

Número 23, Época II, junio 2010



INSTITUTO DE  
DERECHOS HUMANOS  
BARTOLOMÉ  
DE LAS CASAS

**HURI-AGE**  
Consolider-Ingenio 2010

*Dykinson, S.L.*  
EDITORIAL

# DERECHOS Y LIBERTADES

REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO y DERECHOS HUMANOS

## #23



# **DERECHOS Y LIBERTADES**

**Número 23, Época II, junio 2010**



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

*Dykinson, S.L.*

La revista *Derechos y Libertades* está incluida 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, DICE, MIAR y INRECEJ.

#### Redacción y Administración

*Revista Derechos y Libertades*  
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas  
Universidad Carlos III de Madrid  
c/ Madrid, 126  
28903 Getafe (Madrid)

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

#### Adquisición y suscripciones



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

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

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

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

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

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

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

**Director:**

GREGORIO PECES-BARBA (Universidad Carlos III de Madrid)

**Subdirectores:**

ÁNGEL LLAMAS (Universidad Carlos III de Madrid) Y FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI (Universidad Carlos III de Madrid)

**Secretarios:**

JAVIER DORADO PORRAS (Universidad Carlos III de Madrid) Y OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (Universidad Carlos III de Madrid)

*Consejo Científico*

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI  
(Universidad Carlos III de Madrid)  
RAFAEL DE ASÍS  
(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  
(Universidad Autónoma de Madrid)  
RONALD DWORKIN  
(New York University)  
EUSEBIO FERNÁNDEZ  
(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  
(Universidad de Valencia)  
JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA  
(Universidad de Cantabria)  
GREGORIO PECES-BARBA  
(Universidad Carlos III de Madrid)  
ANTONIO E. PÉREZ LUÑO  
(Universidad de Sevilla)  
PABLO PÉREZ TREMPES  
(Universidad Carlos III de Madrid)  
MICHEL ROSENFELD  
(Yeshiva University)  
MICHEL TROPER  
(Université de Paris X-Nanterre)  
AGUSTÍN SQUELLA  
(Universidad de Valparaíso)  
LUIS VILLAR BORDA (†)  
(Universidad Externado de Colombia)  
YVES-CHARLES ZARKA  
(Université René Descartes Paris 5-Sorbonne)  
GUSTAVO ZAGREBELSKY  
(Università di Torino)  
VIRGILIO ZAPATERO  
(Universidad de Alcalá)

*Consejo de Redacción*

MARÍA JOSÉ AÑÓN  
(Universitat de València)  
FEDERICO ARCOS  
(Universidad de Almería)  
MARÍA DEL CARMEN BARRANCO  
(Universidad Carlos III de Madrid)  
MARÍA DE LOS ÁNGELES BENGOCHEA  
(Universidad Carlos III de Madrid)  
DIEGO BLÁZQUEZ  
(Universidad Carlos III de Madrid)  
IGNACIO CAMPOY  
(Universidad Carlos III de Madrid)  
JAVIER DORADO  
(Universidad Carlos III de Madrid)  
MARÍA JOSÉ FARÍNAS  
(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  
(Universidad de Vigo)  
JESÚS GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI (†)  
(Universidad Complutense)  
CARLOS LEMA  
(Universidad Carlos III de Madrid)  
FERNANDO LLANO  
(Universidad de Sevilla)

JOSÉ ANTONIO LÓPEZ  
(Universidad de Jaén)  
ÁNGEL PELAYO  
(Universidad de Cantabria)  
MIGUEL ÁNGEL RAMIRO  
(Universidad Carlos III de Madrid)  
ALBERTO DEL REAL  
(Universidad de Jaén)  
JOSÉ LUIS REY  
(Universidad Pontificia de Comillas)  
JESÚS PRIMITIVO RODRÍGUEZ  
(Universidad Rey Juan Carlos)  
MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP  
(Universidad Carlos III de Madrid)  
JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ URIBES  
(Universidad Carlos III de Madrid)  
MARIO RUIZ  
(Universitat Rovira i Virgili)  
RAMÓN RUIZ  
(Universidad de Jaén)  
OLGA SÁNCHEZ  
(Universidad de Cantabria)  
JAVIER SANTAMARÍA  
(Universidad de Burgos)  
ANGELES SOLANES  
(Universitat de València)  
JOSÉ IGNACIO DEL SOLAR  
(Universidad de Cantabria)



## Sentido de la Revista

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

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

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



## ÍNDICE

<b>Nota del Director</b> .....	11
<b>Antonio BERISTAIN, <i>In memoriam</i></b> .....	15

## ARTÍCULOS

<b>La relación amigo-enemigo en la cultura política y jurídica moderna</b> .....	19
<i>The friend-enemy relationship in the modern political and legal culture</i> GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ	
<b>Derechos humanos y minorías nacionales en el siglo XX</b> .....	35
<i>Human Rights and National Minorities in the XXth Century</i> EDUARDO J. RUIZ VIEYTEZ	
<b>Los derechos sociales como derechos subjetivos</b> .....	73
<i>Social rights as legal rights</i> RICARDO GARCÍA MANRIQUE	
<b>La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Una lectura política y jurídica desde los derechos sociales</b> .....	107
<i>United Nations Declaration on the rights of indigenous peoples. A reading from political and legal social rights</i> ASIER MARTÍNEZ DE BRINGAS	
<b>Algunas aporías de la Educación para la Ciudadanía</b> .....	139
<i>Some aporias on Education for Citizenship</i> EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA	
<b>Sobre las virtudes cívicas. El lenguaje moral del republicanismo</b> .....	145
<i>On civic virtues. The moral language of republicanism</i> OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE	

<b>Las transformaciones de la familia tradicional y la igualdad sexual .....</b>	<b>183</b>
<i>Changes in the traditional family and sexual equality</i>	
M <sup>a</sup> OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ	
<b>Mujer y derechos económicos, sociales y culturales .....</b>	<b>221</b>
<i>Woman and economic, social and cultural rights</i>	
M <sup>a</sup> DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS	
<b>El reconocimiento del derecho al debido proceso en el Derecho internacional y su relacion con Estados Unidos: el caso Guantánamo .....</b>	<b>245</b>
<i>The recognition of the right to due process in the international Law and its relation with the United States: The case Guantanamo</i>	
FLORABEL QUISPE REMÓN	
<b>El concepto de ciudadanía en la tradición republicana .....</b>	<b>279</b>
<i>The citizenship concept in the republican tradition</i>	
RODRIGO SANTIAGO JUÁREZ	

#### RECENSIONES

Asunción Oliva Portolés, <i>La pregunta por el sujeto en la teoría feminista. El debate filosófico actual</i> .....	297
ALBERTO IGLESIAS GARZÓN	
Mario Ruiz Sanz, <i>La construcción coherente del Derecho</i> .....	305
ALFONSO GARCÍA FIGUEROA	
Ignacio Campoy Cervera, <i>La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección</i> .....	311
FERNANDO H. LLANO ALONSO	
Felipe Martínez Marzoa, <i>El concepto de lo civil</i> .....	323
RAFAEL RAMIS BARCELÓ	
Felipe González Vicén, <i>Escritos (1931-1949) (Con ocasión de su centenario)</i> .....	331
LUIS LLOREDO ALIX	

*Índice* 9

Silvina Ribotta, *John Rawls. Sobre (des)igualdad y justicia* ..... 341  
CRISTIÁN A. FATAUROS

**Participantes en este número** ..... 347



## NOTA DEL DIRECTOR

Abrimos este número 23 de *Derechos y Libertades* con un recuerdo de Antonio Beristain, fallecido el pasado 29 de diciembre. Con él queremos manifestar el pesar que desde el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas sentimos por la desaparición de este maestro del Derecho Penal y de la Criminología. Su dedicación, teórica y práctica, a las víctimas marcó su obra, que constituyó un motivo inspirador de los trabajos que desde hace años se desarrollan en la Cátedra de estudios sobre el terrorismo y sus víctimas, que lleva su nombre y que se integra en el Instituto. El cariño y el apoyo que prestó desde el primer momento al proyecto de la Cátedra constituyó un auténtico motor de la misma y es algo que hoy tenemos muy presente en este recuerdo.

Tras el reconocimiento a la obra y a la persona de Antonio Beristain, el número incluye una serie de trabajos que abordan cuestiones relevantes del panorama doctrinal en materia de teoría y práctica de los derechos fundamentales y también en el ámbito de la Filosofía política. El primer trabajo es el de Gregorio Peces-Barba en el que, bajo el título *La relación amigo-enemigo en la cultura política y jurídica moderna*, se analizan distintas dimensiones de la tesis de acuerdo con la cual la política debe entenderse bajo el prisma de la relación amigo-enemigo, tal y como ésta fuera expuesta y desarrollada por Carl Schmitt. En el trabajo no sólo se abordan las consecuencias directas de dicha tesis, sino que también se estudian diversas manifestaciones que de alguna manera trascenderían al pensamiento del jurista alemán, y que se referirían a algunas propuestas de la Iglesia católica, de los totalitarismos y de determinadas tesis mantenidas por posiciones extremistas islámicas.

Eduardo Ruiz Vieytez, en *Derechos humanos y minorías nacionales en el siglo XX*, desarrolla una de las partes de la investigación que, sobre la historia de los derechos en el último siglo, se viene impulsando y desarrollando en el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. El trabajo del profesor de la Universidad de Deusto se centra en el tratamiento del desa-

rollo que la protección de las minorías ha tenido en el marco del Derecho internacional en el siglo XX. Dicha protección, que ha constituido en muchos aspectos la punta de lanza del progreso del Derecho internacional, debe entenderse a la luz de la formulación ideológica de estos derechos, la articulación de específicas garantías jurídicas, y la caracterización de diferentes generaciones de normas protectoras de las minorías.

De la misma manera que hoy no podemos entender la teoría y la práctica de los derechos sin atender a la protección de las minorías nacionales, tampoco podemos eludir abordar la suerte de una categoría central en el discurso de los derechos, como la de los derechos sociales. La pregunta básica que Ricardo García Manrique plantea en *Los derechos sociales como derechos subjetivos* es la de si existen buenas razones para seguir manteniendo dicha categoría. Esta pregunta tiene sentido desde el momento en que estos derechos han sido sometidos, desde una perspectiva liberal, a una crítica que subraya su menor densidad deóntica respecto a los derechos liberales. En el trabajo se subrayan determinadas características de los derechos sociales como aquella de acuerdo con la cual éstos se referirían a estados de cosas que desde el punto de vista social han tenido una menor realización que los derechos liberales. García Manrique reivindica la utilidad de la categoría, analiza los problemas de la consideración de los derechos sociales como derechos subjetivos y aborda su carácter mínimo. En todo caso, el análisis de los derechos sociales constituye un reto para la elaboración actual de la teoría de los derechos. Los derechos sociales constituyen también la perspectiva que asume Asier Martínez de Bringas en *La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. Una lectura política y jurídica desde los derechos sociales*. La intención es la de derivar un posible contenido intercultural para este tipo de derechos a partir de los estándares que se articulan desde el Derecho internacional.

A continuación hemos incluido dos trabajos en los que el discurso sobre la virtud ocupa un lugar importante. Eusebio Fernández, en *Algunas aporías de educación para la ciudadanía*, aborda la cuestión del aprendizaje de las virtudes y de la función política que una asignatura como la de Educación para la Ciudadanía puede desempeñar en un sistema democrático. Por su parte, Oscar Pérez de la Fuente analiza el discurso del republicanismo en relación con las virtudes cívicas de los ciudadanos, enmarcándolo en una visión de la ética de las virtudes. En *Sobre las virtudes cívicas. El lenguaje moral del republicanismo*, se propone un enfoque vinculado a la ética dialógica a la hora de efectuar una aproximación a la ética de las virtudes, se analiza el lugar que ocupa la virtud

en el razonamiento práctico y, desde una consideración unitaria de las virtudes, se trata el problema del posible perfeccionismo del republicanismo.

M<sup>a</sup> Olga Sánchez, en *Las transformaciones de la familia tradicional y la igualdad sexual*, aborda el debate en torno a la crisis de la familia tradicional que se produce, entre otras cosas, como consecuencia del reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres. Se asume que el Ordenamiento jurídico no valora de la misma manera las diferentes estructuras familiares, y en el trabajo se aboga por un tratamiento que, partiendo de la equivalencia de las funciones familiares, diferencie siempre y cuando la diferencia esté basada en la constatación de necesidades específicas.

La cuestión de los derechos económicos sociales y culturales, pero esta vez en relación con la mujer, es analizada por María del Carmen Barranco. La atención de su trabajo *Mujer y derechos económicos, sociales y culturales* se centra en la constatación de la especial gravedad de las violaciones de los derechos de las mujeres en los casos en los que se trata de derechos económicos, sociales y culturales. La conclusión a la que se llega es que las políticas de desarrollo encaminadas a disminuir los efectos de la pobreza, desde el momento en que presentan un perfil paternalista, carecen de efectividad en relación con los derechos de las mujeres.

Florabel Quispe estudia la suerte que el debido proceso, como derecho fundamental, ha corrido en el marco de la "lucha contra el terror" emprendida por el Gobierno norteamericano en los últimos años. Su trabajo *El reconocimiento del derecho al debido proceso en el Derecho internacional y su relación con Estados Unidos: el caso Guantánamo* parte de la consideración del lugar que ocupa el debido proceso en la tradición constitucional norteamericana y la contradicción a la que asistimos si comparamos la regulación del mismo en el Derecho Internacional y la práctica que se materializa en el caso de Guantánamo.

El discurso sobre el republicanismo vuelve a aparecer para cerrar la sección de artículos de este número. Los desafíos derivados de la globalización y la vinculación con el cosmopolitismo ilustrado constituyen tareas urgentes para el modelo filosófico republicano. De esta manera podrá diferenciar su propuesta en relación con la ciudadanía, tanto respecto al liberalismo como al comunitarismo, tal y como argumenta Rodrigo Santiago en *El concepto de ciudadanía en la tradición republicana*.

*La dirección de la Revista*

DERECHOS Y LIBERTADES  
Número 23, Época II, junio 2010



## ANTONIO BERISTAIN, *IN MEMORIAM*

Conocí a Antonio Beristain hace unos años de la mano de Gregorio Peces-Barba. Desde entonces mantuvimos una cordial amistad. La creación de la Cátedra sobre Terrorismo y Víctimas con su nombre que tengo el honor de dirigir no hizo sino reforzar una relación que yo procuraba mantener en mis viajes a San Sebastian. Allí, en el Instituto de Criminología que él fundó, nos recibía con tanta vitalidad como amabilidad. Nos recomendaba, como hacen los viejos maestros, nuevas lecturas, nos regalaba alguna publicación y aunque uno fuera con otras preocupaciones, nos estimulaba intelectualmente con sus *derechos victimales*, una noción que a mí me recordaba al proceso de especificación de Bobbio, en relación con las víctimas y, eso sí, desde una óptica iusnaturalista. Él no compartía mi interpretación *bobbiana* y otorgaba a aquéllos “una calidad superior a los derechos humanos tradicionales” vinculada a ese “interés superior de la víctima” en el que tanto insistía. Dos días antes de su muerte, el pasado 29 de diciembre, recibí un pequeño texto, “Ellacuría y el interés superior de la víctima”, publicado en noviembre y acompañado de un “Querido José Manuel, con mi gratitud navideña”. Hoy lo leo con pena, con la pena de la certeza de la muerte que va a impedir, ya para siempre, que pueda seguir discutiéndole sus *derechos victimales*.

Antonio Beristain nació en Medina de Rioseco (Valladolid) el 4 de abril de 1924 en el seno de una familia de origen vizcaíno. Sacerdote jesuita, Catedrático de Derecho Penal, fundador del Instituto Vasco de Criminología, del que fue muchos años director, Antonio era sobre todo un hombre comprometido, entregado preferiría él. Amante del País Vasco sin ser nacionalista (“Es el país que más quiero”, manifestó una vez. “Aquí están mis grandes canciones y mis grandes lágrimas; es donde más disfruto y donde más sufro”) tuvo que vivir escoltado por la amenaza terrorista de la banda ETA, a la que combatió realizando el valor de sus víctimas. Nunca fue equidistante, ni ambiguo, pero tampoco sectario ni defendía penas o tratos inhumanos y degradantes para los victimarios. Denunció públicamente la hipocresía de la jerarquía católica vasca durante muchos años, incapaz de estar al lado, como era su obligación, de los más débiles, de los que sufrían, en este contexto, las

víctimas del terrorismo. Éstas, a través de colectivos representativos y relevantes, como Covite o las fundaciones José Luis López de la Calle, Manuel Broseta y Gregorio Ordóñez, se lo reconocieron públicamente con sus premios anuales.

Decía que su compromiso no le convertía en sectario porque nunca dudó de ningún demócrata, ni cultivó el principio de la sospecha o del recelo, ni estableció jerarquías en el lado de las víctimas. Para él todas eran iguales y todos los que las apoyábamos o trabajábamos por su mejor reconocimiento, también. Quizá esto sólo lo pueda hacer quien está en un estadio de altruismo y generosidad superior, alejado del rédito mezquino a corto plazo. Antonio Beristain estaba en el interés superior del más necesitado, en sus palabras, en esa “fuerza invencible que brota de la debilidad, de la vulnerabilidad, como la luz brota de las tinieblas”.

*Descanse en paz.*

JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ URIBES  
*Director General de Apoyo a Víctimas del Terrorismo.  
Ministerio del Interior. Gobierno de España*

# ARTÍCULOS



**LA RELACIÓN AMIGO-ENEMIGO  
EN LA CULTURA POLÍTICA Y JURÍDICA MODERNA\***

*THE FRIEND-ENEMY RELATIONSHIP  
IN THE MODERN POLITICAL AND LEGAL CULTURE*

GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ  
*Universidad Carlos III de Madrid*

Fecha de recepción: 22-1-10  
Fecha de aceptación: 15-3-10

**Resumen:** *Este artículo analiza la tesis de la política como relación amigo-enemigo, que fue explicitada por Carl Schmitt en 1932 en su obra El concepto de lo político. Se analizan las consecuencias de esta visión con su adhesión a la ideología nacional socialista, su apoyo al régimen del Führer y su connivencia con el holocausto judío. También se analiza la utilización de la tesis amigo-enemigo en las visiones y la práctica de la Iglesia católica o de algunos totalitarismos de inspiración comunista. Por último, se aborda cómo interpretar esta tesis en el contexto del Islam, donde frente a visiones extremistas de la Guerra Santa, se propone una visión esperanzadora basada en la cultura de la dignidad, la libertad, la igualdad y la democracia.*

**Abstract:** *This article analyzes the thesis of politics as a friend-enemy relationship, stated by Carl Schmitt in 1932, in his work The concept of the political. The consequences of this view, with its joining to the national-socialist ideology, its support to the Führer's Regime and its connivance with the jewish holocaust, are reviewed. Also the use of the friend-enemy thesis is analyzed in the views and practice of catholic Church and some totalitarisms of communist inspiration. Finally, the article tackles how to interpret this thesis in the Islam context, where opposite to extremists views of holy war, an encouraging view based in the culture of dignity, liberty, equality and democracy is proposed.*

---

\* Este artículo se enmarca en el Proyecto Consolider-Ingenio 2010 "El tiempo de los derechos" CSD2008-00007, y en el marco del Proyecto de Investigación "Historia de los Derechos Fundamentales. S. XX", cuya referencia es DER2008-03941.

**Palabras clave:** amigo-enemigo, realismo político, nacionalsocialismo, totalitarismo  
**Keywords:** friend-enemy, political realism, nacionalsocialism, totalitarianism

I. En la cultura política y jurídica moderna coexisten dos modelos centrales de convivencia, en un enfrentamiento dialéctico permanente y que son incompatibles entre sí. Están basados en dos concepciones del mundo y de la vida donde predominan los valores individuales, en un caso, y los colectivos en otro, y donde no existen posibilidad ninguna de conciliación, ni mucho menos de síntesis integradora. Cada uno representa un modelo de justicia, un deber ser incompatible y excluyente. El modelo basado en el individuo, centro del mundo y centrado en el mundo, en una cultura secularizada, donde la persona puede actuar por sí misma sin necesidad de andaduras o muletas, se sostiene en la idea de dignidad humana, de la que derivan los grandes valores de libertad, igualdad, solidaridad y seguridad y los derechos individuales, civiles, políticos, sociales y de la persona situada y concreta. Aparece en el tránsito a la modernidad, cuando se rompe el monopolio de la Iglesia católica, y el imperialismo de la teología que sometía a todo el pensamiento a su doctrina. Se va desarrollando y consolidando en los siglos XVII y XVIII, sobre todo con la ilustración que impulsará los saberes profanos y la superación del Estado Absoluto, desde el pensamiento liberal, que en los siglos XIX y XX, desplegará perspectivas democráticas y sociales. Es la cultura política de la separación de poderes y del Estado de Derecho, y la jurídica del Imperio de la Ley. No se puede tratar su valoración en la perspectiva de las ciencias exactas ni de las naturales, y por tanto su calificación no puede ser absoluta sino relativa. No puede afirmarse ni que es la única posible, ni que sea la verdadera. Estamos ante afirmaciones imposibles de sostener en el ámbito del Estado legítimo y del Derecho justo. Hoy está en el origen de los Estados liberales, democráticos y sociales, y de sus sistemas jurídicos. Kelsen en su famosa lección jubilar *¿Qué es Justicia?*, en 1952, dirá que es el sistema que él escoge porque se ajusta y conviene a su elección vital como profesor universitario porque favorece la libertad de la ciencia y de la investigación y la tolerancia y el respeto a las plurales visiones del mundo y de la vida. Era la manifestación de una preferencia individual. Creo, sin embargo, que se puede avanzar más y se puede sostener, en el ámbito de nuestra cultura europea, occidental y atlántica, que es un sistema objetivamente preferible, porque facilita el desarrollo de nuestra dignidad, y de todo nuestro perfil personal.

El modelo alternativo, es un modelo colectivo, donde desaparece el individuo y donde emerge la autoridad, que no reconoce superior, y que expresa la voluntad unitaria tanto en la normalidad como en el Estado de excepción. No es solo un modelo político, aunque emerge con el Estado absoluto y se consolida con el Estado totalitario moderno, tanto leninista, como nazi o fascista, y también con la política fuera del Estado, como en el anarcosindicalismo de Sorel, de Proudhon o de Bakunin en lo que Carl Schmitt llama "teorías antirracionalistas del empleo directo de la violencia, y en las tesis eclesíásticas de la Iglesia Católica, basadas en la miseria de la humanidad o en la distinción entre justos y pecadores, que impulsó Agustín de Hipona y más tarde Lutero. Todas estas versiones practican el desprecio del adversario y la tesis de su aniquilamiento y de su destrucción, desde el odio y de la consideración del otro como enemigo sustancial. La teorización, desde el análisis de la dialéctica amigo enemigo corresponderá a Carl Schmitt en su obra de 1932 *El Concepto de lo político*. Las ideas básicas de los dos modelos están presentes desde la antigüedad. El respeto a la dignidad humana, tan central en los fundamentos de la democracia moderna está ya en Séneca en su carta a Lucilio con la expresión "*Homo homini sacra res*", que es además el lema de la Universidad Carlos III de Madrid. Por su parte la expresión de la dialéctica amigo enemigo, aparece ya en un texto de Horacio, reproducido como modelo de su pensamiento por Hobbes "*Homo Homini lupus*". Todavía es más claro y más pesimista Gracián en el siglo XVII cuando sostiene que "el hombre es un hombre para el hombre"<sup>1</sup>.

En esa obra Schmitt, calificará lo político, con la distinción amigo enemigo, donde se produce la eventualidad de una lucha que puede producir la muerte de una persona, matar físicamente y la guerra dirá "procede de la enemistad" ya que esta es una negación óptica de un ser distinto"<sup>2</sup>. Cualquier enfrentamiento público, cualquier oposición religiosa, moral, económica, social, es política cuando tiene la fuerza suficiente para agrupar a las personas en amigos y enemigos. Corresponden al Estado, según el profesor alemán, como unidad esencialmente política, "el *ius belli*", es decir determinar quién es el enemigo y combatirlo, declarando la guerra, disponiendo de la vida de los enemigos, y también la eventualidad de la muerte de los propios, de los amigos, con la fuerza de las armas. Desde esa perspectiva la co-

<sup>1</sup> Vid mi trabajo: *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Cuadernos del Instituto Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2002.

<sup>2</sup> Op. cit., p. 63

unidad política, el decidir quién es el enemigo se convierte en la organización superior por encima de cualquier otra comunidad o sociedad. Esta disposición para matar enemigos en la guerra, tiene, dirá, un sentido existencial, en una guerra real con enemigos reales. Rechazará el pacifismo que se expresó en los años veinte en el pacto Briand-Kellog de renuncia a la guerra y la afirmación de la Constitución española de 1931, de la misma decisión de renuncia como política nacional. Siempre aparecerá otro pueblo que asume su protección contra los enemigos exteriores, y exprese como protector el carácter político, delimitando quien es el enemigo. Desde esta posición Schmitt, estará justificando la política expansionista de Hitler, y su ocupación, en años posteriores, antes de la Segunda Guerra mundial, y en ella, de media Europa, desde las ideas de protección y obediencia de los países anexionados: "... porque un pueblo haya perdido la fuerza o la voluntad de sostenerse en la esfera de lo político no va a desaparecer lo político del mundo. Lo único que desaparece en este caso es un pueblo débil"<sup>3</sup>.

Su rechazo del liberalismo del siglo XIX, se debe a que ha producido una desvirtuación de todas las ideas de lo político, con sus neutralizaciones y despolitizaciones individualistas. Por eso, dirá que el liberalismo deja en pie del Estado y de la política únicamente el cometido de garantizar las condiciones de la libertad y de apartar cuanto pueda estorbarla...."<sup>4</sup>. Schmitt rechazará esos planteamientos despolitizados y desmilitarizados, que sitúa en la ética (espiritualidad) y la economía (los negocios) lo que supone enterrar lo político "como esfera de la violencia invasora". Constatará que esos planteamientos no han sido reemplazados en Europa por ningún sistema alternativo. Está anunciando, lo que todavía no se ha concretado en la toma de poder político, aunque ya se apunta en la ideología nazi, que rechazará el parlamentarismo, el Estado de Derecho y los demás instrumentos de la concepción liberal democrática y social, que apuntaba tanto en Weimar, como en otras Constituciones de los años veinte y treinta. Las etapas de la historia europea, que van de lo metafísico a lo moral llevan al apogeo de lo económico, y de la científicidad natural, denunciando a Max Scheler como el máximo defensor de esa mentalidad que situaba a la técnica en la neutralidad y en la paz. De esos ámbitos, no se desprende un sentido político, sino la nada. Hay que esperar a saber "...que clase de política adquiere suficiente fuerza para apoderarse de la nueva técnica y cuáles son las verdaderas agrupaciones de

---

<sup>3</sup> Op. cit, p. 82

<sup>4</sup> Op. cit, p. 99

amigo y enemigo que prendan en ese nuevo suelo...”<sup>5</sup>. Está abriendo la puerta a la ideología liberadora que restablezca el auténtico sentido de lo político, basado en la dialéctica amigo enemigo. En un trabajo en 1938 “Sobre la relación entre los conceptos de guerra y enemigo”, señalará que no hay término medio entre guerra y paz. La construcción de un apoyo al nuevo orden, que se construye desde la llegada de Hitler al poder la apoyará; defendiendo la categoría del *Führer*, como categoría fundamental del Derecho nacional socialista<sup>6</sup>, que destruye los métodos y las categorías de la mentalidad democrática-liberal, sustituyendo la elección desde las bases, por la relación de los dirigentes desde la autoridad suprema del *Führer*. También considerará al Partido Nacional socialista como un factor determinante del renacimiento alemán, con la acumulación de todos los poderes en el *Führer* (Presidente del *Reich* y Canciller del *Reich*, Comandante supremo de las Fuerzas Armadas, de todas las Organizaciones sociales, y Jefe supremo del Partido). Todo eso sirve en Schmitt para la unidad y la fuerza del pueblo alemán, frente al pluralismo de ideologías, de religiones y de clases, el gran peligro para Alemania, por las posibles degeneraciones biológicas y morales y para preservar la sustancia de la sangre y de la tierra. Se preservan estas además por la posibilidad de esterilizar a enfermos mentales y delincuentes contra la moralidad, y de prohibir matrimonios mixtos o con personas enfermas en defensa de la raza. Las leyes de 14 de julio de 1933, de 18 de Octubre de 1935 y de 15 de septiembre del mismo año son apoyadas y defendidas por Schmitt<sup>7</sup>.

En un interesante trabajo del profesor Yves-Charles Zarka “Un detail nazi dans la pensée de Carl Schmitt”<sup>8</sup>, introduce dos textos centrales del autor alemán en relación con las llamadas leyes de Nuremberg, ya citadas, de 15 de septiembre de 1935. Esos artículos son “La Constitución de la libertad” y “La legislación nacionalsocialista y la reserva del “Ordre Public” en el Derecho Privado Internacional”<sup>9</sup>. Además añade con el título de “El Fuhrer de-

<sup>5</sup> Op. cit, p. 121.

<sup>6</sup> “Lo Stato”, núm. IV, 1953, pp 834 a 839. Tomado de Carl Schmitt, *Scritti Politico Giuridici (1933-1942)*. Antología de “Lo Stato.” Lo reproducirá en otro artículo de 1939 (publicado en “Lo Stato”, núm. X, 1939, pp. 541 a 548) titulado “Inter Race et Bellum Nihil Medianum”.

<sup>7</sup> Originariamente publicado en 1936 y reproducido, lo que es signo de la permanencia de sus convicciones en “Ordine Nuovo”, II pp. 18 a 24 con el título de “I caratteri essenziali dello Stato Nazionalsocialista”.

<sup>8</sup> P.U.F., Paris, 2005, traducción castellana de Tomás Valladolid en Anthropos, Barcelona, 2007.

<sup>9</sup> Conferencia pronunciada el 28 de noviembre de 1935 en Berlín con motivo de la Asamblea de la *International Law Association*.

fiende el Derecho”, el discurso de Hitler ante el *Reichstag* el 13 de Julio de 1934<sup>10</sup> y “La Ciencia del Derecho alemán en una lucha contra el espíritu judío”<sup>11</sup>. En su introducción que titula “Las ideas mortíferas”, Zarka califica a las leyes de Nuremberg de racistas y discriminadoras, al definir como enemiga sustancial a la raza judía, a la que es necesario exterminar. Señala también la seria implicación de Schmitt en apoyo al régimen nazi, su convergencia con las principales ideas de este, y su justificación de la barbarie, la ignominia y la infamia. Considera que son ideas mortíferas porque conducen a su exclusión de cualquier Derecho positivo”, marcado, expropiado, hambriento, encerrado en campos gracias a “medidas legales...excluido de todo derecho, excluido de lo humano mismo. El enemigo de raza no puede ser mejorado o cambiado por lo que debe ser eliminado, erradicado y exterminado. La designación del enemigo de raza con la legislación nazi, conlleva ya la existencia de su destrucción”<sup>12</sup>. La responsabilidad del autor alemán será extrema y contribuirá a justificar las tremendas medidas prácticas para llegar a la destrucción de toda traza de judíos. Por eso concluirá Zarka en su presentación de los textos con una terrible sentencia: “...lo que se establece y justifica con el espíritu sucede a continuación con frecuencia en la realidad, para lo mejor o para lo peor. Aquí se trata de lo peor, de lo que el hombre ha hecho peor”<sup>13</sup>.

En “La constitución de la libertad”, Schmitt, con su cínica inteligencia al servicio del *Führer* y del Nazismo justifica el rechazo del constitucionalismo liberal y democrático porque “... El Estado ahora, es un instrumento de la fuerza y de la unidad populares.... Y el *Führer* ha señalado la posibilidad de revisar la regulación actual de la situación de los judíos...”<sup>14</sup>. Se marca un nuevo camino que los juristas ayudarán a profundizar: “... Abarcan e impregnan todo nuestro Derecho. A partir de ellos se determina que es para nosotros moralidad y orden público, y que puede llamarse decencia y buenas costumbres. Son la Constitución de la libertad, el núcleo de nuestro De-

---

<sup>10</sup> Edición castellana en Fondo de Cultura Económica-México incluida en *Carl Schmitt teólogo de la política*. Prólogo y selección de Hector Orestes Aguilar.

<sup>11</sup> Comentario final en el Congreso del grupo del *Reich* de Profesores Universitarios de la Unión Nationalsocialista de Juristas de los días 3 y 4 de octubre de 1936. Publicado en *Deutsche Juristen Zeitung*, núm. 21, 1936, pp. 1193 a 1949.

<sup>12</sup> Op. cit, pp. 19 y 20

<sup>13</sup> Op. cit, p. 63.

<sup>14</sup> Op. cit, pp.90 y 91.

recho alemán actual. Todo lo que hacemos en calidad de juristas alemanes alcanza gracias a ellos honor y sentido”.

Con su desviada inteligencia convierte al mal en bien y a la servidumbre en libertad. La justificación del amigo enemigo tiene en estas leyes para Schmitt pleno sentido. Son la nueva Constitución material.

En su trabajo “El *Führer* defiende el Derecho” insistirá en la justificación totalitaria “...El *Führer* está defendiendo el ámbito del Derecho de los peores abusos al hacer justicia de manera directa en el momento del peligro, como juez supremo en virtud de su capacidad de líder.... No está sometido a la justicia sino que constituye en sí la más alta justicia...”<sup>15</sup>. La justificación del amigo enemigo tiene así toda la cobertura necesaria para actuar con el aval del profesor Schmitt. Esa dialéctica será una aplicación práctica en la lucha de los profesores alemanes contra el espíritu judío. Entre las cuestiones prácticas previas al exterminio está la depuración de la bibliografía para saber quién es judío, para limpiar las bibliotecas, y para saber citar a los judíos a los que hay que identificar como tales. En todo caso las opiniones de los profesores judíos no podrán ser equiparadas y situadas al mismo nivel que las de los profesores alemanes. Por eso recordará la afirmación del *Führer* de que “el judaísmo es enemigo”. Es la aplicación práctica de la limpieza de lo judío previo al exterminio. Cerrará su diatriba con una cita de Hitler en *Mi lucha*: “Al defenderme del judío, lucho por la obra del señor”.

La mejor prueba de que está defendiendo una posición sentida, querida y con convicción de militante es que muchas de sus tesis en este tema de la relación amigo enemigo las mantiene después de la guerra y derrotado el nazismo. Su compromiso con lo que representa el nazismo como dice Zarka es de gran profundidad. Por ejemplo en el *Glosarium* en septiembre de 1947 encontramos el siguiente texto: “...Los judíos son siempre judíos. Mientras que el comunista puede mejorarse o cambiar.....es precisamente el judío asimilado quien es el verdadero enemigo. No hay ninguna utilidad en demostrar que el slogan de los Sabios de Sion “es una falsificación”<sup>16</sup>. En su teoría del Partisano de 1963 cambiará el objetivo y el enemigo sustancial justificará la guerra atómica. En concreto justificará la decisión americana de utilizar la bomba atómica contra Japón. El exterminio producido por las nuevas armas

---

<sup>15</sup> Op. cit, p. 102.

<sup>16</sup> *Theorie des Partisanen*, Duncker y Humblot, 1963. Edición castellana de Ánima Schmitt de Otero. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 1966, p. 309.

se comprende desde el enemigo sustancial: "... El desarrollo técnico e industrial ha llevado las armas del hombre a un nivel donde son puros instrumentos de exterminio..... Estos medios de destrucción absolutos exigen enemigos absolutos so pena de ser absolutamente instrumentos inhumanos. Pero no son los medios de exterminio quienes exterminan sino los hombres que exterminan a otros hombres por estos medios...."<sup>17</sup>. No es el único caso de defensores del nazismo que sobreviven a su desaparición y que mantienen tesis sostenidas durante su hegemonía, trasladando a otros objetivos los mismos argumentos. En este caso a lo más reaccionario del pensamiento conservador americano. También situará su interpretación del leninismo y del anarquismo, como hemos apuntado al principio en los mismos parámetros del amigo enemigo, desde su vieja obsesión de la superación del parlamentarismo<sup>18</sup>.

En todo caso si a Schmitt se debe el dudoso honor de construir la teoría del amigo enemigo como fundamento del totalitarismo, del exterminio del enemigo y de la guerra total, como fenómeno social es muy anterior y ha marcado a las culturas políticas y jurídicas desde la antigüedad, como se desprende del texto de Horacio. Es una postura muy arraigada en las reli-

<sup>17</sup> Idem.

<sup>18</sup> *Sobre el Parlamentarismo*. Estudio preliminar de Manuel Aragón. Tecnos Madrid 1990. Una nueva edición con distinta traducción mejor valorada por el profesor Aragón se publica también en Tecnos 2008 con el título de "los fundamentos históricos y espirituales del parlamentarismo en la situación actual". Sobre Schmitt en general se pueden señalar los siguientes artículos sin afán exhaustivo: E. SERRANO G., "Derecho y Orden social. Los presupuestos teóricos de la teoría jurídica de Carl Schmitt", *Isegoría*, núm. 36, 2007; E. HERNANDO NIETO "¿Teología Política o Filosofía Política? La amistosa conversación entre Carl Schmitt y Les Strauss" en J. DOTTI, J. PINTO (comp.), *Carl Schmitt, su época y su pensamiento*, EUDEBA, Buenos Aires, 2002; M. GARCÍA ALONSO, "Carl Schmitt o la imposibilidad de una política secularizada", *Isegoría*, núm. 32, 2005; L. R. ORO TAPIA, "Crítica de Carl Schmitt al liberalismo", *Estudios Públicos*, núm. 98., 2005; E. HERNANDO, "Entre la Excepción y la Regla. El decisionismo jurídico frente a la Escuela de Frankfurt", *Isonomía*, núm. 14, 2001; R. GARCÍA "Historia de los conceptos y filosofía política de Carl Schmitt", *Res Pública*, núm. 1, 1998; J. A. LÓPEZ GARCÍA, "Carl Schmitt: su recepción en España", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 91 con el título de "La presencia de Carl Schmitt en España"; C. M. HERRERA, "Schmitt, Kelsen y el liberalismo", *Doxa*, núm. 21, Tomo II, 1998; O. BEAUD, "Legalité et légitimité: la lutte de Schmitt contre la République de Weimar et su défense d'une contre-constitution allemande", *Revista de Filosofía*, núm. 13, 1996; C. MORTATI, "Brevi note sul rapporto fra Costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt", *Quaderni Fiorentini*, núm. 2, 1973; C. ROECHESSE, "La Teoria del político di Carl Schmitt: un tentativo di risposta alla crisi della liberaldemocrazia", *Materiali per una storia della cultura giurídica*, núm. 4, 1974.

giones y en sus Iglesias, con brotes repetidos a lo largo de la historia. A partir de la ruptura de la unidad religiosa con la aparición del protestantismo se expresa uno de esos momentos de lucha, por la hegemonía de una Iglesia frente a los demás en las guerras de religión que asolaron a Europa y a sus prolongaciones coloniales en el siglo XVI y en el XVII hasta el Tratado de Westfalia en 1648 donde se reconoció el principio de tolerancia. Es la expresión de una concepción incompatible que pretende el monopolio de la verdad religiosa, desde conclusiones excluyentes. Hechos como la noche de San Bartolomé que condujo a la matanza de cientos de protestantes festejada como un acontecimiento por el Papa en Roma, o como la muerte de Miguel Servet en Ginebra por su condición de católico son signos de esa incompatibilidad que conduce a la destrucción del "enemigo" y a cerrar filas con los amigos. La primera salida que se propició con la paz de Ausburgo a finales del siglo XVI no supuso una solución real, porque se seguirá forzando las conciencias individuales, al obligar a seguir en cada país la religión que tuviera el Príncipe desde el principio "*cuius regio eius religio*". Sólo después de la guerra de los treinta años que acabó con la hegemonía española en Europa con la batalla de Rocroi se implantó el respeto a la conciencia individual para que cada individuo pudiera actuar, en su ética privada, de acuerdo con sus propias creencias. Pocos años más tarde en 1689, Locke teorizó la nueva cultura en esa materia al distinguir entre las competencias del Estado y las de las Iglesias, señalando que en el ámbito civil las religiones no podrán interferir en el disfrute de los derechos humanos de los ciudadanos, porque esa no era competencia de la Iglesia. Desde ese planteamiento, se inició la fundamentación del modelo liberal, democrático y social, alternativa social, política y jurídica al modelo excluyente, autoritario y totalitario basado en la dialéctica amigo enemigo.

En otros momentos históricos posteriores, la Iglesia Católica insistió, desde su verdad extendiéndola desde la ética privada a la ética pública, pretendiendo que su pretensión de monopolio religioso se extendiese a la orientación y a la decisión última para la dirección política y jurídica de las sociedades y de sus Estados. Se colocó frente a lo que representó en el siglo XVIII la Ilustración, defendiendo a las monarquías absolutas frente a la emancipación intelectual y política de los individuos, que ya no necesitaban andaduras ni muletas proporcionadas por la teología, ni aceptaban la tutela de la Iglesia, que pretendía seguir marcando, desde su superioridad el control frente al "*sapere aude*" que preconizaba Kant.

Con el triunfo de la Revolución francesa y con la extensión de sus postulados al mundo europeo por Napoleón, se retrajo en sus pretensiones, aunque con la derrota de éste y la destrucción de su Imperio, una vez recuperada la alianza de las viejas monarquías absolutas, Austria, Prusia, Rusia, la Francia de la Restauración y la España de Fernando VII que abjuró de la Constitución liberal de 1812, volvió por sus pretensiones con una doctrina temporal, contrarrevolucionaria y antimoderna a partir de 1832 y hasta finales del siglo, con León XIII, el último soberano, que perdió su poder temporal con la unidad italiana. En ese largo periodo rechazaron todo, las nuevas ideologías, el socialismo, el sindicalismo obrero, los partidos políticos, la democracia y el Estado de Derecho, los derechos humanos y a sus defensores más solventes, los filósofos. Al final como no pudieran detener el progreso, pese a aliarse con los modernos totalitarismos, nazis, fascistas o franquistas, desde su inocencia histórica y desde su mala memoria, han pretendido apropiarse de las conquistas de la modernidad, negando sus anteriores posiciones y afirmando su paternidad en la creación y desarrollo de los derechos humanos como ha postulado recientemente, con una gran falta de pudor intelectual, el Arzobispo de Madrid Monseñor Rouco Varela en su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

Antes de que Schmitt teorizase la doctrina del amigo enemigo, la Iglesia practicó la política de la incompatibilidad sustancial con la modernidad, sus protagonistas y sus contenidos. La última pirueta para cambiar de bando no se puede considerar creíble.

De todas formas ese protagonismo en el modelo autoritario, negador de la dignidad humana y de los valores del pluralismo, de la tolerancia y de la democracia no es exclusivo de las religiones monoteístas organizadas en Iglesias, sino que se extiende a todas las posiciones que creen en una única respuesta correcta a los problemas de los hombres desde una actitud autoritaria que no admite alternativas ni posiciones discrepantes<sup>19</sup>. Ya hemos visto que esa es una característica aplicable a los totalitarismos reaccionarios y que Carl Schmitt construye desde esa perspectiva el apoyo a Hitler y a su régimen, que podemos aplicar también a los totalitarismos que se declaran de izquierdas, y que presuntamente asumen la defensa y protección de la clase obrera y de los proletarios. En esos sectores se mezclaban posiciones de dic-

---

<sup>19</sup> Vid el excelente clásico de J. FIJALKOWSKI, *La teoría ideológica del totalitarismo* (1954), traducción castellana de José Zamit, Tecnos, Madrid, 1966.

tadura del partido comunista con criterios anarcosindicalista, en relación con el uso de la violencia y de la destrucción de los enemigos políticos. Rechazada toda la fe en la discusión, en la alternancia política de adversarios ideológicos, en la alternancia democrática, y superando el socialismo original que todavía se encontraba en Marx y en Lenin, decididamente el comunismo y el anarquismo abrazarán la doctrina del amigo enemigo aunque la utopía de la destrucción del Estado burgués y de su Derecho se convertirán en una teorización del Estado totalitario como cauce para derrotar a la burguesía y a sus partidos. La pérdida de relevancia histórica de esas posiciones y la desaparición de la URSS, como potencia que podía representar esos “ideales” y esos programas, reducidos a posiciones marginales en el mundo europeo y atlántico, y desvirtuado hasta extremos impensables hace algunos años en China, nos exime de continuar este análisis.

De todas formas no debemos obviar la evidente conclusión de que el modelo autoritario del amigo-enemigo, no tiene sólo un origen religioso sino también ideológico político.

Incluso la relación amigo enemigo puede aparecer en sectores privados que se organizan para destruir al Estado y a su Derecho perpetrando violaciones de la legalidad nacional e internacional y cometiendo delitos contra el derecho de gentes. Es el caso de la piratería, donde el pirata es definido como enemigo del género humano, que actúa inteligentemente contra cualquier Estado, en un espacio donde los Estados no alcanzan en su monopolio en el uso de la fuerza legítima y, por eso, los mares son el centro de sus dominios. Schmitt, lo trata en un artículo publicado en Italia en 1938, y piensa que es un tema en decadencia, por el poder creciente de los Estados de la Comunidad internacional<sup>20</sup>. Sin embargo esos enemigos sustanciales privados están renaciendo en la actualidad en una zona del planeta casi sin Estado, o con un Estado desafalleciente en Somalia, en el Océano Índico, con reiteradas violaciones y secuestros de barcos de todas las nacionalidades y también españoles.

En la actualidad ha adquirido un relieve especial un modelo que utiliza la cultura del enemigo sustancial y que se encuentra a caballo entre una dimensión religiosa y otra política, que podemos identificar con un Estado islamista, que tiene como religión propia y casi excluyente en una versión del Islam. Es Irán aunque en otros muchos Estados islamistas, como Arabia

---

<sup>20</sup> “La Vita Italiana”, núm. XXVI, 1938, pp.189 a 194.

Saudí o algunos Emiratos del golfo se practica de manera más *light* y moderada algunas dimensiones propias de esa cultura autoritaria-totalitaria con la falta de libertades, en el ámbito penal con la aplicación de la pena de muerte o de la rigidez de las costumbres.

El problema no es tanto la calificación de esos Estados como autoritarios o totalitarios, sino saber si el Islam como tal y su hegemonía en unas zonas refuerza ese carácter de Estado, haciendo imposible, en sus ámbitos de influencia la existencia de zonas de tolerancia para las personas que practican otras religiones o que no son religiosas. Es decir, si en cualquier circunstancia la religión islámica propusiera el choque de civilizaciones y hace imposible la alianza de civilizaciones conviene señalar que todas las religiones, a través de la Iglesia que las representaban en sus momentos de mayor poder han expresado esa voluntad de exclusividad como única religión verdadera, y sólo han dejado de expresar esas tesis, cuando no han tenido la fuerza suficiente para imponerlas. Es una característica consustancial para identificarlas. En ese debilitamiento de su totalitarismo ha influido para las Iglesias europeas un contexto cada vez más secularizado, tolerante y alejado del seguidismo eclesiástico y del control de la teología. En las Iglesias de otras zonas del planeta, la falta de una Ilustración fuerte, y de una cultura laica han mantenido más viva la impronta clerical, por ejemplo en el Islam.

Desde el punto de vista práctico y de la realidad histórica hay ejemplos de convivencia del Islam con otras religiones como en *Al Andalus* y en el Toledo de las tres culturas, y en la actualidad con el régimen islamista moderado que gobierna en Turquía y que pretende incorporarse a la Unión Europea.

La idea de tolerancia que exige siempre reciprocidad, es un elemento necesario que no puede faltar y que exige coexistencia y convivencia de religiones y la neutralidad del Estado ante el fenómeno religioso, o al menos la compatibilidad de sus creencias en esa materia con el respeto a las creencias ajenas y con el reconocimiento de la igual dignidad de todas las personas. Sólo desde ella se puede establecer una política de reconocimiento de las diferencias culturales, que en ningún caso puede romper los valores universales y los derechos derivados de esa dignidad. Estos principios universales no dejan de serlo por ser, en origen, una creación de Europa y de Occidente lo que no compromete su universalidad como principios de razón.

La mentalidad de la tolerancia y de la dignidad humana rechaza la unidad de la política y lo religioso, que se manifiesta en los casos de un Estado

autoritario o totalitario con una religión oficial, como el Islam, que además pretende un valor excluyente y universal. Esas situaciones afectan a la situación de las comunidades musulmanas en las sociedades occidentales y a la relación entre éstas y las sociedades musulmanas. El problema central es saber si en el Islam como tal cabe la tolerancia como se desprende de los ejemplos históricos o actuales que acabo de señalar o si por el contrario, como sostiene el profesor Zarka es imposible integrar en todos los aspectos los sistemas intelectuales de Oriente y de Occidente.

El profesor de París dirá contundentemente que “es un hecho que el concepto de tolerancia, formulado como ha sido en Occidente, no ha tenido su equivalente en el Oriente árabe-musulmán<sup>21</sup>. En los mapas del mundo dibujados por los Ulemas, todo lo que no es “dar al islam” es considerado como “dar al *harb*” es decir como espacio de la guerra. Incluso, dirá, para los sectores más fundamentalistas “dar al *hard*” es territorio bárbaro opuesto a la civilización islámica, terreno abonado para el “amigo-enemigo”.

La superioridad del Islam impide pensar el concepto de tolerancia, porque los que rechazan su obediencia se excluyen del sistema igualitario que existe en su interior. La “*dhimma*” exige combatir a los que no creen en Dios, los del “dar al *hard*” sometidos al *jihad* guerrero. Siempre según Zarka hay dos bloques, el islámico y el resto, puesto que el Islam es integrista que abarca a todos los núcleos sociales y el otro es la barbarie. Estamos ante el choque de civilizaciones.

A mi juicio la posición extrema y radical de identificación de la cultura del Islam como cultura del enemigo sustancial no puede ser aceptada y necesita matices y aproximaciones históricas que lo perfilen y lo completen. Por otra parte, no se puede identificar sólo al Islam, sino a las tres religiones monoteístas, todas procedentes de Abraham, como Creador clemente y misericordioso, apoyo y juez de todos los seres humanos, por su exigencia de exclusividad “*Extra ecclesiam nulla salus*”. Esta es la posición tradicional, integrista que hoy está matizada en el catolicismo, en la Constitución sobre la Iglesia (1964) del Vaticano II, y también en el Islam, donde autores como Abdelwahab Meddeb (Profesor en París, Nanterre) se refirió a “*la Maladie de l’Islam*”, como musulmán de origen tunecino, identificándolo con el integrismo, en la interpretación del Corán y la Sunna, frente a un Islam medieval, más tolerante que las sociedades católicas de su tiempo, y más abierto,

<sup>21</sup> Vid Y. Ch. ZARKA, *Difficile Tolérance*, P.U.F, París, 2004, p. 174

en *Al Andalus*, a la cultura clásica griega, especialmente a Aristóteles. También es posible que una permanencia de *Al Andalus*, en la modernidad, hubiera propiciado una reforma. Pero la imagen de una Europa cristiana o laica a partir del Renacimiento y una España que obligaba a convertirse a judíos y musulmanes y los expulsaba, en caso de rechazo (primero a los judíos a finales del siglo XV y después a los moriscos a principios del XVII), frustró esa “modernización” del Islam. En todo caso en la modernidad hay una pugna: un reformismo islámico, propiciado por un sector de los “ulemas” en Turquía, y un tradicionalismo que rechaza las reformas.

Al final de la primera Guerra Mundial se produce entre la caída de los imperios (alemán, austro-húngaro y ruso) también la del imperio otomano y allí surge un secularismo republicano que se asienta con Mustafá Kemal, a partir de 1920 – donde la influencia de intelectuales, profesionales urbanos y militares impulsará la Constitución de Mayo de 1921, para llegar a la república laica en 1927. Cerradas las escuelas coránicas, suprimido el cargo de clérigo Supremo y desde una educación pública, se instala en Turquía un Estado moderno, no islámico, fundado en el nacionalismo, el secularismo, la modernización, el republicanismo, la soberanía popular y el estatismo. Así desaparece la estructura política y jurídica basada en el Islam y que había durado varios siglos. En (1928 se suprime la consideración del Islam como religión oficial del Estado).

Otros signos de ese pluralismo de posturas que impide situar al Islam en la cultura del enemigo sustancial son el socialismo que se implanta en Egipto (país árabe de mayor densidad de población), tras la proclamación de la república desde el protagonismo del presidente Gamal Abdel Nasser y sus sucesores Sadat, y Mubarak; el panarabismo sirio del General Sadat, a partir de su golpe de Estado en 1970, con el partido Baas, continuado por su hijo Bachar el Asad a partir del año 2000. Aquí no se interfiere el desarrollo del Islam, un movimiento más bien conservador, pero que no se entromete en política.

En Irak se establecerá, hasta la guerra que acaba con su régimen, una dictadura nacionalista, también influida por el partido Baas, que dirige desde 1979 Saddam Hussein. Es también un régimen laico, aunque la religión, en su dimensión *Sunni* será instrumentalizada por el régimen. Después de la caída de Saddam Hussein, con la ocupación americana se establecerá un régimen republicano, con elecciones e instituciones democráticas sin impronta especial del islamismo.

Igual que en las otras dos religiones monoteístas –judaísmo y cristianismo–, en el Islam existen divergencias internas que producen un pluralismo de paradigmas, con teologías, ideologías, imágenes del mundo y estilos de vida diferentes<sup>22</sup>. Entre esos modelos encontramos el de la comunidad proto-islámica, el del imperio árabe, el del Islam clásico como religión universal, el medieval, el de ulemas y sufíes, y el de la modernización.

En ese sentido cabe fundamentar los derechos humanos de la tradición islámica a partir del propio Corán, donde la dignidad del ser humano se establece a partir de su consideración como “lugarteniente, vicario, sucesor de los ángeles y siervo de Dios, lo que no es considerado humillante sino como un honor. En todo caso será más difícil derivar de esa situación la igualdad de derechos para todos. En ese mismo contexto no siempre “*yihad*” significa “guerra santa” sino que tiene un sentido más amplio de esfuerzo o de “afanarse en la senda de Dios”. No siempre es lucha violenta, ni siempre es guerra como medio de la política. Incluso aparece una fundación islámica de la ética mundial que supone una cultura de la no violencia y de respeto ante la vida, de la solidaridad, de la tolerancia y de la igualdad de la humanidad.

En este modelo cabe la alianza de civilizaciones, y se rechaza su enfrentamiento. Decididamente el Islam no es un terreno exclusivamente volcado en la cultura del enemigo sustancial. Es más ofrece muchas líneas, esperanzadoras de cultura democrática y liberal. Siempre encontraremos en el mundo rasgos del enemigo sustancial, en fragmentos de conductas o en líneas continuas y estables. Sólo la cultura de la dignidad, de la libertad, de la igualdad y de la democracia, ofrece cauces para el desarrollo de la pluralidad y de la convivencia libre, es para defenderse del enemigo sustancial.

GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ  
*Universidad Carlos II de Madrid*  
*Campus de Colmenarejo*  
*Avd. de la Universidad Carlos III, 22*  
*28270 Colmenarejo (Madrid)*  
*e-mail: gregorio.peces-barba@uc3m.es*

---

<sup>22</sup> Sobre el tema div: H. KUNG, *El Islam, historia, presente, futuro*, Trotta, Madrid, 1ª edición 2006, 2ª edición 2007; M. CRUZ HERNÁNDEZ, *Historia del pensamiento en el mundo islámico. Tomo 2. “El pensamiento de Al-Andalus” (siglos IX, XIV)*, Alianza Editorial, Madrid, 2000; L. GÓMEZ GARCÍA, *Islam e islamismo*, Espasa, Madrid, 2009.



**DERECHOS HUMANOS Y MINORÍAS NACIONALES  
EN EL SIGLO XX\***

*HUMAN RIGHTS AND NATIONAL MINORITIES IN THE XX<sup>TH</sup> CENTURY*

EDUARDO J. RUIZ VIEYTEZ  
*Instituto Derechos Humanos  
Universidad de Deusto (Bilbao)*

Fecha de recepción: 8-1-10  
Fecha de aceptación: 10-2-10

**Resumen:** *El siglo XX es decisivo en la evolución de la protección jurídica de las minorías nacionales, principalmente en lo que se refiere al continente europeo. A su vez, la protección de minorías supondrá una vanguardia del desarrollo progresivo del Derecho internacional de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo. Las dos contiendas mundiales y el desmoronamiento del bloque soviético marcan las tres grandes crisis colectivas que darán lugar a decisivas etapas en la formulación ideológica y la garantía jurídica de los derechos de los grupos minoritarios. Como consecuencia de estos y otros avatares políticos, el siglo XX ha alumbrado dos generaciones diferentes de normas protectoras de las minorías. Su comprensión y el análisis de su potencial actual pasan necesariamente por una adecuada contextualización de su creación y evolución a lo largo del pasado siglo.*

**Abstract:** *The XXth century is crucial in the evolution of the legal protection of national minorities, mainly in respect to the European continent. At the same time, minority protection will play a leading role in the step by step development of the International Human Rights Law in the second half of the century. The two world wars and the fall of the soviet block are the three main collective crises which will open decisive phases of the theoretical formulation and legal guarantee of the minority groups. As a result of these and other historical*

---

\* Este trabajo ha sido realizado dentro del proyecto "Historia de los derechos. Siglo XX", financiado por el Banco de Santander y en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 "El tiempo de los derechos" (CSD2008-00007).

*events, the XXth century has given birth to two different generations of regulations for minority protection. Its understanding and the analysis of their current potentialities require an adequate contextualization of their creation and evolution through the last century.*

**Palabras clave:** minorías, pluralismo, Sociedad de Naciones, Naciones Unidas, Consejo de Europa

**Keywords:** minorities, pluralism, League of Nations, United Nations, Council of Europe

## 1. DERECHOS Y MINORIAS: CUESTIONES PRELIMINARES

El interés jurídico por la situación de los grupos minoritarios se encuentra en el origen histórico de la idea moderna de derechos humanos. La experiencia de la alteridad es la que fuerza a las sociedades tradicionales a replantearse algunas de sus asunciones morales y políticas básicas. A comienzos de la Edad Moderna, tanto el auge de los descubrimientos como la quiebra religiosa producida por la Reforma producen experiencias colectivas de alteridad que darían lugar paulatinamente a protecciones jurídicas de algunos ámbitos de libertad frente a los poderes dominantes en un momento y en un espacio determinados<sup>1</sup>. Algunos de los grupos que conocemos en sentido clásico como minorías fueron, en consecuencia, objeto de una regulación fragmentaria, contextualizada y cambiante, pero que protegía determinados aspectos de su identidad frente al empuje del poder dominante al que estaban sometidos. Con el advenimiento y extensión de las ideas liberales y democráticas, la cuestión del tratamiento de las minorías fue haciéndose cada vez más nítida. En rigor, desde el punto de vista de los derechos humanos, la gestión de las minorías empieza realmente una vez que se consolidan los sistemas formalmente democráticos en los que, por definición, los grupos minoritarios carecen de la capacidad de hacer valer sus opciones en el juego numérico de mayorías.

En los albores del siglo XX, las cuestiones relativas a los derechos de las minorías no constituyen una novedad. Al contrario, la protección de grupos minoritarios se constata en términos positivos desde el nacimiento del Dere-

---

<sup>1</sup> C. R. FERNANDEZ LIESA, "La protección de las minorías en el Derecho internacional general. Análisis de la evolución y del estatuto jurídico internacional", en F. MARIÑO MENENDEZ, C. R. FERNÁNDEZ LIESA, y C. M. DÍAZ BARRADO, *La protección internacional de las minorías*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, p. 52.

cho internacional público. Sin embargo, el desarrollo acusado de las concepciones nacionales que tuvo lugar a lo largo del siglo XIX, así como la extensión de las formas democráticas ayudan a configurar un nuevo escenario. El siglo XX en Europa va a conocer un gran dinamismo en el tema de las minorías, adelantándose a otros desarrollos considerables en el campo de los derechos humanos y generando cuestionamientos del modo en el que se gestiona la diversidad en las sociedades democráticas.

