸² Vid. Bekendtgørelse af lov om Det Centrale Personregister (Ley de Registro central de personas de 2022), Disponible en: <https://www.retsinformation.dk/eli/lt/2020/> (última visita 22-06-2023).

contenida en el RDC pueda divulgarse de manera adecuada a las autoridades públicas y, a los particulares con un interés legítimo en ello⁸³. En cuanto a los números de seguro social y otra información en el CPR (capítulo 2), se prevé en el capítulo 16, sobre la entrada en vigor de varias normas, como ocurre con la Ley núm. 752 de 25 de junio de 2014, sobre Asignación de nuevo número de seguro social a las personas que se perciben pertenecientes al otro sexo⁸⁴. El número de personas que cambian su sexo legal o buscan atención sanitaria que confirme su género ha aumentado considerablemente, multiplicándose por 10 en los últimos 10 años. Este fuerte aumento exige la asignación de recursos humanos multidisciplinares y la investigación de las causas y los efectos a corto y largo plazo del tratamiento ofrecido⁸⁵.

3.3.2. Islandia

Islandia ocupa el puesto 5 en el ranking ILGA-Europa de países europeos en reconocimiento de derechos LGTBI de orientación sexual e identidad de género. En primer lugar, en cuanto a los derechos de orientación sexual⁸⁶, se reconoce legamente el ejercicio de la homosexualidad desde 1940; el matrimonio igualitario desde 2010; la adopción por homosexuales es legal desde 2006; la discriminación LGTBI es ilegal; la donación de sangre por homosexuales está prohibida exigiéndose un aplazamiento de tres meses desde 2022; y, están prohibidas las terapias de conversión desde 2023.

En segundo lugar, respecto a los derechos de identidad de género⁸⁷ es legal el cambio de género sin requerir cirugía y, se reconoce el género no bi-

⁸³ Vid. Bekendtgørelse af lov (...), cit., § 1.

⁸⁴ La citada ley señala en § 2, párrafo 1 que su entrada en vigor es el 1 de septiembre de 2014 y, en el § 2, párrafo 2, se establece que en el caso de las personas que, antes de la entrada en vigor de la Ley vigente de conformidad con las normas anteriormente vigente, hayan solicitado permiso para llevar a un nombre que indique el sexo opuesto, permiso para incluir la designación del sexo X en el pasaporte o, permiso para castrar con el fin de resignar el sexo, el período mencionado en el art.3 (6) (2) de la Ley sobre el Registro Central de Personas se considerará insertado por el art.1 de esta ley, punto 1, a partir de la fecha de presentación de la solicitud. Cuando una persona haya presentado una solicitud para más de una de esas autorizaciones, dicho plazo empezará a partir de la fecha de la primera solicitud.

⁸⁵ VV.AA., "Gender incongruence in Denmark, a quantitative assessment". *Acta obstetrica et gynecologica Scandinavica*, vol. 100, nº 10, 2021, p. 1804.

⁸⁶ Vid. Los derechos de orientación sexual y de identidad de género en Islandia. Disponible en: <https://www.equaldex.com/region/iceland> (última visita 22-06-2023).

⁸⁷ Vid. I. ERLINGSDÓTTIR. "Trouble in Paradise?. Iceland gender-equality imaginaries, national rebranding and international reification". In VV.AA., *Gender Equality and Nation*

nario⁸⁸, en ambos casos desde 2019. La Ley de autonomía de género N° 80 de 1 de julio de 2019⁸⁹ que ha sido modificada por leyes posteriores, reconoce el derecho de un individuo a definir su género, en función de su edad y madurez, optando por el principio de autonomía y libre desarrollo de la personalidad para determinar su identidad de género (art. 3). En cuanto al cambio de género de los menores de edad, se establece en el art. 4 que los menores de 15 años pueden con ayuda de sus padres o custodios proceder al cambio de género en el Registro, así como el derecho a cambiar el nombre. Si no cuenta con el apoyo de al menos uno de sus padres o tutores, podrá presentar una solicitud a tal efecto ante un comité de expertos de conformidad con el art. 9, y modificar el registro, si el comité de expertos acepta la solicitud. La decisión de cambiar el registro de género de un menor se tomará en el interés superior del menor, y de acuerdo con su voluntad y el desarrollo de la identidad de género. Se permite el registro de género neutral mediante la letra X. Se limita el cambio de género, a una sola vez, salvo razones especiales para lo contrario (art. 7). Se garantiza en el art. 11 la inmunidad física al no permitir alterar permanentemente los genitales, las gónadas u otras características sexuales de una persona de 16 años o más sin su consentimiento por escrito. Se contempla en el art. 11.a que los niños que nazcan con características sexuales atípicas gozan del derecho a la integridad física en relación con sus características sexuales, y tienen derecho a la atención médica más avanzada disponible. En la aplicación de la ley, se respetará su derecho a la libre determinación en asuntos personales.

La Ley N° 154 de 29 de diciembre de 2020⁹⁰ por la que se modifica la Ley de autonomía sexual n° 80/2019 (características sexuales atípicas), en el artículo 2 añade un nuevo punto respecto a las características sexuales atípicas, es decir, las características sexuales que no entran dentro de las definiciones aceptadas de características sexuales como hombre o mujer, incluso en tér-

Branding in the Nordic Region, Routledge, New York, 2021, pp.90-112. Vid. VV.AA., A comparative analysis of gender (...), cit.

⁸⁸ Vid. D. ALAATTINOGLU, Derechos intersexuales en la Ley Islandesa de Autonomía de Género (febrero de 2022). Disponible en SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4252270 (última visita 22-06-2023).

⁸⁹ Vid. Lög um kynrænt sjálfræði (La ley de autonomía de género N° 80 de 1 de julio de 2019). Disponible en: <https://www.althingi.is/lagas/nuna/2019080.html> (última visita 22-06-2023).

⁹⁰ Vid. Lög um breytingu á lögum um kynrænt sjálfræði, nr. 80/2019 (óðæmigerð kynneinkenni) (Ley N° 154 de 29 de diciembre de 2020 por la que se modifica la ley de autonomía sexual n° 80/2019) (características sexuales atípicas). Disponible en: <https://www.althingi.is/al-text/stjt/2020.154>. (última visita 22-06-2023).

minos de función o apariencia. Se añade un nuevo art. 11 bis, sobre los niños que nacen con características sexuales atípicas.

La Ley de Igualdad de Género o Ley sobre la igualdad de condición y la igualdad de derechos independientemente del género n° 150/2020⁹¹ afirma que los términos “hombres” y “mujeres” de la ley también se refieren a las personas transgénero. Islandia con esta legislación pasó a formar parte de los países más avanzados en derechos LGTBI⁹², tanto en orientación sexual como en identidad de género, reconociendo la autodeterminación sexual, pudiendo cambiar de género sin cirugía y, reconociendo el género no binario. La Ley n° 150/2020, señala que el objetivo de esta ley es prevenir la discriminación por motivos de género y, mantener la igualdad de género y la igualdad de oportunidades para ambos sexos en todos los ámbitos de la sociedad. Establece una serie de medios para alcanzarlo en el capítulo 1 y, establece el derecho de un individuo a cambiar su género en el capítulo 2.

Se ha presentado un Proyecto de Ley N° 293 de la Asamblea de 11 de octubre de 2022⁹³, con el objetivo de enmendar diversas leyes para mejorar la situación de las personas segregadas por género (nombres de los padres y pasaportes). Este proyecto modifica, entre otras, la citada ley de 2019. En concreto, en el capítulo II se reforma la Ley de Autonomía sexual N° 80/2019, de manera que el párrafo 2 del artículo 6 de la ley se complementa, añadiendo que se pueden expedir pasaportes adicionales, con arreglo al apartado c) del artículo 11 de la Ley de pasaportes, a las personas inscritas en el Registro Nacional con un género neutro; y, que dichos pasaportes adicionales, pueden independientemente de la inscripción de género en el Registro Nacional, contar con el registro de género decidido por el titular del pasaporte.

Islandia adopta una nueva ley de identidad de género que entró en vigor el 6 de enero de 2021. En la nueva Ley islandesa de Igualdad de Género, el artículo 1 establece que el término “sexo” se refiere a mujeres, hombres

⁹¹ Vid. Act on Equal Status and Equal Rights Irrespective of Gender (Ley sobre la igualdad de condición y de derechos independientemente del sexo de 2021). Disponible en: <https://www.government.is/topics/human-rights-and-equality/#:~:text=The%20Icelandic%20legislation%20on%20gender%20equality%20is%20Act,status%20of%20both%20genders%20everywhere%20in%20the%20community>. (última visita 22-06-2023).

⁹² Disponible en: <https://www.stjornarradid.is/efst-a-baugi/frettir/stok-frett/2019/06/18/Island-i-fremstu-rod-i-malefnum-hinsegin-folks-efstir-samthykkt-lagafrumvarps-forsaetisradherra-a-Althingi/> (última visita 22-06-2023).

⁹³ Disponible en: <https://www.althingi.is/altxt/153/s/0293.html> (última visita 22-06-2023).

y personas registradas oficialmente como de género neutro, reconociendo a los intersexuales⁹⁴.

3.3.3. Finlandia

Finlandia ocupa el puesto 6 en el ranking de ILGA-Europa de países europeos en reconocimiento de derechos LGTBI de orientación sexual e identidad de género⁹⁵. En primer lugar, en cuanto a los derechos de orientación sexual se reconoce legamente el ejercicio de la homosexualidad desde 1971; el matrimonio igualitario desde 2017; la adopción por homosexuales es legal desde 2017; la discriminación LGTB es ilegal desde 2004; la donación de sangre por homosexuales está prohibida exigiéndose un aplazamiento de tres meses desde 2021; y, no están prohibidas las terapias de conversión.

En segundo lugar, respecto a los derechos de identidad de género⁹⁶ es legal el cambio de género sin requerir cirugía⁹⁷ desde 2003 y no se reconoce el género no binario. La Ley 563/2002⁹⁸ sobre la afirmación de género de los transexuales⁹⁹ reconoce la legalidad del cambio de género en Finlandia y, en su sección 1 se exige proporcionar evidencia médica de que la persona siente permanentemente que pertenece al sexo opuesto, que está viviendo

⁹⁴ Y. MESTRE, "The Human Rights Situation of Intersex People: An Analysis of Europe and Latin America", *Social Sciences*, vol. 11, núm. 7, 2022, p. 317. B. RODRÍGUEZ RUÍZ, "Confronting binary foundations: non-binary identities and the edges of rights". *The Age of Human Rights Journal*, vol. 18, 2022, pp. 1-3.

⁹⁵ Vid. Los derechos de orientación sexual y de identidad de género en Finlandia. Disponible en: <https://www.equaldex.com/region/finland> (última visita 23-06-2023).

⁹⁶ Vid. H. KEMPPAINEN. Transsukupuolisten toiminnallisten oikeuksien toteutuminen Suomessa. 2019. V. HUJANEN, Transsukupuolisten ihmisoikeudet Suomessa: Oikeus Olla-kansalaisaloite, mahdolliset lakimuutokset ja niiden vaikutukset. 2022. M. PIHLAJAMAA. Kohti sateenkaariystävällisempää Suomea: Tilanearvio seksuaali-ja sukupuolivähemmistöjen perus-ja ihmisoikeuksien toteutumisesta Suomessa 2021.

⁹⁷ Vid. A. KIISKINEN, Trans sterilization in Finland-Implications of legal gender recognition discourse in Nordic countries. 2019. J. REPO, "Governing juridical sex: Gender recognition and the biopolitics of trans sterilization in Finland". *Politics & Gender*, vol. 15, núm. 1, 2019, pp. 83-106.

⁹⁸ Vid. Lakitransseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta (Ley sobre la afirmación de género de una persona transgénero de 2002). Disponible en: <https://www.finlex.fi/fi/laki/alkup/2002/20020563> (última visita 23-06-2023).

⁹⁹ Vid. un estudio sobre como la legislación finlandesa violó los derechos de las personas transgénero y contribuyó a la cis- y hetenormatividad en la década de 2010. Disponible en: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=8958269&fileId=8960195> (última visita 23-06-2023).

en el rol sexual correspondiente; que ha sido esterilizado¹⁰⁰ o, es infértil de otra manera; que es mayor de edad; que no está casado o en una unión registrada; que es ciudadano finlandés o tiene residencia en Finlandia¹⁰¹; no se requiere cirugía de reasignación¹⁰² para poder proceder al cambio de género; y, no se reconoce el género no binario. En la sección 2 se recoge la excepción a las condiciones señaladas en la sección anterior, si el cónyuge en el caso del casado, o la otra parte en el caso de unión registrada, dan su consentimiento. Confirmada la afiliación al nuevo sexo, el matrimonio se convertirá automáticamente en unión registrada y la unión registrada se convertirá en matrimonio¹⁰³. El sexo establecido en aplicación de esta ley, se considerará el sexo de la persona a los efectos de la aplicación de otras leyes, salvo disposición en contrario¹⁰⁴. Se otorga eficacia al reconocimiento de una decisión extranjera de una persona como perteneciente al sexo opuesto¹⁰⁵.

Se ha aprobado una ley de reconocimiento de género en 2023¹⁰⁶ que suprime los requisitos para que las personas trans se sometan a procedimientos médicos y psiquiátricos invasivos, de modo que ya no se exige la esterilización ni es necesaria la obtención de un informe psiquiátrico para la obtención del reconocimiento legal de género.

3.3.4. Noruega

Noruega ocupa el puesto 9 en el ranking de ILGA-Europa de países europeos en reconocimiento de derechos LGTBI de orientación sexual e identidad de género¹⁰⁷. En primer lugar, en cuanto a los derechos de orientación

¹⁰⁰ Vid. REPO, "Governing juridical sex: Gender recognition (...), cit., pp. 83-106.

¹⁰¹ Vid. Sección 1 sobre condiciones para la certificación (Ley sobre la afirmación de género para una persona transgénero)

¹⁰² Disponible en: <https://www.equaldex.com/region/finland> (última visita 23-06-2023).

¹⁰³ Vid. Lakitransseksuaalin sukupuolen (...), cit., sección n 2.

¹⁰⁴ Vid. Ibidem, sección 5.

¹⁰⁵ Vid. Ibidem, sección 7.

¹⁰⁶ Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/agencias/finlandia-aprueba-su-nueva-ley-trans-que-agiliza-el-cambio-legal-de-sexo-nid01022023/> (última visita 23-06-2023).

¹⁰⁷ Vid. A.V. GRØNNINGSÆTER, A.V., L. ARNESEN, L. "The Civil Status of Trans Persons in Norwegian Law" in VV.AA. *Trans Rights and Wrongs* (...), cit., pp.513-540. F. ROSE HARTLINE, *The (trans) gender equality paradox: Challenging Norway's 2016 law on gender recognition*, Doctoral thesis, 2020. H.P.E. MENES. *Fra 'transseksualisme' til 'kjønnsinkongruens i ungdom og voksen alder': Hva er grunnlaget for diagnoseendringen, og hvordan kan den påvirke tilbudet om kjønnsbekreftende helsehjelp for voksne?*. 2022. Tesis de Maestría. UiT Norges arktiske universitet.

sexual se reconoce legamente el ejercicio de la homosexualidad desde 1972; el matrimonio igualitario desde 2009; la adopción por homosexuales es legal desde 2009; la discriminación LGTBI es ilegal desde 1981; la donación de sangre por homosexuales está prohibida exigiéndose un aplazamiento de un año desde 2017; y, muestra ambigüedad respecto a las terapias de conversión.

En segundo lugar, respecto a los derechos de identidad de género es legal el cambio de género sin requerir cirugía desde 2016 y no se reconoce el género no binario¹⁰⁸. Veamos las leyes noruegas respecto al género. La Ley relativa a la igualdad entre géneros de 2007¹⁰⁹ tiene como propósito promover la igualdad independientemente del género¹¹⁰ (Sección 1 del Capítulo 1). Establece una norma general relativa a la prohibición de la discriminación¹¹¹ (sección 5 del capítulo 2). Se prevé la realización de esfuerzos activos a favor de la igualdad¹¹² (capítulo 3). Se establecen normas complementarias relativas a las relaciones laborales¹¹³ (capítulo 4). La Ley de cambio de género legal o de autodeterminación de género de 2016 reconoce los derechos LGTBI respecto a la igualdad en cuanto a la orientación sexual. La Ley de cambio de género de 2016¹¹⁴ otorga a todos los residentes el derecho a cambiar su género legal sobre la base de la autodeclaración y pone fin a la práctica administrativa anterior, que requería que las personas transgénero se sometieran a una esterilización irreversible para cambiar su estado de género. El objetivo principal de la ley era garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas trans y reconocer las experiencias individuales de identidad de

¹⁰⁸ Vid. Los derechos de orientación sexual y de identidad de género en Noruega. Disponible en: <https://www.equaldex.com/region/norway> (última visita 23-06-2023). F. GARLAND; N. LEM SAMUELSEN; M. TRAVIS, *Law and Intersex in Norway; Challenges and Opportunities*. University of Leeds, 2018. S. MONRO; J. VAN DER ROS, *Non-Binaried Genders: Citizenship and the State in Norway*. 2016. Disponible en: <http://eprints.hud.ac.uk/id/eprint/29778/1/Gender-variant%20citizenship%20and%20the%20state%20in%20Norway.pdf> (última visita 23-06-2023).

¹⁰⁹ Vid. The Act relating to Gender Equality (La Ley relativa a la igualdad entre géneros de 2007). Disponible en: <https://www.regjeringen.no/en/dokumenter/the-act-relating-to-gender-equality-the-/id454568/> (última visita 23-06-2023).

¹¹⁰ Vid. The Act relating (...), cit., sección 1 del capítulo 1.

¹¹¹ Vid. Ibidem, sección 5 del capítulo 2.

¹¹² Vid. Ibidem, capítulo 3.

¹¹³ Vid. Ibidem, capítulo 4.

¹¹⁴ Vid. Lov om endring av juridisk kjønn 2016-06-17-46 (Ley sobre el cambio de género legal de 2016). Disponible en: <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2016-06-17-46> (última visita 23-06-2023).

género. Las personas que residen en Noruega y experimentan la pertenencia al otro género inscrito en el Registro Nacional de Población tienen derecho a que se modifique su género legal¹¹⁵. Se reconoce el cambio de género a las personas que están bajo tutela¹¹⁶. Los niños que han alcanzado la edad de 16 años pueden solicitar ellos mismos un cambio de género legal. Los niños entre 6 y 16 años deben solicitar un cambio de género legal junto con la persona o personas que tienen la responsabilidad parental sobre ellos. Si los padres tienen en común responsabilidad parental, pero la solicitud se presenta solo por uno de ellos, el género legal, aún puede cambiarse si es en el mejor interés del niño. Los cambios de género en menores de 6 años son promovidos por la persona o personas que tienen la responsabilidad parental sobre el niño. Para ello, es necesario que el niño tenga un incierto desarrollo sexual somático, así como la aportación de tal condición por un profesional de la salud¹¹⁷. Las consecuencias jurídicas del cambio legal se refieren a que el género legal se utilizará como base para la aplicación de otras leyes y reglamentos. No obstante, el sexo de nacimiento se utilizará como base, si es necesario establecer la paternidad y la responsabilidad parental. Una persona que cambia su estatus legal de género conserva los derechos y obligaciones derivados de la paternidad, maternidad o co-maternidad¹¹⁸. En cuanto a las enmiendas a otras leyes se establece, que a partir de la entrada en vigor de la ley, se introducen las siguientes modificaciones en la Ley N° 19, de 7 de junio de 2002, relativa a los nombres de personas¹¹⁹: la primera frase del párrafo segundo del artículo 10 se modifica, por lo que las personas mayores de 16 años no pueden cambiar el nombre o apellido más de una vez cada diez años¹²⁰; el artículo 12 se modifica, de modo que las notificaciones de cambio de nombre de los menores de 16 años se realizarán por quienes tienen la responsabilidad parental, y si el niño es mayor de 12 años también debe haber dado su consentimiento¹²¹; y, se reconoce la autodeterminación sexual, pudiendo cambiar de género sin cirugía, pero no se reconoce la sexualidad

¹¹⁵ Vid. Sección 2 Lov om endring av juridisk kjønn (Ley sobre el cambio de sexo legal de 2016).

¹¹⁶ Vid. Ibidem, sección 3.

¹¹⁷ Vid. Ibidem, sección 4.

¹¹⁸ Vid. Ibidem, sección 6.

¹¹⁹ Vid. Ibidem, sección 9.

¹²⁰ Vid. Ibidem, sección 10.

¹²¹ Vid. Ibidem, sección 12.

no binaria¹²², salvo en los intersexuales a los que reconoce. Fue el primer país del mundo en tener un Defensor del Pueblo dedicado a la igualdad de género en 2016.

La Ley de Igualdad y Antidiscriminación de 2018¹²³ tiene como propósito promover la igualdad y prevenir la discriminación por motivos de género, embarazo, licencia relacionada con el parto o la adopción, responsabilidades de cuidado, origen étnico, religión, creencias, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, edad u otras características significativas de una persona¹²⁴. Se prohíbe la discriminación¹²⁵. Las empresas públicas y las empresas privadas centradas en el público en general tienen el deber de garantizar que sus funciones generales tengan un diseño universal¹²⁶. Se prevén esfuerzos activos a favor de la igualdad (capítulo 4) y se establecen disposiciones especiales relativas a las relaciones laborales¹²⁷.

3.3.5. Suecia

Suecia ocupa el puesto 8 en el ranking de ILGA-Europa de países europeos en reconocimiento de derechos LGTBI de orientación sexual e identidad de género¹²⁸. En primer lugar, en cuanto a los derechos de orientación

¹²² Disponible en: <https://www.equaldex.com/region/norway> (última visita 23-06-2023). Vid. F. ROSE HARTLINE. "Assessing Norway's gender recognition act of 2016: Analysing personal experiences of legal gender change". In *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, 2020, pp.193-217. Vid. F. ROSE HARTLINE, "(Trans) gender outlaws? A critical analysis of Norway's 2016 gender self-determination law", *Tijdschrift voor Genderstudies*, vol. 21, núm. 4, 2019, pp. 361-380. Disponible en: <https://www.aup-online.com/content/journals/10.5117/TVGN2018.4.005.HART?crawler=true> (última visita 23-06-2023). Vid. E.K. KRUMSVIK. Gender Affirmative Monopoly: Who is "Trans* Enough" to Receive Gender Affirmative Treatment In Norway?, 2019, 74 pp.

¹²³ Vid. Act relating to equality and a prohibition against discrimination (Equality and Anti-Discrimination Act) (Ley de Igualdad y Antidiscriminación de 2018). Disponible: <https://www.lifeinnorway.net/gender-equality/> (última visita 23-06-2023). Se puede ver el texto de la ley de 2018 en: <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2017-06-16-51> (última visita 23-06-2023).

¹²⁴ Vid. Act realting to (...), cit., sección 1 del capítulo 1.

¹²⁵ Vid. Ibidem, sección 6 del capítulo 2.

¹²⁶ Vid. Ibidem, sección 17 del capítulo 3.

¹²⁷ Vid. Ibidem, capítulo 5.

¹²⁸ Vid. F. ALSTERLIND; L. ANDREASSON. TRANSPERSONERS UPPLEVELSER AV BEMÖTANDE I HÄLSO- OCH SJUKVÅRDEN-En litteraturoversikt. 2023. Disponible en: https://gupea.ub.gu.se/bitstream/handle/2077/75507/HT22_OM5250_FA_LA.pdf?sequence=1&isAllowed=y (última visita 23-06-2023). ÅSELL, Mire. Administrativ enkelhet eller transpersoners rättigheter: En kritisk textanalys av statens hantering av folkbokföringens tekniska begränsningar med

sexual se reconoce legamente el ejercicio de la homosexualidad desde 1944; el matrimonio igualitario es legal desde 2009; la adopción por homosexuales es legal desde 2002; la discriminación LGTB es ilegal desde 2009; la donación de sangre por homosexuales está prohibida exigiéndose un aplazamiento de 6 meses desde 2021; y, no están prohibidas las terapias de conversión.

En segundo lugar, respecto a los derechos de identidad de género es legal el cambio de género sin requerir cirugía¹²⁹ desde 2013 y, no se reconoce el género no binario¹³⁰. Suecia se convirtió en el primer Estado del mundo en adoptar una ley que reconocía el derecho de las personas trans¹³¹ a cambiar de género con la Ley (1972:119)¹³². Desde entonces, han sido varias las ocasiones –2007, 2014, 2021– en que se han propuesto cambios en la legislación sobre la determinación del género en ciertos casos, que abarca tanto a los transexuales como a los intersexuales. Una persona podrá, a petición propia, demostrar que tiene un género distinto del que figura en el registro de población; si ya desde hace mucho tiempo experimenta que pertenece al otro sexo; si ya desde hace algún tiempo se comporta de acuerdo con esta identidad de género; debe asumir que también vivirá en esta identidad de género en el futuro; y, que ha alcanzado la edad de dieciocho años¹³³. Previa solicitud, una persona debe poder demostrar que tiene un género distinto al que figura en el registro de población, si tiene una anomalía congénita en el desarrollo sexual. Se define lo que es un cambio de género, consistente con el desarrollo de la identidad de género, y con la condición corporal del solicitante. Si una solicitud con arreglo al párrafo primero se refiere a alguien que ha cumplido dieciocho años, la solicitud la presenta esta persona. Lo mismo se aplica a cualquier menor de dieciocho años que no esté bajo la cus-

avseende på könsregistrering och behovet av förändring för transpersoner, 2022. Disponible en: <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1679750/FULLTEXT01.pdf> (última visita 23-06-2023).