Sintetizar los desarrollos políticos y jurídicos producidos en torno a los derechos de las minorías nacionales en el siglo XX constituye una labor osada. Solo puede realizarse dicha labor en tan breve espacio renunciando a una contextualización completa de cada desarrollo jurídico producido y con una acusada sobriedad. El tema es, en efecto, no solo apasionante desde un prisma intelectual, sino también extenso, pues acaba vinculándose con grandes cuestiones de debate en torno a los derechos humanos, su titularidad, su contenido, su ejercicio e incluso su legitimidad. Por un lado, el tema plantea importantes cuestiones definitorias y terminológicas relativas al sujeto o titular sobre el que pretendemos extendernos; cuestiones que no suelen plantearse al analizar otra suerte de derechos humanos. En segundo lugar, son también importantes las dudas que pueden manifestarse sobre la naturaleza de los derechos humanos que incluimos en esta descripción. Junto a la discusión sobre la colectividad de la titularidad, contenido o ejercicio de los derechos, subyace también un debate sobre su propia esencia como derechos específicos o como manifestaciones de índole cultural o identitaria de otros derechos humanos universalmente aceptados<sup>2</sup>. En tercer lugar, los modos de producción de las fuentes de conocimiento de estos derechos podrían también ser analizados críticamente. Precisamente, uno de los dilemas de plantear la existencia de derechos humanos de las minorías es el de cómo asegurar que cualquier sociedad democrática se avenga a limitarse por ellos en su capacidad de decisión mayoritaria, cuando el interés jurídicamente protegido en estos casos solo beneficia directamente a un sector reducido de

---

<sup>2</sup> Sobre ambas cuestiones, extensamente A. DIAZ PEREZ DE MADRID, *La protección de las minorías en Derecho internacional*, Granada, Universidad de Granada, 2004, pp. 209-334. B. ARP, *Las minorías nacionales y su protección en Europa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 25-49. K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 2000. E. RUIZ VIEYTEZ, *Minorías, inmigración y democracia en Europa. Una lectura multicultural de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 445-477.

la población. Por último, otra suerte de problemas se plantea en torno a la relación que guarda la protección tradicional de minorías a través de derechos humanos y la gestión democrática de la diversidad o, por mejor decir, de las diversidades. La aproximación que aquí se propone no pretende la resolución de las cuestiones planteadas, sino la exposición de los desarrollos producidos en el siglo XX, para lo que seguiremos un criterio cronológico.

Trabajar sobre la protección de determinadas identidades colectivas en clave diacrónica nos conduce a destacar los acontecimientos políticos, sociales o intelectuales que jalonan en cada momento del siglo el debate y la práctica en torno a las minorías y a la diversidad cultural. Pero debemos ser conscientes de que una descripción literaria no es suficiente para aprehender en su justa medida los procesos identitarios, las dinámicas culturales, lingüísticas, religiosas y nacionales o los sentimientos de pertenencia y exclusión que la Historia ha ido modelando en un tracto continuado y cierto, difícilmente perceptible desde el corto plazo. A su vez, el imaginario histórico colectivo es un importante factor de legitimación de las construcciones políticas. La organización colectiva de las sociedades europeas se ha moldeado a través de dinámicas de conquista, fusión, absorción o migración, pero también a partir de los relatos históricos y de las ideas políticas que se explicaban en ellos. En definitiva, la construcción de identidades, mayoritarias y minoritarias es un proceso siempre inacabado que deriva no tanto de la experiencia histórica cuanto de la percepción e interpretación ideológica que de la misma han hecho sus protagonistas.

Otra necesaria precisión es la del objeto de estudio. El concepto de Minoría Nacional, ampliamente utilizado sobre todo en el entorno europeo, dista de ser totalmente pacífico, puesto que son varias las interpretaciones propuestas del mismo y no se dispone de una definición legal internacionalmente aceptada. Si analizamos preliminarmente los diferentes tratados internacionales, documentos políticos, declaraciones unilaterales, constituciones o textos legales que han incorporado definiciones o propuestas de definición de este término, podemos concluir instrumentalmente que en Europa la idea de Minoría Nacional se refiere a colectivos que son minoritarios en una determinada sociedad en atención a sus características étnicas, lingüísticas o religiosas y cuyos miembros son nacionales del Estado en el que viven<sup>3</sup>. Este último elemento tiende a resaltarse para

---

<sup>3</sup> Un desarrollo completo de las cuestiones definitorias puede verse en E. RUIZ VIEYTEZ, *Minorías, inmigración y democracia en Europa. Una lectura multicultural de los derechos humanos*, cit., 2006, pp. 177-298.

distinguir así estos grupos de las nuevas minorías motivadas por flujos migratorios recientes. Es decir, se subraya un elemento de orden histórico o temporal que en ocasiones se plasma en la exigencia de “lazos históricos con el Estado”, “lealtad” al Estado, o simplemente el vínculo jurídico que supone la nacionalidad. Ninguno de estos criterios está exento de problemas en su aplicación práctica y todos ellos son cuestionables respecto a su eficacia para definir el objeto que se pretende identificar. En cualquier caso, ha habido una voluntad de diferenciar el trato o el reconocimiento de los grupos minoritarios “tradicionales” de los Estados europeos respecto de las nuevas minorías que pueden formarse como consecuencia de los flujos migratorios recientes. Pero el debate sobre la confluencia de nuevas y viejas minorías pertenece más bien al contexto del siglo XXI, por lo que no será necesario referirse a él extensivamente.

Por último, dado que nuestro interés es estudiar la protección jurídico-humana de estos grupos, conviene identificar a priori qué suerte de discursos han justificado la misma. La justificación que ha guiado el reconocimiento jurídico de dicha protección no ha sido siempre la misma. Es precisamente en el siglo XX cuando esta justificación evoluciona más profundamente y combina varias perspectivas. Así, durante los siglos previos la protección de las minorías se establecía como un mecanismo de estabilidad política y social. Esta tendencia va a permanecer en el siglo XX, pero en el mismo aparecerán otra suerte de justificaciones que acompañarán en distinta medida a la anterior. Así, la protección de las minorías se explicará también por el valor de la dignidad humana que obliga a proteger los elementos de identidad esenciales de las personas, apareciendo así una justificación de los derechos de las minorías plenamente compatible con nuestra idea moderna de derechos humanos. A esta aproximación se añade tras los años sesenta la de la protección de la diversidad y del patrimonio cultural como factor positivo. Por último, en fechas mucho más recientes, aparecerá una última justificación de la protección de los derechos humanos de las minorías, más directamente ligada a la idea de democracia. Así, el reconocimiento de derechos a los grupos diferenciados se legitimará en parte aludiendo a la necesidad de participación política, cultural o social de todos los grupos en una sociedad democrática<sup>4</sup>. La combinación de estas cuatro justificaciones principales preside el devenir de los derechos de las minorías nacionales a lo largo del siglo XX en una evolución relevante no

---

<sup>4</sup> S. SPILIOPOULOU, “Multiculturalism in Crisis?”, en E. RUIZ VIEYTEZ, y R. DUNBAR (eds.), *Human Rights and Diversity: New Challenges for Plural Societies*, Humanitarian Net, Bilbao, 2007, pp. 45-46.

solo para este concreto sector de las minorías, sino para el conjunto de los derechos humanos. No en vano, el ámbito de la protección grupal constituye posiblemente una de las vanguardias teóricas y prácticas más destacadas del avance de los derechos humanos, también en nuestros días.

## 2. NACIONES, MINORÍAS E IMPERIOS EN LA ANTESALA DE LA GRAN GUERRA (1900-1914)<sup>5</sup>

A lo largo del siglo XIX, el principio de las nacionalidades había legitimado no solamente las aspiraciones nacionales de determinados pueblos europeos en clave de reunificación o secesión, sino que también había espolado las demandas de un nuevo acomodo interno por parte de un buen número de minorías nacionales. En uno u otro sentido, el siglo XIX acabaría en pleno proceso de consolidación de las identidades nacionales que disponían de una forma política propia, gracias a la evolución técnica en materia de transportes y comunicaciones y, sobre todo, a la popularización de la enseñanza básica y del servicio militar en las décadas precedentes al cambio del siglo. Era así fundamentalmente el Estado el que hacía nacionales<sup>6</sup>, en la misma medida en que algunas naciones iban haciendo sus propios Estados.

Las consecuencias prácticas del desarrollo del nacionalismo afectaron en diversa forma a las nacionalidades y minorías de Europa. En los Estados en los que se impuso el concepto de nación política las minorías internas sufrirían con el tiempo el intento de asimilación a la cultura dominante, como

<sup>5</sup> Para la contextualización política e ideológica de las minorías en el periodo del cambio de siglo, pueden utilizarse las siguientes obras: M. CORNWALL, (ed.), *The Last years of Austria-Hungary, A Multinational Experiment in Early Twentieth-Century Europe*, University of Exeter Press, Exeter, 2002. N. DAVIES, *Europe: A History*, Pimlico, Londres, 1997. J. DUGAST, *La vida cultural en Europa entre los siglos XIX y XX*, Paidós, Barcelona, 2003. J. M. GAILLARD, y A. ROWLEY, *Historia de un continente. Europa desde 1850*, Alianza editorial, Madrid, 2000. B. MICHEL, *Nations et nationalisme en Europe Centrale, XIXe-XXe siècle*, Aubier, Paris, 1995. X. M. NUÑEZ SEIXAS, *Movimientos nacionalistas en Europa. Siglo XX*, Editorial Síntesis, Madrid, 1998. X. M. NUÑEZ SEIXAS, *Entre Ginebra y Berlín. La cuestión de las minorías nacionales y la política internacional en Europa: 1914-1939*, Akal, Madrid, 2001. Y. SANTAMARIA y B. WACHE, *Du Printemps des Peuples à la Société des Nations. Nations, nationalités et nationalismes en Europe 1850-1920*, La Découverte, Paris, 1996. F. SEIBT, *La Fundación de Europa. Informe provisional sobre los últimos mil años*, Paidós, Barcelona, 2004. R. WINKS y J. NEUBERGER, *Europe and the making of modernity. 1815-1914*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2005.

<sup>6</sup> J.M. GAILLARD, y A. ROWLEY, *Historia de un continente. Europa desde 1850*, cit., p. 68.

si se tratara de una auténtica liberación política. Al mismo tiempo, como consecuencia del concepto alternativo de nación cultural, surgirían en Europa movimientos nacionalistas que aspiraban a convertir sus pueblos en Estados o a disponer de alguna suerte de poder político interno. En cualquier caso, la nación se había convertido en el centro del debate político y el sentimiento nacional, en ocasiones a través de la participación en una comunidad minoritaria, catalizaba la creciente participación política<sup>7</sup>.

Ello no significa que no existiera un sentido europeo compartido, pero al mismo tiempo, Europa se nacionaliza paulatinamente y los jóvenes cuya etnia no coincidía con una nación o un Estado se encontraban con el dilema de asimilarse o cultivar su particularismo<sup>8</sup>. Cuando emerge el siglo XX el mapa europeo presenta una pléyade de situaciones minoritarias conflictivas y el debate sobre derechos de las minorías, tanto en algunos órdenes internos, como en el ordenamiento internacional se halla plenamente presente. Lo que en los siglos XVII y XVIII había consistido fundamentalmente en una protección jurídica a través de tratados internacionales de determinadas minorías religiosas, en el siglo XIX se había complementado con la protección internacional de minorías no solo religiosas, sino también nacionales<sup>9</sup>. La

---

<sup>7</sup> El debate sobre las dos ideas tradicionales de nación se ha reabierto fugazmente tras la Recomendación 1735 (2006) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. *Vid.*: B. AURESCU, "Cultural Nation versus Civic Nation: Which Concept for the Future Europe? A Critical Analysis of the Parliamentary Assembly's Recommendation 1735 (2006) on The Concept of Nation", *European Yearbook of Minority Issues*, vol. 5, ECMI-Eurac, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2007, pp. 147-159. T.H. MALLOY, "Deconstructing the Nation for the 21st Century through a Critical Reading of the Parliamentary Assembly's Recommendation 1735 (2006)", *European Yearbook of Minority Issues*, vol. 5, cit., pp. 161-177.

<sup>8</sup> J.M. GAILLARD, y A. ROWLEY, *Historia de un continente. Europa desde 1850*, cit., pp. 79 y 88.

<sup>9</sup> Sobre la evolución de la protección de minorías en los periodos anteriores al siglo XX, *vid.*: C.R. FERNANDEZ LIESA, "La protección de las minorías en el Derecho internacional general. Análisis de la evolución y del estatuto jurídico internacional", cit. J. JACKSON-PREECE, "Minority rights in Europe: from Westphalia to Helsinki", *Review of International Studies*, núm. 23-1, 1997, pp. 75-92. S. PETSCHEN VERDAGUER, *Las minorías lingüísticas de Europa Occidental: documentos (1492-1989)*, Eusko Legebiltzarra, Vitoria-Gasteiz, 1990. S. CASTELLA SUBIRATS, *La protección internacional de las minorías. El estatuto jurídico internacional de las minorías: una aproximación histórica al desarrollo normativo y la acción institucional*, Silva editorial, Tarragona, 2002. E. RUIZ VIEYTEZ, "The Protection of Linguistic Minorities: A Historical Approach", en *International Journal on Multicultural Societies*, vol. 3, núm. 1, 2001. E. RUIZ VIEYTEZ, *La protección jurídica de las minorías en la Historia Europea*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1998.

lengua toma en cierto modo el relevo de la religión como factor principal de identidad colectiva en la Europa del siglo XIX y se convierte en la principal base objetiva de cohesión nacional de las naciones europeas<sup>10</sup>.

En los albores del siglo XX, la mitad occidental del continente se estructura en Estados nacionales consolidados, en los que prevalece una identidad mayoritaria basada fundamentalmente en la lengua y la cultura. Ello explica que las minorías existentes en dicha parte de Europa fueran en términos generales comunidades legitimadas en diferencias lingüísticas y culturales. Por el contrario, en la parte central y oriental del mapa europeo el territorio se halla sometido mayoritariamente a imperios multinacionales (ruso, austro-húngaro y otomano) con una acusada pluralidad interna, no solo lingüístico-cultural, sino también religiosa. Había sido precisamente la decadencia del Imperio otomano lo que había servido durante el siglo XIX para activar cláusulas a favor de determinadas minorías en diversos tratados internacionales, que permanecían vigentes en la nueva centuria<sup>11</sup>.

La cuestión de las minorías y su protección cobraría, por tanto, más protagonismo en esta mitad oriental del continente, en la que la diversidad cultural se producía muchas veces sobre el mismo territorio. Los tres imperios citados contaban con una población muy heterogénea habituada relativamente a una convivencia religiosa o lingüística dentro de un mismo espacio político. Así sucedía en un buen número de provincias históricas (Bucovina, Crimea, Batchka, Banato, Macedonia, Bosnia, Transilvania, Istria o Tracia) y en numerosas ciudades europeas (como por ejemplo Presburgo, Temesvar, Lemberg, Adrianópolis, Sarajevo, Estambul o Tesalónica)<sup>12</sup>. La pluralidad se

<sup>10</sup> S. PETSCHEN VERDAGUER, *Las minorías lingüísticas de Europa Occidental*, cit., p. 41.

<sup>11</sup> E. RUIZ VIEYTEZ, *La protección jurídica de las minorías en la Historia Europea*, cit., pp. 32-34.

<sup>12</sup> En la materia de protección de minorías, la geografía política y la cartografía resultan ciencias auxiliares imprescindibles. Los atlas y directorios que mejor reflejan la situación geográfica y política de las minorías a lo largo del siglo XX son las siguientes: B. ANDERSON, A. PHILIPS, et alia, *World Directory of Minorities*, Minority Rights Group International, London, 1997. P. R. MAGOSCI, *Historical Atlas of East Central Europe*, University of Washington Press, Seattle, 1995. Y. PLASSERAUD (dir.), *Atlas des minorités en Europe. De l'Atlantique à l'Oural, diversité culturelle*, éditions autrement, Paris, 2005. J.F. SEGARD, y E. VIAL, *Nations, nationalismes, nationalités en Europe de 1850 à 1920*, Atlas, ellipses, Paris, 1996. A. SELLIER y J. SELLIER, *Atlas des Peuples d'Europe Occidentale*, La Découverte, Paris, 1995. A. SELLIER y J. SELLIER, *Atlas de los Pueblos de Europa Central*, Acento editorial, Madrid, 1995. C. SKUTSCH, (ed), *Encyclopedia of the World's Minorities*, Routledge, New York-London, 2005.

reflejaba también en las numerosas instituciones culturales que pertenecían a grupos nacionales o minoritarios diferentes de los que constituían la mayoría del imperio o de la provincia respectiva<sup>13</sup>. Paralelamente, en torno al cambio de siglo se acelera el proceso de recuperación y normalización de determinadas lenguas. El desarrollo literario y la estandarización empiezan a beneficiar a lenguas europeas que no son las oficiales de los Estados independientes (es el caso del noruego, el vasco, el bretón, el occitano, el estonio, el finés, el gaélico o el yiddish, entre otras<sup>14</sup>).

Con el ánimo de evitar la destrucción de estos entramados multinacionales (particularmente Austria), una corriente del socialismo austriaco desarrolló interesantes teorías sobre la protección de las minorías existentes en el Imperio habsbúrgico. Otto BAUER (1881-1938) y Karl RENNEN (1870-1950) apuntaron la conveniencia de articular su protección a partir de autonomías culturales o personales, en vez de fundamentar sus derechos sobre el territorio. El llamado austromarxismo no cuestionaba las fronteras políticas, evitaba referirse al principio de las nacionalidades y buscaban una garantía constitucional de autogobierno no territorial. Estas teorías no tuvieron eco práctico y la Primera Guerra Mundial las condenaría al olvido, pero en cierto modo han dejado un legado en el modo de aproximación a la cuestión minoritaria en algunos de los países europeos actuales.

### 3. PRIMERA CRISIS COLECTIVA Y LA EUROPA DE ENTREGUERRAS: INNOVACION Y DESEQUILIBRIO (1914-1939)

La Gran Guerra ha sido considerada como el momento más decisivo para la cuestión nacional de la historia Europea<sup>15</sup>. En el primer momento, la conciencia de clase, o las diferencias religiosas o lingüísticas, cedieron al impulso nacional o a la lealtad dinástica que motivaban los diferentes ejércitos. Solo con el transcurso de la contienda, algunos de los apoyos iniciales fueron dejando paso a descontentos justificados a veces en las diferencias nacionales de sus poblaciones. En cualquier caso, las realidades nacionales, incluyendo las minoritarias, jugaron un papel relevante desde el mismo comienzo del conflicto para legitimar las aspiraciones territoriales de las potencias en liza. El modo de entrada en

<sup>13</sup> P. R. MAGOSCI, *Historical Atlas of East Central Europe*, cit., pp. 100-103.

<sup>14</sup> J. DUGAST, *La vida cultural en Europa entre los siglos XIX y XX*, cit., p. 160-162.

<sup>15</sup> X. M. NUÑEZ SEIXAS, *Entre Ginebra y Berlín*, cit., p. 33.

la guerra de Italia y Rumania es una clara muestra de ello. Por norma general, los objetivos de las distintas potencias contravenían en algún momento el principio de las nacionalidades por intereses estratégicos, políticos o económicos, pero tendían a legitimarse en la existencia de minorías oprimidas o en la identidad nacional real o histórica de determinados territorios. La mayor novedad de este periodo para las minorías fue la reformulación del principio de las nacionalidades en el moderno concepto de autodeterminación, que adquiriría gran relevancia cuando el presidente norteamericano Woodrow WILSON (1856-1924) lo incluyó en los puntos con los que propugnaba las bases para la futura estabilidad de Europa. La intención inicial de WILSON no era la disolución de los imperios multinacionales, sino derivar la autodeterminación a alguna forma relativamente difusa de autogobierno<sup>16</sup>, pero la idea de adecuar las fronteras políticas a las fronteras nacionales o étnicas se convirtió en una fuente de legitimidad y guiaría en parte las negociaciones de los tratados de paz.

Los tratados de paz suponen un momento de extraordinaria relevancia, por cuanto dan paso a la creación de un sistema de protección de minorías novedoso y avanzado para su tiempo. Sin embargo, desde una perspectiva más global, puede señalarse que el tema de las minorías no ocupó un lugar importante en las conferencias de París<sup>17</sup>. Y ello a pesar de que en las conferencias de paz participaron de modo directo o indirecto representantes de diversas minorías europeas<sup>18</sup>. Prácticamente todas las naciones europeas, independientes o no, presentaron demandas territoriales expansivas que aspiraban a incorporar poblaciones con las que presuntamente compartían lengua o identidad nacional. Los territorios de población mixta o que habían cambiado su composición recientemente resultaban así particularmente conflictivos. La retórica política del momento que presuntamente inspiró los tratados era la adecuación de las fronteras políticas a las realidades étnicas o nacionales, pero ello se presentaba complicado en muchos supuestos. Como principio general, se buscó aplicar un trazado adecuado a las nacionalidades existentes. Ello hacía aconsejable otorgar la independencia a varias naciones (Polonia, Hungría, Finlandia, Estonia, Letonia o Lituania) o engrandecer otras (Italia, Rumania o Grecia). En algunos casos, se organizaron plebiscitos para que la población se expresara acerca de su pertenencia polí-

<sup>16</sup> X. M. NUÑEZ SEIXAS, *Entre Ginebra y Berlín*, cit., p. 59.

<sup>17</sup> C. R. FERNANDEZ LIESA, "La protección de las minorías en el Derecho internacional general. Análisis de la evolución y del estatuto jurídico internacional", cit., p. 122.

<sup>18</sup> X. M. NUÑEZ SEIXAS, *Movimientos nacionalistas en Europa. Siglo XX*, cit., p. 65.

tica (Sleschwig, Carintia, Burgenland, Prusia Oriental o Alta Silesia). Sin embargo, en otros supuestos los intereses geopolíticos de los vencedores se impusieron al principio de las nacionalidades trazándose fronteras que contradecían los principios anteriores (Tirol del Sur, Eupen y Malmedy, Istria, la frontera oriental de Polonia, o las fronteras restrictivas de Hungría).

En cualquier caso, los tratados supusieron una profunda reestructuración del mapa político en Europa central y oriental. Desaparecieron los grandes imperios y surgieron nuevos países, mientras otros incorporaban nuevos territorios a costa de las potencias vencidas o del antiguo Imperio Ruso. Una consecuencia inmediata de estas modificaciones fronterizas fue que la población perteneciente a minorías nacionales en Europa centro-oriental se redujo sustancialmente. Si en 1914 uno de cada dos habitantes de dicho espacio se podía considerar miembro de una minoría lingüística, nacional o religiosa, en 1920 solamente uno de cada cuatro habitantes se hallaba en tal situación. Aún así, la presencia de las minorías seguía siendo numéricamente importante, especialmente en determinados Estados como Checoslovaquia, Rumania o la nueva Yugoslavia. Además, en el nuevo contexto, las minorías ya no vivían en imperios multinacionales, sino que se encontraban dentro de Estados jóvenes con una clara identidad nacional dominante. En añadidura, las minorías, sobre todo aquellas con Estado de referencia, tendían a ser vistas como una amenaza interna para la seguridad en sus propios países. Así, tras la primera Guerra mundial, las minorías que continuaron existiendo y las creadas a partir de las nuevas fronteras se vieron en un contexto político generalmente más duro que el existente durante el siglo XIX. El miedo a una posible desestabilización política por causa de las minorías no escapó a las potencias vencedoras, que decidieron imponer a los países de Europa central un sistema de protección internacional de las minorías que pudiera garantizar la estabilidad en la región.

La base jurídica del nuevo sistema descansaría en un cuerpo amplio de documentos que pueden ser clasificados en cuatro categorías diferentes:

- 1) Cinco tratados especiales de minorías entre las potencias aliadas y asociadas, por una parte, y los nuevos Estados independientes (Polonia, Checoslovaquia y Yugoslavia) o engrandecidos territorialmente (Rumania y Grecia), por otra<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> El primer documento de toda la serie es el tratado entre Polonia y las potencias aliadas y asociadas, de 28 de junio de 1919, que posteriormente serviría de modelo para el resto de tratados.

- 2) Capítulos sobre derechos de las minorías incluidos en cuatro tratados de paz entre las potencias aliadas y asociadas por una parte y Austria, Bulgaria, Hungría y Turquía, por otra.
- 3) Cuatro tratados posteriores sobre protección de minorías en la Ciudad Libre de Danzig (1920), las Islas Aaland (1921), la Alta Silesia (1922) y el territorio del Memel (1924).
- 4) Cinco declaraciones unilaterales formuladas por Albania (1921), Lituania (1922), Estonia (1923), Letonia (1923) e Irak (1932) en el momento de su incorporación a la Sociedad de Naciones. El Tribunal Permanente de Justicia Internacional confirmó la obligatoriedad jurídica de estas declaraciones al mismo nivel que la de los tratados<sup>20</sup>.

En consecuencia, la protección de minorías bajo supervisión internacional se extendía a un territorio que abarcaba una franja de norte a sur en la región centro-oriental europea, desde Estonia hasta Grecia, y que excluía por sus lados tanto a la Europa occidental como a la Unión Soviética. El espíritu que inspiraba este nuevo sistema era el de favorecer la seguridad internacional y la prevención de conflictos entre los Estados<sup>21</sup>. Esto no obstante, supone sin duda un avance importante en la internacionalización de las obligaciones de los Estados hacia sus propios súbditos y, en este sentido, un anticipo del desarrollo del futuro Derecho internacional de los derechos humanos. Los tratados referidos quedaban jurídicamente protegidos a través de una doble garantía interna e internacional. En el plano doméstico, las disposiciones de los tratados debían ser consideradas leyes constitucionales o fundamentales. Desde la perspectiva internacional, estas cláusulas quedaban bajo la garantía de la Sociedad de Naciones y no podían ser modificadas sin el consentimiento de los miembros del Consejo de dicha Sociedad<sup>22</sup>. El Tribunal Permanente de Justicia internacional tenía jurisdicción para resolver las diferencias de interpretación y ejecución de los tratados, así como para emitir opiniones consultivas sobre los mismos. La vigilancia de su cum-

---

<sup>20</sup> Dictamen consultivo relativo a las escuelas minoritarias en Albania, de 6 de abril de 1935.

<sup>21</sup> J. M. BAUTISTA JIMENEZ, "La vinculación entre la protección de algunos derechos fundamentales y la seguridad y paz internacionales: el antecedente de la Sociedad de Naciones", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 16, 2008, p. 7.

<sup>22</sup> J.M. BAUTISTA JIMENEZ, "La vinculación entre la protección de algunos derechos fundamentales y la seguridad y paz internacionales: el antecedente de la Sociedad de Naciones", cit., pp. 13-14.

plimiento correspondía en clave política al Consejo de la Sociedad de Naciones<sup>23</sup>.

Por lo que se refiere al contenido de los tratados, éstos incluyen la equiparación plena de los miembros de las minorías al resto de nacionales del Estado, sin discriminación alguna. Los tratados garantizan también el derecho a la enseñanza elemental en el propio idioma, libertad de enseñanza en la lengua de la minoría, así como de ayudas económicas del Estado cuando fueran necesarias para el mantenimiento de su propio idioma y cultura. A esto se añadían algunas cláusulas específicas dirigidas a minorías concretas<sup>24</sup>.

El sistema descrito suponía una importante novedad para el Derecho vigente en la época, pero la vigilancia de su aplicación dependía de un procedimiento excesivamente rígido. Por esta razón, la Sociedad de Naciones desarrolló mecanismos más prácticos orientados a que la monitorización internacional de las cláusulas protectoras fuera más eficaz, como el derecho de petición y los comités de minorías del Consejo. En virtud del derecho de petición, cualquier Estado, asociación, minoría o individuo podía ofrecer información al Consejo de la Sociedad sobre presuntas infracciones de las cláusulas de minorías. Para el estudio de las mismas, se establecieron los comités de minorías<sup>25</sup> que, compuestos por representantes de de 3 o 4 Estados elegidos con criterios de equilibrio geográfico, examinaba las informaciones recibidas, siempre que el Estado concernido diera su consentimiento para ello. La contrapartida que podía tener la negativa estatal era precisamente el

<sup>23</sup> Sobre la Sociedad de Naciones y las minorías, *vid.*: P. AZCARATE, *Minorías Nacionales y Derechos Humanos*, Universidad Carlos III, Congreso de los Diputados, Madrid, 1998. A. BASTOGH, *La protection internationale des minorités, Editions internationales*, Paris, 1930. J.M. BASTOGH, "La vinculación entre la protección de algunos derechos fundamentales y la seguridad y paz internacionales: el antecedente de la Sociedad de Naciones", *cit.*, pp. 1-35. J. FOUQUES DUPARC, *La protection des minorités de race, de langue et de religion: étude de droit des gens*, Dalloz, Paris, 1922. F. MARINO, "Derecho internacional contemporáneo y protección de las minorías y de sus miembros", en P. AZCARATE, *Minorías Nacionales y Derechos Humanos*, *cit.*, pp. 91-110. X. M. NUÑEZ SEIXAS, "La cuestión de las minorías nacionales en Europa y la Sociedad de las Naciones (1919-1939): el contexto histórico de la actuación de Pablo de Azcárate" en P. AZCARATE (ed.), *Minorías Nacionales y Derechos Humanos*, *cit.*, pp. 45-87.

<sup>24</sup> Se preveían disposiciones particulares para las minorías judías en los tratados con Grecia, Polonia y Rumanía; para las minorías musulmanas en los tratados con Grecia y Yugoslavia; para las minorías de los valacos del Pindus y las comunidades monásticas del Monte Athos en el tratado con Grecia; para los sículos y los sajones en el tratado con Rumania; para la Rutenia subcarpática en el tratado con Checoslovaquia.

<sup>25</sup> Resolución del Consejo de la Sociedad de Naciones de 25 de octubre de 1920.

hacer públicas las peticiones recibidas<sup>26</sup>. Estos comités, con la ayuda pertinente del secretariado de la Sociedad de Naciones<sup>27</sup>, podían acabar rechazando la petición, abriendo negociaciones con el Estado respectivo o incluyendo la petición en el orden del día del Consejo, lo que equivalía a hacerla pública. En tal caso, el Consejo podía adoptar decisiones sobre la base de un informe presentado por un relator<sup>28</sup>.

La suerte de este sistema corrió paralela al complejo contexto político en el que tuvo que ser aplicado. En los primeros años posteriores a la guerra, el tema de las minorías nacionales conoció un desarrollo importante. Más allá de las concretas aplicaciones jurídicas, se desarrollan numerosos trabajos de investigación, cartográficos y estadísticos sin precedentes y de alguna manera se abre un campo temático en torno a la cuestión de las minorías nacionales en Europa<sup>29</sup>. Los Estados más interesados en el funcionamiento de mecanismos de control eran aquellos que habían perdido territorios poblados por grupos de su nacionalidad dominante, por lo que Alemania y Hungría se convirtieron en los países con mayor interés en el desarrollo del sistema, mientras que Rumania, Polonia o Yugoslavia miraban este desarrollo con mayor desconfianza. Los grupos de minorías más activos a lo largo de todo el periodo serían las minorías alemanas y húngaras, pero también las minorías judías. No obstante, en la suerte del sistema no solo influirían factores geopolíticos internacionales, sino también las tradicionales relaciones sociales entre los grupos minoritarios y mayoritarios en el nuevo contexto, puesto que las nuevas minorías húngaras, alemanas o judías habían sido durante siglos grupos socialmente dominantes en sus respectivos territorios y mientras que las nuevas mayorías en muchos países estaban formadas por las clases sociales tradicionalmente inferiores, lo que avivaba algunos resentimientos seculares<sup>30</sup>. En gran parte por ello, la reforma agraria fue otra de

---

<sup>26</sup> J.M. BAUTISTA JIMENEZ, "La vinculación entre la protección de algunos derechos fundamentales y la seguridad y paz internacionales: el antecedente de la Sociedad de Naciones", cit., p. 18.

<sup>27</sup> P. AZCARATE, *Minorías Nacionales y Derechos Humanos*, cit., p. 196.

<sup>28</sup> Sobre el sistema de peticiones y su consolidación, vid.: C. R. FERNANDEZ LIESA, "La protección de las minorías en el Derecho internacional general. Análisis de la evolución y del estatuto jurídico internacional", cit., pp. 199-217. X. M. NUÑEZ SEIXAS, *Entre Ginebra y Berlín*, cit., pp. 182-184.

<sup>29</sup> X. M. NUÑEZ SEIXAS, *Entre Ginebra y Berlín*, cit., pp. 147-148.

<sup>30</sup> P. AZCARATE, *Minorías Nacionales y Derechos Humanos*, cit., pp. 137-144. X. M. NUÑEZ SEIXAS, "La cuestión de las minorías nacionales en Europa y la Sociedad de las Naciones (1919-1939): el contexto histórico de la actuación de Pablo de Azcárate", cit., p. 48.

las grandes controversias que puso a prueba la utilidad del sistema de protección de minorías. Por último, la actitud de las distintas minorías era también diferente en función de su propia historia o geografía, aún en el caso de que pertenecieran al mismo grupo nacional.

Puede decirse que el sistema de protección de minorías funcionó razonablemente bien durante los años veinte. El mayor número de peticiones tuvo que ver con la reforma agraria, la utilización del idioma propio en las escuelas o en instancias públicas, o con actos de violencia directa contra los miembros de minorías<sup>31</sup>. La situación cambiaría de manera dramática en los años treinta, debido en parte a la profunda crisis económica de 1929, que agudizó la marea de regímenes dictatoriales en buena parte de Europa. Los nazis tenían intención de utilizar la cuestión de las minorías alemanas en el exterior como un instrumento de su particular estrategia política. En realidad, el interés no estaba tanto en la suerte de dichas minorías, sino en el fortalecimiento de una estrategia expansionista, pero la estrategia nazi rompió la coalición tácita de las minorías alemanas y judías (y húngaras) que habían hecho fuerza conjuntamente por el desarrollo del sistema, y Alemania decidió desvincularse de la Sociedad de Naciones. Así, aunque las minorías nacionales tuvieron poca importancia real en las aspiraciones nazis<sup>32</sup>, a partir de 1933 puede considerarse que el sistema se halla, por distintos factores, irreversiblemente tocado de muerte.

Aunque el sistema de protección de minorías bajo la Sociedad de Naciones terminó en fracaso, la responsabilidad del mismo no hay que buscarla tanto en las imperfecciones del propio sistema, cuanto en el difícil contexto en que éste tuvo que ser aplicado. No puede olvidarse la novedad de la experiencia planteada, en la que el procedimiento de peticiones por parte de las minorías contra un Estado constituía un avance revolucionario en el Derecho internacional clásico. La desconfianza de muchos gobiernos y el progresivo desprestigio de la propia Sociedad de Naciones obstaculizaron el funcionamiento del sistema y su efectividad. En cualquier caso, puede señalarse que el sistema de protección de minorías constituye el antecedente más importante de un sistema de protección de los derechos humanos en el Derecho internacional<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Entre 1921 y 1939 se presentaron casi 1000 peticiones: X. M. NUÑEZ SEIXAS, *Entre Ginebra y Berlín*, cit., pp. 191-192.

<sup>32</sup> P. AZCARATE, *Minorías Nacionales y Derechos Humanos*, cit., p. 140.

<sup>33</sup> J.M. BAUTISTA JIMENEZ, "La vinculación entre la protección de algunos derechos fundamentales y la seguridad y paz internacionales: el antecedente de la Sociedad de Naciones", cit., p. 19 y 26.

Mientras este sistema internacional era aplicado, se produjeron escasos desarrollos jurídicos en clave interna. La Constitución alemana de 1919 incluyó en su artículo 113 una novedosa previsión de respeto a los ciudadanos que tuvieran una lengua diferente al alemán, en particular para el uso de su propio idioma en la enseñanza, administración interior y tribunales. Por su parte, Estonia desarrolló a partir de 1925 un modelo de autonomía cultural inspirado en las propuestas de la vieja escuela austromarxista. Finalmente, España, en su Constitución de 1931 incluyó un sistema de diversidad lingüística y autonomías regionales que, en parte, estaba pensado para dar acomodo a algunas reivindicaciones de sus más importantes minorías.

#### 4. LA SEGUNDA CRISIS COLECTIVA Y EL ECLIPSE DE LAS MINORIAS (1939-1989)

##### 4.1. Guerra y posguerra: 1939-1960

La cuestión de las minorías tuvo una importancia reducida tanto en el estallido de la segunda guerra mundial, como en su desarrollo o conclusión. Esto no obstante, las minorías nacionales sirvieron hasta cierto punto como argumento retórico para legitimar algunos objetivos de guerra, lo que tendría profundas consecuencias a la hora de diseñar el escenario posbélico. La política expansiva de los nazis en Alemania condujo a la utilización de las minorías alemanas como punta de lanza de la necesidad de ampliar el *lebensraum*. La causa inmediata de la guerra, en torno a la situación de Danzig y del pasillo polaco, puede situarse en esta línea. Varios Estados que tenían ansias expansionistas basadas en la existencia de minorías propias en países vecinos, aprovecharon la guerra para llevar a cabo parte de sus aspiraciones y algunas naciones sin Estado pudieron acceder a la independencia temporalmente. En algunos casos, los reajustes fronterizos a los que dio lugar el llamado "nuevo orden" tuvieron en la situación de las minorías un claro soporte. Ahora bien, la política con respecto a las minorías tampoco resultó coherente, ni siquiera dentro de los países del Eje<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Las aspiraciones irredentistas basadas en la existencia de minorías en países vecinos no solo inspiraron objetivos de guerra de las potencias del Eje o de la Unión Soviética. Cuando se acercaba el final de la guerra, tanto Francia (Valles de Aosta y Tenda) como Yugoslavia (Istria, Dalmacia, valle del Isonzo y Trieste) pretendieron y lograron parcialmente expandirse a costa de su vecina Italia con el mismo argumento.

Sin duda, el hecho más conocido de la contienda es la suerte trágica que corrieron determinadas minorías. Además del exterminio de una gran parte de las minorías judías de los países ocupados por los alemanes, también sufrieron el genocidio los gitanos, sin olvidar a las minorías y pueblos que fueron expatriados forzosamente de sus tierras en la Unión Soviética<sup>35</sup>. El desplazamiento masivo de las minorías alemanas y la práctica desaparición de los judíos redujeron ostensiblemente el número y la fuerza de las minorías en Europa central con respecto a la situación previa a la guerra. Junto a ello, la utilización de las diferencias nacionales como excusa para el uso de la fuerza y, sobre todo, el recuerdo de las atrocidades cometidas en nombre de la superioridad racial, provocaron una importante reacción ideológica que reafirmó la dignidad de la persona humana y la inviolabilidad de sus derechos fundamentales. Como consecuencia, la perspectiva política dominante en la escena internacional tras el fin de la guerra sería eminentemente individualista y los derechos colectivos de los grupos o de las minorías serían vistos en lo sucesivo con mucha desconfianza, sobre todo por los países occidentales.

Los tratados de paz que pusieron fin al segundo conflicto no implicaron grandes cambios territoriales en el mapa europeo. Al contrario, de una filosofía de adecuación de las fronteras a las nacionalidades se pasa en 1945 al criterio de desplazar más las poblaciones que las fronteras. Con el mismo objetivo de conseguir la mayor homogeneidad posible, la estrategia adoptada fue radicalmente distinta. La desaparición casi absoluta de las minorías judías y la expulsión de millones de personas de sus lugares de poblamiento tradicional (sobre todo alemanes, polacos, eslovacos y ucraniano) redujo considerablemente la fuerza numérica de las minorías nacionales respecto al periodo anterior a la guerra.

Pero más importancia que la pérdida de fuerza numérica de las minorías tiene el cambio de paradigma ideológico que deriva del conflicto y de las atrocidades cometidas durante el mismo, que generan una fuerte convulsión en la conciencia colectiva. Con la excusa de la utilización de las cuestiones nacionalitarias por parte de quienes provocaron la guerra, los vientos de la inmediata postguerra no soplarían de modo favorable a la causa de las minorías europeas. Esto provocó que los desarrollos alcanzados durante la

---

<sup>35</sup> Chechenos, alemanes del Volga, tártaros de Crimea, ingusetios, calmuco, baltos, karachevos y mesquetos.

época de la Sociedad de Naciones fueran abandonados<sup>36</sup>, frente al empuje de la idea de dignidad humana entendida en clave individual y más bien desprovista de su componente cultural. La nueva aproximación sería eminentemente individualista y los enfoques colectivos sobre los derechos serán observados con reticencias, tanto en el ámbito filosófico como en el político. Al mismo tiempo, la fractura que siguió a la guerra entre los bloques occidental y oriental sirvió más para ahogar el debate sobre la protección de las minorías y los grupos que para activarlo. A pesar del lenguaje colectivista del bloque del Este, las aspiraciones minoritarias apenas tuvieron espacio para su expresión pública. A su vez, el hecho de que el bloque oriental estimulara retóricamente el discurso de los derechos colectivos, aumentaba la desconfianza hacia el mismo por parte del bloque occidental. Como consecuencia de todo ello, la cuestión de la protección jurídica de las minorías quedará relegada a un segundo plano del debate internacional, al menos hasta los años setenta.

La construcción de una nueva organización internacional que asegurara la paz y la seguridad se realizaría sobre las premisas ideológicas citadas, lo que explica que la protección de las minorías estuviera mayormente ausente en los debates mantenidos en Dumbarton Oaks o en San Francisco<sup>37</sup>. En el proceso de redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Asamblea General decidió no incluir la cuestión de las minorías<sup>38</sup> y, en cambio, encargar al Comité Económico y Social el análisis del tema, lo que en la práctica expresa el desinterés de la comunidad internacional sobre la cuestión<sup>39</sup>. El único guiño receptivo de las Naciones Unidas en estos primeros años fue la creación, como órgano subsidiario de la Comisión de De-

---

<sup>36</sup> G. PENTASSUGLIA, *Minorities in International Law*, Consejo de Europa / European Center for Minority issues, Estrasburgo, 2002, p. 29. Con la excepción del régimen de las Islas Aland y del tratado de Lausana de 1923 sobre la protección de minorías en Turquía. Para el resto de casos, se entendió que la modificación sustancial de las circunstancias justificaba la pérdida de vigencia de los viejos tratados y declaraciones: Informe de la Secretaría General de las Naciones Unidas a petición del Consejo Económico y Social: Documento de Naciones Unidas: E/CN.4/367.

<sup>37</sup> P. AZCARATE, *Minorías Nacionales y Derechos Humanos*, cit., p. 311.

<sup>38</sup> Resolución 217 c (III), de 10 de diciembre de 1948, sobre la suerte de las minorías.

<sup>39</sup> C. R. FERNANDEZ LIESA, "Protección de las minorías en el Derecho internacional contemporáneo, con especial referencia a las minorías lingüísticas", en F. MARIÑO MENENDEZ, C.R. FERNÁNDEZ LIESA y C.M. DIAZ BARRADO, *La protección internacional de las minorías*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, p. 221.

rechos Humanos, de una Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, compuesta por expertos independientes, que desde sus inicios impulsaría el debate sobre los derechos de las poblaciones minoritarias<sup>40</sup>. El mismo olvido de las realidades minoritarias se encuentra en el nacimiento del Consejo de Europa como organismo regional competente en materia de derechos humanos. Solamente el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950, incluirá la “pertenencia a una minoría nacional” entre las razones por las que resulta prohibida toda discriminación.

Esta extrema parquedad de instrumentos en el orden multilateral no impide, sin embargo, que se produzcan algunos desarrollos jurídicos orientados a la protección de minorías específicas en cuatro rincones diferentes de Europa. Así, el llamado “Acuerdo De Gasperi-Gruber”, formalizado entre los gobiernos italiano y austríaco, el 5 de septiembre de 1946 obligaría al establecimiento de una autonomía legislativa y ejecutiva para la minoría germana del Tirol del Sur, garantizando derechos en materia lingüística, educativa y de función pública a los habitantes de lengua alemana de las provincias de Bolzano y Trento. En segundo lugar, el Memorándum de Londres de 5 de octubre de 1954, firmado por los gobiernos de Italia, Reino Unido, Estados Unidos y Yugoslavia dividía la administración de la región de Trieste en dos zonas, una italiana y otra yugoslava, incluyendo cláusulas de no discriminación para las minorías cruzadas de ambos países, así como el derecho a la educación básica en lengua materna y el derecho de uso de ésta ante las autoridades administrativas y judiciales. La delimitación definitiva de las fronteras en esta zona no se produciría hasta la conclusión del Tratado de Osimo, entre Italia y Yugoslavia en 1975, en el que ambos Estados se comprometen a mantener en vigor las medidas adoptadas en 1954. De igual modo, en el antiguo ducado de Schleswig, los gobiernos de Alemania y Dinamarca emitieron sendas Declaraciones unilaterales en 1955 por las que se obligaban jurídicamente a respetar derechos lingüísticos y de participación a las respectivas minorías recíprocas. Por último, el 15 de mayo de 1955 se

---

<sup>40</sup> Sobre las minorías en el marco específico de las Naciones Unidas, vid.: I. O. BOKATO-LA, *L'Organisation des Nations Unies et la protection des minorités*, Bruylant, Bruselas, 1992. J.M. CONTRERAS MAZARIO, *Las Naciones Unidas y la protección de las minorías religiosas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. C. THOMPSON, “The protection of Minorities within the United Nations”, en S. TRIFUNOVSKA (ed.), *Minority Rights in Europe. European Minorities and Languages*, Asser press, La Haya, 2001, pp. 115-138.

firmó por las potencias aliadas el llamado Tratado de Estado de Austria, que garantiza a las minorías eslovenas y croatas de Carintia, Estiria y Burgenland la no discriminación, así como algunos derechos lingüísticos en los ámbitos educativo, administrativo y judicial.

#### **4.2. Vientos de cambio y crisis: 1960-1989**

Durante los años cuarenta y cincuenta pareció como si los conflictos relacionados con las minorías nacionales fueran cosa del pasado, de forma que el debate sobre los derechos de las minorías quedó así interrumpido. Sin embargo, el devenir político acabaría demostrando que esta discusión no había desaparecido, sino que se hallaba en estado latente. Los años sesenta y setenta serían el marco social y político que permitiría reactivar el debate, aunque los desarrollos jurídicos principales no aflorarían hasta los años noventa. La década de los sesenta marca un punto de inflexión para numerosos movimientos de corte nacionalista, localista o federalista que reivindicaban la protección de los derechos de las minorías en diferentes versiones. Algunas ramificaciones violentas de estos movimientos, inspiradas en parte en el proceso descolonizador, no hicieron sino llamar más la atención sobre determinados desacomodos minoritarios. Esto no obstante, los procesos de asimilación de las minorías en los distintos países europeos seguían avanzando como consecuencia del desarrollo económico, la universalización de la educación y de la televisión como nuevo medio de comunicación de masas. Además, en términos generales la asimilación no era percibida como un proceso negativo de pérdida de identidad, sino como una extensión de las oportunidades para progreso de todos los ciudadanos, idea que se refleja en los textos internacionales que regularían la integración de las personas inmigrantes, los refugiados o la condición de los pueblos indígenas.

Los movimientos de población tuvieron también una notoria influencia en el progresivo cambio de paradigma. Europa, tradicionalmente tierra de emigración, constituye tras la segunda postguerra un foco de atracción de trabajadores de la periferia política del continente o de antiguas colonias. Ello hizo caminar a algunos países desde el tradicional asimilacionismo a nuevas formas de gestionar la diversidad. Canadá sería el primer país del mundo en adoptar oficialmente el multiculturalismo como política pública en 1971, seguido por Australia en 1978, lo que tuvo también una cierta repercusión en algunos países europeos como Suecia, Países Bajos o el Reino Unido. Estas nuevas tendencias de valoración positiva de la diversidad se

reflejaron también en los debates que emergían en las instituciones internacionales en torno a la condición de las minorías, los pueblos indígenas y las nuevas minorías o “minorías visibles”. La revitalización del localismo, el incipiente ecologismo, el movimiento por los derechos civiles y un cierto revival étnico coincidieron también con reformas que profundizaban en la descentralización política. Así lo hizo Italia al aumentar sustancialmente el autogobierno del Tirol del Sur, Bélgica evolucionando progresivamente hacia un modelo federal, o España al reconocer en 1978 el derecho a la autonomía de sus nacionalidades. Incluso Francia procedió en los años ochenta a iniciar un tímido proceso de regionalización, mientras el Reino Unido intentaba, sin éxito, implementar un régimen de autogobierno para Escocia y Gales. Por el contrario, en Europa del Este solamente Yugoslavia y la URSS estaban organizadas de una manera en teoría sensible a las minorías, pero lastrada por una cultura política de fuerte centralización<sup>41</sup>.

Si los desarrollos jurídicos internos no proliferaron (más allá de la extensión de autonomías territoriales citada), en el ámbito internacional se produjeron algunas novedades. En Naciones Unidas, algunos convenios generales de derechos humanos incorporaban aproximaciones que permitían a las minorías una cierta defensa de sus intereses específicos<sup>42</sup>, pero sin duda el desarrollo jurídico más relevante de este periodo es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 10 de diciembre de 1966, que incorpora un artículo 27 dedicado a reconocer los derechos de las personas pertenecientes a minorías:

*“En aquellos Estados en los que existen minorías étnicas, lingüísticas o religiosas, no se negará a las personas pertenecientes a tales minorías, en comunidad con otros miembros de su grupo, el derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión o a usar su propio idioma”.*

El artículo es el primer texto que reconoce expresamente a las minorías unos derechos concretos, con vocación universal. Bien es cierto que no habla de minorías nacionales, sino de otras tres categorías cuya definición tampoco avanza, aunque parece dar un sentido objetivo a su existencia. Es también destacable que el precepto está redactado en clave negativa, expresan-

---

<sup>41</sup> Lo mismo puede predicarse respecto a Rumania en sus dos intentos de acomodar a la minoría húngara de Transilvania a través del autogobierno territorial.

<sup>42</sup> Principalmente, la Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, de 14 de diciembre de 1960 y el Convenio para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, de 21 de diciembre de 1965.

do así un reconocimiento un tanto tímido de los derechos que contiene. Por último, en la redacción del artículo predomina un enfoque individualista, que reconoce como titulares de los derechos a las personas pertenecientes a minorías y no a las minorías como tales, lo que sin embargo se compensa al señalar que los derechos se disponen “en comunidad con otros miembros del grupo”. En suma, su redacción es reflejo de los recelos que en 1966 seguía provocando la protección específica de las minorías. Con todo, el artículo 27 del Pacto presenta la virtualidad de ser la primera norma con pretensiones de aplicación universal que protege a los miembros de las minorías. Para algunos, el artículo en cuestión reconoce en realidad de modo implícito un auténtico derecho a la identidad<sup>43</sup>.

El contenido de los derechos reconocidos en este artículo se irá desarrollando en la labor del Comité de Derechos Humanos, por medio de opiniones periódicas relativas a Estados parte o a través de comunicaciones de particulares contra dichos Estados. Sin embargo, el ritmo de ratificaciones del Pacto (y de su protocolo) fue relativamente lento en las primeras décadas, por lo que los posicionamientos más interesantes del Comité en torno al artículo 27 corresponden en realidad a la época de los años noventa. Otros debates interesantes se produjeron en el seno de la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, que dedicó no pocos esfuerzos a buscar una definición del término minoría. En 1971 Francesco CAPOTORTI fue nombrado Relator Especial con el objeto de realizar un estudio sobre la situación de las personas pertenecientes a minorías étnicas, lingüísticas o religiosas. El estudio de CAPOTORTI fue presentado a la Subcomisión en 1977<sup>44</sup>, constituyéndose en una referencia ineludible en la materia.

Por lo que respecta al marco europeo, los desarrollos jurídicos en materia de protección de las minorías fueron muy escasos en estas décadas. Por un lado, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se mostraba receptiva a la cuestión. Por otra parte, la Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa incluyó en el Acta Final de Helsinki de 1975 un reconocimiento de los derechos de las minorías nacionales como uno de los principios consagrados por aquella. El enfoque político de este

<sup>43</sup> C. R. FERNANDEZ LIESA, “Protección de las minorías en el Derecho internacional contemporáneo, con especial referencia a las minorías lingüísticas”, cit., p. 225.

<sup>44</sup> F. CAPOTORTI, *Study on the Rights of Persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, United Nations/Centre for Human Rights, Nueva York, 1991.

documento apuntaba más a consideraciones de estabilidad política en el continente, pero ello no obsta a la importancia simbólica de esta inclusión, teniendo en cuenta que se trata del primer documento consensuado entre los dos bloques entonces antagónicos<sup>45</sup>. También en clave de desarrollos jurídicos bilaterales el periodo de los años sesenta a ochenta es prácticamente estéril, salvo por el tratado de Osimo anteriormente aludido, y el acuerdo de 15 de noviembre de 1985 entre los gobiernos de Irlanda y del Reino Unido en relación con Irlanda del Norte, cuya operatividad fue muy limitada y que pronto quedaría superado de hecho.

## 5. GLOBALIDAD Y DEMOCRACIA EN LA NUEVA EUROPA (1989-2000)

### 5.1. La tercera gran crisis y el nuevo Derecho de las minorías (1989-1995)

Los años sesenta y setenta habían servido para reactivar debates sepultados bajo los escombros de la segunda guerra mundial, pero los mismos no se habían traducido en desarrollos jurídicos significativos, con la reseñable excepción del artículo 27 del Pacto Internacional. Sin embargo, la caída del muro de Berlín en 1989 marca el comienzo de una nueva etapa para las minorías nacionales. La rápida desintegración de los regímenes comunistas va a crear un contexto que acelerará la aprobación de documentos jurídicos y políticos en la primera mitad de la década de los noventa. La explicación de este cambio de tendencia hay que buscarla en la sensación de inseguridad con la que las instituciones europeas observan la realidad transicional de la Europa central y oriental. Los conflictos de justificación étnica o nacional que surgen en diversos lugares del continente desatan la alarma en la comunidad internacional, que se apresurará a diseñar instrumentos para paliar la desestabilización producida por desajustes identitarios ocultos durante décadas. La caída del comunismo supuso cambios de fronteras por vez primera desde la segunda guerra y algunos de los procesos de reivindicación se acompañaron de hechos violentos e incluso guerras abiertas. Todo ello hizo que la comunidad internacional organizada se implicara en busca

---

<sup>45</sup> Sobre el Acta de Helsinki, vid. A. BLOED (ed.), *The challenges of change. The Helsinki summit of the CSCE and its aftermath*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1994. P. VAN DIJK, "The Final Act of Helsinki: Basis for a Pan-European System?", en *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XI, 1980, pp. 97-124.

de soluciones políticas y jurídicas, a través de las distintas organizaciones internacionales.

En Naciones Unidas, este periodo sirve para recoger frutos de las iniciativas sembradas en las décadas anteriores. Un primer logro es la aprobación por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1992 de la Declaración de los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Étnicas o Nacionales, Lingüísticas o Religiosas. En la misma se reconoce el ejercicio individual o colectivo de los derechos de las personas pertenecientes a minorías, así como la obligación de los Estados de tomar medidas positivas para asegurar el cumplimiento de los derechos de las minorías y la preservación de sus elementos de su identidad. Sin embargo, vuelve a echarse en falta una definición del concepto de minoría en cualquiera de sus versiones. Al mismo tiempo, la naturaleza de declaración coloca al texto en el ámbito del llamado *soft-law*, en el que no se prevén mecanismos coercitivos. Esto no obstante, un grupo de trabajo de la Subcomisión ha venido trabajando desde 1995 en la interpretación e implementación de este texto. Por otro lado, es de destacar la labor del Comité de Derechos Humanos respecto al artículo 27 del Pacto Internacional, tanto en la resolución de casos provenientes de comunicaciones individuales<sup>46</sup>, como en la adopción en 1994 de un Comentario General sobre el artículo 27<sup>47</sup>. La interpretación que hace el Comité de los derechos recogidos por el Pacto es muy avanzada, adoptando una posición universalista sobre la existencia de minorías y sobre la posibilidad de que personas extranjeras puedan conformar minorías étnicas, lingüísticas o religiosas. El Comité subraya también la objetividad de la existencia de las minorías, y la obligación de que los Estados adopten medidas positivas para su protección<sup>48</sup>.

En el ámbito europeo destaca por un lado la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE hasta 1994), que liderará una aproximación política a los conflictos planteados en torno a los derechos de las mi-

---

<sup>46</sup> La primera resolución relevante del Comité de Derechos humanos en relación con este artículo se produciría en 1981 en el caso *Lovelace contra Canadá* (Comunicación núm. 24/1977, documento CCPR/C/13/D/24/1977; decisión de 30 de Julio de 1981) y un número mayor de casos no empezaría a resolverse hasta la década de los noventa.

<sup>47</sup> Comentario de 6 de abril de 1994, Documento CCPR/C/21/Rev.1/Add.5.

<sup>48</sup> También se adopta en 1989 la Convención para los Derechos del Niño, que incluye en su artículo 30 una cláusula de protección de los derechos de los niños pertenecientes a minorías étnicas, lingüísticas o religiosas.

norías<sup>49</sup>. La OSCE reparó enseguida en la importancia de la cuestión minoritaria para la estabilidad del continente, y el tema se halla presente ya en 1990 durante la Conferencia de Copenhague sobre la Dimensión Humana. En la misma se alcanzó un acuerdo sobre una lista de derechos que deberían ser reconocidos a las minorías nacionales, que se incorporó al documento final. Esta predisposición favorable se reiteraría en la Carta de París por una nueva Europa, firmada el 21 de noviembre de 1990 por los entonces 34 Estados miembros de la CSCE. La Conferencia de la CSCE en Helsinki en 1992 volvería a tratar extensivamente sobre la cuestión de los derechos de las minorías, de forma que el documento final de aquélla incorpora una sección sobre el tema. El mismo documento establece la creación de un Alto Comisionado para las Minorías Nacionales (ACMN)<sup>50</sup>, figura de vocación

<sup>49</sup> Sobre la labor de la OSCE en relación con las minorías, vid.: E. BAKKER, "Linguistic Rights and the Organization for Security and Cooperation in Europe", en S. TRIFUNOVSKA(ed.), *Minority Rights in Europe*, cit., pp. 241-254. E. CONDE PEREZ, *La protección de las minorías nacionales en la organización para la seguridad y la cooperación en Europa (OSCE)*, Universidad Complutense, Madrid, 2001. J. HELGESEN, "The Protection of Minorities in the Conference on Security and Co-operation in Europe (CSCE): A note on the Helsinki Document 1992" en J. PACKER y K. MYNTTI (eds.), *The Protection of Ethnic and Linguistic Minorities in Europe*, Abo Akademi University, Turku, 1993, pp. 15-22. S. HOLT y J. PACKER, J., "OSCE Developments and Linguistic Minorities", *International Journal on Multicultural Societies*, vol. 3, núm. 2, 2001. J. PACKER, J., "The protection of Minority Language Rights through the Work of OSCE institutions", en S. TRIFUNOVSKA (ed.), *Minority Rights in Europe*, cit., pp. 255-274. S. PETSCHEN VERDAGUER, "La cuestión de las minorías nacionales en la organización para la seguridad y la cooperación en Europa", en VV.AA., *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Tecnos-Universidad del País Vasco, Vitoria, 1995, pp. 169-194. J. WRIGHT, "The OSCE and the Protection of Minority Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 18, 1996, pp. 190-205.

<sup>50</sup> Sobre la labor del Alto Comisionado para las Minorías Nacionales, vid.: A. BLOED, y R. LETSCHERT, "The OSCE High Commissioner on national Minorities", en K. HENRARD y R. DUNBAR (eds.), *Synergies in Minority Protection*, cit., pp. 88-118. E. FRIBER y H. NASIC, "The OSCE High Commissioner on National Minorities", en VV.AA., *Institutions for the management of ethno-political conflicts in central and eastern Europe*. Consejo de Europa-ECMI, Estrasburgo, 2008, pp. 13-51. H. J. HEINTZE, "Western Europe and the OSCE High Commissioner on National Minorities", *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 7, núm. 4, 2000, pp. 381-392. K. J. HUBER, "Preventing Ethnic Conflict in the New Europe: The CSCE High Commissioner on National Minorities", en CUTHBERTON y LEIBOWITZ (eds.), *Minorities: The New Europe's old issue*, Atlanta, 1993, pp. 285-309. W. KEMP(ed.), *Quiet diplomacy in action: the OSCE High Commissioner on National Minorities*, Kluwer Law International, La Haya-Boston-Londres, 2001. N. SAINZ GSELL, "El papel del Alto Comisionado sobre las Minorías Nacionales (ACMN) de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) en la prevención y gestión de conflictos", en C. DE CUETO NOGUERAS (coord.), *Seguridad y diversidad*

preventiva que se configura como un mediador para evitar a través de buenos oficios, la escalada de tensión en situaciones potencialmente conflictivas que involucran a minorías nacionales en todo el espacio geográfico de la OSCE. Esto no obstante, el ACMN ha intervenido en ocasiones sobre situaciones meramente internas de algunos Estados en las que los desencuentros entre mayoría y minorías podían entenderse como una amenaza para la estabilidad del país o de su región. La ausencia de una definición de qué debía entenderse por minoría nacional ha otorgado en la práctica al ACMN un importante margen de maniobra para interesarse por situaciones diversas. El ACMN también ha liderado la adopción de recomendaciones sobre los derechos de las minorías en determinados ámbitos temáticos, que sirven de orientación y pauta de interpretación de otros documentos internacionales<sup>51</sup>.