¹²⁹ Vid. C. DHEJNE, K. ÖBERG K, S. ARVER, M. LANDÉN. "An analysis of all applications for sex reassignment surgery in Sweden, 1960–2010: Prevalence, incidence, and regrets", *Archives of sexual behavior*, vol. 43, 2014, pp. 1535-1545.

¹³⁰ Vid. Los derechos de orientación sexual y de identidad de género en Suecia. Disponible en: <https://www.equaldex.com/region/sweden> (última visita 23-06-2023).

¹³¹ Vid. L. CARLSON, "The Paradox of Trans Law in Sweden" in VV.AA. *Trans Rights and Wrongs (...)*, cit., pp. 541-558.

¹³² Vid. Ley 119 de 21-04-1972 om fastställande av könstillhörighet i vissa fall (Ley 119 de 21-04-1972) sobre la determinación de género en determinados casos). Disponible en: https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-1972119-om-faststallande-av_sfs-1972-119/#overgang (última visita 26-03-2023).

¹³³ Vid. *Ibidem*, Sección 1.

todia de nadie. En otros casos, la solicitud es hecha por el tutor¹³⁴. Sólo podrá concederse una solicitud de declaración con arreglo a las secciones 1 o 2 si el solicitante está registrado en Suecia¹³⁵. Se admiten las decisiones de cambio de género realizadas por autoridades o tribunales extranjeros si se trata de un ciudadano de otro país o residente allí en el momento en que se dictó la sentencia o decisión¹³⁶. En relación con la solicitud de declaración en virtud de los artículos 1 o 2, se puede autorizar que se realicen actuaciones en los genitales con el fin de hacerlos más similares a los del otro sexo¹³⁷. En cuanto a la solicitud de declaración con arreglo a la sección 1, podrá autorizarse la retirada de las gónadas si se cumplen las condiciones de determinación establecidas en el artículo 1, apartado 1, puntos 1 a 4. Una vez se haya estimado una solicitud de declaración con arreglo a las secciones 1 o 2, la persona a la que se refiera la resolución podrá, a petición propia, ser autorizada a retirar las gónadas. Si el solicitante no ha cumplido veintitrés años, el permiso sólo podrá concederse si existen razones excepcionales. La Ley (2012:456)¹³⁸, establece que las solicitudes en virtud de los artículos 1, 2, 4 y 4a son examinadas por la Junta Nacional de Salud y Bienestar. La Ley (2012:456)¹³⁹ señala que, la decisión de la Junta Nacional de Salud y Bienestar en virtud de esta ley puede ser apelada ante el Tribunal Administrativo General y, se requiere autorización para apelar en caso de apelación ante el Tribunal Administrativo de Apelación. La Ley (1995:23)¹⁴⁰ establece que, una persona que haya asumido un cargo en un asunto en virtud de esta ley no podrá revelar sin autorización lo que ha aprendido sobre las circunstancias personales de una persona¹⁴¹. Toda persona que, intencionalmente o por negligencia, realice una intervención en virtud de los artículos 4 o 4 a) contra una persona que no haya recibido permiso para tal intervención, será castigada con una multa o una pena de prisión de no más de seis meses. No se impondrá responsabilidad en virtud de esta disposición si el acto es punible por el Código Penal. La Ley (2012:456)¹⁴² establece que el Gobierno o la autoridad que determine podrá prescribir los requisitos para

¹³⁴ Vid. Ibidem, sección 2.

¹³⁵ Vid. Ibidem, sección 3.

¹³⁶ Vid. Ibidem, sección 3 a.

¹³⁷ Vid. Ibidem, sección 4.

¹³⁸ Vid. Ibidem, sección 4 a.

¹³⁹ Vid. Ibidem, sección 5.

¹⁴⁰ Vid. Ibidem, sección 6.

¹⁴¹ Vid. Ibidem, sección 7.

¹⁴² Vid. Ibidem, sección 8.

la determinación a que se refieren los artículos 1.1)1) a 3) y 2.1)1). La Ley (2012:456) entrará en vigor el 1 de abril de 1995¹⁴³. Las decisiones dictadas antes de la entrada en vigor pueden ser objeto de apelación en virtud de disposiciones más antiguas (Disposiciones transitorias)¹⁴⁴. La Ley (1972:119) sobre la determinación del género, en ciertos casos, abarca tanto a los transexuales como a los intersexuales. Desde 1972 se han ido introduciendo modificaciones en la ley. En 2012, se presentó un proyecto de ley que proponía revisar la Ley de Reconocimiento de Género. El proyecto de ley llevó, a que la ley fuera revisada el 1 de enero de 2013, eliminando el requisito de ciudadanía. Incluso el requisito obsoleto de que el solicitante no estuviese casado se eliminó del texto de la ley. El 10 de enero de 2013, el requisito de esterilización quedó obsoleto debido a una sentencia del Tribunal Administrativo de Apelación de Estocolmo. El requisito también se eliminó de la ley con SFS 2013:405 que entró en vigor el 1 de julio de 2013. Suecia ha dado un giro a su política¹⁴⁵ sobre la transición de género de los niños¹⁴⁶, ya que ha puesto fin oficialmente a la práctica de prescribir bloqueadores de la pubertad y hormonas sexuales cruzadas para menores de 18 años. En otoño de 2018, el gobierno socialdemócrata de Suecia propuso una nueva ley que reduciría la edad mínima para la cirugía de reasignación de sexo de 18 a 15 años, eliminando cualquier necesidad de consentimiento de los padres y permitiría que los niños de tan solo 12 años cambiaran su género legal. En julio de 2022, el gobierno presentó una nueva propuesta de ley al Consejo Legislativo en la que modificó los requisitos de la ley para un cambio legal de género, que en borradores anteriores se habían remitido a un proceso administrativo, para seguir requiriendo un proceso médico simplificado. También incluye un aumento de la edad propuesta en la que el género legal puede cambiarse de los 12 a los 16 años anteriores¹⁴⁷.

¹⁴³ Vid. Ibidem, sección 9.

¹⁴⁴ Vid. Ibidem, Disposiciones transitorias.

¹⁴⁵ Disponible en: <https://www.hayderecho.com/2021/09/22/el-proyecto-de-ley-trans-y-los-nuevos-protocolos-de-suecia-y-finlandia/> (última visita 26-06-2023).

¹⁴⁶ Disponible en: <https://www.heraldo.es/noticias/internacional/2023/02/10/suecia-echa-el-freno-en-los-tratamientos-hormonales-a-menores-transexuales-1630331.html> (última visita 26-06-2023).

¹⁴⁷ Disponible en: <https://genderreport.ca/the-swedish-u-turn-on-gender-transitioning/> (última visita 23-06-2023).

3.4. Los derechos de las personas LGTBI en los países bálticos

3.4.1. Estonia

Estonia ocupa el puesto 25 en el ranking de ILGA-Europa de países europeos en reconocimiento de derechos LGTBI de orientación sexual e identidad de género. En primer lugar, en cuanto a los derechos de orientación sexual se reconoce legamente el ejercicio de la homosexualidad desde 1992; el matrimonio igualitario es legal desde 1993; la adopción por homosexuales es legal desde 2017; la discriminación LGTB es ilegal desde 2009; la donación de sangre por homosexuales está prohibida exigiéndose un aplazamiento de 3 meses desde 2021; y, no están prohibidas las terapias de conversión.

En segundo lugar, respecto a los derechos de identidad de género¹⁴⁸ es legal el cambio de género sin requerir cirugía desde 2002 y no se reconoce el género no binario¹⁴⁹. La Ley de gestión de salud pública de 7 de mayo de 1999 establece los requisitos comunes para los procedimientos médicos para la reasignación de sexo¹⁵⁰. Esa ley que entró en vigor en junio de 2002 permite a las personas transgénero cambiar su género y nombre legal; además, no están obligados a someterse a una cirugía de reasignación de sexo, esterilización o divorcio de su pareja.

La Ley de igualdad de género de 7 de abril de 2004¹⁵¹ tiene por objeto garantizar la igualdad de trato entre mujeres y hombres en virtud de la Constitución de la República de Estonia y promover la igualdad entre mujeres y hombres como uno de los derechos fundamentales y un bien común en todas las esferas de la vida social¹⁵². Define lo que entiende por igualdad de género, como la igualdad de derechos, deberes, oportunidades y responsabilidades de la mujer y el hombre en la vida laboral, la educación y la participación en otras esferas de la vida social¹⁵³. Aborda, tanto la discriminación por razón de sexo¹⁵⁴, como la discriminación en la vida laboral¹⁵⁵. Dedicar el

¹⁴⁸ Vid. M.E. CRANDALL; K. AAVIK. The construction of “gender ideology” in the transnational anti-gender movement: The case of Estonia, Tallinn, 2020, 90 pp.

¹⁴⁹ Vid. Los derechos de orientación sexual y de identidad de género en Estonia. Disponible en: <https://www.equaldex.com/region/estonia> (última visita 24-06-2023).

¹⁵⁰ Disponible en: <https://www.riigiteataja.ee/akt/91001> (última visita 24-06-2023).

¹⁵¹ Vid. Soolise võrdõiguslikkuse seadus (Ley de igualdad de género de 2004). Disponible en: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/530102013038/consolide> (última visita 24-06-2023).

¹⁵² Vid. Soolise (...), cit., §1.

¹⁵³ Vid. Ibídem, §3.

¹⁵⁴ Vid. Ibídem, §5.

¹⁵⁵ Vid. Ibídem, §6.

capítulo 3 a la promoción de la igualdad de género y, el capítulo 4 aporta la solución de controversias relativas a la discriminación por razón de sexo. En el capítulo 5 regula el Comisionado para la igualdad de género y la igualdad de trato. En el capítulo 6 establece las funciones del Ministerio de Asuntos sociales en la aplicación de la Ley sobre la igualdad entre géneros. En el capítulo 7 regula el Consejo para la igualdad de género. La Ley de igualdad de género de 2004¹⁵⁶ ha sido actualizada en 2014¹⁵⁷. En 2018, el gobierno aprobó enmiendas a la Ley de Igualdad de Género que tenían como objetivo reducir la brecha salarial de género y fueron debatidas en el parlamento. La reforma refuerza la obligación de los empleadores de recopilar datos desglosados por género, definiendo el tipo de datos y estableciendo plazos¹⁵⁸.

La Ley de nombres de 15 de diciembre de 2004 que entró en vigor el 31 de marzo de 2005¹⁵⁹ establece una serie de disposiciones generales en el capítulo 1. En el capítulo 2 establece la regulación para dar un nombre personal a un niño. Se puede cambiar de nombre, sin restricción de edad, debido a que el art.15 establece la posibilidad de dar un nuevo nombre personal debido a un cambio en el género de una persona; de modo que, en caso de cambio de sexo de una persona, la oficina del registro civil podrá, previa solicitud escrita de la propia persona, del progenitor de un menor o, del tutor de un menor bajo tutela, dar a la persona un nuevo nombre y cambiarlo por otro, si el género se refleja en el apellido de conformidad con la costumbre nacional de la persona. Al dar un nuevo nombre, se observarán los requisitos y restricciones establecidos en el artículo 7 de la ley¹⁶⁰. El capítulo 3 contempla la posibilidad de dar un nuevo nombre personal, y se dedica a la ordenación de nombres personales en el capítulo 4. Fue el 9 de octubre de 2014, cuando el Riigikogu estonio aprobó por escaso margen un proyecto de ley de género y convirtió a Estonia en el primer país de la región postsoviética que ha legislado el reconocimiento estatal de las uniones entre personas del mismo sexo. La aprobación de esta ley alinea a Estonia más claramente con Finlandia, que

¹⁵⁶ Vid. Soolise võrdõiguslikkuse seadu 2004 (Ley de igualdad de género de 2004). Disponible en: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/530102013038/consolide> (última visita 24-06-2023).

¹⁵⁷ Disponible en: <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/toolkits/gear/legislative-policy-backgrounds/estonia> (última visita 24-06-2023).

¹⁵⁸ Disponible en: <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/countries/estonia> (última visita 24-06-2023).

¹⁵⁹ Vid. Nimeseadus (Ley de nombres de 2004). Disponible en: <https://www.riigiteataja.ee/akt/106032015032?leiaKehitv> (última visita 24-06-2023).

¹⁶⁰ Vid. Ibidem, 15.2.

legalizó las uniones de parejas del mismo sexo en 2002, y que aprobó el matrimonio entre personas del mismo sexo en 2014. Se opusieron a la ley, el grupo denominado “Fundación para la Protección de la Familia y la Tradición” y las autoridades religiosas. A pesar de la minoría de habla rusa que se opone al reconocimiento de esos derechos, la forma en que funciona la política de Estonia presenta características únicas que han permitido a las personas LGTB¹⁶¹ acceder a ese reconocimiento. En particular, la relativa estabilidad del sistema de partidos estonio, que se manifiesta en un menor número de partidos más duraderos, la importancia electoral de los derechos LGTB, y la relevancia electoral de las cuestiones socioeconómicas han contribuido a que los derechos de las personas LGTB no sean un tema de polarización¹⁶². Por último, recientemente se ha modificado la edad de consentimiento sexual que se ha elevado a los 16 años en Estonia en 2022¹⁶³.

3.4.2. Letonia

Letonia ocupa el puesto 37 en el ranking de ILGA-Europa de países europeos en reconocimiento de derechos LGBTI de orientación sexual e identidad de género. En primer lugar, en cuanto a los derechos de orientación sexual se reconoce legamente el ejercicio de la homosexualidad desde 1992; hay cierta ambigüedad sobre el matrimonio igualitario desde 2016; la adopción por homosexuales es legal; la discriminación LGTB es ilegal en algunos contextos desde 2006; la donación de sangre por homosexuales es legal; y, no están prohibidas las terapias de conversión.

En segundo lugar, respecto a los derechos identidad de género, desde junio de 2002, los transexuales pueden cambiar de sexo y de nombre. Además, no están obligados a someterse a cirugía de reasignación de sexo, esterilización o divorcio de su pareja. No hay reconocimiento del género no bina-

¹⁶¹ Vid. K. TIIDENBERG; A-A. ALLASTE, “LGBT activism in Estonia: Identities, enactment and perceptions of LGBT people”, *Sexualities*, vol. 23, núm. 3, 2020, pp. 307-324. L. ROOTS, “Law and Morality: Evolution of LGBT Rights in Estonia, Hungary and Poland: From Communist Past to Current Reality” in *Mapping LGBTQ Spaces and Places: A Changing World*. Springer International Publishing, Cham Cham, 2022. pp. 57-71.

¹⁶² Vid. M. E. PELZ, *Europeanization, national party systems and lesbian, gay, bisexual and transgender rights: the cases of Estonia, Latvia, and Lithuania*. 2016. Thesis, pp. 147-175.

¹⁶³ Disponible en: <https://news.err.ee/1608391448/estonia-greenlights-raising-age-of-sexual-consent-to-16-from-june-2022> (última visita 24-06-2023).

rio¹⁶⁴. La Ley sobre el cambio de nombre, apellido y registro de nacionalidad de 2009¹⁶⁵ establece las razones para cambiar de nombre en su art. 2, señalando que el nombre o apellido puede cambiarse por una persona que sea ciudadano de Letonia; un extranjero; o, a quien se le haya concedido el estatuto de apátrida en la República de Letonia, si ha cumplido 15 años y existe alguna de las siguientes razones: “(...) 6) el género de la persona ha cambiado. (...)”. A pesar de lo dicho, es poco probable que alguien se someta a una operación de cambio de sexo antes de los 18 años, por lo que en la práctica no se cambia el nombre hasta la mayoría de edad. Esta ley de 2009 tiene el objetivo más amplio de proteger a las personas contra la discriminación por motivos de nacionalidad (origen étnico), raza o color de piel, religión u otras creencias, edad, discapacidad u orientación sexual. Establece los principios y la promoción de la igualdad de trato, define las responsabilidades de aplicación, y establece el procedimiento relativo a la solución de controversias relacionadas con la discriminación.

La Ley de registro de documentos del estado civil de 2012, en vigor desde el 1 de enero de 2013¹⁶⁶ establece otras adiciones a la inscripción en el registro de nacimientos en su art. 37¹⁶⁷. La inscripción en el registro de nacimientos se completará, si una persona cambia su número de identidad personal, nacionalidad, registro de nacionalidad o género, así como si un menor cambia su nombre o apellido; si cualquiera de los padres de la persona cambia el número de identidad personal, nacionalidad o registro de nacionalidad; si se dan algunas de estas situaciones, una adopción aprobada, adopción cancelada, inscripción cancelada sobre el padre o la madre de la persona, si los padres han sido conocidos por el buscador, si los padres han sido privados de los derechos de custodia o la entrada relativa al padre ha sido eliminada si se ha hecho de acuerdo con los procedimientos establecidos en el art.58 del Código de Matrimonio y Familia de la LSSR¹⁶⁸. El registro de nacimientos se completará sobre la base de una sentencia judicial, un acto administrativo, un certificado médico u otro documento que certifique la reasignación de

¹⁶⁴ Vid. Los derechos de orientación sexual y de identidad de género en Letonia. Disponible en: <https://www.equaldex.com/region/latvia> (última visita 24-06-2023).

¹⁶⁵ Vid. Vārda, uzvārda un tautības ieraksta maiņas likums (Ley de cambio de nombre, apellidos y nacionalidad de 2009. Disponible en: <https://likumi.lv/doc.php?id=191209> (última visita 24-06-2023).

¹⁶⁶ Vid. Civilstāvokļa aktu reģistrācijas likums (Ley de Registro de Actos del Estado Civil de 2012). Disponible en: <https://likumi.lv/doc.php?id=253442> (última visita 24-06-2023).

¹⁶⁷ Vid. Civilstāvokļa aktu (...), cit., art. 37.

¹⁶⁸ Vid. Ibidem, art. 37.1.

sexo, o una presentación de una persona¹⁶⁹. Este precepto fue modificado por leyes de 9 de febrero de 2017 y de 25 de marzo de 2021. Aunque no ha habido muchas modificaciones legales respecto a las personas LGTB, desde 2005 tras la marcha en defensa de ese colectivo que tuvo lugar en Riga, Letonia se convirtió en el primer país de la UE en aprobar una ley contra la homofobia, en aprobar una enmienda constitucional que prohibía el matrimonio entre personas del mismo sexo, y desde entonces sigue siendo un caso atípico en materia de derechos LGTB. Los partidos políticos y el Saeima letón no ha sido favorables a la promoción de los derechos LGTB. Alguno de los factores de esta política antihomosexual son, la inestabilidad general del sistema y el gran número de partidos diferentes con pocas diferencias ideológicas. La retórica anti-LGBTB utilizada por los políticos letones emplea un amplio espectro de argumentos, como los valores cristianos, los valores morales, los valores familiares y el nacionalismo. La homosexualidad se presenta como una enfermedad, un libertinaje, una conspiración extranjera o una fuente de un desarrollo demográfico negativo. De este modo, la resistencia política a los derechos LGTB ha cuestionado la convergencia con la normativa de la Unión europea sobre estos derechos dejando la cuestión fuera de la agenda política para la mayoría de los cargos electos en Letonia¹⁷⁰. Una ministra del gobierno ha declarado que la igualdad de género en Letonia está regulada en varias leyes sectoriales y que no es necesario adoptar una ley separada de igualdad de género, porque el Plan para la promoción de la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres para 2018-2020¹⁷¹ ya se aprobó en 2020 para mejorar la regulación en este campo¹⁷².

3.4.3. Lituania

Lituania ocupa el puesto 36 en el ranking de ILGA-Europa de países europeos en reconocimiento de derechos LGTBI de orientación sexual e identidad de género. En primer lugar, en cuanto a los derechos de orientación sexual se reconoce legamente el ejercicio de la homosexualidad desde 1993; se reconoce el matrimonio igualitario, pero solo para extranjeros; la adop-

¹⁶⁹ Vid. Ibidem, art. 37.2.

¹⁷⁰ M. E. PELZ, *Europeanization, national party systems* (...), cit., pp. 100-146.

¹⁷¹ Disponible en: <https://likumi.lv/ta/id/300170-par-sieviesu-un-viriesu-vienlidzigu-tiesibu-un-iespeju-veicinasanas-planu-20182020-gadam> (última visita 24-06-2023).

¹⁷² Disponible en: <https://www.delfi.lv/news/national/politics/petravica-atsevisks-dzimumu-lidztiesibas-likums-nav-nepieciesams.d?id=51946001>

ción por homosexuales es legal, pero a nivel individual, no como pareja; la discriminación LGTB es ilegal en algunos contextos desde 2009; la donación de sangre por homosexuales es legal desde 2002; y, no están prohibidas las terapias de conversión.

En segundo lugar, respecto a los derechos de identidad de género, muestra ambigüedad respecto al reconocimiento del cambio de género y sobre el reconocimiento del género no binario¹⁷³. En Lituania no existe un procedimiento regulado para cambiar el género, aunque es técnicamente posible acudir a los tribunales. Se ha producido un avance, ya que el 31 de diciembre de 2021, el ministro de Justicia firmó una orden que introducía, por primera vez, un procedimiento administrativo para que las personas transgénero cambiaran su nombre legal en la oficina del registro civil, previa presentación de pruebas de un diagnóstico de “transexualismo” psiquiátrico. Antes de esto, debido a un vacío legal en la legislación lituana, las personas transgénero solo podían cambiar su nombre legal, junto con el marcador de género y el número de identificación personal, a través de un procedimiento judicial¹⁷⁴. En principio, el cambio de género es con 18 años, pero se reconoce el derecho al reconocimiento de la identidad de género por decisión judicial que puede ejercerse por menores a partir de los 16 años y, con el consentimiento de los padres, a partir de los 14 años¹⁷⁵. En 2010, la primera gran celebración del orgullo que tuvo lugar en Lituania estuvo a punto de no realizarse, ya que hasta dos días antes, no se recibieron los permisos. El Parlamento lituano se ha mostrado especialmente crítico con la homosexualidad y su percepción de afrenta a los valores nacionales lituanos y a los intereses religiosos dominantes en el país. Muchos de los factores que contribuyen a las opiniones negativas hacia la homosexualidad en Letonia también están presentes en Lituania. A pesar de que Lituania tiene una división religiosa más fuerte que los otros dos Estados bálticos, la influencia de la Iglesia católica sobre los cargos políticos es alta. También se alegan razones demográficas, así como que la UE está influyendo para ello, y la inestabilidad del sistema de partidos. Muchos países postcomunistas sólo cumplían superficialmente los reglamentos de la

¹⁷³ Vid. *Los derechos de orientación sexual y de identidad de género en Lituania*. Disponible en: <https://www.equaldex.com/region/lithuania> (última visita 24-06-2023).

¹⁷⁴ Disponible en: <https://www.einnetwork.org/ein-voices/2022/5/2/legal-gender-recognition-in-lithuania-steps-towards-ensuring-respect-for-the-private-life-of-transgender-persons> (última visita 24-06-2023).

¹⁷⁵ Disponible en: <https://www.15min.lt/gyvenimas/naujiena/santykiai/lyties-keitimo-grimasos-lietuvoje-kas-nutiktu-jei-pastotu-translytis-1024-1244538> (última visita 20-06-2023).

UE, sobre todo después de que se aseguraran la adhesión y se eliminaran los requisitos de condicionalidad. Ha habido algunos avances a favor de esos derechos LGTB. Durante la sesión de invierno de 2015 del Seimas, el Partido Liberal presentó una enmienda que legalizaría las uniones civiles entre personas del mismo sexo. Aunque la enmienda fue rechazada, ahora había al menos 9 diputados en el Seimas a favor de los derechos de los homosexuales, frente a los 3 que había anteriormente. El sistema de partidos lituano parece tener muchas similitudes con el de Letonia, caracterizado por un gran número de partidos, coaliciones difíciles de manejar, y una gran inestabilidad del sistema. Hay una reticencia generalizada por parte de los diputados lituanos a abordar los derechos LGTB, mientras que sólo unos pocos parlamentarios se manifiestan públicamente a favor¹⁷⁶.

4. CONCLUSIONES

1) El reconocimiento de los derechos LGTBI ha experimentado un avance en los países estudiados del Norte de Europa, tanto en los derechos de orientación sexual como en los de identidad de género. El TEDH ha elaborado jurisprudencialmente el derecho a la orientación sexual e identidad de género en base al art.8 CEDH por cuya interpretación extensiva ha incluido ambos términos; y, el TJUE que vela por el respeto a los derechos reconocidos por la legislación de la Unión europea frente a las legislaciones de los Estados miembros.

2) Los países nórdicos son los que han alcanzado una mayor protección de los derechos LGTBI, ocupando los primeros puestos en el ranking ILGA-Europa de 2023 sobre los derechos LGTBI. Del total de 49 países del informe, los países nórdicos se posicionan entre los diez primeros. Dinamarca ocupa el puesto 3, Islandia el 5, Finlandia el 6, Suecia el 8 y, Noruega el 9. Algo más alejados en esa lista están Irlanda y Reino Unido que ocupan los puestos 16 y 17 en el informe. Por último, a mayor distancia se sitúan los tres países bálticos que proceden de las exrepúblicas soviéticas que aparecen en los puestos 24 para Estonia, 36 para Lituania y 37 para Letonia.

3) El grado de reconocimiento de los derechos de orientación sexual lo medimos por el reconocimiento de una serie de derechos, entre los que destacamos, el reconocimiento legal del ejercicio de la homosexualidad por todos los países, de la que fue pionera Suecia en 1944, incorporándose el Reino

¹⁷⁶ M. E. PELZ, *Europeanization, national party systems (...)*, cit., pp. 126-146.

Unido en 2000; el reconocimiento del matrimonio igualitario por todos los países, aunque Letonia presenta cierta ambigüedad al respecto desde 2016 y, Lituania solo lo reconoce para extranjeros; la adopción por homosexuales es legal en todos los países, aunque en Lituania solo lo es a nivel individual, no como pareja; la discriminación LGTBI es ilegal en todos los países, aunque Letonia, desde 2006 y Lituania, desde 2009, solo la reconocen en ciertos contextos; la donación de sangre por homosexuales es legal en Reino Unido, Finlandia, Letonia y Lituania; y está prohibida en el resto de países en los que se exigen aplazamientos temporales, que van desde los 3 meses de aplazamiento, a los 6 meses y al año; y, en cuanto a las terapias de conversión, están prohibidas en Reino Unido, Irlanda, Islandia, Finlandia, Suecia, Estonia, Letonia y Lituania; y, muestran ambigüedad sobre su prohibición o no, en los casos de Dinamarca y Noruega.

Nos posicionamos a favor del reconocimiento de los derechos de orientación sexual señalados, y abogamos por una profundización en las cuestiones relativas a la no discriminación en cualquiera de los ámbitos de la vida social; sobre todo en aquellos aspectos en los que aún queda un camino por recorrer para alcanzar la plena igualdad en la libertad.

4) El reconocimiento de los derechos de identidad de género aparecen expresados a través de una serie de derechos, entre los que destacamos los siguientes:

- a) El reconocimiento de cambio de género por autodeterminación personal que reconocen Irlanda, Dinamarca, Islandia, Finlandia y Noruega.
- b) La no necesidad de cirugía de reasignación para poder llevar a cabo el cambio de género en todos los países, salvo en Letonia donde se exige la cirugía y en Lituania donde se muestra ambigüedad al respecto, ya que, aunque es posible legalmente el procedimiento para conseguirlo es arduo.

Nos parece un acierto no exigir cirugía de reasignación de manera que sea la voluntad del individuo la determinante, así como que no se exijan otros requisitos para el cambio de género, como la esterilización, el haber contraído matrimonio, etc.

- c) El reconocimiento del género no binario solo se reconoce en Islandia, desde 2019, permitiendo el registro del género neutral mediante la letra "x". Tras el fallo de la STEDH de 31 de enero de 2023, caso Y

contra Francia¹⁷⁷, sobre el estado civil de las personas intersexuales¹⁷⁸, el TEDH reconoce a los Estados plena libertad para no ir más allá en materia de género, sin que los Estados estén obligados en ningún caso a reconocer en sus legislaciones categorías diferentes del binomio varón-mujer, por lo que no tienen obligación de reconocer el género neutro. Por tanto, será cada Estado el que tome la decisión al respecto.

- d) La edad requerida para el cambio de género es la mayoría de edad de 18 años, en Reino Unido, Irlanda, Dinamarca y Finlandia. En el resto de los países pueden cambiar de género los menores de edad con el consentimiento de padres o tutores; como sucede en Noruega, donde si se tiene el consentimiento parental, se puede cambiar el género legal a partir de los 6 años, y si no se cuenta con el mismo, se puede cambiar el género legal a partir de los 16 años; en Suecia se puede desde los 12 años, aunque hay una intención del legislador de subir esa edad hasta los 16 años; en Estonia se puede cambiar de nombre sin restricción de edad y en caso de menores con el consentimiento paterno; en Letonia se puede cambiar de género desde los 15 años pero en la práctica suelen realizarlo con 18 años; y, en Lituania, en principio el cambio de género es con 18 años, pero se reconoce el derecho al reconocimiento de la identidad de género por decisión judicial que puede ejercerse por menores a partir de los 16 años y, con el consentimiento de los padres, a partir de los 14 años.

Tras el caso Rave del Reino Unido, varios países, como Suecia y Finlandia, están modificando su ley para impedir hormonar a menores de edad. Defendemos la libertad sexual y, por tanto, consideramos que el menor con madurez puede tomar decisiones al respecto. Ahora bien, en interés del menor, no se debe permitir que se tomen decisiones irreversibles hasta que alcance la mayoría de edad; lo que no impide que los 16 años puedan considerarse una edad a partir de la cual el menor pueda tomar decisiones por sí mismo. En ese proceso, mientras sea menor de edad, creemos impres-

¹⁷⁷ Vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Court (Sección quinta), Caso Y contra Francia, de 31 de enero de 2023.

¹⁷⁸ Vid. D. J. GARCÍA LÓPEZ. "La intersexualidad en el discurso médico-jurídico", cit., pp. 54-70.

cindible el acompañamiento de padres o tutores, así como de profesionales de la salud.

- e) Las terapias de conversión no están prohibidas en la mayoría de las legislaciones de los países estudiados y tan solo se prohíben en Islandia desde 2023. Defendemos que se extienda a todos los países su prohibición, ya que lesionan los derechos de libertad de las personas, procediendo a una invasión coactiva sobre la voluntad del individuo.

FERNANDO SANTAMARÍA LAMBÁS
Universidad de Valladolid
Plaza de la Universidad, 1
40005, Segovia
e-mail: fernando.santamaria@uva.es

RECENSIONES

Harold BERTOT TRIANA,
*Estudios sobre jurisprudencia de la Corte Interamericana
de derechos humanos. Cavilaciones al hilo de temas actuales
del sistema interamericano de derechos humanos,*
Biblioteca de Filosofía del Derecho, Ediciones Olejnik,
Santiago de Chile, 2023, 383 pp.

CÁSTOR MIGUEL DIAZ BARRADO
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Palabras clave: sistema interamericano, control de convencionalidad, asilo diplomático, pueblos indígenas, derechos sociales, derechos políticos, reelección indefinida, denuncia Convención

Keywords: Inter-American system, conventionality control, diplomatic asylum, indigenous peoples, social rights, political rights, indefinite re-election, denunciation of the Convention

La obra del Dr. Harold Bertot se elaboró con el propósito de proporcionar al lector iniciado en materia de derechos humanos una versión completa y variada de principales aportaciones conceptuales que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha realizado al hilo de tantos y tantos asuntos que le han sido sometidos y de los que se ha ocupado a lo largo del tiempo. Pero, al mismo tiempo, este trabajo científico persigue enseñar los temas esenciales que son objeto de debate por parte de este tribunal en los últimos tiempos y que definen el quehacer de un órgano tan sobresaliente en el reconocimiento y, sobre todo, la protección de los derechos humanos. En definitiva, el Profesor Bertot Triana ha realizado una obra monográfica original, dotada de alta calidad científica y, singularmente, que está orientada a plasmar y debatir grandes temas contemporáneos en el campo de los derechos humanos y sus eventuales soluciones sobre la base de los postulados judiciales de unos de los órganos más destacados y activos del planeta en el sector de los derechos humanos. Una obra en la que priman las

reflexiones conceptuales y normativas al hilo de problemas actuales y que, con razón, lleva en el subtítulo la expresión “cavilaciones”, lo que demuestra la profundidad y rigor con los que se desarrollan las materias que se abordan. Ahora bien, antes de entrar en el contenido exacto de esta obra, cabe hacer dos precisiones que contribuyen a comprender su naturaleza y alcance.

Por una parte, resalta el Prólogo de Jorge Ernesto Roa, Profesor colombiano y experto en Derechos humanos y Derecho Constitucional quien, de manera sencilla y directa, realiza una presentación del sistema interamericano de derechos humanos y apunta muchas de las cuestiones que encierra este sistema y que le otorgan peculiaridades en su funcionamiento. Las reflexiones del Profesor Roa sobre el diálogo judicial son de verdadero interés y señalan uno de los puntos que debe garantizar todo sistema de protección de los derechos humanos en el plano internacional. Y, también, lo que se esconde en el trasfondo de ese diálogo y que queda referido a la subsidiaridad del sistema interamericano y cómo este carácter determina los rasgos del nuevo constitucionalismo latinoamericano. El prologuista califica la obra de “diálogo serio, informado y analítico sobre ocho temas centrales y actuales de nuestro Sistema Interamericano de Protección de los derechos Humanos” (p. 20). Y, en verdad, la obra del Dr. Bertot Triana, de manera rigurosa, penetra en la médula del sistema y desgrana con habilidad jurídica algunos de sus componentes nucleares.

Por otra parte, el autor dedica un espacio a lo que denomina “palabras introductorias”, lo que le permite introducir al lector en el tema objeto de estudio y también subrayar los lineamientos de su visión sobre el sistema interamericano y la auténtica labor que realiza la Corte IDH en la protección de los derechos fundamentales. La creciente humanización del Derecho internacional y particularmente las dimensión normativa e institucional que ha ido adquiriendo la protección de los derechos humanos destacan como vectores capitales de un sistema que, desde el principio, tiende a conformar uno de los rasgos que definen en la actualidad al ordenamiento jurídico internacional. En esta introducción, el Dr. Bertot Triana facilita al lector los componentes esenciales que perfilan el sistema del Pacto de San José y, asimismo, las características más notables que articulan el quehacer de la Corte IDH. En concreto, se distinguen en estas palabras iniciales: las referencias a las Conferencias internacionales americanas, tantas veces olvidadas por la doctrina científica y que, con toda claridad, entregaron aportes en el campo de los derechos humanos; las alusiones a la capacidad y fuerza normativa de

la Declaración Americana de Derechos humanos, por lo que el autor llega a decir que “la trascendencia de esta Declaración es fundamental en América” (p. 28); y especialmente la caracterización del sistema interamericano que gira en torno a la Convención Americana y los rasgos y perfiles que dibuja la Corte IDH en su manifestación más institucional. En síntesis, el autor traza la perspectiva de un sistema que es subsidiario y complementario y que, a la luz de la tarea de la Corte IDH, eleva normativamente el valor de los derechos humanos en la región americana. Con todo ello, se delimitan los resultados de ocho grandes temas que en la actualidad inquietan a la realidad americana en el sector de los derechos humanos y que se pueden explicitar del siguiente modo:

i) No podrían faltar las pertinentes alusiones a la legitimidad y eficacia del sistema interamericano de derechos humanos (pp. 35 y ss), en cuanto que constituyen los pilares que sustentan el edificio de protección de los derechos humanos en las Américas y, sobre todo, en función de las transformaciones que las decisiones de la Corte IDH están produciendo en los ordenamientos internos de los Estados de la región. Todo ello conduce realmente a una visión estrictamente regional en materia de derechos humanos que se distingue de los enfoques que han acogido otras regiones del planeta. El autor quiere resaltar no solo la labor que realiza la Corte IDH, sino básicamente su papel como un actor que ilumina la situación que reina en el continente americano en el siglo XXI. De ahí que llegue a sostener que “en medio de un tablero político desafiante, este tribunal se ha constituido en un actor de impacto en los últimos años” (p. 36). Y no le falta razón, puesto que el respeto de los derechos humanos se ha convertido en una seña de identidad de las Américas, lo que quedó bien plasmado en la Primera Cumbre, celebrada en Miami en 1994, cuando se hacía balance de los logros y desafíos para la región americana en el siglo XXI.

Sobre estas bases, el autor realiza un exhaustivo y pormenorizado análisis de las cuestiones que otorgan sustancia a la legitimidad y eficacia del sistema interamericano de derechos humanos, examinando y explicando los principales obstáculos y los postulados contradictorios que oscurecen lo que de luminosidad tiene un sistema que se va construyendo básicamente sobre la práctica jurisprudencial. Y le acompaña un relato que incorpora constantemente decisiones de la Corte IDH en los diversos asuntos de los que se ha ocupado. Por si fuera poco, todo ello se hace con una redacción rica en observaciones, comentarios normativos y matices conceptuales de gran valor.

Dos grandes cuestiones son analizadas en el primer punto sometido a debate y que guardan una estrecha relación entre sí: El principio de subsidiaridad y sus dimensiones en el sistema interamericano; y la cuestión de la subsidiariedad en las reparaciones ordenadas por la Corte IDH en el sistema interamericano. A partir de ahí, se edifica un capítulo amplio en el que se estudian asuntos de importancia en el campo de los derechos humanos y decisiones judiciales, particularmente, el planteamiento del “margen de apreciación nacional” y el significado que se le otorga en el sistema interamericano, permitiéndose el autor establecer la comparación con el sistema europeo que emana del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En cualquier caso, el lector debe examinar con mucha atención las precisiones que el Dr. Bertot Trinan realiza sobre el margen de apreciación estatal y sus consecuencias en el sistema de protección de los derechos humanos.

ii) Uno de los temas que ha dado lugar a diversas posiciones doctrinales ha sido el concerniente al control de convencionalidad, al hilo siempre de los postulados que ha defendido la Corte IDH (pp. 121 y ss.). En este caso, el autor de la obra examina con escurpulosidad las dimensiones y alcance del control de convencionalidad. Y, todo ello, sobre la base de los principios rectores en esta materia, a saber, eliminar los obstáculos legislativos y normativos que impidan el cumplimiento de lo previsto en el Pacto de San José; y adoptar nuevas normas para hacer efectivos los derechos que se reconocen en el tratado. El estudio realizado por el Dr. Harold Bertot incide de nuevo en ámbitos que han sido señalados por la doctrina científica, pero al mismo tiempo abre la senda de nuevas reflexiones con base en el conocimiento que demuestra de la jurisprudencia de la Corte IDH. De ahí llega a explicitar las dimensiones básicas del control de convencionalidad, las referidas a un caso particular y las relacionadas con la adecuación de lo establecido en la Convención americana de derechos humanos. Y establece las comparaciones correspondientes con los controles concentrados y difusos de constitucionalidad. Sin embargo, el autor no oculta las críticas que han recibido las interpretaciones del control de convencionalidad por parte de la Corte IDH, y tampoco se arredra a la hora de proponer ordenamientos jurídicos internos más activos en defensa de los derechos reconocidos en el sistema interamericano de derechos humanos. Esto se acompaña con el estudio de las soluciones que ofrecen diversas Constituciones de países de la región y, además, se examina el carácter vinculante de las opiniones consultivas de la Corte IDH en el marco del control de convencionalidad.

iii) La comunidad internacional ha demostrado su incapacidad de asegurar y garantizar el pleno ejercicio de los derechos sociales. Más todavía, los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, y no solo el de alcance universal, se han mostrado insuficientes y limitados para proteger estos derechos en comparación con los derechos civiles y políticos. El déficit de los derechos de contenido social se ha constatado con frecuencia y se explicitó por el entonces Secretario general de las Naciones Unidas, en la Cumbre de Viena de 1993. Sin embargo, el sistema interamericano ha dedicado numerosos esfuerzos, a través de las decisiones de la Corte IDH, para implementar este tipo de derechos y, sobre todo, permitir la justiciabilidad directa y autónoma de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, tal y como son definidos en la jurisprudencia de la Corte IDH. A esta interesante cuestión, le dedica un capítulo el Dr. Bertot Triana, con un análisis atractivo, y enriquecido por multitud de sentencias que se citan a lo largo de la exposición de los argumentos que proporciona el autor (pp. 157 y ss.). Una vez que se reconoce que la Corte IDH ocupa un lugar central en esta materia y en relación con otros tribunales y órganos del planeta que se han ocupado de los derechos sociales, el Profesor Harold Bertot adelanta posiciones en dos campos de especial interés y que han recibido una atención particular por parte de la doctrina: La primera es la concerniente a interpretación del artículo 26 de la Convención americana de derechos humanos sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales acorde con los principios y reglas de interpretación que recoge la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados y, cuya lectura produce el deleite para el lector. La segunda es la relativa a las obligaciones de exigibilidad inmediata que derivan del citado precepto y que, con toda seguridad, van más allá de las posiciones tradicionales en materia de este tipo de derechos. A todo ello, hay que resaltar la importancia que se otorga a los derechos de carácter medioambiental, lo que vincula la labor de la Corte IDH con los principios que inspiran la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible.

iv) He de reconocer que me produce una especial satisfacción la lectura del capítulo dedicado al asilo diplomático, por el significado que un derecho de este tipo tiene en el continente americano y, en especial, en el ámbito latinoamericano (pp. 195 y ss.). El mero hecho de asumir que el asilo diplomático entraría en la categoría de derecho humano, más allá de su plena consagración o de su fracaso como institución, hace que se revitalice el quehacer de la Corte IDH y que todavía sigan existiendo componentes del tradicional

derecho internacional americano. El autor no se limita en este caso a estudiar el asilo diplomático a la luz de los postulados de la Corte IDH, sino que también ilumina los rasgos y perfiles que definen esta institución en América Latina y con carácter general en el campo del Derecho internacional Público. Y, a tal efecto, el Profesor Harold Bertot concluye que “diferentes políticas sobre su aplicación, problemas interpretativos sobre conceptos asociados a ella y un rechazo a su aceptación más allá de las fronteras latinoamericanas, ha puesto en cuestión la mencionada figura en Derecho internacional” (pp. 195-196). Las reflexiones del autor sobre las características políticas y jurídicas del asilo diplomático son verdaderamente interesantes, pero todavía más despiertan la atención los postulados de la Corte IDH en esta materia y los análisis que realiza el autor al efecto. Más allá del reconocimiento o la negación del carácter consuetudinario regional de esta institución, lo provechoso es que la Corte IDH se pronuncia en favor de proteger a personas que estén en situaciones de riesgo, como se plantea en los casos de asilo diplomático y, por ello, se ha de coincidir con el autor en que la Corte IDH prioriza la visión de protección de los derechos humanos frente a la mirada que observa la institución desde la perspectiva de la soberanía.

v) Como era de esperar, uno de los temas que ha ocupado a la Corte IDH ha sido el relativo a la protección de los derechos de los pueblos indígenas (pp. 219 y ss.), precisamente porque actúa en una región en la que estos grupos tienen una notable presencia y, además, es un espacio desde el que siempre se ha reivindicado el ejercicio de los derechos de estos pueblos. La aprobación de normativa regional en esta materia, que implica el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas confirma estas aseveraciones y, además, pone de relieve la voluntad política, que se ha expresado también en Constituciones de los países de la región, de profundizar en el reconocimiento y garantía de estos derechos. La Corte IDH cumple a estos efectos un papel fundamental, sobre todo, porque los pueblos indígenas se ven sometidos con frecuencia a graves atentados a su identidad y por las características que los define como pueblos. Por ello, resalta la importancia que la Corte IDH otorga a conceptos como la diversidad cultural o la multiculturalidad, de tal manera que como lo señala el autor “las características y expresiones propias que singularizan a los pueblos indígenas han sido tomadas en cuenta por la Corte IDH” (p. 226). Los asuntos que más interesan en este campo han sido perfectamente detallados por el Dr. Bertot Triana y se podrían resumir del siguiente modo: En primer lugar, la vinculación entre el Derecho internacional

y el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas y cómo el sistema interamericano hace suyas las concepciones que derivan del Derecho internacional general en esta materia. En segundo lugar, las decisiones jurisprudenciales en el sistema interamericano sobre la propiedad comunal, con una rica y variada sucesión de posiciones judiciales de la Corte IDH. Por último, la siempre atractiva y permanentemente controvertida cuestión relativa a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado, como derecho de los pueblos indígenas, lo que está estrechamente vinculado al derecho a la libre determinación de estos pueblos.

vi) El abandono de la OEA por algunos países de la región y la denuncia de la Convención americana sobre derechos humanos son, con toda seguridad, los principales peligros que se ciernen en términos políticos y jurídicos sobre la permanencia de la solidaridad continental y la propia definición de las Américas. A las consecuencias de estos comportamientos, le dedica el Prof. Harold Bertot un capítulo, realmente sugestivo (pp. 251 y ss.). Todo repercute de manera directa en el campo de los derechos humanos y, sobre todo, debilita el sistema interamericano y la protección y garantía de los derechos fundamentales en el continente. La formulación de preguntas por parte de Colombia en este sentido abrió un camino para la reflexión y favoreció la interpretación “del marco convencional interamericano en materia de denuncia de tratados, y las posibles obligaciones jurídicas sobre derechos que subsistiría para el Estado denunciante” (p. 251). Es innegable que la denuncia de la Convención americana de derechos humanos tiene unos efectos y que la retirada de la OEA produce otros efectos distintos. Más todavía, la retirada de la Convención de derechos humanos no significa necesariamente que el Estado en cuestión queda libre de toda obligación en materia de derechos humanos, sino que subsistirían normas de naturaleza consuetudinaria en este campo.

En cualquier caso, el autor realiza refinadas ponderaciones que le llevan a certeras conclusiones concernientes a las obligaciones de los Estados miembros de la OEA, entre las que se encuentran las siguientes: la obligación de cooperar en la promoción y observancia de los derechos humanos; el deber de emplear medios lícitos para poner fin a violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos; la obligación de abstenerse de la amenaza y uso de la fuerza ante violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos; el deber de brindar protección a los asilados y refugiados en razón de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos; y el deber de

prestar asistencia humanitaria en situaciones de emergencia en materia de derechos humanos. En definitiva, toda una panoplia de obligaciones jurídicas que derivan de los instrumentos capitales que perfilan la Organización regional americana por excelencia y que son interpretadas en la labor que realiza la Corte IDH.

vii) Uno de los temas más específicos que se analizan en la obra del Dr. Bertot Triana y que tiene un marcado carácter técnico es el relativo a la figura del juez penal y el fenómeno de la corrupción política (pp. 279 y ss.). El *Caso Petro Urrego contra Colombia* planteará, desde luego, cuestiones en relación con el funcionamiento del sistema democrático, siendo así que la democracia y los derechos humanos han caminado juntos en todo el proceso de conformación jurídica en el continente americano. El análisis que realiza el Dr. Bertot Triana es bastante minucioso y tiende particularmente a desbrozar la interpretación más correcta en relación con el juez competente en el proceso penal. Para ello, acude a la cita de asuntos anteriores y relevantes en la materia y resulta bastante notable que recuerde y examine las opiniones de los votos concurrentes, de modo exhaustivo. En todo caso, el ejercicio de los derechos políticos debe quedar plenamente garantizado en el espacio americano y los postulados de la Corte IDH en el asunto citado caminan en esa dirección. La Corte IDH subraya la sólida relación entre democracia y derechos humanos y extrae consecuencias jurídicas del vínculo que existe entre ambas realidades.

viii) El último de los interesantes puntos que esboza el autor de esta obra y que también desgrana, siempre al hilo de posiciones jurisprudenciales de la Corte IDH, es el concerniente a la reelección presidencial indefinida en países de América Latina y que ha dado lugar a un airado debate político de mucha intensidad y a candentes discusiones jurídicas (pp. 301 y ss.). La práctica de los Estados de la región en este campo ha brindado la oportunidad de examinar con mayor detalle la legitimidad y legalidad de decisiones políticas que habitualmente responden a la mera voluntad de mantenerse en el poder más allá de los tiempos establecidos constitucionalmente. Lo verdaderamente relevante será que las cuestiones relativas a la reelección presidencial se suscitan en el campo de los derechos humanos y se enfocan estrictamente desde esta perspectiva. El autor lo detalla e insiste sobremanera en la necesidad de no perder de vista este prisma, lo que conduce a pensar si la reelección es un derecho humano fundamental, protegido por la Convención americana de derechos humanos. La respuesta no solo será útil y valiosa en

el contexto del sistema interamericano de los derechos humanos, sino que redundante de manera más amplia en beneficio del Derecho internacional de los derechos humanos. Con ello, se advierte la contribución de la Corte IDH a la conformación de la totalidad del Derecho internacional que se encarga de las cuestiones relativas a los derechos humanos. Desde luego, a decir de la Corte IDH, “la reelección presidencial indefinida no constituye un derecho autónomo protegido por la Convención Americana ni por el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos” (p. 307).