Por su parte, el Consejo de Europa dará luz en el mismo periodo a los desarrollos jurídicos más completos en la materia<sup>52</sup>. En la primera mitad de

---

*en las sociedades contemporáneas*. Biblioteca nueva, Madrid, 2005, pp. 121-136. R. ZAAGMAN, "The CSCE High Commissioner on National Minorities: an analysis of the mandate and the institutional context", en A. BLOED (ed.), *The challenges of change. The Helsinki summit of the CSCE and its aftermath*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1994, pp. 113-175. R. ZAAGMAN y H. ZAAL, "The CSCE High Commissioner on National Minorities : prehistory and negotiations", en A. BLOED (ed.); *The challenges of change. The Helsinki summit of the CSCE and its aftermath*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1994, pp. 95-111. W. ZELLNER, "The High Commissioner on National Minorities: his work, effectiveness, and recommendations to strengthen the HCNM as an institution", en H.GÄRTNER, A. HYDE-PRICE y E. REITER (eds.), *Europe's new security challenges*, Lynne Rienner Publishers, Boulder, 1999, pp. 265-297.

<sup>51</sup> Las recomendaciones temáticas adoptadas en este sentido por el ACMN hasta la fecha son las siguientes: *The Hague Recommendations on the education rights of national minorities* (1 de octubre de 1996), *The Oslo Recommendations regarding the linguistic rights of national minorities*, (1 de febrero de 1998), *The Lund Recommendations on effective participation of national minorities in public life*, (1 de septiembre de 1999), *Report and Recommendations on the Situation of Roma and Sinti in the OSCE area*, (10 de marzo de 2000), *Warsaw Guidelines* (participación de las minorías nacionales en los procesos electorales) (1 de enero de 2001), *Guidelines on the Use of Minority Languages in the Broadcast media* (10 de octubre de 2003), *Recommendations on Policing in Multi-Ethnic Societies* (9 de febrero de 2006), *The Bolzano/Bozen Recommendations on National Minorities in Inter-State Relations*, (20 de junio de 2008). Estos documentos pueden ser consultados en la página electrónica del ACMN (<http://www.osce.org/hcnm>).

<sup>52</sup> Sobre la labor del Consejo de Europa en relación con la protección de las minorías nacionales, vid.: X. DEOP MADINABEITIA, *La protección de las minorías nacionales en el Consejo de Europa*, IVAP, Oñate, 2000. C.M. DIAZ BARRADO, *La protección de las minorías nacionales por el Consejo de Europa*, Edisofer, Madrid, 1999. C. M. DIAZ BARRADO, "La protección de las minorías nacionales en Europa: la labor del Consejo de Europa", en F. MARIÑO MENENDEZ,

la década de los noventa, dos importantes instrumentos verían la luz: la Carta Europea de las Lenguas Regionales y Minoritarias (CELRM), de 1992, y la Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales (CM-PMN), de 1994. La CELRM tiene en realidad su origen en los años ochenta, como un impulso de la Conferencia Permanente de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa. Su texto definitivo sería adoptado por el Comité de Ministros el 22 de junio de 1992. Estrictamente hablando, la Carta no debe considerarse un instrumento de protección de minorías, sino un tratado de orden cultural. Su objetivo fundamental no es el reconocimiento de derechos lingüísticos a las minorías, sino asegurar la conservación y desarrollo del patrimonio cultural europeo. Por ello, la Carta no habla de derechos, sino de compromisos asumidos por los Estados parte. Esto no obstante, el contenido de este tratado constituye una forma indirecta y novedosa de proteger a las minorías lingüísticas de Europa. Una de sus especificidades más destacables es su estructura y operatividad. Para un buen número de lenguas minoritarias, la Carta obliga a los Estados parte a asumir compromisos en diversos ámbitos en virtud de un menú de posibles medidas. Los Estados deben cumplir con unos números mínimos de obligaciones asumidas, pero pueden variar de manera importante el tipo de medidas que deciden adoptar para cada lengua o territorio concreto en atención a la situación sociolingüística. Esta flexibilidad de la Carta intenta ante todo adaptarse

---

C. R. FERNÁNDEZ LIESA, y C. M. DIAZ BARRADO (eds.), *La protección internacional de las minorías*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pp. 311-436. ARP, B., *Las minorías nacionales y su protección en Europa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008. C. GIAKOUMOPOULOS, y A. GARCIA ORMAECHEA, "The Protection of Minorities in the Activities of the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe", *European Yearbook on Minority Issues*, vol. 2, Martinus Nijhoff, 2004, pp. 471-474. J. PACKER, y K. MINTTY, *The Protection of Ethnic and Linguistic Minorities in Europe*, cit. G. GILBERT, "The Council of Europe and Minority Rights", en *Human Rights Quarterly*, núm. 18, 1996, pp. 160-189. G. GILBERT, "The Bourgeoning Minority Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Human Rights Quarterly*, núm. 24, 2002, pp. 736-780. J. A. GONZALEZ VEGA, "La Protección de las Minorías y el Consejo de Europa", en I. GARCIA RODRIGUEZ (ed.), *Las minorías en una sociedad democrática y multicultural*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2001, pp. 127-163. K. HENRARD y R. DUNBAR (eds.), *Synergies in Minority Protection. European and International Law Perspectives*, Cambridge University press, Cambridge, 2008, pp. 119-154. K. SCHUMANN, "Le rôle du Conseil de l'Europe", en H. MIALL (ed.), *Minority Rights in Europe: the scope for a transnational regime*, Royal Institute of International Affairs, Londres, 1994, pp. 141-156. P. THORNBERRY y M. A. MARTIN ESTEBANEZ, *Minority Rights in Europe: A Review of the Work and Standards of the Council of Europe*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2004.

de la mejor manera posible a la importante variedad de situaciones lingüísticas de las lenguas minoritarias europeas y permite que un mismo instrumento sea útil para el conjunto del continente y que los niveles de obligatoriedad puedan irse adaptando con el paso del tiempo<sup>53</sup>.

Por su parte, la CMPMN responde al ambiente reinante en los primeros años noventa. En la discusión previa sobre la mejor estrategia para proteger los derechos de las minorías nacionales, las opciones principales eran redactar un Protocolo Adicional a la CEDH que incorporara derechos de las minorías o derechos culturales<sup>54</sup>, o aprobar una convención específica, tesis finalmente adoptada. El Comité de Ministros adoptó el texto de la Convención Marco el 10 de noviembre de 1994. La CMPMN constituye el primer instrumento jurídico multilateral dedicado específicamente a la protección de las minorías nacionales. Así, su nacimiento constituye un acontecimiento remarcable, si bien su contenido no resulta tan avanzado como otros documentos. La CMPMN incorpora el derecho de las personas pertenecientes a minorías nacionales de ser tratados como tales o no en función de su voluntad individual. Se reconocen también el derecho a la igualdad, al mantenimiento y desarrollo de la propia cultura, lengua o religión, derechos civiles básicos, algunos derechos lingüísticos, el derecho a la participación, y el derecho de mantener contactos transfronterizos. El listado está aderezado

---

<sup>53</sup> Sobre la CELRM, vid.: VV.AA., *International Conference on the European Charter for Regional or Minority Languages*, Council of Europe, Estrasburgo, 1998. VV.AA., *Implementation of the European Charter for Regional or Minority Languages*, Council of Europe, Estrasburgo, 1999. VV.AA., *From Theory to Practice: The European Charter for Regional or Minority Languages*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2002. R. DUNBAR y T. MORIN, *The European Charter for Regional or Minority Languages and the media*, Council of Europe, Estrasburgo, 2008. M. NIC CRAITH, "Facilitating or Generating Linguistic Diversity: The European Charter for Regional or Minority Languages", en G. HOGAN-BRUN, y S. WOLFF (eds.), *Minority Languages in Europe. Frameworks, Status, Prospects*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2003. E. RUIZ VIEYTEZ, "La Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias, ¿un instrumento más para la protección de las minorías lingüísticas?: contenido, límites y oportunidades", en VV.AA., *Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias. Una perspectiva sobre su aplicación*, Fundación EKE, Pamplona, 2003. E. RUIZ VIEYTEZ, "Constitutions, Languages, Definitions and the European Charter for Regional or Minority Languages", *Llengua i Dret*, núm. 51, 2009, pp. 227-253. J.M. WOEHLING, *The European Charter for Regional or Minority Languages*, Council of Europe, Estrasburgo, 2005.

<sup>54</sup> La Resolución 1201 (1993) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa contiene una propuesta de dicho protocolo, una definición de minorías nacionales y un listado de derechos para las mismas.

de condicionantes que dejan a los Estados un amplio margen de interpretación. Del mismo modo, la eterna ausencia de una definición de minoría nacional dificulta la aplicación de la convención en determinados supuestos. En todo caso, la CMPMN constituye un parámetro fundamental de referencia en la materia, si bien es cierto que en Europa los Estados tienden a considerar como minorías nacionales exclusivamente a las minorías tradicionales o históricas, normalmente formadas por nacionales del Estado en el que residen, mientras que en el ámbito universal el artículo 27 del Pacto Internacional resulta aplicable a las minorías sin calificativo nacional alguno. Del contexto político podemos deducir con claridad que la CMPMN es un instrumento principalmente pensado para las minorías de Europa central y oriental que poseen su propio Estado matriz. Esto explica que la aplicación de la convención a otras minorías más recientes o a las minorías sin Estado de otras zonas de Europa resulte más problemática<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Sobre la CMPMN, vid.: VV.AA., *Filling the Frame. Five years of monitoring the Framework Convention for the Protection of National Minorities*, Council of Europe, Estrasburgo, 2004. J.M. BAUTISTA JIMENEZ, "El Convenio Marco para la protección de las Minorías Nacionales: construyendo un sistema europeo de protección de las minorías", en *Revista de instituciones europeas*, vol. 22, núm. 3, 1995, pp. 939-960. C.M. DIAZ BARRADO, "La protección de las minorías en el seno del Consejo de Europa: Convenio Marco para la protección de las Minorías Nacionales", en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, núm. 17, 1999, pp. 125-170. K. GAL, "The Council of Europe Framework Convention for the Protection of National Minorities and its Impact on Central and Eastern Europe", *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, invierno 2000. A. KORKEAKIVI, "Frameworking: Review of the Monitoring Process of the Council of Europe Framework Convention for the Protection of National Minorities", *European Yearbook of Minority Issues*, vol. 5, ECMI-Eurac Research, Martinus Nijhoff publishers, Leiden-Boston, 2007, pp. 255-272. E. RELAÑO PASTOR, "Una valoración del Convenio Marco para la protección de las Minorías Nacionales del Consejo de Europa en su quinto aniversario", en *Migraciones*, núm. 17, 2005, pp.185-214. E. RUIZ VIEYTEZ, "El Convenio Marco para la protección de las Minorías Nacionales", en F. GOMEZ ISA (dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 513-526. E. RUIZ VIEYTEZ, "Minorías, nacionalidades y minorías nacionales. La problemática aplicación en España del Convenio Marco para la protección de las Minorías Nacionales", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 82, 2008, pp. 187-225. F. STEKETEE, "The Framework Convention: A Piece of Art or a Tool for Action?", *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 8, núm. 1, 2001, pp. 1-15. A. VERSTICHEL, A. ALEN, B. DE WITTE. y P. LEMMENS (eds.), *The Framework Convention for the Protection of National Minorities, A Useful Pan-European Instrument?*, Intersentia, Mortsel, 2008. M. WELLER (ed.), *The Rights of Minorities: A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

Finalmente, debe hacerse mención en este punto de los numerosos tratados bilaterales que se firmaron a partir de 1991 entre los países de la Europa central y oriental, y que incluían disposiciones relativas a la protección recíproca de las minorías nacionales. Frente a la escasez de este tipo de instrumentos que había caracterizado la época de la posguerra, en un corto espacio de tiempo se firmaron un alto número de tratados. Nuevamente, el objetivo de estos instrumentos era garantizar la estabilidad del continente en una época de convulsiones, pero la protección recíproca de las minorías nacionales es al mismo tiempo una exhibición de la voluntad democratizadora de estos países. El primero de estos convenios es el Tratado de 17 de junio de 1991 de Buena Vecindad y Cooperación Amistosa entre la República Federal de Alemania y Polonia. Con posterioridad, más de una veintena de convenios bilaterales fueron firmados entre distintos Estados de la región. En estos tratados se incluyen habitualmente el derecho a preservar la propia identidad, a la participación efectiva en los procesos de decisión nacionales o locales, así como derechos lingüísticos y culturales especialmente centrados en la esfera educativa. Sin embargo, los tratados no suelen prever mecanismos específicos de control de su cumplimiento, más allá de comités intergubernamentales de seguimiento. Al igual que en el caso de la CMPMN, el derecho a la autonomía personal o territorial de las minorías no se incluye en el listado de derechos reconocidos. De cualquier manera, los tratados bilaterales completan el elenco de documentos que forman una nueva generación de normas del Derecho de las minorías<sup>56</sup>.

## 5.2. Consolidación y nuevos retos: hacia el cambio de siglo (1995-2000)

La segunda generación del Derecho de las minorías (la primera sería la de la época de entreguerras) respondió a la necesidad de ayudar a la estabilidad política europea tras la caída del telón de acero. Sin embargo, dado el papel simbólico que todo Derecho juega, su propia aprobación también serviría para consolidar delante de la opinión pública el discurso político que valora la diversidad como un elemento positivo. De este modo, algunas de las tendencias

---

<sup>56</sup> Sobre los tratados bilaterales de los años noventa que incorporan protección de minorías, vid.: A. BLOED y P. VAN DIJK (eds.), *Protection of Minority Rights through Bilateral Treaties: The Case of Central and Eastern Europe*, La Haya/Boston/Londres, 1999. E. LANTSCHNER y R. MEDDA-WINDISCHER, "Protection of National Minorities through Bilateral Agreement in South-Eastern Europe", *European Yearbook of Minority Issues*, vol. 1, 2003, pp. 535-564.

ideológicas que se desarrollaron en las décadas anteriores consiguieron un cierto reconocimiento jurídico. El incipiente Derecho de las minorías sería también denominado a largo plazo como Derecho de la diversidad. El mero transcurso del tiempo legitimaría los desarrollos jurídicos de comienzos de los años noventa y ello se retroalimentaría con las ideas de promoción de la diversidad que enlazaban con los discursos multiculturalistas de los años sesenta y setenta. La experiencia inmigratoria de un buen número de países occidentales también contribuiría a una mayor apertura frente a la diversidad, lo que ayudaría a consolidar una visión más favorable al reconocimiento de derechos de las minorías. El ambiente intelectual postmoderno enmarcaba mejor la valorización de lo local y una cierta oleada de ecologismo cultural se reflejaba en el apoyo a la conservación de los patrimonios culturales tradicionales. Todo ello servía de base al reconocimiento de culturas minoritarias, la revalorización del localismo cultural e histórico o la mayor aceptación de ideas políticas favorables al autogobierno y a la participación de comunidades indígenas y minorías. Esta tendencia positiva no se vería truncada en realidad hasta el final de siglo, simbólicamente representado por el impacto social del 11 de septiembre de 2001.

Así, en la segunda mitad de los años noventa podemos hablar fundamentalmente de consolidación del Derecho de las minorías. Los desarrollos jurídicos adoptados van a adquirir carta de naturaleza, particularmente con la entrada en vigor en 1998 de la CMPMN y de la CELRM. Ninguna de las dos convenciones permite la presentación de reclamaciones específicas, pero en ambas se prevé un control de su aplicación a través de comités de expertos independientes que valoran en informes públicos su grado de cumplimiento en los distintos Estados parte. Con la emisión de sus primeros informes los respectivos comités de expertos empezaron a interpretar el contenido de estos tratados y a crear un cuerpo de opiniones sobre sus potencialidades. A esto debe añadirse la creciente labor del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en torno al artículo 27 o a otros derechos recogidos en el Pacto que pudieran afectar a personas pertenecientes a minorías. De manera paralela, en la segunda mitad de los años noventa continuó desarrollándose la labor del ACMN de la OSCE. A todo ello se añade la creación en 1995 por la Subcomisión de Prevención de la Discriminación de las Naciones Unidas de un Grupo de Trabajo específico sobre minorías que se convertiría más tarde en grupo permanente.

De este modo, puede decirse que en los últimos años del siglo XX ya había comenzado el proceso de consolidación de la segunda generación de documen-

tos de protección de los derechos de las minorías y se adivinaba la emergencia de una suerte de acervo jurídico común en la cuestión<sup>57</sup>, al menos en el continente europeo. Prueba de la progresiva construcción de este acervo común es que la propia Unión Europea adoptó una parte del mismo como exigencia a los países candidatos a su incorporación a la Unión<sup>58</sup>. De este modo, el respeto de los derechos humanos, con mención expresa a la protección de las minorías, se convirtió en uno de los llamados criterios de Copenhague que presidieron el proceso de ampliación de la UE hacia los países de Europa central y oriental. La motivación para disponer esta condición no era sino garantizar una estabilidad política y unos estándares mínimos de respeto a los derechos humanos para los nuevos Estados miembros. Aunque en algunos casos la exigencia en este punto no fue muy rigurosa, lo cierto es que el largo proceso de ampliación de la UE fue un acicate para la ratificación de los convenios del Consejo de Europa y para modificaciones legislativas internas. También las nuevas constituciones de los países de la Europa central y oriental dedicaron a los derechos de las minorías mucha más atención que las de sus futuros socios occidentales<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> X. ARZOZ SANTISTEBAN, "El principio constitucional de igualdad de las nacionalidades en Austria-Hungría", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007, pp. 378. Para FERNANDEZ LIESA, en el ámbito de los derechos lingüísticos existe también un estándar mínimo, puesto que se ha consolidado una *opinio iuris* en el sentido de que determinados derechos forman parte del Derecho internacional positivo, sin perjuicio de que dicho estándar abstracto deba ser aplicado de modo diferente en cada caso, conforme a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad: C.R. FERNANDEZ LIESA, "Protección de las minorías en el Derecho internacional contemporáneo, con especial referencia a las minorías lingüísticas", cit., pp. 237 y 239.

<sup>58</sup> G. PENTASSUGLIA, *Minorities in International Law*, cit., p. 153. B. ARP, *Las minorías nacionales y su protección en Europa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 390-394.

<sup>59</sup> Sobre las minorías en Europa central y oriental y la ampliación de la Unión Europea, vid.: R. FERRERO, "La situación de las minorías nacionales en Europa centro-oriental diez años después", en G.A. PEREZ SÁNCHEZ, y R.M. MARTÍN DE LA GUARDIA (coords.), *La Europa del Este: del telón de acero a la integración en la Unión Europea*, Biblioteca nueva, Madrid, 2002, pp. 79-96. R. FERRERO, La protección de los derechos de las minorías nacionales en el contexto de ampliación y constitucionalización europeo, en *Lamusa digital*, núm. 5, 2004. J. HUGHES y S. GWENDOLYN, "Monitoring the Monitors: EU Enlargement Conditionality and Minority Protection in the CEECs", *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, núm. 1, 2003. E. RUIZ VIEYTEZ, "Derechos humanos y minorías nacionales en los nuevos Estados de la UE", en J.R. FLECHA ANDRES, y C. GARCIA NICOLAS, *Retos y desafíos de la ampliación: las claves de la nueva Unión Europea*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 85-124. P. VERMEERSCH, "EU Enlargement and Minority Rights Policies in Central Europe: Explaining Policy Shifts in the Czech Republic, Hungary and Poland", *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, núm. 1, 2003.

En realidad, el mayor obstáculo a la consolidación de ese supuesto acervo común europeo en materia de derechos de las minorías procedía de algunos países occidentales. Así, las posiciones de Francia o Grecia, u otras menos aparentes, no favorecían la asunción sincera de los compromisos por parte de los países orientales. Junto a la progresiva consolidación de un acervo común, se evidenciaba también la existencia de profundas diferencias en el enfoque que los distintos países dan a la presencia de minorías nacionales en su seno. Éstas varían desde la negación pura y simple hasta el reconocimiento que incluye medidas positivas de participación, pasando por acomodos específicos o por la inclusión de los hechos minoritarios en una estructura territorial general. En cuanto a desarrollos jurídicos bilaterales, apenas podríamos incluir en esta fase el Acuerdo de Viernes Santo de 1998 para Irlanda del Norte.

En el final de siglo, los debates en torno a los derechos de las minorías se avivarían, gracias en parte a la incipiente consolidación de las normas ya citadas. Ello anunciaba un momento de cierta eclosión intelectual algo posterior, cuyos frutos en forma de nuevos centros de investigación específicos<sup>60</sup> y un creciente número de publicaciones, incluso periódicas<sup>61</sup>, llegarían ya en la primera década del siglo XXI, en la que Naciones Unidas también contribuiría con nuevas iniciativas institucionales<sup>62</sup>. Este desarrollo temporal, unido a las realidades de varias sociedades occidentales, ayudaría a su vez a plantear cada vez con más fuerza el debate sobre los derechos de las nuevas minorías respecto a las minorías tradicionales, así como la relación de éstas con las comunidades indígenas, cuya protección ha seguido un proceso paralelo pero diferenciado. Por último, una contrastada revitalización de las religiones y la mayor interrelación entre ellas derivada en parte de los movimientos de población han servido para reactivar los debates en torno a los derechos de las minorías religiosas, con interesantes derivadas hacia la gestión democrática de la diversidad cultural<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Pueden citarse como ejemplos principales ECMI (European Centre for Minority Issues), establecido en Flensburg, o Eurac (European Academy of Bolzano/Bozen), que posee un importante instituto sobre minorías.

<sup>61</sup> Destaca por su solidez el *European Yearbook of Minority Issues*, publicado en Leiden y Boston por Martinus Nijhoff Publishers bajo la dirección académica conjunta de ECMI y Eurac.

<sup>62</sup> Como la relatoría del Consejo para los derechos de las minorías (2005) y el Foro de minorías (2007).

<sup>63</sup> E. RELAÑO PASTOR, *La protección internacional de las minorías religiosas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

## 6. CONCLUSION

El siglo XX se inició en Europa con el reto de dar acomodo a las demandas crecientes de numerosas minorías nacionales y se cerró tras un convulso paréntesis que sirvió para alumbrar la mayor profusión de normas protectoras de sus derechos. Aunque el objetivo inicial de la protección de las minorías fue el de la estabilidad política, la teoría de los derechos humanos ha subsumido los llamados derechos de las minorías como parte integrante de aquéllos. Si una base del reconocimiento de los derechos humanos es la lucha por la igualdad, la condición de las minorías en sus respectivos espacios políticos ha debido ser forzosamente objeto de atención preferente. Puesto que la democracia no puede derivar en la tiranía de las mayorías, tratar de modo diverso lo que son situaciones diferentes es un factor crucial de dicha igualdad<sup>64</sup>. Los llamados derechos de las minorías son de esta manera un paso en el camino hacia la consecución de la igualdad y en la lucha contra la discriminación.

Los avances de finales del siglo parecen consolidar esta tendencia, si bien los retos que se anuncian tras la aparición de esta nueva generación de normas protectoras son también relevantes. El plano de la protección de las minorías camina hoy en paralelo al de la gestión democrática de la diversidad. El debate sobre los derechos humanos de los grupos minoritarios tiene hoy que ser puesto en relación con al menos otros dos ámbitos de indudable actualidad: el del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y el del tratamiento de los inmigrantes o residentes extranjeros. No en vano, la gestión democrática de la diversidad, con el consiguiente encaje de las minorías en espacios formalmente democráticos, es posiblemente el mayor reto al que se enfrenta la Política en los sistemas democráticos avanzados. A la delicada relación teórica y práctica que pueda establecerse entre los derechos de las minorías tradicionales y los de las llamadas “nuevas minorías”, se suma otro debate que el final del siglo XX anuncia ya con fuerza y que deberá ser resuelto en el marco de la gestión democrática de la diversidad: el de la naturaleza genérica o específica de los llamados “derechos de las minorías”.

---

<sup>64</sup> F. PALERMO y J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Cedam, Padova, 2008, p. 7.

## 7. BIBLIOGRAFIA

- ARP, B., *Las minorías nacionales y su protección en Europa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X., "El principio constitucional de igualdad de las nacionalidades en Austria-Hungría", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007 pp. 347-381.
- AURESCU, B., "Cultural Nation versus Civic Nation: Which Concept for the Future Europe? A Critical Analysis of the Parliamentary Assembly's Recommendation 1735 (2006) on The Concept of Nation", en *European Yearbook of Minority Issues*, vol. 5, ECMI-Eurac Research, Martinus Nijhoff publishers, Leiden-Boston, 2007, pp. 147-159.
- AZCARATE, P., *Minorías Nacionales y Derechos Humanos*, Universidad Carlos III, Congreso de los Diputados, Madrid, 1998.
- BAUTISTA JIMENEZ, J.M., "La vinculación entre la protección de algunos derechos fundamentales y la seguridad y paz internacionales: el antecedente de la Sociedad de Naciones", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 16, 2008, pp. 1-35.
- BLOED, A., y VAN DIJK, P., *Protection of Minority Rights Through Bilateral Treaties. The Case of Central and Eastern Europe*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1999.
- BOKATOLA, I.O., *L'Organisation des Nations Unies et la protection des minorités*, Bruylant, Bruselas, 1992.
- CAPOTORTI, F., *Study on the Rights of Persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, United Nations/Centre for Human Rights, Nueva York, 1991.
- CASTELLA SUBIRATS, S., *La protección internacional de las minorías. El estatuto jurídico internacional de las minorías: una aproximación histórica al desarrollo normativo y la acción institucional*, Silva Editorial, Tarragona, 2002.
- CONDE PEREZ, E., *La protección de las minorías nacionales en la organización para la seguridad y la cooperación en Europa (OSCE)*. Universidad Complutense, Madrid, 2001.
- CONTRERAS MAZARIO, J.M., *Las Naciones Unidas y la protección de las minorías religiosas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- DEOP MADINABEITIA, X., *La protección de las minorías nacionales en el Consejo de Europa*, IVAP, Oñate, 2000.
- DIAZ BARRADO, C.M., *La protección de las minorías nacionales por el Consejo de Europa*, Edisofer, Madrid, 1999.
- DIAZ PEREZ DE MADRID, A., *La protección de las minorías en Derecho internacional*, Granada, Universidad de Granada, 2004.
- DUGAST, J., *La vida cultural en Europa entre los siglos XIX y XX*, Paidós, Barcelona, 2003.

- FERNANDEZ LIESA, C.R., "La protección de las minorías en el Derecho internacional general. Análisis de la evolución y del estatuto jurídico internacional", en MARIÑO MENENDEZ, F., FERNÁNDEZ LIESA, C.R. y DIAZ BARRADO, C.M., *La protección internacional de las minorías*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pp. 51-217.
- FERNANDEZ LIESA, C.R., "Protección de las minorías en el Derecho internacional contemporáneo, con especial referencia a las minorías lingüísticas", en MARIÑO MENENDEZ, F., FERNÁNDEZ LIESA, C.R. y DIAZ BARRADO, C.M., *La protección internacional de las minorías*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pp. 219-309.
- FERRERO, R., "La situación de las minorías nacionales en Europa centro-oriental diez años después", en PEREZ SÁNCHEZ, G.A. y MARTÍN DE LA GUARDIA, R.M. (coords.), *La Europa del Este: del telón de acero a la integración en la Unión Europea*, Biblioteca nueva, Madrid, 2002, pp. 79-96.
- FERRERO, R., La protección de los derechos de las minorías nacionales en el contexto de ampliación y constitucionalización europeo, en *Lamusa digital*, núm. 5, 2004.
- GAILLARD, J.M. y ROWLEY, A., *Historia de un continente. Europa desde 1850*, Alianza editorial, Madrid, 2000.
- GILBERT, G., "The Bourgeoning Minority Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights", en *Human Rights Quaterly*, num 24, 2002, pp. 736-780.
- GONZALEZ VEGA, J. A., "La Protección de las Minorías y el Consejo de Europa", en GARCIA RODRIGUEZ, I. (ed.), *Las minorías en una sociedad democrática y multicultural*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2001, pp. 127-163.
- HENRARD, K., *Devising an Adequate System of Minority Protection*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 2000.
- HENRARD, K. y DUNBAR, R. (eds.), *Synergies in Minority Protection. European and International Law Perspectives*. Cambridge University press, Cambridge, 2008.
- JACKSON-PREECE J., "Minority rights in Europe: from Westphalia to Helsinki", *Review of International Studies*, núm. 23-1, 1997, pp. 75-92.
- KEMP, W. (ed.), *Quiet diplomacy in action: the OSCE High Commissioner on National Minorities*, Kluwer Law International, La Haya-Boston-Londres, 2001.
- LANTSCHNER, E. y MEDDA-WINDISCHER, R., "Bilateral approach to the protection of kin-minorities", *The protection of national minorities by their kin-state*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2002, pp. 107-133.
- MAGOSCI, P.R., *Historical Atlas of East Central Europe*, University of Washington Press, Seattle, 1995.
- MALLOY, T. H., "Deconstructing the Nation for the 21st Century through a Critical Reading of the Parliamentary Assembly's Recommendation 1735 (2006)", en *European Yearbook of Minority Issues*, vol. 5, ECMI-Eurac Research, Martinus Nijhoff publishers, Leiden-Boston, 2007, pp. 161-177.

- MARIÑO, F., "Derecho internacional contemporáneo y protección de las minorías y de sus miembros", en AZCARATE, P., *Minorías Nacionales y Derechos Humanos*, Universidad Carlos III, Congreso de los Diputados, Madrid, 1998, pp. 91-110.
- NUÑEZ SEIXAS, X.M., *Movimientos nacionalistas en Europa. Siglo XX*, Editorial Síntesis, Madrid, 1998.
- NUÑEZ SEIXAS, X.M., "La cuestión de las minorías nacionales en Europa y la Sociedad de las Naciones (1919-1939): el contexto histórico de la actuación de Pablo de Azcárate", en AZCARATE, P., *Minorías Nacionales y Derechos Humanos*, Universidad Carlos III, Congreso de los Diputados, Madrid, 1998, pp. 45-87.
- NUÑEZ SEIXAS, X.M., *Entre Ginebra y Berlín. La cuestión de las minorías nacionales y la política internacional en Europa: 1914-1939*, Akal, Madrid, 2001.
- PALERMO F. y WOELK, J., *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Cedam, Padova, 2008.
- PENTASSUGLIA, G., *Minorities in International Law*, Consejo de Europa / European Center for Minority issues, Estrasburgo, 2002.
- PETSCHEN VERDAGUER, S., *Las minorías lingüísticas de Europa Occidental: documentos (1492-1989)*, Eusko Legebiltzarra, Vitoria-Gasteiz, 1990.
- RELAÑO PASTOR, E., *La protección internacional de las minorías religiosas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- RUIZ VIEYTEZ, E., *La protección jurídica de las minorías en la Historia Europea*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1998.
- RUIZ VIEYTEZ, E., "Minorías Europeas y Estado de Derecho", en GARCIA RODRIGUEZ, I. (ed.), *Las Minorías en una Sociedad Democrática y Pluricultural*, Universidad de Alcalá, 2001, pp. 55-81.
- RUIZ VIEYTEZ, E., "Derechos humanos y minorías nacionales en los nuevos Estados de la UE", en FLECHA ANDRES, J.R. y GARCIA NICOLAS, C., *Retos y desafíos de la ampliación: las claves de la nueva Unión Europea*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 85-124.
- RUIZ VIEYTEZ, E., *Minorías, inmigración y democracia en Europa. Una lectura multicultural de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch-Universidad de Valencia, Valencia, 2006.
- SPILOPOULOU, S., "Multiculturalism in Crisis?", en RUIZ VIEYTEZ, E. y DUNBAR, R. (eds.), *Human Rights and Diversity: New Challenges for Plural Societies*, Humanitarian Net, Bilbao, 2007.
- THORNBERRY, P. y MARTIN ESTEBANEZ, M.A., *Minority Rights in Europe: A Review of the Work and Standards of the Council of Europe*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2004.
- VV.AA., *From Theory to Practice: The European Charter for Regional or Minority Languages*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2002;
- VV.AA., *Filling the Frame. Five years of monitoring the Framework Convention for the Protection of National Minorities*, Council of Europe, Estrasburgo, 2004.

WELLER, M. (ed.), *The Rights of Minorities: A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

WOEHLING, J.M., *The European Charter for Regional or Minority Languages*, Council of Europe, Strasbourg, 2005.

EDUARDO J. RUIZ VIEYTEZ  
*Instituto de Derechos Humanos*  
*Universidad de Deusto*  
*Avda. Universidades, 24*  
*48007 BILBAO*  
*e-mail: ejruiz@der.deusto.es*

## LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS SUBJETIVOS

### SOCIAL RIGHTS AS LEGAL RIGHTS

RICARDO GARCÍA MANRIQUE  
Universidad de Barcelona

Fecha de recepción: 30-12-09

Fecha de aceptación: 19-1-10

**Resumen:** *Las diferencias axiológicas y técnico-jurídicas entre derechos liberales y derechos sociales, unas diferencias que supuestamente impedían la configuración de los derechos sociales como genuinos derechos fundamentales, han sido cuestionadas con éxito en los últimos años. En estas condiciones, ¿debemos seguir manteniendo la categoría de los derechos sociales? En este artículo sostengo que sí, porque poseen otros elementos característicos. El más relevante es que designan estados de cosas que se han realizado socialmente en menor medida que los que designan los derechos liberales. Esta mayor "distancia deóntica" de los derechos sociales tiene como principal efecto jurídico la menor capacidad de los derechos sociales para configurarse como derechos subjetivos, y el consiguiente perjuicio que sufren cuando se opta por dar la forma de derechos subjetivos a los fines supremos de una comunidad política y de su sistema jurídico.*

**Abstract:** *The axiological and legal differences between liberal rights and social rights have been successfully questioned during the last years, thus overcoming the reasons that would prevent social rights from being settled as fundamental rights. If this is so, should we keep on using the category of "social rights"? In this article, I defend that we should preserve that category because these rights possess other specific features. The most significant one is that they point to states of things that have been implemented in a shorter measure than the ones pointed by liberal rights. The main legal effect of this longer "deontic distance" of social rights is their lesser ability to become legal rights, and the subsequent damage that they suffer when we give the form of legal rights to the supreme ends of a political community and of its legal system.*

**Palabras clave:** derechos sociales, derecho subjetivo, justiciabilidad, mercantilización.  
**Keywords:** social rights, legal right, justiciability, mercantilization.

ISSN: 1133-0937

DERECHOS Y LIBERTADES  
Número 23, Época II, junio 2010, pp. 73-105

## 1. UNA CATEGORÍA EVANESCENTE Y UNA INTUICIÓN PERSISTENTE

En los últimos tiempos, una línea de defensa de los derechos sociales en sede académica ha sido la de cuestionar los caracteres que se habían venido atribuyendo a tales derechos. No es de extrañar, porque esos caracteres han sido invocados de forma reiterada para poner en duda que los derechos sociales puedan ser derechos fundamentales genuinos; por eso, negar la caracterización tradicional de los derechos sociales es una forma de defenderlos. El resultado de esta operación ha sido la disolución de las diferencias entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos, bien sea por la vía de negar los rasgos de los derechos sociales que los inhabilitarían para constituirse en derechos fundamentales, bien sea por la vía de hacer ver que los rasgos supuestamente específicos de los derechos sociales no son en realidad específicos, sino que son predicables de todos los derechos fundamentales en general. De uno u otro modo se dibuja una imagen de los derechos fundamentales como conjunto unitario en el que no se encuentran razones para desgajar la rama de los derechos sociales.

La operación ha tenido lugar en dos terrenos, el de la técnica jurídica y el de la ética. En el primero, que es del que me ocupo en este trabajo, el empeño ha consistido en mostrar que nada hay en los derechos sociales que los diferencie de los demás derechos fundamentales en lo que atañe a su estructura y funcionamiento y, por tanto, nada hay que impida su configuración como derechos subjetivos y su consiguiente protección jurisdiccional. En particular, se ha mostrado que los derechos sociales no pueden ser definidos, frente a los demás derechos fundamentales, por su carácter particular, ni relativo, ni *prima facie*, ni alienable, ni positivo, ni prestacional, ni costoso, ni programático, ni vago, ni indeterminado, ni colectivo<sup>1</sup>. Como he dicho ya,

---

<sup>1</sup> A. RUIZ MIGUEL, "Derechos liberales y derechos sociales", *Doxa*, núm. 15-16, vol. I, 1994, pp. 651-674; V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, cap. 1; M. J. AÑÓN y J. GARCÍA AÑÓN (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 61 ss.; P. DE LORA, *Memoria y frontera: el desafío de los derechos humanos*, Alianza, Madrid, 2006, pp. 153 ss.; L. L. HIERRO, "Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy", en R. ALEXY y otros, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, pp. 163-222; G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 59 ss.; J. A. CRUZ PARCERO, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007, cap. 3; J. L. REY, "La naturaleza de los derechos sociales", *Derechos y libertades*, núm. 16, 2007, pp. 137-156;

en algunos casos estos caracteres no son propios de los derechos sociales y en otros casos, siéndolo, lo son también de los demás derechos fundamentales. Por otra parte, en el plano de la ética, se ha tratado de mostrar o bien que los valores a los que sirven los derechos sociales son los mismos a los que sirven los demás derechos fundamentales, o bien que los valores a los que sirven los derechos sociales, siendo distintos (la igualdad, la solidaridad o la libertad  *fáctica*), son tan importantes como los que sirven los demás derechos fundamentales. A mi juicio, la tesis correcta es la primera, porque todos los derechos fundamentales sirven al valor único y unitario de la libertad, entendida como capacidad para la autonomía o autodeterminación<sup>2</sup>.

Si esto es así, cabe pensar que nos hallamos ante una categoría que se desvanece, porque no subsiste rasgo típico alguno que caracterice a los derechos sociales; por el contrario, sus rasgos relevantes son compartidos también por los demás derechos fundamentales. Desde luego, podrían subsistir diferencias jurídico-positivas derivadas del modo en que las constituciones reconocen los derechos, pero estas diferencias se verían privadas de toda justificación técnica y axiológica, esto es, perderían su legitimidad y, cabe pensar, deberían ser expulsadas de la Constitución mediante la correspondiente reforma o, cuando menos, limadas por los intérpretes de la misma. En estas condiciones, parece que no tiene sentido seguir manteniendo la categoría de los derechos sociales, salvo quizá como denominación tradicional para cierto grupo de derechos (educación, trabajo y asistencia; y cualesquiera otros derivados de ellos o asociados con ellos), un grupo de derechos que no se definiría por género y especie, sino por extensión o, acaso, históricamente, como el grupo de derechos vinculados con cierto momento de la historia constitucional y de los movimientos político-sociales<sup>3</sup>. En cambio, des-

---

T. AUSÍN, "Tomando en serio los derechos de bienestar", *Enrahonar*, núm. 40/41, 2008, pp. 83-98; C. M. HERRERA, *Les droits sociaux*, PUF, París, 2009, cap. I; F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", en V. ZAPATERO e I. GARRIDO (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Universidad de Alcalá de Henares, 2009; entre otros trabajos que siguen esta misma línea, y a los que me remito para los que deseen un análisis más detallado de esta caracteriología crítica.

<sup>2</sup> He defendido esta tesis en "Libertad y derechos sociales", en G. ESCOBAR ROCA (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2010 (en prensa); y en "Derechos sociales e igualdad", en VARIOS, *Democracia y derechos fundamentales desde la filosofía política*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, pp. 293-375.

<sup>3</sup> Es la tesis de G. PISARELLO, "Concepciones liberales y socialistas de los derechos sociales", *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XXIV, 2007, p. 508.

de el punto de vista de la teoría del derecho y de la filosofía política, los derechos sociales dejarían de existir como tales, porque nada distinto podríamos encontrar en ellos.

Sin embargo, la categoría, o por lo menos su nombre, se resiste a desaparecer. Quizá sea sólo por la fuerza de la costumbre y de las ideas tradicionales, y acaso así se explique el que parece principal efecto de su pervivencia: la renuencia liberal a aceptar precisamente esos derechos en pie de igualdad con los demás. Aunque también podría ser que esa renuencia sea el signo de que algo tienen que tener en común esos derechos, algo que los caracteriza como grupo y los diferencia de los demás. La intuición de que los derechos sociales son distintos subsiste siquiera sólo por esto; pero también porque su ignorancia, olvido o desprecio no afecta a todos los miembros de la comunidad por igual y porque los hipotéticos efectos de su pleno reconocimiento parecen discrepar del orden económico y jurídico vigente de una manera radical en que no lo hacen los efectos del reconocimiento de los demás derechos fundamentales. Por eso creo que esta intuición debe ser explorada.

A mi juicio, y generalizando, esa literatura crítica que he mencionado acierta en que, según como se configuren (y esta condición ya veremos que es importante), los derechos sociales son como los demás derechos fundamentales. Sin embargo, es posible que en su empeño por acreditar el estatuto jurídico y axiológico de los derechos sociales, esa literatura haya dejado de lado, o subestimado, elementos relevantes que hicieran en efecto diferentes a estos derechos. En realidad, lo que se ha venido haciendo es cuestionar lo que de específico puedan tener los derechos sociales de cara a eliminar los obstáculos de su reconocimiento como derechos subjetivos, sin que de ordinario se llegue a dar el paso de negar toda diferencia<sup>4</sup>. Lo que me pregunto es si este paso sigue necesariamente al anterior o si, en cambio, hay que seguir prestando atención a otros rasgos de los derechos sociales que los convierten en derechos diferentes en algún sentido importante. Creo, en efecto, que los derechos sociales son diferentes de los demás y que ignorar esta diferencia puede llevar a desnaturalizarlos, perjudicando su causa y la de los derechos fundamentales en general. Los derechos sociales tienen hoy una

---

<sup>4</sup> Aunque no falta quien, lógicamente, ha propuesto “dejar de utilizar el adjetivo ‘sociales’ y hablar simplemente de derechos fundamentales”, con la intención “de responder a las teorías devaluadas de los derechos y de tomárselos en serio” (F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, cit.).

fuerza emancipadora distinta y mayor de la que pueden tener los demás derechos fundamentales, y esta fuerza queda debilitada si se ignora su especial condición. Reforzar los derechos sociales por la vía de remarcar sus semejanzas con los demás derechos fundamentales es necesario y conveniente, pero puede y debe hacerse sin ignorar su peculiaridad.

## 2. LA DIFERENCIA ESPECÍFICA DE LOS DERECHOS SOCIALES

La diferencia específica de los derechos sociales que quiero proponer y analizar aquí es ésta: los derechos sociales expresan estados ideales de las cosas alejados de la realidad en mayor medida que los demás derechos fundamentales. Este mayor alejamiento los caracteriza y los diferencia, y de él se siguen consecuencias jurídicas y políticas importantes. Intentaré aclarar y precisar el significado de la distinción y desgranar las consecuencias, con atención especial a la menor capacidad de los derechos sociales para configurarse como derechos subjetivos.

Toda norma expresa un estado de cosas ideal y, por tanto, distinto en algún grado del estado de cosas existente en la materia regulada por la norma. Esta distancia entre el ideal y la realidad es propio de toda norma regulativa, sea regla, principio o valor, sea moral, jurídica o de otro tipo<sup>5</sup>. Por supuesto, la distancia existente entre el ideal y la realidad puede ser muy distinta en unos y otros casos y la expresa el grado de "eficacia" de la norma: cuanto más eficaz es la norma, más corta es esa distancia. Del mismo modo, todo derecho fundamental, en tanto contenido de una norma o conjunto de normas, expresa un estado de cosas ideal y distinto de la realidad. Esto es así desde un punto de vista lógico; además, en el caso de los derechos fundamentales, esta distancia deóntica y su reducción es muy significativa de su historia. Desde sus inicios, la idea de los derechos fundamentales, bajo distintos nombres, se ha constituido en expediente legitimador de todo tipo de cambios políticos y jurídicos, desde los procesos revolucionarios de finales del siglo XVIII en adelante. Su función de legitimación se observa en esa distancia crítica que establece el ideal con respecto a la realidad, justificando

---

<sup>5</sup> Ferrajoli usa la expresión "diferencia (o divergencia) deóntica entre vigencia y eficacia". L. FERRAJOLI, "La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos", en L. FERRAJOLI y otros, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, p. 48; una referencia más clásica es H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1986, I, p. 4.

todo cambio que acerque la segunda al primero, reduciendo la distancia que los separa. Así sucede con cada uno de los derechos fundamentales; además, el conjunto de todos ellos puede concebirse como un proyecto global de comunidad política, y el grado de legitimidad o de justicia de una comunidad política vendrá expresado por su capacidad para realizar en mayor medida ese proyecto. Sólo así puede entenderse la tremenda fuerza retórica que los derechos fundamentales han mostrado a lo largo de su historia y hasta hoy: sólo porque expresan las condiciones de una comunidad ideal han podido constituirse en criterio máximo de la legitimidad política. La ubicación de estos derechos en la cúspide de los sistemas constitucionales no es sino la expresión en términos jurídicos de esa supremacía ético-política. Luego esa idealidad lógica de toda norma adquiere un particular significado histórico en el caso de los derechos fundamentales.

Desde este punto de vista, lo que caracteriza a los derechos sociales es que la distancia o divergencia deóntica es mucho mayor en su caso que en el de los derechos liberales<sup>6</sup>. La diferencia entre unos y otros derechos es, por tanto, gradual y coyuntural. Es gradual porque la realidad puede acercarse más o menos al estado de cosas ideal expresado por un derecho y aquí sólo se afirma que esa distancia es mayor en el caso de los derechos sociales, sin que pueda precisarse cuánto mayor, porque ello dependerá del derecho concreto y de la comunidad política de que se trate. Por eso, también es una diferencia coyuntural, porque depende del lugar y del momento y cambia con las circunstancias.

Por tanto, bien puede darse el caso de que en cierta comunidad política la distancia deóntica que expresan los derechos sociales no sea mayor que la que expresan los derechos liberales, un caso en el que la categoría devendría inútil por carente de significado. En cambio, creo que la categoría es pertinente en el contexto de las comunidades políticas liberales, en las que, como regla, los ideales expresados por los derechos sociales tradicionales muestran un grado de realización significativamente menor que los ideales expresados por los derechos liberales. Eso sí, es posible que en este contexto algunos derechos tradicionalmente considerados como liberales hayan de

---

<sup>6</sup> Llamo así, para simplificar y como también hacen otros autores, a los derechos fundamentales no sociales, los que también suelen denominarse con mayor o igual imprecisión "derechos civiles y políticos", y lo hago porque son típicos de toda comunidad política liberal y aceptados sin problemas por cualquier ideología liberal. No obstante, he sido criticado por ello: G. PISARELLO, "Concepciones liberales y socialistas de los derechos sociales", cit., p. 507.

ser reclasificados como sociales, porque la distancia deóntica que expresan sea tan grande como la de los derechos sociales típicos.

Esta diferencia específica puede ser objetada o matizada. Además, incluso si es admitida en sus propios términos, puede aducirse que no es la única ni la más importante. No obstante, razones de espacio y de fluidez narrativa aconsejan dejar de lado ahora el análisis de tales objeciones y matices y la consideración de otras posibles diferencias para proseguir con el argumento. Y el argumento requiere que se precise el alcance o contenido de los derechos estimados habitualmente como sociales.

### 3. EL ALCANCE DE LOS DERECHOS SOCIALES

Por comparación con la realidad de nuestras comunidades políticas, ¿cómo puede establecerse que las exigencias no satisfechas de los derechos sociales son mayores que las de los derechos liberales? ¿Hasta qué punto? Podemos responder a estas preguntas a través de una remisión al concepto general de los derechos fundamentales. Todo derecho de este tipo supone (1) la designación comunitaria de un bien como particularmente importante por estar conectado con el ideal de la vida libre (ahora no hace falta precisar más este ideal)<sup>7</sup>; y (2) la distribución igualitaria de ese bien entre todos los ciudadanos, en la medida en que a todos ellos se les supone capaces de realizar dicho ideal, una igual capacidad que es expresada por el concepto de la dignidad humana<sup>8</sup>. Por eso, cuando de bienes asociados con derechos fun-

<sup>7</sup> La palabra "bien" se usa aquí en un sentido amplio; por ejemplo, el hecho de no ser torturado o de poder elegir a los gobernantes son en este sentido "bienes".

<sup>8</sup> Obsérvese que aquí se presupone una definición material o sustancial de los derechos fundamentales, distinta de la más extendida en la dogmática constitucional, de carácter puramente formal o estructural, como también lo es la propuesta por Luigi Ferrajoli, discutida con amplitud en los últimos años (L. FERRAJOLI, "Derechos fundamentales" en Id., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 37; y L. FERRAJOLI y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, para su discusión). No es mi intención analizar las bondades de una definición de uno u otro tipo, pero tampoco quiero renunciar al uso del término y optar por uno más *blando* como parece ser hoy el de "derechos humanos" o por uno más *antiguo* como es el de "derechos naturales" o "derechos del hombre". Además, el concepto que propongo es un concepto normativo que permite evaluar el modo en que los derechos fundamentales son efectivamente reconocidos por el derecho constitucional; no debe confundirse con cualquier concepto de derechos fundamentales que sea propio de la dogmática constitucional.

damentales se trata, el criterio de distribución es el de la ciudadanía, entendida como categoría incluyente de todos los miembros de una comunidad política (dejo de lado la espinosa cuestión de la extranjería porque no es relevante a estos efectos; podemos suponer la situación ideal en la que todos los residentes habituales en el territorio de la comunidad política gozan de la ciudadanía, y en la que gran parte de los derechos fundamentales se atribuyen también a los extranjeros, que son, a estos efectos, *ciudadanos*, es decir, miembros de la comunidad siquiera sea sólo ocasionalmente). Los derechos fundamentales se disfrutan por sus titulares en tanto que ciudadanos y, por tanto, se tiene acceso a los bienes relevantes para la vida libre en igualdad de condiciones o en porciones iguales<sup>9</sup>. El correlato de esta idea básica es que la asignación de estos bienes no puede realizarse mediante otros mecanismos que generen un reparto desigual<sup>10</sup>. De este modo, los bienes asociados con los derechos fundamentales quedan sustraídos del mercado, que es el típico mecanismo de reparto alternativo al de la ciudadanía y que genera resultados desiguales al menos porque desigual es el reparto de la propiedad, que es la que determina la posición inicial de acceso al mercado<sup>11</sup>. Desde luego, la libertad religiosa no se compra ni se vende, como tampoco el derecho a no ser torturado, ni ha de pagarse cantidad alguna por ejercer el voto. Ésta es la regla general en materia de derechos fundamentales, que deriva de su propio concepto.

Pues bien: si los derechos sociales son derechos fundamentales, han de responder a esa misma lógica de la ciudadanía, generando un reparto igualitario de los bienes vinculados con ellos. Sin embargo, la desmercantilización que ha afectado a la mayoría de los bienes asociados con los derechos liberales no ha tenido lugar en el caso de los bienes asociados con los derechos sociales,

---

<sup>9</sup> La “igual libertad para todos los individuos” se ha calificado de “engañoso fórmula liberal” (T. VICENTE GIMÉNEZ, *La exigibilidad de los derechos sociales*, PUV, Valencia, 2006, p. 36). Desde luego, la fórmula puede ser engañosa si se malinterpreta, pero, en sus propios términos y cuando se interpreta correctamente, la considero una fórmula muy adecuada para describir el objetivo unitario de los derechos fundamentales. Sin embargo, concuerdo con el análisis crítico de ciertas interpretaciones liberales de la fórmula que lleva a cabo la autora.

<sup>10</sup> Véase F. ATRIA, *Mercado y ciudadanía en la educación*, Flandes Indiano, Santiago de Chile, 2007, cap. IV, para una descripción de la doble lógica distributiva mencionada en el título y su aplicación al caso de la educación. He reseñado este libro en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008, pp. 375-382.

<sup>11</sup> O, por lo menos, genera resultados impredecibles, pues en otro caso el mercado no sería libre (F. HAYEK, *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, Madrid, 2006, cap. II).

de manera que en nuestras comunidades podemos comprar y vender educación, asistencia y trabajo de acuerdo con nuestra capacidad económica. Para que el ideal de un derecho fundamental se realice, el bien asociado con él ha de salir del mercado y pasar a integrar el estatus de ciudadanía; como no es el caso de los derechos sociales, resulta evidente que no pueden verse realizados en una medida equivalente a los derechos liberales. Así las cosas, no nos cobrarán por entrar en un colegio electoral, pero sí por hacerlo en una escuela privada; no nos cobrarán por dejar nuestro cuerpo en paz en las comisarías o en las cárceles, pero sí por ingresar en una residencia geriátrica; no nos cobrarán por pasear libremente, pero sí por disponer de una vivienda; y las condiciones de nuestro trabajo dependerán en su mayor parte de la voluntad de otras personas y no de acuerdos políticos generales<sup>12</sup>.

Cuál sea la razón de ser de esta distinta configuración de unos y otros derechos no es cosa del todo clara. Puede ser el caso de que no se niegue que los derechos sociales son derechos fundamentales, pero entonces no se entiende que no se les someta a un estricto régimen de ciudadanía, como a casi todos los demás (las excepciones, como el derecho a la asistencia letrada, pueden ser tratadas, en este punto, como sometidas al mismo extraño régimen de los derechos sociales); puede ser el caso de que se niegue que los derechos sociales son derechos fundamentales, y entonces se puede entender que se permita someter esos bienes al régimen mercantil, pero aquí lo que sorprende es la negación misma, porque todo el mundo parece creer que la educación, la asistencia o el trabajo figuran entre los bienes indispensables para llevar una vida libre (o, si se quiere, una vida buena, que para los humanos es lo mismo); o puede ser el caso de que se niegue que los derechos fundamentales expresan el ideal de esa vida libre, y entonces no haya mayores problemas en excluir de ellos a los derechos sociales, pero entonces no se entiende que se otorgue tanta relevancia jurídica y axiológica a un ideal que

---

<sup>12</sup> Esta subsidiariedad de los derechos sociales respecto del mercado es tan relevante que puede llegar a considerarse el criterio definitorio de los mismos, como parece ser el caso en la teoría de Alexy (R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 482; véase también R. ARANGO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005, caps. I-III). La comparación del criterio que propongo en este trabajo con otros como el de Alexy/Arango o el de Abramovich/Courtis (según el cual, unos y otros derechos responden a paradigmas jurídicos diferentes que operan simultáneamente en los sistemas jurídicos contemporáneos: el paradigma del derecho privado clásico y el del derecho social; V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 47 ss.) habrá de quedar para otra ocasión.

es compatible con la pobreza, la ignorancia o el desamparo de la mayoría; es decir, en esas condiciones no parece razonable creer que la garantía de los derechos fundamentales sea el máximo criterio de legitimidad política<sup>13</sup>.

Otra posible explicación del que podemos llamar el misterio de los derechos sociales es que el alcance de estos derechos no sea, como he supuesto, el que resulte de un reparto igualitario de los bienes correspondientes, que dé lugar a cuotas máximas de disfrute de los mismos, sino sólo un cierto nivel mínimo. Pensemos, por ejemplo, en el derecho a la educación, que, por cierto, pertenece al grupo de derechos más protegido por nuestra constitución, o grupo de derechos fundamentales en el sentido más estricto. Uno podría suponer, a partir del concepto general de los derechos fundamentales, que tal derecho exige la distribución igualitaria de la educación, garantizándose así, para todos, la mejor educación disponible. Y, sin embargo, muchos creen que el alcance del derecho fundamental a la educación es otro mucho menor, a saber, un cierto nivel y calidad mínimos de educación para todos, que es compatible con diferencias derivadas de la posibilidad de comprar educación en el mercado. A salvo de aclaraciones posteriores, resulta difícil comprenderlo, puesto que, si la educación es realmente tan importante como para constituir un derecho fundamental, ¿cómo es que sólo se garantiza en un nivel mínimo (sea el que sea) y no al máximo nivel disponible? ¿Es acaso que sólo se considera tan importante un cierto nivel educativo? ¿No es esto contradictorio con la importancia que la gente atribuye a la educación en todo su alcance? Por tanto, ¿cómo es que se permiten diferencias derivadas del tráfico mercantil de servicios educativos? Y lo mismo puede aplicarse a los demás derechos sociales. A mi juicio, la atribución a los derechos sociales de un contenido mínimo es inconsistente con la idea de los derechos fundamentales y, si tiene alguna posible justificación en el seno de una dogmática constitucional, no creo que la tenga fuera de ella<sup>14</sup>.

En todo caso, ya tenemos la respuesta que buscábamos: las exigencias no satisfechas de los derechos sociales son mucho mayores que las de los de-

---

<sup>13</sup> Véase J. GRAY, *Las dos caras del liberalismo*, Paidós, Barcelona, 2001, cap. 4, para una concepción de los derechos fundamentales como un mínimo de legitimidad, compatibles por tanto con altos niveles de injusticia.

<sup>14</sup> No obstante, buena parte de la literatura académica sobre la materia trata precisamente de justificar derechos sociales mínimos, y nada más que eso. Un ejemplo es C. FABRE, *Social Rights under the Constitution*, Clarendon Press, Oxford, 2000. Otro es J. L. REY, "La naturaleza de los derechos sociales", cit.

rechos liberales cuando menos porque los bienes asociados con los mismos no se han desmercantilizado por completo, dando lugar a un reparto desigual que los derechos sociales, mínimos y subsidiarios respecto del mercado, no pueden remediar sino sólo moderar. Y esta diferencia entre unos y otros derechos llega hasta el punto que marca el nivel de la desigualdad producida en ese reparto, que viene determinada, en principio, por la desigualdad en el reparto de los derechos de propiedad. Júzguese cuál es esta desigualdad y se tendrá un criterio aproximado para determinar la desigualdad en el disfrute de los bienes asociados con los derechos sociales y, por tanto, un criterio para determinar hasta qué punto es mayor la divergencia deóntica de los derechos sociales respecto de la de los derechos liberales.

Evitar esta diferencia entre unos y otros derechos requeriría actuar sobre las causas ya reseñadas de la misma, esto es, habría que limitar la libertad de mercado para que su alcance no llegase hasta los bienes vinculados con los derechos sociales, que quedarían sujetos a un régimen de provisión estrictamente ciudadano o, al menos, habría que igualar el reparto de los derechos de propiedad (rentas incluidas) para que el acceso al mercado se produjese en condiciones igualitarias. Ambas instituciones, libertad de mercado y propiedad, son derechos fundamentales (aunque de segundo orden en el caso de la Constitución española) pero, sobre todo, son pilares básicos de las comunidades liberales y bases principales de la dominación social de unos ciudadanos sobre otros, a través de la vía del régimen mercantil a que está sometido el trabajo o de la vía de la perpetuación de la desigualdad que supone la educación privada de calidad. Siendo así, tomando conciencia de la envergadura de los cambios necesarios para reducir la divergencia deóntica de los derechos sociales, podemos comprender que, si bien la diferencia entre derechos sociales y liberales es coyuntural en tanto que dependiente de la particular ordenación de una comunidad política, se trata de una coyuntura ciertamente sólida y difícil de modificar, una coyuntura a la que llamamos estructura. No es sólo un juego de palabras: la diferencia entre unos y otros derechos no atañe a su arquitectura jurídica ni a sus fundamentos axiológicos, y es coyuntural porque depende de factores ajenos a los derechos que podrían ser distintos de cómo son; pero esos factores ajenos están sólidamente anclados en la estructura social y económica de nuestras comunidades políticas. Por eso, quizá deberíamos considerar si los derechos fundamentales están realmente situados en el punto más alto de nuestros siste-

mas jurídicos o si, más bien, ese lugar lo ocupan la propiedad privada y la libertad de mercado, definitorias del “orden público” intangible de una comunidad donde la libertad de las personas ha de ser por fuerza desigual<sup>15</sup>.

Por el contrario, los derechos liberales parecen convivir más o menos bien con esas dos instituciones, desde luego mejor que los derechos sociales. Ello no se debe a rasgo intrínseco alguno de los derechos liberales, sino a que la restricción de la desigualdad social generada y sostenida por la propiedad y la libertad de mercado ha tenido ya lugar y está bien asentada en lo que toca a los derechos liberales (eso sí, como dije, con llamativas excepciones como la del derecho a la asistencia letrada y, si se mira bien, la del derecho a la libertad de expresión). No debe olvidarse que los derechos liberales, como todos los demás derechos fundamentales, generan libertad igual para todos, pero no una libertad formal como se la califica a veces, con intención crítica, sino una libertad real, porque los miembros de la comunidad son realmente más libres cuando gozan de los derechos civiles y políticos. Y esta libertad igualmente distribuida que ofrecen los derechos civiles y políticos ha sido alcanzada, entre otras cosas, mediante la correspondiente restricción de la libertad de mercado y mediante una cierta igualación de las propiedades. Recuérdese que hubo un día en que los derechos políticos tenían un precio (en los tiempos del sufragio censitario), que la seguridad personal dependía de los medios de cada cual en mayor medida que ahora, o que el acceso a los tribunales, del que depende en buena parte nuestra capacidad para defender nuestros derechos, era mucho más costoso<sup>16</sup>. Esto no significa que los derechos liberales no pudieran funcionar aún mejor en condiciones sociales más igualitarias, pero sí que podrían funcionar mucho peor si ampliásemos el rango de lo que se puede comprar, reduciendo el alcance del estatuto de ciudadanía.