En definitiva, el lector encontrará aquí una obra de gran calidad científica y con rigor científico que de manera ordenada y sistemática ha ido agrupando temas de discusión y debate en el seno del sistema interamericano de derechos humanos y, en particular, que ha sido objeto de decisiones por la Corte IDH que, al hilo de diversas y variadas sentencias y opiniones consultivas, lleva a cabo interpretaciones en la línea de la protección de los derechos humanos en el continente. Con frecuencia, se critica la conducta de esta Corte en cuanto hace gala de un profundo y visible activismo jurídico, constituyéndose muchas veces en un legislador en materia de derechos humanos. Los análisis que realiza el Profesor Harold Bertot ponen de manifiesto que el comportamiento de este sobresaliente órgano judicial de alcance regional debe ser juzgado con base en otros parámetros y que, con seguridad, destacan sus importantes contribuciones al Derecho internacional de los derechos humanos. Lo realmente importante es que los postulados de la Corte IDH en todos los temas analizados por el autor abren el camino a la esperanza en materia de derechos humanos, como los versos del poeta chileno Vicente Huidobro cuando expresó: “Era hermosa en sus horizontes de huesos/ Con su camisa ardiente y sus miradas de árbol fatigado/ Como el cielo a caballo sobre las palomas”.

CÁSTOR MIGUEL DÍAZ BARRADO
 Universidad Rey Juan Carlos de Madrid
 e-mail: castordiaz1@gmail.com

Corrado DEL BÒ,
La giustizia. Un'introduzione filosofica,
Carocci editore, Roma, 2022, 143 pp.

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: justicia, moral, derechos, atribución, corrección
Keywords: justice, morality, rights, allocation, correction

SOBRE LA DIFÍCIL CONCEPTUALIZACIÓN DE LA JUSTICIA. EN TORNO A UN LIBRO DE CORRADO DEL BÒ

Podría parecer paradójico que, desde las propias filas de la filosofía del Derecho, se reconozca la dificultad de la reflexión sobre la justicia. En efecto, al menos en el ámbito jurídico, la filosofía del Derecho constituye el sector cuyas preocupaciones son más próximas al problema y al concepto de la justicia. No hace falta recurrir a la caracterización bobbiana de la filosofía del Derecho para ser bien consciente de ello. En la evaluación axiológica del Derecho la justicia se presenta como la virtud por definición.

Pero, posiblemente, con la noción de justicia, ocurre como con otros conceptos con los que se trabaja desde el ámbito de la filosofía del Derecho, de la moral o de la política. Así, estamos ante un concepto al que acompaña una densidad emotiva muy relevante, dificultando su comprensión y la consecución de un acuerdo en relación con su significado y con sus exigencias. A ello hay que añadir el hecho de su indeterminación: estamos ante un concepto cuyo significado va a depender de los contenidos que se incluyan en la idea de justicia o en la teoría que se mantenga al respecto. Por otra parte, no parece discutible afirmar que el de justicia es un concepto que puede reunir las características que Gallie atribuía a los conceptos esencialmente controvertidos¹. Y, al

¹ Vid. W.B. GALLIE, "Essentially Contested Concepts", *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56, 1955-56, pp. 167-198.

mismo tiempo, puede considerarse una de esas “palabras éticas densas” de las que nos habla Putnam haciendo referencia a conceptos que representan tanto una dimensión descriptiva como normativa²: afirmar que un concepto ético es denso supone reconocer que cuando se utiliza no sólo se está describiendo un determinado comportamiento sino que, además, se está expresando una valoración positiva de ese comportamiento, que se considera digno de elogio. Así, cuando se señala que alguien es justo no sólo nos estamos refiriendo a los comportamientos que lleva a cabo, sino que al mismo tiempo estamos reconociendo que esos comportamientos merecen un juicio moral positivo.

Todo lo anterior, explica la dificultad del discurso sobre la justicia, que no se reduce por el hecho de que algunas de sus declinaciones contemporáneas estén ya en el libro V de la *Ética a Nicómaco* aristotélica. Por eso, es plenamente justificado reconocer el mérito de una propuesta como la que presenta Corrado del Bò. Y, por cierto, la alusión al reconocimiento del mérito tiene todo el sentido en el marco de la reflexión sobre la justicia del profesor de Bérghamo.

No es mi intención hacer alusión a todas y cada una de las cuestiones que, explícita o implícitamente, se contienen en el libro. Me concentraré en lo que considero algunas incitaciones a la reflexión en un esfuerzo de concentración que corre el riesgo de no hacer justicia al libro. Por otra parte, de la contención en la extensión que se aprecia en el libro de Corrado del Bò –contención que, abordando el tema de la justicia, también debe ser reconocida en su complejidad– no debe derivarse conclusión alguna en relación con la superficialidad de su discurso.

Y es que la opción metodológica que asume Corrado del Bò le plantea mayores dificultades y exigencias, desde el momento en que, ya desde el comienzo del libro, reconoce que su intención no es exponer una descripción de las teorías de la justicia, sino, más bien, abordar la idea de justicia. Otra posibilidad hubiera sido la de proceder a una identificación de las teorías en la justicia más relevantes –en términos históricos o contemporáneos– y desarrollar una exposición (no exenta de análisis crítico) de los rasgos principales de las mismas³. Pero, por el contrario, emprende una construcción concep-

² Vid. H. PUTNAM, *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, Paidós, Barcelona, 2004, en especial pp. 49-59.

³ Un ejemplo al respecto es el de R. GARGARELLA, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós, Barcelona, 1999.

tual de la idea de justicia, lo cual constituye una empresa diferente. Y lo hace mostrando el lugar de la justicia en el discurso jurídico, político y moral.

En efecto, el lugar de la justicia es el de la ética, el Derecho y la política. Y la distinta posición que la justicia ocupa en esos ámbitos –no desconectados entre sí– se muestra en el libro. En todos los casos, la justicia muestra su esencial dimensión normativa tanto en su aplicación a las acciones como en su aplicación a los agentes (p. 18). En ambos casos la justicia se presenta como un estándar normativo. Pero de ello no debería derivarse, en mi opinión, que estemos ante dos dimensiones independientes, ya que en realidad podríamos afirmar que las acciones siempre son acciones de los agentes.

En realidad, estamos en presencia de un libro que va más allá de una reflexión sobre el concepto de justicia. Posiblemente, esta es una consecuencia del lugar nuclear que el concepto ocupa en el discurso moral y jurídico. Por eso, tiene todo el sentido comenzar la reflexión, como se hace en el libro, a partir de la problematización de la localización de la justicia en el ámbito de la moral y del Derecho. Es aquí, pero no solo aquí, donde es obligatorio abordar cuestiones centrales de la teoría del Derecho y de la filosofía del Derecho.

En efecto, el punto de partida está constituido por la afirmación de que, si bien no toda cuestión moral se refiere a la justicia, toda cuestión de justicia se refiere a la moral. El ámbito de la moral muestra una amplitud mayor que el ámbito de la justicia y por eso no todos los comportamientos inmorales son injustos, mientras que todos los comportamientos injustos son inmorales. Es evidente que asumir este punto de partida obliga a abordar el problema de la caracterización del discurso moral a partir de una serie de distinciones que, por ser clásicas, no dejan de ser relevantes: ética práctica/metaética; ética individual/ética pública; ética general/ética profesional; teorías consecuencialistas/teorías deontológicas; moralidad positiva/moralidad crítica. Y al mismo tiempo obliga abordar problemas que, pertenecientes al ámbito moral, aparecen a la hora de identificar los contenidos en la justicia. Entre estos sobresale, no solo por su relevancia teórica sino también por sus consecuencias prácticas, el del relativismo moral.

En este punto las tres afirmaciones de Corrado del Bò me parecen completamente compartibles (pp. 31 y 32). Así, en primer lugar, el relativismo moral desconocería la existencia de “elementos de continuidad” en todas las sociedades; además, la funcionalidad de los planteamientos relativistas a la hora de evitar una afirmación absoluta de puntos de vista morales no debe desembocar en una sublimación del contexto particular que conduce a

afirmar que todo es justificable; en fin, el relativismo no debe desconocer la posibilidad de que los discursos morales prevalentes en el interior del grupo puedan ser expresión de una estrategia de dominio (qué es precisamente lo que se pretende evitar reivindicando la relevancia moral de la peculiaridad cultural, por ejemplo). Es precisamente en este punto donde es interesante constatar la doble relación que el relativismo establece con el pluralismo. Así, por una parte, se puede afirmar que, de alguna manera, el relativismo se nutre del pluralismo desde el momento en que constatamos que sin pluralismo no es posible reconocer un espacio al relativismo. Pero, por otra parte, el relativismo corre el riesgo de suprimir la pluralidad interna del grupo, presentándose como monolítico.

Y de la misma manera que la reflexión sobre la justicia invita a abordar algunos desafíos a los que se enfrenta el discurso moral, también es un escenario óptimo para abordar cuestiones principales en su relación con el Derecho. En efecto, existe un paralelismo entre la relación entre Derecho y justicia, de un lado, y Derecho y moral, de otro. A partir de un específico énfasis en la distinción hartiana entre separación y separabilidad (p. 38), se reconoce que el Derecho no puede ser neutral respecto a la justicia (p. 37), de la misma manera que no puede serlo respecto a la moral. Para Corrado del Bò el carácter contingente no debe predicarse de la relación entre el Derecho y la justicia, sino de la relación entre un específico sistema jurídico y la justicia. El referido paralelismo es compatible con el reconocimiento de una diferencia: en el caso de la relación entre el Derecho y la moral, a la hora de establecer la separabilidad, no se hace referencia a un específico Derecho sino a una específica moral: lo que es contingente es la presencia en el Derecho de los contenidos de una moral en particular. Mientras que Corrado del Bò se refiere a la contingencia de la relación entre un específico sistema jurídico y la justicia (genéricamente considerada) (p. 37).

En este orden de cosas, es bien ilustrativa la afirmación según la cual “è il valore della giustizia ciò che fa girare la macchina del diritto” (p. 37). Pero esta capacidad movilizadora de la justicia (y de la moral) nosolo es consecuencia de que el Derecho aspire a la justicia (aspiración que se reconoce en el libro, p. 37), sino también del hecho mismo de que el Derecho tiene una vocación, que justifica su existencia, de contribuir de constituir un sistema de ordenación y regulación de las conductas. Dicha ordenación implica necesariamente valorar. Y esa valoración, al mismo tiempo, supone asumir referencias normativas que constituyen el contenido de la justicia (o de la moral que

consideramos correcta). Si bien, la tesis de la separabilidad obliga a reconocer que esas referencias normativas no siempre tienen que ser merecedoras de una valoración moral positiva. La moral del Derecho, aquella reflejada en sus normas, no siempre es la correcta. A partir de aquí la reflexión se puede extender hacia la distinción entre el concepto de Derecho y el modelo de Derecho; y también hacia el problema de la tensión, propia de la filosofía del Derecho, entre el contenido de su propuesta general y su aplicabilidad a la experiencia jurídica concreta. Pero estas cuestiones, siendo importantes, exceden de la finalidad de estas líneas. Si las traigo a colación es para mostrar la multitud de cuestiones “colaterales” que derivan del discurso desarrollado por Corrado del Bò.

En su exposición sobre el núcleo conceptual de la idea de justicia, Corrado del Bò, reivindica la inclusión de la dimensión no comparativa en dicha idea. Así, podemos identificar dos dimensiones: la comparativa y la no comparativa. De ello se deriva una ventaja, bien apreciada por el propio autor: la conexión entre justicia y derechos: “La giustizia si trova dove sono in gioco dei diritti” (p. 71). Se muestra así que el léxico de la igualdad, vinculado a la justicia comparativa, convive con el de los derechos, vinculado a la justicia no comparativa.

En este punto es interesante señalar la consideración que se hace de los derechos subjetivos, puesto que en ocasiones el concepto parece abarcar a los derechos morales y a los derechos jurídicos, mientras que en otras ocasiones parecería no ser así. En efecto, cuando se toma como referencia la propuesta de Mill (p. 67) parece identificarse el derecho subjetivo con el derecho moral. Después de señalar que entiende Mill por justicia (lo que se puede pretender si se tiene un derecho moral), concluye: “L’idea di giustizia si collega dunque all’idea di *diritto soggettivo*, nel senso che una rivendicazione di giustizia si esprime in termini di diritti e la violazione di un diritto diventa la forma paradigmatica di ingiustizia” (67). Pero más adelante reconoce que el restablecimiento de la justicia va a depender de que los derechos violados sean jurídicamente reconocidos o sean derechos morales (p. 69). Si bien, esa diferenciación parece que deja de ser importante más adelante: “... siamo in presenza di una questione di giustizia –e non semplicemente di una questione morale più generale– ogni volta che c’è di mezzo un diritto (soggettivo) riconosciuto come tale da una regola giuridica o morale e che richiede tutela...” (p. 73).

Pues bien, más allá de la relevancia de la institucionalización jurídica de los derechos, a la hora de determinar las consecuencias de la injusticia, y las

exigibilidades derivadas, me parece que lo importante a la hora de señalar el núcleo conceptual de la justicia, que es el ámbito en el que estamos, es que sean los derechos los que están en juego. Eso permite afirmar, al abordar el problema de los criterios de justicia, que no todas las cuestiones de justificación son cuestiones de justicia (p. 79): solo son aquellas en las que alguien tiene un derecho.

Además, incluir el discurso de los derechos en relación con los contenidos de la justicia, permite reconocer la relevancia de la libertad que, junto a la igualdad, constituye un elemento esencial de la misma. Las distintas teorías de la justicia pueden enfatizar más o menos el peso relativo de ambos valores, pero lo cierto es que una propuesta al respecto que desconozca la importancia de alguno de ellos parecería difícilmente reconocible como una teoría de la justicia aceptable. Desde el momento en que, junto a la dignidad, la igualdad y la libertad son valores fundamentales en los derechos, hablar de derechos (y de justicia) implica hablar, no solo de igualdad, sino también de libertad.

Pero la relación entre justicia y derechos puede tener otra declinación. Es aquí donde la justicia presenta su dimensión política. Y es que entre la idea de justicia y la de Derechos puede establecerse una relación instrumental. Me refiero al hecho de que organizar un conjunto social, de acuerdo con las exigencias y la justicia implica implementar un sistema de derechos mediante el reconocimiento de titularidades y de mecanismos de protección y garantía.

La conexión entre justicia y derechos contribuye a delimitar, por tanto, “la regione della giustizia” (p.74). Corrado del Bò es explícito a la hora de delimitar este ámbito. En efecto, afirma que “in senso proprio, questioni di giustizia sorgono solamente in relazione a qualche tipo di responsabilità umana” (p. 74). La identificación del ámbito de la justicia con la actividad humana y con la responsabilidad derivada de dicha actividad es coherente con la relación, ya anteriormente señalada, que se establece entre la justicia, la moral y el Derecho. En estos casos nos desenvolvemos en el ámbito de lo humano. Pero, regresando a los derechos, debemos ser conscientes de que la extensión contemporánea del discurso de los derechos más allá de lo humano puede obligar a la reformulación de los confines de esa región de la justicia. En efecto, hoy asistimos a una proliferación del discurso de los derechos que se manifiestan, al menos, en dos direcciones: una referida a los contenidos y otra referida a las titularidades. Y ambas presentan un diferente nivel de problematicidad. La extensión en los contenidos de los derechos, en el

número de derechos que se reivindican y exigen, tiene que ver con el hecho de que el “prestigio” de los derechos (y la intensidad de su protección institucionalizada) invita a que las reivindicaciones que se consideran relevantes y merecedora de reconocimiento y protección se presenten en forma de derechos. En todo caso esta extensión es expresión de la vocación expansiva de la ética y del aumento de la sensibilidad hacia las pretensiones morales, y también hacia el sufrimiento ajeno, como nos ha recordado Richard Rorty⁴. Más problemática parece la segunda extensión, que implica incluir en el discurso de los derechos realidades diferentes a lo humano; pensemos en el reconocimiento de derechos a los animales, a determinados entornos naturales, e incluso a los robots. Más allá de la complejidad de esta extensión, en términos de técnica jurídica, la cuestión que surge a partir de la vinculación de la región de la justicia con lo humano y con los derechos es la de saber si nos vemos obligados a extender también los límites de esa región de la justicia de la que nos habla Corrado del Bò. Este es un problema que no se aborda directamente en el libro pero que, me temo, puede acabar planteándose en un futuro no muy lejano, que en ocasiones parece constituirse como nuestro presente.

En todo caso, y regresando al ámbito de lo humano, lo cierto es que la cuestión de la justificación de los criterios de acuerdo con los cuales se toman las decisiones, que pueden ser consideradas como justas, o injustas, presenta una relevancia esencial. Como ocurre, por otra parte, con las decisiones que adoptamos en relación con la igualdad y con el reconocimiento de la relevancia de determinadas diferencias. Resolver adecuadamente el problema justificatorio puede ser una buena estrategia a la hora de hacer frente a los discursos que presentan la justicia como algo sospechoso⁵. Corrado del Bò aborda el problema de las funciones del recurso a la justicia y a partir del ejemplo de Trasimaco (que se utiliza para exponer como los argumentos referidos a la justicia pueden utilizarse para apoyar o legitimar al gobernante de turno) diferencia esas funciones del concepto de justicia. Así el recurso al “lessico della giustizia” (p. 86) no tiene por qué ir en la misma dirección de los objetivos reales, perseguidos por la acción política.

⁴ Vid. R. RORTY, “Human Rights, Rationality and Sentimentality” en S. SHUTE, S. HURLEY (eds.), *On Human Rights. The Oxford Amnesty Lectures*, Basic Books, 1993, pp. 111-134.

⁵ Por cierto, y si sirve de consuelo, el carácter sospechoso no se predica en exclusiva de la justicia. Victoria CAMPS se ha referido a la solidaridad como una virtud sospechosa, en cuanto virtud de los pobres y de los oprimidos, en *Virtudes públicas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1990, p. 36.

En este punto es interesante recordar que de algún modo se está reproduciendo el mismo esquema que permite explicar las distintas funciones del recurso al Derecho natural a lo largo de la historia. Recordemos que autores como Alessandro Passerin D'Entreves⁶ han señalado que a lo largo de la historia la introducción en el discurso político de argumentos referidos al Derecho natural, ha desempeñado dos funciones bien diferentes: una progresista, mediante la cual se ha pretendido transformar la realidad, a partir de la crítica y de la denuncia de la contradicción, entre las exigencias del Derecho natural y la conformación de esa realidad; y otra conservadora, de acuerdo con la cual presentar la realidad (en este caso, la acción del gobernante) como legitimada por el Derecho natural ha sido una razón suficiente para consolidarla y para desacreditar, por tanto, los intentos de superación y de transformación. Me parece que el paralelismo entre las funciones, el uso espurio del léxico de la justicia y la función conservadora del recurso al Derecho natural es evidente. Y, en todo caso, esta retórica de la justicia puede oscurecer la capacidad de la justicia (fruto de una adecuada conceptualización como la que se contiene en el libro) de fungir, como garantía de la convivencia y de la cooperación social, olvidando su “funzione virtuosa” (p. 88). Y es que la justicia, como ocurre con los conceptos dotados de una importante carga emotiva y de un alto grado de indeterminación, y que además desempeñan un papel relevante a la hora de decidir sobre la mejor ordenación de las relaciones humanas sociales, no escapa a la peligrosa posibilidad de las distorsiones ideológicas (p. 90).

En la labor de conceptualización de la justicia, Corrado del Bò identifica dos dinámicas: la justicia puede consistir en atribuir y/o en corregir. Esta distinción, expresión de un esfuerzo analítico, permite abordar el problema de las distintas estrategias de la justicia. En efecto, dichas estrategias operan de distinta manera en el caso de la justicia asignativa (*allocativa*), distributiva o connotativa. O en el caso de la justicia rectificadora, retributiva o de transición. En el libro se es bien consciente de las dificultades que se presentan a la hora de implementar estas distintas estrategias, proponiendo un análisis realista de las distintas posibilidades; realismo que es especialmente significativo en el tratamiento de los desafíos de la justicia transicional (p. 129). La distinción entre estas dos dinámicas, la atribución y la corrección, permite constatar la distinta relación de la justicia con el pasado y con el futuro. En

⁶ Vid. A. PASSERIN D'ENTREVES, *La dottrina del diritto naturale*, trad. di V. Frosini, Edizioni di Comunità, Milano, 1962.

efecto, la atribución supone un dar *ex novo*, estableciendo de alguna manera, una situación que permite abordar el futuro; mientras que la corrección supone recuperar una situación anterior, cuya alteración en el pasado ha generado una injusticia. No obstante, todas las estrategias de la justicia parecen combinar mirada al pasado con proyección de futuro: tanto la atribución o la distribución, como la corrección, suponen la toma en consideración de una situación ya acaecida que no se quiere repetir como de una situación que se quiere proponer para el futuro.

En todo caso, entre las múltiples invitaciones a la reflexión que se pueden apreciar en la conceptualización de la justicia que propone Corrado del Bò, hay tres que merecen ser reseñadas: en primer lugar, el hecho de que la opción por una u otra estrategia de justicia es expresión de una decisión humana, política en todo caso. No hay tipos de justicia, naturalmente más apreciables, más justos si se quiere, que otros. Su operatividad va a depender del tipo de sociedad que se quiere articular. En segundo lugar, la lucha por la justicia implica considerar todas las posibles estrategias como complementarias; complementariedad de la que se deriva un recíproco efecto correctivo. En tercer lugar, y retomo la observación de Corrado del Bò, en las últimas líneas del libro, no es posible imaginar una justicia completa. O, más bien, sí es posible imaginarla. Eso es lo que podemos hacer con la justicia, al igual que hacemos con los derechos: imaginarla en toda su plenitud. Pero tenemos que ser conscientes de que el día que ya no tengamos que imaginarla y nos podamos limitar a constatarla, la alusión a la justicia habrá perdido su potencial transformador; la justicia habrá dejado de ser un problema, un desafío, y ya no será necesario escribir un libro como el Corrado del Bò.

FRANCISCO JAVIER ANSUATEGUI ROIG
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: javofil@der-pu.uc3m.es

Thomas CASADEI - Gianfrancesco ZANETTI,
Manual de Filosofía del Derecho. Figuras, categorías, contextos,
Prefacio y traducción de Fernando H. Llano Alonso,
Madrid, Tecnos, 2023, 504 pp.

RAFAEL RAMIS BARCELÓ
Universitat de les Illes Balears

Palabras clave: Filosofía del derecho, historia, pensamiento contemporáneo, estudios culturales
Keywords: Philosophy of Law, History, contemporary thought, cultural studies

Acaba de publicarse la traducción del manual de Filosofía del derecho de Thomas Casadei y Gianfrancesco Zanetti, catedráticos de la Universidad de Módena-Reggio Emilia, gracias al buen hacer de Fernando H. Llano Alonso, catedrático de la Universidad de Sevilla, siempre atento al pensamiento jurídico italiano. Es una buena noticia que la bibliografía iusfilosófica en español se enriquezca con nuevos materiales, especialmente en un momento de gran transformación cultural, cuando los planes de estudios y las formas de enseñanza en bachillerato y en la universidad han empezado a cambiar de forma acelerada.

Los venerables manuales de filosofía del derecho (y no digamos los de historia del pensamiento jurídico) de otros tiempos son ya demasiado difíciles para unos estudiantes con muy escaso bagaje cultural, algo que incluso se manifiesta en Italia, la guardiana de las esencias en tantos saberes humanísticos. La desaparición de los fundamentos filosóficos, filológico-literarios, históricos... obliga a los docentes a presentar los materiales en un lenguaje mucho más acotado, pensado para alumnos que, en su gran mayoría, leen poco y que tienen un vocabulario y una sensibilidad histórica muy restringidos.

Asimismo, las nuevas ideas de los estudios culturales, sobre minorías étnicas, feminismo, colonialismo, multiculturalismo... así como los discursos

sobre la violencia, las desigualdades, el totalitarismo y la esclavitud se abren paso de forma ineluctable como nuevo paradigma desde el cual enfocar la historia. Thomas Casadei y Gianfrancesco Zanetti hacen el esfuerzo de adaptar el estudio de la filosofía jurídica a esta nueva realidad, que es la que se impone no solo en muchos planes de estudio, sino también en los medios de comunicación.

Así como en los años ochenta del siglo pasado había una visión que propendía hacia la filosofía analítica, y se proponía estudiar el pensamiento jurídico a partir de problemas, el cambio epistemológico operado a nivel global en los últimos decenios debía tener su reflejo en el estudio de la filosofía jurídica, y los autores han decidido escribir un manual que sea un testimonio de las actuales tendencias. Conserva, eso sí, algunos clichés de la filosofía analítica que han quedado indefectiblemente ligados a la actual iusfilosofía (como la omnipresente “ley de Hume”). Este sería el primer rasgo de la obra que presentamos.