Por tanto, demos por buena la propuesta de distinción entre los derechos sociales y los derechos liberales, una vez que somos conscientes de la muy distinta consideración que merecen en las comunidades liberales. Ahora la cuestión es determinar si esa diferencia, que he calificado como coyuntural y como gradual, tiene efectos jurídicos precisos, y cuáles son. Como ya anticipé, en efecto los tiene, y derivan de aquí: cuánto más alejado de la realidad es un estado de cosas, tanto más difícil resulta ponerlo en práctica me-

<sup>15</sup> V. MÉNDEZ, “Sobre derechos humanos y democracia”, en VARIOS, *En el límite de los derechos*, Ediciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1996, pp. 101-131.

<sup>16</sup> T. H. MARSHALL, *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid, 1998, caps. 2 y 3.

dian­te la técnica del derecho sub­je­ti­vo, que es justamente la técnica elegida para poner en práctica los derechos fundamen­ta­les; de manera que los derechos liberales, que expresan un estado de cosas más cercano a la realidad, se adaptan mejor a ella, y los derechos sociales, peor. Veamos esto con algún detalle.

#### 4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO IDEALES POLÍTICOS

Antes de pasar a ese detalle, merece la pena detenerse un momento en la fuente del mismo, que es la elección de la técnica del derecho sub­je­ti­vo como forma de realización jurídica de los derechos fundamen­ta­les. Mi intención es cuestionar la muy extendida idea de que los derechos fundamen­ta­les son, por definición o necesariamente, una especie de los derechos sub­je­ti­vos<sup>17</sup>; y sugerir a cambio que la configuración de los derechos fundamen­ta­les como derechos sub­je­ti­vos es contingente. Este paréntesis retrasará el avance del argumento principal, pero lo hará más comprensible.

Los derechos fundamen­ta­les y los derechos sub­je­ti­vos responden a dos tradiciones distintas. Los primeros son de la estirpe de los objetivos o ideales políticos y los segundos están vinculados en su origen con la articulación de posiciones jurídicas patrimoniales. La diferencia entre derechos fundamen­ta­les y derechos patrimoniales la ha formulado con claridad meridiana Luigi Ferrajoli y no hace falta reiterarla aquí<sup>18</sup>; pero esta diferencia no obstaría a que los derechos fundamen­ta­les fuesen derechos sub­je­ti­vos, aunque con otras características específicas distintas de las de los derechos patrimoniales, que es lo que Ferrajoli sostiene. Desde luego, también es un hecho histórico que los derechos fundamen­ta­les se han ido ajustando cada vez más a la horma del derecho sub­je­ti­vo. Ahora bien, que este ajuste haya tenido lugar no autoriza a pensar que se trate de la única configuración posible para los derechos fundamen­ta­les, ni tampoco de la mejor. El ejemplo del contraste entre la tradición constitucional francesa y la norteamericana puede ser muy ilustrativo de cómo la opción por la figura del derecho sub­je­ti­vo es sólo eso, una opción posible, es decir, que los derechos fundamen­ta­les, en tanto

<sup>17</sup> Valgan las referencias a P. CRUZ VILLALÓN, "Derechos fundamen­ta­les", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, vol. II, p. 2398; a G. ESCOBAR ROCA, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, CICODE, Madrid, 2005, pp. 30-31 y 94; y a L. FERRAJOLI, "Derechos fundamen­ta­les", cit., p. 37.

<sup>18</sup> L. FERRAJOLI, "Derechos fundamen­ta­les", cit., pp. 45-50.

objetivos políticos, pueden configurarse como derechos subjetivos, pero no es necesario que sea así, y según los casos, tampoco es conveniente.

A la hora de dar sentido a la declaración de los derechos en la Francia y la Norteamérica de finales del siglo XVII, Habermas explica que en ambos casos se trataba de positivizar el derecho natural, pero que el sentido de “declarar” fue muy distinto en uno y otro lugar<sup>19</sup>. En Norteamérica, se trataba de “procurar a la materia jurídica heredada [de la tradición inglesa] otro fundamento de legitimación”, una materia que ya existía y que ya había encarnado en la estructura social, de manera que los redactores de las declaraciones de las colonias, o de la Declaración de Independencia, se limitaron a incluir en ellas, dice el filósofo alemán, “lugares comunes”. Con otras palabras, los estados de cosas expresados por los derechos declarados ya estaban vigentes en la tierra americana. En cambio, en Francia se trataba de convertir en práctica social lo que todavía era sólo filosofía moral y política. Por eso, “declarar” en Norteamérica significaba “refundar” un orden jurídico ya vigente, pero en Francia significaba “traducir” el orden moral natural (pensado) en orden jurídico positivo (practicado), que, por tanto, no era “refundado” sino “fundado” o “creado”, porque los estados de cosas expresados por los derechos declarados aún no estaban vigentes en la sociedad francesa. Esta diferencia fue ya percibida por Tocqueville, quien comienza su análisis de la sociedad norteamericana confesando que “ninguna cosa me sorprendió tanto como la igualdad de condiciones”. Después irá desgranando cuáles son esas condiciones igualitarias: las partes que los hijos reciben de las herencias de sus padres, las fortunas, la instrucción primaria y el conocimiento, el bienestar, el ejercicio de una profesión, los derechos políticos<sup>20</sup>. En cambio, cuando se refiere a la Francia prerrevolucionaria, nota que la igualdad se estaba extendiendo, pero sólo entre “todos los hombres situados por encima del pueblo”, es decir, entre la burguesía y la nobleza<sup>21</sup>. Hay un matiz en el modo en que se refiere a una y otra igualdad social: mientras en América la describe como una situación consolidada, en Francia parece que se trata de un proceso más reciente y en desarrollo; pero, sobre todo, importa que en Francia la igualdad la predica sólo de un sector social minoritario, una restricción que parece no aplicar al caso norteamericano. Más allá de es-

<sup>19</sup> J. HABERMAS, *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 90-92.

<sup>20</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, Alianza, Madrid, 2002, Primera parte (Introducción y Cap. III).

<sup>21</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *El antiguo régimen y la revolución*, Alianza, Madrid, 1982, p. 122.

ta igualdad social, lo que Habermas destaca es que Norteamérica era ya una comunidad estructurada al modo liberal, en el sentido de que se habían generalizado las prácticas respetuosas con la libertad individual en aquellos ámbitos que solemos asociar con los derechos liberales (garantías procesales, libertad de expresión, prensa y religión, protección de la propiedad individual, etc.), cosa que todavía no podía afirmarse en Francia, donde, de nuevo son palabras de Tocqueville, los hombres situados por encima del pueblo “ya sólo se diferenciaban entre sí por los derechos”.

En consecuencia, podemos decir que la declaración de los derechos, en Norteamérica, tenía como fin evitar los abusos reiterados de la monarquía inglesa, reiterados pero extraños al orden establecido de las cosas sociales, cuando en Francia, sin embargo, los abusos reiterados y sistemáticos de la monarquía podían considerarse una de las causas principales de un estado de cosas sociales muy distinto del norteamericano. En síntesis: la revolución norteamericana no contaba entre sus fines con la reforma social, que era precisamente el fin central de la revolución francesa. Así se comprende por qué el modelo francés de derechos fundamentales tenía que ser un modelo estatista (por contraste con el carácter liberal del modelo norteamericano)<sup>22</sup>, dada la magnitud del proyecto revolucionario, que no era otro que la reconstrucción social sobre bases nuevas. La realización de un proyecto como éste no era concebible sin un poder público fuerte, y de ahí el estatismo, que calificaría los medios o instrumentos del modelo; en cambio, en lo que se refiere a sus fines u objetivos, el modelo podía calificarse como liberal, porque la comunidad imaginada no era tan distinta de la que imaginaban los revolucionarios norteamericanos. La diferencia, podemos decir, era que los norteamericanos creían verla ya realizada en buena parte y por eso los derechos podían concebirse allí como “garantía del *statu quo*”<sup>23</sup>.

Todo esto tuvo una traducción directa en la manera de concebir los derechos. Si en Norteamérica pudieron pensarse como límites al estado, como derechos de protección frente al poder, y asignarse esa protección prioritariamente a los jueces, en Francia esto no hubiera tenido mucho sentido, porque, como ha escrito Dieter Grimm, “esta función hubiera sido contraria a la meta de la revolución, inmunizando precisamente contra la transformación

<sup>22</sup> G. PECES-BARBA, R. DE ASÍS ROIG, C. R. FERNÁNDEZ LIESA y Á. LLAMAS, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III y BOE, Madrid, 1995, pp. 146 ss; M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 1996.

<sup>23</sup> G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2005, p. 55.

en sentido liberal al viejo orden jurídico considerado injusto”, así que los derechos se pensaron más bien como mandatos de acción pública y no como límites a la misma<sup>24</sup>. Los derechos eran, en fin, un programa político más que otra cosa y, como tal, tenían “un significado de derecho objetivo”, de modo que su proclamación operaba como legitimación de la potestad legislativa, y así puede acabar afirmando Zagrebelsky que, en Francia, “la fuerza de la ley era lo mismo que la fuerza de los derechos”<sup>25</sup>.

Lo que quiero poner de relieve es que los caminos tan distintos por los que siguió la declaración de los derechos en Francia y Norteamérica no eran tanto el producto de elecciones vinculadas con distintas filosofías políticas, no tanto el reflejo del contraste entre dos concepciones encontradas de los derechos (Locke contra Rousseau, por ejemplo), sino más bien opciones derivadas del distinto estado de las cosas sociales existente en uno y otro país. Los derechos fundamentales (o, como entonces se llamaban, los derechos naturales o derechos del hombre) expresaban ante todo un ideal de comunidad política, y este ideal no era en principio tan distinto en Francia o en Norteamérica. No quiero obviar evidentes diferencias de orientación, y de hecho es cierto que el modelo lockeano cuadra mejor con la situación norteamericana que con la francesa, y viceversa el modelo rousseauiano; pero ahora lo que interesa es dejar constancia de que tenían mucho en común. Otra cosa era que la realización de este ideal admitía la vía de los derechos subjetivos protegidos por jueces o la vía de las reformas legislativas impulsadas por legisladores, pero esta opción no era una opción libre, sino determinada por las condiciones sociales. Es más, siendo común el ideal, ni siquiera el catálogo de los derechos era el mismo, porque, como el propio Habermas ha señalado, en materia de declaración y aseguramiento de derechos el interés recae siempre sobre los derechos que permiten remediar abusos y carencias concretos<sup>26</sup>. Esta podría ser una razón que explicase el porqué del reconocimiento de los derechos sociales en la Francia revolucionaria y su ausencia en el caso norteamericano, pero también, por la heterogeneidad de los abusos y carencias a remediar, el porqué del recurso a técnicas jurídicas y políticas distintas. Extraño sería pensar que la técnica del derecho subjetivo fuese siempre la mejor solución. Si se buscan ejem-

---

<sup>24</sup> D. GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006, p. 159.

<sup>25</sup> G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., pp. 52 y 53.

<sup>26</sup> J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, p. 470. Lo mismo hace notar, para el particular caso de la Declaración de 1789, un historiador de la revolución francesa: J. GODECHOT, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Flammarion, París, 1995, p. 27.

plos, he aquí dos: uno es el derecho de resistencia a la opresión, que figura en el artículo 2 de la Declaración de 1789. A menudo se lo ha despachado diciendo de él que “no puede ser un derecho”, queriéndose decir, y con razón, que “no puede ser un derecho subjetivo”; pero sin duda puede ser un objetivo político, expresado con el lenguaje de los derechos tan típico de aquella época y de la nuestra (y, si se quiere, tan inexacto), y como tal objetivo fue promovido durante el período jacobino de la revolución mediante normas que buscaban una ciudadanía más consciente de sus derechos, más participativa, más vigilante de su gobierno y, era de esperar, más resistente a la opresión. El segundo ejemplo es el del derecho a la educación, que sin duda fue una de las preocupaciones principales de los revolucionarios, también promovida mediante normas jurídicas que pretendían la puesta en marcha de un sistema educativo público abierto a toda la infancia, y no tanto mediante normas que, concediendo un derecho subjetivo, atribuyesen a los jueces la potestad de garantizar la educación de cada niño y niña; normas que sólo tendrían sentido, y sólo con alcance limitado, una vez que ese sistema educativo estuviese en marcha.

En definitiva, los derechos fundamentales no surgieron, al menos en la tradición continental europea, como derechos subjetivos, sino como objetivos políticos comunitarios, que pueden o no adoptar la forma de derechos subjetivos, en función del objetivo de que se trate y de las condiciones de la comunidad en la que se quieren promover. Su reducción exclusiva a derechos subjetivos tuvo lugar después y, por cierto, algún constitucionalista ha interpretado esta reducción como una maniobra defensiva de la clase social que ahora veía en los derechos fundamentales una amenaza a la hegemonía que había alcanzado tras las revoluciones liberales. Una reducción que consistió en olvidar el fin inicial, la igual libertad, y hacer pasar por fin lo que sólo era medio<sup>27</sup>.

## 5. DE LOS IDEALES A LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Sea necesaria o sea contingente, la opción por la técnica del derecho subjetivo a la hora de promover cualquier ideal político supone la configuración jurídica del ideal bajo determinadas condiciones, que vienen requeridas por la técnica elegida. Voy a examinar cómo opera esta configuración para com-

---

<sup>27</sup> “El instrumento liberal de realización de los derechos fundamentales, la defensa contra el estado, fue segregado de su valor supremo, la libertad personal igual, y elevado a fin en sí mismo, pese a las consecuencias que comportaba para la libertad igual de todos...” (D. GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, cit., p. 104).

probar si, como he postulado, perjudica más a los derechos sociales que a los derechos liberales. Uno de los puntos de partida de este trabajo es precisamente que los derechos sociales pueden ser configurados como derechos subjetivos, y no reiteraré aquí los argumentos, a mi juicio convincentes, que se han ofrecido para demostrarlo. Además, es fácil poner ejemplos de derechos sociales articulados como derechos subjetivos en el seno de nuestros sistemas jurídicos, como es el caso del derecho a la educación o el derecho a la asistencia sanitaria. Lo que ahora interesa es determinar de qué modo procede esa configuración y qué consecuencias tiene. Es decir: los derechos sociales subjetivos pueden existir y existen, pero queremos saber bajo qué condiciones.

Con este fin, voy a recurrir al concepto de derecho subjetivo propuesto por Riccardo Guastini, que resulta conveniente para este propósito, por preciso y por estricto. Según el profesor italiano, un derecho subjetivo es: “una pretensión conferida a un sujeto (o a una clase de sujetos) frente a otro sujeto (o a otra clase de sujetos) a los que se impone un deber (una obligación) correlativo”<sup>28</sup>. De acuerdo con esta definición, los derechos pueden dividirse en derechos verdaderos y ficticios (o sobre el papel, *diritti di carta*). Los derechos verdaderos se caracterizan porque son susceptibles de tutela jurisdiccional, lo que a su vez requiere que el contenido del derecho (el comportamiento o prestación que puede exigirse) sea preciso y el sujeto frente al que se ejerce el derecho sea igualmente preciso. Los derechos ficticios son los que no reúnen alguna de estas dos condiciones, esto es, su contenido o el sujeto obligado no son precisos, de manera que no son susceptibles de tutela jurisdiccional<sup>29</sup>.

El propio Guastini, por cierto, afirma taxativamente que los derechos sociales no pueden ser derechos subjetivos verdaderos, pero, si no estoy equivocado, lo que parece querer decir es que no lo pueden ser tal y como están configurados en las constituciones contemporáneas. Seguramente lleva razón, pero esto no ha de preocuparnos mucho porque: (1) “Tal y como están configurados en las constituciones contemporáneas”, ningún derecho

---

<sup>28</sup> R. GUASTINI, “Derechos”, en Id., *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 180.

<sup>29</sup> Decidir la cuestión de si un derecho subjetivo existe sólo cuando existen sus garantías o si, por el contrario, como sostiene Ferrajoli (L. FERRAJOLI, “Derechos fundamentales”, cit., p. 43), la inexistencia de garantías supone una laguna, pero no la inexistencia del derecho, no es aquí relevante. El argumento principal de este trabajo no depende de la opción por una u otra concepción de la existencia de un derecho subjetivo.

fundamental podría ser un derecho subjetivo, porque los mecanismos jurisdiccionales de tutela suelen requerir de normas de rango infraconstitucional que los instituyan y desarrollen (¿podría funcionar el recurso de amparo español sin la promulgación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional? ¿podría funcionar el recurso preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales sin la promulgación de varias leyes procesales?)<sup>30</sup>; pero también porque la Constitución no suele establecer el contenido preciso de los derechos fundamentales. La precisión del contenido puede tener lugar por vía legal o por vía jurisprudencial, pero esto tanto vale para un derecho liberal como para un derecho social<sup>31</sup>. Y además: (2) la configuración constitucional de un derecho es un asunto contingente, y nada impide que los derechos sociales sean configurados constitucionalmente con la misma precisión que los demás derechos. Que, de hecho, no sea así acredita sólo una opción del legislador constitucional y nada más.

Imaginemos entonces un legislador constitucional que quisiera atribuir un derecho social subjetivo a los ciudadanos. Pongamos por caso, una vez más, el derecho a la educación, aunque lo que sigue puede extrapolarse a otros derechos sociales. El legislador debería partir de una idea previa de la necesidad a satisfacer o del objetivo a cumplir, formulado en los términos de universalidad propios de los derechos fundamentales: quizá que todos los ciudadanos tengan acceso a la mejor educación posible, considerando que la educación es una necesidad básica de todos, que en una sociedad contemporánea no hay libertad posible sin cultura y formación y que, por tanto, un objetivo político de primer orden es que la educación que los ciudadanos reciban una educación de la mayor calidad posible. Algo así expresaba el in-

---

<sup>30</sup> “Es difícil, si no imposible, concebir cómo podría llevarse a cabo una fácil e inmediata protección del derecho de propiedad, del derecho de sufragio, del derecho a la vida, de la libertad de expresión o del derecho al honor sin la mediación de la legislación civil, la legislación electoral, la legislación penal y la legislación procesal” (L. L. HIERRO, “Los derechos económico-sociales...”, cit., p. 197).

<sup>31</sup> Requejo afirma que “los derechos fundamentales lo son siempre de configuración legal, en la medida en que las condiciones de su ejercicio vienen impuestas por el legislador”, con la excepción de los derechos que se traducen en “la mera exigencia de pasividad por parte del poder público”, como la inviolabilidad del domicilio o la libertad de conciencia (J. L. REQUEJO PAGÉS, “Derechos de configuración legal”, en *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas, Madrid, 1995, vol. II, p. 2385). Sin embargo, no alcanzo a comprender la razón de ser de esas excepciones. Prefiero una afirmación más taxativa como la de Pisarello: “Todos los derechos fundamentales exigen concreciones legales” (G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*, cit., p. 84).

forme preliminar que precedía al proyecto de decreto de instrucción pública que Condorcet presentó ante la Asamblea Nacional francesa en 1792, todavía en tiempos de la monarquía constitucional, comenzando con palabras que siempre complace reproducir, y que bien podrían traducir la idea de un legislador constitucional ilustrado al respecto:

Señores: ofrecer a todos los individuos de la especie humana los medios de proveer a sus necesidades, de asegurar su bienestar, de conocer y ejercer sus derechos, de comprender y de cumplir sus deberes.

*Asegurar a cada uno la facilidad de perfeccionar su industria, de capacitarse para las funciones sociales a que tiene derecho a ser llamado, de desarrollar toda la extensión de las aptitudes que ha recibido de la naturaleza, y establecer de este modo entre los ciudadanos una igualdad de hecho y dar realidad a la igualdad política reconocida por la ley.*

Tal debe ser la primera finalidad de una instrucción nacional que, desde este punto de vista, constituye para el poder público un deber de justicia<sup>32</sup>.

Sin duda, esas “facilidades” que, según Condorcet, debe asegurar la educación son muy elevadas e imprecisas, como indeterminados son los términos “mayor calidad posible” o “máximo nivel posible”, y el legislador debería precisarlos si quiere configurar un derecho subjetivo tal como lo requiere la definición de Guastini. Suponiendo esa intención, hay medidas cuya adopción constitucional (o, por supuesto, legal) sería técnicamente sencilla y que ayudarían a la consecución del objetivo, aunque no fueran suficientes para ello. El legislador podría ordenar la escolarización obligatoria en centros públicos de todos los niños entre 6 y 12 años; parece obvio que la puesta en práctica de esta medida nos acercaría sin duda al objetivo, pero igualmente obvio que por sí sola no garantizaría que la educación recibida fuera de la mayor calidad posible, quizá porque los profesores de inglés o de matemáticas no tuvieran el nivel adecuado, un nivel que nada tiene que ver con la escolarización obligatoria. O el legislador podría, recurriendo a una técnica diferente de entre las que el derecho subjetivo admite, prohibir la percepción de precio por prestaciones educativas, evitando así que las diferencias patrimoniales de los padres se tradujesen en diferencias educativas de los hijos; pero, por supuesto, tampoco esta medida garantizaría por sí sola la calidad de la educación recibida, quizá porque no todas las escuelas

---

<sup>32</sup> CONDORCET, *Informe y proyecto de decreto sobre la organización general de la instrucción pública*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 41.

del país poseen las instalaciones adecuadas o porque los niños asisten a clase mal alimentados y no pueden sacar todo el provecho de las lecciones recibidas. Es fácil comprender que si el objetivo del legislador es el que hemos supuesto, habrá de embarcarse en una empresa muy compleja que requerirá un conjunto de medidas igualmente complejo. Desde luego, muchas de estas medidas pueden adoptar la forma de derechos subjetivos, porque esta técnica jurídica ofrece múltiples posibilidades que no hace falta detallar ahora<sup>33</sup>. Sin embargo, esta técnica es limitada: no todo lo que puede ser hecho en favor de un ideal lo puede ser mediante la atribución de derechos subjetivos a los ciudadanos. Veamos por qué.

De acuerdo con el concepto que hemos asumido, un derecho subjetivo requiere tutela jurisdiccional<sup>34</sup>. Por eso, la obligación correlativa ha de estar definida con precisión, para que el juez pueda determinar si se ha incumplido y para que pueda ordenar su ejecución. Pero resulta que sólo contenidos mínimos pueden estar definidos con precisión porque el contenido máximo de un ideal: (a) tiene una naturaleza aspiracional que no admite definición precisa<sup>35</sup>; (b) "se mueve sin cesar hacia adelante"<sup>36</sup>; y (c) es constante objeto de la discusión política y, por ende, no es una cuestión jurídica en sentido estricto<sup>37</sup>. Podemos exigir, por la vía del derecho subjetivo, que la policía no torture a los detenidos, una vez que hemos definido "tortura", pero no podemos exigir que la policía trate a los detenidos "de la mejor manera posible", que, en realidad, es lo que querríamos. Podemos exigir, por esta vía, que los profesores de matemáticas sean licenciados en

<sup>33</sup> Véase V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., cap. 3, sobre lo que puede hacerse por la vía del derecho subjetivo en favor de los derechos sociales; o también C. BERNAL PULIDO, "Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales", *Discusiones*, núm. 4, 2004, p. 133.

<sup>34</sup> Insisto: la requiere sea para existir, sea para ser eficaz. Guastini diría que el derecho no tutelable jurisdiccionalmente no es un derecho; Ferrajoli diría que ese derecho carece de garantías secundarias (y, por tanto, será probablemente ineficaz porque las violaciones de las garantías primarias no podrán ser remediadas).

<sup>35</sup> Véase L. L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven y Londres, 1969, cap. I., sobre la idea de lo aspiracional aplicada a los ideales morales. Campbell predica esta calidad aspiracional del derecho al trabajo, como Marshall lo hace de otros derechos sociales (T. CAMPBELL, *The Left and the Rights*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1983, p. 177).

<sup>36</sup> T. H. MARSHALL, *Ciudadanía y clase social*, cit. p. 61.

<sup>37</sup> F. ATRIA, "Derecho y política a propósito de los derechos sociales", *Discusiones*, núm. 4, 2004, p. 151.

matemáticas, pero no que sean buenos profesores de matemáticas. Podemos exigir que los ciudadanos puedan elegir a sus representantes, pero no que los ciudadanos participen en la vida política en la mejor medida posible. Siendo así, la configuración de un ideal como un derecho subjetivo supone siempre su restricción.

Ahora bien, ¿por qué es así? ¿Por qué no podemos esperar de los jueces la satisfacción de los ideales en toda su extensión? ¿Por qué la determinación precisa de su alcance no es una cuestión jurídica en sentido estricto? La respuesta ha de residir lógicamente en la naturaleza de la función jurisdiccional, sobre la que hay que decir algunas pocas palabras. Esta función puede entenderse ante todo como una función reparadora o de reajuste, que realiza la que Aristóteles llamó justicia correctiva (como distinta de la justicia distributiva, propia de las leyes, y de la justicia conmutativa, propia de los negocios jurídicos)<sup>38</sup>. La premisa para el ejercicio de esta función es la existencia de una relación entre personas considerada justa o correcta de acuerdo con el sistema normativo de referencia. Cuando esta relación se altera (cuando se incumple un contrato o cuando se causa un daño extracontractual o cuando se comete un delito o cuando no se presta un servicio público a un ciudadano), la justicia o corrección normativa exige la vuelta a los términos iniciales de la relación o, si no es posible, a términos equivalentes. El juez debe identificar, primero, la existencia de la relación previa y su conformidad con el orden normativo y, segundo, la ruptura de los términos de dicha relación para, tercero, determinar la medida correctora oportuna. En este sentido, podemos decir que la función judicial es esencialmente conservadora y podemos entender por qué Montesquieu calificó al poder judicial como un poder nulo<sup>39</sup>. Es conservadora porque trata de conservar un orden de cosas preexistente<sup>40</sup>; es un poder nulo porque ese orden de cosas no ha si-

<sup>38</sup> ARISTÓTELES, *Ética nicomáquea*, Gredos, Madrid, 1985, Libro V, sección 4 (1131b25), p. 245.

<sup>39</sup> MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Libro IX, capítulo 6. Una revisión de esta idea se encuentra en F. ATRIA, "Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo", *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 5, 2004, pp. 119-141.

<sup>40</sup> "En general, se puede decir que el Estado jurisdiccional (...) es el medio apropiado para la conservación del *status quo* social y de los derechos adquiridos, conforme a la frecuente tendencia conservadora identificada en toda la jurisprudencia. (...) El Estado gubernativo como el Estado administrativo son los más apropiados como instrumentos de cambio radicales, ya sean revolucionarios, ya reaccionarios, ya para plasmaciones completas, planificadas y calculadas de amplias miras" (C. SCHMITT, *Legalidad y legitimidad*, Comares, Granada, 2006, p. 6).

do determinado judicialmente sino con carácter previo por las normas generales de la comunidad. Por eso, cuando asociamos el derecho subjetivo con la tutela judicial, es lógico exigir, como hace Guastini, que tanto la persona obligada como la prestación debida (sea positiva o negativa) estén bien determinadas, de manera que el juez no tenga que determinar una ni otra, sino sólo que se ha producido el desarreglo o desajuste correspondiente, que es el hecho operativo de la reclamación judicial del derecho subjetivo. En cambio, "un derecho al óptimo (...) necesariamente envuelve cierta contradicción: su contenido no consiste en un estado de cosas determinable de antemano y por tanto cuantificable previamente (...) La pretensión a algo semejante no es un derecho subjetivo"<sup>41</sup>. En efecto, un derecho al óptimo (a la consecución plena del ideal) requeriría del juez determinar el contenido y titularidad de las obligaciones correlativas, pero acabamos de observar que esta determinación no es jurisdicción sino política y, por tanto, excede de las atribuciones judiciales, porque hemos supuesto que uno de los rasgos de lo jurisdiccional es la existencia previa de una relación o situación considerada correcta. Si exigiésemos a los jueces la satisfacción plena de ideales les obligaríamos a llevar a cabo una acción de determinación de lo correcto que ya no puede ser llamada jurídica sino política y, de esta manera, borraríamos la distinción entre derecho y política.

Así podemos entender también por qué el mecanismo judicial de resolución de conflictos funciona mejor cuando los conflictos son puntuales e individuales que cuando son globales y colectivos (y esto tiene particular aplicación al caso de los derechos sociales<sup>42</sup>). Así lo muestra la insatisfacción que produce la resolución judicial de problemas que no responden al esquema propuesto en el párrafo anterior, bien porque tienen un alcance global o colectivo, bien porque se busca la instauración de un estado de cosas todavía socialmente inexistente (que viene a ser lo mismo). Sea cuando uno pretende garantizar su derecho al silencio y al descanso enfrentándose a un número indeterminado de vecinos, establecimientos y vehículos ruidosos; sea cuando se aspira a que sean los jueces los que acaben con la delincuencia generalizada contra la propiedad; sea cuando los problemas familiares tratan

---

<sup>41</sup> C. PARDO, "Reivindicación del concepto de derecho subjetivo", en R. ALEXANDER y otros, *Derechos sociales y ponderación*, cit., p. 388.

<sup>42</sup> C. COURTIS, "Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social", en M. CARBONELL (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 185-209.

de solventarse ante un tribunal o cuando se espera que sea un tribunal el que garantice “el interés del menor” que vive en un entorno adverso; sea cuando el tráfico de drogas se convierte en un problema jurisdiccional. Los ejemplos son muchos, y tantos más cuanto más se confía ingenuamente en la capacidad de la función judicial para resolver todo tipo de problemas.

## 6. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS MÍNIMOS

Por las mismas razones que vengo exponiendo, la tutela judicial de los derechos fundamentales sólo es posible de manera efectiva cuando el interés que protegen está socialmente asentado en tanto forma parte del orden existente<sup>43</sup>. En este caso, a la violación de un derecho fundamental puede seguir una reclamación precisa que consiste en la pretensión de reparación de aquel aspecto del orden existente que ha sido alterado. El juez sabe con precisión qué es lo que ha de hacer, y puede hacerlo. Por el contrario, cuando los derechos fundamentales protegen intereses no asentados socialmente, cuando expresan estados de cosas deseables pero inexistentes, cuando expresan criterios de reordenación social, los mecanismos judiciales pierden operatividad, porque la pretensión no está definida, o no lo está el modo en que puede ser satisfecha, o no lo está el sujeto obligado a satisfacerla, y esto no es extraño, porque remediar el problema significa alterar significativamente lo real, y lo real es complejo<sup>44</sup>. Este es el caso de los derechos sociales, cuya pretensión, para que los jueces puedan identificarla y satisfacerla, ha de ser restringida en un grado mucho mayor que en el caso de los demás derechos fundamentales.

De aquí, por tanto, no se sigue que un derecho social no pueda configurarse como un derecho subjetivo, que sí que puede. Lo que se sigue es que esos objetivos políticos que son los derechos sociales no pueden garantizarse sólo con la técnica del derecho subjetivo y que la configuración de un derecho social como un derecho subjetivo exige necesariamente su restricción:

<sup>43</sup> U. PREUSS, “El concepto de los derechos y el estado del bienestar”, en E. OLIVAS (ed.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, 1991, p. 82.

<sup>44</sup> Véase L. PRIETO, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Id., *Ley, principios, derechos*, Universidad Carlos III y Dykinson, Madrid, 1998, p. 107; o F. LAPORTA, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en VARIOS, *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 315-318, sobre la dificultad judicial para lidiar con ciertos tipos de pretensiones vinculadas con los derechos sociales.

un derecho social subjetivo será siempre un derecho social mínimo, es decir, un derecho a un cierto conjunto definido de prestaciones (o de abstenciones) que por sí solas no pueden garantizar plenamente el objetivo deseado, sino sólo en alguna medida menor. Así lo expresó Marshall:

Los subsidios que adoptan la forma de servicios presentan, además, la característica de que los derechos del ciudadano no pueden definirse con precisión, porque el elemento cualitativo es inabarcable. Se puede garantizar un pequeño cuerpo de derechos ejecutables, pero lo vital para el ciudadano es la superestructura de las aspiraciones legítimas<sup>45</sup>.

En realidad, esto vale para todos los derechos fundamentales, si, como hemos asumido, los concebimos como objetivos políticos. Hemos visto ya en secciones anteriores que los derechos sociales han de ser mínimos por una razón específica, a saber, por su carácter subsidiario respecto de los mecanismos de asignación del mercado. Ahora vemos que hay una segunda razón, independiente de la anterior porque vale también aun cuando los bienes vinculados con los derechos sociales hayan quedado desmercantilizados, y que puede extenderse a todos los demás derechos fundamentales, que, en tanto derechos subjetivos, son también derechos mínimos. Nos hemos acostumbrado a atribuir a los derechos liberales exactamente el contenido que presentan como derechos subjetivos, pero hemos de tomar conciencia de que ese contenido es siempre el resultado de la restricción de un ideal, necesaria para que pueda convertirse en derecho subjetivo<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> T. H. MARSHALL, *Ciudadanía y clase social*, cit., p. 61.

<sup>46</sup> Fernando Atria, por el contrario, sostiene que aquí radica la diferencia fundamental entre los derechos liberales y los derechos sociales, porque los primeros pueden ser plenamente configurados como derechos subjetivos, dado que "la especificación completa del contenido del aspecto *activo* de estos derechos es *al mismo tiempo* una especificación completa del contenido de su aspecto *pasivo* (...) Pero los derechos sociales son radicalmente diversos en este sentido. La especificación de su aspecto *activo* no constituye una especificación completa de su aspecto *pasivo*. Ella no incluye información ni sobre quién es el sujeto obligado ni sobre cuál es el contenido de la obligación" (F. ATRIA, "¿Existen derechos sociales?", *Discusiones*, núm. 4, 2004, pp. 19-20; y "Derecho y política a propósito de los derechos sociales", cit., pp. 150ss.). De manera que parece que los derechos sociales expresan ideales comunitarios mientras que los derechos liberales expresan posiciones deónticas individuales. Yo diría, en cambio, que los derechos liberales también expresan ideales comunitarios, y que es sólo la concepción liberal de estos derechos la que permite esa plena especificación del contenido de su aspecto *pasivo*. En la tesis de Atria observo, más bien, una diferencia entre una concepción liberal y una no liberal de los derechos fundamentales, aplicable tanto a los derechos liberales como a los sociales.

Otra cosa es que el ideal de los derechos liberales, debido a las condiciones sociales realmente existentes, se resienta menos de esa restricción que el ideal de los derechos sociales, pero nunca hasta el punto de poder identificar el ideal con su configuración como derecho subjetivo. De hecho, el ideal y el derecho subjetivo pueden llegar a confundirse en la mente de los titulares de este último bajo determinadas condiciones, las condiciones en las cuales uno cree que el solo disfrute del derecho le basta para ver satisfecho el ideal. Esto sucede cuando uno da por descontadas las demás condiciones sociales requeridas por el ideal, quizá porque las considera naturales o porque las ha disfrutado durante más tiempo. No hay más que ponerse en el lugar de otro titular del mismo derecho cuya posición social no le permita disfrutar de esas mismas condiciones para entender que el derecho no es suficiente. En general, este es el caso de los derechos de libertad negativa. El ideal al que sirven es el de la libertad positiva, o libertad como capacidad para la autonomía<sup>47</sup>. Pero los solos derechos subjetivos de libertad negativa no pueden garantizar la consecución del ideal en una medida aceptable. Precisamente por esto fueron censuradas en su día como libertades "formales", como libertades que sólo podían aprovechar a los que ya gozaban de las demás condiciones de la libertad positiva. A esto alude Tocqueville en el pasaje ya citado cuando dice que, en la Francia prerrevolucionaria, todos los que se situaban por encima del pueblo ya sólo se diferenciaban por los derechos; en cambio, los que formaban parte del "pueblo" no se diferenciaban sólo por los derechos (de libertad negativa), luego la sola atribución de los derechos podía parecer suficiente sólo a los que se situaban por encima, pero no al "pueblo", que podía distinguir muy bien entre el ideal (la libertad positiva, la vida libre, la buena vida) y los derechos subjetivos concedidos, de todo punto insuficientes.

---

<sup>47</sup> Un ejemplo típico es el de la libertad de expresión, cuyas justificaciones más sólidas pasan siempre por la libertad positiva (cf. I. KANT, *Teoría y práctica*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 46; T. JEFFERSON, "Letter to Edward Carrington", en Id., *Writings*, The Library of America, Nueva York, 1984, p. 880; J. S. MILL, *On Liberty*, Bobs-Merrill, Indianapolis, 1956, pp. 21 o 42; O. FISS, *Libertad de expresión y estructura social*, Fontamara, México, 1987, pp. 21 ss.). Su concepción como sola libertad negativa es, por tanto, "insostenible" si se quiere garantizar su "funcionalidad teleológica objetiva" (M. SAAVEDRA, *La libertad de expresión en el estado de derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 69 y 58-59; véase también, con el mismo sentido, F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Universidad Carlos III y BOE, Madrid, 1994, pp. 443-447). A partir de aquí es fácil entender por qué la libertad de expresión, cuya condición social actual presenta tantas carencias y obstáculos, se comporta como un derecho social o, mejor, "es" un derecho social.

Ha de quedar claro que el hecho de que un derecho subjetivo sea siempre el derecho a un mínimo no significa que este mínimo garantizado sea muy bajo. Lo que supone nuestro argumento es precisamente que este mínimo varía mucho de unos a otros derechos, pero no que sea en ningún caso despreciable, ni siquiera en el caso de los derechos sociales. De hecho, en algunos casos el mínimo garantizado por los derechos sociales subjetivos puede ser muy alto, hasta el punto de que la diferencia entre el mínimo asegurado y el ideal máximo se reduce tanto que “decir *mínimo* ya no resulta adecuado”<sup>48</sup>. Marshall observa esto en relación con la prestación de servicios sanitarios en la Inglaterra de mediados del siglo XX, y no cabe duda de una observación similar es posible en relación con otros derechos sociales y otros países. Podemos estar satisfechos de que así sea, porque eso significará que el ideal ha sido realizado en un grado muy alto. Pero, desde un punto de vista conceptual, importa retener que el derecho subjetivo siempre es mínimo por contraste con el ideal, nunca puede llegar a coincidir con él y es siempre menor que él, y peor. Además, desde un punto de vista político, la expresión máxima de un derecho fundamental juega un papel imprescindible en la visión que tenemos de nosotros mismos como comunidad, de lo que queremos llegar a ser, de nuestra idea de lo justo o legítimo. Aspirar al máximo no es una actitud ingenua, sino típicamente humana, si admitimos con Marshall que “lo vital para el ciudadano es la superestructura de las aspiraciones legítimas” y no meramente el disfrute de un “pequeño cuerpo de derechos ejecutables”. En efecto, ningún ensamblaje de derechos subjetivos (mínimos) es capaz de dar cuenta del sentido de una comunidad política ni del sentido de sus aspiraciones y, por eso, ningún criterio de legitimidad política aceptable puede traducirse sólo en derechos subjetivos<sup>49</sup>.

## 7. VALOR Y PRECIO DE LOS DERECHOS SOCIALES SUBJETIVOS

En definitiva, el precio que hay que pagar por la configuración de los ideales políticos como derechos subjetivos es el de su minimización, un pre-

---

<sup>48</sup> T. H. MARSHALL, *Ciudadanía y clase social*, cit., p. 60. El párrafo sigue así: “al menos en la intención, [la prestación de servicios sanitarios] se quiere aproximar tanto a un máximo razonable que los elementos extraordinarios que los ricos pueden costearse son poco más que ornamentos y lujos. La norma del bienestar social no es la compra del servicio, sino la provisión del mismo”.

<sup>49</sup> Una idea equivalente puede encontrarse en G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., pp. 94-95.

cio que es mayor en el caso de los derechos sociales que en el caso de los derechos liberales, porque han de minimizarse en mayor medida. ¿Es muy alto este precio? Dependerá de lo que obtengamos a cambio, teniendo en cuenta que eso que obtengamos ha de ser de la misma calidad para los derechos liberales y para los derechos sociales, aunque lo obtendremos en distinta cantidad.

Lo que obtenemos a cambio es lo que las normas de un sistema jurídico están en condiciones de proporcionar, sobre todo si confieren derechos subjetivos: seguridad jurídica. Ser titular de un derecho subjetivo significa estar en una posición normativa privilegiada, porque la pretensión en que consiste ha de ser satisfecha con independencia o prioridad frente a otras consideraciones, que, si fueran tenidas en cuenta, podrían llevar a la conclusión de que la pretensión no ha de ser satisfecha. La idea de Dworkin de los derechos como “cartas de triunfo” trata de captar esa posición especial del titular del derecho, que zanja la discusión sobre lo que es más conveniente o justo arrojando su carta privilegiada, con la que obtiene el derecho a ganar<sup>50</sup>. Atria ha usado la expresión “recorte” para referirse a esto mismo: la titularidad de un derecho supone recortar o anteponer cierta pretensión, que se prioriza frente a otras, que dejan de ser consideradas<sup>51</sup>. Esta prioridad de los derechos puede tener una dimensión moral o axiológica, si de lo que se trata es de acreditar la mayor legitimidad de una pretensión respecto de otras, y esta dimensión es la que explica la prioridad de los derechos fundamentales respecto de otras consideraciones. Más allá de eso, la prioridad de los derechos tiene una dimensión técnica que es la que quiero destacar ahora, y que atañe a todos los derechos subjetivos en general y no sólo a los fundamentales. La selección de las consideraciones atendibles que todo derecho supone tiene sentido para que el sistema jurídico pueda funcionar como sistema de seguridad. La seguridad jurídica requiere que podamos predecir cómo reaccionará un juez ante nuestras pretensiones, y esto sólo es posible si el juez puede dejar de lado ciertas consideraciones, haciendo abstracción de ellas. Por el contrario, si un juez hubiera de tener en cuenta todas las consideraciones posibles, todas las circunstancias que rodean un caso, es evidente que la decisión adoptada sería altamente impredecible y difícilmente podría ser calificada como un acto de aplicación concreta de

<sup>50</sup> R. DWORKIN, “Rights as Trumps”, en J. WALDRON (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984, p. 153.

<sup>51</sup> F. ATRIA, “¿Existen derechos sociales?”, cit., p. 24.

una norma general<sup>52</sup>. Es decir, el derecho como sistema normativo exige la reducción de la complejidad mediante la desconsideración de una buena parte de la misma, pero esta desconsideración, que puede ser lamentable, es el precio a pagar por la seguridad jurídica de nuestras expectativas, un resultado que puede no ser desdeñable, dependiendo, claro está, de cuáles sean esas expectativas.

Por supuesto, y ciñéndonos de nuevo a los derechos fundamentales, la configuración de un derecho fundamental como derecho subjetivo no ha de ser incompatible con otras medidas de protección jurídica del mismo, a las que la dogmática constitucional suele denominar genéricamente como dimensión objetiva de los derechos<sup>53</sup>. Uno podría, por tanto, asentir en que los derechos sociales se minimizan en mayor medida que los demás derechos fundamentales cuando se convierten en derechos subjetivos y, aún así, no ver mayor problema en ello, porque el legislador todavía dispone de otras herramientas para promoverlos. De este modo, unos derechos (los liberales) se realizarían en mayor medida por la vía del derecho subjetivo, otros (los sociales) se servirían preferentemente de otras vías, y todos juntos avanzarían armónicamente sin especial perjuicio para los derechos sociales. Sin embargo, esta forma de ver las cosas no tiene en cuenta el orden de prioridades que deriva de la estipulación de los derechos fundamentales como derechos subjetivos. Recordemos la creencia extendida, y puesta en práctica por los sistemas constitucionales contemporáneos, de que los objetivos supremos de una comunidad política han de ser configurados como derechos subjetivos (fundamentales). Lo que queda cubierto por el derecho subjetivo fundamental es lo que es priorizado mediante la atribución del máximo grado de jerarquía y protección jurídica. Lo que queda fuera del derecho subjetivo fundamental, aunque sea fundamental, no es priorizado sino relegado a un ámbito de rango inferior incluso al de los derechos subjetivos ordinarios, luego deja de ser jurídicamente fundamental<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> La abstracción de cierto número de desigualdades es, en realidad, un requisito de la formulación de cualquier norma general y, a fortiori, de su aplicación. Véase por ejemplo F. SCHAUER, *Las reglas en juego*, Marcial Pons, Madrid, 2004, cap. II.

<sup>53</sup> Véase por ejemplo G. ESCOBAR ROCA *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, cit, pp. 45 ss.

<sup>54</sup> No me refiero aquí a principios de organización política, que, sin atribuir derechos subjetivos, pueden constituir normas del máximo nivel jerárquico.

Cuando se procede de acuerdo con esta lógica, el resultado es un sistema jurídico-constitucional como el nuestro, en el que los derechos sociales quedan *ipso facto* perjudicados. En el mejor de los casos, se admite su carácter fundamental (como es el caso del derecho a la educación), pero su contenido es minimizado hasta un nivel muy modesto, en buena parte por razón de la necesaria subjetivación (en el resto, por razón de su subsidiariedad respecto del mercado). En el peor, se les niega el estatuto de derechos fundamentales y son relegados a un discreto segundo plano, pasando a ser sólo “principios rectores de la política social y económica”, dotados de un nivel jerárquico y una protección jurídica mucho menores. En este nivel pueden lucir su mejor aspecto sustancial, sin minoración alguna de su contenido, pero una vez que han sido drásticamente despojados de su eficacia jurídica. De este modo, el proceso de conversión de los derechos fundamentales en derechos subjetivos supone un perjuicio notable para los derechos sociales que, en cambio, no sufren en igual medida los derechos liberales, porque el valor de lo subjetivable es mucho mayor.

Por tanto, y recapitulando, recurrir a la técnica del derecho subjetivo significa obtener la ventaja de la seguridad jurídica de la expectativa a cambio de pagar el precio del recorte o restricción de la expectativa. Que merezca la pena pagar el precio dependerá de cuán alto sea, y debe haber quedado ya claro que no siempre es el mismo, porque la restricción de la expectativa no tiene siempre el mismo alcance. En el caso de los derechos fundamentales, no cabe duda que su configuración como derechos subjetivos ofrece a los ciudadanos altos niveles de seguridad, pero les exige renunciar a sus expectativas en mayor o menor grado según se trate de derechos liberales o de derechos sociales, porque la renuncia está en función de lo que pueda asegurarse mediante el derecho subjetivo, y ello depende del estado de las cosas, como he tratado de justificar a lo largo de este trabajo. Como los derechos liberales expresan estados de cosas cuyo estado de realización social es mucho más elevado, la expectativa asegurada por el derecho subjetivo es mucho más alta. Como los derechos sociales expresan estados de cosas cuyo estado de realización es mucho menor, la expectativa asegurada por el derecho subjetivo es mucho más baja, y la renuncia, mucho mayor.

¿Merece la pena pagar el precio? Ya he dicho que depende del grado de restricción de las expectativas en que consisten los derechos sociales. A mi juicio, ese grado es muy alto y, por tanto, el precio también. La razón es muy sencilla: el conjunto de los derechos fundamentales expresa el ideal de una

comunidad de hombres y mujeres igualmente libres, y esta comunidad no se puede alcanzar con unos derechos sociales mínimos como los que nos garantizan los sistemas constitucionales liberales, que pueden aliviar la pobreza pero no la desigualdad<sup>55</sup>. Esa desigualdad atañe precisamente al grado de libertad de que disfrutamos unos y otros, y una comunidad es injusta cuando ese grado es desigual. En una palabra: los derechos fundamentales subjetivos nos aseguran ciertos niveles de justicia pero parece ser que al precio de renunciar al ideal de una sociedad plenamente justa. Desde luego, es un precio alto; no sé si, además, es un precio excesivo.

## 8. RECAPITULACIÓN

(1) En el seno de la teoría de los derechos fundamentales, la categoría de los derechos sociales sigue siendo útil. Es cierto que el conjunto de los derechos fundamentales es un instrumento al servicio de un ideal único, el de una comunidad de hombres y mujeres plenamente libres y que, en este sentido, los derechos fundamentales son indivisibles. También es cierto, sin embargo, que ese ideal de la plena libertad requiere condiciones sociales muy diversas. Algunas de ellas han sido alcanzadas en un grado mucho mayor que otras, y tomar conciencia de ello es importante porque nos permite comprender que nuestras comunidades no avanzan homogéneamente hacia el ideal que los derechos representan. Los derechos sociales son precisamente los derechos que se han realizado en menor medida, los que por tanto contienen una carga ideal mucho mayor en tanto que no realizada. En este sentido, hay una diferencia sociológica entre los derechos sociales y los demás derechos fundamentales: su distinto grado de realización social.

(2) Por otra parte, es cierto que todos los derechos fundamentales pueden ser articulados jurídicamente como derechos subjetivos, y que no existen diferencias estructurales o funcionales entre unos y otros derechos, con lo que gran parte de las razones aducidas contra los derechos sociales, que derivan de la creencia en diferencias inexistentes, no son razones válidas. No obstante, la técnica del derecho subjetivo, que es la que se ha elegido como forma principal de realización jurídica de los derechos fundamentales, no sirve con igual eficacia cualesquiera objetivos comunitarios. Con carácter general, cuando más asentado socialmente está un objetivo, mejor es servi-

---

<sup>55</sup> F. ATRIA, “¿Existen derechos sociales?”, cit., pp. 31-32.

do mediante la atribución de derechos subjetivos. Por eso, la configuración de los derechos sociales como derechos subjetivos, aunque posible, no resulta tan satisfactoria como la de los derechos liberales. Todo derecho fundamental resulta minimizado cuando se configura como derecho subjetivo, pero esta minimización afecta en mayor medida a los derechos sociales. Por tanto, hay una diferencia jurídica entre derechos sociales y derechos liberales: la peor adaptación de los primeros a la figura del derecho subjetivo.

(3) Hay otra razón adicional que explica el carácter especialmente mínimo de los derechos sociales. Los bienes vinculados con los derechos liberales se han desmercantilizado y se distribuyen sólo mediante el régimen de ciudadanía, en cuotas iguales para todos. En cambio, los bienes vinculados con los derechos sociales no se han desmercantilizado, de manera que se distribuyen también mediante el régimen de mercado. Esto supone que los derechos sociales son mínimos en el sentido de que uno puede obtener mayores cuotas de los bienes vinculados mediante su compra en el mercado, y en función de su capacidad económica. La opción por la desmercantilización de unos bienes y no de otros, incoherente a mi juicio con la idea misma de los derechos fundamentales, es en todo caso una opción política. Por tanto, hay una diferencia política entre los derechos sociales y los derechos liberales: se ha decidido que los primeros sean mínimos y los segundos no.

(4) Tomar en consideración estas diferencias debería llevarnos a reflexionar sobre algunos rasgos de la positivación jurídica de los derechos fundamentales. Se ha optado por configurarlos como derechos subjetivos, pero esta configuración perjudica a unos derechos más que a otros. Se ha optado por ubicar a los derechos fundamentales subjetivos en el lugar más alto de los sistemas jurídicos, pero esta ubicación perjudica la causa de los derechos que peor resisten su conversión en derechos subjetivos. Se ha optado por extender a la protección de los derechos fundamentales subjetivos las técnicas de protección típicas del derecho privado patrimonial, pero estas técnicas no son las más apropiadas para proteger los derechos sociales. Habría que pensar si hay razones para dar prioridad jurídica, y por tanto social, a los objetivos comunitarios que pueden revestir la forma de derecho subjetivo. Porque la prioridad de los derechos subjetivos no parece favorecer una concepción comunitaria de lo social como la que expresan los derechos fundamentales en su mejor versión. Acaso haya otras técnicas de acción jurídica que, garantizando igualmente el imperio del derecho, sirvan mejor a ciertos objetivos exigidos por la idea de los derechos fundamentales.

(5) En definitiva, la noción de los derechos sociales es una noción exigente que obliga a cuestionar algunos de los rasgos de las teorías de los derechos fundamentales y algunos de sus arreglos jurídicos más relevantes. Es una noción que nos permite comprender la fuerza axiológica del conjunto de los derechos fundamentales y ver la distancia que nos separa de la consecución del modelo de comunidad política que representan. Sin una idea esclarecida de los derechos sociales es fácil que la idea de derechos fundamentales se convierta en pieza principal de la cobertura ideológica de las comunidades políticas contemporáneas, ayudando a velar sus altos niveles de injusticia, y pierda toda la fuerza que tuvo y que puede seguir teniendo como ideal emancipador.

RICARDO GARCÍA MANRIQUE

*Facultad de Derecho*

*Universidad de Barcelona*

*Av. Diagonal, 684*

*08034 Barcelona*

*e-mail: garcia.manrique@ub.edu*



**LA DECLARACIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS  
DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. UNA LECTURA POLÍTICA Y  
JURÍDICA DESDE LOS DERECHOS SOCIALES**

*UNITED NATIONS DECLARATION ON THE RIGHTS OF INDIGENOUS  
PEOPLE. A READING FROM POLITICAL AND LEGAL SOCIAL RIGHTS.*

ASIER MARTÍNEZ DE BRINGAS  
*Universitat de Girona*

Fecha de recepción: 21-11-08

Fecha de aceptación: 6-10-09

**Resumen:** *El objetivo de este ensayo es centrarse específicamente en los derechos económicos y sociales de los pueblos indígenas reconocidos en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI), desde una perspectiva intercultural, derivando un posible contenido para los mismos a partir de los estándares y parámetros que el Derecho internacional de los Derechos Humanos nos oferta en relación a los DESC. Para ello, dividiremos la presentación de este escrito en cuatro momentos. Un primer momento, en el que se fijarán los criterios para interpretar jurídicamente todo el cuerpo de la DDPI. Un segundo momento, en donde se establecerá una metodología de lectura. Un tercer momento, en el que se relatarán y apuntarán, de manera intercultural, posibles vías jurídicas para interpretar y aplicar los DES de los pueblos indígenas. Finalmente, un cuarto momento, en donde se abordará de manera monográfica el contenido de los artículos que hacen referencia a los DES de los pueblos indígenas; esto es, el sugerente contenido de los artículos 17, 20, 21, 23 y 29.*

**Abstract :** *The aim of this essay is to focus specifically on the economic and social rights of indigenous peoples recognized in the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (DRIP), from an intercultural perspective, leading a possible content for the same starting of standards and benchmarks that the international law of human rights we offer in relation to the economical and social rights (ESR). For this purpose we will divide the presentation in four moments. Initially, in which lay down the criteria for legal interpretation of the whole body of Declaration. A*

ISSN: 1133-0937

DERECHOS Y LIBERTADES  
Número 23, Época II, junio 2010, pp. 107-138

*second stage, where we established a methodology for reading the DRIP. A third stage, in which we will fix a possible legal means to interpret and apply the ESR of indigenous peoples. Finally, we look through the content of the articles in reference to the social dimension of the rights of indigenous peoples: the suggestive content of the articles 17, 20, 21, 23 and 29.*

**Palabras clave:** pueblos indígenas, derechos sociales, interculturalidad, pluralismo jurídico

**Keywords:** indigenous peoples, social rights, interculturality, legal pluralism

El 13 de septiembre de 2007 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la *Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*<sup>1</sup>. La *Declaración* establece un marco universal de estándares mínimos para garantizar la dignidad, bienestar y derechos de los pueblos indígenas del mundo. Recoge tanto derechos individuales como derechos colectivos de los pueblos indígenas, incluyendo aspectos referentes: a determinar su propia identidad; a la libre determinación; a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales; a revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales; a controlar sus sistemas e instituciones docentes; a todos los derechos establecidos en el derecho internacional laboral; a mantener y desarrollar sus propios sistemas jurídicos; a utilizar sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud; a mantener su propia relación espiritual con tierras y territorios, así como con los recursos que tradicionalmente han ocupado y utilizado; y un largo etc. Condena, también, la discriminación contra estos pueblos y promueve la plena y efectiva participación de los mismos en todos aquellos asuntos que les atañen. De igual manera, garantiza el derecho a la diferencia y a la consecución de sus propias prioridades en cuanto al desarrollo económico, social y cultural, estimulando las relaciones de cooperación entre los Estados y los Pueblos Indígenas.

La *DDPI* no pretende, sin embargo, conferir a los pueblos indígenas una serie de derechos nuevos, derechos emergentes o derechos especiales. Ofrece, más bien, una «versión de los principios y las normas generales de derechos humanos contextualizada» en relación a las circunstancias históricas, culturales y so-

<sup>1</sup> A/RES/61/295 (2 de octubre de 2007), Anexo. (A partir de ahora *DDPI*). La *DDPI* fue adoptada por mayoría 144 Estados a favor, 4 votos en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos de América) y 11 abstenciones (Azerbaijón, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, La Federación Rusa, Samoa y Ucrania).

ciales de los pueblos indígenas<sup>2</sup>. Su contenido está vinculada a las obligaciones contraídas por los Estados miembros en virtud de otros tratados de derechos humanos, de ahí, que no resulte un conflicto para nuestros propósitos el hecho de que la DDPI pueda ser considerada en sí misma como una expresión de *soft law*; lo que resulta esencial para nuestro análisis es la enmarañada red de relaciones, conexiones y remisiones que puedan suscitarse de la interpretación interrelativa que de este texto se pueda hacer en relación a todo el *corpus* jurídico de derechos humanos existente en las jurisdicciones nacional, regional e internacional. Es decir, el hecho de narrar cómo se crea Derecho y derechos, a partir de toda la arquitectura institucional que se ha ido fraguando en materia de derechos humanos.

El objetivo de este ensayo es centrarse específicamente en los derechos económicos y sociales de los pueblos indígenas reconocidos en la DDPI, desde una perspectiva intercultural<sup>3</sup>, derivando un posible contenido para los mismos a partir de los estándares y parámetros que el Derecho internacional de los Derechos Humanos nos oferta en relación a los DESC<sup>4</sup>. Para ello, divi-

---

<sup>2</sup> *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas*, J. S. ANAYA, A/HRC/9/9, de 11 de agosto de 2008, parágrafo 86.

<sup>3</sup> Entendemos por interculturalidad la interacción, contacto y comunicación entre culturas de manera simétrica y horizontal, evitando, de esta manera, todo trato desigual, asimétrico o excluyente en las formas de reconocimiento, producción, reproducción y desarrollo de las propias formas identitarias, culturales y cosmovisionales. Esta dimensión se hace aún más acuciante y necesaria cuando los sujetos de debate, y de derechos, son los pueblos indígenas, ya que la memoria fundadora de estos pueblos se basa en la violación originaria de sus derechos a lo largo de la historia moderna, así como en los procesos de resistencia generados ante sistemática violencia. Una perspectiva amplia de lo que entendemos y enunciamos por interculturalidad ha sido desarrollado en: A. MARTÍNEZ DE BRINGAS, "Las políticas interculturales ante el reto de los derechos de los pueblos indígenas", *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 33, 2009, pp. 103-124; "La deconstrucción del concepto de propiedad: una aproximación intercultural a los derechos territoriales indígenas" en *Utopía y praxis latinoamericana. Revista internacional de filosofía iberoamericana y teoría social*, núm. 45, 2009, pp. 11-30; "Interculturalidad en tiempos globales: el reto de los derechos de las mujeres migrantes" en S. E. VILA (coord.), *Pedagogía de la alteridad: interculturalidad, género y educación*, Ed. Popular, Madrid, 2007, pp. 27-42.

<sup>4</sup> DRZEWICKI K., KRAUSE y ROSAS (eds.), *Social Rights as Humans Rights: A European Challenge*, Turku, 1994; J. SYMONIDES (ed.), *Human Rights: International Protection, Monitoring, Enforcement*, Ashgate-Unesco, Adershot, 2003; E. ASBJORN, K. KRAUSE, y A. ROSAS, *Economic Social and Cultural Rights. A textbook*, Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-Londres, 1995; COURTIS, HAUSER y RODRÍGUEZ HUERTA, *Protección Internacional de Derechos Humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa, México, 2005.

diremos la presentación de este escrito en cuatro momentos o pasos enlazados y progresivos. Un primer momento, en el que se fijarán los criterios para interpretar jurídicamente todo el cuerpo de la *DDPI*. Un segundo momento, en donde se establecerá una metodología de lectura, que guiará todo el sentido de este ensayo, lo que ayudará a interpretar, de manera específica, los derechos económicos y sociales (DES) de los pueblos indígenas contenidos en la *Declaración*. Un tercer momento, en el que se relatarán y apuntarán, de manera intercultural, posibles vías jurídicas para interpretar y aplicar los DES de los pueblos indígenas. Finalmente, un cuarto momento, en donde se abordará de manera monográfica el contenido de los artículos que hacen referencia a los DES de los pueblos indígenas; esto es, el sugerente contenido de los artículos 17, 20, 21, 23 y 29.