El segundo es su capacidad de adaptarse pedagógicamente a un público de muy exigua formación y con unos esquemas mentales más rígidos y menos historicistas. En efecto, el estudiante de nuestros tiempos ha cambiado los dogmas de fe del cristianismo o del marxismo por otros no menos estrictos, aplicados *erga omnes*, con los que revisa implacablemente la historia. Los manuales de antaño se revelan hoy como auténticas montañas inalcanzables, llenas de conceptos complejos, de lógica, epistemología, metafísica y cuestiones espinosas. Los estudiantes de nuestro tiempo, en consecuencia, necesitan obras que hablen su lenguaje y que traten los temas que hoy marcan tendencia (desigualdad, violencia, colonialismo, pensamiento islámico, esclavitud, feminismo...), que son los que se enseñan en secundaria y los que pueblan las redes sociales o la prensa.

Los autores son, ciertamente, personas muy adecuadas para llevar a cabo esta empresa, pues no en vano hace años que se ocupan de estas materias en el Centro di Ricerca Interdipartimentale su Discriminazioni e vulnerabilità (CRID), de la Universidad de Módena-Reggio Emilia. En lugar de escribir un manual de altos vuelos y especulación filosófica, más pensado para el lucimiento ante los colegas por su densidad conceptual, han optado por dirigirse a los alumnos en un lenguaje no solo comprensible, sino cercano a los esquemas mentales de los estudiantes, de forma que el desarrollo de los temas es muy asequible, trufado de anécdotas y de citas que hacen más ligero y legible el manual. Han hecho el esfuerzo de adaptarse al nivel

del alumnado, con ejemplos “políticamente correctos” y con guiños a fin de captar su atención. La lectura de la obra casi nunca es tediosa, y quiere ser amena e incluso, a trechos, literaria.

El tercer rasgo de la obra es la “italianidad”. Es una obra que, pese a estar ahora traducida al español, está pensada para un público italiano, con una fuerte insistencia en su tradición, especialmente desde Roma al Renacimiento. Hay un tema dedicado, respectivamente, a Cicerón, a San Agustín, a Santo Tomás, a Dante, a Marsilio de Padua y a Maquiavelo. Asimismo hay otro consagrado a Vico. Los autores aprovechan los grandes autores de la tradición italiana para edificar sobre ella, esperando construir sobre un terreno abonado por la enseñanza secundaria.

En cuanto a la estructura formal, el libro está compuesto de 40 secciones: 31 de ellas son capítulos y 9 son “focus” sobre temas concretos. Los autores ponen el “foco” en temas hoy muy en boga: la herencia de Atenas y Jerusalén, en una mirada hacia China, en la media luna islámica, en el republicanismo italiano (desde la Edad Media hasta el siglo XIX), en el tema de la conquista de América, en la esclavitud y el colonialismo, el feminismo, las guerras mundiales, los totalitarismos y los derechos humanos, y los desafíos el presente (cuerpos, sujetos y redes). Cada sección concluye con un conjunto de referencias bibliográficas.

Como es de esperar, cualquier historia jurídica de la filosofía en Italia se mira en el espejo de Guido Fassò, cuyo enfoque y tratamiento era bien diferente del que hallamos en esta obra. Ha pasado más de medio siglo y son muchos los cambios operados en la sociedad y en la manera de comprender la filosofía del derecho. Aquí, el análisis de los autores clásicos se orienta a las cuestiones ya apuntadas (la desigualdad, la guerra, el Estado, las mujeres, los esclavos...), en una relectura de los problemas antiguos y medievales desde la perspectiva contemporánea.

A fin de no herir la sensibilidad del lector hodierno, se soslayan algunos temas clave de la filosofía clásica (por ejemplo, las escuelas helenísticas, la enseñanza del derecho en la universidad medieval, Duns Escoto, Ockham, la Reforma Protestante...). Los puntos álgidos de la “segunda escolástica” (especialmente, Vitoria y Suárez) son analizados desde la perspectiva de los derechos los indios y de la guerra. El “iusnaturalismo racionalista” aparece de forma muy mitigada.

Los capítulos dedicados a la filosofía moderna tratan a casi muchos de los grandes autores, siempre de manera sencilla, poco problemática y asequi-

ble (Grocio, Hobbes, Spinoza, Locke, Hume, Vico, Montesquieu, Rousseau, Kant, Burke, Paine, Olympe de Gouges, Hegel, Max, Tocqueville, Stuart Mill, Austin, Ihering y Nietzsche). Es una selección que, vistas las preferencias de los autores, tiene sentido.

De la gran variedad de autores y tendencias de la filosofía jurídica contemporánea, eligen a Schmitt, Kelsen, los diversos “realismos jurídicos”, Hannah Arendt, Radbruch, Fuller, Hart, y se hace, al final, una síntesis de las diversas orientaciones de la filosofía jurídica posthartiana, con indicaciones útiles a los estudiantes para entender el estado de la cuestión actual. Este puede verse más desarrollado en las obras de Carla Faralli (como *Filosofía del derecho contemporánea. Temas y desafíos*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 2007), y sirve como marco teórico a la perspectiva de los autores, muy influenciados también por Norberto Bobbio y Mario Losano.

El último focus pone énfasis en el estado actual de las tendencias y de la investigación (los *Critical Legal Studies*, la bioética, el problema de los sujetos y de las redes informáticas), y concluye con una serie de reflexiones abiertas sobre el devenir de la filosofía jurídica.

En definitiva, hay que agradecer a Thomas Casadei y Gianfrancesco Zanetti su voluntad de conectar con los problemas contemporáneos y de escribir un manual ameno, adaptado al nivel actual de los estudiantes, y a Fernando Llano la generosidad al traducirlo y al ponerlo al alcance de la comunidad de estudiosos de lengua hispana.

RAFAEL RAMIS BARCELÓ

Universitat de les Illes Balears – IEHM

e-mail: r.ramis@uib.es

Kevin Fredy HINTERBERGER,
Regularisations of Irregularly Staying Migrants in the EU.
A comparative Legal Analysis of Austria, Germany and Spain,
Hart Publishing/Nomos, Baden-Baden (Germany), 2023, 398 pp.

FÉLIX VACAS FERNÁNDEZ
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: Derecho migratorio europeo, regularización de inmigrantes, análisis comparado
Keywords: European migratory Law, migrant regularization, comparative study

Me resulta especialmente grato escribir esta recensión sobre la monografía de Kevin Fredy Hinterberger, por diferentes razones. En primer lugar, porque, como resultado de su magnífica, extensa y profunda Tesis doctoral, leída en la Universidad de Viena con la máxima calificación, se trata de un muy destacable estudio, serio, complejo e intensamente documentado, de un tema y utilizando una metodología de análisis, nada sencillos, y cuyo resultado es de una pertinencia y una calidad científica excepcionales. Pero también porque Kevin fue alumno durante un año completo en el Grado de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, en el marco del Programa Erasmus, y donde tuve la oportunidad, y la suerte, de tenerlo en clase en la asignatura Derecho de la Unión Europea. Fue entonces cuando comenzó a mostrar su interés por el Derecho Migratorio, en general, y por el Derecho Migratorio Europeo, en particular; y fueron esos estudios y el contacto, permanente ya a partir de ahí, con España, con la realidad social y jurídica española en la materia, lo que acabó llevándole a centrar sus investigaciones en el doctorado, y finalmente su Tesis doctoral, en este tema. No encuentro mejor ejemplo de la validez y de los magníficos resultados del Programa Erasmus.

Pero centrémonos en la obra. La actualidad y relevancia de investigar los procesos y mecanismos de regularización de inmigrantes, como parte de las

políticas migratorias de los Estados, en el tiempo presente –caracterizado en lo que aquí importa, por, en palabras del Secretario General de las Naciones Unidas, vivir una “segunda era migratoria”, fenómeno estructural de un mundo globalizado–, queda fuera de toda duda. Pero su análisis, en el marco de la Unión Europea (UE) y de su Derecho aplicable, a partir del estudio de los procedimientos establecidos por tres de sus Estados miembros en su Derecho interno –puesto que, como es bien sabido, las políticas migratorias (en sentido lato: normas relativas al ingreso, estancia y salida) a pesar de todos los intentos, siempre fallidos, siempre fracasados, siempre bloqueados por los Estados miembros, siguen siendo competencia estatal–, utilizando, por consiguiente, una metodología propiamente de Derecho comparado, multiplica la relevancia, pero también la complejidad, de esta ambiciosa obra que, sin embargo, gracias a la seriedad y meticulosidad del trabajo de investigador cabal y sistemático de su autor, logra llevar a buen puerto.

Como tantas veces he recordado, la migración es un fenómeno complejo, lleno de aristas; es, por ello, un fenómeno transversal, que afecta, y es afectado, por múltiples cuestiones, de la más diversa naturaleza –económica, social, cultural, política, geoestratégica ...–; es, en fin, un fenómeno consustancial al ser humano –que ha viajado siempre y siempre viajará mientras siga siendo humano– y estructural de la Sociedad internacional globalizada. Pero, por encima de todo y en primer lugar, por lo que creo siempre debe ser el punto de partida de cualquier aproximación al mismo –ya sea política, normativa, de investigación o pedagógica–, se trata de un fenómeno humano, cuyos protagonistas son seres humanos; como la conocida cita del pensador suizo Max Frisch nos recuerda: “queríamos mano de obra, pero nos llegaron personas”; muchas de ellas en una situación enormemente precaria, que deviene si cabe más precaria cuando su situación jurídica en el país al que llegan es irregular, situándoles al margen de la legalidad y, por consiguiente, de su reconocimiento, no ya como ciudadanos –categoría jurídica reservada, todavía hoy, únicamente a los nacionales del Estado– sino como seres humanos titulares de derechos. De ahí la necesaria adopción de, en palabras de Sami Naïr, una “*visión humana de la inmigración (...) la necesaria puesta en perspectiva ética de la humanidad de los inmigrantes, que, lejos de ser ‘invasores’, son en realidad nuestros semejantes pidiendo socorro*”¹.

¹ S. NAIR, “El deber de solidaridad”, Prólogo al libro de J. de LUCAS, *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Tirant Humanidades, Valencia, 2015, p. 12.

Por ello, y para ello, estudiar, siempre con sentido crítico –subrayando las carencias y vacíos, aportando propuestas de solución factibles– y siempre desde este punto de partida irrenunciable, por necesario, por obligado ética y jurídicamente –los migrantes son seres humanos y, como tales, titulares de derechos–, el régimen jurídico interno de varios Estados relativo a la regularización de migrantes en situación irregular, en el marco del ordenamiento jurídico internacional, universal y regional, europeo en este caso, que les es de aplicación, resulta fundamental para las personas migrantes que se encuentran en tal situación de precariedad, de desamparo jurídico. Porque no debemos olvidar que, aún en situación de irregularidad de los migrantes, no estamos, nunca se está cuando hablamos de seres humanos –de ahí la relevancia de situar siempre aquí el punto de partida y la perspectiva de análisis–, en una especie de *zona sin Derecho*, porque el Derecho Migratorio², que parte de la dignidad humana, del “reconocimiento del derecho a tener derechos” arendtiano, y cuyo contenido esencial lo conforman los derechos humanos, está siempre vigente y obliga a los Estados; que no viven, por ello, en un *espacio de confrontación pura*, en un *estado de naturaleza* hobbesiano, donde gozarían de una discrecionalidad, de una libertad absoluta, y por eso falsa, como dirá Montesquieu; sino en un mundo regido por el Derecho, que, por tanto, establece límites a la discrecionalidad de los Estados a la hora de gestionar la migración, de tratar a los migrantes; a la hora, en fin, de determinar sus políticas migratorias. Evitando así, siguiendo a De Lucas, “que la pretensión de universalidad de los derechos humanos, la vocación de igual reconocimiento de los seres humanos como sujetos de Derecho y de derechos, se quede en ideales o preceptos morales. Que sean solo un alivio del *buenismo*, de la buena conciencia, meras expresiones de altruismo que dependen de nuestra benevolencia y no se pueden exigir”³.

Kevin Fredy Hinterberger tiene desde el principio de la obra y durante toda ella muy presente este punto de partida, que también late en su intento de encontrar un punto de llegada conforme con la naturaleza humana de los sujetos de análisis: las personas migrantes. Punto de partida que sitúa en una constatación fáctica: el bajo porcentaje de devoluciones en los países miembros de la UE de migrantes en situación irregular. Tratando, a partir

² Vid. F.VACAS FERNÁNDEZ, *El Derecho Migratorio, Internacional y Europeo, como límite desde los derechos humanos a la discrecionalidad de los Estados en materia migratoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

³ DE LUCAS, J., *Mediterráneo: el naufragio ...*, cit., p. 62.

de ahí, de encontrar las carencias que expliquen esta situación y, sobre todo, proponiendo soluciones jurídicas, reales y factibles, dirigidas a acabar con la, siempre indeseable, irregularidad. Indeseable, en primer lugar y por encima de todo, repitámoslo una y otra vez, para los propios inmigrantes, situados, a partir de la situación legal irregular en la que los Estados les colocan, en una posición de profunda vulnerabilidad económica, social, y, por supuesto, jurídica⁴.

Así, la hipótesis del autor es que las regularizaciones de inmigrantes en situación irregular en la UE como método complementario a las expulsiones sería una política mucho más efectiva para enfrentar el problema de la migración irregular, que la actual, ineficaz y única vía de las expulsiones. Hipótesis que lleva al autor a plantearse tres cuestiones, que tratará de responder a lo largo de su estudio para intentar confirmarla: ¿Cuáles son los procesos de regularización de inmigrantes previstos en tres países de la UE –Austria, Alemania y España, a los que toma como objeto de su análisis–; ¿Cómo y en qué medida se pueden utilizar las regularizaciones como instrumento regulatorio eficaz para “combatir” las situaciones de irregularidad? Y, en fin ¿una armonización de los mecanismos de regularización a nivel de la UE ofrecería ventajas sobre la actual aproximación estatal?⁵.

Para ello, el autor estructura su obra en 3 Partes y 5 Capítulos. En la Primera Parte –“Regularización y migración irregular en el marco jurídico de la UE”– establece el marco conceptual y normativo a nivel de la Unión, que es el de aplicación a la cuestión. Así, en el Capítulo 1 aborda el concepto de regularización, así como la clasificación y distinción entre sus diferentes tipos; mientras que dedica el Capítulo 2 a estudiar el derecho vigente en la UE aplicable a la migración irregular y la regularización de inmigrantes, así como la delimitación de sus competencias en la materia.

Fijado de este modo el marco conceptual y jurídico de la cuestión, en la Segunda Parte –“Una comparación de la normativa austriaca, alemana y española”– se centra en analizar, exhaustivamente y en profundidad, los sistemas –mecanismos y procedimientos– de regularización de inmigrantes en situación irregular existentes y/o utilizados en Alemania, Austria y España; elección que no responde al azar sino que, como el autor muestra, y demues-

⁴ HINTERBERGER, K. F., *Regularisations of Irregularly Staying Migrants in the EU. A comparative Legal Analysis of Austria, Germany and Spain*, Hart Publishing/Nomos, Baden-Baden (Germany), 2023, p. 25.

⁵ Ibid, p. 33.

tra, le permite estudiar políticas migratorias y sistemas de regularización muy diferentes entre sí. Ello le posibilitará desarrollar una compleja metodología comparada, que es el corazón mismo del estudio. Compleja porque no sólo estudia las respectivas normas internas relativas a la regularización, sino que lo hace utilizando una aproximación crítica contextualizadora de cada uno de los casos de estudio. Así, en el Capítulo 3 analiza los rasgos más relevantes de las políticas migratorias y de los procedimientos de regularización establecidos en cada país; lo que le permitirá, en el Capítulo 4, realizar un análisis temático comparado, que es el centro de su estudio y del que se pueden extraer múltiples y muy interesantes enseñanzas.

Todo lo cual conduce a la Tercera Parte –escuetamente titulado “Outlook”–, de capítulo único, el 5, en el que, a modo de llegada, no ofrece tanto conclusiones como propuestas a nivel de la UE. En concreto, propone el contenido de una futura, posible, sin duda deseable, aunque como el propio autor reconoce, desgraciadamente más que improbable *Directiva de Regularización*, a partir de una nueva aproximación a la llamada Política Migratoria Europea que el autor denomina “Immigration from within”⁶ – que podríamos traducir como “inmigración desde dentro”–. Y es que, como Hinterberger señala, existen dos aproximaciones posibles para una futura política migratoria europea: la actual, y muy probablemente, futura centrada en la expulsión de inmigrantes, inhumana e ineficaz; y la que él defiende, basada en la regularización de los inmigrantes que ya se encuentran entre nosotros a través de la Directiva de Regularización propuesta, que obligaría a los Estados miembros a armonizar sus legislaciones internas en la materia.

Se trata, en fin, de un magnífico trabajo de investigación, que no sólo analiza en profundidad y con una sistematicidad y seriedad encomiables, el Derecho vigente, sino que ofrece propuestas factibles, a partir de la concepción de los inmigrantes como seres humanos, que demuestra que no hay una única vía o respuesta posible –en realidad, en democracia nunca la hay–, menos aún si la pretendida “única respuesta posible” es contraria al ser humano como sujeto de Derecho y de derechos.

FÉLIX VACAS FERNÁNDEZ
 Universidad Carlos III de Madrid
 e-mail: fvacas@der-pu.uc3m.es

⁶ Ibid, p. 356 y ss.

**Carlos Ramón FERNÁNDEZ LIESA, Juan Daniel OLIVA MARTÍNEZ,
y Oscar PÉREZ DE LA FUENTE (eds.),
Soberanía,
Colección Gregorio Peces-Barba, Dykinson, Madrid, 2022, 172 pp.**

JAELEE ARELLANO PINZÓN
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: libertad de conciencia, derechos fundamentales, soberanía, Estado
Keywords: freedom of conscience, fundamental rights, sovereignty, State

La obra “Soberanía” tiene por objeto el estudio de esta noción fundamental para el Derecho, a partir de una serie de reflexiones que, desde diversas perspectivas, pretenden arrojar luz sobre la configuración y evolución de sus diversos aspectos, entre ellos, su contenido, alcance, titularidad y vigencia. El libro ha sido impulsado por el Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid.

Este segundo número de la retomada colección Peces-Barba comprende seis artículos, en los que han colaborado cuatro especialistas del mencionado Departamento de Derecho internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid y dos invitadas de distintas Universidades españolas, brindando así al lector análisis multidisciplinares sobre los principales aspectos de esta noción, sus transformaciones y el estado actual de la cuestión. Es así como este compendio desarrolla numerosas cuestiones de interés que, además de evidenciar la relevancia histórica de la noción de soberanía tanto para el Derecho interno como para el Derecho internacional, abarca el análisis de acontecimientos actuales y desafíos que demandan reflexiones constantes y, sobre todo, rigurosas.

En el primer artículo, desde la complejidad de lo global, como sugiere el título, María José González Ordovás (Universidad Carlos III de Madrid) precisa una serie de reflexiones en torno a la soberanía. La autora inicia retomando algunas ideas de la *Teoría General del Estado* de Georg Jellinek para

ilustrar el carácter histórico y, por tanto, mutable del concepto de soberanía, sin desconocer que, a pesar de tales características, existe un denominador común, referente a la capacidad de autodeterminación jurídica, por supuesto, también sujeto a variaciones. Asimismo, González coloca el foco sobre la tensión entre la adaptación contextual y contemporánea del concepto de soberanía, producto de la fuerza ejercida por la doctrina y los movimientos en pro de la universalización de los derechos humanos, y las consecuentes reacciones que abarcan, entre otras, la revitalización de la soberanía clásica.

La autora reconoce la inexistencia de unanimidad respecto del contenido del concepto de soberanía, sin embargo, haciendo alusión a la dimensión política, jurídica y sociológica que esta comprende, reflexiona sobre la complejidad que demanda su análisis a la luz paradójica de la globalización y su naturaleza. En este sentido, profundiza en la relación dialéctica entre un todo y los elementos que lo configuran, señalando la transformación y los cambios que se generan recíprocamente. A tales consideraciones, la autora añade la comparecencia de la racionalidad economicista que llega a competir con aquella jurídica e institucional, modificando la estructura previa y demandando nuevas formas de conjugación.

Posteriormente, González considera la dimensión política de la soberanía, aludiendo a la denominada paradoja de Agamben, en el sentido de que no sería en la ley, sino en la decisión en torno y fuera de ella, así como en la determinación de sus límites y excepciones, donde radicaría la verdadera esencia de la soberanía. Sobre la tensión que supondría lo antedicho en relación con la democracia, la autora formula interrogantes para sopesar los términos en que debería plantearse el debate y expone las posibles vías de resolución. Asimismo, la autora complementa su riguroso análisis de la transformación de la soberanía en el contexto de la globalización, examinando aspectos concretos como: la incidencia en la noción y contenido del contrato social, la exaltación de la figura contractual, el impacto sobre el principio de autoridad y jerarquía, y la gobernanza.

Finalmente, González reflexiona sobre el uso del término crisis para dar explicación, más no respuesta, a las situaciones críticas que derivan de las tensiones previamente analizadas. La autora señala la operatividad de la soberanía absoluta como ficción, dada la imposibilidad de compatibilidad plena entre sus elementos teóricos y la práctica. Por ello, la autora no refiere a la destrucción de la soberanía, sino a su transformación en virtud de los nuevos agentes implicados y las diversas interacciones derivadas de la globaliza-

ción. González también reivindica el análisis del papel de los Estados en dicho proceso de transformación, considerándola imprescindible y, por tanto, infundadas las sospechas en torno a su desaparición. La autora reflexiona sobre la relación entre Estado y soberanía, la dependencia de esta última en relación con los adjetivos que la acompañan, así como la incertidumbre del ordenamiento jurídico que la fundamenta, concluyendo su inevitable imposibilidad si lo que se pretende mantener es su configuración del pasado.

Seguidamente, Ángel Llamas Cascón (Universidad Carlos III de Madrid) inicia un ilustrativo recorrido histórico de cuestiones cruciales para la configuración de la noción de soberanía. En primer lugar, entre referencias históricas, el autor expone cómo la noción del Estado moderno comparte una serie de características asociadas a la idea de soberanía, entre ellas, el monopolio del uso de la fuerza, la unificación progresiva de jurisdicciones, la fijación de fronteras estables y la creación de ejércitos estables. En este sentido, el autor señala que, para poder ejercer aquel poder “supra omnia”, la noción de soberanía requiere de una autonomía suficiente, es decir, capaz de imponerse frente a terceros. Es así como Llamas brinda un compendio de autonomías que, partiendo de una autonomía frente a sus iguales y comprendiendo, entre otras, la autonomía frente a las presiones de reinos limítrofes, la autonomía perfilada por la ciencia política, la autonomía económica, la autonomía en el concierto internacional, dotarán de perfil propio a las soberanías alcanzadas. Con ello, el autor pone de manifiesto la relevancia de la autonomía, aunque solo sea su apariencia, para el status activo y la consecución de los diversos fines de la soberanía.

A continuación, para una comprensión más amplia de la autonomía, Llamas propone partir del sujeto soberano, para lo cual profundiza en la teoría de soberanía de Michael Foucault. En este sentido, el autor expone sobre el ciclo del poder, la relación entre sujeto-súbdito y la vinculación entre la ley y la legitimidad, lo cual, finalmente, denota la fundación de una multiplicidad de poderes que adquieren sentido a partir de la instauración de una unidad esencial de poder. Es así que Llamas emplea la aproximación de Foucault para ejemplificar el desplazamiento del análisis del poder desde el enfoque de la teoría de la soberanía y, por tanto, el estudio del poder desde la noción de dominación. Sobre ello, el autor reafirma la imprescindibilidad de una autonomía suficiente, sea desde la frontera del propio cuerpo o hasta las barreras internacionales.

Por otro lado, para ahondar en la combinación clásica de individuo y comunidad en el pensamiento griego, Llamas emprende un viaje a través de

los dos géneros dominantes en la dramaturgia de la Ática clásica. Tomando en consideración que la soberanía de Atenas respondía a las capacidades y cualidades de sus habitantes, mas no a la autonomía del territorio, y el teatro constituía el foro desde el que se hacía eco la promoción de los valores de la cultura griega, Llamas arranca desde la tragedia para precisar una serie de mitos, haciendo especial referencia al de Prometeo como adalid de la soberanía de la condición humana. El autor culmina su recorrido identificando, dentro de la comedia, la evolución desde el insulto hasta la crítica social y política, a la vez que distingue entre las principales características entre la “comedia antigua” y la “comedia nueva”, así como el impacto de la pérdida de la soberanía de una comunidad en sus manifestaciones más excelsas.

Al concluir, el autor plantea que, sin cultura común, dentro la cual también se situaría la noción de dignidad que ha permitido desarrollar la concepción moderna de los derechos humanos, y sin autonomía, se torna imposible la soberanía. Asimismo, conjugando datos y hechos históricos, Llamas esboza una serie de precisiones finales sobre esa autonomía que enerva la soberanía y por las cuales se dota de autonomía al ser humano.