#### 1. CRITERIOS PARA INTERPRETAR JURÍDICAMENTE LA DECLARACIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (*DDPI*)

La *DDPI* nos sitúa existencialmente ante otra lógica, ante otro proceso de construcción de los derechos distinto del de la Modernidad occidental; nos ubica, por tanto, ante el reto de *otros* derechos: los de los pueblos indígenas. Ello supone, sustantivamente, replantear y reinterpretar de manera radical la universalidad concedida a los derechos humanos hasta ahora. Supone, también, multiplicar las formas de expresión y formalización de los mismos: otras maneras de explicitación, en su doble dimensión, individual y colectiva.

Los pueblos indígenas nos sitúan ante el reto de estudiar la memoria en lugar de únicamente la Historia, poniendo en escena otros recursos y otras formas de escritura. La presión del pluralismo inherente a los lenguajes e iniciativas de las *historias* que escriben los pueblos indígenas ha supuesto un cuestionamiento metodológico y epistemológico radical en la manera misma de escribir la Historia. Los pueblos indígenas se sirven, instrumentalmente, del discurso de los derechos humanos para poder replantear la Historia construida y poder asentar, así, sus propias *historias*.

Las presiones de la democracia nos han llevado a narrar la historia de los pueblos indígenas de manera peculiar. Por ello se hace necesaria una doble dimensión, un sentido polivalente, para leer cada uno de los artículos que contiene la *DDPI*. Por un lado, una dimensión táctica, que sería algo así

como la historia «buena» de los pueblos indígenas, que se ocupa de ampliar la esfera de la justicia social y la de la democracia representativa. Es la lógica que pertenece propiamente al discurso de los derechos. Por otro lado, una dimensión estratégica, más allá de la simple dimensión jurídica, que tendría más que ver con los límites de la historia, conectando directamente con la lucha histórica de estos pueblos, con la búsqueda desesperada por formas no-estatales de democracia, pero que aún no podemos entender ni concebir plenamente. La lectura de la *DDPI* no puede abandonar, en ningún momento, ninguna de estas dos dimensiones; ambas son complementarias e interdependientes. Ello tiene sus consecuencias ya que cada artículo de la *DDPI* no constituye una exigencia jurídica inmediata al uso, una expresión de derecho positivo tal y como éste es entendido por nuestros códigos normativos. Tiene un valor disipado, mediato, flexible; el propio de quien adopta tácticamente un discurso ajeno para hacer reivindicaciones propias. Ahora bien, no puede nunca olvidarse la dimensión estratégica de cada uno de los artículos: todos ellos encierran y anudan reivindicaciones históricas, memorias múltiples que dislocan la manera de entender el Derecho y trascienden las exigencias y contenidos del texto en sí mismo. Ello jurídicamente supone situarse en la lógica del *pluralismo jurídico*<sup>5</sup>. Estamos lejos, por tanto, del espoleo neurótico al que nos arroja el discurso de la implementación de los derechos; esto es, de la exigencia de una aplicación inmediata y mecánica de los contenidos de cada uno de los artículos que aquí se contienen. Con ello nos situamos más allá –o más acá, todo depende del lugar de enunciación– de las interpretaciones tradicionales del derecho: aquellas que conciben que sólo obliga y vincula lo que es recogido y tasado en un texto normativo.

Sin entrar a valorar la manida pregunta sobre si el texto de la *Declaración* tiene valor vinculante por sí mismo, la lógica del pluralismo jurídico nos conduce a entender categorías como las de vinculatoriedad, validez y sentido del derecho de otra manera y desde otros lugares. Por ello la pregunta sobre la vinculatoriedad no resulta pertinente para leer el texto de la *Declaración*. En su lectura, es importante ir más allá de las posibilidades que entraña en sí misma la estrategia jurídica. Luis Rodríguez-Piñero, en un texto de enorme fuerza sugestiva, donde nos concita y convoca a la imaginación jurídica y política, propone una lectura transversal, holística, de la *DDPI*, lo que tiene sus propias consecuencias jurídicas, como las de *no* multiplicar los

<sup>5</sup> B. de S. SANTOS, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*, ILSA, Colombia, 2009, pp. 51-76.

procedimientos de protección de los derechos de los pueblos indígenas más allá de los ya existentes; o no expandir las estrategias de lucha, para caminar hacia la ansiada implementación de los derechos –expresión tenaz pero impertinente de lo que se denomina teoría del garantismo jurídico–, sino recombinar y re-imaginar los procedimientos y posibilidades ya existentes para poder leer, de manera cruzada, simbiótica y complementaria el texto de la *DDPI*, junto con otros textos de derechos humanos ya existentes<sup>6</sup>. Se trata, por tanto, de asumir los insumos históricos creados, de hacer real la idea de concebir los derechos como procesos sociales, para lo que es necesario aprovechar, reciclar y validar los insumos que históricamente se han producido para dar respuestas a otras necesidades y a otros gritos. La multiplicación exponencial de procedimientos, capacidades y recursos para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, no augura, necesariamente, un garantismo jurídico más espléndido.

Sintetizando lo aventurado, la lectura de la *DDPI* exige situarse en las entrañas del pluralismo jurídico, abandonando una consideración restrictiva del Derecho que considera al Estado como el único centro productor de normas; avezarse con los dos sentidos de lectura de la *DDPI* propuestos: el táctico y el estratégico, en cuanto momentos de una misma acción; dar un paso más allá de la estrategia jurídica, sin desdeñarla, pero sí relativizándola, lo que implica visibilizar otros agentes y sujetos necesarios para una nueva historia de los derechos; transversalizar y leer cruzadamente la *DDPI* con todo el material del que se dispone, para poder generar una historia de los derechos indígenas a partir de la Historia que nos construye: la de la represión y la de las posibilidades<sup>7</sup>.

## 2. METODOLOGÍA PARA LEER LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES (DES) EN LA *DDPI*

La metodología, o el talante necesario para poder leer e interpretar los DES en la *DDPI* deberá ser, necesariamente, una *metodología relacional* orienta-

---

<sup>6</sup> L. RODRIGUEZ-PIÑEIRO, “La implementación de la Declaración: Las implicaciones del artículo 42”, *mimeo*.

<sup>7</sup> Cf. B. CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional en América, Siglo XXI*, México, 1994; *Ama Llunku, Abya Yala: Consituyencia indígena y código ladino por América*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000; *Tratados con Otros Pueblos y Derechos de otras gentes en la Constitución de Estados por América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

da a aprovechar todos los recursos existentes y creados en la historia y procesos de lucha por los derechos, traduciendo esas potencialidades y fortalezas a la perspectiva indígena. Lo relacional ubica, como clave de interpretación de todos los derechos, al principio *pro homine*, que establece, en caso de duda, la interpretación más favorable a la vigencia de un derecho (humano), o a la mayor extensión en la interpretación de éste. En este sentido, lo relacional conecta con la *interculturalidad*<sup>8</sup> y con el principio *pro homine*, es decir, propone excavar en los sedimentos del discurso histórico de los derechos aquellos elementos de necesaria traducción a la lógica de los pueblos indígenas, aún ante la existencia de vacíos legales. Por tanto, la estrategia exige que ha de optarse por el instrumento interno (nacional) o internacional que mejor proteja los derechos, recreando interpretaciones tangenciales que permitan intuir analogías temáticas de derechos en textos ya existentes, aunque hasta ahora hayan sido utilizadas para proteger otras situaciones y casos.

El ámbito de exploración que proponemos viene dado por la doctrina existente en torno a los DES<sup>9</sup>, es decir, por las posibilidades que todos los

---

<sup>8</sup> Perspectivas que complementarían la dimensión de la interculturalidad que venimos proponiendo, pero desde otras disciplinas discursivas, serían O. HOFFE, *Derecho intercultural*, Gedisa, Barcelona, 2002; M. ALCINA, *La comunicación intercultural*, Anthropos, Barcelona, 2003; R. BETANCOURT, *Interculturalidad y globalización. Ejercicios de crítica filosófica intercultural en el contexto de la globalización neoliberal*, ICO, Fráncfort, 2000; *Transformación intercultural de la filosofía*, Descleé de Brouwer, Bilbao, 2001.

Reflexiones sobre la problemática multicultural, de donde se deducen pistas para la elaboración de una metodología intercultural, pero desde el punto de vista de la filosofía política, pueden encontrarse en: W. KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 2000; *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Paidós, Barcelona, 2003; Y. TAMIL, *Liberal Nationalisms*, Princeton University Press, Princeton, 1993; Ch TAYLOR, "The Politics of Recognition" en A. GUTMANN (comp.), *Multiculturalism and the Politics of Recognition*, Princeton University Press, Princeton, 1992, pp. 25-73; B. PAREKH, *Rethinking Multiculturalism: Cultural diversity and Political Theory*, Macmillan, Basingstoke, 2000; T. MODOOD, *Multiculturalism. A Civic Idea*, Polity Press, Cambridge, 2007.

<sup>9</sup> Una breve relación de la base doctrinal que va a guiar nuestras reflexiones es la siguiente: V. ABRAMOVICH y CH. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002; V. ABRAMOVICH, M. J. AÑÓN, y CH. COURTIS, (comp.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003; CH. COURTIS, *Los derechos sociales en el debate democrático*, Ediciones GPS, Madrid, 2006; CH. COURTIS, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, Fontamara, México, 2009; J. SYMONIDES (ed.), *Human Rights: International Protection, Monitoring, Enforcement*, Ashgate-Unesco, Adershot, 2003; M. CARBONELL, J. A. CRUZ PARCERO, y R. VÁZQUEZ (comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Porrúa-Unam, México, 2001; G. PISARELLO, "Los derechos sociales como derechos

instrumentos normativos existentes, referidos a estos derechos, ofrecen, mediante traducción intercultural, a los pueblos indígenas. Ello supone, negativamente, excluir aquellos elementos que impidan una lectura progresiva e intercultural de toda la doctrina del Derecho social.

Situado este primer talud interpretativo es necesario apereibir la dimensión colectiva que caracteriza intrínsecamente al Derecho social y de manera específica a los DES. Es decir, la característica más denotativa del Derecho social es su dimensión grupal. Esta dimensión colectiva, comunitaria y grupal de los DES conecta directamente con el espíritu y naturaleza de los derechos indígenas. Por tanto, del fondo doctrinal de los DES se pueden desentrañar fundamentos y estrategias para proteger los derechos indígenas, tanto económicos y sociales, como otros netamente colectivos. Los paralelismos que reposan en estos textos otorgan principios y criterios para armar una estrategia que coadyuve a la protección de los derechos indígenas. Entre estos paralelismos, que han de ser traducidos interculturalmente, está el hecho de que los DES consideren, entre sus posibilidades, violaciones colectivas de derechos, cuestión alérgica y ajena a la tradición ilustrada de los derechos, avalado todo ello por una reductiva interpretación de los derechos civiles y políticos. El hecho de que los DES sean derechos *de* los grupos y *para* los grupos implica asumir el principio de reconocimiento colectivo como dimensión insita en la lógica de los derechos – exigencia nuclear para el reconocimiento de los derechos indígenas– diferenciando, a partir del potencial que implica el reconocimiento, la identidad e idiosincrasia de unos grupos frente a la totalidad amorfa con la que el Estado lee las diferencias culturales, sexuales, nacionales, religiosas, etc. Desde esta potencialidad se hace necesaria una lectura transversal e implicativa de los derechos indígenas en la potencia colectiva y en las formas de

---

exigibles: virtualidades y límites de una consigna” en *Estudios sobre derechos humanos*, Fesdpad ediciones, San Salvador, 2004, pp. 363-386; *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007; E. ASBJORN, K. KRAUSE y ROSAS, A., *Economic Social and Cultural Rights. A textbook*, Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-Londres, 1995; FABRE C., *Social Rights Under the Constitution. Government and Decent Life*, Oxford Clarenton Press, Oxford, 2000; M. SEPULVEDA, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Amberes, 2003; A. EIDE, “The legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of some Traditional Views” en P. ALSTON; K. TOMASEVSKI (eds.), *The Right of Food*, Utrech, 1984, pp. 97-110; B. GONZÁLEZ MORENO, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002.

reconocimiento latentes en el discurso del Derecho social internacional y nacional<sup>10</sup>.

Sin embargo, una perspectiva eufóricamente garantista de los DES exige ser asumida con mesura y prudencia dadas las dificultades que existen *realmente* para demostrar la vulneración colectiva de derechos. Como la historia nos ha venido desvelando, resulta enormemente difícil demostrar jurídicamente, incluso para los talentos más interculturales, que ciertas violaciones de derechos poseen proyecciones colectivas. Siendo difícil de demostrar esta intuición de manera general para los DES, las dificultades se multiplican exponencialmente cuando hablamos de derechos de los pueblos indígenas. Piénsese, por ejemplo, en la incapacidad normativa de los operadores jurídicos y otros agentes sociales para pensar y fundamentar un delito como el de genocidio.

Una metodología relacional, de entrecruzamiento de textos y lógicas, exige emplear otros instrumentos internacionales; normas fundamentales ya aprobadas (como los textos constitucionales de muchos países que reconocen derechos indígenas); así como el trabajo realizado por los órganos de supervisión de tratados internacionales para identificar criterios y principios que permitan dar contenido y ofertar garantías a los derechos indígenas<sup>11</sup>.

Para alumbrar esta perspectiva, estructuraremos la búsqueda en dos pasos: 1) donde se procederá a la determinación de qué *normas, principios, objetivos y desarrollos de política pública*, sobre cuestiones económicas y sociales, pueden encontrarse en sede local, nacional, regional e internacional; 2) identificadas estas normas y sus principios, se trataría de determinar qué derechos –necesariamente en nuestro caso, qué DES– se pueden inferir de esos

<sup>10</sup> Evidencia y expresión de lo que venimos hablando sería, por ejemplo, el artículo 17 de la *DDPI*, cuando reconoce a los pueblos indígenas los mismos derechos laborales que el resto de trabajadores no-indígenas, remitiéndonos, para su fundamentación y consiguiente protección, al derecho laboral internacional y nacional aplicable.

<sup>11</sup> «En verdad, frecuentemente es útil, como acaba de hacerlo la Corte, comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho», *Opinión Consultiva* núm. 5 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-5/85, «La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)», del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n° 5, párrafo 51; y *Opinión Consultiva* OC-10/89, «Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos», del 14 de julio de 1989, Serie A, núm. 10, párrafos 43 y 45.

postulados para ser aplicados, de manera individual y colectiva, a personas y a pueblos indígenas.

En relación al primer punto, y, de manera específica al acopio de normas que permitiría un rastreo así, habría que citar necesariamente *otros* instrumentos internacionales de derechos humanos que resultan pedagógicos para leer e interpretar la *DDPI*, derivando DES desde la perspectiva y el fundamento de estos pueblos, dando, de esta manera, contenido y coloración a los artículos de la *DDPI*. Resulta, por tanto, de vital importancia traducir contenidos y exigencias de los DES a la realidad de los pueblos indígenas, a partir de textos tan importantes como: el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador)<sup>12</sup>; la Convención sobre Derechos del Niño; la Convención para la Eliminación de toda forma de discriminación contra la Mujer; La Declaración Americana (artículo XII); La Convención para la Protección de los trabajadores migrantes y sus familias; y los Convenios y Recomendaciones de la OIT, entre otros.

Respecto a principios o criterios marco para dar contenido al carácter abstracto y general, difícilmente concretable normativamente, del articulado de la *DDPI* –especialmente en sus artículos 17, 20, 21, 23, 29–, de los que necesariamente se derivarían consecuencias jurídicas, habría que considerar las *Observaciones Generales* (O.G.) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su totalidad, y, especialmente para nuestro supuesto: la O. G. n° 2, que

---

<sup>12</sup> Ejemplos del establecimiento de objetivos y medidas concretas de política pública en textos internacionales, estableciendo, además, metas a ser alcanzadas por los Estados, sería una lectura cruzada y combinada del artículo 12.2 del PIDESC, del 10.2 del *Protocolo de San Salvador*, junto con los artículos 17 y 21 de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas. En los dos primeros artículos se reseñan un conjunto de medidas y objetivos de política pública que los Estados tienen que cumplir en materia de salud, condición de posibilidad previa para hablar del *derecho a la salud* de los pueblos indígenas recogido en el artículo 21 de la *DDPI*. En la *Declaración* se fija un nuevo sujeto de derechos –los pueblos indígenas– como beneficiarios de las disposiciones de políticas públicas en materia DES. La metodología relacional exige hacer una lectura cruzada de las exigencias y necesidades indígenas, en forma de derechos, con estos textos internacionales de DESC, para interpretarlas interculturalmente, con independencia del discurso sobre la fuerza vinculante, o no, de la *Declaración*. Una interpretación parecida podría hacerse con los artículos 13.2 del PIDESC, y 13.2 y 13.3 del Protocolo de San Salvador, respecto al derecho a la educación, que encuentra su formalización de acuerdo a las exigencias y necesidades indígenas en el artículo 21 de la *DDPI*.

prolonga las exigencias del artículo 22 del PIDESC y pretende comprometer a los órganos competentes de Naciones Unidas en la aplicación real de los informes DES presentados de conformidad con las exigencias del PIDESC<sup>13</sup>; la O. G. n° 3, en donde se hace referencia específica a las obligaciones –de comportamiento y de resultado– de los Estados parte en el PIDESC<sup>14</sup>; la O.G. n° 9, que hace referencia a la aplicación interna del PIDESC, derivándose de su lectura indicaciones y posibilidades para la aplicación de los artículos de la *DDPI*; la O.G. n° 10, donde se hace referencia a la función y responsabilidad de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los DESC, cuestión de vital importancia para la transversalización y traducción de exigencias de pueblos indígenas a otros agentes sociales y operadores jurídicos en el marco del Estado. A ello habría que añadir el abordaje monográfico de ciertos derechos que se hacen en otras O.G. de las que habría que inferir mandatos y consecuencias jurídicas para interpretar la *DDPI* desde el punto de vista de los DES<sup>15</sup>.

En este mismo sentido resultan de vital importancia los documentos elaborados por expertos en relación a los DES, como los denominados *Principios de Limburgo*, relativos a la aplicabilidad del PIDESC, y los *Principios de Maastrich*, sobre violaciones de DESC.

Además, será de vital importancia, para tener un campo exploratorio mayor de contenidos, estar atentos a los objetivos que se fija la política pública para desarrollar DES; a las remisiones que a través de textos normativos pueda hacerse a estos instrumentos de política pública para realizar a una interpretación intercultural de los mismos, derivando contenidos específicos a los derechos de la *DDPI*. Un ejemplo de ello puede ser el tenor general del artículo

---

<sup>13</sup> «... [que] pueda servir para que dichas entidades se pronuncien, cada una dentro de su esfera de competencia, sobre la convergencia de medidas internacionales que puedan contribuir a la aplicación efectiva y progresiva del Pacto», Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, O.G. n° 2, párrafo 1.

<sup>14</sup> «Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados», Comité DESC, O.G. n° 3, párrafo 2.

<sup>15</sup> Así, la O.G. n° 4 hace referencia a la vivienda adecuada; la 7, a los desalojos forzosos; la 11, a los planes de enseñanza primaria; la 12, al derecho a la alimentación adecuada; la 13, al derecho a la educación; la 14, al derecho a la salud; la 15, al derecho al agua. Como se puede intuir de la temática que abordan, hay muchísimos elementos que afectan directa y transversalmente a los DES de los pueblos indígenas, por razón de la interdependencia que corresponde, como cualidad, a todos los derechos.

lo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que constituye una de las escasas disposiciones y referencias sobre derechos económicos, sociales y culturales de la Convención, y que deberá ser rescatado para ajustarlo a los contenidos de artículos como el 17, 20, 21, 23 o 29 de la *DDPI*<sup>16</sup>.

Este ejercicio de metodología relacional y de interpretación intercultural se podría complementar con la labor que realizan los diferentes Relatores Especiales de la ONU, que en su trabajo específico abordan cuestiones sobre vulneración de derechos humanos que afectan a pueblos indígenas, unas veces de manera transversal; y otras de manera directa, temática y monográfica<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> El artículo 26 reza de la siguiente manera: «Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, reformada por el protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados». El enunciado, abstracto y amplio, del artículo, enlaza directamente con la perspectiva que venimos desarrollando. Se trata de un texto regional en el ámbito de la OEA, que, sin embargo, conecta y prolonga las exigencias y comentarios que posteriormente el Comité DESC ha hecho en las referidas O.G. 2, 3 y 9. Es decir, establece mandatos programáticos paralelos a otras instancias y competencias para proceder a una implementación real de todos los DES. Con ello queda, también, implicada la cooperación internacional para coadyuvar a implementar la metodología relacional. En este sentido hay que recordar que en el caso del Estado español, la AECID ha desarrollado recientemente una *Estrategia sectorial de la cooperación española con pueblos indígenas* (ECEPI), con lo que el artículo 26 constituye un mandato expreso para la realización del trabajo y el cumplimiento de los objetivos de la AECID, en relación con la estrategia, en el ámbito regional de América Latina. El artículo 26 habla con carácter general de «normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura», es decir, todo el ámbito temático en el que pueden encontrarse referencias a los DESC. Ello conecta directamente con la perspectiva relacional que venimos comentando, pues de la interpretación del contenido general de esas normas, habrá que derivar, de manera específica e intercultural, contenidos y directrices para traducir los artículos DES de la *DDPI*. Piénsese en la cantidad de nuevos actores implicados en este reto.

<sup>17</sup> Piénsese en el Relator de la ONU contra La Tortura y los Tratos Crueles y Degradantes; el Relator contra las Desapariciones Forzadas; el Relator contra las Ejecuciones extra Judiciales; el Relator contra las Detenciones Arbitrarias; el Relator que vigila los Atropellos contra los Niños; el Relator el que trabaja para combatir los Abusos contra la Mujer; el Relator que se dedica a los casos de Discriminación y Persecución por Motivos de Creencias Religiosas, Origen Nacional, Raza y Opinión o Preferencias Políticas, así como a Relatores de otros temas específicos. Si se piensa transversalmente, todas ellas son temáticas que han constituido la base de la vulneración de los DES de muchos pueblos indígenas, aunque no de manera directa, sino relacional e interpretativa. Por tanto, de su trabajo e informes específicos, se pueden derivar muchos elementos para la interpretación y complemento de la *DDPI*.

Consideración especial exigiría la actividad realizada por el *Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas pueblos indígenas*, especialmente a través de los contenidos de su mandato, como la realización de informes anuales sobre asuntos específicos o situaciones de especial importancia en relación a los derechos de los pueblos indígenas; las comunicaciones a los gobiernos de los Estados; las visitas a países; el seguimiento de las recomendaciones ya realizadas a los mismos; o la exhaustiva re-interpretación intercultural de todo este trabajo desde la perspectiva de los derechos de los pueblos indígenas.

Desde la perspectiva específica de los pueblos indígenas y en una sede más concreta, como es la de la OEA, habría que considerar la intensa utilización del Sistema Interamericano de derechos humanos por parte de los pueblos indígenas, para proteger y establecer contenidos concretos a derechos que hasta ahora carecían de enunciación y recepción en textos internacionales. A este respecto habría que prestar especial consideración a las resoluciones –informes de admisibilidad, informes de fondo, informes de solución amistosa, sentencias– publicadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con los derechos de los pueblos indígenas y específicamente los DES. Habría, además, que rescatar de los informes monográficos sobre la situación de los derechos humanos que realiza la CIDH, y de las visitas *in loco* que la propia Comisión realiza –máxime, cuando desde 1984, viene incorporando un capítulo sobre la situación de los pueblos indígenas en los informes monográficos por país–, mandatos específicos que de estos diagnósticos se derivarían para dar contenido a los DES de los pueblos indígenas. Finalmente, habría que revisar todo el escenario jurisprudencial que se ha venido constituyendo en materia de derechos de los pueblos indígenas en el Sistema interamericano de derechos humanos, de mano de la Corte Interamericana.

### 3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE SE DERIVAN PARA LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES INDÍGENAS

Previo al abordaje de los contenidos que establece el epígrafe, es necesario pensar y reflexionar interculturalmente un concepto como el de «obligatoriedad jurídica», que no puede leerse tal y como es construido y entendido

por el Derecho positivo. Leer e interpretar la *DDPI* exige una suerte de distancia existencial-cosmovisional lo suficientemente amplia como para situarnos ante otra manera de comprender lo jurídico y sus obligaciones. Esa distancia, ese lugar-otro desde el que leer y analizar la *DDPI*, y específicamente los DES, nos permitirá dar solución a una pregunta que resulta fundamental para el jurista e intérprete occidental, pero no tanto para el indígena, como *cuál* es el valor jurídico de la *DDPI*. Pensar interculturalmente el concepto de «obligatoriedad» nos enseña que es posible ensayar otras vías de respuesta y conjurar otras maneras de protección para los derechos de los pueblos indígenas. Se trata, por tanto, de trascender la lógica y los dinamis-mos que nos impelen a pensar la realidad jurídica de los derechos a través de una falsa dicotomía: o existe un valor jurídico vinculante que acompaña como buen llamado todo texto normativo, o debemos afrontar *la nada* y el vértigo del vacío jurídico; es decir, si un texto no resulta jurídicamente vinculante, estaríamos ante derechos de papel, ante textos ideológicos y programáticos que carecen de fuerza vinculante y, por tanto, de valor para el Derecho. Esta sería la respuesta de muchos juristas positivistas al valor real de la *DDPI*.

Situarse en otro sitio es tomarse en serio el potencial del pluralismo jurídico rescatando de sus entrañas las posibilidades del Derecho indígena y el tipo de respuestas que éste ensaya para allanar estas preguntas<sup>18</sup>. Cuando hablemos de «obligatoriedad del derecho» en relación a la posible lectura que podamos hacer de la *DDPI*, será necesario tener en cuenta muchos más indicadores y variables que aquellos a los que se atiende clásicamente el positivismo jurídico: los del valor jurídico de un texto normativo como criterio hermenéutico último. Ello supone evidenciar y combatir que el positivismo jurídico, en cuanto corriente interpretativa del Derecho, reduce la pluralidad de sistemas jurídicos a unidad coercitiva; la heterogeneidad a homogeneidad por la puesta en escena de eso que podemos denominar «falacia del anacronismo». Con ello queremos expresar que la normatividad occidental, a partir de sus propios sistemas jurídicos, barbariza todo lo que no es idéntico a sí mismo, aquello que se separa de la «mismidad» de su naturaleza jurídica, proyectando una imagen especular de toda alteridad jurídica cargada con el prejuicio tempo-espacial del anacronismo. Ello lleva a interpretar la

<sup>18</sup> R. IRIGOYEN, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999; E. BORJA JIMÉNEZ, *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal Indígena*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

historia y tradición jurídica de los pueblos indígenas en términos de carencia, de ausencia de producción normativa alguna, de inexistencia de expresión certera de Derecho<sup>19</sup>. Constituye una suerte de ignorancia asimétrica: mientras el sistema jurídico occidental se ha construido ignorando y arrasando cualquier alteridad jurídica, principalmente las indígenas, éstas no encuentran su ontología si no por referencia necesaria, mimética y mediada por el Derecho Occidental. Sin embargo, es necesario apostillar que las teorías de la modernización y del desarrollismo no son hipótesis científicas, sino teodiceas, es decir, relatos de providencia y redención<sup>20</sup>. Un ejemplo de ello sería el tratamiento que de los «usos y costumbres indígenas» hace el Derecho positivo, cuya validez queda desfasada y relegada por su talante anti-moderno, bárbaro, anacrónico.

Hablar de otras lógicas jurídicas supone replantear el sistema de fuentes del derecho con el que se define y asienta el derecho positivo occidental; poner en cuestión el carácter pacífico de términos como valor, verdad, validez, vinculatoriedad, obligatoriedad, es decir, todas aquellas categorías con las que el Derecho ha venido construyendo, por ejemplo, la universalidad de los derechos humanos; cuestionar las fuentes tradicionales con las que se ha ido identificando el Derecho asumiendo que existe normatividad válida aunque esta no se identifique con la «ley»; ubicar y calificar el principio juridicidad en el ámbito de un macro sistema normativo, constituido por diferentes subsistemas jurídicos autónomos y consistentes en sí mismos, regidos e interpretados, cada uno de ellos, por sistemas de fuentes diferentes, códigos y relaciones jerárquicas no coincidentes; otorgar un valor relevante al derecho consuetudinario a la hora de considerar la naturaleza de la obligatoriedad jurídica. Ello nos acercaría a un derecho de la diversidad, de flujos transnacionales, más allá de la ciudadanía como lugar de arraigue de las formas jurídicas; un derecho menos pretencioso y, por tanto, menos vinculante y más abierto a la porosidad y al entrecruzamiento con otros sistemas normativos, lo que implica, necesariamente, abandonar el componente ideológico que caracteriza a los sistemas jurídicos para abrirse a la dimensión técnica que estos ofrecen, esto es, más que como soluciones jurídicas a los conflictos, como sistemas de armonización de conflictos entre sistemas jurí-

---

<sup>19</sup> D. CHAKRABARTY, *Al margen de Europa ¿Estamos ante el final del predominio cultural europeo?*, Tusquets, Barcelona, 2008, pp. 57-80.

<sup>20</sup> J. GRAY, *Misa Negra. La religión apocalíptica y la muerte de la utopía*, Barcelona, Paidós, 2008, p. 106.

dicos en conexión y solapamiento. Avanzar, por tanto, hacia sistemas jurídicos asimétricos, incompletos, complejos; más procedimentales que sustantivos<sup>21</sup>.

Ello implicaría reconocer que la DDPI posee un *valor jurídico otro*. Ello debido a que el modo de construcción de la DDPI ha sido distinto que el sufrido por otros textos normativos, saliéndose de la convención en su forma de negociación y plasmación final. Muchos y más plurales han sido sus fuentes de inspiración; múltiples sujetos, agencias, agentes e instituciones las implicadas. Ello conlleva que el *valor jurídico otro*, aquel que le concede el reconocimiento del *pluralismo jurídico*, se va concretando y construyendo a través de la utilización de una metodología relacional, de cruce y contraste, como la que se propone para la lectura de la DDPI. Ahí reside el potencial de la transversalidad, de la mirada interpelante a otros textos y a otras propuestas.

Asentado todo ello, un primer conjunto de obligaciones, en el marco del pluralismo jurídico, sería la de construir el contenido de los DES indígenas y sus garantías, a partir de una lectura creativa de las O. G. previamente aludidas, así como de todo el material aportado por los textos, los operadores, agencias, instituciones y sujetos referidos en el apartado 2.

Un segundo bloque de obligaciones se derivaría de la aplicabilidad del principio de no discriminación «por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social»<sup>22</sup>. Se trata de un postulado y un axioma que afecta estructuralmente a todos los

<sup>21</sup> F. PALERMO, "Soluciones jurídicas a sociedades complejas: el derecho de la diversidad" en E. RUIZ VIEYTEZ (ed.), *Derechos humanos y diversidad. Nuevos desafíos para las sociedades plurales*, Alberdanía, Zarautz, 2008, pp.75-97.

<sup>22</sup> Resulta importante para esta labor cruzada de interpretación, a partir del principio general de no discriminación, los *Principios de Limburgo* (35 a 45); Los *Principios de Maastricht* (9, 10, 11, 12, 14 b y 15); las conclusiones de la Corte Interamericana relativas al alcance de la prohibición de discriminación contenida en el artículo 1.1 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*. En este sentido, la Corte ha llegado a considerar que el principio de no discriminación constituye una norma de *ius cogens*, es decir, de obligado cumplimiento para los Estados, no admitiendo derogación por parte de éstos. Cf. Al respecto Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/2002, "Condición jurídica y derechos humanos del niño", de 28 de agosto de 2002, Serie A núm. 17, párrafos 43-55; OC-18/2003, "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados" de 17 de septiembre de 2003, Serie A núm. 18, párrafos 100 y 101.

derechos económicos, sociales y culturales; siendo eso así, exige una interpretación intercultural para su aplicación a los DES indígenas.

Un tercer ámbito de obligaciones residiría en la necesidad de que los Estados adopten medidas legislativas, o de cualquier otra índole, para hacer efectivos los DES. Ello conllevaría la consideración de los «usos y costumbres», del «derecho consuetudinario», como fuente jurídica fundamental para otorgar valor y validez al *Derecho otro*. Esta obligación toma fuerza intercultural si se leen de manera cruzada, remitida e interdependiente la O.G. n° 3 (obligaciones de los Estados), la n° 9 (aplicación interna del PIDESC), los Principios de Limburgo y Maastricht, y los artículos 17.2, 18, 19, 20.1, 21.2, 22.2, 23, 27, 29.2, 29.3, 30.2, 31.2, 32.2, 32.3, 36, 37, 38, 40 y 41 de la *DDPI*, entre otros.

Un cuarto ámbito de prescripciones sería la aplicabilidad de aquellas obligaciones que tienen su fundamento en los derechos civiles y políticos. Con ello se trataría de dar contenido a los DES de manera indirecta, apoyándose, para ello, en la fortaleza incontestable de justiciabilidad que se otorga a los derechos civiles y políticos. Esta estrategia, clásica ya en la manera de arrogar contenidos a los DES en un sentido general, puede ser reconducida interculturalmente para otorgar soporte y contenido a los DES contenidos en la *DDPI*. Para ello, el recurso al derecho a las garantías judiciales, el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la protección judicial pueden fungir como tácticas interesantes, como ya se ha venido haciendo muchas veces en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos, para otorgar contenido concreto y garantías a los DES indígenas<sup>23</sup>, evitando así una consideración ideológica y vaga de los derechos sociales indígenas. El propio Comité DESC identifica una serie de derechos recogidos en el PIDESC que se consideran de aplicación inmediata y de invocabilidad directa ante los tribunales en los supuestos de violación de los mismos. Este resorte interpretativo debe ser necesariamente aprovechado para dar contenido y aplicación a los DES contenidos en la *DDPI*. Así, la O.G. n° 3 establece que el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres –o mejor, el principio de igualdad– es uno de esos criterios incontestables de exigencia directa e inmediata ante los tribunales. A su vez, el artículo 17 de la *DDPI* establece la igualdad de derechos laborales entre indígenas y el resto de trabajadores. Una lectura crua-

---

<sup>23</sup> Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/2003, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, *op. cit.*

da del artículo 17, con la O.G. nº 3, permitiría una aplicación de la cláusula general de igualdad –en cuanto derecho– a cualquier vulneración de los derechos laborales indígenas, siempre que se aprecia una fractura en las condiciones de igualdad de las partes afectadas. Con ello, no sólo se establece un contenido concreto para ese artículo 17 –el que establece el derecho laboral internacional fundamentalmente través de la OIT–, sino que se pergeña una estrategia específica para su protección.

Por ello, no serían plausibles restricciones a los DES conforme a leyes que se dicten en función del interés general, tan propio de tiempos de seguridad globales como los que vivimos, y que, recurrentemente, son utilizadas para restringir muchos de los derechos indígenas<sup>24</sup>. Por tanto, este criterio general deberá ser aplicado sin ningún tipo de restricción al disfrute interdependiente de los DES, en sus formas de apropiación y sentido, por los pueblos indígenas.

Un quinto ámbito de criterios para interpretar, en el marco del pluralismo jurídico, las condiciones y posibilidades de la obligatoriedad jurídica, serían los mandatos establecidos por el Comité DESC de Naciones Unidas para asegurar niveles esenciales en el disfrute de todos los DESC<sup>25</sup>. Este criterio abstracto exige una interpretación intercultural para los pueblos indígenas, lo que conlleva la entrada en escena de otros actores y sujetos como la cooperación internacional, agencias de la ONU, agentes sociales con carácter nacional, organismos multilaterales, etc. Supone introducir, por ejemplo, en la recientemente aprobada *Estrategia Sectorial de la Cooperación española con*

<sup>24</sup> «(...) aún en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo (...)», O.G. nº 3, párrafo 12. Si esto constituye una especificación general para todos los DESC, el mandato y exigencia adquiere mucha más intensidad si se trata de grupos vulnerables específicamente reconocidos por cartas de derechos, como es el caso de los pueblos indígenas a través del Convenio 169 de la OIT y la *DDPI*. Ello declama que los periodos de crisis sean interpretados, también, desde las exigencias de derechos, siendo la desatención de los mismos un factor primordial en la motivación de las crisis. Cf. *Los Principios de Limburgo*, especialmente 25 a 34; Principios de Maastricht 10 y 13. En el ámbito de la OEA resulta de interés la Opinión Consultiva de la Corte IDH, “La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos”, OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A Nº 6.

<sup>25</sup> El Comité DESC ya ha establecido criterios para interpretar y objetivar qué se entienden por niveles esenciales para el disfrute de estos derechos, en las Observaciones Generales nº 12 (alimentación adecuada), 13 (derecho a la educación), 14 (derecho a la salud), 15 (derecho al agua).

los Pueblos Indígenas (ECEPI) realizada por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), y que funciona como una política transversal que afecta a todas las acciones operativas de la cooperación española<sup>26</sup>, la obligación de dar contenido esencial a todos los derechos de la DDPI, poniendo especial énfasis en aquellos que resultan fundamentales para asegurar las condiciones de vida de estos pueblos: los derechos económicos y sociales. Este criterio arrastra consigo una serie de acciones tensionadas y vinculadas estructuralmente a él, como son: la adecuación del marco legal de los Estados a las exigencias de la DDPI; la generación de un espacio comunicativo y divulgativo para el conocimiento de los derechos de la DDPI; la creación de indicadores que expresen las necesidades y exigencias de los pueblos indígenas, es decir, ubicados en la interculturalidad; la vigilancia efectiva de todos estos derechos mediante la creación de planes específicos para su monitoreo; la provisión de recursos efectivos para hacer real la máxima del pluralismo jurídico, lo que supone, necesariamente, el reconocimiento y la consolidación de las jurisdicciones indígenas, del (los) Derecho(s) indígena(s), y de las posibilidades específicas de recurso ante violaciones de los mismos.

#### 4. UNA RELECTURA DE LOS CONTENIDOS DES DE LA DDPI (ARTÍCULOS 17, 20, 21, 23 Y 29)

Procederemos a una relectura intercultural, desde los criterios de interpretación avanzados en los epígrafes anteriores, en relación a algunos de los contenidos DES más denotativos de la *Declaración*. Estos artículos no agotan el contenido de los DES; sólo refieren algunos perfiles de los mismos en la *Declaración*. Sin embargo, el carácter interdependiente de todos los derechos nos obliga a estar atentos a la totalidad de la DDPI y al corpus normativo internacional sobre derechos sociales.

i) El artículo 17 de la DDPI constituye, sin lugar a dudas, un avance y un paso adelante en la protección de los derechos laborales de los pueblos indí-

---

<sup>26</sup> El II Plan Director de la Cooperación española para el trienio 2005-2008 incluye expresamente la cooperación con pueblos indígenas entre sus prioridades sectoriales. El Programa Indígena de la AECID ha asumido, además, el compromiso de incorporar los principios de la ECEPI al código de conducta de la Coordinadora Estatal de ONG para el desarrollo. Cf. L. RODRIGUEZ-PIÑEIRO, "La ratificación del Convenio 169 de la OIT por España: más allá de la solidaridad", *mimeo*.

genas. Resulta importante el artículo por la forma categórica en que se expresa, sin pretensiones de agotar todos sus sentidos en el tenor de la formulación<sup>27</sup>. El sentido del artículo es intrínsecamente relacional: hace entrar en juego al derecho laboral internacional y nacional, es decir, todo el derecho existente en materia laboral, aprovechando, de esta manera, todo el trabajo realizado por los operadores y agentes no indígenas en el ámbito del Derecho social laboral. El artículo cumple, así, con una de sus pretensiones fundamentales: la interculturalidad. Lejos de desechar lo ya construido y avanzado, lo incorpora, por su potencialidad y riqueza, para interpretarlo y complementarlo desde la perspectiva indígena. Algunas formas de realizarlo han sido ya narradas en los puntos 2 y 3 de este ensayo.

Enlaza, además, con el marco general de sentido intercultural que establece el artículo 1 para interpretar toda la *DDPI*: «Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos». Pleno disfrute, individual y colectivo, de todas las expresiones de derechos construidas en el espacio más fértil y generoso a la recepción de exigencias y necesidades, como es el ámbito internacional de los derechos. Con ello se incorpora, de una vez, en el interior de la cosmovisión indígena, los principios de igualdad y no discriminación, al reconocer la doble forma de ejercicio de estos derechos: individual y colectiva. Se evita, de esta manera, una primacía de lo comunitario-indígena sobre las personas que constituyen la comunidad, de lo grupal sobre lo individual, lo que podría dar lugar a discriminaciones claras de personas dentro de una estructura orgánicamente comunitaria; pero también se ahuyenta una interpretación estrictamente liberal en la manera de entender los derechos e interpretar los derechos a partir de una comprensión exclusi-

---

<sup>27</sup> 17: 1. Las *personas* y los *pueblos indígenas* tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos establecidos en el *derecho laboral internacional y nacional* aplicable. (las cursivas son nuestras.) 2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, tomarán medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación del niño, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social del niño, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y la importancia de la educación para el pleno ejercicio de sus derechos.

3. Las personas indígenas tienen derecho a no ser sometidas a condiciones discriminatorias de trabajo, entre otras cosas, empleo o salario.

vamente individual de la titularidad y el fundamento de los derechos humanos.

Este artículo complementa el ambivalente contenido del artículo 20 del Convenio 169 de la OIT<sup>28</sup>. Allí no se habla del «derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos», sino de «garantizar una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo»; para añadir, posteriormente, la pretensión de evitar cualquier forma de discriminación en el ámbito laboral. La redacción es tautológica puesto que uno de los ámbitos donde la discriminación hacia los pueblos indígenas ha sido más intensa y enconada es, precisamente, el ámbito laboral. Ésta se perpetuará y reproducirá sino se reconocen derechos laborales para estos pueblos en las mismas condiciones que otros trabajadores (no-indígenas). La única manera de acabar y atacar las formas de discriminación es garantizando derechos, como lo hace el artículo 17 de la *DDPI*. Las medidas que pretende adoptar el artículo 20 del Convenio se aproximan a principios programáticos de política pública que difícilmente han podido incidir en la limitación de formas expresas de discriminación sobre personas indígenas, en lo que hace referencia a las condiciones de empleo y salario. De ahí, la necesaria mediación y complemento intercultural que propone el artículo 17 que es consciente de la profunda asimetría y discriminación con el que las personas indígenas han sido tratadas en un ámbito tan sensible y problemático como el del trabajo y las relaciones salariales, otorgando un protagonismo fundamental a la necesidad de trabajar con formas de explotación laboral, especialmente las del trabajo infantil. De nuevo se trata de un vínculo relacional con la Convención sobre derechos del Niño, lugar donde se desarrolla con más extensión y precisión téc-

---

<sup>28</sup> Hasta la entrada en vigor de la *DDPI*, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a los pueblos indígenas y tribales en países independientes, N° 169 (1989), adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la OIT en su septuagésima sesión [en adelante, “Convenio N° 169”], entrando en vigor el 5 de septiembre de 1991, ha sido el principal instrumento internacional sobre derechos indígenas con efectos jurídicamente vinculantes para los Estados que lo han ratificado. El 15 de febrero de 2007, tras su trámite parlamentario, el Estado español depositó formalmente el instrumento de ratificación del Convenio 169. El propio Gobierno español anunció la ratificación como «una contribución más al esfuerzo internacional por proteger a las comunidades indígenas y sus culturas», que «se fundamenta en el desarrollo de la política española de cooperación al desarrollo». Cf. Ministerio de Asuntos Exteriores, Nota de prensa: “España ratifica el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales”, (16 de febrero de 2007).

nica las condiciones para entender y regular las formas de explotación laboral infantil. El artículo apercibe sobre lo que supone un punto de fuga en tiempos postmodernos, en relación a la violación de derechos: la explotación infantil indígena.

Una posible estrategia de trabajo para dar contenido y alcance a este derecho vendría dada, en el marco de la OEA, por la Opinión Consultiva n° 18 de la Corte Interamericana referida a los derechos laborales de los trabajadores migrantes indocumentados<sup>29</sup>. En ella se establece una necesaria condición de igualdad entre trabajadores indígenas y el resto de trabajadores del Estado. El principio de igualdad y el de prohibición de toda forma de discriminación tendrá, por extensión *pro homine*, una aplicación a los pueblos indígenas, en su dimensión tanto individual como colectiva.

ii) El artículo 20 de la *DDPI*<sup>30</sup> constituye también un avance al volver a formular de manera tan sustantiva derechos como el de «mantener y desarrollar sus propios medios de subsistencia», articulado a través de instituciones o sistemas políticos, económicos y sociales propios. Sin embargo, se trata de un artículo preñado de ambigüedad y abstracción. Abstracto, puesto que con pretensión de referirse a lo que es el corazón de los derechos sociales, -que por naturaleza son concretos, específicos y claramente delimitables-, la redacción se vale de conceptos difusos para referirlos. Ambigüedad y abstracción enrocan, sin embargo, su razón de ser en el propio proceso de construcción y redacción de la *DDPI*, donde el consenso conflictivo y polémico ha venido pautando todo el curso del mismo.

En lo que hace referencia a las cuestiones sustantivas de la definición, constituye una limitación que se hable del «derecho a mantener y desarrollar sistemas o instituciones que aseguren sus propios medios de subsistencia y desarrollo», pero no se hable del derecho a crearlos allá donde no existen, donde se han extinguido, o donde decaen debido a las condiciones de vida a las que han sido y son sometidos los pueblos indígenas. Hablar de derechos indígenas implica proporcionar los recursos necesarios para la re-

<sup>29</sup> OC-18/2003, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, *op. cit.*

<sup>30</sup> Artículo 22. 1.: Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas en la aplicación de la presente *Declaración*.

2. Los Estados adoptarán medidas, junto con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación.

generación, creación y conformación de las formas de vida indígena que han sido, en muchos lugares, objeto de desaparición y extinción forzada. Supone reconstituir todo el entramado institucional de estos pueblos.

Consideramos creativamente interesante, pese a la ambigüedad y abstracción, la utilización de términos como «medios de subsistencia y desarrollo» para definir los DES. Pese a que éstos pueden adoptar formas concretas y matizadas en las diferentes cosmovisiones indígenas, se apela a una categoría intercultural que permitirá, de acuerdo con la lógica relacional propuesta, ampliaciones y dilataciones en relación a lo que se entienda por tales. Por tanto, en el artículo no se clausura positivamente –tan propio del lenguaje jurídico– qué se entiende por DES; más bien se procede a una redacción indeterminada, abierta, que tiene el don de la flexibilidad y la posibilidad para establecer contenidos y fundamentos en un momento posterior. En este mismo sentido, resulta, también, interesante la referencia a «dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo» por el carácter abiertamente intercultural de la propuesta. Primero, porque el término «libremente» permite una interpretación porosa y dilatada de lo que sean medios de subsistencia, es decir, DES, desde la perspectiva de los pueblos indígenas. Segundo, puesto que invocar un valor tan netamente liberal como el de la *libertad*, permite enmarcar la estrategia de reivindicación de otras lógicas jurídicas en los propios derechos civiles y políticos clásicos, cuyo valor fundamental es la libertad. Con ello se propone una *consideración-otra* de los DES indígenas, a la vez se negocia esta propuesta apoyándose en el rico soporte de derechos aportado hasta ahora por la tradición occidental, cuyo puntal es el valor *libertad*. Tercero, porque se hace referencia expresa a «actividades económicas tradicionales», con lo que ya se establece un criterio para regular la manera de comprender e interpretar los DES, desde una perspectiva indígena, otorgando, de esta manera, valor de derecho a la dimensión tradicional y ancestral de estas actividades.

Resulta, sin embargo, descabalgado, habiendo una enunciación tan positiva en el primer párrafo, un segundo párrafo en el que se habla directamente del derecho a la reparación justa y equitativa por motivo de desposesión. Ésta es una cuestión fundamental para entender la historia y el fundamento de todos los derechos indígenas. De hecho, gran parte de la doctrina ha venido sosteniendo el carácter instrumental que poseen derechos indígenas como la autodeterminación y la autonomía, es decir, la dimensión reparatoria que cumplen estos derechos frente a los procesos de desposesión a los que han si-

do sometidos estos pueblos, negando valor sustantivo a estos derechos en sí mismos. Sin entrar a valorar esta cuestión –que no compartimos–, creemos que el derecho a la reparación se tendría que haber tratado de manera autónoma y sustantiva, aclarando, además, qué se entiende por desposesión; o en relación a qué derechos ésta actúa y tiene lugar.

Como criterio garantista general, hay que tener en cuenta que la conexión de los DES con principios que fundamentan derechos puede también arrojar importantes pistas para abrir vías interculturales de fundamentación y contenido para los DES indígenas. Principios como el de igualdad y no discriminación; tutela judicial efectiva; acceso a la información para dar sentido y conocimiento a los derechos; y proceso legal justo, son todos ellos materiales normativos de innumerable valor para definir y dar contenido, en un futuro próximo, a lo que se viene denominando como *consentimiento previo, libre e informado*. Este meta-derecho o principio rector que permite dar contenido a otros derechos indígenas, sería la condensación intercultural de los principios previamente enumerados, con disposiciones del Convenio 169 de la OIT, junto con las formas y sentidos indígenas de entender el mismo<sup>31</sup>.

iii) El artículo establece lo que constituye el corazón del Derecho social del Estado, en relación directa con los pueblos indígenas<sup>32</sup>. Nos referimos a derechos como la educación, salud, condiciones económicas y sociales, seguridad social y vivienda entre otros. Se echan de menos referencias a la interculturalidad en la forma de entender y comprender sistemas institucionales tan relevantes como la educación y la salud indígenas. Educación

---

<sup>31</sup> Cf. En relación a lo referido, véase Corte IDH, caso “Aloeboetoe y otros v. Suriname”, Reparaciones, sentencia de 10 de septiembre de 1993; caso “Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua”, sentencia de 31 de agosto de 2001; caso “Pueblo indígena de Sarayaku v. Ecuador”, Medidas provisionales, resolución de 17 de junio de 2005; caso “Comunidad Moiwana v. Suriname”, sentencia de 15 de junio de 2005; caso “Yakye Axa v. Paraguay”, sentencia de 17 de junio de 2005; caso “Sawhoyamaya v. Paraguay”, sentencia de de 29 de marzo de 2006, entre otros.

<sup>32</sup> Artículo 21. 1.: Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación alguna, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas.

intercultural y sistemas de salud propios, con institucionalización y desarrollo de sus propias prácticas, hubieran dado una coloración importante para la interpretación relacional de este artículo. Son otros, por tanto, los artículos de la *DDPI* que complementarían y resultarían más propicios para entender el contenido de este artículo, como por ejemplo los artículos 24 y 31. También resulta interesante una interpretación relacional y cruzada con los artículos 25, 26 y 27 del Convenio 169 de la OIT. Así en el artículo 25.1 se habla de proporcionar los medios que permitan «organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control» en relación a sus «métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales». También, que todos estos servicios de salud deberán «planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados», dando pistas para fundamentar y desarrollar lo que la *DDPI* establece como consentimiento previo, libre e informado (25.2). El artículo 25.4 del Convenio 169 de la OIT establece, aunque tenuamente, las bases para diseñar y delimitar un modelo de autonomía indígena en relación a la prestación de servicios de salud, al prever un principio de coordinación entre el Estado y los pueblos indígenas en relación a estas cuestiones. Ello abre la posibilidad de diseñar un ámbito de competencias descentralizadas para el desarrollo de un modelo de salud propio, en el marco de la autonomía indígena, regido por el principio de solidaridad y coordinación con el Estado. Cuestiones muy parecidas pueden inferirse de una interpretación intercultural, contrapuntada con otros artículos de la *DDPI*, del artículo 27 del Convenio 169 de la OIT, al referirse a los sistemas de educación intercultural indígena.

Alguna mención específica exige la referencia al derecho a la vivienda en este artículo. Estamos, en este supuesto, ante un claro ejercicio de interpretación intercultural e interdependiente de los derechos. Por un lado, la interculturalidad se interpreta como la necesaria combinación de sentidos y formas de entender los derechos habitacionales –la occidental y la indígena–. Por otro lado, la interdependencia debe entenderse como la complicidad y el apoyo de este derecho en otros derechos indígenas, individuales y colectivos. Se trata de abrirse a una comprensión de los derechos habitacionales tensionada por el sentido individual y colectivo de los derechos. Cuando hablamos de derecho a la vivienda indígena, la confabulación interdependiente de propiedad colectiva, derechos territoriales y cultura indígena resultan fundamentales para poder dar un contenido tentativo y orientador a este derecho. En este sentido, es necesario salir del *oikos* liberal (casa-economía

doméstica), de la manera occidental de entender el derecho a la vivienda, ya que la perspectiva indígena supone una fractura en la concepción estrictamente individual de concebir este derecho. Lo comunitario y grupal adquiere una relevancia fundamental para entender el derecho a la vivienda indígena. Ello exige, además, otro sentido y comprensión de los derechos consustancialmente vinculados al derecho a la vivienda, como son la inviolabilidad de domicilio y la integridad personal y familiar. La inviolabilidad de domicilio adquiere, desde una interpretación intercultural, dimensiones mucho más ricas, por ejemplo, comunitarias y colectivas: hablamos de otra manera de concebir la familia y lo familiar. La intensidad y extensividad de los derechos territoriales indígenas nos abren, necesariamente, a un concepto de inviolabilidad vinculada a la protección medioambiental de la tierra, el territorio y los recursos naturales, así como a la sostenibilidad de los mismos. La dimensión familiar y sus vulneraciones también adquieren otros sentidos desde la perspectiva indígena. Sólo desde una apertura a esos otros sentidos es posible, por ejemplo, pensar la violación del derecho a la vivienda-territorio de pueblos indígenas no contactados.

El artículo 21.2 de la *DDPI* pretende complementar los contenidos de la O.G. n° 3 del Comité DESC, prolongando las exigencias de la misma. Ambas confluyen en institucionalizar un sistema adecuado de medidas eficaces y especiales para el mejoramiento de las condiciones económicas y sociales, cuestiones de política pública que afectan directa y medularmente a los DES de los pueblos indígenas. La propia O.G. n° 3 sugiere posibilidades para caminar por este sendero al establecer: a) la preferencia por adoptar medidas legislativas que ayuden a implementar los DES, sabiendo que estas medidas no agotan el contenido de las obligaciones del PIDESC; b) la necesidad de que los Estados justifiquen por qué se consideran apropiadas las medidas que se adopten para ejecutar y aplicar los DES; c) la provisión de recursos judiciales necesarios para la reclamación de los DES; d) la inclusión de medidas apropiadas de carácter administrativo, financiero, educativo y social para hacer operativos los DES. La O.G. n° 3 establece un sugerente sustrato propositivo para avanzar, también, en la definición de contenidos, en las posibilidades de implementación y en la garantía de DES de los pueblos indígenas. Ello pasa, necesariamente, por canalizar medidas y recursos que permitan avanzar en la conformación de los sistemas jurídicos indígenas; así como en la sistematización de sus prácticas jurídicas y modelos de justicia, condición de posibilidad para hacer real los DES indígenas y la reivindicación de sus vulneraciones en sistemas jurídicos propios.

El artículo 21.2 de la *DDPI* termina con una identificación de los grupos y sectores más vulnerables dentro de los propios pueblos indígenas, como mujeres, jóvenes, niños y personas con discapacidad. El artículo nos ubica, de nuevo, ante la importancia que posee la dialéctica individual-colectivo en la articulación de los derechos indígenas, al observar la importancia de estas personas, en cuanto grupos vulnerables, dentro de la propia comunidad. Con ello se pone un freno a los objetivos y prioridades sustantivos de la comunidad, freno que viene pautado por los derechos específicos de los grupos más vulnerables dentro de ella, derechos que jugarán un importante papel en el necesario discernimiento de los bienes jurídicos que deberán tener prioridad ante un posible conflicto entre lo individual y lo colectivo. La mención de estos grupos dentro del artículo tiene también un importante valor heurístico al abrirnos a las posibilidades y contenidos que otros textos, instituciones, órganos y sujetos hacen de esos derechos. Ello está en estricta consonancia con la propuesta de metodología relacional que venimos haciendo<sup>33</sup>.

iv) en relación con el artículo 23 de la *DDPI*, sólo alguna breve consideración. El artículo se presenta como cierre, síntesis y condensación del compendio de referencias normativas, políticas, económicas y sociales referidas a los DES. En este sentido, constituye un gran avance el hecho de interpretar el derecho al desarrollo desde una perspectiva estrictamente de derechos. Es decir, ya no se puede hablar de derecho al desarrollo sin derechos y viceversa. A esta especificación del derecho al Desarrollo como despliegue e implementación de derechos, se añade, con este artículo, la necesaria transversal de la interculturalidad en el horizonte de comprensión de los DES y de los derechos colectivos. No se trata de cualquier desarrollo, sino un desarrollo atento a los *derechos otros*. Derechos indígenas tensionados, constantemente, por la doble dimensión individual y colectiva con la que éstos se presentan.

---

<sup>33</sup> Confróntese la estricta concordancia entre el contenido del artículo 21.2 y el artículo 26 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en cuanto cláusula establecida para ubicar las posibilidades y exigencias de los DES en este texto. Considérese, además, en relación con todo lo afirmado y en conexión con las temáticas tratadas, la importancia de los artículos 9 del PIDESC y del Protocolo de San Salvador, en relación al derecho a la seguridad social; así como en la regulación de los grupos que deberían ser objeto de cobertura especial y específica. Ver, en este sentido, el artículo 26 de la *Convención sobre los derechos del Niño*; los artículos 11, 12 y 13 de la *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*; el artículo 27 de la *Convención para la protección de los trabajadores migrantes y sus familias*; o los *Convenios* de la *OIT* 102, 118, 121, 130, 157 y 168, entre otros.

El artículo añade una especificación más para interpretar interculturalmente el Derecho al desarrollo: establece una triangularidad dialéctica entre el desarrollo, los DES y los derechos de participación política indígena. De esta compleja triangularización se inferirán, además, criterios y postulados para fundamentar y dar contenido a lo que la *DDPI* reconoce como consentimiento previo, libre e informado. Este artículo constituye un pasaporte y un apoyo privilegiado para apelar a una metodología relacional en la lectura de toda la *DDPI*.

v) El artículo 29 de la *DDPI* define de manera generosa un derecho de tímido reconocimiento todavía en el Derecho internacional, como es el «derecho a la conservación y protección del medioambiente». En este tenue reconocimiento por parte de otros textos de Derecho Internacional radica la mayor dificultad para los pueblos indígenas. En el articulado se intuye una suerte de ambivalencia entre la magra declaración del «derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos», y la segunda parte del artículo 29.1, en donde se establece que el Estado deberá desarrollar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar la conservación y protección del medio ambiente. Es decir, la intensidad y firmeza con la que es afirmada el derecho en su primer párrafo, va diluyéndose a medida que avanza la redacción del mismo.

Resulta de vital importancia el párrafo segundo en donde se reconoce el derecho al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas. Posee, sin embargo, en su formulación, una limitación, al ser reducido sólo a aquellos supuestos en los que los Estados almacenen materiales peligrosos en territorio indígena. Aunque su reconocimiento constituye, sin lugar a dudas, un paso adelante, hubiese sido mucho más reconfortante no limitar la comprensión de este derecho a estos supuestos, sino abrir su interpretación a muchos más casos. El reto interpretativo de este artículo, el de fundamentar el derecho al consentimiento previo, libre e informado, exige ampliar, creativamente, el ámbito de su aplicación a intervenciones en territorio indígena que supongan drásticas vulneraciones de sus derechos, más allá de la casuística restrictiva y anecdótica de la de «materiales peligrosos». De hecho, el gran reto de avanzar hacia un contenido material concreto para el reconocimiento del derecho al medioambiente de los pueblos indígenas, exige que ese principio necesario para la aplicación y desarrollo del resto de derechos indígenas –el consentimiento previo, libre e informado– fun-

cione como garantía preventiva de cualquier intervención en territorio indígena no consentida, según la calidad y grados con que se enuncia el consentimiento previo, libre e informado. Éste funge como meta-derecho, es decir, como condición de posibilidad para el ejercicio de todos los derechos indígenas, como pedagogía necesaria para ejercer el conjunto de derechos que enuncia la *DDPI*.

Puede resultar llamativo el hecho de que el derecho al medioambiente de los pueblos indígenas sea recogido y ubicado dentro de la categoría de DES. Ello es debido a la tendencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a insertar los derechos medio ambientales, en su expresión genérica, dentro del paradigma del Derecho social<sup>34</sup>. La conexión e interdependencia de los derechos medioambientales dentro del paradigma del Derecho social genera problemas, ya que, este último, no ha sido objeto de un desarrollo exhaustivo, doctrinaria y jurisprudencialmente hablando, lo que implica que las estrategias de protección de estos derechos exigen ser pensadas con mucho tiento y relatividad todavía. Ello con más razón si nos referimos a los derechos medioambientales, que a pesar de su incipiente reconocimiento y protección en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tampoco dispone de una estrategia institucionalizada para imaginar y desarrollar formas de protección y garantía para los pueblos indígenas en sede internacional. La estrategia de conexión y comunicación de los derechos medioambientales con el Derecho social ha sido útil y ha arrojado interesantes resultados hasta ahora; sin embargo, el futuro de los derechos medioambientales indígenas exija un tratamiento autónomo y diferenciado, es decir, un desarrollo sustantivo y concreto de sus exigencias y obligaciones a los Estados, Multinacionales y a cualquier otro actor implicado y que opere en territorio indígena.