En el siguiente artículo, a través de la suscitación de dos acontecimientos, como lo son la invasión de Ucrania por parte de Rusia y la reciente postura adoptada por España en relación con el Sahara Occidental, Eugenia López-Jacoiste Díaz (Universidad de Navarra) reflexiona, entre otras cuestiones jurídicas, sobre la probabilidad de dos escenarios: el fin de la vigencia del principio de soberanía del Estado, según el orden internacional, y la reestructuración de la igualdad soberana de los Estados y las implicaciones prácticas derivadas. La autora parte de la delimitación del concepto de soberanía, así como su evolución en el Derecho internacional, haciendo especial énfasis en las manifestaciones y exigencias concretas que ostenta el principio de igualdad soberana, como evolución del principio de soberanía clásico.

Siguiendo este esquema, la autora pasa a examinar la igualdad soberana en relación con la prohibición del ejercicio de la fuerza y el derecho a la libre determinación de los pueblos para, posteriormente, fundamentar las violaciones sistemáticas cometidas por Rusia en el escenario antes señalado. En este sentido, López-Jacoiste brinda un exhaustivo análisis sobre la concepción rusa sobre la “soberanía limitada” de Ucrania, así como de su comportamiento y esfuerzos por restaurar una configuración obsoleta de imperio.

Posteriormente, a la luz de la igualdad soberana de los Estados y el derecho a la libre determinación de los pueblos, la autora centra su análisis en

las diversas implicaciones jurídicas que acarrea el apoyo de España a la propuesta marroquí sobre el Sahara Occidental, profundizando en los recientes hechos y exponiendo las razones que configuran a dicha postura como contraria al Derecho internacional y transgresora de la infranqueable libertad de acción de los Estados.

Por último, López-Jacoiste realiza una valoración final sobre las consecuencias jurídicas de los acontecimientos previamente examinados, en relación con la validez y solidez del principio soberanía en el orden internacional. A raíz de estas últimas reflexiones, la autora da una respuesta, por demás fundamentada, a la interrogante que titula su artículo, descartando así las posibilidades de un jaque mate a la igualdad soberana o la transformación de las normas y principios del orden internacional. Es así como la autora concluye que ambos acontecimientos constituyen una clara violación del orden internacional y añade un par de precisiones sobre la acción de España en estos.

A continuación, en relación con la evidente asociación entre las nociones de soberanía y los controles migratorios, la funcionalidad de las fronteras físicas y normativas al identificar elementos de estatalidad, así como la facultad de los Estados para determinar las condiciones y el control sobre la inclusión y exclusión de sus territorios, Carmen Pérez González (Universidad Carlos III de Madrid) analiza el modo en que se enfrenta el Derecho internacional a dicha facultad soberana de los Estados, así como los límites y deberes que se les impone en dicha gestión de flujos migratorios, sobre todo, teniendo en consideración la incompatibilidad entre lo que constituye un Derecho internacional y la soberanía absoluta.

Sobre los límites impuestos a la voluntad de los Estados en este ámbito, Pérez destaca la relevancia del proceso de humanización del Derecho internacional contemporáneo y la consecuente protección otorgada a las personas migrantes, en el deber de los Estados para compatibilizar el ejercicio de su derecho para controlar sus fronteras y flujos migratorios con las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). A pesar de la conformación del Derecho Internacional de las Migraciones y del “enfoque de derechos humanos” consensuado en diversos Pactos Globales, la autora expone problemáticas en torno a las regulaciones internas de los Estados respecto a los migrantes económicos, cuyo peso refleja directamente las consideraciones existentes en torno a la soberanía. En este sentido, la autora reconoce la ausencia de consenso político suficiente, así

como el insuficiente alcance del DIDH para incentivar el cumplimiento de las obligaciones previstas para los Estados en este ámbito, así como en el establecimiento multilateral de un régimen normativo que proporcione mayor seguridad jurídica a las personas migrantes.

Por otro lado, Pérez comparte una revisión del principio de no devolución, su configuración y alcance, donde además destaca una serie de fallos que denotan la falta de homogeneidad en las consecuencias asumidas por los Estados en relación con sus obligaciones. Siguiendo esta línea, la autora refiere a la experiencia de la Unión Europea en torno al desarrollo de una política común y asilo para evidenciar que tal puesta en marcha desafía la idea inicial de su análisis, deteniéndose en ciertas consideraciones, así como brindando su opinión sobre ellas. Finalmente, Pérez cierra con una serie de conclusiones respecto a los nuevos retos que se presentan en el panorama migratorio, así como las violaciones y eventuales responsabilidades que derivan de estos.

En otro de los artículos, Yolanda García Ruíz (Universitat de València) plantea una propuesta que pretende afrontar los desafíos a la soberanía de los Estados, dentro del escenario de situaciones excepcionales de alcance global, entre ellas, la crisis generada por la pandemia del COVID-19 y la amenaza de un conflicto susceptible de internacionalizarse súbitamente. La autora parte del entendimiento de la soberanía nacional configurada por dos caras de una misma moneda, siendo tales el pueblo y el Estado, sin embargo, reconoce la aparición de síntomas de ineficacia para atender problemas globales como los señalados en líneas anteriores y el consecuente surgimiento de debates en torno a la construcción de una soberanía europea.

En añadidura, García refiere a los debates en torno a la capacidad de reacción de los Estados, el vaciamiento de sus competencias, así como su pervivencia a raíz de la consolidación progresiva de la Unión Europea. En este sentido, la autora destaca que, ante el emplazamiento de una soberanía estatal “cuestionada” por una soberanía estatal “sobrepasada”, la cooperación internacional se torna fundamental para afrontar los desafíos que superan la capacidad de respuesta de los Estados.

Asimismo, la autora refiere al conflicto bélico entre Rusia y Ucrania para evidenciar el impacto global y las consecuencias devastadoras que acarrearán este tipo de escenarios para el resto del mundo. Por ello, García sostiene que la cesión de soberanía en favor de estructuras de poder capaces de brindar respuestas más eficaces se torna lógica, refiriendo a la experiencia de la

Unión Europea para ejemplificar, aunque de forma restringida, esta nueva configuración de soberanía. Luego, a partir del señalamiento de condiciones como la voluntad de los Estados y, sobre todo, la existencia de un sentimiento de pertenencia del pueblo europeo, la autora plantea una serie de interrogantes en torno a esta noción de soberanía.

García retoma centrándose en el análisis del impacto de la pandemia del COVID-19 para reflexionar sobre los desafíos de alcance global a los que se enfrenta Europa y el mundo, especialmente, el punto de inflexión que provocó la generalización de sus efectos en la Unión Europea y su consecuente acción coordinada y conjunta para arribar a acuerdos históricos que propiciasen su recuperación económica. La autora se cuestiona si, dadas las antedichas, entre otras medidas coordinadas, sería posible colocar sobre la mesa la conveniencia de este planteamiento de auténtica soberanía europea que, más allá del aspecto económico, represente también un proyecto de cohesión política y jurídica.

En el último capítulo de esta obra, María Cruz Llamazares Calzadilla (Universidad Carlos III de Madrid) reflexiona sobre una serie de aspectos que derivan del estudio de la relación entre la soberanía y los acuerdos Iglesia-Estado. Siendo el precedente más significativo de los acuerdos entre la Iglesia católica y los Estados, la autora parte de una serie de precisiones históricas sobre el concordato de Worms, entre ellas, su concepción como instrumento de pacificación ante el conflicto de supremacía entre poder temporal y poder espiritual, el reparto de potestades estipulado, así como sus fallencias para dar respuesta a los problemas de fondo escondidos en la fórmula gelasiana. Siguiendo esta línea, Llamazares continúa su recorrido histórico distinguiendo entre la tradición carolingia y la tradición carolingia invertida para avanzar hacia una lectura de las principales conclusiones que se extraen del concordato que, temporalmente, se ubica entre ambas tradiciones.

Posteriormente, la autora entra a examinar pormenorizadamente las principales cuestiones en las que enmarca su objeto de estudio, es decir, la libertad de conciencia y tolerancia como principios básicos de la constitución, el principio de personalismo como pilar del sistema, la competencia exclusiva del Estado en la defensa de los derechos fundamentales, el principio democrático y ética religiosa, así como el alcance de la cooperación con las Iglesias y cooperación mediante Acuerdos.

En tal sentido, dentro de sus conclusiones, Llamazares destaca la no obligatoriedad de la existencia de acuerdos Estado-Iglesia para la protección

de la libertad de conciencia de los ciudadanos, reafirmando la competencia exclusiva del Estado para decidir sobre la forma de garantizar dicha libertad e igualdad. La autora también enfatiza en la ficción jurídica sobre la que se sustenta el carácter de tratados internacionales de estos acuerdos. Asimismo, Llamazares reflexiona sobre los escenarios que pondrían en peligro la soberanía legislativa del Estado y los potenciales riesgos para los derechos de libertad religiosa y libertad de conciencia de los ciudadanos. Finalmente, en el desarrollo de una breve propuesta de *Iure Condendo*, la autora plantea las dos únicas alternativas que encuentra plausibles para que el Estado, en concordancia con los principios constitucionales que enmarcan sus competencias, dé respuesta a la postura de la Iglesia respecto a la aplicación del principio de mutuo consentimiento para tratar las cuestiones de interpretación y aplicación de los acuerdos vigentes.

JAELEE ARELLANO PINZÓN
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: jaeleebelen@gmail.com

Oscar CELADOR ANGÓN,
Entidades locales y libertad religiosa,
Ed. Dykinson, Madrid 2023, 214 pp.

JOSÉ M^a CONTRERAS MAZARÍO
Universidad Pablo de Olavide

Palabras clave: libertad religiosa, ayuntamientos, cooperación con las organizaciones religiosas, símbolos ideológicos
Keywords: religious freedom, city councils, cooperation with religious organizations, ideological symbols

El derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión es, en la actualidad, un derecho plenamente reconocido, al menos desde una perspectiva formal. Así, tanto las grandes convenciones internacionales de derechos humanos (DUDH: art. 18; PIDCP: art. 18; CADH: art. 23; CEDH: art. 9, y CDFUE: art. 10), como prácticamente todas las Constituciones del mundo reconocen la presente libertad como un derecho de carácter fundamental. Por lo que al derecho español respecta, la Constitución de 1978 garantiza, en el artículo 16, el derecho de toda persona a la libertad ideológica, religiosa y de culto; y lo hace en plena igualdad y no discriminación por motivos religiosos o de convicción (art. 14) y con un mandato a los poderes públicos de promoción y remoción de obstáculos (art. 9.2).

A ello debemos unir que nuestro sistema constitucional consagra un modelo de gestión descentralizada cuyo último eslabón son los municipios. De este modo, los entes locales se convierten en una pieza esencial y fundamental para el real y efectivo ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. Los entes locales son la administración más cercana a los ciudadanos y, por tanto, la primera instancia a los que éstos acuden tanto para la solución de sus problemas, como para la defensa de sus derechos y libertades. Y uno de estos derechos es, sin lugar a dudas, la libertad de conciencia y religiosa.

Una primera aproximación a estas dos temáticas (libertad religiosa y entidades locales) podría llevar a pensar que las entidades locales poco o nada pueden hacer en materia de libertad de conciencia y religiosa: ni tienen competencia legislativa, ni tampoco judicial y todo lo más podrían tener una escasa competencia administrativa. Sin embargo, la realidad pone de manifiesto cómo esto no es así. Piénsese si no en cuestiones tales como los lugares de culto (su apertura, actividad, rotulación, contaminación acústica, conservación, etc.), las manifestaciones y reuniones públicas de carácter religioso (procesiones y mesas de información), los servicios públicos municipales, los cementerios y tanatorios y su adecuación a los ritos funerarios religiosos y/o los impuestos locales y su aplicabilidad o no a las entidades religiosas.

Pues bien, dependiendo de la actuación y gestión que a nivel municipal se haga con respecto a dichas temáticas podremos afirmar que además de un reconocimiento y garantía formal del derecho se produce igualmente una garantía material del presente derecho. La libertad de conciencia y religiosa encuentra en muchas ocasiones un conjunto de trabas u obstáculos que hacen imposible o inviable un real y efectivo ejercicio del presente derecho fundamental, por eso la actuación de las entidades locales en esta materia no sólo puede llegar a suponer una real tutela del derecho, sino también un elemento que sirva para una adecuada cohesión social a través de dinámicas de pertenencia e inclusión.

La pluralidad religiosa actualmente existente en la sociedad española hace necesario la adopción de políticas públicas, así como de gestión de dichas políticas, que no sólo hagan visible la existencia de dicha pluralidad, sino también que las personas pertenecientes a estas minorías religiosas puedan ejercer su derecho en condiciones de igualdad con la confesión mayoritaria. Para ello, las entidades locales deben adoptar mecanismos de participación en los que estén integradas las confesiones religiosas como cualquier otro agente social más, así como de diálogo interreligioso y de mediación intercultural, que permitan afrontar las posibles controversias o conflictos que puedan surgir con la aplicación de las materias anteriormente reseñadas, así como con temáticas más relacionadas con la integración social (educación, vivienda, trabajo, etc.), a fin de conseguir una mejor convivencia y paz social.

* * *

La obra que ahora recensionamos viene a poner de manifiesto como el ámbito local sí que tiene, y sí que adquiere, importancia en esta materia, más aún –como en el caso de la sociedad española– el pluralismo es una realidad presente que ha venido para quedarse. En la presente monografía, el autor aborda a lo largo de cuatro capítulos un conjunto de temáticas respecto de las cuales la toma de posición de las entidades locales resulta trascendental no sólo desde el plano de la neutralidad de los poderes públicos (art. 16.3 CE), sino también del propio ejercicio del derecho fundamental. En esos cuatro Capítulos, el autor va desgranando de manera sobresaliente temáticas como las manifestaciones o reuniones de carácter religioso en la vía pública, los símbolos religiosos en espacios públicos, el pago de determinados impuestos municipales por parte de las entidades religiosas, la apertura de locales de culto y la incidencia de éstos en la vida municipal, y la participación de las confesiones religiosas en el desarrollo de los propios servicios municipales. Y todo ello se aborda no sólo desde el plano teórico-formal, sino aportando criterios y elementos de solución que sirvan para una resolución pacífica de los posibles conflictos.

La obra consta de 5 capítulos a través de los cuales el autor busca dotar de una cierta uniformidad a las políticas públicas de las entidades locales, y ello a pesar de que –como señala el propio autor– “las peticiones y demandas que los ayuntamientos reciben dependen en gran medida del grado de diversidad religiosa establecida en cada municipio”. Y a lo que yo añadiría, que en la mayoría de las ocasiones ese grado de diversidad es desconocida o, si se prefiere, no conocida suficientemente por las propias autoridades municipales.

Para buscar esa uniformidad, el autor parte lógicamente de la determinación de los principios constitucionales que ordenan el modelo de relaciones entre el Estado español y las confesiones religiosas (Capítulo I), ya que no se puede obviar que los entes locales son parte institucional de ese Estado y, por tanto, están sujetos al cumplimiento de estos principios constitucionales. Unos principios que el autor concreta en tres: la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el primero; la laicidad, el segundo, y la cooperación, el tercero. Una libertad que supone la existencia de un claustro íntimo y de un espacio de autodeterminación, pero también, y respecto a su ejercicio, de un ámbito de inmunidad de coacción y de *agere licere* para actuar conforme a las propias creencias o convicciones (cfr. SSTC 24/1982, FJ 1; 19/1985, FJ 2; 120/1990, FJ 10; 137/1990, FJ 8, y 177/1996, FJ 9), y que en este plano puede

ser limitado por el orden público protegido por la ley (cfr. STC 46/2001, FFJJ 8 y 11).

La laicidad del Estado (art.16.3 CE) es identificada con la prohibición de cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y fines estatales (cfr. SSTC 24/1982, FJ 1, y 46/2001, FJ 4)), lo que impide a los poderes públicos cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujetos de actos o de actitudes de signo religioso. En consecuencia, el principio de laicidad se define a partir de dos elementos: la neutralidad de los poderes públicos (cfr. SSTC 46/2001, FJ 7, y 177/1996, FJ 9) y la separación entre el Estado y las confesiones religiosas (cfr. STC 340/1993, FJ 4). Y todo ello, sin omitir los valores del pluralismo y el libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático (cfr. STC 177/2017, FJ 2).

Respecto del principio de cooperación se precisa que el mismo supone un mandato a los poderes públicos a cumplir, en el ámbito de lo religioso, lo establecido en el artículo 9.2 de la CE, y con ello a remover aquellos obstáculos que impidan o dificulten el ejercicio del derecho a la libertad religiosa (cfr. SSTC 46/2002, FJ 7, y 128/2007, FJ 5); pero, en el bien entendido, que en ningún caso dicho principio puede llegar a suponer la promoción de un grupo o credo religioso determinado o concreto, y ello aunque resulte ser el mayoritario de la sociedad española.

Dentro de este primer Capítulo, el autor hace referencia igualmente a otras dos temáticas de gran interés como son los derechos de reunión y manifestación, la primera, y la relativa a las competencias municipales en materia religiosa, la segunda. En cuanto al derecho de reunión y manifestación en general, y a las de carácter religioso en particular, la mismas exigen un ámbito de inmunidad de coacción que permitan el ejercicio de aquellas actividades que constituyan expresiones del fenómeno religioso (cfr. SSTC 59/1990, FJ 5; 46/2001, FJ 4, y 66/1995, FFJJ 2 y 39), aunque ello no le convierte en un derecho ilimitado (cfr. SSTC 59/1990, FJ 5, y 195/2003, FJ 4).

Es con relación a esta temática donde aparece una primera referencia al ámbito local, y más concretamente respecto al informe que el ayuntamiento debe emitir con relación a las circunstancias del recorrido propuesto. Asimismo, se señala que las confesiones religiosas pueden realizar actividades relacionadas con el culto o la práctica religiosa, tanto en los sitios habilitados específicamente para el culto como en la vía pública, estando en este último supuesto sujeto a la limitación del orden público (cfr. STC 195/2003, FJ 8). La celebración de prácticas de culto en los lugares habilitados al efec-

to deben, además, ser garantizados y tutelados por los poderes públicos, ya que de lo contrario suponen una violación del derecho a la libertad religiosa, reseñando el autor dos supuestos paradigmáticos planteados a nivel europeo como son los casos *Gldani contra Georgia* y *Kuznetsov y otros contra Rusia* (SSTEDH de 3 de agosto de 2007 [Demanda n. 71156/01], y de 11 de enero de 2007 [Demanda n. 184/02]), donde el Tribunal europeo considera que los poderes públicos deberán emplear los medios menos lesivos y restrictivos para salvaguardar el ejercicio del derecho (cfr. STEDH de 26 de junio de 2014, caso *Krupko c. Rusia* [Demanda n. 26587/07], párrs. 43-45 y 56), pero ello no impide la limitación cuando lo que se persiga es la protección, por ejemplo, de la salud o de la seguridad públicas (cfr. STEDH de 9 de abril de 2002, caso *Cisse c. Francia* [Demanda n. 51346/99]).

Mientras que, respecto a las cuestiones competenciales en materia religiosa, al tiempo que se recuerda que los entes locales, en tanto que poderes públicos, deben en su actuación ser respetuosas del principio de laicidad, se llama la atención igualmente sobre el hecho de que éstos deben garantizar el derecho de libertad religiosa. Y para ello, el autor pone los ejemplos llevados a cabo por parte de los Ayuntamientos de Gijón y de Rivas-Vaciamadrid en la puesta en marcha de un Reglamento de laicidad municipal. Aunque en esta materia las zonas grises de actuación son y suponen un difícil margen de delimitación por lo que respecta al alcance y contenido de las competencias municipales; y para ello el autor hace referencia a la cuestión judicial planteada con ocasión de la distribución de una guía sobre educación sexual por parte del Ayuntamiento de Getafe y que culminó con su retirada al fallar el tribunal que se había violado el derecho a la libertad religiosa de los alumnos (cfr. sentencia n.º 331/2021, de 10 de diciembre, del Juzgado de lo contencioso-administrativo n.º 8 de Madrid).

Todo ello le permite al autor sentar un frontispicio sólido sobre el que luego va construyendo las distintas estancias materiales que conforman su excelente trabajo. En este sentido, el Capítulo II de la monografía está dedicado a una temática de especial trascendencia como es la relativa a la presencia de símbolos religiosos y filosóficos en el espacio público, dentro de la cual el autor –dando muestras de una visión trasversal– trae a colación la aplicación de la Ley de la Memoria Histórica en lo que ésta resulta de interés en cuanto al traslado o retirada de esos símbolos de los espacios municipales. En conexión con todo ello, se aborda una segunda temática como es la presencia y asistencia de cargos municipales a actos de naturaleza religiosa.

Respecto de la cuestión de los símbolos religiosos (tanto estáticos como dinámicos) se parte de la consideración de estos como contenido del derecho a la libertad religiosa, así como a la propia imagen y al libre desarrollo de la personalidad de acuerdo con las creencias o convicciones personales, pero sin olvidar, a su vez, los derechos y libertades de terceros, así como el principio de laicidad. La cuestión a debate, entonces, se plantea respecto al ámbito competencial de los entes locales en materia de derechos fundamentales y, a su vez, en materia de protección y garantía del orden público y la paz social. Y para ello, el autor lo aborda desde dos temáticas diferentes como son, por un lado, la práctica del nudismo y, por otra, el uso del velo.

La realidad judicial resultante sienta la base de que los entes locales no son competentes en materia de derechos fundamentales como es el caso del uso del velo (cfr. STS de 14 de enero 2013, FJ 6), pero si tienen cierta competencia para establecer medidas conducentes a velar por la tranquilidad y la convivencia social, dentro de los parámetros de que esa medida resulte proporcional con el fin perseguido, lo que en los casos analizados por el autor resulta justificado (cfr. SSTs de 23 de marzo de 2015; de 30 de marzo de 2015; núm. 1013/2016, de 9 de mayo, y núm. 1052/2016, de 11 de mayo).

El Capítulo III está dedicado al sistema fiscal de las entidades locales, y en especial su aplicabilidad a las confesiones religiosas. Los Ayuntamientos sí que tienen a este respecto competencia recaudatoria sobre una serie de impuestos como es el caso de bienes inmuebles (IBI), de actividades económicas o sobre construcciones, instalaciones y obras (ICIO). El autor hace una especial mención y reseña al ICIO por cuanto –como el mismo señala– la solución dada por el TJUE supone el ejemplo marco de las confesiones religiosas en materia de régimen fiscal respecto de sus actividades no religiosas (p. 118). En concreto, se hace referencia a la sentencia del TJUE de 27 de junio de 2017 (asunto C-74/16), en la que el Tribunal se pronuncia positivamente sobre la sujeción de la Iglesia católica en el pago del citado impuesto cuando se trate de actividades no religiosas (y, por tanto, actúe como “empresa” entendida ésta como actividad económica), al ser consideradas dichas exenciones como ayudas estatales.

En el Capítulo IV de la obra se aborda una de las temáticas más relevantes por lo que respecta al ejercicio de la libertad religiosa como es la relacionada con los lugares de culto y dónde las competencias municipales sobre urbanismo adquieren especial importancia. Desde el plano urbanístico, los lugares de culto son considerados “equipamientos comunitarios” (arts.

12.2.d) Ley de 1976 y 25.1.d) RD 2159/1978), lo que no conlleva nada más, quedando en el ámbito de la discrecionalidad la decisión final sobre la existencia o no de un lugar de culto, o sobre la cesión o no de un espacio público para su construcción o sobre dónde deberían estar ubicados (cfr. SSTs de 4 de febrero de 1987 [RJ 1987/2067] y de 28 de marzo de 1990 [RJ 1990/2265]). Ahora bien, discrecionalidad y autonomía no suponen arbitrariedad, por lo que las correspondientes decisiones adoptadas por los entes locales deben responder a los criterios de justificación y proporcionalidad, además del de participación (cfr. SSTSJ de Cataluña 58/2009, FJ 3, y TSJ del País Vasco 365/2014, de 27 de junio, FJ 1).

Los lugares de culto forman parte del contenido del derecho a la libertad religiosa (art. 2.2 LOLR), ahora bien, ello no impide, en cuanto a su establecimiento, que puedan ser objeto de licencias municipales, las cuales están dirigidas a verificar de forma reglada y objetiva que la actividad del local se destina y se ejerce de una manera adecuada a fin perseguido y dentro de los parámetros establecidos en la normativa urbanística. Dentro de esas licencias adquieren especial relevancia las relativas a la actividad o de primera ocupación, la rotulación (art. 20.2 RD Legislativo 7/20015), la contaminación acústica, la salubridad y/o la conservación.

Cuestión distinta es la relacionada con los ritos funerarios religiosos y su proyección en los servicios funerarios y cementerios (cfr. arts. 2.1 LOLR, 2.6 Ley 25/1992 y 2.5 Ley 26/1992) toda vez que aquí el papel de los poderes públicos en general, y de los entes locales en particular adquiere una relevancia muy significativa a la hora de hacer real y efectivo el ejercicio del presente derecho (cfr. art. 25.1.j) y k) Ley 7/1985). Pero al mismo tiempo dicho proceso precisa de un control pormenorizado de los restos humanos a fin de garantizar la salubridad, la sanidad e higiene del proceso, lo que puede convertirse en un límite justificado y necesario de la libertad religiosa.

El autor aborda en el Capítulo V y último de la monografía una de las temáticas que resultan más novedosas, y menos estudiadas desde el plano doctrinal, como es la de la prestación de asistencia y servicios sociales. Una competencia claramente descentralizada sobre todo desde el plano de su gestión (art. 25.1 LRBRL) y que los entes locales pueden ejercer siempre que no se ponga el peligro o en riesgo la propia sostenibilidad económica del Municipio (cfr. LRSAL), y se eviten duplicidades en su prestación (art. 27.1 LRBRL). Y para seguir con su pretensión de ser un estudio esencialmente práctico, el autor toma en consideración las actividades y actuaciones desa-

rolladas en el seno de dos Comunidades Autónomas como son Madrid y Cataluña, y a nivel local de dos ayuntamientos como son, a su vez, Madrid y Barcelona.

* * *

Estamos ante trabajo de obligada de referencia en una temática con más grises y sombras que claridad y certezas como es el relativo al ejercicio de la libertad de conciencia y religiosa en el ámbito local. En cada una de las temáticas abordadas por el autor no sólo se hace referencia al estado de la cuestión desde el plano formal o de la normativa aplicable, sino que se aportan resoluciones judiciales que sirven y que apoyan las soluciones ofrecidas por el propio autor. El trabajo está realizado bajo una cobertura metodológica claramente deductiva a través de la cual el autor va de “lo general” a “lo particular” con una especial maestría y conocimiento profuso de las materias abordadas. Se trata de un trabajo de madurez que sólo es posible cuando su autor no sólo conoce la normativa aplicable, sino también es capaz de una manera transversal conectar materias, ámbitos y procedimientos diferentes con el fin de ofrecer medidas y actuaciones que sirvan de una manera eficaz para la resolución de posibles conflictos. Este es el fin último del derecho y su autor en esta obra lo cumple de una manera no sólo eficaz, sino que lo desarrolla y ejecuta de forma sobresaliente.

JOSÉ M^a CONTRERAS MAZARÍO
Universidad Pablo de Olavide
e-mail:jmconmaz@gmail.com

Félix VACAS FERNÁNDEZ,
*El estatuto jurídico internacional de las víctimas
de crímenes internacionales. Derechos de las víctimas,
justicia de transición y Corte Penal Internacional,*
Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.283 pp.

JAVIER DORADO PORRAS
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: crímenes internacionales, derechos de las víctimas, justicia de transición, Corte Penal Internacional
Keywords: international crimes, victims' rights, transitional justice, International Criminal court

El nuevo libro del profesor titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Carlos III de Madrid, Félix Vacas, titulado *El Estatuto Jurídico Internacional de las Víctimas de Crímenes Internacionales. Derechos de las Víctimas, Justicia de Transición y Corte Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023) es sin duda uno de los mejores libros en castellano sobre una temática de un gran interés para los teóricos y prácticos de los derechos humanos y que afronta, de forma muy completa, algunos de los más importantes cambios de paradigma que se han vivido en los últimos años en el interior del derecho internacional: el del reconocimiento de los derechos de las víctimas de crímenes internacionales, con profundas consecuencias en el campo de los sistemas de protección de los derechos humanos, en el derecho penal internacional y en la justicia de transición.

No es la primera vez que el profesor Félix Vacas, gran conocedor de esta temática, incursiona en la misma –campo en el que ya tiene artículos y monografías anteriores–, pero sí creo que el presente trabajo tiene una vocación más completa y totalizante, y se realiza, además, con importantes reflexiones no solamente desde el Derecho Internacional Público sino también desde la Filosofía del Derecho y la Filosofía Política. Quizás, no sea coincidencia

que el profesor Vacas realizara sus estudios de licenciatura en la facultad de Valencia, coincidiendo allí como alumno de uno de los grandes profesores de la Filosofía del Derecho Española, el profesor Javier de Lucas y compartiendo pupitre con el que posteriormente sería profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid, su buen amigo el profesor José Manuel Rodríguez Uribes, quien prologa este trabajo.

Como se afirma en la introducción de esta obra, se está viviendo una *edad dorada* de las víctimas de crímenes internacionales, de forma que los protagonistas de la memoria histórica y democrática no son hoy los vencedores sino las víctimas. Éstas tienen una centralidad nunca antes ostentada en el mundo moderno y contemporáneo, de la que de forma genérica es responsable el papel central que los derechos humanos ocupan tanto a escala nacional como internacional y que tiene dos consecuencias básicas. Por un lado, lo relevante es la violación de los derechos de la persona, que, a partir de ese momento, se convierte en víctima. Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, quién sea el victimario –agente del Estado o privado– carece de importancia, ya que el foco se pone en la víctima, titular de un estatuto jurídico propio conformado por derechos que son directamente exigibles ante el Estado, independientemente de quién sea el victimario.

La obra que aquí se recensiona tiene así, como objetivo principal, analizar ese cambio de paradigma, las razones que lo explican, así como algunas de sus consecuencias más relevantes, como el consiguiente cambio de paradigma en las relaciones entre justicia y paz en el ámbito de la Justicia transicional, de forma que estos términos ya no se entienden en sentido disyuntivo (o justicia o paz) sino complementario (la única paz es la que se hace con justicia).

Así, la obra se divide en dos partes, cada una de ellas con dos capítulos. En la primera parte se trabaja el fundamento y el concepto de las víctimas de crímenes internacionales y sus derechos.

Para ello, el capítulo I, analiza el proceso que, a partir de los años 60 del siglo XX, empezará a producirse y que conducirá, ya entrada la última década del pasado siglo, a la cristalización de un doble cambio de paradigma de enormes consecuencias no solamente jurídicas sino también políticas.

El primer cambio de paradigma, como ya se ha manifestado, es el relativo a la posición de la víctima ante la justicia penal. El profesor Vacas analiza, en primer lugar, el escaso papel de la misma en los Estados de Derecho y su proceso penal, así como las razones que ayudan a explicar esa situación,

como la formación de los Estados absolutos y el proceso de concentración y monopolización del poder que tiene lugar en los mismos –especialmente el *ius puniendi*– o la concepción tradicional de los derechos humanos como límites al poder de los Estados únicamente.

Sin embargo, la situación empezará a cambiar, al interior de los Estados, con la consolidación del Estado de Bienestar en los países europeos y la emergencia de una sociedad civil muy activa e influyente, que irá poniendo el foco de atención en las víctimas.

Igualmente, en el ámbito del Derecho Internacional, un hito fundamental será el de la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1985 –en la que por primera vez las Naciones Unidas dedican una resolución a las víctimas– y que culminará con la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 2005 sobre *Los principios y directrices básicos sobre los derechos de las víctimas*. Será este texto normativo el que de forma más detallada y sistemática fije los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición y las correlativas obligaciones de los Estados –incluso ante violaciones de perpetradores no estatales– haciendo suya una importante jurisprudencia de la Corte Interamericana que desde los años 80 había ido abriendo ese camino.

En el campo específico del Derecho Penal Internacional, ni los primeros antecedentes de Nuremberg y Tokio, ni los primeros pasos de una justicia penal internacional durante los años 90 con los tribunales *ad hoc* de Yugoslavia y Ruanda reflejaron los progresos que habían tenido lugar en los Estados más avanzados a nivel interno, así como a nivel normativo y jurisprudencial en los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos. Solamente con la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en 1998, puede hablarse, propiamente, de un cambio de paradigma en este campo.

Este primer cambio de paradigma –la nueva posición de las víctimas– supondrá a su vez –como bien explica el autor– un segundo cambio de paradigma en los procesos de justicia transicional, pasando de la disyuntiva entre justicia y paz (*justicia vs. paz*) a la complementariedad y retroalimentación entre ambos conceptos (*paz con justicia*). Como se defiende en la *Declaración de Nuremberg sobre Paz y Justicia*, “las víctimas son un elemento central de la consolidación de la paz, la justicia y la reconciliación y deben participar activamente en estos procesos. Debe asignarse a sus intereses una alta priori-

dad". Como advierte el profesor Vacas, aunque este enfoque centrado en las víctimas, a pesar de los avances, aún no ha cristalizado, debe ser aceptado e interiorizado e informar todo el desarrollo del sistema, tanto en su vertiente de reconocimiento y conceptualización de las víctimas de crímenes internacionales, como de conformación de un completo y efectivo estatuto jurídico internacional de las mismas. De esta forma, estos dos cambios de paradigma llevan necesariamente a limitar los márgenes de maniobra de los actores en las negociaciones de todo proceso de paz que conduzca a un periodo transicional, a limitar la discrecionalidad del poder por medio del Derecho, de forma que como afirma el autor, hoy ya el terreno de juego político "no es un estado de naturaleza anárquico, sometido a los dictados del que más pueda; sino que se encuentra delimitado necesariamente por el marco jurídico que impone el principio de legalidad tanto internacional como interno" y que supone el respeto a los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.

Una vez realizado un importante ejercicio de fundamentación en el capítulo I, el autor emprende en el capítulo II la necesaria conceptualización de víctima de crímenes internacionales, jurídicamente esencial al tratarse ya de un sujeto titular de derechos. Al reconocer un estatuto jurídico propio a la víctima, ya como víctima únicamente, conformado por derechos exigibles y que apelan directamente al Estado en forma de obligaciones jurídicas vigentes, su definición se torna jurídicamente necesaria, especialmente en sede judicial, donde se hacen valer dichos derechos y se comprueba el cumplimiento de las correlativas obligaciones. Sin embargo, como afirma el autor, la definición de víctima de crímenes internacionales no es una cuestión sencilla, y plantea problemas y debates importantes, como, por ejemplo, la adopción de una definición estricta o más abierta de víctima o la cuestión de la distinción entre víctimas y el posible, o no, reconocimiento de estatutos jurídicos diferenciados para unas y otras.

Así, Félix Vacas advierte de cómo, a partir de los años 80, la referencia a las víctimas comienza a incluirse en tratados y otros documentos internacionales, como la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, la *Convención contra la Tortura* o la *Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas*. Sin embargo, la definición de víctima no ocurrirá hasta 1985, a través de la ya citada *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de de-*

litos y del abuso del poder, que distingue entre víctimas directas e indirectas, algo que también harán los citados *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas*, de 2005. Y a nivel convencional habrá que esperar a los tratados adoptados ya en la primera década de 2000 para encontrar las primeras definiciones de víctima, como la *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas* de 2006 (art. 24.1) o la *Convención sobre Municiones en Racimo* de 2010 (art. 2.1).

En todo caso, deben destacarse en esta conceptualización de las víctimas, diferentes temas. En primer lugar, la definición de víctima parte del daño ocasionado por la violación de los derechos producida por el crimen internacional cometido como consecuencia de una violación manifiesta de derechos humanos y/o grave de DIH; daño que, a su vez, se define de la manera más amplia posible –cualquier tipo de daño– y sobre el que existe una presunción favorable (siempre *iuris tantum*) de existencia del mismo. En segundo lugar, la idea de que las víctimas pueden ser individuales o colectivas. En tercer lugar, debe destacarse la ausencia en las definiciones citadas, de referencia al victimario, que de esta forma puede ser cualquiera, agente del Estado o no. Finalmente, destaca la cuestión de la ampliación del concepto a las víctimas indirectas, cuestión todavía abierta y debatida y a la que el autor dedica el resto del segundo capítulo. La cuestión no es baladí y plantea múltiples facetas. Así, por un lado, en los *Principios y Directrices Básicos de los Derechos de las Víctimas* de 2005, la ampliación del concepto de víctima a las víctimas indirectas –recogida inicialmente en los *Principios Fundamentales de Justicia* de 1985– se ve doblemente relativizada. De un lado, la locución “cuando corresponda” hace que, frente a las víctimas directas, que lo son siempre que respondan a la definición establecida, las víctimas indirectas podrán o no ser reconocidas como víctimas por los órganos competentes; de otro, la expresión “en conformidad con el derecho interno” significa que la concreción de cuándo lo serán, en el caso de que la competencia sea ejercida por los Estados, se reenvía a lo establecido por su derecho interno. Sin embargo, poco a poco, al menos en el ámbito convencional universal, se va incorporando sin matices al concepto de víctima todas las víctimas secundarias o indirectas, como muestran la *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas* de 2006 y la *Convención sobre municiones en Racimo* de 2010. E Igualmente, es expansiva en esta cuestión la jurisprudencia de los tribunales regionales de Derechos humanos, no solo de la Corte Interamericana sino también del TEDH, que el autor revisa

en la penúltima parte de este capítulo, dedicando el último apartado a la conceptualización de víctima en el derecho penal internacional, y más concretamente en la Corte Penal Internacional.

A partir de aquí inicia el profesor Félix Vacas la segunda parte de este trabajo, dedicada a abordar el análisis del contenido del estatuto jurídico internacional de la víctima de crímenes internacionales desde una perspectiva internacionalista y distinguiendo entre su elaboración en el campo de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y en la Corte Penal Internacional.

De esta forma, el capítulo III inicia con un análisis del proceso de reconocimiento de los derechos de las víctimas en el derecho internacional y sus principales características. Se trata de un proceso fragmentario (como opuesto a centralizado) en el que, a pesar del cierto liderazgo de Naciones Unidas, no pueden ni deben minusvalorarse las aportaciones al mismo de los sistemas de protección de derechos humanos más avanzados a nivel regional –el europeo y el interamericano–. Pero, además, con gran razón, el profesor Félix Vacas apunta también que a pesar de ese carácter fragmentario, el mismo no ha supuesto una ralentización en la conformación de ese estatuto internacional de la víctima, sino más bien al contrario, de manera continua y a través de la retroalimentación de los diferentes sistemas, se ha construido un cuerpo general, coherente y que ha cristalizado y logrado extenderse también al nivel del Derecho interno de los Estados con gran rapidez.

Por lo que respecta al sistema universal, destacan los dos textos de los que ya se ha hablado anteriormente, tanto la Declaración sobre los *Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y de Abuso de Poder* (Resolución 40/34 AG NU de 1985), como, especialmente, los *Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas* (Resolución 60/147 AG UN de 2005), elemento esencial tanto en la regulación en el derecho interno de los diferentes Estados del estatuto jurídico de las víctimas como en la maduración del nuevo paradigma y la asunción de las consecuencias jurídicas del mismo tanto en su dimensión internacional como nacional, con el reconocimiento de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no-repetición. A este último texto, le seguirán, posteriormente, el *Conjunto de Principios Actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad* (también de 2005) y la creación, en 2011, de la Relatoría Especial sobre promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no-repetición, todos ellos analizados en la obra que aquí se recensiona.

Posteriormente, se analiza, el sistema europeo, o quizás mejor, como lo denomina el autor, los sistemas europeos, al tratarse de dos sistemas distintos enmarcados por dos organizaciones internacionales diferentes, el Consejo de Europa y la Unión Europea.

Los primeros esfuerzos tienen lugar en el marco del Consejo de Europa a partir de la década de los 80 del pasado siglo, y no limitados solamente a las víctimas de crímenes internacionales, sino de forma más general a las víctimas de delitos violentos. Así, se analizan el *Convenio Europeo relativo a la indemnización de infracciones violentas* (1983), que contiene las normas mínimas de indemnizaciones que debe otorgar el estado donde se cometió el delito, y la *Recomendación sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal* (1985), con medidas a favor de las víctimas en dicho ámbito. Igualmente, se analizan, en el ámbito de las víctimas del terrorismo, las *Guías sobre derechos humanos y lucha contra el terrorismo*, aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 2002 y su desarrollo en las *Guías sobre la protección de las víctimas de actos terroristas* de 2005, cuyos principios se extenderán al año siguiente a las víctimas de cualquier delito en la *Recomendación sobre asistencia a víctimas de delitos*, donde se recogen, ya con carácter general, los derechos de las víctimas a la asistencia, información, acceso a la justicia, a una reparación por parte del Estado, a la protección física y psicológica así como a la no revictimización.

A toda la anterior normativa habría que unir, en el ámbito europeo, la de la Unión Europea, mucho más tardía –al no iniciar hasta la creación del *Espacio de libertad, seguridad y justicia* en el Tratado de Ámsterdam, en 1997– pero, como afirma el autor, con un desarrollo más intenso y profundo que es analizado con finura y en el que se recogen normas como la *Orden Europea de Protección* (Directiva 2011/99/UE), la Directiva 2012/29/UE, *por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, o el Reglamento 606/2013, *sobre reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil*, que se unen a la Directiva 2004/80/CE, de abril de 2004, *sobre indemnización a las víctimas de delitos*.

La segunda parte del capítulo –después de un último apartado de la primera parte dedicado a la relevancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la extensión y consolidación de los derechos de las víctimas– se centra ya en el contenido en sí del estatuto jurídico internacional de las víctimas a través del análisis de instrumentos normativos y práctica –jurisprudencial en los ámbitos regionales y de los distintos

órganos de las Naciones Unidas de derechos humanos, en el ámbito universal- que hacen referencia a los derechos de las víctimas, o más bien grupos de derechos, como afirma el autor, ya que cada uno de ellos entraña a su vez diferentes derechos y las correlativas obligaciones de los Estados. Este parte me resulta especialmente gratificante no solamente por su exhaustividad sino también porque el autor no se limita a analizar los derechos a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, en la fórmula habitual empleada para referirse a los derechos de las víctimas. Además, de forma creo que muy convincente, el autor inicia dicha parte haciendo referencia a dos derechos –o grupos de derechos- que derivan de la propia dignidad de la víctima como persona humana y del derecho de acceso efectivo a la justicia, respectivamente, y que se manifiestan especialmente, aunque no únicamente, en el ámbito procesal, lo que hace que tengan ciertas peculiaridades en lo que hace a su menor desarrollo y maduración: los derechos de protección y participación.

Por último, el capítulo IV trata sobre el estatuto jurídico de la víctima reconocido por la Corte Penal Internacional. Como el autor expresa desde el inicio del mismo, la llegada *del tiempo de los derechos* para las víctimas a nivel procesal penal internacional ha sido más tardía –y hasta la creación de la CPI su papel era básicamente el de testigos-, pero ha sido esta asunción la que cristalizara este proceso de cambio, y su propia práctica y jurisprudencia la que está haciendo avanzar y difundir más internacionalmente sus consecuencias jurídicas.

La primera parte del capítulo se centra en la estructura institucional de la Corte Penal Internacional para la asistencia y protección a víctimas, destacando en esta parte la *Dependencia de Víctimas y Testigos*, la *Sección para la Participación y Reparación de las Víctimas*, la *Oficina Pública de Defensa de las Víctimas*, y el *Fondo Fiduciario Fiduciario para las Víctimas*, cada uno de ellos analizado por el autor por separado, aunque de forma somera.

Sin embargo, donde sí hay un desarrollo más amplio es en la segunda parte del capítulo, dedicado a los derechos de la víctima ante la Corte Penal Internacional. Aquí, los derechos de acceso a la justicia, participación, protección, reparación e información –en su doble vertiente, instrumental de los anteriores, y autónoma que implica el derecho a la verdad- que conforman el estatuto jurídico de las víctimas de crímenes internacionales, son analizados a la luz de la normativa de la Corte Penal Internacional –tanto el Estatuto como las Reglas de Procedimiento y Prueba- y su jurisprudencia, haciéndose

–además– comparación, en varios casos, con los avances que esto ha supuesto en relación a los tribunales penales internacionales *ad hoc* y dividiendo la segunda parte de dicho capítulo en tres secciones dedicadas, respectivamente, a la protección y asistencia de víctimas y testigos, la participación de las víctimas ante la CIP y la reparación de las víctimas por parte de este tribunal.

En definitiva, se trata de una exhaustiva, estimulante y original obra la que ha escrito el profesor Félix Vacas, cuya lectura no puedo más que recomendar para todos aquellos interesados en el campo de los derechos humanos y, especialmente, a quienes trabajamos en el ámbito de la justicia de transición, el derecho penal internacional o los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. Estoy seguro que cuando terminen sus páginas, al igual que ocurre con gran parte de las cosas buenas de esta vida, les habrá sabido a poco y desearán más.

JAVIER DORADO PORRAS
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: javier.dorado@uc3m.es

NOTICIAS

**Inauguración del nuevo curso académico 2023-2024
en el Instituto de Derechos Humanos “Gregorio Peces-Barba” (IDHPB)
de la Universidad Carlos III de Madrid**

El día 11 de septiembre tuvo lugar la inauguración del nuevo curso académico 2023-2024 en el Instituto de Derechos Humanos “Gregorio Peces-Barba” (IDHPB) de la Universidad Carlos III de Madrid (UC3M). Tanto docentes como el alumnado pudimos compartir un espacio en donde la Dirección del IDHPB, la Dirección de nuestros programas de estudios, así como la presidencia de la Asociación de Estudiantes y Egresados y Egresadas (AEEIDHPB), dieron la bienvenida a todos y todas las estudiantes que han decidido completar su formación en nuestra universidad. En este sentido, entre los programas que acogerán a los y las estudiantes durante este curso se encuentran: el Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, el Máster en Derechos Fundamentales; también incluye los estudios de Doctorado y de los Másteres online, el Máster online en Derechos Fundamentales y el Máster online en Filosofía Jurídica y Política Contemporánea.

El acto de inauguración, al igual que otros años, se realizó en formato bimodal; esto permitió que algunas personas que no se encontraban en la Universidad pudieran seguir la totalidad de la jornada. Entre las personas que nos acompañaron de manera telemática estaba Jaime Rojas Castillo, Presidente del Consejo Directivo de la AEEIDHPB. En su intervención explicó la labor de la Asociación, cuyo principal objetivo es el encuentro de estudiantes y egresados y egresadas para la planificación de actividades relativas a los derechos humanos, e invitó a las nuevas y nuevos estudiantes a sumarse al IV Congreso internacional que tendrá lugar los días 29 y 30 de noviembre y 1 de diciembre.

También en formato on-line, tuvimos el placer de contar con la participación de Felipe González Morales, Relator Especial sobre los Derechos Humanos de las Personas Migrantes de Naciones Unidas, quien protagonizó la Conferencia Inaugural hablando sobre “Migraciones y Derechos Humanos”. Su exposición nos sirvió, entre otras cosas, para comprender me-

jor el enorme desafío que supone abordar, en el contexto actual, la cuestión de las migraciones desde una perspectiva de derechos.

Además de la oferta de estudios de posgrado, la Directora del IDHPB y Catedrática de Filosofía del Derecho por la UC3M, María del Carmen Barranco, informó sobre otras actividades de investigación y difusión que se llevan a cabo dentro del Instituto; entre ellas: la Clínica Jurídica Javier Romañach Cabrero; los Talleres del Instituto, como el Taller de Pluralismo Cultural y Minorías; el Seminario de Teorías Críticas; los Encuentros de Dertecnia, etc. Todas ellas son actividades con un gran valor académico y humano, y que se ponen a disposición del alumnado para contribuir a su formación con un enfoque de derechos.

Entre las actividades destacadas, la Jornada de la RED “El tiempo de los Derechos” tendrá lugar los días 16 y 17 de Noviembre en la Universidad de Deusto, Bilbao. En dicha jornada, compañeros y compañeras de investigación en Filosofía Jurídica y Derechos Humanos podrán reunirse para intercambiar impresiones sobre los retos que presenta el estudio de los derechos humanos en todos sus niveles.

En el área de la investigación, el Catedrático de Filosofía del Derecho de la UC3M y parte del equipo del IDHPB, Rafael de Asís Roig, ha dirigido un grupo de trabajo que durante todo el año ha elaborado un importante Estudio “Sobre los procesos de desintitucionalización y transición hacia modelos de apoyo personalizados y comunitarios” que en diciembre de 2023 publicará los resultados. El estudio tiene como objetivo principal contribuir en la transición hacia un modelo de cuidados basado en el marco de los derechos humanos, desde un enfoque de desarrollo comunitario y centrado en el proyecto de vida de cada persona.

Un curso más, conforme al legado de Gregorio Peces-Barba y gracias al profundo compromiso de todas las personas que contribuyen al crecimiento de esta comunidad, el Instituto de Derechos Humanos “Gregorio Peces-Barba” es una plataforma imprescindible para el impulso, desarrollo y mejora en la investigación y la lucha por los derechos de todas las personas.

ISABEL GARCÍA SÁNCHEZ-MAYORAL

**I Seminario sobre la autonomía personal:
avances, tecnología y programas,
Universidad Carlos III de Madrid, 5 y 6 de octubre de 2023**

El Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid organizó con la Fundación 360 para la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad el *“I Seminario sobre la autonomía personal: avances, tecnología y programas”* los días 5 y 6 de octubre de 2023 en el campus de Getafe. El evento se desarrolló en el marco de dos grandes temas: 1. La autonomía y asistencia personal; y, 2. La desinstitucionalización. Estuvo integrado por diferentes panelistas procedentes del mundo asociativo, político, académico y profesional.