En definitiva, Derecho internacional del medio ambiente, considerado en su expresión genérica, dista de tener un cumplimiento fácil, lo cual constituye el primer estadio de dificultad para pensar jurídica e interculturalmente los derechos indígenas. En la redacción del Derecho medioambiental es tendenciosa la sistemática utilización de términos vagos, imprecisos, escurridizos, para diluir las formas de entender las obligaciones jurídicas de los Estados. Se trata de todo un compendio de cautelas que confinan este de-

---

<sup>34</sup> Véase a ese respecto las conexiones establecidas entre los derechos medioambientales y los derechos a la vivienda, salud, alimentación o agua, realizada por el Comité DESC en sus O.G. núm. 4, 12, 14 y 15.

recho, todavía, al mundo de los principios programáticos. Hasta ahora, las normas internacionales medioambientales nacen de tratados internacionales, de resoluciones obligatorias de Organizaciones internacionales y de la formación de normas consuetudinarias. Una perspectiva intercultural en la consideración del derecho medioambiental exigiría desbordar y trascender el sistema de fuentes con el que se viene construyendo el Derecho Internacional medioambiental, estableciendo, para ello, otras formas de enriquecer este Derecho, en el que la consideración de los sistemas jurídicos indígenas, sus sistemas de fuentes autóctonos, así como el reconocimiento de sus propias expresiones y prácticas jurídicas, resulten de vital trascendencia. Ello exige, necesariamente, reformar las formas de participación en estas esferas y foros, permitiendo que el sujeto «pueblo indígena» avance en sus formas de intervención y proposición. Conectar y poner en relación los derechos políticos de participación indígena, las fuentes de derecho medio ambiental tradicionales y las propias formas indígenas de interpretar las cuestiones territoriales y medioambientales; así como sus formas de protección y garantía. Ello exige una profundización en los contenidos del consentimiento previo, libre e informado, en cuanto síntesis intercultural para avanzar en estas propuestas. Ello debería hacerse, complementariamente, con la redacción de un Derecho Internacional medioambiental mas preciso y menos genérico, desde la perspectiva de los pueblos indígenas; con la sistematización de órganos y mecanismos institucionales, en el marco de las normas del derecho medioambiental, que aseguren el seguimiento, control y vigilancia permanentes en su aplicación, introduciendo la perspectiva indígena en este ejercicio y creando indicadores *ad hoc* desde la óptica de estos pueblos; con la aplicación y desarrollo de todas estas exigencias y mecanismos de control internacionales, en el ámbito nacional, implicando las políticas públicas y de derechos en estas cuestiones, y comprometiendo una multiplicidad de actores en ello, especialmente agentes sociales, instituciones de derechos humanos, instituciones de cooperación, etc; con la generalización de cláusulas de sumisión al Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) –fundamentalmente Estados y otros agentes internacionales–, relativizando, progresivamente, el carácter voluntario de las mismas, lo que permitiría avanzar hacia una intervención obligatoria del TIJ en la vulneración de derechos medioambientales<sup>35</sup>; con la generalización del uso de procedimientos de control para el cumplimiento de los tratados medioambientales, adoptando, progresiva-

<sup>35</sup> Cf. A este respecto el artículo 14 de la *Convención-marco sobre el cambio climático*.

mente, una perspectiva de derechos en los mismos<sup>36</sup>; enfatizando la idea de responsabilidad internacional por violación de las normas medioambientales, lo que exige la introducción de tipos criminales por la realización de ciertas acciones y actividades que impliquen violación de normas medioambientales y, específicamente, en territorio indígena.

Finalmente, y desde una perspectiva netamente indígena, ha venido resultando útil la vinculación de derechos medioambientales indígenas con principios-derechos como el derecho al debido proceso legal; el derecho a la tutela judicial efectiva; el derecho de acceso a información, condición para el disfrute de derechos, cuya especificación más intensa sería el consentimiento previo, libre e informado; la igualdad en la distribución de sacrificios e impactos ambientales. O incluso la conexión de añejos derechos civiles con derechos medioambientales, como el de derecho de propiedad indígena; el derecho a la vida, la cultura y la integridad física de estos pueblos; el derecho a la circulación y residencia de los mismos, etc.<sup>37</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

La memoria fundadora de los pueblos indígenas es la propia violación de sus derechos a través de la historia moderna, así como las resistencias exhibidas en contrapunto a esa violencia, también fundadora. Desde esa lógica y esos lugares para la memoria tiene pleno sentido hablar de interculturalidad jurídica o Derecho intercultural. Esa es, precisamente, la vocación de los derechos humanos, interpretados desde la perspectiva de estos pueblos. Los pueblos indígenas constituyen, además, el paradigma más fino y traslúcido para encarnar y entender la interculturalidad. La violencia colonial inaugura una manera de gestionar la exclusión a través del tratamiento otorgado a

---

<sup>36</sup> Ejemplos de ello fueron el *Protocolo de Montreal* (1987) y el *Protocolo de Kyoto* (1997), prácticas y exigencias que deberían ser rescatadas y actualizadas desde una perspectiva intercultural para los pueblos indígenas.

<sup>37</sup> Cf. En relación a lo referido, Corte IDH, caso "Aloeboetoe y otros v. Suriname", Reparaciones, sentencia de 10 de septiembre de 1993; caso "Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua", sentencia de 31 de agosto de 2001; caso "Pueblo indígena de Sarayaku v. Ecuador", Medidas provisionales, resolución de 17 de junio de 2005; caso "Comunidad Moiwana v. Suriname", sentencia de 15 de junio de 2005; caso "Yakye Axa v. Paraguay", sentencia de 17 de junio de 2005; caso "Sawhoyamaya v. Paraguay", sentencia de 29 de marzo de 2006, entre otras.

estos pueblos. La irrupción de los derechos indígenas, de manos de la Declaración, nos impele a la búsqueda y construcción de un diálogo simétrico y horizontal, el que corresponde a la diversidad cultural en la globalización.

El Estado-Nación ha sido una formación problemática para tratar y gestionar jurídicamente con las diversidades. Constituye una distorsión problemática reconducir toda producción jurídica a mera producción estatal, sin estar atentos y solícitos a la existencia de otras formas de pluralismo jurídico para-estatal, como el derecho indígena. Los derechos de los pueblos indígenas funcionan como instrumentos normativos para otorgar luz sobre otras lógicas jurídicas y otras fuentes de derecho. Por ellos nos hemos centrado en lo que consideramos como necesidades o expectativas vitales de estos pueblos, cuya expresión más clara son los derechos sociales.

El primer objetivo del trabajo era proceder a una reconstrucción del sentido y contenido de los derechos sociales, pero desde parámetros colectivos. Es decir, situar la interculturalidad como metodología trasversal de todo el texto. Para ello era necesario disponer de una herramienta normativa como la Declaración, e inferir criterios de interpretación para los derechos sociales, pero desde el lugar de enunciación de los pueblos indígenas. Esos criterios de interpretación constituían un material intercultural enormemente fértil para la comprensión de los derechos. Se ha pretendido, por tanto, contrapuntar la dogmática de derechos sociales construida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con la inserción y comprensión de los mismos que la Declaración hace desde sentidos colectivos. La consecuencia de esa confrontación es la generación de espacios políticos para la re-construcción de los derechos sociales desde la perspectiva de los pueblos indígenas. Desde ahí es posible inferir un contenido novedoso y emergente para los derechos sociales que pueda tener aplicación a otras formas y expresiones de la diversidad.

ASIER MARTÍNEZ DE BRINGAS  
*Facultat de Dret*  
*Campus de Montilivi*  
*Universitat de Girona*  
17071 Girona  
*e-mail: asier.martinez@udg.edu*

## ALGUNAS APORÍAS DE LA EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA\*

### SOME APORIAS ON EDUCATION FOR CITIZENSHIP

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA  
*Universidad Carlos III de Madrid*

Fecha de recepción: 1-3-10

Fecha de aceptación: 19-3-10

**Resumen:** *Este artículo parte de la idea clásica, reflejada en los diálogos platónicos, de que la virtud, más que innata, debe ser aprendida. La Educación para la Ciudadanía como asignatura en la educación primaria y secundaria ha generado cierta polémica en España. En este contexto, el autor advierte sobre una concepción omnicomprendiva de la democracia en la línea de Ortega y Gasset. Por otro lado, critica una extralimitación de las funciones políticas asignadas a la educación para la ciudadanía y los derechos humanos.*

**Abstract :** *This article focuses on the classic idea, reflected in the platonic dialogues, that virtue, more than innate, must be learned. The Education for Citizenship, as a subject on primary and secondary education, has generated certain controversy in Spain. In this context, the autor advises about a comprehensive conception of democracy, in the way stated by Ortega y Gasset. For the other side, the author criticizes an attribution, beyond its limits, of the political functions assigned to the subject of education for citizenship and human rights.*

**Palabras clave:** educación, ciudadanía, democracia, política

**Keywords:** education, citizenship, democracy, politics

---

\* Este artículo se enmarca en el Proyecto Consolider-Ingenio 2010 "El tiempo de los derechos" CSD2008-00007.

Deseo aquí llamar la atención acerca de dos posturas que me parecen equivocadas y que pueden echar por tierra las consecuencias ventajosas que puede tener la implantación de una asignatura como la educación para la ciudadanía y los derechos humanos en el curriculum de la educación primaria y secundaria.

El hecho de que considere ventajosos o beneficiosos los efectos de la implantación de dicha asignatura para el ciudadano y para el sistema político (democrático) de las sociedades libres se desprende de que presumo que en éstas (las sociedades libres y abiertas) y sólo en éstas se pueden realizar dos de los objetivos básicos de la política (y son básicos porque son necesarios para la vida en sociedad): la existencia de la obligación política (es decir, los lazos que unen al ciudadano con su polis y que dan respuesta a la pregunta de porqué debo obedecer las leyes)<sup>1</sup> y la estabilidad política. Por tanto la educación para la ciudadanía y los derechos humanos por un lado, posibilitaría la información y los conocimientos necesarios y, por otro, establecería y mantendría los vínculos imprescindibles para la convivencia política consensuada.

La justificación de la importancia y la viabilidad de todo ello podría encontrarse en las mejores páginas de nuestros filósofos políticos, desde Aristóteles hasta J. Rawls o N. Bobbio, pero aquí me gustaría recordar el mito de Prometeo narrado en el "Protágoras" de Platón. Allí la intervención del sofista Protágoras recurre a dicho mito para explicar el origen de la cultura humana, de la política y la ley en un intento de responder a Sócrates, que acaba de mantener "que la virtud no es enseñable". Una vez explicada la génesis de las razas mortales, de la especie humana, de las técnicas para la supervivencia, del arte bélico para defenderse de los animales y de la fundación de las ciudades, se llega a considerar la necesidad de la ciencia política, única vía para que los seres humanos no sucumban a sus enfrentamientos y puedan convivir. Y leemos:

*"Zeus, entonces, temió que sucumbiera toda nuestra raza, y envió a Hermes que trajera a los hombres el sentido moral y la justicia, para que hubiera orden en las ciudades y ligaduras acordes de amistad. Le preguntó, entonces, Hermes de qué modo daría el sentido moral y la justicia a los hombres: "¿Las reparto como están repartidos los conocimientos? Están repartidos así: uno solo que domina la medicina vale para muchos particulares, y lo mismo los otros profesionales. ¿También ahora la justicia y el sentido moral les infundiré así a los humanos o los reparto a todos?" "A todos, dijo Zeus, y que todos sean par-*

---

<sup>1</sup> Obediencia que es compatible con ciertos tipos de resistencia, como la objeción de conciencia y la desobediencia civil. Ver al respecto el artículo de A. PASSERIN D'ENTREVES, "Legitimidad y resistencia", *Sistema*, núm. 13, 1976, pp. 27 y ss., trad. de Manuel Atienza.

*típicos. Pues no habría ciudades, si sólo algunos de ellos participaran, como de los otros conocimientos*<sup>2</sup>.

Protágoras se distancia de la idea platónica de que la virtud política viene dada por la naturaleza, para insistir en la necesidad de la educación. De esta forma la educación, es decir, el aprendizaje, el ejercicio y el esfuerzo son los factores que posibilitan la adquisición de la virtud política. Posibilidad de adquisición que al mismo tiempo que nos distingue de las bestias nos iguala como seres humanos. De manera que la tesis de que todo individuo participa de la virtud política se convierte en el fundamento teórico de la democracia y lo fue así de la democracia ateniense en la época de Pericles<sup>3</sup>.

Las dos posturas equivocadas y arriesgadas a que me refería al principio tendrían que ver con una concepción omnicomprensiva de la democracia, la primera, y con una extralimitación de las funciones políticas asignadas a la educación para la ciudadanía y los derechos humanos, la segunda.

Una concepción omnicomprensiva de la democracia significa *convalidar* que el sistema democrático y sus procedimientos de toma de decisiones pueden aplicarse a todos los ámbitos y campos de la vida social. Que todo y por tanto todo lo importante en la vida debe pasar por la prueba de la democracia. Que no existen resquicios ni lagunas a la hora de acoplar la sociedad civil y la sociedad política. Pues bien, a pesar de las grandezas de la democracia y de la necesidad de la política como arte para convivir socialmente creo que se deben poner límites a las decisiones democráticas (v. gr. El respecto a los derechos humanos individuales) y que la política no debe abarcar, o debe mantenerse al margen de ciertos ámbitos relevantes de la vida y la conducta humana.

Aprovecho aquí para recomendar la lectura del artículo publicado por José Ortega y Gasset, en 1917, con el curioso título "Democracia morbosa". Allí nos encontramos textos como el que sigue:

*"La democracia, como democracia, es decir, estricta y exclusivamente como norma de derecho político, parece una cosa óptima. Pero la democracia expresada y fuera de sí, la democracia en religión o en arte, la democracia en el pensamiento y en el gesto, la democracia en el corazón y en la costumbre es el más peligroso morbo que puede padecer una sociedad..."*

<sup>2</sup> PLATÓN, « Protágoras », 332, c. Cito por la edición de la Editorial Gredos: PLATÓN, *Diálogos I*, Introducción General por Emilio Lledó Iñigo, traducción y notas de Carlos García Gual, pp. 526 y 527.

<sup>3</sup> Ver el trabajo introductorio de José Solana Dueso a su edición de "Protágoras de Abdera. Dissoi Logoi. Textos relativistas", Ed. Akal, Madrid, 1996, pp. 56 y ss.

*“Como la democracia es una pura forma jurídica, incapaz de proporcionarnos orientación alguna para todas aquellas funciones vitales que no son derecho público, es decir, para casi toda nuestra vida, al hacer de ella principio integral de la existencia reengendran las mayores extravagancias”<sup>4</sup>.*

Creo que la apostilla expresada anteriormente nos ayuda a comprender el verdadero significado del punto 2 del artículo 27 de la Constitución española, que reza:

*“La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respecto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.* Ni más, ni menos...

El segundo de los riesgos que corre una asignatura del tipo de “la Educación para la ciudadanía y los derechos humanos” es la de convertirse en un medio de adoctrinamiento político de carácter general o, lo que sería aún más peligroso, de carácter particular o partidista, expresión pues de los intereses y objetivos políticos del partido, partidos o ideologías en el poder y no del pluralismo político. Esta cuestión ha salido a la discusión pública por parte de algunos de los sectores sociales que han rechazado, con argumentos diversos y diferenciables entre sí, la inclusión de esta materia como asignatura obligatoria y curricular.

Aún teniendo en cuenta que la mejor manera de no sucumbir a ese riesgo se encuentra en la garantía jurídica del pluralismo político como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento constitucional y en cuidar muy bien los contenidos de la mencionada asignatura, habría que recordar que el riesgo siempre existe. Y uno de los motivos de la presencia continua de ese riesgo se encuentra en la creencia bastante extendida de que la educación es el medio adecuado de transformar el mundo, olvidando otras funciones “conservadoras” importantes e imprescindibles como puente entre el pasado y el presente. Repárese que mi objeción se basa en la consideración de la educación como medio adecuado y *exclusivo*, sin dudar de la creencia de que las reformas sociales y políticas más sólidas son las que cuentan con el sustento de una educación moral y cultural profunda y ampliamente vividas. Mis reparos se encuentran centrados en la tendencia a ver en la educación, sobre todo, un medio de actuación política sujeto a los mecanismos que se desarrollan en ese ámbito de la actividad humana. Sabemos de sobra que ninguna sociedad puede cerrarse a los cambios y transformaciones, más

---

<sup>4</sup> En “Confesiones de tal espectador”. Se encuentra en el Tomo III de la reciente edición de sus *Obras Completas*, Ed. Taurus, Madrid, 2004, pp. 271 y 272.

o menos profundas, como también conocemos que no pueden existir sociedades en continuo cambio. Lo adecuado y menos traumático parece estar del lado de una postura que sepa conjugar lo que necesariamente debe ser cambiado con lo que debe ser mantenido. Y la educación en general y la educación cívica en particular deben recoger esa fórmula ideal puesto que lo que *debe ser cambiado* y lo que *debe ser mantenido* es el resultado de un debate donde el conocimiento, los objetivos morales y políticos y los medios materiales entran en juego. Por tanto, una educación cívica que tuviera como horizonte único el cambio y la transformación social, marginando la tradición sería incorrecta, además de ineficaz.

Hannah Arendt en uno de los dos escritos que dedicó a las cuestiones de educación, me estoy refiriendo al que lleva por título "La crisis en la educación"<sup>5</sup>, llama la atención sobre este punto, al escribir: "... me parece que el conservadurismo, en el sentido de la conservación, es la esencia de la actividad educativa; cuya tarea siempre es la de mimar y proteger algo: al niño, ante el mundo; al mundo ante el niño; a lo nuevo, ante lo viejo; a lo viejo, ante lo nuevo"; y unas líneas después añadía, relativizando la función de la educación: "Básicamente, siempre educamos para un mundo que está confuso o se está convirtiendo en confuso, porque ésta es la situación humana básica en la que se creó el mundo por acción de manos mortales para servir a los mortales como hogar durante un tiempo limitado". También intenta encontrar la medida adecuada de la educación: "El problema de la educación en el mundo moderno se centra en el hecho de que, por su propia naturaleza, no puede renunciar a la autoridad ni a la tradición, y aún así debe desarrollarse en un mundo que ya no se estructura gracias a la autoridad ni se mantiene unido gracias a la tradición"; y al final del trabajo apostilla: "La educación es el punto en el que decidimos si amamos el mundo lo bastante como para asumir una responsabilidad por él y así salvarlo de la ruina que, de no ser la renovación, de no ser por la llegada de los nuevos y los jóvenes, sería inevitable"<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> H. ARENDT, "The crisis in Education", *Partisan Review*, núm. XV, vol. 4, pp. 493-513, 1958. Incorporando, como capítulo, al libro *Entre el pasado y el futuro*, Ed. Península, Barcelona, 2003, pp. 269-303, trad. de Ana Luisa Puljak Zovaut. Tal otro escrito, de tema educativo, "Reflections on Little Rock", publicado en 1959, está recogida en su libro *Responsabilidad y juicio*, Ed. Paidós, Barcelona, 2007, Introducción y notas de Jerome Kohn, trad. de Miguel Candel, pp. 187-203.

<sup>6</sup> Op. cit. pp. 295, 299 y 301.

Solamente me resta añadir que me parece que “La crisis de la educación” es un texto de imprescindible lectura no solamente para los interesados en la obra de H. Arendt, sino también por los que toman en serio la educación y la responsabilidad de enseñar<sup>7</sup>.

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA  
*Instituto Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
*C/Madrid, 126*  
*Getafe 28903 (Madrid)*  
*e-mail: efgarcia@der-pu.uc3m.es*

---

<sup>7</sup> Al igual que ocurre con los mejores textos escritos por H. Arendt éste no pasa desapercibido y ha sido objeto de interesantes controversias y debates. Un comentario elogioso puede encontrarse en el artículo de Victoria Camps “Hannah Arendt. La moral como integridad”, recogido en *El siglo de Hannah Arendt*, Manuel Cruz (compilador), Ed. Paidós, Barcelona, 2006, pp. 79 y ss. También se pueden consultar los trabajos recientes de Fernando Bárcena, “Una pedagogía del mundo. Aproximación a la filosofía de la educación de Hannah Arendt” y José María Pérez-Agote Aguirre, “La desconfianza de Hannah Arendt: consideraciones críticas respecto a su pensamiento educativo”, recogidos en el número 224 de la Revista *Anthropos* “Hannah Arendt. Pluralidad y juicio de lectura secreta de un pensar diferente”, Barcelona, 2009, pp. 113 y ss. y 139 y ss.

**SOBRE LAS VIRTUDES CÍVICAS.  
EL LENGUAJE MORAL DEL REPUBLICANISMO\***

*ON CIVIC VIRTUES. THE MORAL LANGUAGE OF REPUBLICANISM*

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE  
*Universidad Carlos III de Madrid*

Fecha de recepción: 16-1-10  
Fecha de aceptación: 15-3-10

**Resumen:** *Las versiones del republicanismo coinciden en resaltar el valor de las virtudes cívicas de los ciudadanos. Habitualmente este enfoque no incorpora las implicaciones metaéticas de la ética de las virtudes. Por este motivo, este artículo analiza la noción de virtudes cívicas en la visión de la ética de las virtudes. Primero, se propone un enfoque epistemológico de ética dialógica para la ética de las virtudes. Segundo, se estudia la consideración de la virtud en el razonamiento práctico, especialmente respecto de la solidaridad y los comportamientos altruistas. Tercero, se analiza la tesis de la unidad de las virtudes que explora si el republicanismo es una opción perfeccionista y en qué sentido.*

**Abstract:** *The versions of republicanism coincide in emphasizing the value of civic virtues of citizens. Usually this approach doesn't incorporate the metaethical implications of the ethics of virtue. For this reason, this article analyzes the notion of civic virtues in the view of the ethics of virtue. First, it proposes an epistemological approach of dialogical ethics for the ethics of virtue. Second, it studies the consideration of the virtue in the practical reasoning, specially respect the solidarity's or altruistic behaviors. Third, it analyzes the thesis of the unity of the virtues that explores if the republicanism is a perfectionist option and in what sense.*

**Palabras clave:** republicanismo, ética de las virtudes, solidaridad, civismo  
**Keywords:** republicanism, ethics of virtue, solidarity, civism

---

\* Este artículo se enmarca en el Proyecto Consolider-Ingenio 2010 "El tiempo de los derechos" CSD2008-00007. Y en el marco del proyecto de investigación "Historia de los Derechos Fundamentales, S.XX" cuya referencia es DER2008-03941.

## 1. LAS VIRTUDES CÍVICAS EN EL RENOVADO INTERÉS POR EL REPUBLICANISMO

El éxito de la tarea de presentar el republicanismo como una alternativa viable al liberalismo depende de varios factores, especialmente del acierto de aportar nuevas propuestas de diseño institucional, que consigan el consenso adecuado para su implantación<sup>1</sup>. Para delimitar sus objetivos son necesarias algunas precisiones que ayuden a clarificar el perfil de su enfoque. Algunos han querido mostrar al republicanismo como una especie de *síntesis superadora* que tendría como tesis y antítesis las visiones de la polémica liberal comunitarista<sup>2</sup>. Los excesos de ambas posiciones serían descartados y se vehicularía un discurso que se centra en la noción de autogobierno con una fuerte incidencia en la participación y deliberación de los ciudadanos en los asuntos públicos. Lo que ocurre con estas posiciones de síntesis es que sus compromisos pueden ser leídos desde la compatibilidad con las anteriores posiciones y entonces, en ocasiones, su lectura dista de ser clara, aunque podría enmarcarse en nuevos horizontes.

El republicanismo, surgiría, o resurgiría desde el antecedente del republicanismo clásico, frente al individualismo del yo desvinculado –Sandel– y procedimentalismo del liberalismo rawlsiano y, a la vez, frente al perfeccionismo y el moralismo legal de algunas versiones del comunitarismo. Los autores republicanos forjarían sus postulados poniendo el acento, como explica Ovejero, en un “principio” distinto: la autorrealización y participación (Arendt); la virtud y los deberes cívicos (Pocock); la deliberación (Sunstein); la libertad (Pettit); el autogobierno y el patriotismo (Sandel)<sup>3</sup>. En el intento de marcar un perfil propio para su posición, Pettit propuso la noción de li-

---

<sup>1</sup> Las obras de referencia más habitualmente vinculadas al renacimiento de la perspectiva republicana son: B. BAILY, *The ideological origins of the American revolution*, Belknap, Cambridge, 1992, G. S. WOOD, *La revolución norteamericana*, Mondadori, Barcelona, 2003, traducción de Isabel Merino, J.G.A. POCKOCK, *El momento maquiavélico: el pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica*, Tecnos, Madrid, 2002, traducción de Marta Vázquez-Pimentel y Eloy García. Ph. PETTIT, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Paidós, Madrid, 1999, traducción de Antoni Doménech.

<sup>2</sup> He analizado la polémica liberal comunitarista y su incidencia en el republicanismo en O. PEREZ de la FUENTE, *La polémica liberal comunitarista. Paisajes después de la batalla*, Dykinson, Madrid, 2005.

<sup>3</sup> OVEJERO, Felix, “Republicanism: el lugar de la virtud”, *Isegoría*, núm. 33, 2005, p. (99-125) 123.

bertad como *no dominación* como alternativa a las clásicas categorías de libertad negativa y positiva de Berlin. Ruiz Miguel considera que aquella es una noción “sobrevalorada”<sup>4</sup>. La clave reside, si no se quiere reducir a una cuestión meramente teórica, en clarificar qué modificaciones en la práctica de las sociedades democráticas supone afirmar la libertad como *no dominación*. Es decir, si ésta representa realmente una nueva versión de los derechos y deberes y en qué consiste específicamente.

Otra novedad, que marca un perfil propio, de las visiones republicanas es el énfasis en las virtudes cívicas. Como ponen de manifiesto Bertomeu y Doménech, la tradición republicana no se mueve en el plano de las teorías ideales, como la propuesta por Rawls. Lo que es esencial para los republicanismos normativos es el *problema de las motivaciones (plurales)* de los agentes –de ahí su particular devoción al tema de la virtud–, así como sus programas de diseño institucional<sup>5</sup>. La deliberación y la participación en los asuntos públicos, la implicación en la comunidad, el ejercicio de la solidaridad requieren de ciudadanos que cultiven las virtudes cívicas. Esto puede interpretarse desde una lectura comunitarista en una práctica política de la virtud en la tradición aristotélica, como propone MacIntyre. Pero también cabe una lectura liberal de unas virtudes cívicas circunscritas a la participación en lo político, pero respetuosas de la separación entre público y privado y, en última instancia, de la autonomía individual. La viabilidad de esta lectura liberal de las virtudes cívicas podría estar en entredicho, pero eso sólo significaría que el republicanismo realiza una aportación original y requeriría justificar sus compromisos, lo que no sería un sinónimo ineludible, aunque posible, de una lectura comunitarista. Se analizará a continuación los extremos de esta cuestión en términos de Sandel y Rawls.

La versión fuerte del ideal republicano, explica Sandel, volviendo a Aristóteles, ve la virtud cívica y la participación política como *intrínsecos* a la libertad; dada nuestra naturaleza como seres políticos, somos libres sólo en la medida que ejercemos nuestra capacidad de deliberar sobre el bien común, y participar en la vida pública de una ciudad o república libre. Unas más modestas versiones de ideal republicano ven la virtud cívica y servicio público como *instrumental* a la libertad; la libertad de perseguir nuestros fi-

<sup>4</sup> A. RUIZ MIGUEL, “Democracia republicana”, *Revista de libros*, núm. 141, 2008, p. 15.

<sup>5</sup> M. J. BERTOMEU, María Julia, A. DOMENECH, Antoni, “El republicanismo y la crisis de rawlsismo metodológico. (Nota sobre método y sustancia del método republicano)”, *Isegoría*, núm. 33, 2005, pp. (51-75) 65-66.

nes depende de preservar la libertad de nuestra comunidad política, que se vincula a su vez a la buena disposición para poner el bien común encima de nuestros intereses privados<sup>6</sup>.

Respecto del republicanismo en sentido débil, Rawls considera que no hay nada incompatible con la propuesta del liberalismo político que representa la justicia como imparcialidad, ya que aquél no parte de ninguna doctrina religiosa, filosófica o moral comprensiva. Rawls matiza que “como mucho, puede haber ciertas diferencias en asuntos de diseño institucional y de sociología política de los regímenes democráticos”<sup>7</sup>. Sin embargo, Rawls sí considera que el liberalismo político está en oposición al humanismo cívico, que describe como una variante del aristotelismo, según la cual, el hombre es un animal social cuya naturaleza esencial se realiza de un modo más pleno en una sociedad democrática en cuya vida política se dé una amplia y vigorosa participación. En esta visión, según Rawls, “ocurre más bien que la participación en la política democrática se entiende como el *locus* privilegiado de la vida buena. Se trata de un regreso a la entronización de lo que Constant llamó las ‘libertades de los antiguos’ e incorpora todos sus defectos”<sup>8</sup>. Por lo que Rawls acepta parcialmente una versión del republicanismo, pero se opone a la idea del hombre como animal político y a que las visiones de la vida buena ocupen un papel en la vida pública.

El objetivo de las siguientes líneas será analizar la noción de las virtudes cívicas del ciudadano desde la perspectiva de la *ética de las virtudes*. La intuición inicial es que no se suelen atender lo suficiente los compromisos metaéticos del lenguaje de las virtudes cuando se trata de virtudes cívicas. Dicho en otras palabras, se analizará, de forma sintética, qué son y cómo funcionan las virtudes y se relacionará, como telón de fondo, con la lectura liberal y la lectura comunitarista de las virtudes cívicas. El objetivo es clarificar la noción de virtudes cívicas para el republicanismo y articular una aproximación a las implicaciones de esta noción para el discurso de fundamentación.

---

<sup>6</sup> M. J. SANDEL, *Filosofía pública*, Marbot, Barcelona, 2008, traducción de Albino Santos Mosquera, p. 26.

<sup>7</sup> J. RAWLS, *El liberalismo político*. Crítica, Barcelona, 1.996, traducción de Antoni Domech, op. cit., p. 240.

<sup>8</sup> J. RAWLS, *El liberalismo político*, op. cit., p. 240-241.

## 2. ÉTICA DE LAS VIRTUDES

Los enfoques éticos que suelen invocarse con asiduidad son el énfasis deontológico por los derechos o los principios correctos y la preocupación consecuencialista por los efectos de las acciones, en forma de utilidad, placer o bienestar. Sin embargo, las gramáticas morales ofrecen más posibilidades y ha suscitado un renovado interés la perspectiva según la cual la ética se compondría básicamente de virtudes morales. Desde esta perspectiva, Nussbaum afirma que “las virtudes están atrayendo un interés creciente en el debate filosófico contemporáneo. Desde diferentes lugares, uno escucha insatisfacción con las teorías éticas que están remotas de la concreta experiencia humana”<sup>9</sup>. La intención será analizar las características de la ética de las virtudes para poder comprender el entramado moral de las virtudes cívicas.

La ética de las virtudes ha sido caracterizada de varias formas. Según Hursthouse, ha sido descrita: a) como una ética que está ‘centrada en el agente’ más que ‘centrada en el acto’; b) como preocupada con el *Ser* más que con el *Hacer*; c) como dirigiéndose a sí misma la cuestión ‘¿Qué tipo de persona debo ser?’ más que a la cuestión ‘¿Qué tipo de acción debo hacer?’; d) como tomando ciertos conceptos aretéticos (*bien, excelencia, virtud*) como básicos más que los conceptos deónticos (*derecho, deber, obligación*); e) como rechazando la idea que la ética es codificable en reglas o principios que pueden proveer una guía de acción específica<sup>10</sup>. No todos los defensores de la ética de las virtudes apoyarían todas y cada una de las características. No obstante, éstas proveen un buen marco de análisis para detectar algunas objeciones comunes a esta forma de argumentar éticamente y permiten vislumbrar como la ética de las virtudes tiene una idiosincrasia propia, un enfoque original para afrontar problemas y, especialmente, un lenguaje moral distintivo y con particular relevancia en contextos educativos y de justificación del discurso.

La percepción habitual de los debates morales tiende a centrarse en las soluciones concretas, pero dedica poca atención a las cuestiones metaéticas. Para clarificar el panorama, se expondrán las premisas metaéticas de consecuencialismo, deontologismo, y ética de las virtudes:

---

<sup>9</sup> M. NUSSBAUM, Martha, “Non relative virtues: An Aristotelian approach” en STERBA, James, *Ethics: The big questions*, Blackwell, Oxford, 2002, pp. (259-276) 259.

<sup>10</sup> R. HURSTHOUSE, *On virtue ethics*, Oxford University Press, 2001, p. 25.

P1 *Una acción es correcta si promueve las mejores consecuencias, es decir, si maximiza la felicidad (Consecuencialismo)*<sup>11</sup>

P2 *Una acción es correcta si está de acuerdo con una regla o principio moral correcto (universalizables por el imperativo categórico, establecidos por Dios, objeto de elección por todos los seres racionales, etc.) (Deontologismo)*<sup>12</sup>

P3 *Una acción es correcta si es lo que un agente virtuoso haría característicamente (actuando según su carácter) en esas circunstancias. (Ética de las virtudes)*<sup>13</sup>

Para precisar los términos de la ética de las virtudes, se analizarán a continuación las siguientes cuestiones: a) *Sobre la circularidad de la definición de la ética basada en el agente* b) *Sobre la indeterminación de la ética de las virtudes.*

### 2.1. *Ser o Hacer. Sobre la circularidad de la definición de la ética basada en el agente*

La perspectiva de las virtudes pone su énfasis en el agente, en concreto, en sus rasgos de carácter, más que en sus acciones concretas. Sería una cuestión de *ser*, más que de *hacer*. Pero ante una cuestión conflictiva, '¿qué se debe hacer?' Se debería comportar como un agente virtuoso característicamente lo haría. Sin embargo, sostiene Hursthouse, "esto es un truismo. Naturalmente el agente virtuoso 'hará lo que es correcto'; si él no lo hizo, no sería virtuoso; estamos razonando en círculo"<sup>14</sup>. La premisa metaética que subyace es autorreferencial y no aporta información relevante. Por tanto, se le debería añadir la siguiente premisa metaética:

P4 *Un agente virtuoso es aquel que tiene, y ejercita, ciertos rasgos de carácter, denominados virtudes*<sup>15</sup>.

Parecería que la cuestión entonces es delimitar conceptualmente el término "virtudes". Aristóteles sostenía que las virtudes no eran pasiones, ni facultades, sino modos de ser. Y añadía "toda virtud lleva a término la buena disposición de aquello de lo cual es virtud y hace que realice bien su función."<sup>16</sup> MacIntyre explica que para Aristóteles la virtud no es innata, sino

<sup>11</sup> R. HURSTHOUSE, *On virtue ethics*, op. cit, p. 26.

<sup>12</sup> R. HURSTHOUSE, *On virtue ethics*, op. cit, p. 26.

<sup>13</sup> R. HURSTHOUSE, *On virtue ethics*, op. cit, p. 28-29.

<sup>14</sup> R. HURSTHOUSE, *On virtue ethics*, op. cit, p. 30.

<sup>15</sup> R. HURSTHOUSE, *On virtue ethics*, op. cit, p. 28-29.

<sup>16</sup> ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, Gredos, Madrid, 1985, traducción de Julio Pallí Bonet, p. 168.

consecuencia de la educación. Y así, “nos convertimos en hombres justos mediante la realización de acciones justas, en valientes a través actos de valentía, etc. No hay aquí ninguna paradoja: una acción valiente no convierte a un hombre en valiente, pero la reiteración de los actos de valor inculcará el hábito en relación con el cual llamaremos valiente no sólo a la acción, sino también al hombre”<sup>17</sup>.

Existe una cierta polémica ya que algunos autores sostendrían que la ética de las virtudes no podría trasladarse en reglas y principios y esto conllevaría una importante fuente de indeterminación. Sin embargo, señala Hursthouse que no sólo cada virtud genera una prescripción –haz lo que es honesto, caritativo, generoso– sino cada vicio una prohibición –no hagas lo que es deshonesto, no caritativo, mezquino<sup>18</sup>. Desde esta perspectiva, Frankena busca considerar a la moralidad del deber y a la moralidad de las virtudes o rasgos del carácter no como bandos rivales de moralidad entre los que hemos de elegir, sino como dos aspectos complementarios de la misma moralidad. De esta forma, por cada principio existirá un rasgo moralmente bueno, usualmente con el mismo nombre, consistiendo en una disposición o tendencia a actuar de acuerdo con el primero; y por cada rasgo moralmente bueno existirá un principio definiendo el tipo de acción en que se expresa el primer rasgo. Concluye Frankena, “parodiando el famoso *dictum* de Kant, estoy inclinado a pensar que los principios sin rasgos son impotentes y los rasgos sin principios son ciegos”<sup>19</sup>.

La ética de las virtudes que suponen una serie de disposiciones, hábitos y prácticas que educan una gama de rasgos de carácter, que permiten calificar a una persona de virtuosa. Los principios pueden ser seguidos por motivos prudenciales o no morales, en cambio se espera de la persona virtuosa se comporte según su carácter, que representa cierto compromiso con alguna forma de excelencia humana. Sería relevante, en este contexto, distinguir entre usar principios y reglas en las diversas argumentaciones, por un lado, y referirse a las disposiciones que forman los rasgos de carácter, que constituyen las virtudes. Hursthouse es explícita en este sentido cuando afirma que los éticos de la virtud quieren enfatizar el hecho de que si los niños son

<sup>17</sup> A. MACINTYRE, (1998), *Historia de la ética*, Paidós, Barcelona, 1998, traducción de Roberto Juan Walton., pp. 70-71.

<sup>18</sup> R. HURSTHOUSE, *On virtue ethics*, op. cit, p. 36.

<sup>19</sup> W. FRANKENA, “A critique of virtue-based ethical systems” en STERBA, James, *Ethics: The big questions*, Blacwell, Oxford, 2002, p. (291-296) 293.

enseñados a ser honestos son instruidos a amar y valorar la verdad, y que *meramente* enseñarles a no mentir, no logra este objetivo. Pero ellos no niegan que, para lograr este fin, enseñarles a no mentir es útil, incluso indispensable<sup>20</sup>. Como sostiene Bobbio, más que suscitar conflictos artificiales entre dos maneras de considerar la moral, entre la ética de las virtudes y la ética de los deberes, es más útil y razonable comenzar a darse cuenta de que estas dos morales representan dos puntos de vista, diversos pero no opuestos, a través de los cuales se puede juzgar aquello que está bien y aquello que está mal en la conducta de los hombres en sí mismo considerado y sus relaciones recíprocas<sup>21</sup>.

Existe una controversia filosófica acerca de qué tiene mayor 'valor moral positivo' los motivos que llevan al cumplimiento del deber o a la práctica de las virtudes. Esta compleja cuestión fue planteada por Kant en un pasaje de la *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*. Argumentando que sólo las acciones realizadas por el sentido del deber tienen ese valor moral positivo, Kant contrasta un filántropo que "encuentra un placer íntimo en distribuir alegría en torno suyo"<sup>22</sup> que aquel que actúa *por deber*, sosteniendo que las acciones del último pero no el primero tiene valor moral<sup>23</sup>. Respecto a esta posición kantiana, Raz realiza una crítica con el ejemplo del amor a los hijos donde el valor moral positivo es el amor por sí mismo, y no el amor por deber<sup>24</sup>. El caso del amor por los hijos es algo especial, pero si se puede

<sup>20</sup> R. HURSTHOUSE, *On virtue ethics*, op. cit, p. 39.

<sup>21</sup> N. BOBBIO, *Elogio de la templanza*, Temas de hoy, Madrid, 1997, traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y José Manuel Rodríguez Uribe, pp. 50-51.

<sup>22</sup> I. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Encuentro, Madrid, 2009, traducción de Manuel García Morente, p. 25.

<sup>23</sup> Kant sostiene que "un hombre a quien la naturaleza haya puesto en el corazón poca simpatía; un hombre que, siendo, por lo demás, honrado, fuese de temperamento frío e indiferente a los dolores ajenos, acaso porque él mismo acepta los suyos con el don peculiar de la paciencia y fuerza de resistencia, y supone esas mismas cualidades, o hasta las exige en los demás. (...) ¿no encontraría, sin embargo, en sí mismo cierto germen capaz de darle un valor mucho más alto que el que pueda derivarse de un temperamento bueno? ¡Es claro que sí! Precisamente en ello estriba el valor del carácter moral, del carácter que, sin comparación, es el supremo: en hacer el bien, no por inclinación sino por deber" I. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, op. cit., pp. 26-27.

<sup>24</sup> Raz expone el caso de que el amor hacia los propios hijos es un motivo apropiado para cumplir los deberes de los padres hacia ellos. Quienes actúan en correspondencia con esos deberes, pero por razones distintas de amor por sus hijos, son susceptibles de reproche: no manifiestan actitudes morales exigidas que los padres deben poseer y deben motivarles.

adaptar el argumento de Raz para una perspectiva más general. Lo que pone de manifiesto que el valor de un acto está relacionado con la manera que contribuye a, o pone de manifiesto, o es prueba de, un rasgo de tipo moral o una virtud moral<sup>25</sup>.

Volviendo al ejemplo de Kant, Foot concluye que el hombre que actúa caritativamente, fuera de su sentido del deber, no debe ser infravalorado, pero es el otro el que muestra más virtud y, por tanto, el otro es al que más valor moral debería atribuirse. Sólo un detalle de la presentación de Kant del caso de filantrópo da cuenta el otro lado. Foot explica que, por lo que dice, era que, de hecho, ese hombre no sentía ninguna simpatía y no tenía ningún placer en el bien de los demás porque “su mente estaba nublada por algún pesar propio”, y éste es el tipo de circunstancia que incrementa la virtud que es necesaria si un hombre quiere actuar bien<sup>26</sup>. Según Kant, sólo si realiza la acción benéfica sin inclinación alguna, sólo por deber, entonces y sólo entonces posee esa acción su verdadero valor moral<sup>27</sup>. Como sostiene Bobbio, la doctrina de la virtud de Kant no tiene nada que ver, como pone de manifiesto en explícitas y repetidas declaraciones, con la ética aristotélica. Es una parte integrante de la ética del deber<sup>28</sup>. Para caracterizar la ética de las virtudes y la ética del deber, Bobbio sostiene que la primera la describe, la indica, la propone como ejemplo; la segunda la prescribe, como un comportamiento que se debe realizar como un deber. Su eficacia es distinta, acumulativamente, no alternativamente. Antes de contraponer virtudes y reglas, sería mucho más inteligente analizar su relación, las distintas –no opuestas– exigencias prácticas de las que nacen y a las que obedecen<sup>29</sup>.

---

Continúa argumentando, Raz que uno ha de amarlos por ellos mismos, no amarlos porque sea bueno para los negocios o porque sea necesario para la salvación de la propia alma o para cumplir con la ley moral. De hecho, bien puede decirse que el amor es genuino sólo si no se tiene instrumentalmente, para algún propósito ajeno a él. La ley moral, por consiguiente, es una razón para llegar a amar a los propios hijos. Pero es una razón para llegar a amarlos por sí mismos, no en virtud de la correspondencia de la propia conducta con la ley moral. Si esto es así, entonces hay razones para tener razones que necesariamente han de quedarse en el trasfondo. Dichas razones no pueden, sin frustrar su sentido, ser las razones motivaciones que uno tenga en el momento de la acción J. RAZ, *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, traducción de Juan Ruiz Manero pp. 224-225.

<sup>25</sup> J. RAZ, *Razón práctica y normas*, op. cit, p. 224.

<sup>26</sup> Ph. FOOT, *Virtues and vices*, Clarendon Press, Oxford, 2002, p. 14

<sup>27</sup> I. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, op. cit, p. 26.

<sup>28</sup> N. BOBBIO, *Elogio de la templanza*, op. cit, p. 48.

<sup>29</sup> N. BOBBIO, *Elogio de la templanza*, op. cit, p. 51.

Esto plantea, de nuevo, la cuestión de quiénes son las personas virtuosas y por obvio, no menos importante, que las personas virtuosas han de actuar de acuerdo con las virtudes. Con cierta ironía afirma, Frankena que “debe recordarse que ‘ser’ comporta al menos *intentar* ‘hacer’. Ser sin hacer, como la fe sin obras, es estar muerto”<sup>30</sup>. En lo que califica como una propuesta pluralista de virtud, Swanton afirma que “lo que convierte un rasgo en una virtud es que es una disposición que responde en una excelente (o bastante buena) forma (a través de los modos de respetar, apreciar, crear, amar, promover, etcétera) a asuntos en los campos de la virtud”<sup>31</sup>. Cabría plantear que, así definida, casi cualquier rasgo podría ser calificado como virtud. Pero la noción de virtud tiene un contenido evaluativo que impide tal consideración y, por el contrario, le dota de significado. Desde esta perspectiva, Hursthouse afirma que “lo que característicamente haría es lo que es honesto, caritativo y fiel a su palabra y no lo que sería deshonesto, no caritativo e infiel a su palabra. Por tanto, dada esa enumeración de virtudes, puedo tener una idea perfectamente buena de lo que una persona virtuosa haría en mis circunstancias, a pesar de mi propia imperfección”<sup>32</sup>.

Una intuición que subyace a estas líneas es que algunos defensores del republicanismo utilizan el término *virtudes cívicas* como un argumento central en su enfoque, pero que propiamente no van más allá con las implicaciones y mecanismos del lenguaje de las virtudes. De esta manera, serían una forma de deberes, no siempre claramente especificados, que surgirían desde posiciones con un compromiso con una visión antropológica no meramente egoísta. Pero la cuestión que subyace es que articular el discurso de las virtudes como moralmente significativas comporta unas implicaciones epistemológicas y metaéticas, que van más allá de la adhesión a un catálogo de deberes. Esto lejos de ser demérito, debería ser explorado convenientemente y podría enriquecer el discurso público desde una nueva perspectiva.

Se podría volver ahora a la premisa metaética de la ética de las virtudes y adaptarla al caso de las virtudes cívicas. Podría ser un planteamiento como el siguiente:

*C3 Una acción es correcta si es lo que un ciudadano virtuoso haría característicamente (actuando según su carácter) en esas circunstancias*

<sup>30</sup> W. FRANKENA, “A critique of virtue-based ethical systems”, op. cit, p. 293.

<sup>31</sup> Ch. SWANTON, *Virtue ethics. A pluralistic view*, Oxford University Press, 2005, p. 93.

<sup>32</sup> R. HURSTHOUSE, *On virtue ethics*, op. cit., p. 36.

C4 *Un ciudadano virtuoso es aquel que tiene, y ejercita, ciertos rasgos de carácter, denominados virtudes (cívicas)*

La premisa C3 remite a la cuestión: “¿Qué tipo de ciudadano debo ser?” más que a la “¿Qué tipo de acción debo hacer como ciudadano?”. Apela al carácter del ciudadano virtuoso, lo que plantea la cuestión de *quiénes* son realmente los ciudadanos virtuosos que sirvan de medida y guía de las acciones correctas. Más aún supone que existen varias clases de ciudadano según su carácter, es decir, según posean virtudes o no.

La premisa C4 relaciona a los ciudadanos virtuosos con las virtudes cívicas. Aquí cabe la objeción perfeccionista, comúnmente planteada, que se relaciona con las limitaciones de que un Estado tenga un papel activo en la promoción de las virtudes y, a la vez, respete la autonomía de los individuos. Cuestión polémica que está relacionada con la *tesis de la unidad de las virtudes*, que se analizará más adelante.

Parecería que el debate, en este contexto, se trasladaría a considerar los modelos de excelencia del ciudadano, que las virtudes cívicas desarrollarían, frente a la visión deontológica predominante centrada en derechos y deberes del ciudadano. La propuesta liberal de ciudadanía, que Sandel califica de procedimentalista y neutralista<sup>33</sup>, parte de alejar del espacio público las doctrinas morales y religiosas sustantivas, ya que el Estado debe permanecer neutral sobre esas concepciones.

Una idea clave de la teoría republicana, sostiene Sandel, es que la libertad de cada persona depende de su participación en el autogobierno colectivo. Esta idea no es en sí incongruente con la libertad liberal. Participar en política puede ser la forma elegida por un ciudadano (entre otras muchas) para perseguir sus propios fines individuales. Ahora bien, según la teoría política republicana, compartir el autogobierno implica algo más: implica deliberar con nuestros conciudadanos y conciudadanas acerca del bien común y contribuir a dar forma al destino de la comunidad política. Pero deliberar apropiadamente sobre el bien común exige algo más que la capacidad de cada persona de elegir sus propios fines y de respetar los derechos de los demás a hacer lo mismo. Requiere un conocimiento de los asuntos públicos y, asimismo, un sentimiento de pertenencia, una preocupación por el conjunto: un vínculo moral con la comunidad cuyo destino está en juego. Compartir el autogobierno exige, pues, que los ciudadanos posean (o adquieran)

<sup>33</sup> M.J. SANDEL, *Filosofía pública*, op. cit, p. 23.

ciertas virtudes cívicas. Pero eso significa, concluye Sandel, que la política republicana no puede ser neutral frente a los valores y los fines que propugnan los ciudadanos. La concepción republicana de la libertad, a diferencia de la liberal, exige una política formativa, una política que cultive en los ciudadanos las cualidades precisas para el autogobierno<sup>34</sup>.

Este párrafo de Sandel es expresivo de las diferencias entre liberalismo y republicanismo. La visión liberal de los derechos con la noción central de autonomía individual, por un lado, y el autogobierno participativo, que requiere deliberación e implicación pública sobre el bien común y un vínculo con la comunidad, por el otro lado. Aquí surge la necesidad de las virtudes cívicas y eso requiere un papel activo del Estado en su cultivo, no la mera neutralidad. Como afirma Giner, en todos los demás regímenes la indiferencia, el parasitismo y el rufianismo político son, por lo menos, comprensibles. No así en la democracia: en ella son imperdonables<sup>35</sup>.

La propuesta republicana de democracia tiene como su modelo de excelencia humana a los ciudadanos virtuosos. Como sostienen Camps y Giner, la democracia necesita ciudadanos activos y responsables<sup>36</sup>. Pero qué ocurre si no es así. Parecería que las actuales democracias representativas tienen un problema de desafección de la ciudadanía.

Quizá la cuestión reside en que pocas veces se formula la cuestión en términos de ¿qué ciudadano debo ser? o más bien la respuesta habitual no implica necesariamente un compromiso participativo o un vínculo con la comunidad. Como afirma Sandel, una de las características más sorprendentes del Estado del bienestar es que, al tiempo que ofrece una gran esperanza en forma de derechos individuales, exige de sus ciudadanos una elevada dosis de implicación mutua. Pero tal implicación no puede sustentarse en la imagen de nosotros mismos sobre la que se fundamentan esos derechos<sup>37</sup>. Es una crítica similar a la que el mismo Sandel realiza al principio de la diferencia del Rawls que sólo sería posible si los individuos tuvieran una noción de comunidad, que la teoría rawlsiana oficialmente niega.

---

<sup>34</sup> M.J. SANDEL, *Filosofía pública*, op. cit, pp. 24-25.

<sup>35</sup> S. GINER, *Carta sobre la democracia*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 181.

<sup>36</sup> V. CAMPS; S. GINER, *Manual de civismo*, Ariel, Barcelona, 2008, p. 159.

<sup>37</sup> M.J. SANDEL, *Filosofía pública*, op. cit, p. 233.

La *república de los egoístas* no puede subsistir como tal si quiere autogobernarse legítimamente en condiciones participativas y deliberativas. La cooperación social necesita de implicación pública, un sentido de pertenencia y la solidaridad. En este sentido, Giner define a la democracia como una politeya tridimensional (régimen político representativo y participativo constitucional, sociedad civil autónoma, cultura) que subsiste *sólo* mediante el esfuerzo de *todos* los ciudadanos<sup>38</sup>. El tema de las condiciones de supervivencia de la democracia y el esfuerzo de todos, no es un tema baladí<sup>39</sup>. Es el peligro de los comportamientos como *free riders* o polizones sociales, personas que se benefician de las ventajas, sin contribuir a la sociedad. Como afirman Camps y Giner, la prueba de que la mera pasividad es nociva nos la da el hecho de que la acumulación de polizones democráticos puede llegar a producir una crisis en todo el orden político que hace posible que la gente se beneficie de él<sup>40</sup>.

El autogobierno participativo requiere las virtudes cívicas. Pero éstas ¿son innatas o aprendidas? Esto es una cuestión esencialmente controvertida, donde como en el caso del pesimismo hobbesiano, la moderación lockeana y el optimismo rousseauiano sobre la naturaleza humana, cabrían varias posibilidades según la perspectiva ideológica. En ese sentido, es relevante que Aristóteles refiriéndose a las virtudes cardinales, afirme que “no se produzcan ni por naturaleza ni contra naturaleza, sino que nuestro natural pueda recibir las y perfeccionarlas mediante la costumbre”<sup>41</sup>. Este es un punto clave de la ética de las virtudes, uno se convierte en virtuoso actuando virtuosamente. Es decir, la educación de la virtud es la internalización de los hábitos, disposiciones y prácticas que se consideran virtuosas. Desde esta perspectiva existe una fuerte implicación entre práctica y carácter moral porque es desde el aprendizaje, a partir de la práctica, donde se moldea el carácter que, si el proceso educativo tiene éxito, se convertirá en virtuoso.

Esto convierte en especialmente relevante el civismo, como sostienen Camps y Giner, el cultivo colectivo de un ámbito de *virtudes humildes* que, a

---

<sup>38</sup> La cursiva es mía. S. GINER, *Carta sobre la democracia*, op. cit, p. 181.

<sup>39</sup> Como en el cuento, que explica Bucay, donde un rey decide abolir los impuestos, por una contribución de una jarra de un litro del mejor vino de su cosecha. Al final un enorme barril de quince mil litros estaba lleno, pero cuando el rey lo probó: era inodoro, incoloro e insípido. Era agua. Todos pensaron que nadie notaría la diferencia, pero ¡todos pensaron lo mismo! J. BUCAY, *Déjame que te cuente*, RBA, Barcelona, 2002, pp. 70-73.

<sup>40</sup> V. CAMPS; S. GINER, *Manual de civismo*, op. cit, p. 142.

<sup>41</sup> ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, op. cit, p. 161.

su vez, creen ese clima favorable al florecimiento de las virtudes grandes<sup>42</sup>. Desde ese punto de vista, Sandel destaca las instituciones como los concejos municipales, las escuelas, las religiones y aquellas ocupaciones promotoras de la virtud que forman el “espíritu” y “los hábitos del corazón” necesarios para una república democrática<sup>43</sup>. Este ámbito de las *virtudes humildes* debería ser motivador de la práctica cotidiana de los ciudadanos en diferentes ámbitos, donde reforzarían sus convicciones y en suma, en expresión de Giner, consolidaría a la democracia como forma de vida<sup>44</sup>. Ésta no requiere ni santos, ni héroes, necesita ciudadanos activos.

## 2.2. Sobre la indeterminación de la ética de las virtudes

Una objeción habitual sobre la ética de las virtudes consiste en la dificultad de establecer reglas generales que permitan determinar cuál es el comportamiento correcto en cada caso. De esta forma, afirma Honderich que la ética de las virtudes aristotélica considera que las cuestiones de lo correcto y lo equivocado como incapsulables en reglas y describe al individuo virtuoso como alguien que percibe y actúa justamente, sin esfuerzo, situacionalmente, requerimientos morales únicos<sup>45</sup>. Esto no ha de ser necesariamente con-

<sup>42</sup> V. CAMPS; S. GINER, *Manual de civismo*, op. cit, p. 26.

<sup>43</sup> Sandel continua afirmando que “cualesquiera que sean sus finalidades particulares, estas agencias de educación cívica inculcan el hábito de la dedicación a las cuestiones públicas. Y pese a su multiplicidad, evitan que la vida pública se disuelva en un todo indiferenciado. Así pues, la corriente cívica de la libertad no es necesariamente coactiva. En ocasiones, puede hallar una expresión pluralista”. M.J. SANDEL, *Filosofía pública*, op. cit, p. 44.

<sup>44</sup> Giner afirma que “No se trata de realizar grandes gestos políticos. Al contrario, basta con que el ciudadano bien intencionado dé fe práctica y a ser posible cotidiana de su convicción democrática en el rincón del mundo donde viva. Su conducta en su propio sindicato, su atención a los asuntos municipales, su preocupación por la buena marcha de una asamblea escolar o universitaria, su crítica constructiva entre los amigos sobre la marcha de los asuntos públicos y tantas actividades modestas más, cuentan tanto como su militancia en un partido o su participación destacada en el mundo de la economía, la ciencia o la prensa. Es la suma de todos los actos cívicos de la ciudadanía lo que, a la postre, garantiza el porvenir de la democracia como forma de vida. Esta no es una frase fundamentada en un deseo piadoso sino en los hechos. Así, las democracias más sólidas del mundo, y varias de las que con mayor éxito han sobrevivido a pruebas durísimas, son aquellas en las que predominan entre sus gentes una profunda cultura cívica y una suficiente dedicación práctica al cultivo de las modestas virtudes del buen ciudadano.” S. GINER, *Carta sobre la democracia*, op. cit, p. 122.

<sup>45</sup> T. HONDERICH, *The Oxford companion to Philosophy*, Oxford University Press, 2005, p. 947.

templado desde un punto de vista negativo. Es precisamente este enfoque particularista el que desarrolla un punto de vista ético, que permite abordar mejor las situaciones de dilemas trágicos, donde se dé un conflicto entre opciones inconmensurables<sup>46</sup>. La moralidad, desde este punto de vista, tendría un “fondo inarticulado de conocimiento”, en palabras de Raz, que la aplicación de principios generales inevitablemente excluiría<sup>47</sup>. Sin embargo, subsiste el problema de la indeterminación de la ética de las virtudes, que Swanton sintetiza en estos puntos:

- a) Si bien el (o un) agente virtuoso está significado a ser la (una) regla y la medida de lo correcto, ese agente es necesariamente limitado y posiblemente equivocado.
- b) Las fuentes epistémicas disponibles para un agente no virtuoso son débiles: en ausencia de reglas determinadas robustas, se supone que deben encontrar, y entonces imitar, a los agentes virtuosos. Este requerimiento epistemológico es problemático.
- c) La ética de las virtudes supone una insuficiente guía para la acción (incluso para el virtuoso), ya que las virtudes específicas son vagas e indeterminadas, y pueden entrar en conflicto. Por consiguiente, la ética de las virtudes es impotente en el campo de la ética aplicada<sup>48</sup>.

La interesante réplica que ofrece Swanton a estas críticas al modelo de ética de las virtudes se basa en los siguientes puntos, que deberían ser analizados como un conjunto: a) *Un modelo epistemológico de ética dialógica para la ética de las virtudes* b) *Una revisión del razonamiento moral: las razones basadas en virtudes como razones excluyentes* c) *La tesis de la unidad de las virtudes*.

#### 2.2.a) *Un modelo epistemológico de ética dialógica para la ética de las virtudes*

La visión tradicional de la ética de las virtudes veía al agente virtuoso ‘como un oráculo’, debía tener sensibilidad, apreciación situacional, sabiduría práctica, buen carácter. La epistemología tras esta posición es intuicionista: un agente virtuoso es como el experimentado cocinero que sólo ‘ve’ el pastel

<sup>46</sup> He explorado este enfoque en “Una aproximación aristotélica a la deliberación en casos trágicos”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm 15, 2007. (Ejemplar dedicado a: XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, “Problemas actuales de la Filosofía del Derecho”, Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de Marzo de 2007)

<sup>47</sup> J. RAZ, *Engaging reason*, Oxford University Press, 1999, p. 246.

<sup>48</sup> Ch. SWANTON, *Virtue ethics. A pluralistic view*, op. cit, p. 249.

cuando está preparado. La ‘apreciación situacional’ de un agente virtuoso es un tipo de percepción. La propuesta de Swanton es que el agente virtuoso como regla de medida de lo correcto debería haber ejercitado las virtudes dialógicas. De esta forma, él no sólo *ve*, sino consulta virtuosamente<sup>49</sup>.