En la inauguración participaron Pablo Gómez-Tavira Gómez-Tavira, Viceconsejero de Familia, Juventud y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, Daniel Pérez del Prado, Vicerrector Adjunto de Relaciones Institucionales e Inclusión de la Universidad Carlos III de Madrid, María del Carmen Barranco Avilés, Directora del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid y Francisco Javier Font García, Presidente de la Fundación 360 para la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad.

El *“I Seminario sobre la autonomía personal: avances, tecnología y programas”* inició el día 5 octubre de 2023 con la presentación de una ponencia marco a cargo de Ana María Marcos del Cano, Directora del Departamento de Filosofía Jurídica y Catedrática de Filosofía Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) sobre *“Bioética y derechos humanos: hacia la autonomía personal”*.

La catedrática de la UNED empezó su intervención explicando que, en la mitad del siglo XX los avances científicos y tecnológicos en los ámbitos de la salud y la biomedicina, han dado lugar a una nueva disciplina denominada bioética desde la cual se están planteando nuevas cuestiones éticas y jurídicas como los principios incorporados en el informe Belmont de 1978, esto es, el principio de autonomía, el principio de beneficencia; y, el principio de justicia.

Resaltó la idea de que los derechos humanos son un elemento legitimador indispensable de cualquier Estado democrático y que la implementación del derecho a la asistencia personal de las personas con discapacidad como un medio para garantizar su autonomía personal y la configuración de su proyecto vital que está incorporado en la Convención sobre los derechos de

las personas con discapacidad representa un nuevo desafío para la sociedad en su conjunto.

En la primera sesión sobre *“Autonomía y asistencia personal”* participaron Sergio González Pérez. Patrono de Fundación 360 para la Autonomía Personal. Ignacio Campoy Cervera. Vocal Asesor del Real Patronato sobre Discapacidad y Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Ítalo Álvarez Lozano. Doctorando en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid y Miguel Ángel Valero Duboy. Profesor Titular de Ingeniería y Sistemas de Telecomunicación de la Universidad Politécnica de Madrid.

Sergio González Pérez en su presentación *“La asistencia personal en España y a nivel internacional”* manifestó que el derecho a la asistencia personal de las personas con discapacidad es el camino para una igualdad real de derechos y oportunidades, mismo que constituye un hito para el cambio de paradigma del modelo tradicional de cuidados hacia la desinstitucionalización. En su intervención ha explicado el origen de la figura de la asistencia personal en los Estados Unidos de Norteamérica y cómo funciona el modelo de la asistencia personal en Europa y España.

Ignacio Campoy Cervera en su exposición sobre la *“Perspectiva pública de la autonomía personal”* explicó en qué consiste la autonomía de las personas con discapacidad conforme al modelo de los derechos humanos, en sus palabras, “en el máximo desarrollo de su personalidad a través del ejercicio de su propia libertad de elección”. Por otro lado, señaló que la institucionalización de determinados grupos derivada de su especial consideración de vulnerabilidad, es en sí misma una situación de discriminación que impide el desarrollo de su personalidad.

Además, indicó que el método tradicional de cuidado es incompatible con el modelo de derechos humanos y que la estrategia de desinstitucionalización representa una oportunidad para la superación de este y con ello pasar de la segregación e integración hacia la inclusión ya que la desinstitucionalización está dirigida a garantizar a todas las personas una vida independiente en la familia y la comunidad con los apoyos y asistencia necesarios tomando en cuenta que la consecución de los planes de vida personales solamente es posible en dichos ámbitos.

Ítalo Álvarez Lozano en su conferencia sobre *“Inteligencia artificial y discapacidad”* abordó el impacto de la Inteligencia Artificial en las personas con discapacidad. Empezó explicando que los algoritmos que usa la Inteligencia Artificial no son neutrales ya que tanto su diseño como los datos que utiliza

esta tecnología incorporan sesgos y prejuicios, en este caso, en perjuicio de las personas con discapacidad. Agregó que la regulación de la Inteligencia Artificial en materia de discapacidad, aunque carece de un enfoque específico, en términos generales, está dirigida a incorporar determinados principios para que el desarrollo de esta tecnología sea ético.

Miguel Ángel Valero Duboy, en su charla *“Accesibilidad inteligente para la autonomía de las personas”*, empezó señalando que un entorno es accesible cuando es disfrutable por la gran mayoría de personas. Explicó que la tecnología con accesibilidad inteligente para las personas es sostenible ya que no solo está desarrollada para las personas sino por las personas. Según el profesor de la Universidad Politécnica de Madrid la tecnología inteligente se adapta a la demanda de accesibilidad de las personas de forma personalizada considerando las circunstancias personales de cada individuo en relación con su entorno y con ello garantizando su autonomía personal.

En la jornada del 6 de octubre sobre *“Desinstitucionalización”* participaron Susana González Villegas. Trabajadora social en accesibilidad y vida independiente de la Confederación Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica COCEMFE, Esther Sanz Umán. Trabajadora social especializada en el ámbito de la salud mental y la atención a la dependencia de la Federación de Asociaciones de Personas con Discapacidad Física y Orgánica de la Comunidad de Madrid FAMMA y Patricia Cuenca Gómez. Secretaria Académica del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba y Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid.

Susana González Villegas explicó en qué consiste el *“Proyecto Rumbo”*, su objetivo y la visión de los profesionales, así como sus experiencias personales. Resaltó que esta iniciativa pretende impulsar modelos innovadores para apoyar a la autonomía personal y vida independiente de las personas con discapacidad y, con ello, garantizar su efectiva inclusión en la sociedad. Indicó que el proyecto se basa en cinco principios: 1. El derecho a la autonomía personal; 2. El diseño de accesibilidad universal; 3. La concepción de la persona en el centro del diseño; 4. Un modelo social basado en los derechos humanos; y, 5. La igualdad de oportunidades y no discriminación.

Esther Sanz Urmán, presentó el Proyecto *“Transición a la vida independiente”*. Empezó su intervención indicando que el servicio de transición a la vida independiente es un programa de la Comunidad de Madrid puesto en marcha por la Consejería de Familia, Juventud y Asuntos Sociales y gestionado por FAMMA-COCEMFE. Explicó las características principales de este servicio y

su objetivo. Además, resaltó que esta iniciativa implementa técnicas y estrategias para el desarrollo de la autonomía de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de su vida para que puedan desarrollar sus capacidades y alcanzar una vida independiente y la inclusión en la comunidad.

Patricia Cuenca Gómez, explicó el marco referencial y conceptual del estudio de desinstitucionalización elaborado por el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba y el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 del Gobierno de España, mismo que se desarrolla a partir de una visión social de la discapacidad con un enfoque de derechos humanos. Señaló que el estudio empieza identificando los elementos del modelo asistencialista tradicional de atención, cuidado y apoyo a las personas con discapacidad, el cual no se dirige a la promoción de los derechos sino a proteger la seguridad de las personas y advirtió que este modelo es de carácter individualista y olvida la importancia de la comunidad en el desarrollo de las personas y su proyecto vital.

Finalmente, planteó que la desinstitucionalización significa eliminar los elementos de la cultura institucional y que debe ser entendida como un proceso de cambio en la manera que se proveen los cuidados y servicios a favor de las personas con discapacidad en todos los entornos con un enfoque centrado en los derechos humanos que respete sus elecciones y promueva su participación social e inclusión en la comunidad y, agregó que, la desinstitucionalización está vinculada directamente con el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad conforme al artículo 19 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Para terminar, en la clausura del *“I Seminario sobre la autonomía personal: avances, tecnología y programas”* participaron Jesús Martín Blanco. Director General de Derechos de las Personas con Discapacidad del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, María del Carmen Barranco Avilés. Directora del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid y Francisco Javier Font García. Presidente de la Fundación 360 para la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad.

El *“I Seminario sobre la autonomía personal: avances, tecnología y programas”* puede ser consultado en el catálogo audiovisual de la Universidad Carlos III de Madrid a través del siguiente link: <https://media.uc3m.es/series/6523b1c99b2ac013a163c905>

SEBASTIÁN IBARRA GONZÁLEZ

Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Ciencia Política -IPSA-, Buenos Aires, 15 al 19 julio 2023

El Congreso Mundial de Ciencia Política organizado por IPSA se celebró de forma presencial en la ciudad de Buenos Aires –y con una reducida participación virtual– del 15 al 19 de julio de 2023. El programa del Congreso, cuyo tema fue “Politics in the Age of Transboundary Crises: Vulnerability and Resilience”, fue organizado por los co-Chairs del programa Euiyoung Kim, de la Universidad Nacional de Seúl y Theresa Reidy, del University College Cork.

El Congreso Mundial de 2023 fue uno de los más exitosos de la historia de la Asociación Internacional de Ciencia política -IPSA- ya que se inscribieron 3.096 participantes procedentes de 102 países de todo el mundo. De entre estos inscritos, el 45% eran mujeres (el 46% de los asistentes presenciales). Más del 43% de los participantes inscritos procedían de un país sudamericano (38% de los participantes presenciales).

El Congreso fue un gran éxito, los investigadores presentaron sus investigaciones en más de 80 sesiones que abarcaron una amplia gama de temas. Además, los delegados de América Latina representaron el 43% de la asistencia total. Se trata de una noticia muy prometedora, en línea con la misión clave de IPSA de apoyar el desarrollo de la Ciencia política en todo el mundo.

El Congreso ofreció un programa rico y diverso, con 2.829 ponencias aceptadas, 647 paneles (568 presenciales y 79 virtuales), 4 sesiones plenarias, 12 sesiones especiales y 4 sesiones de premios. El programa cubrió los principales subcampos de la Ciencia política, y los Comités de Investigación organizaron 368 paneles sobre sus temas específicos.

Es destacable la labor de los participantes, presidentes de sesión y los –muy atentos– voluntarios, cuyas contribuciones e incansables esfuerzos garantizaron el éxito de este Congreso Mundial. El Comité Organizador Local de Buenos Aires tuvo como co-presidentes a Martín D’Alessandro y María Laura Perera Taricco y la Universidad anfitriona fue la Universidad Católica Argentina.

Con el Congreso Mundial de Ciencia Política IPSA 2023 ya convertido en un grato recuerdo, se pudo reflexionar sobre las inestimables contribuciones y las productivas colaboraciones que han hecho avanzar el campo de la Ciencia política. El próximo Congreso Mundial IPSA se celebrará en Seúl, Corea del Sur, del 12 al 16 de julio de 2025. Este evento tan esperado reunirá

a académicos, investigadores y profesionales de todo el mundo para continuar con la tradición de intercambio intelectual, exploración interdisciplinaria y nuevas e interesantes perspectivas.

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE

CV DE LOS PARTICIPANTES

RAFAEL DE ASÍS

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 Románach del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba. Además, es responsable de la Red “El Tiempo de los Derechos”.

MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS

Es Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid y Directora del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba. Ha impartido docencia en diversas disciplinas de su especialidad en grado y postgrado, ámbito en el que ha colaborado con otras Universidades europeas y americanas. Fue codirectora de la Clínica Jurídica de la uc3m y directora de la Clínica de Derechos Humanos, con la que continúa trabajando.

Su investigación se ha desarrollado en torno a dos grandes temas, el relativo a la aplicación y la interpretación del Derecho y los retos contemporáneos a la universalidad de los derechos humanos. A propósito del segundo, sus líneas prioritarias de investigación en los últimos años se han referido a la igualdad y no discriminación desde la perspectiva de los grupos en situación de vulnerabilidad. Sobre esta cuestión ha trabajado en diversos proyectos de investigación y ha publicado dos monografías, nueve artículos y dieciocho colaboraciones.

Asimismo, ha compaginado su actividad docente e investigadora con tareas de gestión, de modo que por ejemplo ha sido Vicedecana del Doble Grado en Derecho y Ciencias Políticas, del Doble Grado en Estudios Internacionales y Derecho, de Igualdad y Cooperación, Codirectora de la Clínica Jurídica en la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas y Vicerrectora Adjunta de Orientación y Discapacidad en la Universidad Carlos III de Madrid.

ALESSANDRA FACCHI

Enseña Filosofía y Política del Derecho y Teoría y Práctica de los Derechos Humanos en la Universidad de Milán. Desde 2021 es Presidente del Comité de Dirección de la Facultad de Ciencias Económicas, Políticas y Sociales de la citada universidad. Entre las publicaciones más relevantes, destacan: *I diritti nell'Europa multiculturale: Pluralismo normativo e immigrazione* (2001); *Breve storia dei diritti umani. Dai diritti dell'uomo ai diritti delle donne* (2013); (con N. Riva y S. Falchetta) *An Introduction to Fundamental Rights in Europe. History, Theory, Cases* (2020); (con O. Giolo) *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto* (2022). Su volumen más reciente: (con O. Giolo) *Una storia dei diritti delle donne* (2023). Curriculum extenso: https://work.unimi.it/chiedove/cv/alessandra_facchi.pdf

MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE

Catedrática de Filosofía del Derecho y Directora del departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Profesora del Máster en Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces Barba de la UC3M, Profesora del Master y Doctorado en Derechos Humanos y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Profesora visitante en varias Universidades de Latinoamérica y Europa, articulista en prensa española, en Revistas especializadas nacionales e internacionales, autora de varios libros individuales y colectivos. Sus áreas de trabajo son: Filosofía Política, Derechos Humanos, Sociología Jurídica, Globalización, Ciudadanía, Multiculturalismo e Interculturalidad. Entre sus últimas publicaciones cabe destacar *Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos* (2004), *Mercado sin Ciudadanía. Las falacias de la Globalización Neoliberal* (2005), *Los Derechos Humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna* (2006), *Sistemas Jurídicos: Elementos para un Análisis Sociológico* (2006, en coautoría con A. J. Arnaud), *Culturas y Religiones en* (2007, en coautoría con J. J. Tamayo), *Democracia y Pluralismo. Una mirada hacia la Emancipación* (2014), *“Neoliberalismo versus Democracia”*, (2018), *Neofascismo e o Capitalismo do 1%*, (2020, en coautoría con M. D’Ambroso).

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA

Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política. Profesor emérito de la Universidad Carlos III de Madrid. Ha sido profesor en las Universidades Complutense y Autónoma de Madrid y en la Universidad de Cantabria. Autor de diez monografías, más de ciento cincuenta artículos de investigación y editor o coautor de siete libros. Sus campos de estudio son la Filosofía del Derecho, la Filosofía Política, la Teoría de los derechos humanos y la Historia de las ideas políticas y jurídicas españolas de los últimos dos siglos. Es codirector de la Historia de los derechos fundamentales (22 volúmenes). También ha sido Vicerrector de las Universidades Autónoma de Madrid y de la de Cantabria, Director del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Director del Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid.

TOMMASO GRECO

Es catedrático de Filosofía del Derecho en el Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa, donde también es director del Centro Interdepartamental de Bioética. Dirige la serie “Bobbiana” de la editorial Giappichelli y la revista de historia de la filosofía del derecho “Diacronia”. Ha publicado libros y artículos sobre el pensamiento de Norberto Bobbio y Simone Weil y ensayos sobre la relación entre derechos y deberes.

MARINA LALATTA COSTERBOSA

Es Profesora de Filosofía del Derecho y Bioética en el Departamento de Filosofía y Estudios de la Comunicación y miembro del Comité de Bioética (2016-2021) de la Universidad de Bolonia. Sus libros más recientes son *Il silenzio della tortura. Contro un crimine estremo* (Roma, 2016), *Orgoglio e genocidio. L’etica dello sterminio nella Germania nazista* (con A. Burgio, Roma, 2016), *¿Legalizar la tortura? Auge y Declive del Estado de Derecho* (con M. La Torre, Madrid, 2018), *Il bambino come nemico. L’eccezione humboldtiana* (Roma, 2019), *Günther Anders* (Bolonia, 2023).

BALDASSARE PASTORE

Es catedrático de Filosofía del Derecho en el Departamento de Derecho de la Universidad de Ferrara. Fue decano de la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Es presidente de la Sociedad Italiana de Filosofía del Derecho (SIFD). Es director de la "Rivista di filosofia del diritto/ Journal of Legal Philosophy" y codirector de "Ars Interpretandi. Revista de hermenéutica jurídica". Ha publicado libros y artículos sobre los principios jurídicos, la noción de tradición en el Derecho, el juicio judicial y la prueba, la interpretación jurídica, las fuentes del Derecho, los derechos humanos, el pluralismo cultural, la vulnerabilidad.

ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO

Es profesor Emérito de la Universidad de Sevilla. Ha sido, durante más de cuatro décadas, Catedrático de Filosofía de Derecho de la Universidad de Sevilla de cuya Facultad fue Decano. Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia, en la que fue distinguido con el Premio Luigi Rava, realizó también estudios en las de Coimbra, Trieste, Friburgo de Brisgovia y Estrasburgo, en la que obtuvo el Diploma de la Facultad Internacional de Derecho Comparado. Becario del Max Planck Institut en Heidelberg y de la Fundación Juan March. Es miembro correspondiente de la Real Academias de Ciencias Morales y Políticas. Ha publicado numerosos libros y monografías sobre: historia del pensamiento jurídico; Teoría del Derecho, proyección de las Nuevas Tecnologías al Derecho; y la significación de los Derechos Humanos.

AGUSTÍN SQUELLA

Nacido en 1944. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la entonces sede de Valparaíso de la Universidad de Chile. Doctor en Derecho. Ha sido profesor de Introducción al Derecho y de Filosofía del derecho en la Universidad de Valparaíso y Universidad Diego Portales. Autor de libros sobre el contenido programático de esas dos asignaturas y, últimamente, sobre Igualdad, Libertad, Fraternidad, Democracia, Derechos Humanos, Desobediencia, y Justicia, en los que se analiza cada una de dichas palabras. Integró la ex Convención Constituyente de Chile y es Miembro de Número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile. Fue rector de la Universidad de Valparaíso (1990-1998) y en 2009 recibió el Premio Nacional de Humanidades y Ciencias Sociales. Integra el Consejo Científico de la revista *Derechos y Libertades*.

MARIO G. LOSANO

Tras haber sido docente en la Università degli Studi de Milán desde 1968, es ahora Profesor emérito de Filosofía del Derecho y de Introducción a la informática jurídica en la Università del Piemonte Orientale; profesor en la Escuela de Doctorado en Derechos e Instituciones en la Università degli Studi de Turín y en la Università de Milano Bicocca; socio nacional de la Accademia delle Scienze, Turín; Internationaler Korrespondent, Hans-Kelsen-Institut, Viena (desde 1972); Assoziierter Wissenschaftler, Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt (desde 2017). Sus principales ámbitos de investigación son la circulación de las ideas jurídicas fuera de Europa en el siglo XIX; la geopolítica, la informática jurídica, el e-government y la tutela de la privacidad. Bio-bibliografía completa –cerca de 700 artículos y 70 libros– en: www.mariolosano.it.

CRISTINA MONEREO ATIENZA

Es Catedrática (acreditada) de Filosofía del Derecho de la Universidad de Málaga. Su línea de investigación es derechos fundamentales, igualdad y derechos sociales, cuestiones de género y cultura jurídica. Tiene 6 monografías en las editoriales jurídicas españolas prestigiosas como Tirant lo Blanch, Dykinson y Comares (entre ellas *Ideologías jurídicas y cuestión social: el origen de los derechos sociales en España* -2007-, *Género y capacidades humanas* -2010-, *Hacia un concepto complejo de igualdad* -2012-, *Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas* -2015-, y *Universos de dignidad* -2018-). Asimismo ha co-dirigido 8 libros colectivos sobre derechos fundamentales, género o Artes y Derecho, ha publicado más de 30 capítulos de libro, más de 20 artículos y unas 20 reseñas bibliográficas en las revistas más prestigiosas de su área como *Anuario de Filosofía del Derecho*, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* o *Derechos y Libertades*, y extranjeras como *Archiv für Recht* (Alemania), *Studi Spanici* (Italia), *Seqüencia* (Portugal) o *Anamorphosis* (Brasil). Dirige el grupo de investigación SEJ406 “Teoría del Derecho, interpretación y razonamiento jurídico. Teoría de la argumentación jurídica. Derechos fundamentales”, y coordina desde hace 6 años un grupo permanente de innovación educativa sobre Artes y Derecho: PIE17-057, PIE19-072 y GPIE 22-175 de la Universidad de Málaga. Es subdirectora de la *Cátedra Abierta de Derecho y Literatura* de la Universidad de Málaga.

MARÍA JOSÉ BERNUZ BENEITEZ

En los últimos diez años la autora ha publicado principalmente en líneas de investigación relacionadas con el análisis de los derechos de los adolescentes en la justicia de menores en el ámbito nacional y comparado, de los conflictos del sistema penal y punitivo con los derechos fundamentales o las opciones que plantea la justicia restaurativa. Su investigación se integra en la perspectiva de la sociología jurídica del derecho penal y de los derechos humanos.

RAFAEL RODRÍGUEZ PRIETO

Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Entre sus publicaciones destacan *Poder e internet* (con Fernando Martínez) y *Ciudadanos soberanos*. Recientemente, coordinó un libro sobre el legado intelectual de Rosa Luxemburg y publicó “*The Hostile Use of Cyberspace and Its Implications as Means of Warfare*” en un libro colectivo sobre derecho y conflictos armados (Brill). Actualmente es IP de un proyecto FEDER sobre internet de las cosas (IoT).

FERNANDO SANTAMARÍA LAMBÁS

Es Profesor contratado doctor en la Universidad de Valladolid. Un sexenio de investigación. Docencia en (Derecho, Relaciones laborales y ADE). Especialidad en Derecho Eclesiástico del Estado. Algunas obras: *El proceso de secularización en la protección penal de la libertad de conciencia*, Universidad de Valladolid, 2002; “La necesidad de una ley integral de género”, en *Laicidad y Libertades* (2016); “El acuerdo entre la República Portuguesa y el Imamat Ismaili de 2010”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* (2013); “Los delitos contra la libertad sexual de los menores cometidos por miembros de confesiones religiosas”, *Derechos y Libertades* (2021), “El derecho a las relaciones personales abuelos-nietos en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo entre los años 2016 y 2020”, *Anales de derecho* (2022).

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 línea¹

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 teoria del diritto" en U. SCAPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*. Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

Articles included in periodic publications: N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm 1, 1981, pp.2-28;

In order to 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.- Title 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 line¹.

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 2024), 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(imprecindible)

Fecha:

Remitir a Dykinson, S.L. (C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid – Fax 915446040)

Los datos que nos facilite serán tratados con la máxima confidencialidad. Serán incorporados a nuestros ficheros a efectos de informarle sobre bibliografía, teniendo usted derecho a solicitar su consulta, actualización o anulación.

DERECHOS Y LIBERTADES
Periodicidad semestral (enero-junio)

SUSCRIPCIONES (envío incluido)

Suscripción formato papel

2 números 44,00 €
Número suelto 25,00 €

Suscripción on-line

2 números 40,00 €
Número suelto 22,00 €
Artículo suelto 6,00 €



ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS

- Los deberes en la edad de los derechos *por Bea, Emilia*
- Acceso a la justicia y vulnerabilidad *por Ansuátegui Roig, Francisco Javier. Barranco Avilés, M^a del Carmen. Editores*
- La ley de la confianza. En las raíces del Derecho *por Greco, Tommaso*
- 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, M^a Dolores*
- La plausibilidad del derecho en la era de la inteligencia artificial. Filosofía carbónica y filosofía silícica del derecho *por Campione, Roger*
- Filosofía de la vulnerabilidad. Percepción, discriminación, derecho *por Zanetti, Gianfrancesco*
- Los derechos de los animales en serio *por Rey Pérez, José Luis*
- La idea de persona y dignidad humana *por Bustamante Alarcón, Reynaldo*
- En defensa del estado de derecho. Debilidades y fortalezas del estado de derecho a propósito de las críticas de Carl Schmitt *por Campoy Cervera, Ignacio*
- El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral *por Marcos del Cano, Ana M^a (directora)*
- Mujeres con discapacidad: sobre la discriminación y opresión interseccional *por Serra, María Laura*

CONSULTE TODOS LOS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN EN
www.dykinson.com

CUADERNOS
"BARTOLOMÉ
DE LAS CASAS"



- El derecho frente a la exclusión. Los límites del derecho antidiscriminatorio *por Barranco Avilés, M^a del Carmen*
- Sobre la privación de la libertad por motivos de discapacidad. La cuestión de los internamientos voluntarios *por Cuenca Gómez, Patricia*
- Condición humana y derechos humanos. Algunas claves filosóficas para un modelo contemporáneo de derechos *por Barranco Avilés, M^a del Carmen*
- Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas. Superposiciones entre las teorías de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y el feminismo en la reformulación de conceptos y estrategias político-jurídicas *por Monereo Atienza, Cristina*

Debates del Instituto Bartolomé de las Casas

- Current issues on Human Rights *por Sungurov, Alexander, Fernández Liesa, Carlos, Barranco Avilés, María del Carmen et al (eds.)*
- 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