Otra consideración, en la misma línea de Swanton, es que la ética no es algo que característicamente sea un asunto de juicio individual. Los juicios informados por virtudes están vehiculados por la sabiduría, que a su vez se relacionan con las virtudes de autoconocimiento, y éstas nos explican que no sólo que nosotros estamos limitados de perspectivas, experiencia y pericia, sino que la constelación de virtudes poseídas por nosotros no coinciden exactamente con las poseídas por otros. De ahí que un ético de las virtudes pueda y deba aceptar que el proceso de toma de decisiones éticas en contextos sociales es y deba ser colectivo. Esto no comporta que los procesos para hacerlo necesiten el acuerdo<sup>50</sup>.

El procedimiento que propone Swanton de las virtudes de la práctica como un mecanismo dialógico de resolución de problemas se basa en tres tipos de virtudes: a) *Virtudes de enfoque*: los problemas pueden ser identificados y afrontados; b) dada la comprensión de la relación de problemas en términos de integración de restricciones<sup>51</sup>, los practicantes necesitan una variedad de virtudes morales o epistémicas, incluyendo *virtudes creativas* y otras asociadas lo que John Dewey ha denominado “deliberación imaginativa”; c) dada la necesidad de integrar restricciones habiendo considerado una variedad de “voces”, o perspectivas”, necesitamos las *virtudes del diálogo*<sup>52</sup>.

La primera tarea, en este modelo dialógico, sería establecer un catálogo de las virtudes cívicas. Lejos de ser algo sencillo, parece un campo abierto a diversas consideraciones. En este sentido, Honderich recuerda que la ética de las virtudes clásica reconocía cuatro virtudes cardinales: templanza, justicia, coraje y sabiduría (práctica) o prudencia. Los filósofos cristianos de la Edad Media

<sup>49</sup> Ch. SWANTON, *Virtue ethics. A pluralistic view*, op. cit, p. 251.

<sup>50</sup> Ch. SWANTON, *Virtue ethics. A pluralistic view*, op. cit, p. 252.

<sup>51</sup> Es la traducción de *constraints*.

<sup>52</sup> Ch. SWANTON, *Virtue ethics. A pluralistic view*, op. cit, p. 253. Swanton afirma que “existe una ganancia práctica en formular análisis en forma que animan a los agentes a confrontar sus restricciones y a aplicar un test a sus teorías sobre lo que es y no es posible. No sólo es un enfoque incremental más práctico y eficaz, sino puede también promover el desarrollo de virtudes apropiadas para afrontar problemas de larga escala. Como mínimo puede prevenir el desarrollo de la desesperanza, el cinismo y el rencor. Para el agente el ejercicio de las virtudes la práctica supone sentirse productivo, creativo y eficaz.” Ch. SWANTON, *Virtue ethics. A pluralistic view*, op. cit, p. 272.

añadían tres virtudes teológicas: fe, esperanza, y caridad o amor<sup>53</sup>. Sin embargo, se trataría de indagar específicamente sobre las virtudes cívicas. Se han realizado diversos esfuerzos en este sentido. Por ejemplo, autores liberales como Galston o Macedo<sup>54</sup> o la propuesta culturalista liberal de Kymlicka<sup>55</sup>. Las virtudes del republicano clásico han sido enunciadas por Ruiz Ruiz<sup>56</sup> Garagarella<sup>57</sup>

<sup>53</sup> T. HONDERICH, *The Oxford companion to Philosophy*, op. cit, p. 948.

<sup>54</sup> Las virtudes valoradas por Galston y Macedo son iniciativa, perseverancia, paciencia, diligencia, reflexión autocrítica, disposición a experimentar, probar y aceptar cosas nuevas, autocontrol, independencia de juicio, discernimiento de las cualidades de los demás, moderación y auto disciplina W. GASTON, 1991), *Liberal purposes*, Cambridge University Press, 1991, pp. 220-227. S. MACEDO, *Liberal Virtues*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 269-272. Sin embargo, sostiene Peña, que estas cualidades aplicadas a la política, pueden considerarse virtudes en el sentido de excelencias o cualidades técnicas o pragmáticas, pero necesariamente no están relacionadas con el bien público. J. PEÑA, "El retorno de la virtud cívica" en J. RUBIO CARRACEDO, J.M. ROSALES JAIME, M. TOSCANO MENDEZ, *Democracia, ciudadanía y educación*, Akal, Madrid, 2009, pp. (99-128) 2009, 95.

<sup>55</sup> Kymlicka enuncia una serie de virtudes cívicas para los ciudadanos: a) El espíritu público, lo que incluye la capacidad para valorar la actuación de las personas que ocupan un cargo político y la disposición a implicarse en el discurso público. b) Un cierto sentido de la justicia y la capacidad de discernir y respetar los derechos de los demás, unida a la de moderar correspondientemente las propias reclamaciones. c) civilidad y tolerancia. d) Un sentimiento compartido de solidaridad o lealtad. W. KYMLICKA, *La política vernácula*, Paidós, Barcelona, 2003, traducción de Tomas Fernández Auz y Beatriz Eguibar, p. 345.

<sup>56</sup> Ruiz Ruiz señala que todos los autores republicanos coincidían en subrayar la necesidad de contar con ciudadanos virtuosos, entendiéndose por virtud cívica, por su parte, como la disposición a participar activamente en los asuntos públicos (para evitar la usurpación del poder), a anteponer el bien de la comunidad al privado (pues la promoción de aquél era el fin de toda República), a obedecer las leyes (dado que éstas constituían el fundamento de la libertad) y a defender la patria ante las amenazas externas formando parte de la milicia ciudadana (toda vez que si la República era conquistada, se perdería la libertad, al tiempo que no se debía confiar en ejércitos mercedarios o profesionales, pues éstos eran fáciles instrumentos para la opresión). R. RUIZ RUIZ, "La alternativa republicana a la democracia contemporánea: participación y virtud cívica", *Sistema*, núm. 194, 2006, pp. (73-94) 33.

<sup>57</sup> En su caracterización del republicanismo clásico, Gargarella expone una serie de virtudes cívicas que sostenían: Coraje (defender la propia comunidad de ataques externos), prudencia (para tomar parte en el gobierno de aquélla), igualdad, simplicidad, la honestidad, la benevolencia, la frugalidad, el patriotismo, la integridad, la sobriedad, la abnegación, la laboriosidad, el amor a la justicia, la generosidad, la nobleza y, en general, el compromiso con la suerte de los demás. Gargarella también explica males sociales o vicios de conducta según el republicanismo clásico. De esta forma, sostiene que tendieron a denostar la ambición, la avaricia, el orgullo, el egoísmo, la prodigalidad, la ostentación el refinamiento, el cinismo, la cobardía, la extravagancia y el lujo -lujo en el vestir, comer, beber o en el mismo modo de adornar el propio hogar-. R. GARGARELLA, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 164.

Burt<sup>58</sup> o las virtudes cívicas en nuevos planteamientos republicanos han sido explicitadas, entre otros, por Peña<sup>59</sup>, Camps<sup>60</sup> y Giner<sup>61</sup>.

No parece adecuado establecer un catálogo cerrado de virtudes cívicas. Parece más bien necesario bosquejar algunas tensiones y desacuerdos que subyacen tras esta noción, que de forma característica defienden algunas versiones republicanas. La intención es reproducir las diferentes perspectivas que podrían darse aplicando el modelo epistemológico de ética dialógica a las virtudes cívicas.

a) *La virtud de la participación*: El compromiso individual con el autogobierno supondría una serie de disposiciones cívicas de colaboración en la toma de decisiones públicas. Las tensiones y desacuerdos surgen de la forma de vehicular esta participación. De esta forma, existen visiones contrapuestas sobre quiénes deberían deliberar: *Elitismo*: sólo los mejores, que son realmente los virtuosos, deben deliberar<sup>62</sup> v. *Participacionismo*: todos, que pue-

<sup>58</sup> Burt describe las virtudes de la tradición republicana: espíritu público, patriotismo, amor por el país, amor por la igualdad, y la voluntad de subordinar lo privado al bien público S. BURTT, "The politics of virtue today: a critique and a proposal", *American Political Science Review*, vol. 87, núm. 2, 1993, pp. (360-368) 361.

<sup>59</sup> Peña ofrece una lista de virtudes cívicas: prudencia, participación, solidaridad, justicia, tolerancia, responsabilidad por lo público, valor cívico. J. PEÑA, "El retorno de la virtud cívica", op. cit, p. 100.

<sup>60</sup> En una obra titulada *Virtudes públicas*, Camps incluía a la solidaridad, la responsabilidad, la tolerancia, la profesionalidad y la buena educación V. CAMPS, *Virtudes públicas*, Espasa Calpe, Madrid, 1990, p. 5.

<sup>61</sup> En *Carta sobre la democracia*, Giner considera que las virtudes cívicas son la tolerancia, la participación ciudadana, la obediencia a las leyes y los buenos modales políticos. S. GINER, *Carta sobre la democracia*, op. cit. p. 126. Y añade "el coraje moral, la capacidad de renuncia cuando nos ofrecen recompensas mundanas a cambio de que abandonemos nuestras convicciones, el valor de reconocer que estamos equivocados, la inclinación a pensar por nuestra cuenta y echar mano de la razón aunque la pasión nos intente cegar, todas estas son virtudes humanas que lo son también del buen ciudadano." S. GINER, *Carta sobre la democracia*, op. cit, p. 151.

<sup>62</sup> En libro IX de la *Ética a Nicómaco* (1167B) presenta un esquema ético-social de la relación entre virtud personal y bienestar colectivo. La interpretación más común, según Doménech, afirmaríá:

1.- Que hay hombres buenos y hombres malos.

2.- Que los hombres buenos son virtuosos, y que ser virtuoso quiere decir "estar en armonía consigo mismo", "Querer siempre las mismas cosas", no tener una voluntad tornadiza, y desear a la vez lo que conviene -y se debe- a uno mismo y lo que conviene -y se debe- a los demás.

den ser virtuosos, deben deliberar. El peso del elitismo en la Historia de las Ideas es importante, los modelos participacionistas deben determinar el alcance de la deliberación y quiénes la protagonizan.

A este respecto es relevante la *paradoja de la democracia liberal*, de la que habla Mouffe, que fue establecida en sus escritos por Schmitt, y hablaría de la contraposición entre la concepción liberal, por un lado, que postula que toda persona es, como persona, automáticamente igual a cualquier otra. Y por otro lado, la concepción democrática que requiere la posibilidad de distinguir entre quienes pertenecen al *demos* y quien es exterior a él; por tal razón ella no puede existir sin el necesario correlato de desigualdad. De esta forma, la homogeneidad es la condición de posibilidad de la democracia<sup>63</sup>. Por su parte, Palacios Lleras habla de la *paradoja de la democracia deliberativa* que sostendría que la deliberación requiere de unas condiciones de relativa homogeneidad, como que los participantes no pueden sostener posiciones radicalmente opuestas y deben estar preparados para discusiones que seguramente implicaran conceptos abstractos sobre filosofía moral y política. Concluye Palacios Lleras que entonces resulta una teoría elitista ya que sólo una elite epistemológica muy particular puede ponerla en marcha<sup>64</sup>. Como plantea Mouffe el mayor desafío de la democracia es reconciliar racionalidad con legitimidad, o en otros términos, hacer compatible la expresión del bien común con la soberanía del pueblo<sup>65</sup>.

---

3.- Que los hombres malos, al revés, son viciosos que ni están en armonía consigo mismos por el sesgo mudadizo de su voluntad, ni pueden tenerla con los demás al anteponer sistemáticamente sus propios intereses particulares del momento a lo que se debe a los demás (y a uno mismo en el futuro).

Sin embargo, Doménech propone una interpretación alternativa basándose en un análisis etimológico de los términos *phaûlos* y *eipiekés*, que sería la siguiente:

1.- Que en una comunidad política de hombres libres hay gente de viso –en que está por encima del común– y pobres, carentes de propiedad.

2.- Que los ricos, los distinguidos y la gente por encima del común suelen ser virtuosos, y por lo mismo, capaces de romper la lógica del dilema del prisionero.

3.- Que los pobres suelen ser viciosos, y por lo mismo, incapaces de romper la lógica del dilema del prisionero. Y por implicación: que los pobres son una amenaza para la concordia de la comunidad política.” A. DOMENECH, Antoni, *El eclipse de fraternidad*, Crítica, Barcelona, 2004, pp. 47-48.

<sup>63</sup> Ch. MOUFFE, “Carl Schmitt y la paradoja de la democracia liberal”, *Tópicos*, núm 10, 2002, pp. 7,9

<sup>64</sup> A. PALACIOS LLERAS, Andrés, “Las paradojas de la democracia deliberativa”, *Revista Jurídicas*, vol. 3, núm. 2, 2006, p. (159-182) 172.

<sup>65</sup> Ch. MOUFFE, “Carl Schmitt y la paradoja de la democracia liberal”, op. cit, p. 15.

b) *La virtud de la justicia*: De forma muy general, la apelación republicana de la justicia supone renunciar a los propios intereses privados por el bien común. También está dentro del discurso republicano un compromiso con alguna noción de igualdad social y económica. Esto suele comportar programas de reforma social y políticas redistributivas. Así los seres humanos van más allá de una racionalidad del auto interés y tienen una lógica de la razonabilidad, en términos de Rawls<sup>66</sup>. Lo que algunos interpretan como una cierta disponibilidad de sacrificio por la comunidad.

c) *La virtud de la obediencia a las leyes*: Los ciudadanos se comportan virtuosamente si obedecen las leyes que han sido producto de la deliberación participativa como expresión del autogobierno. Sería una formulación del principio de que existe la obligación moral de obedecer las leyes justas. Desde esta perspectiva, cabe plantear si es más virtuoso el enfoque de Sócrates, que obedeció las leyes de la ciudad que le había condenado a muerte, en una forma de positivismo ideológico, o el de Gandhi, que desobedecía las leyes con un objetivo político, en una forma de desobediencia civil<sup>67</sup>.

d) *La virtud de la solidaridad*: En la visión republicana, los ciudadanos no deberían ser indiferentes a la suerte de los demás, especialmente los que tienen necesidad. Como sostienen Camps y Giner, la solidaridad –la fraternidad– es la virtud esencial para la convivencia sobre la que se asienta el civismo, la fundamentación de toda sociedad decente<sup>68</sup>. Esta virtud, según Sebastián, es el reconocimiento práctico de la obligación natural que tienen los individuos y los grupos humanos de contribuir al bienestar de los que tienen que ver con ellos, especialmente de los más necesitados<sup>69</sup>. En este punto, los debates y desacuerdos tienen que ver con el enfoque etnocéntrico de la solidaridad de Rorty, donde “nuestro sentimiento de solidaridad se fortalece cuando se considera aquel con el que expresamos ser solidarios, es

---

<sup>66</sup> La dificultad reside en que esta razonabilidad, ese sentido de la justicia, no se desprende en la versión republicana de los compromisos y presupuestos de la teoría de la justicia como imparcialidad de Rawls. Es decir, es un presupuesto, distinto del de Rawls, de que los individuos tienen la lógica de la justicia, la razonabilidad. Esta visión chocaría con las posiciones que sostienen que los individuos sólo tienen una racionalidad del autointerés.

<sup>67</sup> En ambos casos se puede argumentar que la condena en el juicio de Sócrates era injusta y las leyes coloniales de la India eran injustas. Sin embargo, subsiste la pregunta sobre cuál de los dos comportamientos es más virtuoso.

<sup>68</sup> V. CAMPS; S. GINER, *Manual de civismo*, op. cit, p. 190.

<sup>69</sup> L. de SEBASTIAN, *La solidaridad*, Ariel, Barcelona, 1996, p 16.

‘uno de nosotros’, giro en el que ‘nosotros’ significa algo más restringido y más local que la raza humana”<sup>70</sup>. Cabe plantear que el acto solidario es también con la alteridad y no necesariamente se ha de encontrar la virtud en el vínculo exclusivo entre comunidad y solidaridad.

c) *La virtud del patriotismo / la virtud del cosmopolitismo*: La tradición republicana insistía en la relevancia del patriotismo. La conciliación de la vinculación con una comunidad particular y la adhesión a valores universales ha dado lugar a diversas posiciones que, en otro artículo<sup>71</sup>, he calificado de *patriotas, por tanto, cosmopolitas* –Habermas– y *patriotas, y además, cosmopolitas* –Taylor– dependiendo del acento universalista o particularista de su opción. La globalización supone un nuevo escenario que socava las lealtades exclusivistas. Desde esta perspectiva, he defendido la noción de virtud cosmopolita<sup>72</sup>. Como muestra del cambio de la noción de virtud cívica, desde la tradicional apelación al patriotismo, Sandel sostiene que “la virtud cívica distintiva de nuestro tiempo es la capacidad de negociar nuestra forma entre las obligaciones, algunas veces superpuestas, algunas veces conflictivas, que nos requieren y vivir con las tensiones que las múltiples lealtades reclaman”<sup>73</sup>.

d) *La virtud de la tolerancia*: Suele apelarse a la tolerancia como virtud cívica, sin embargo debería matizarse su alcance. Javier de Lucas ha sostenido que la tolerancia no debería considerarse una virtud pública ya que la constitucionalización de los derechos que garantizan el pluralismo, la igualdad y las libertades hacen innecesaria la tolerancia en el ámbito público. En este

<sup>70</sup> Esa es la razón por la que decir “debido a que es un ser humano” constituye la explicación débil, poco convincente, de una acción generosa R. RORTY, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Paidós, Barcelona, 1996, traducción de Alfredo Eduardo Sinnot, p. 209.

<sup>71</sup> O. PEREZ de la FUENTE, “Algunas estrategias para la virtud cosmopolita”, *Derechos y Libertades*, núm. 15, 2006, pp. 65-100.

<sup>72</sup> Lejos de presentarse como empresa utópica y alejada de referentes particulares, la característica básica de la virtud cosmopolita se compromete con desarrollar una *ética de la alteridad* que considera que una determinada posición moral se legitima precisamente en el tratamiento del *otro*. Por tanto, el ejercicio de esta virtud moral es compatible con afirmar la relevancia moral de una determinada identidad particular, que puede convertirse en cosmopolita en función de las condiciones específicas que establezca para el reconocimiento institucional de que su alteridad forma igual y recíprocamente parte de la Humanidad. O. PEREZ de la FUENTE, “Algunas estrategias para la virtud cosmopolita”, op. cit.

<sup>73</sup> M. J. SANDEL, *Democracy discontent*, Harvard University Press, 1996, p. 350.

sentido, afirma: “más aún, allí donde existe ese grado de reconocimiento jurídico, apelar a la tolerancia como principio público es rebajar los derechos”<sup>74</sup>. Otra paradoja sobre los límites de la tolerancia es la que advirtió Popper de si se debe ser *tolerante con los intolerantes*. La cuestión plantea cómo responder ante individuos o grupos que ejercen la intolerancia<sup>75</sup>. De esta forma, Eusebio Fernández afirma que “no puede haber tolerancia para los que atentan contra la dignidad humana, no se puede ser tolerante con los intolerantes”<sup>76</sup>.

f) *La virtud de la honestidad*: Pese a que la crítica de la corrupción es una constante en los escritos republicanos, en la actualidad no suele reivindicarse explícitamente la honestidad como virtud cívica. A este respecto, es interesante que un autor neotomista como Finnis elija la probidad y la honestidad como ejemplos de virtudes cívicas<sup>77</sup>. La cuestión que subyace es si la versión maquiavélica de la política y la consiguiente autonomía de lo político frente a lo ético no se pondrían en cuestión por la apelación a la honestidad. Sin embargo, esta consideración suele redundar en el descrédito de la política y la desafección de los ciudadanos.

<sup>74</sup> De Lucas afirma que “El interés por reclamar la institucionalización de la tolerancia como virtud pública, mejor, como principio jurídico y político, desaparece allí donde está garantizada la igualdad y las libertades; en mi opinión, la constitucionalización del pluralismo, la igualdad y las libertades, hace innecesaria la tolerancia en el ámbito público y resuelve las aporías del concepto “puro” de tolerancia, la discusión sobre la imposibilidad del carácter absoluto de la tolerancia”. J. de LUCAS, “¿Para dejar de hablar de la tolerancia?” DOXA, núm. 11, 1992, p. (117-125) 124.

<sup>75</sup> Popper describe la paradoja que supone que “nuestra devoción por la idea de tolerancia, estamos en peligro de destruir la libertad, y la tolerancia con ella. No quiero sugerir que el peligro sea inminente. Pero la ascensión al poder de varios dictadores totalitarios – de Lenin, de Mussolini, de Hitler–, la caída de la Checoslovaquia democrática en 1948 y la invasión en 1968 y muchos otros ejemplos, muestran qué puede pasar y cómo puede pasar. Debemos ciertamente tener un deber de aprender de estos acontecimientos: debemos aprender de la historia, y desde nuestros errores” K. POPPER, “Toleration and intellectual responsibility”, en S. MENDUS, D. EDWARDS, *On toleration*, Claredon press, Oxford, 1987, p. (17-34) 17.

<sup>76</sup> E. FERNÁNDEZ GARCIA, *Filosofía política y jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 81.

<sup>77</sup> Ejemplos para Finiss de elementos clave de la virtud cívica: imparcial y ferviente conciencia del deber –*dutifulness*–, probidad, honestidad y fidelidad J. FINISS, “Virtue and the Constitution of the United States”, *Fordham Law Review*, núm 69, 2000-2001, pp. (1595-1602) 1596-1697.

2.2.b) *Una revisión del razonamiento moral: las razones basadas en virtudes como razones excluyentes*

En la versión dialógica de la ética de las virtudes subsiste el problema de la indeterminación. De hecho, podrían darse desacuerdos entre los éticos de las virtudes en cómo actuar en una situación en concreto. El diálogo no haría sino poner de manifiesto los desacuerdos. En este contexto, Swanton propone dos modelos de razón práctica que se inspiran en la obra de Raz:

P1. *Es siempre el caso que se debe, todas las cosas consideradas, hacer lo que se debe hacer sobre la base del balance de razones*<sup>78</sup>.

P2 *Es siempre el caso que se debe, todas las cosas consideradas, actuar por una razón no derrotada*<sup>79</sup>.

Si se sigue P1 el desacuerdo entre las personas virtuosas persiste y parecería que no hay solución clara. Si se sigue P2 el desacuerdo no es tan serio<sup>80</sup>. La originalidad de este planteamiento es que considera que las razones basadas en virtudes funcionan como razones excluyentes en la terminología de Raz. Esto parte de considerar que existen *razones de segundo orden*, que es toda razón para actuar por una razón o para abstenerse de actuar por una razón. Y que una *razón excluyente* es una razón de segundo orden para abstenerse de actuar por alguna razón<sup>81</sup>. El sentido mismo de las razones excluyentes, afirma Raz, es evitar entrar en problemas de peso por medio de la exclusión de consideración de las razones excluidas, sin prestar atención al peso de las mismas. Su función es eludir la comparación lineal de razones y crear una estratificación distinta junto a la estratificación ordinaria. Esto sólo se logra si tienen éxito en su pretensión de excluir otras razones sin tomar en consideración su peso<sup>82</sup>.

Explica Swanton un ejemplo en el que tengo una razón para denunciar a mi amigo. Pero él es mi *amigo*. Aunque no es una razón que pese más que mis razones para denunciarlo, opera como una razón excluyente, un tipo de *restricción lateral*<sup>83</sup>. Está tomada fuera de la competición con otras razones. Por tanto no lo denuncio. Mi razón para no denunciarlo es la fuerza que “mi

<sup>78</sup> J. RAZ, *Razón práctica y normas*, op. cit, p. 41.

<sup>79</sup> J. RAZ, *Razón práctica y normas*, op. cit., p. 45.

<sup>80</sup> Ch. SWANTON, *Virtue ethics. A pluralistic view*, op. cit, p., 281.

<sup>81</sup> J. RAZ, *Razón práctica y normas*, op. cit, p. 44.

<sup>82</sup> J. RAZ, *Razón práctica y normas*, op. cit., p. 237.

<sup>83</sup> Es la traducción de *side constraints*.

no denuncia es expresiva de un rasgo de carácter valioso que está relacionado con una relación valiosa”<sup>84</sup>.

Es conocida la aplicación que realiza Raz de la noción de razones excluyentes para el seguimiento de normas legales, en el ámbito del razonamiento práctico. Pero lo que propone Swaton es una analogía como la articulación de las virtudes como razones excluyentes. Desde este punto de vista, Raz afirma “todo aquel que sigue un regla puede encontrarse a sí mismo en una situación en la que sabe que debe realizar el acto normativo y, sin embargo, tiene la característica reacción mixta en el sentido que actuar así no es del todo correcto, esto es, que hay un cálculo diferente de acuerdo con el cuál, él no debe realizar la acción”<sup>85</sup>. De forma similar, quien practica una virtud, podría tener una reacción mixta producida por que existe un cálculo distinto por el que no debe realizar tal acción. Sin embargo, las disposiciones y rasgos de carácter virtuosos excluyen otra clase de consideraciones o ponderaciones de razones. La clave de la estructura que propone Raz es el alcance que tengan las razones excluyentes que puede verse afectado por razones auxiliares denominadas “razones que afectan al alcance” y por la existencia de condiciones de cancelación<sup>86</sup>.

Lo interesante del planteamiento es que ante la pregunta: “¿qué tipo de persona debo ser?” La respuesta, según esta visión, es una persona virtuosa que es aquella que practica los hábitos y disposiciones de las virtudes, como modelos de excelencia humana. Ante la pregunta: “¿Cómo debo actuar?”, la respuesta, desde esta perspectiva, incorpora la visión de que las razones basadas en virtudes funcionan como razones excluyentes en el razonamiento práctico. Aunque habría algunas excepciones, las virtudes funcionarían como razones de segundo orden que excluirían las razones del primer orden.

Se analizará a continuación como funciona esta noción de la influencia de las virtudes en el razonamiento práctico, basándose en la propuesta de Koller sobre los tipos de normas morales. Su clasificación parte de la distinción, de Kant y Mill, entre deberes morales perfectos e imperfectos, por un

<sup>84</sup> Ch. SWANTON, *Virtue ethics. A pluralistic view*, op. cit., p. 284

<sup>85</sup> Continúa afirmando Raz: “Esto es prueba de que él sigue verdaderamente la regla como una norma de mandato, esto es, de que la considera como una razón excluyente que puede exigir de vez en cuando una acción contraria al balance de razones” J. RAZ, *Razón práctica y normas*, op. cit, p. 85

<sup>86</sup> J. RAZ, *Razón práctica y normas*, op. cit, p. 52.

lado, y la distinción entre deberes morales en el sentido de exigencias morales compulsivas e ideales supererogatorios que exceden los propios deberes morales<sup>87</sup>. De esta forma, Koller diferencia entre *exigencias morales estrictas*, *exigencias morales restringidas* y *fines moralmente condenables*.

*Exigencias morales estrictas*: Estas exigencias expresan deberes morales estrictos requiriendo determinadas conductas bajo ciertas condiciones; los deberes tienen prioridad no sólo sobre consideraciones de prudencia, sino también sobre otras pautas morales más débiles. Existen buenas razones para asumir que este tipo de exigencias morales incluyen los deberes morales ampliamente aceptados de no dañar a otras personas, como el deber de no matar o no herir a los demás, abstenerse de engañar a los otros, o respetar la propiedad de los demás, o mantener las promesas<sup>88</sup>.

Las virtudes, explica Koller, tienen la función de motivar a los individuos a un cumplimiento regular y duradero de estas reglas. Aunque puede considerarse que habitualmente uno cumple con su deber moral estricto en casos particulares, no es ciertamente habitual que se comporte de esa forma durante todo el tiempo, hasta en casos donde podría fácilmente violar esos deberes sin riesgo de ninguna sanción social<sup>89</sup>. Esto remite al tema de si los motivos de nuestras acciones responden en última instancia al cumplimiento de los deberes o a la práctica de las virtudes, que ya se ha analizado. La cuestión es que la mayoría de estas *exigencias morales estrictas* están respaldadas por normas jurídicas. Pero en este caso, desde la visión de la ética de las virtudes, se daría la *paradoja de la superfluidad del Derecho* que formuló Nino sobre la irrelevancia moral para el razonamiento práctico de las autoridades jurídicas. En este sentido, se pregunta ¿cuál es la relevancia de esa autoridad cuando sus prescripciones coinciden con las conclusiones de nuestra reflexión moral?<sup>90</sup> Raz hace alusión al aparente dilema de la autoridad moral de Dios donde se plantea que si la ley moral es válida porque emana de la voluntad de Dios o su validez es independiente de Dios. Donde en ambos casos, el dilema conduce a considerar que Dios

---

<sup>87</sup> P. KOLLER, "Law, Morality and Virtue", en R. WALKER, Ph. IVANHOE, (eds.), *Working virtue*, Clarendon Press, Oxford, 2009, pp. (191-206) 194.

<sup>88</sup> P. KOLLER, "Law, Morality and Virtue", op. cit, p. 195.

<sup>89</sup> P. KOLLER, "Law, Morality and Virtue", op. cit, p. 196.

<sup>90</sup> C.S. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 164.

es irrelevante a la moralidad<sup>91</sup>. Si se considera que una virtud actúa como razón excluyente, ésta tendría más peso que una regla jurídica que también fuese una razón excluyente. En los casos de coincidencia de la acción prescrita, la regla jurídica sería superflua<sup>92</sup>.

Otra cuestión relevante es qué ocurre, como planteaba Soller, en las situaciones que el incumplimiento de los deberes no comporta necesariamente una sanción. En ese caso, el cumplimiento del deber no está condicionado externamente y depende de los motivos del individuo, que en el caso que se analiza, están educados en un carácter virtuoso. En otras palabras, la virtud de los individuos garantizaría el cumplimiento de los deberes cuando éstos no impliquen una sanción en caso de incumplimiento.

*Exigencias morales restringidas:* Estas demandas requieren, explica Koller, una cierta forma de actuación que está dirigida a un estado de cosas sociales moralmente aceptable que puede ser logrado sólo por un tipo de división moral del trabajo. Existe un amplio acuerdo que este tipo de exigencias contiene aquellos deberes morales generales que requieren una acción positiva a favor de los otros sobre los que uno no tiene obligaciones especiales, sobre todo los deberes de caridad, como el deber de ayudar a las personas que lo necesitan. También se podría añadir los requerimientos de una razonable visión de la justicia social distributiva<sup>93</sup>.

En este caso debido a que son más susceptibles de deserción que los deberes morales estrictos, las virtudes pueden ayudar a actuar en contra de la tentación permanente y significativa de un cumplimiento insuficiente con los deberes establecidos por estas exigencias. Por tanto, podemos sentir una

---

<sup>91</sup> La justificación es que si la validez es independiente de Dios entonces Dios no es el último criterio ya que existe un criterio independiente para determinar su conformidad a la ley moral. Si la validez depende de la voluntad de Dios, cabe preguntar por qué obedecer la voluntad de Dios. Si la réplica es que se debe obedecer porque es bueno esto presupone un criterio moral independiente en que la voluntad de Dios es medida. Y volvemos al primer problema del dilema. J. RAZ, *Morality of freedom*, Oxford University Press, 1988, p. 31.

<sup>92</sup> Raz afirma una perspectiva parecida cuando dice: "Si una regla está justificada por ciertas razones, entonces o bien la acción que exige es invariablemente la acción exigida por las razones subyacentes, en cuyo caso se podría confiar de la misma forma en la razón que en la regla, o bien la acción que la regla exige se desvía de la acción justificada por las razones subyacentes. Por lo tanto, las reglas o son redundantes o injustificadas" J. RAZ, *Razón práctica y normas*, op. cit, p. 242.

<sup>93</sup> P. KOLLER "Law, Morality and Virtue", op. cit, p. 195.

vergüenza<sup>94</sup> moral, cuando estamos confrontados con las injusticias y males sociales que resultan del hecho que el comportamiento descoordinado de los individuos falla para lograr un estado de cosas sociales moralmente aceptable, una vergüenza moral que por si misma nos conduce a contribuir a la reforma social<sup>95</sup>. Parece que estas *exigencias morales restringidas* chocarían con la visión de los seres humanos como egoístas y auto interesados, que es la base de la noción de *homo economicus*.

La noción de virtud como razón excluyente respecto de las *exigencias morales restringidas* se analizará respecto de la virtud de la solidaridad. Al final de la obra *Razón práctica y normas*, Raz se pregunta ¿puede ser intrínsecamente valioso evitar guiarse por una razón (válida)?<sup>96</sup> Responde que, en principio, las razones excluyentes pueden considerarse intrínsecamente valiosas y esto supone que las personas han de escoger entre bienes diferentes, el desechar algunos bienes, el abandonar algunas razones para la acción, es un parte inevitable de las personas buenas, e incluso de las personas ideales<sup>97</sup>.

La reconstrucción para la ética de las virtudes del enfoque de Raz sería que existen una serie de razones que son excluidas por una razón de segundo orden, denominada razón excluyente. Esta razón excluyente estaría vinculada a un rasgo de carácter que se considera virtuoso, en este caso la solidaridad. Más específicamente, funcionaría como una razón protegida, que Raz explica que "es una combinación sistemática del acto que se ha comprometido a realizar, o el acto exigido por la regla -o por la virtud<sup>98</sup>-, y una razón excluyente para no actuar por ciertas razones (en pro o en contra de ese acto)"<sup>99</sup>. Desde esta perspectiva, reformulando según la ética de las virtudes la noción de razón protegida que ofrece Raz, el enunciado sería:

RP) *Toda virtud que exija la realización de una acción (o su omisión) es una razón para la realización (u omisión) de esa acción y también una razón excluyente para no actuar sobre la base de razones en conflicto que no sean ellas mismas virtudes*<sup>100</sup>.

El planteamiento sería si se quiere practicar la virtud de la solidaridad está no funcionaría como una razón más según su peso, sino que sería una

<sup>94</sup> Es la traducción de *shame*. Que también puede traducirse por pena.

<sup>95</sup> P. KOLLER, "Law, Morality and Virtue", op. cit, p. 196.

<sup>96</sup> J. RAZ, *Razón práctica y normas*, op. cit, p. 249.

<sup>97</sup> J. RAZ, *Razón práctica y normas*, op. cit, pp. 249-250.

<sup>98</sup> Este añadido entre guiones es mío.

<sup>99</sup> J. RAZ, *Razón práctica y normas*, op. cit, p. 238.

<sup>100</sup> J. RAZ, *Razón práctica y normas*, op. cit, p. 166.

razón de otra clase, de segundo orden, que excluiría el balance de razones, de primer orden. Esta podría ser una explicación de por qué el balance de razones podría dar como resultado una razón que persiga el auto interés del individuo y por qué el individuo es precisamente virtuoso al comportarse de forma solidaria ya que su virtud funciona como una razón protegida.

En una obra titulada *Engaging reason*, Raz estudia las relaciones entre acción, práctica y valor<sup>101</sup>. Entre las cuestiones que se analizan está precisamente si existe un conflicto entre la moralidad y el auto interés. Desarrolla una serie de argumentos que contienen ejemplos de situaciones de sacrificio o persecución de fines personales con repercusiones adversas en el bienestar. Finalmente, Raz concluye que “al menos normalmente el propio bienestar no es una razón para la propia acción. Los juicios sobre el bienestar, de cómo tan buena la vida de una persona es o era, son juicios evaluativos, pero no son guías para acciones, al menos no para la personas cuyo bienestar está en cuestión”<sup>102</sup>. El punto clave de la exposición de Raz es que las razones para la acción son únicas, no existe un doble nivel, como prudencia, comprometida según la contribución al bienestar, y como moralidad, comprometida según el peso de las razones morales<sup>103</sup>. En la obra *La posibilidad del altruismo*, Nagel analiza las razones para la acción como sujetas a la condición formal de objetividad, que depende a su vez, de nuestra capacidad para vernos nosotros mismos tanto desde un punto de vista personal como del impersonal<sup>104</sup>. Proporcionando el impersonal, una visión del

<sup>101</sup> Su visión parte de lo que denomina *enfoque clásico* de la agencia humana, que se basaría en Platón y Aristóteles. Este enfoque se caracterizaría por la noción que sostiene que la clase central de acciones humanas son las intencionales; las acciones intencionales son acciones por una razón; y las razones son hechos en virtud de los cuales estas acciones son buenas en algún aspecto o algún grado. S. RAZ, *Engaging reason*, Oxford University Press, 1999, p. 23.

<sup>102</sup> J. RAZ, *Engaging reason*, op. cit, p. 315.

<sup>103</sup> Raz afirma que “Esta refutación no presupone la división entre la supuesta prudencia y la moralidad. No se puede decir que la consideración moral tiene dos vidas, una vida como consideración “prudencial”, donde su peso está determinado por su contribución al bienestar de agente, y una vida diferente, con diferente peso, como una consideración moral. Más bien, la refutación asume, de forma consistente con la visión clásica, que la consideración es una y su peso o rigurosidad es otra. Su peso está determinado por su naturaleza, no como un ejemplo de una clase de razones morales, sino como siendo lo que es. Y no tiene un peso “prudencial” diferente. Podemos decir que actuando de conformidad con aquella tiene ciertas consecuencias para el bienestar de uno. Pero esto no implica que tengamos una razón separada para seguir o actuar conforme al bienestar J. RAZ, *Engaging reason*, op. cit, p. 314.

<sup>104</sup> Th. NAGEL *La posibilidad del altruismo*, Fondo de Cultura Económica, México, traducción de Ariel Dillon, 2004, p. 154.

mundo sin dar la localización de uno en él<sup>105</sup>. De esta forma para la moralidad, serían esenciales el reconocimiento de la realidad de otra persona y la capacidad de ponerse en su lugar<sup>106</sup>. Así, afirma Nagel, existe la “posibilidad” del altruismo en el reconocimiento presumiblemente universal de la realidad de otras personas, sin embargo, el altruismo no es ni remotamente universal, puesto que continuamente bloqueamos los efectos de ese reconocimiento<sup>107</sup>. Lo que se pretende mostrar con estos enfoques de Raz y Nagel es que las razones para la acción no son sinónimo de autointerés egoísta, existe la posibilidad de comportamientos altruistas y solidarios. En esos casos, la virtud de la solidaridad funcionaría como una razón excluyente, que dejaría de lado el balance de otras razones, que serían razones de primer orden.

*Fines morales condenables*: Estas pautas, afirma Koller, recomiendan determinadas formas de actuar, la realización de la cuales parece como altamente deseable, pero no pueden ser generalmente requeridas a los individuos, porque estos requerimientos no aparecen racionalmente aceptables desde un punto de vista imparcial. Son ejemplos de actividades beneficiosas para las personas con necesidad que comportan sacrificios, o acciones heroicas de resistencia política contra regimenes despóticos<sup>108</sup>. Las virtudes morales sirven al objetivo de motivar a los individuos en formas que exceden sus deberes morales, pero son deseables desde un punto de vista general<sup>109</sup>.

Los actos supererogatorios tienen algo de misterioso. En este sentido, Kawall afirma que lo supererogatorio no puede ser explicado adecuadamente por la tradicional división de acciones en lo obligatorio, lo prohibido y lo permitido<sup>110</sup>. Desde esta perspectiva, Trianosky propone la siguiente definición:

(O) *Un acto obligatorio es un acto cuya realización es requerida y su omisión está prohibida.*

(S) *Un acto supererogatorio es un acto cuya realización es recomendada pero no requerida y cuya omisión está permitida más que prohibida*<sup>111</sup>.

<sup>105</sup> Th. NAGEL, *La posibilidad del altruismo*, op. cit, p. 113.

<sup>106</sup> Th. NAGEL, *La posibilidad del altruismo*, op. cit,, p. 93.

<sup>107</sup> Th. NAGEL, *La posibilidad del altruismo*, op. cit,, p. 155.

<sup>108</sup> P. KOLLER “Law, Morality and Virtue”, op. cit, p. 195.

<sup>109</sup> P. KOLLER, “Law, Morality and Virtue”, op. cit, p. 196.

<sup>110</sup> J. KAWALL, “Virtue theory, ideal observers and the supererogatory”, *Philosophical studies*, núm. 146, 2009, pp. 179-196.

<sup>111</sup> G.W. TRIANOSKY, “Wrongdoing and Vice: On the Autonomy of the Ethics of Virtue”, *The Journal of Philosophy*, vol. 84, núm. 1, 1986, p. (26-40) 26.

Esta formulación tiene algo de paradójico. La cuestión relevante es cómo enjuiciar este tipo de actos. Trianosky sostiene que existen al menos dos tipos de juicios morales negativos que tienen como objeto a las personas: los juicios *deónticos* negativos de la persona y los juicios *areteicos* negativos de la persona<sup>112</sup>. Este autor sostiene que en los actos supererogatorios ningún juicio *deóntico* negativo puede realizarse apropiadamente para la persona que no lo realiza. En particular, el agente no puede ser culpabilizado. Pero de esto no se sigue que ningún juicio *areteico* pueda ser realizado apropiadamente; el agente puede haber actuado por un motivo menos-que-virtuoso o incluso, un motivo vicioso<sup>113</sup>.

La persona completamente virtuosa está dispuesta a hacer lo que la moralidad requiere y lo que sólo recomienda, y tiene los rasgos de apoyo que sean suficientes para mantener este compromiso en seres humanos<sup>114</sup>. Una persona completamente virtuosa está siempre dispuesta a hacer más de lo que está requerido<sup>115</sup>.

En su análisis del razonamiento práctico, Raz presta atención a los actos supererogatorios. Parte de la explicación de que dejar de realizar este tipo de actos parece incorrecto pero excusable. Pero esta no es la forma habitual de enfocar esta cuestión, más bien se piensa que normalmente está permitido abstenerse de la supererogación. De ahí que no haya lugar a una excusa por no hacer tales acciones. Raz se pregunta “¿cómo puede estar permitido abstenerse de una acción que es exigida por la razón? La solución ha de hallarse en la noción de permisión excluyente, una permisión

<sup>112</sup> Explica Trianosky que los juicios deónticos negativos de las personas presuponen lógicamente juicios sobre la incorrección de algún acto particular del agente. Los juicios de culpabilidad son ejemplos paradigmáticos: lógicamente presuponen un juicio de la incorrección de un acto por el que el agente es considerado culpable. Juicios de culpabilidad, falta, o negligencia, o juicios de responsabilidad por reparaciones, son también juicios deónticos de la persona. Los juicios areteicos de la persona presuponen un juicio sobre el vicio de algún estado afectivo o conativo del agente. Existen de dos tipos: aquellos que presuponen juicios sobre el vicio de rasgos y disposiciones y aquellos que presuponen juicios sobre el vicio de motivos o estados del acontecimiento. G.W. TRIANOSKY, “Wrongdoing and Vice: On the Autonomy of the Ethics of Virtue”, op. cit., p. 29.

<sup>113</sup> G.W. TRIANOSKY,, “Wrongdoing and Vice: On the Autonomy of the Ethics of Virtue”, op. cit, pp. 29-30.

<sup>114</sup> G.W. TRIANOSKY, “Wrongdoing and Vice: On the Autonomy of the Ethics of Virtue”, op. cit, p. 31.

<sup>115</sup> G.W. TRIANOSKY,, “Wrongdoing and Vice: On the Autonomy of the Ethics of Virtue”, op. cit, p. 31.

para no actuar sobre la base de ciertas razones. Un acto es un acto supererogatorio sólo si es un acto que se debe hacer sobre la base de un balance de razones y, sin embargo, está permitido no actuar sobre la base del balance de razones<sup>116</sup>.

En la obra posterior *Engaging reason*, en cambio, Raz sostiene que la moralidad de lo correcto y lo equivocado no es exhaustiva. Muchos actos morales son supererogatorios<sup>117</sup>. Más adelante, afirma que es engañoso pensar en la moralidad como consistente o en deberes o en supererogación. Muchas consideraciones morales están entre estos dos ámbitos<sup>118</sup>. De lo que se podría deducir que la teoría de Raz ha evolucionado o bien, la noción de permisión excluyente no es una razón concluyente en todos los casos. Es decir, existe un espacio en las razones para la acción para los actos supererogatorios. La explicación debería venir de una razón de segundo orden, una razón excluyente basada en la virtud de la solidaridad, que tuviera más peso que la permisión excluyente. Dicho en otras palabras, en ocasiones, la moralidad requiere ir más allá del estricto cumplimiento de un deber, pero esto está vinculado a disposiciones y rasgos de carácter que se consideran virtuosos.

### 2.2.c) La tesis de la unidad de las virtudes

Podría seguir argumentándose que la ética de las virtudes está parcialmente indeterminada y no ofrece una guía clara para la acción. La *norma de clausura* sería la tesis de la unidad de las virtudes. En su versión débil, afirma Swanton, que es el caso que para tener una particular virtud, se debería al menos vivir con las consideraciones morales que pertenecen a las otras virtudes. En su versión fuerte, ninguna acción puede manifestar a la vez una virtud y un vicio<sup>119</sup>. Según Honderich, en la ética de Sócrates, Platón y Aristóteles, se partía de una idea clave que cada virtud requiere que uno sea sensible a las reivindicaciones potencialmente inconsistentes derivadas de otras virtudes, por tanto, al final uno no puede realmente poseer una virtud sin poseer todas ellas<sup>120</sup>. En este sentido, MacDowell sostiene que “ninguna vir-

<sup>116</sup> J. RAZ, *Razón práctica y normas*, op. cit, p. 107.

<sup>117</sup> J. RAZ, *Engaging reason*, op. cit, p. 243.

<sup>118</sup> J. RAZ, *Engaging reason*, op. cit, p. 269.

<sup>119</sup> Ch. SWANTON, *Virtue ethics. A pluralistic view*, op. cit, p. 286.

<sup>120</sup> T. HONDERICH, *The Oxford companion to Philosophy*, op. cit, p. 948.

tud puede ser completamente poseída excepto por los poseedores de todas ellas, esto es, por el poseedor de la virtud en general<sup>121</sup>.

Habría una denominada "Posición Intermedia"<sup>122</sup>, que defiende Walker que sostendría que no es posible poseer todas las virtudes en un alto grado: existiría un omnipresente y serio desacuerdo entre las personas especializadas en ciertas virtudes. En cambio, Swanton sostiene que es posible poseer todas las virtudes en un alto grado. La realización de esta posibilidad deja aun, no obstante, espacio para el desacuerdo y el conflicto moral. Pero la naturaleza de este desacuerdo supone una indeterminación no seria, más que una seria y omnipresente incompatibilidad del juicio<sup>123</sup>.

Esta tesis sobre la *unidad de las virtudes* tiene particular importancia en el contexto de las virtudes cívicas que defiende el republicanismo y en las acusaciones que recibe como una opción perfeccionista. En este sentido, Gargarella al marcar la diferencias entre comunitarismo y republicanismo afirma que el segundo no necesita comprometerse con el respeto a una concepción moral robusta, sino con ciertos valores, en todo caso, "institucionalmente circunscritos". Puede desinteresarse, en principio, del modo particular en que vivan los ciudadanos, sus ideales del bien, las prácticas que adopten, del modo en que se relacionen con los demás, en tanto y cuanto preserven un compromiso activo con el bien público, con la suerte de los demás, y así, con la suerte de la comunidad<sup>124</sup>. Desde este punto de vista, Peña afirma que la virtud cívica es una virtud pública, es decir, referida a la actividad de los ciudadanos en el espacio público y, por tanto, una teoría política que propugne la virtud cívica no tiene por qué dictar nada acerca de cómo hayan de vivir los ciudadanos sus vidas privadas; la idea de una legislación paternalista en cuestiones morales no es el corolorario obligado de la apología de la moralidad política<sup>125</sup>.

Parecería que el republicanismo sí defiende la separación entre el ámbito público y privado de las virtudes. Sin embargo, esto puede ser algo aparente. Si, por ejemplo, la solidaridad es considerada una virtud cívica es difícil trazar esa distinción tan nítidamente. Otra cuestión relacionada es que si el Estado

<sup>121</sup> J. MACDOWEL, "Virtue and reason", *Monist*, núm. 62, 1979, pp. 332-3. citado por Ch. SWANTON, *Virtue ethics. A pluralistic view*, op. cit, p. 286.

<sup>122</sup> A.D.M. WALKER, "Virtue and character", *Philosophy*, núm 64, 1989, pp. 349-362.

<sup>123</sup> Ch. SWANTON, *Virtue ethics. A pluralistic view*, op. cit, p. 287.

<sup>124</sup> R. GARGARELLA, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, op. cit, p. 180.

<sup>125</sup> J. PEÑA, "El retorno de la virtud cívica", op. cit., p. 99.

utiliza el vocabulario moral de las virtudes, la apelación a los rasgos de carácter que suponen modelos de excelencia humana, para las cuestiones públicas podría parecer incoherente no predicarlo para las cuestiones privadas. Eso supondría algo así como que el carácter de los individuos sólo debería ser virtuoso en el ámbito público, pero como se ha visto, esto está en tensión con la concepción del *homo economicus*. Es significativa la posición de Nino cuando considera que “es difícil sostener esta distinción ya que el carácter humano constituye un todo unitario, o creer que los vicios privados no tienen influencia en las virtudes públicas, tales como la necesidad de tomar posiciones imparciales. La promoción de las virtudes públicas puede interferir con las inclinaciones privadas, simplemente a causa de la existencia de limitaciones materiales. Por ejemplo, si la virtud cívica fuera promovida por el Estado y actividades tales como la participación política fueran alentadas, las personas tendrían menos oportunidades de perseguir sus intereses privados”<sup>126</sup>.

El enfoque republicano de las virtudes cívicas va en contra de dos importantes principios liberales. El primero que el Estado debe permanecer neutral sobre las concepciones sustantivas del bien de los ciudadanos. El segundo es la separación entre la esfera pública y la esfera privada, donde la intervención estatal se justificaría en el principio, que enunció Mill, del daño a terceros. Como afirma Gargarella, tales virtudes requieren ser “cultivadas” por el poder público, lo cual implica, de un modo u otro, la persistente y amplia utilización de los poderes coercitivos del Estado: para el republicanismo resulta aceptable, por ello, que el Estado se comprometa activamente con cierto/s modelo/s de excelencia humana<sup>127</sup>. La cuestión tiene varias dimensiones. La primera línea de debate es si realmente es posible tal neutralidad estatal y hasta que punto la supervivencia del sistema político necesita de determinados acuerdos sobre valores sustantivos. La segunda cuestión tiene que ver con las relaciones entre virtud y autonomía individual, y hasta que punto la imposición de la primera no supone una limitación injustificada de la segunda.

La noción que subyace a la distinción entre la esfera pública y la esfera privada es concebir la política, el espacio público, como un consenso sobre valores procedimentales mientras que las materias conflictivas, moralmente sustantivas, son consideradas un asunto privado. Es la estrategia liberal de priva-

<sup>126</sup> C.S. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, op. cit, p. 141.

<sup>127</sup> R. GARGARELLA, “El carácter igualitario del republicanismo”, *Isegoria*, núm. 33, 2005, p. (175-189) 183.

tizar el disenso. Esta visión conlleva que la esfera pública, basada en un consenso de valores procedimentales, debe permanecer neutral en cuestiones que impliquen concepciones sustantivas de la moralidad. ¿Afectan las virtudes cívicas a la neutralidad estatal? Las visiones liberales, explica Beckman, prefieren una justificación instrumental de las virtudes. De acuerdo con el liberalismo político de Rawls, las personas necesitan ser virtuosas por dos razones. Una razón es instrumental: para asegurar los valores e instituciones liberales los individuos necesitan aceptar las virtudes de la justicia, cooperación, etc. Otra razón es política: cada ciudadano necesita aceptar que todos los ciudadanos poseen la capacidad de elección y autonomía. En una sociedad rawlsiana las virtudes o son ejercidas por razones instrumentales o no son ejercidas de ninguna forma. Este liberalismo de Rawls no expresa una idea sobre la ética o la vida buena y por tanto no habla de virtudes intrínsecas<sup>128</sup>. La teoría de Dworkin es esencialmente una doctrina sobre la virtud de la individualidad. La buena vida es una vida independiente donde los fines auténticos son perseguidos en una forma auténtica. La doctrina de Dworkin consecuentemente presenta una concepción de una forma de vida liberal, pero una forma peculiar. Lo que importa no es lo que la gente hace. Las virtudes de la reflexión y de la independencia son aceptadas por razones intrínsecas: son elementos constitutivos del ideal liberal. Pero estas virtudes son concepciones de segundo orden, esto significa que estas virtudes son buenas porque permiten a los individuos perseguir otros fines y valores. En otras palabras, las virtudes liberales de segundo orden son *medios*, aunque éticamente necesarias<sup>129</sup>.

Cabe realizar una importante distinción, en terminología de Beckman, entre las *virtudes instrumentales* o las *intrínsecas*. Según las virtudes instrumentales, una virtud particular es valiosa cuando contribuye a algo más que es valioso. Es la versión hobbesiana de acuerdo con la cual las virtudes son valiosas sólo porque son necesarias para establecer la paz. Por otra parte, algunas virtudes pueden ser consideradas valiosas porque son valiosas en sí mismas<sup>130</sup>. Esta noción de las virtudes instrumentales es criticada por Ovejero cuando afirma que “no parece muy razonable llamar “virtuoso” a un comportamiento interesado o instrumental. La virtud se corresponde, en una caracterización no muy exigente, con “la acción correcta por las razones

<sup>128</sup> L. BECKMAN, *The liberal State and the politics of virtue*, Transactions Publishers, New Brunswick., 2001, p. 258.

<sup>129</sup> L. BECKMAN, *The liberal State and the politics of virtue*, op. cit, pp. 258-259.

<sup>130</sup> L. BECKMAN, *The liberal State and the politics of virtue*, op. cit, p. 22.

correctas". Esto excluye, por definición, el comportamiento "virtuoso" por razones ulteriores, porque "resulta conveniente" (lo que no impide, por supuesto, que tenga consecuencias convenientes, sólo que tales consecuencias no están en el origen del comportamiento)"<sup>131</sup>.

La caracterización de la virtud, que propone Ovejero, está más próxima a la premisa metaética del deontologismo que a la ética de las virtudes. Sin embargo, sorprende que frente a la crítica rawlsiana del *zoon politikon* y la concepción aristotélica de la política, Ovejero abogue por considerar que las virtudes cívicas de la participación son virtudes instrumentales y no virtudes intrínsecas. De esta forma, sostiene que "lo que busca y lo que justifica la democracia, son las buenas leyes. Ese es el valor -instrumental- de la democracia. Al decidir cómo vivir, al realizar algo exitosamente, tiene la posibilidad, sólo la posibilidad, de experimentar la política como realización. Pero la autorrealización no constituye el fundamento o la justificación de la democracia, aunque se autorrealicen en la política, los ciudadanos no deliberan para autorrealizarse, sino para decidir correctamente. La democracia (deliberativa, participativa) no se justifica por la autorrealización, sino porque constituye el mejor procedimiento para decidir sobre la vida compartida"<sup>132</sup>.

Esta visión es interesante, pero plantea algunas dudas. Si sólo las buenas leyes están en el origen de las virtudes cívicas, que de esta forma son instrumentalmente valiosas. ¿Qué ocurre cuando el resultado de la deliberación es una mala ley? ¿O es que todo resultado de una deliberación democrática conduce una buena ley? En este punto es interesante que Martí Mármol considere que el procedimiento democrático deliberativo funciona como un mecanismo de *justicia procesal imperfecta*<sup>133</sup>. Esta terminología propuesta por Rawls alude a que, si bien existe un criterio independiente para el resultado correcto, no hay ningún procedimiento factible que conduzca a él con seguridad<sup>134</sup>.

<sup>131</sup> F. OVEJERO "Republicanism: el lugar de la virtud", op. cit, pp. 102-103.

<sup>132</sup> F. OVEJERO "Republicanism: el lugar de la virtud", op. cit, p. 113.

<sup>133</sup> J.L. MARTÍ MÁRMOL, *La república deliberativa*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p.117.

<sup>134</sup> Rawls realiza una analogía con los juicios: aun cuando se obedezca cuidadosamente al derecho, conduciéndose el procedimiento con equidad y corrección, puede llegarse a un resultado equivocado. Un hombre inocente puede ser declarado culpable, y un culpable puede ser puesto en libertad. Por el contrario, la *justicia puramente procesal* se da cuando no hay un criterio independiente para el resultado correcto, en su lugar existe un procedimiento correcto o imparcial tal, que el resultado sea igualmente correcto o imparcial, sea el que fuere, siempre y cuando se ha observado debidamente el procedimiento." J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, traducción de María Dolores González, 1993, pp. 108-109

De esta forma, la democracia deliberativa no garantiza necesariamente el éxito de la decisión, no es un mecanismo de justicia puramente procesal. Es relevante que Ovejero sostenga que “no está justificado el temor de Rawls a que tengamos que ‘tutelar’ una correcta naturaleza humana cuya realización es imposible garantizar. Los problemas son otros, la existencia de las disposiciones cívicas y de las condiciones materiales sociales, para su desarrollo, para su ‘despliegue’ para decirlo a lo Hegel”<sup>135</sup>. La ética de las virtudes muestra cómo éstas son modelos de excelencia humana que tienen que ver con rasgos de carácter. Los hábitos, prácticas y disposiciones que componen el compromiso cívico surgen de alguna forma de educación de la naturaleza humana. Estos compromisos metaéticos deberían ser asumidos, sin complejos, por los defensores de las virtudes cívicas.

### 3. ALGUNAS CONCLUSIONES

La apelación a las virtudes cívicas es una constante de la propuesta republicana. Sin embargo, no es habitual atender a los compromisos que supone sostener una *ética de las virtudes*. Algunas posiciones aunque nominalmente hablan de virtudes, parecen referirse a una serie de deberes de ciudadanía de naturaleza imprecisa. La ética de las virtudes supone un enfoque metaético, distinto del deontologismo y del consecuencialismo, con su propia idiosincrasia, que no ha sido demasiado explorado en el ámbito del discurso público. El hecho de que existan tensiones no resueltas sobre las concepciones de las virtudes no ha de menoscabar la potencialidad del enfoque. En este sentido, una posibilidad que se ha analizado es incorporar las virtudes al discurso del razonamiento práctico, donde los comportamientos altruistas y solidarios jugarían un papel, en ocasiones más allá del deber, en la racionalidad humana.

Uno de los aspectos más originales del discurso republicano es la invocación a las virtudes cívicas de los ciudadanos. Es, propiamente, el lenguaje moral del republicanismo. La ética de las virtudes tiene algunas dificultades, como la circularidad en su definición o la indeterminación, y algunas ventajas, como ser una ética basada en el agente, que propone modelos de excelencia humana y supone que los individuos se comportarán moralmente, más allá del deber o de la previsión de una sanción. Existen tensiones y

---

<sup>135</sup> F. OVEJERO, “Republicanism: el lugar de la virtud”, op. cit, p. 125.

desacuerdos sobre la noción de virtudes cívicas, pero no se puede perder de vista que éstas son necesarias para el éxito de la democracia. La educación tiene un papel primordial en este ámbito. La ecuación, no siempre fácil de combinar, es hacer compatible el enfoque de las virtudes cívicas con el respeto de la autonomía individual donde la separación de la esfera pública y privada juega su papel. Quizá la democracia necesita de una épica, que no consista en gestas de héroes, sino más bien, en las virtudes *humildes*, pero fundamentales, de sus propios ciudadanos.

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE  
*Instituto Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
*c/ Madrid, 126*  
*Getafe 29803 Madrid*  
*e-mail: oscar.perez@uc3m.es*



## LAS TRANSFORMACIONES DE LA FAMILIA TRADICIONAL Y LA IGUALDAD SEXUAL\*

CHANGES IN THE TRADITIONAL FAMILY AND SEXUAL EQUALITY

M<sup>a</sup> OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ  
Universidad de Cantabria

Fecha de recepción: 1-3-09  
Fecha de aceptación: 20-7-09

**Resumen:** *En los últimos años se está produciendo un intenso debate en torno a la crisis de la familia tradicional: matrimonial, heterosexual, indisoluble y de desigualdad sexual. El reconocimiento de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres ha tenido como consecuencia algunos cambios importantes en aquella familia sustentadora de una cultura patriarcal. La realidad social actual muestra una pluralidad de estructuras familiares que no se ha traducido en una idéntica valoración jurídica de todas ellas. Sin embargo, la equivalencia en las funciones familiares que las diversas familias cumplen, debería merecer un tratamiento jurídico cuyas diferencias sólo estuvieran justificadas por sus necesidades específicas. Sólo una regulación en tal sentido haría real la libertad de elegir la forma de convivencia familiar más acorde a los deseos de sus integrantes y una protección eficaz de la familia.*

**Abstract:** *In the last years there's been a great discussion about the crisis of the traditional family: maritally bonded, heterosexual, unbreakable and based on sexual inequality. The acknowledgement of legal equality between men and women has produced some important changes in that family considered as an ideal model in a patriarchal culture. Nowadays the existence of multiple family structures in the society hasn't been translated in an equal legal status. But the equivalent functions of every type of family should deserve an identical legal treatment and only their specific needs would justify differences in the law. Acting that way the freedom to choose a certain form of family bondage would truly become a real and protected option.*

---

\* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 "El tiempo de los derechos". CSD2008-00007.

**Palabras clave:** familia tradicional, igualdad sexual, pluralidad de estructuras familiares.

**Keywords:** traditional family, sexual equality, multiple family structures.

## 1. EL MODELO FAMILIAR TRADICIONAL: MATRIMONIAL, INDISOLUBLE Y HETEROSEXUAL.

La familia constituye el primer nivel de integración social del individuo, su primera escuela de disciplina, un lugar de desarrollo personal. Un elemento, por tanto, fundamental en la formación de ciudadanos<sup>1</sup>. Rousseau expresó claramente la continuidad que existía entre la familia y el Estado y lo hizo afirmando que el amor que se debe al Estado tiene su principio en el amor natural hacia los más cercanos. Por eso, la familia es “la pequeña patria por la que el corazón se une a la grande”, y son “el buen hijo, el buen marido y el buen padre quienes hacen el buen ciudadano”<sup>2</sup>. La familia no es, al menos no sólo, una institución natural. Su importancia trasciende a las relaciones privadas que se desarrollan entre sus miembros. Es una institución social y jurídica de cuyo control político-jurídico nunca se ha prescindido. De hecho el Estado ha pretendido estar presente en la familia desde el mismo momento de su constitución, fijando los requisitos para poder constituir o disolver familias, formalizando las uniones familiares, estableciendo derechos y obligaciones entre los cónyuges o los miembros de la pareja y entre hijos y padres, incluso disuelta la unidad familiar.

Pero la familia no es sólo tampoco una realidad jurídica, es una forma de vida en común, en la que los afectos tienen un papel central y que se desarrolla en un ámbito cultural, laboral, económico, moral y religioso al que no puede permanecer ajena. De hecho históricamente la familia ha demostrado una gran versatilidad adaptándose a las diversas transformaciones del entorno que la rodea<sup>3</sup>. En la actualidad, precisamente, asistimos a uno de esos momentos de cambio en los que el funcionamiento familiar se acomoda

---

<sup>1</sup> Ya Platón evidenciaba la relación entre la familia y la polis. La comunidad de mujeres e hijos constituye un modelo de familia, o más bien de no familia, dirigida al mejor funcionamiento de la ciudad. Cfr. PLATÓN, *La República*, trad. J. M. Pabón y M. Fernández Galiano, Alianza, Madrid, 1998, Libro V, 451 a 461, pp. 263-282.

<sup>2</sup> J.J. ROUSSEAU, *Emilio o De la educación*, trad. M. Armiño, Alianza, Madrid, 1990, p. 491.

<sup>3</sup> Cfr. G. ASTOR RAMOS, *La familia en España. Sociología de un cambio*, Sígueme, Salamanca, 2002.

mejor a las nuevas circunstancias vitales en las que se desarrolla que las normas jurídicas que la regulan.

Se ha pasado de un modelo familiar casi en exclusiva a una pluralidad de estructuras familiares. Sin embargo, lo novedoso no es tanto la variedad de realidades familiares como el incremento de las personas que se acogen a distintos modelos familiares y, sobre todo, el reconocimiento social como tales familias. La paternidad o maternidad ejercida en solitario, la homosexualidad en pareja, los amantes que no se casan, las separaciones matrimoniales, o las sucesivas uniones entre personas previamente separadas de anteriores parejas han existido siempre. Pero han sido muy minoritarias y han estado acompañadas de apelativos peyorativos tales como familias desestructuradas, incompletas, rotas, defectuosas, descompuestas o problemáticas. Hoy la pretendida línea divisoria entre la normalidad y la anormalidad de la familia va perdiendo aquellos claros perfiles demarcadores que se acomodaron a momentos y contextos concretos y que cada vez son más difíciles de justificar y mantener.

Ante una realidad familiar cambiante, plural, y cada vez más compleja, se ha producido en los últimos años un debate de gran intensidad en torno a la familia, que oscila desde su consideración como una situación peligrosa para el mantenimiento de la estructura social y sus valores tradicionales - aquellos que hacían de la familia un lugar de formación en disciplina, espíritu de sacrificio y solidaridad- a la de una situación de crisis que precisa de una atención inmediata por parte de las instancias políticas y las instituciones jurídicas.

Pero la familia no está en crisis. No ha retrocedido su importancia social, no ha dejado de ser aquel lugar apto para formar ciudadanos. Como siempre la familia sobrevive y se reinventa en una sociedad en que las condiciones de vida democrática y pluralista impregnan la vida privada a través de la vida familiar, y entonces pierde su monopolio y muestra síntomas de debilidad la familia tradicional. Pero, como institución cultural y social, no hay un modelo universal de familia sino distintos modelos que se han ido sucediendo a lo largo de la historia. La denominada familia tradicional es uno de tantos modelos que se fraguó en la modernidad y que encontró un buen acomodo en el desarrollo de la sociedad industrial. El desplazamiento del campo a las ciudades y la movilidad del trabajador industrial produjo el cambio de la familia extensa a la familia nuclear, formada básicamente por padres e hijos; una economía centrada en la producción y en la división fun-

cional del trabajo incidió en la división sexual del mismo, cuyas bases ya habían sido diseñadas en el pensamiento ilustrado.

La llamada crisis familiar toma, por tanto, como referencia a un modelo familiar concreto. Alude a aquella estructura familiar que procede de la modernidad, enmarcada dentro de las instituciones del mundo burgués y que fue capaz de responder a las expectativas y exigencias del desarrollo de la sociedad industrial. Es el modelo sustentado sobre la base de una familia nuclear formada básicamente por los cónyuges y los hijos, en el que existe una férrea distribución de roles sexuales y una relación desigual entre los esposos. En tal configuración familiar reposó su estabilidad y derivado de ella todo un modelo político y económico. Es a este modelo familiar matrimonial, heterosexual, desigual y a perpetuidad, al que hace referencia la crisis de la familia. Aquella familia en la que los rigores de las leyes, el tiempo y los sexos la fueron alejando de la realidad vivida por sus miembros. Las leyes establecieron un férreo control de la familia a través del matrimonio, un negocio jurídico formal, único medio apto para crear destinos familiares. En relación al tiempo la estabilidad fue cifrada en la indisolubilidad del vínculo. La división sexual, generadora de las relaciones de dependencia y subordinación de la mujer al varón dentro y fuera de la familia, formó también parte de esos valores tradicionales transmitidos en el seno familiar.

La visión del matrimonio y de la familia propia de la filosofía del derecho moderno es expresión de aquella forma de vida burguesa que ordena, educa, instruye y calcula. Que racionaliza partiendo de una naturaleza de la que se sentirán capaces de derivar una realidad jurídica y que calificarán, incluso, de necesidad moral. El matrimonio hombre-mujer con sus características esenciales de fidelidad e indisolubilidad, reparto de funciones entre los sexos, asignación de una unidad patrimonial y centro de educación de los hijos será, a la vez, moralmente correcto y económicamente rentable.

La razón ha sustituido a la revelación y la naturaleza a la divinidad para justificar las virtudes de una burguesía orgullosa de su moralidad. Una moralidad en la que el placer cede ante el deber y el amor se instrumentaliza hacia la utilidad, al servicio del bien general. El burgués, con su afán de orden y buen administrador de intereses económicos, convierte al matrimonio en la forma de ordenar y administrar tanto los intereses afectivos como los económicos. Como la buena marcha de los negocios, el matrimonio es un

signo de triunfo, estabilidad y rentabilidad. La señal de que se ha cumplido, como exigencia moral, someter la vida a orden y disciplina, que se ha logrado racionalizar y “economizar la conducta vital”<sup>4</sup>.

La forma de vida burguesa fue así la productora de una seguridad que remitió a una forma de vida universal. Fue la transformación de su poder en derecho. Una universalidad construida sobre la razón y la naturaleza que pretenden estructurar, desde el ámbito de lo ya dado, las posibilidades y necesidades morales, a la vez que conformar la realidad jurídica.

Pero aquella forma de vida, basado en una naturaleza que universaliza e iguala, se ha construido sobre un material muy complejo. Sobre “la aparente regularidad de lo humano”, sobre las “naturalezas corrientes”, y concluyó en la “simple reivindicación de un precepto” que convirtió lo excepcional o irregular en antinatural, inmoral y transgresor de normas<sup>5</sup>. Una elevada racionalidad que, tomando como base una construcción abstracta, racional y universal del matrimonio y la familia, ha revelado sus propias insuficiencias, al desconocer la realidad del matrimonio y no tener en cuenta las vicisitudes y experiencias por las que transcurre la vida de sus integrantes.

Por eso Benjamín decía, a principios del Siglo XX, que la concepción de aquel matrimonio y aquella familia no era sino la “ejecución de una decadencia”. El planteamiento ilustrado es el fruto de una razón que “insoportablemente fiel a sí misma” pretende descifrar el contenido objetivo del matrimonio, pero tal contenido permanece oculto. El fundamento de la familia no es el derecho matrimonial, sino la existencia de vínculos personales donde se pone de manifiesto todo lo humano que le subyace<sup>6</sup>. La realidad vivida en el seno familiar ha ido desvaneciendo aquella construcción ideológica de la familia tradicional dando paso a una pluralidad de modelos familiares<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> W. SOMBART, *El burgués. Contribuciones a la historia espiritual del hombre económico moderno*, trad. M. P. Lorenzo, Alianza, Madrid, 1993, pp. 208-211, 228.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 212. Cfr. H. MAYER, *Historia maldita de la literatura. La mujer, el homosexual, el judío*, trad. J. de Churrua, Taurus, Madrid, 1999, p. 15.

<sup>6</sup> Cfr. W. BENJAMIN, *Dos ensayos sobre Goethe*, trad. G. Calderón y G. Marisco, Gedisa, Barcelona, 1996, pp. 15-20. Se refiere Benjamín a la concepción del matrimonio en Kant.

<sup>7</sup> Cfr. M. CASTELLS, M. SUBIRATS, *Mujeres y hombres: ¿un amor imposible?*, Alianza, Madrid, 2007, p. 42.

## 2. LA DESIGUALDAD SEXUAL EN LA FAMILIA TRADICIONAL

Decía Ortega que la elección del tipo de mujer preferido es uno de los factores más eficientes de la historia<sup>8</sup>. Una historia en que lo importante no han sido tanto las identidades y las diferencias entre los sexos, como las relaciones de dominio y de sumisión, en las que el derecho ha colaborado a través del despliegue de todas sus formas de violencia, sino real, “simbólica” o “amortiguada”, incluso “invisible” para sus víctimas, que han presenciado como se ha reconocido como universal una particular visión de la jerarquía entre los sexos<sup>9</sup>. La configuración tradicional, social y legal de la familia ha sido, precisamente, uno de los factores fundamentales de la discriminación de la mujer.

Como ya se ha señalado, para Rousseau, es en el ámbito de la familia donde se forman buenos ciudadanos. Pero este papel queda reservado al varón. La mujer sólo puede ser buena hija, buena madre y buena esposa. Ella, pese a aquellas excelentes cualidades, no dará el paso para convertirse en ciudadana. El gran teórico de la igualdad que afirmó que hombres y mujeres tienen los “mismo órganos, las mismas necesidades y las mismas facultades” y que “en todo lo que no atañe al sexo la mujer es hombre” o que es una de las “maravillas de la naturaleza haber logrado hacer dos seres tan semejantes constituyéndolos de forma tan diferente”, nos dice también que uno de esos seres tan semejantes “debe ser activo y fuerte y el otro pasivo y débil”, o que las mujeres “dependen de los hombres tanto por sus deseos como por sus necesidades”. Ahora resulta que su carácter y temperamento es muy diverso y, como consecuencia de ello, ha de serlo también su educación. En este sentido, “toda educación de las mujeres ha de referirse al hombre” y ha de estar orientada a “agradarles, serles útiles, hacerse honrar y amar por ellos, educarlos de jóvenes, cuidarlos de adultos, aconsejarlos, consolarlos, hacerles la vida agradable y dulce”, ya que ella está hecha para “ceder al hombre y soportar su injusticia” y su “única gloria está en la estima de los maridos”<sup>10</sup>. Kant también excluyó a la mujer de la ciudadanía por

---

<sup>8</sup> Cfr. J. ORTEGA y GASSET, “Estudios sobre el amor” (1941), en *Obras completas*, Tomo V., Alianza, Revista de Occidente, Madrid, 1983, p. 620.

<sup>9</sup> Cfr. P. BOURDIEU, *La dominación masculina*, trad. J. Jordá, Anagrama, Barcelona, 2000, pp. 12, 51.

<sup>10</sup> J.J. ROUSSEAU, *Emilio o De la educación*, cit., pp. 484-485, 493-494, 502, 538, 556.

no darse en ella, como en los niños, la cualidad natural para adquirir tal condición<sup>11</sup>.

Paradójicamente, la economía competitiva y libre del *laissez-faire* no tuvo su equivalente en una sociedad libre sexualmente. Aquel burgués "sombrio" enfocó la sexualidad acentuando los estereotipos y la polarización de los papeles y atributos sexuales. El "*homo economicus*" y la "*femina domestica*", con sus talentos sabiamente distribuidos por la naturaleza, forman una unión perfecta que evita "peligrosas rivalidades" entre los sexos, dentro y fuera de la familia<sup>12</sup>.

La adjudicación de los roles masculino y femenino, y la desigual distribución de funciones, poderes y derechos entre los sexos, son el punto central sobre el que hacer girar la vida, dentro y fuera de la familia, desde la modernidad hasta fechas relativamente recientes. Una forma de vida sustentada en la separación de los ámbitos público y privado. Al ámbito público correspondía el comercio, la industria y la política y en él se ubicó al varón con la asignación de la función productora. Mientras, la actividad de la mujer quedó reducida al ámbito privado, reservado para la familia, y las funciones de reproducción carentes de valoración social.

Es este el ámbito cultural en el que se produce el nacimiento de los primeros derechos humanos. Pero la mujer ni es libre, ni igual, ni puede competir, ni es titular de derechos. A las mujeres les estarán encomendadas otras tareas que no se corresponden con las del ciudadano. Un derecho inseparable de una moral viril potencia el control sobre una mujer que pierde su individualidad y libertad en beneficio de la comunidad familiar. La diferencia sexual, y los distintos papeles atribuidos a unos y otros, se convierte en una cuestión fundamental en aras a la estabilidad de una familia y a un modelo de sociedad profundamente discriminatorio para la mujer. La desigualdad entre los sexos dentro del matrimonio, sometido a la única dirección del varón, convierte a sus uniones en relaciones de dominación que proyectan su lógica al ámbito público, o son una proyección del ámbito público. En cualquier caso, dependiente económicamente, sometida a un letargo intelectual, ligada a lo concreto y cotidiano, cuando no a lo superficial e insignificante, el modo de vida de la mujer ha pasado necesari-

---

<sup>11</sup> Cfr. I. KANT, *Teoría y práctica*, trad. J. M. Palacios, M. F. Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, 1986, p. 34.

<sup>12</sup> Cfr. D. M. LOWE, *Historia de la percepción burguesa*, trad. J. J. Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, pp. 197-201.

riamente por el refugio del hogar, por la reclusión en un ámbito familiar, en el que ni siquiera ha tenido máxima capacidad de decisión.

Con el objetivo de reducir a la mujer a su papel de cuidadora, no responsable, del hogar se limitaron sus posibilidades de educación y de ejercer una profesión. No resultan demasiado lejanas aquellas afirmaciones que señalan al trabajo de la mujer fuera del hogar como responsable del mal funcionamiento de la familia, porque el orden familiar exige su dedicación y, para ello, que esté al margen de preocupaciones y problemas profesionales; u otras que entienden aquel trabajo como una competencia al varón causante de la ruptura de la natural armonía entre los sexos<sup>13</sup>. Durante mucho tiempo sólo los trabajos que implican una cierta prolongación de la vocación maternal de la mujer, y en determinadas circunstancias, son admitidos para ella<sup>14</sup>.

Ortega decía que él no conocía a “ese personaje” que algunos llaman ser humano. Sólo conocía a hombres y mujeres y se comportaba en consecuencia<sup>15</sup>. Unas consecuencias derivadas de la descripción de la mujer como un ser “sustancialmente confuso”, un ser “crepuscular”, “constitutivamente secreto”, con una “forma de humanidad inferior a la varonil”, débil y de “rango vital inferior sobre el nivel humano”, cuyo destino es “ser vista del hombre”<sup>16</sup>. Con demasiada frecuencia se ha olvidado la condición de ser humano de la mujer incidiendo en la dualidad sexual para, en el mejor de los casos, ser definida por el varón y en relación –por contraste u oposición– a él. El sujeto puede afirmarse cuando se opone, puede definirse como uno enunciando al otro frente a sí. Pero en la alteridad hay reciprocidad. Sin embargo, tradicionalmente, se ha definido a la mujer sin aquella reciprocidad, ella ha sido construida en función de lo que no es, o de lo que no quiere ser el varón. Era él quien la pensaba y definía en relación a él, no era más que lo que el hombre quería que fuese, nunca considerada como un semejante<sup>17</sup>. Por

<sup>13</sup> Cfr. J. CASTÁN TOBEÑAS, *La condición social y jurídica de la mujer. La diferenciación de los sexos en sus aspectos biológico, sociológico, ético y jurídico. El problema de la jefatura familiar y sus soluciones en la Legislación comparada. La condición jurídico-civil de la mujer española*, Reus, Madrid, 1955, pp. 427-429.

<sup>14</sup> Ortega decía que el rasgo más masculino de todos es la profesionalidad y su carencia tenía el sentido de afeminamiento del varón. Cfr. J. ORTEGA y GASSET, *El hombre y la gente*, Alianza, Madrid, 1994, p. 134.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 136-143.

<sup>17</sup> Cfr. G. LIPOVETSKY, *La tercera mujer. Permanencia y revolución de lo femenino*, trad. A. Alapont, Anagrama, Barcelona, 1999, p. 218.

tanto la identidad femenina no siempre se ha considerado que tiene la entidad suficiente para definirse como tal por sí misma. Antes que mujer ha sido hija, esposa o madre. En este sentido, Mary Wollstonecraft se refería a la mujer como “esos fantásticos seres a medias” sometidas al derecho divino o natural, según los casos, de los varones que las rodean<sup>18</sup>. Es la tutela de un rol asignado, el destino inevitable del sexo femenino, de aquella que no debe hacerse, sino que debe ser<sup>19</sup>.

La estabilidad familiar, como un indicador que contribuye a la propia estabilidad social, arropó unas normas referentes a la familia constituida a través de un matrimonio entre personas de distinto sexo, indisoluble y formal. Una estabilidad que se traducirá en perpetuidad; la armonía de la unión en un conjunto de derechos y deberes *ope legis*; y su función de procreación y cuidado de los hijos en el reconocimiento sólo de aquellos nacidos dentro de la unión legal. Tal férrea protección de la familia matrimonial implicó, entre otras cosas, las restricciones a la capacidad de obrar de la mujer casada, la limitación o prohibición del divorcio, la ausencia de efectos jurídicos del concubinato y la desigualdad de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio.

La modernidad que liberó al individuo de tantas ataduras, ha arrastrado consigo la propia antimodernidad al no haber sido capaz de liberar al ser humano de los condicionantes del género. Ya Stuart Mill lo plasmó muy acertadamente al señalar que una organización familiar de desigualdad sexual se convierte en un régimen de despotismo doméstico que tiene puntos de coincidencia con la situación de la esclavitud. Una familia así estructurada no puede dar educación ni sentido de la igualdad o libertad. Un sistema absoluto en el que todo el mando está de un lado y la obediencia del otro no está constituido sobre bases justas y no puede transmitir virtudes derivadas de la libertad porque carece de ella<sup>20</sup>.

Y, en efecto, aquella estructura familiar jerárquica, centro de dependencias, sumisiones y desigualdades, teñida de referentes religiosos y morales,

<sup>18</sup> Cfr. M. WOLLSTONECRAFT, *Vindicación de los derechos de la mujer*, trad. C. Martínez Gimeno, Cátedra, Madrid, 1994, pp. 157, 160.

<sup>19</sup> Cfr. F. CASSANO, *Approssimazione. Esercizi di speranza dell'altro*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 67.

<sup>20</sup> Cfr. J. S. MILL, “La dominación de la mujer”, en Id., *Sobre la libertad y otros escritos*, trad. J. Abellán, M. C. de Iturbe y D. Negro Pavón, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, pp. 178-181, 190.

fue estratégicamente protegida por diferentes sistemas políticos mantenedores de una cultura patriarcal<sup>21</sup>. La institución familiar adquirió el significado de la “reproducción” de la jerarquía de los sexos, o lo que es lo mismo “la reproducción del capital simbólico masculino”. El matrimonio y la familia fueron los “guardianes principales de todo ese capital simbólico”<sup>22</sup>.

### 3. REPLANTEAMIENTO DE LA FAMILIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA IGUALDAD SEXUAL

A pesar de grandes obstáculos y dificultades, aquello que es o debe ser la mujer se ha ido transformando, a la vez que lo ha hecho toda la sociedad, y también la familia. Aquel inmutable deber ser femenino construido sobre naturalezas y esencias femeninas no se ha impuesto con la “evidencia de la obviedad” a través de distintas formas de violencia<sup>23</sup>. La mujer puede considerarse como un devenir, sujeto a continuas transformaciones; de inmutable y natural ha pasado a ser un sujeto histórico y cultural; al reconocimiento como ser humano sujeto de derechos<sup>24</sup>. Un sujeto capaz de decidir libremente y para quien el matrimonio y la familia no son ya su única forma de vida. Esta circunstancia es fundamental en la pérdida de las características esenciales de la familia tradicional.

La libertad e igualdad, en términos de universalidad, siguen siendo en el nuevo siglo las grandes reivindicaciones de los grupos tradicionalmente excluidos y, entre ellos, las mujeres ocupan uno de los lugares preferentes. Si la modernidad se presentó con una gran solidez en cuanto a las diferencias y discriminaciones por razón de sexo, y mostró una enorme resistencia al cambio, estamos ahora asistiendo a una nueva modernidad, o a la eterna e incompleta modernidad, en su constante papel de disolución de sólidos. Es la “historia de la transgresora, ilimitada y erosiva modernidad”<sup>25</sup> que sigue apelando al ser humano como sujeto de derechos y la mujer no permanece al margen de esos

<sup>21</sup> Sobre el tema puede verse S. M. OKIN, *Justice, gender and the family*, Basic Books, New York, 1991.

<sup>22</sup> P. BOURDIEU, *La dominación masculina*, cit., pp. 107, 110, 120.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>24</sup> Cfr. S. de BEAUVOIR, *El segundo sexo*, Vol. I., *Los hechos y los mitos*, trad. A. Martorell, Cátedra, Madrid, 1998, p. 96.

<sup>25</sup> Z. BAUMAN, *Modernidad líquida*, trad. M. Rosenberg y J. Arrambide Squirru, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006, p.12.

referentes universales. El tratamiento de la igualdad jurídica de la mujer no sería completo sino se abordasen las influencias recíprocas que se producen entre el modelo de familia y el de mujer en distintos contextos culturales.

Diversas transformaciones económicas, políticas, sociales, religiosas, morales, en definitiva, culturales han contribuido a modificar el desenvolvimiento de la vida familiar y a pluralizar los modelos de familia. El cambio de las condiciones económicas marcadas por el paso de la producción al consumo; la mayor movilidad geográfica y social; el creciente aislamiento producido en las condiciones actuales de la vida urbana; la disminución de las presiones económicas, morales, sociales y jurídicas para contraer o disolver el matrimonio; la secularización de la vida; la libertad sexual despojada de arcaicos condicionantes morales; la cultura democrática y sus técnicas de diálogo y argumentación insertadas en el seno familiar; el papel central del amor en el establecimiento y mantenimiento de la unión familiar; o la pluralización y los procesos de individualización en las formas de vida, son factores a tener en cuenta para tratar y valorar la transformación familiar en los últimos años.

Sin embargo, no se puede prescindir del hecho de que todos estos cambios, en lo que afecta a la vida familiar, se han visto, sino promovidos, potenciados por la emancipación de la mujer. Las diferencias entre los sexos, presentadas como naturales, racionales y universales, ha resultado ser culturales y protectoras de un determinado modelo de vida. Reconocida la igualdad de derechos entre hombres y mujeres se han cuestionado todos aquellos presupuestos de estabilidad social sustentados en la desigualdad sexual y la familia es una de las instituciones que, con mayor vigor y eficacia, ha sido mantenedora de la discriminación sexual. Teniendo en cuenta, además, la trascendencia que en el nivel de formación personal y social tiene la familia, las cuestiones de igualdad de género son difíciles de abordar plenamente sin un replanteamiento de aquella familia dispensadora de roles sexuales. A este respecto se ha podido decir que, en realidad, la subsistencia de la familia tradicional es más inquietante que su declive, porque el desarrollo económico y la democracia sólo son posibles en condiciones de igualdad sexual, y para esto ha de cambiar la familia tradicional<sup>26</sup>.

El reconocimiento de la igualdad de derechos de la personas con independencia de su sexo ha deslegitimado y derogado la desigualdad jurídica

---

<sup>26</sup> Cfr. A. GIDDENS, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, trad. P. Cifuentes, Taurus, Madrid, 2000, p. 78.

de hombres y mujeres en la institución matrimonial. Más allá de eso ha cuestionado la exclusividad del modelo familiar matrimonial, indisoluble y heterosexual.

### 3.1. Uniones de hecho: la pérdida de exclusividad de la familia matrimonial

Uno de los principales sustentadores de la estabilidad familiar ha sido su estrecha vinculación con el contrato matrimonial. En Kant el matrimonio tiene tanto una consideración jurídica como moral. La entrega y aceptación de una pareja en la relación sexual sólo es posible a condición de que exista matrimonio. Esta es una exigencia de las "leyes de la razón pura". El matrimonio es un contrato necesario para que el hombre y la mujer, que entregan sus órganos al placer convirtiéndose a sí mismos en cosas, recuperen su condición de personas. Por el contrario, en el concubinato, al no existir contrato conyugal, uno se entrega como cosa al arbitrio del otro, como si de un contrato de alquiler se tratara, para el uso de un miembro del cuerpo. Cualquiera podrá entonces rescindir el contrato sin que el otro pueda hacer valer lesión de derecho alguno<sup>27</sup>. Queda así claro en Kant que las relaciones no matrimoniales quedan tan al margen del derecho como de la moral.

Hegel reprochará a Kant el haber reducido la relación familiar a la frialdad de un contrato. Pero igualmente rechazará aquellas posiciones que entienden que lo sustancial en el matrimonio es el amor y consideran superflua su formalidad. Para él lo jurídico y lo afectivo son aspectos del matrimonio pero no la totalidad. De hecho la familia no aparece ubicada en el derecho abstracto, el ámbito del contrato, ni en la moralidad, ámbito de los sentimientos, sino en la eticidad junto con la sociedad civil y el Estado. El matrimonio es "amor jurídico ético". Lo ético se eleva sobre lo contingente del mero sentimiento superando lo "pasajero, caprichoso y meramente subjetivo"<sup>28</sup>. La unión sólo es ética si le precede la ceremonia de declaración solemne y, con ella, el reconocimiento de la comunidad. Se ha mejorado así el contrato y el amor por la "conciencia de la unidad como fin sustancial"<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Cfr. I. KANT, *La metafísica de las costumbres*, trad. A. Cortina Orts y J. Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 1989, primera parte, & 24-27 (pp. 97-101).

<sup>28</sup> G. W. F. HEGEL, *Principios de la Filosofía de Derecho*, trad. J. L. Vermal, Edhasa, Barcelona, 1988, & 161 (p. 239).

<sup>29</sup> *Ibidem*, & 163 (p. 241).

Por el contrario, en las uniones no matrimoniales la satisfacción de los instintos naturales, el componente afectivo, es prioritario y estarían, por tanto, privadas del componente ético propio del matrimonio. Son aquellas relaciones en las que prima el amor romántico, reflejado en la obra *Lucinda* de Schlegel, con las que Hegel se mostró muy crítico por hacer del matrimonio algo superfluo, una formalidad de la que se podría prescindir ante un amor que es libre e íntimo y no precisa de solemnidades.

Pero, a pesar de la opinión de Hegel, una de las razones principales que se señalan, en relación a los cambios que se están produciendo en el orden familiar, es que el amor es actualmente el motor de la vida de la familia<sup>30</sup>. En este sentido, la familia se ha calificado como una "agencia dispensadora de servicios afectivos", entregada a procesos de autorregulación<sup>31</sup>. El modelo familiar gira cada vez más en torno a las exigencias de realización personal y la búsqueda de nuevas formas de vida y de amor. Este, al margen del derecho, la religión y la moral, despliega sus propias lógicas y se convierte en un asunto exclusivo de los individuos que se aman. Cada vez más los amantes quieren convertirse en los legisladores de su propia forma de vida, escapando a la institucionalización de su situación personal, ellos mismos autorregulan su convivencia personal<sup>32</sup>.

Tal posibilidad no podía ser contemplada por Hegel, entre otras cosas, porque para él la única actividad ética de la mujer se realiza en la relación matrimonial. El matrimonio es, por tanto, para ella una necesidad, no para el hombre que tiene otro ámbito diferente de la familia para realizarse como sujeto moral<sup>33</sup>. Partiendo de las diferencias entre seres humanos resulta que mientras la mente del hombre es capaz de estar ocupada en política y negocios, en curiosidad intelectual y en placer sexual, la de la mujer está esencialmente unida a lo cotidiano, al hogar, y de que esto sea su único centro de atención depende su felicidad. Incluso se llegará a afir-

<sup>30</sup> Gary Becker, premio Nobel de Economía deja constancia de este argumento. Cfr. J. GUILLÓ JIMÉNEZ, "Cambios sociales, familiares y derechos de la infancia y la adolescencia", en M. C. BARRANCO, M. I. GARRIDO, J. GUILLÓ (Coords.), *El derecho del niño a vivir en su propia familia*, Exlibris, Madrid, 2007, p. 61.

<sup>31</sup> Cfr. M. REQUENA y DÍEZ DE REVENGA, "Formas de familia en la España contemporánea", en L. GARRIDO MEDINA y E. GIL CALVO (Eds.), *Estrategias familiares*, Alianza, Madrid, 2002, p. 254.

<sup>32</sup> Cfr. U. BECK, y E. BECK-GERNSHEIM, *El normal caos del amor. Las nuevas formas de la relación amorosa*, trad. D. Schmitz, Paidós, Barcelona, 2001, pp. 20, 236, 263.

<sup>33</sup> Cfr. G. W. F. HEGEL, *Principios de Filosofía del Derecho*, cit., & 164 (p. 244).

mar que otra dedicación en la mujer puede ser indicador de la existencia de un “alma masculina”<sup>34</sup>. Aquellas reglas, que en el matrimonio tradicional configuraron la desigualdad jurídica entre hombres y mujeres, hicieron del matrimonio prácticamente el único medio de vida para ellas. Por eso no resulta extraño que la exigencia del matrimonio en la vida familiar se entienda como un mecanismo de protección a la mujer, para asegurar la permanencia en su único destino y evitar los conflictos que, con otra dedicación, pudieran poner en peligro la supuesta “natural” armonía entre ambos sexos<sup>35</sup>.

Pero con el reconocimiento del principio de igualdad sexual la mujer tendrá la posibilidad de no dedicarse en exclusiva a la vida familiar. Esto minimiza la importancia del matrimonio. El matrimonio deja de ser una necesidad preestablecida por las formas de vida. Es una decisión personal, una elección libre en la que participan dos personas que construyen su universo personal con sus propias reglas y con tendencia a desvincularse de controles externos. Si, por un lado, han dejado de existir presiones sociales para contraer matrimonio, por otro lado, la separación es más habitual y, ante tal eventualidad, la decisión de contraer matrimonio es valorada cada vez más como una opción entre otras posibles<sup>36</sup>.

El aumento de las parejas que deciden compartir un proyecto de vida sin contraer matrimonio ha planteado la cuestión de su reconocimiento como familias y sobre los efectos jurídicos de unas uniones nacidas al margen de formalidades legales. No hay en la actualidad objeciones importantes en cuanto a su reconocimiento como realidades familiares. Otro asunto distinto y más problemático es el de sus efectos jurídicos y, sobre todo, en su comparación con la familia matrimonial. La ausencia de formalidad en la constitución de una pareja se ha visto como una falta de compromiso entre sus miembros, lo cual le privaría de la estabilidad que precisa una familia. Com-

---

<sup>34</sup> J. ORTEGA y GASSET, “Estudios sobre el amor”, cit., p. 617.

<sup>35</sup> Cfr. J. BENTHAM, *Tratados de Legislación civil y penal*, trad. M. Rodríguez Gil, Editora Nacional, Madrid, 1981, p. 211. Cfr. J. CASTÁN TOBEÑAS, *La crisis del matrimonio (ideas y hechos)*, Hijos de Reus, Madrid, 1914, p. 45.

<sup>36</sup> La relación entre el aumento de parejas no casadas y la conflictividad matrimonial, como una forma de evitar futuras correcciones, el fracaso matrimonial, o como un medio de prueba o periodo de transición antes del matrimonio, puede verse en V. CAMARERO SUAREZ, *Las uniones no matrimoniales en el derecho español y comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 27-28.

promiso que se les supone a aquellos que contraen matrimonio. Sin embargo, también ha podido señalarse que el compromiso no nace de la ley sino de la libre decisión de aquellos que quieren vivir en pareja estableciendo un proyecto de vida en común. Lo esencial del compromiso es tal decisión y no la forma en que se manifiesta. Por otro lado, el matrimonio ha ido perdiendo contenido institucional, el vínculo se ha flexibilizado y cada vez está más próximo a las parejas de hecho<sup>37</sup>. En realidad las diferencias más evidentes entre estas uniones afectivas proceden de la formalidad o ausencia de tal en su constitución y disolución, y en un diferente tratamiento jurídico que se empeña en no considerarlas como situaciones equivalentes. Pero mientras esta falta de analogía o equivalencia de situaciones es reiterada no se ha sido capaz de prever efectos jurídicos distintos entre ambas situaciones, cuando se han precisado soluciones a alguno de los conflictos que en relación a estas parejas se producen, o cuando se ha establecido una regulación jurídica para las mismas.

Otra de las razones que se ha dado para no equiparar en efectos jurídicos al matrimonio y a las uniones no matrimoniales es el respeto a la libertad de las partes, bajo el argumento de que si no se han casado es porque no quieren los efectos jurídicos del matrimonio. Es la adaptación de aquella afirmación ya clásica que decía que si "*les concubins se passent de la loi, la loi se desinteresse d'eux*". Sin embargo poco tiene que ver la forma elegida para iniciar una relación familiar con los efectos que de ella se derivan. El matrimonio deja poca elección a las partes en cuanto a tales efectos que son de derecho imperativo. Por otro lado, la ausencia de formalidad de las uniones de hecho no implica la no aceptación de efectos jurídicos, buena prueba de ello son las pretensiones que estas parejas mantienen ante los tribunales de justicia<sup>38</sup>.

La realidad del matrimonio cada vez es más difícil verla como algo distinto a una relación de pareja regulada jurídicamente. Estas claras conexiones entre ambas situaciones se manifiestan en los últimos años en

---

<sup>37</sup> El sistema de divorcio sanción o culpable va dejando paso al divorcio consensual e, incluso, unilateral; el matrimonio pierde así su contenido obligacional al no llevar aparejada sanción alguna el incumplimiento de los deberes legales; desaparece también la relación entre matrimonio y procreación, incluso en algunos sistemas jurídicos la de heterosexualidad y matrimonio.

<sup>38</sup> Cfr. V. REINA, J. M. MARTINELL, *Uniones matrimoniales de hecho*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 42-43.

un proceso de equiparación de las uniones de hecho al matrimonio<sup>39</sup>. Pero un proceso de equiparación lento y no concluido, a pesar de que actualmente no puede sostenerse una identificación entre matrimonio y familia, y que es poco discutible que estas familias no matrimoniales cumplen efectivamente las mismas funciones que la familia matrimonial. A la luz de esta realidad social, cada vez parece más evidente que la familia es una experiencia configurada en términos de relación entre sus integrantes<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Cfr. M. MURILLO MUÑOZ, *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea. Hacia un nuevo modelo de matrimonio*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 333, 431, 531, 537, 544. Una equiparación que, no obstante, dista todavía de ser una realidad. Nuestro Tribunal Constitucional ha reiterado la existencia de familias matrimoniales y no matrimoniales amparadas en el artículo 39 de nuestra Constitución. Pero también la no equiparación entre ambas situaciones y la constitucionalidad de un régimen jurídico favorecedor de la familia matrimonial. La base de tal afirmación estaría en la existencia de un derecho constitucional garantizado al matrimonio y no para la unión de hecho, aunque esta última sea una conducta lícita en el marco constitucional de libertad (Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional 184/1990, 15 de noviembre; 222/1992, 11 de diciembre; 47/1993, 8 de febrero; 66/1994, 28 de febrero; 126/1994, 25 de abril). Diversas leyes autonómicas regulan algunos efectos jurídicos de las parejas no casadas, dentro de un ámbito competencial que no alcanza a todos los efectos previstos para el matrimonio, cuya regulación es de competencia estatal (Cfr. Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja de Cataluña; Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas de Aragón; Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra; Ley 1/2001, de 6 de abril, de uniones de hecho de Valencia; Ley 11/2001, de 13 de diciembre, de uniones de hecho de Madrid; Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de Baleares; Ley 4/2002, de 23 de mayo, de uniones de hecho de Asturias; Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de uniones de hecho de Andalucía; Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco; Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho de Canarias; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de Extremadura; Ley 2/2006, de 4 de junio, de derecho civil de Galicia; Ley 1/2005, de 16 de mayo de parejas de hecho de Cantabria). Tampoco las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea han admitido la equiparación jurídica del cónyuge y del conviviente. Para ello se han amparado en la distinta evolución social de tales situaciones en el ámbito de la Unión y remitiéndose a las legislaciones de los países de acogida (Sentencias de 17 de abril de 1986), o en que una interpretación extensiva del término cónyuge supondría una modificación de condiciones jurídicas que corresponde al legislador comunitario y no al Tribunal (Sentencias de 17 de junio de 1993 y 31 de mayo de 2001).

<sup>40</sup> Cfr. J. DÍEZ NICOLÁS, "La familia en Europa y el cambio social", en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 21, 1983, p. 11.

Una adecuada comprensión de la existencia de estas familias diversas y comparables entre sí debería llevar a plantearse una efectiva equiparación de consecuencias jurídicas, en aras a la igual protección de modelos familiares lícitos. Al menos, una equivalencia de efectos jurídicos suficiente para evitar que su ausencia pueda suponer una penalización de las uniones no matrimoniales respecto a un régimen jurídico matrimonial aún privilegiado. Y, para ello, es imprescindible plantearse la situación que, en relación a la previsión o no de determinados efectos jurídicos, puede producirse respecto a las personas más débiles en la familia: las mujeres y los hijos<sup>41</sup>. Sólo de este modo podría hablarse de una igual valoración de ambas formas de familia y de un respeto a la libertad de las personas, amparada en el ejercicio de derechos fundamentales, para elegir el modo en que quieren compartir sus proyectos vitales.

### **3. 2. La fragilidad del vínculo: el matrimonio se disuelve**

Si el matrimonio ha sido defendido como una garantía para la estabilidad familiar, no menos lo ha sido su indisolubilidad. En la familia tradicional la conveniencia de la permanencia del vínculo ha prevalecido sobre los sentimientos de sus miembros. Ligado a ello ha existido una tradición filosófica que ha entendido que el amor como único sustento del matrimonio es un peligro para la estabilidad familiar. Hegel es un buen ejemplo de ello. Se ha querido, por ello, convertir el amor en el matrimonio en algo objetivo y, en ocasiones, instrumentalizado al servicio de intereses que trascienden a los de los propios contrayentes. El poético sentimiento del amor se transforma en utilidad para el correcto funcionamiento de la vida familiar y económica. El amor se ha puesto al servicio de una institución. Es el amor conyugal, aquel que trasciende los primitivos sentimientos de sus portadores y los pone al servicio del bien común<sup>42</sup>. El amor no es siempre tal sino deber conyugal, un amor muy peculiar ligado a relaciones materiales, a intereses comunes que pretenden convertir lo variable y perecedero en conciencia y vo-

---

<sup>41</sup> Un estudio detallado del diferente tratamiento jurídico entre el matrimonio y las uniones de hecho en materia de Seguridad Social puede verse en E. LÓPEZ TERRADA, *Uniones matrimoniales y uniones de hecho en el régimen general de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

<sup>42</sup> Se ha calificado de "amor caridad" aquel que subsiste entre los esposos, el amor como "institución social" o la ley del amor. Cfr. L. LEGAZ y LACAMBRA, *El Derecho y el amor*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 131.

luntad de eternidad. Un amor ordenado, imbuido de concepciones morales, religiosas e, incluso, jurídicas<sup>43</sup>.

Pero exigir al amor perpetuidad es una pura ficción que deja al descubierto que las ideas jurídicas no siempre están en consonancia con la realidad<sup>44</sup>. Ni la religión, ni el derecho, ni la moral pueden imponer el amor. Ortega decía que "en el cima del proceso amoroso, organizanse transfiguraciones. Hay un minuto de cenit, al pasar por el cual los amantes se juran amor eterno. Pero ese instante transcurre y con él se evapora el vigor del juramento. El amor ha muerto en aquel pecho; más la religión, la moral, el derecho y hasta la policía os oyeron jurar y os obligan a que llevéis el cadáver perpetuamente en vuestro corazón". El encanto del amor, como el de la poesía, se desvanece cuando se toma como realidad, así cuando en los amores se inmiscuye la religión, la moral, el derecho o la policía "adquieren estos un semblante terrible de ineluctables sucesos astronómicos. Si el amor en su plenitud produce esa ilusión de perennidad, ¿no es un *quid pro quo* tragicómico exigirle además que realice su ficción?"<sup>45</sup>.

El amor se moraliza y se perpetúa, se legaliza, a través del matrimonio indisoluble garantizando así la estabilidad y la seguridad del orden familiar. Pero en la actualidad el amor, como elemento primordial del matrimonio o, en general de la vida afectiva, pretende, precisamente, un amor no objetivado, ni moralizante<sup>46</sup>. El matrimonio establece un vínculo jurídico que parte de un acto de consentimiento de aquellos que se supone se aman. Pero de igual manera que la continuidad del amor no puede ser un deber jurídico tampoco lo es la permanencia del vínculo. Sólo una voluntad renovada

---

<sup>43</sup> A tenor de algunos un "aburrimiento resignado", que ha querido separarse del deseo y la pasión para fundamentar la perpetuidad. Dice S. de BEAUVOIR, que "declarar que un hombre y una mujer deben bastarse de todas las formas a la vez durante toda su vida es una monstruosidad que genera necesariamente hipocresía, mentiras, hostilidad e infelicidad", Cfr.: *El segundo sexo*, V. II., *La experiencia vivida*, trad. A. Martorell, Cátedra, Madrid, 1998, p. 270. Puede verse también D. de ROUGEMONT, *El amor y Occidente*, trad. A. Vicens, Kairós, Barcelona, 1986, p. 283.

<sup>44</sup> Cfr. G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 195, 203.

<sup>45</sup> J. ORTEGA y GASSET, "Para una cultura del amor" (1917), en *Obras completas*, Tomo II, Revista de Occidente, Alianza, Madrid, 1983, p. 141.

<sup>46</sup> Un amor compatible con la pasión, dirá Z. BAUMAN, entre el deseo que es autodestructivo y el amor que quiere autoperpetuarse, *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, trad. M. Rosenberg y J. Arrambide, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2008, p. 25.

constantemente justifica la continuidad matrimonial. Una decisión libre de dos personas en un ámbito familiar hoy sometido a un creciente proceso de individualización.

Ya se ha señalado como, para Hegel, la familia es una unidad ética sustancial en la que cada uno abandona su personalidad individual, poniéndose así al servicio de la institución. Una renuncia construida sobre la base de una profunda desigualdad entre sus miembros porque el único destino de la mujer es la familia, mientras el hombre podrá desarrollar su propia individualidad fuera de este ámbito. Este comportamiento familiar proporcionó una estabilidad que hacía del matrimonio algo predecible. Cuando el matrimonio era necesario para la supervivencia de los cónyuges, persistía mientras no fuera insostenible, o incluso pese a ello. Pero un matrimonio elegido libremente sólo se mantiene mientras sea la mejor opción entre otras posibles. Y las posibilidades de elegir han aumentado, especialmente para la mujer<sup>47</sup>.

La igualdad jurídica y la creciente independencia económica de la mujer van debilitando el poder masculino dentro de la familia, paralelamente a un proceso de democratización interna que lleva aparejado la individualización de sus miembros<sup>48</sup>. El desenvolvimiento de la vida familiar ha dejado de estar condicionado por las expectativas fuera de ese ámbito de uno sólo de sus miembros, las decisiones no pueden ser ya tomadas para siempre, sino que es

---

<sup>47</sup> Estas diversas opciones están estrechamente relacionadas con la existencia de una sociedad de consumo, incluso se habla ya de una sociedad de "hiperconsumo", G. LIPOVETSKY, *La felicidad paradójica. Ensayo sobre la sociedad del hiperconsumo*, trad. A. P. Moya, Anagrama, Barcelona, 2007. Las nuevas pautas de comportamiento no son indiferentes a las relaciones familiares. Hay una relación probable entre el consumismo de la sociedad contemporánea y la flexibilidad de los vínculos humanos. El consumo rige hoy de una manera importante nuestras vidas. Es uno de los principales motores de la actividad económica, nuestras sociedades son catalogadas como sociedades de consumo y la familia es vista, más que como una unidad de producción, como una unidad de consumo. El *homo consumens*, con independencia de su sexo, es uno de los grandes protagonistas del momento. La vida del consumidor se desenvuelve con velocidad, busca la novedad y la variedad. Los objetos de consumo se cambian en caso de no resultar satisfactorios, no existe respecto de ellos el compromiso de permanencia, ni el sacrificio que ello implica. Incluso hay quien pretende que el modelo de vida consumista implica tratar a los seres humanos como objetos de consumo que son valorados en torno a los términos costo-beneficio. Y esta forma de entender las relaciones del consumidor con su entorno se ha trasladado al orden familiar como el centro del consumo emocional. Cfr. Z. BAUMAN, *Modernidad líquida*, cit., pp. 63, 104.

<sup>48</sup> Cfr. M. I. GARRIDO GÓMEZ, *La política social de la familia en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 32.

preciso armonizar dos vidas distintas con sus propias dinámicas, expectativas, opciones y decisiones, lo cual introduce una problemática desconocida hasta ahora. El matrimonio parece abocado a una relación con el misterio. La incertidumbre del futuro, que pesa sobre la continuidad matrimonial de los enamorados, planea como estrategia de una vida en la que difícilmente se hacen compromisos para toda la vida sino sólo mientras se esté satisfecho<sup>49</sup>.

Difuminados los tradicionales roles asignados a hombres y mujeres, cuya asimetría en sus vidas personales y laborales aseguraba una estabilidad familiar basado en sus diversas aspiraciones y en relaciones desiguales de poder, hoy en el funcionamiento de la familia pocas cosas resultan evidentes. Ahora que ambos aspiran a compartir deseos y objetivos en distintos ámbitos, hay que negociarlo casi todo en unas vidas cada vez más complicadas, porque hay que conciliar dos aspiraciones personales y laborales distintas.

La estabilidad familiar sólo puede reposar, por tanto, en el consentimiento mutuo de los miembros de la pareja. Un consentimiento que no es definitivo sino que se va renovando a tenor de los acontecimientos y experiencias que sus miembros comparten. Ambos pretenden la realización libre de un proyecto personal que quiere relacionarse en condiciones de igualdad con el otro. Su relación entonces sólo puede construirse de forma cooperativa. Es lo que Giddens denomina la "pura relación" basada en el "amor confluente". Una relación de igualdad sexual y emocional, que sólo se constituye y se prosigue si ambas partes la consideran satisfactoria; construida sobre un amor activo que no es para siempre, si no se ama siempre<sup>50</sup>.

Esta nueva cultura del amor basada en relaciones de igualdad tiene su efecto en el aumento del número de separaciones o divorcios y también en la constitución de sucesivas parejas. Estas son las llamadas familias recompuestas o reconstituidas. En ellas la pareja, con o sin hijos comunes, conviven con los hijos de uno de ellos o de ambos. Estas relaciones, irrumpen cada vez con más frecuencia en la vida familiar y producen una situación compleja porque implican una nueva organización familiar procedente de dos familias diversas con dinámicas, expectativas, rutinas y reglas diferentes. Se generan en ellas vinculaciones transversales y una complicada red de relaciones en las que, en ocasiones, no resulta claro

---

<sup>49</sup> Es la búsqueda, dirá BAUMAN, de la gratificación instantánea en un mundo que se nos presenta como un recipiente lleno de objetos "desechables", *Modernidad líquida*, cit., pp. 170-175. ID., *Amor líquido...*, cit., p. 23.

<sup>50</sup> Cfr. A. GIDDENS, *La transformación de la intimidad. Sexualidad, amor y erotismo en las sociedades modernas*, trad. B. Herrero Amaro, Cátedra, Madrid, 1995, pp. 60-64, 165.

quien pertenece a la familia o parece que se forma parte de ella en distintos momentos. La paternidad o maternidad biológica, legal y social pueden no coincidir. Los parentescos pueden ser puramente electivos e, incluso, múltiples<sup>51</sup>.

La indisolubilidad del vínculo ha pasado del matrimonio a la filiación. En tal sentido, es preciso tener en cuenta que, así como en cuanto a la protección jurídica de distintos modelos familiares es muy debatido el tratamiento igual de todos ellos, es indiscutible la igual protección de todos los hijos, sea cual sea el ámbito familiar en que se desarrolle su existencia o la relación que les una a sus padres<sup>52</sup>.

### 3. 3. Homosexualidad y familia: la heterosexualidad a debate.

Las concepciones morales de la modernidad permitían las relaciones sexuales sólo con fines procreadores y practicadas en el ámbito de una relación matrimonial. La misma moral sexual consideró a las uniones entre personas del mismo sexo tan antinaturales, como inmorales e ilegales.

Para Kant, la relación familiar sólo puede darse entre un hombre y una mujer, una relación en la que ambos sexos son iguales moralmente, pero en la que el varón manda y la mujer obedece. Aunque la generación de la especie no legitima el matrimonio, la relación sexual por la que puede engendrarse a un semejante define el uso "natural" del sexo. Por tal razón, la homosexualidad es entendida como un innominable vicio contra la naturaleza, "*crimina carnis contra naturam*", que viola el deber para consigo mismo y a "la humanidad en nuestra propia persona". Que "sin duda" y es "evidente" para todo el mundo cuando piensa en él, se opone en "grado sumo" a la moralidad y que hasta tal punto suscita "aversión" que se considera "inmoral mencionar un vicio semejante por su propio nombre"<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Cfr. E. BECK-GERNSHEIM, *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, trad. P. Madrigal, Paidós, Barcelona, 2003, pp. 69-71.

<sup>52</sup> Acerca de la problemática de estas familias y su regulación jurídica, tanto en derecho comparado como en derecho español, cfr. S. TAMAYO HAYA, *El estatuto jurídico de los padrastos: nuevas perspectivas jurídicas*, Reus, Madrid, 2009.

<sup>53</sup> I. KANT, *La metafísica de las costumbres*, cit., primera parte, &24-30 (pp. 97-106), segunda parte &7 (p. 285). Actualmente no es evidente ni indudable que se trate de un vicio, ni es innombrable, ni implica el incumplimiento de deberes. Sin embargo, si que permanece todavía la concepción de la homosexualidad como una realidad perturbadora, cfr. J. BOSWELL, *Las bodas de la semejanza. Uniones entre personas del mismo sexo en la Europa premoderna*, trad. M. A. Galmarini, Muchnik, Barcelona, 1994, p. 476.

En Hegel, la unidad ética de la familia sólo se produce entre dos sexos diferentes, porque es entonces cuando se da la “oposición ética suprema donde se individualizan la feminidad y la virilidad”, lo universal y lo concreto, el pensamiento y el sentimiento, lo poderoso y activo, lo subjetivo y pasivo<sup>54</sup>.

Hasta bien entrado el siglo XX el único referente sexual era el masculino. Totalmente sometida al deseo masculino la sexualidad femenina era invisible. Para algunos esto formó parte de una cultura heterosexual que concibe a la mujer como objeto sexual –bien del placer masculino o de los fines reproductivos dentro del matrimonio- y lo femenino como algo subalterno en una sociedad que pretende establecer con claridad las diferencias entre los sexos<sup>55</sup>.

La heterosexualidad habría representado así algo más que una forma de relacionarse sexualmente. Ha implicado todo un estilo de vida que convierte en hegemónica la familia reproductora. Considerada la familia como unidad de producción, la heterosexualidad resultaba imprescindible para garantizar la pervivencia de la sociedad industrial. La familia es productora de hijos para la fábrica. De la relevancia social de las uniones heterosexuales, potencialmente fecundas, por depender de ellas la continuidad de la sociedad en la producción de nuevos ciudadanos, carecen las uniones homosexuales. En este contexto la homosexualidad o es invisible o es transgresora de un estilo de vida justificador de un orden social, económico y cultural establecido.

De alguna manera la familia homosexual traiciona la principal base que sustentó la familia tradicional: las identidades sociales masculinas y femeninas. La familia ha sido una institución decisiva en la construcción de las identidades contrapuestas recíprocamente de hombres y mujeres<sup>56</sup>. La estructura familiar ha respondido a una división sexual del trabajo en una cultura de contraposición complementaria de los sexos. El altruismo y la solidaridad corresponden a la identidad femenina, mientras que el individualismo y la competencia son valores que aporta el varón<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Cfr. G. W. F. HEGEL, *Principios de la Filosofía del Derecho*, cit., & 166 (pp. 244-245).

<sup>55</sup> La heterosexualidad, como una de las causas de la subordinación femenina, y la homofobia, como una reacción ante la amenaza de la consideración de la mujer como un objeto sexual propiedad del varón, han sido analizadas por M. C. NUSSBAUM, *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*, trad. R. Bernet, Herder, Barcelona, 2002, p. 380.

<sup>56</sup> Cfr. E. GIL CALVO, “Doble identidad”, *Claves de la Razón Práctica*, núm. 103, junio 2000, p. 28.

<sup>57</sup> Cfr. C. GILLIGAN, *La moral y la teoría. Psicología del desarrollo femenino*, trad. J. J. Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

En este mundo de identidades unilaterales el homosexual es acusado de “insultar a la verdad” del sexo<sup>58</sup>, del intento de querer neutralizar el doble origen del hombre donde la paternidad y la maternidad son “prueba decisiva” de la diferencia entre los sexos<sup>59</sup>. Perfectamente delimitados los papeles de unas y otros el homosexual parece no encontrar acomodo en ninguno de ellos y en la medida que pueda traicionar aquellas señas de identidad se le teme. La institución familiar tradicional, erigida en garante de la perpetuación de la especie había adquirido, como ya se ha dicho, el significado de la “reproducción de la jerarquía de los sexos”, pero también el de la heterosexualidad como “patrón universal” de las prácticas sexuales normales. Configurada así la relación sexual como una relación social de dominación simbólica, a través de la división fundamental y “natural” de los sexos, tanto la mujer como los homosexuales aparecen como los “blancos privilegiados” de la discriminación<sup>60</sup>.

Sin embargo, aquellas claras fronteras entre los sexos se van disipando. Las identidades femeninas y masculinas se van redefiniendo y lo femenino va dejando de ser algo subalterno, a la vez que la familia deja de ser el único lugar donde la mujer encuentra su actividad ética y el matrimonio su único destino. La sociedad industrial, del trabajo, deja paso a una sociedad postindustrial, en la que prima el ocio y el consumo, y la familia no es ya unidad de producción sino de consumo. Se ha disociado la sexualidad de la reproducción, y ya no se admite, con generalidad, que la finalidad del sexo sea la procreación, que el matrimonio sea la relación exclusiva para su práctica, o que deba existir una predeterminación de roles en la conducta sexual. Incluso, aquel símbolo del doble origen del hombre se cuestiona continuamente en el laboratorio del científico, y en el del propio jurista a través de las políticas de adopción. De igual manera resulta también discutible que el fundamento de una familia, que quiere ser liberada de las estructuras de género, sea la mutua dependencia y complementariedad entre los sexos, o lo que es lo mismo, que la unión del hombre y la mujer sea necesaria para ordenar la sociedad en familias.

En este nuevo contexto, la homosexualidad ha dejado de ser una alternativa a la heterosexualidad como forma de vida. Los homosexuales participan del pragmatismo sexual y vital de un modelo heterosexual que ha perdido

---

<sup>58</sup> Cfr. M. FOUCAULT, “El sexo verdadero”, en Id., *H. Barbin llamada Alexina B.*, trad. A. Serrano y A. Canellas, Revolución, Madrid, 1985, p. 14.

<sup>59</sup> Cfr. S. AGACINSKI, *Política de sexos*, trad. H. Subirats y M. Baiges, Taurus, Madrid, 1998, pp. 114, 121.

<sup>60</sup> Cfr. P. BOURDIEU, *La dominación masculina*, cit., pp. 106-107.

parte de sus señas de identidad. El homosexual ya no es un transgresor, y sus relaciones afectivas se han institucionalizado e incluso ritualizado<sup>61</sup>. Homosexuales y heterosexuales comparten, por tanto, el deseo de vivir en pareja, de formar familias y permanecer en ellas<sup>62</sup>. Es, en este sentido, lógico que se rechace la pretensión de que la heterosexualidad continúe siendo el patrón universal en la constitución de familias y que se reivindicuen los mismos derechos para las diferentes uniones afectivas, independientemente del sexo de sus integrantes. La diferencia de los sexos ya no puede lograr marcar un "límite intraspasable" en la constitución de nuevos modelos familiares<sup>63</sup>. De hecho, las familias integradas por personas del mismo sexo existen, se reconozca o no su derecho al matrimonio, y la discriminación, en este sentido, resulta cada vez más difícil de justificar en esta nueva modernidad que pretende incorporar a su concepción universal a sujetos tradicionalmente excluidos.

La igualdad entre parejas heterosexuales y homosexuales no es otra cosa que el ingreso de la homosexualidad en la normalidad y, por tanto, su protección jurídica. Se afirma que mientras no se reconozcan a los homosexuales los mismos derechos que a los heterosexuales, incluyendo los derechos relativos a la familia, no se habrá pasado de una "tolerancia represiva", en la que prima el discurso moral sobre el jurídico<sup>64</sup>. Se aboga así por una plena aceptación social e institucional de la homosexualidad como una consecuencia lógica del reconocimiento del derecho al desarrollo libre de la propia sexualidad. Y como valor añadido, en una sociedad que se replantea el papel que tradicionalmente la familia ha cumplido en la discriminación femenina, la familia homosexual cuestiona profundamente el patriarcado al constituir familias liberadas de las estructuras de género. Los cónyuges son del mismo sexo y, por tanto, en estas uniones no hay atribución de roles sexuales ni división sexual del trabajo<sup>65</sup>.

Pero las relaciones de pareja entre homosexuales, salvo contadas excepciones, no gozan de los mismos derechos que las formadas por personas de distinto

---

<sup>61</sup> Cfr. O. GUASH, *La crisis de la heterosexualidad*, Laertes, Barcelona, 2000, pp. 25-27, 116-123.

<sup>62</sup> El ideal de pareja estable es dominante con independencia de la orientación sexual. Cfr. G. MEIL, *Las uniones de hecho en España*, CSIS, Siglo XXI, Madrid, 2003, p. 197.

<sup>63</sup> Cfr. P. BOURDIEU, "Los ritos como actos de institución", en J. PITT-RIVERS y J. PERISTIANY G. (Eds.), *Honor y gracia*, trad. P. Gómez Crespo, Alianza, Madrid, 1993, pp. 114-123.

<sup>64</sup> Cfr. N. PÉREZ CANOVAS, *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el derecho español*, Comares, Granada, 1996, pp. 106-107.

<sup>65</sup> Cfr. M. CASTELLS, M. SUBIRATS, *Mujeres y hombres: ¿un amor imposible?*, cit., p. 35.

sexo. Con apoyo en un discurso a favor de la libertad sexual se ha quedado relegado el de la igualdad, mostrándose así la incapacidad de apreciar -cuando de relaciones afectivas sexuales entre personas del mismo sexo se trata- los mismos valores que en una relación heterosexual, aunque “una democracia de las emociones” no haría distinciones entre parejas homosexuales y heterosexuales<sup>66</sup>. El criterio determinante para justificar tal desigualdad es el nivel de aceptación social con que cuentan estas familias<sup>67</sup>. El orden jurídico sigue así rechazando la plena equiparación jurídica de modelos de familia que no reproduzcan la división sexual. Y con ello condena a la “visibilidad invisible” al buen conviviente que comienza su “subversión simbólica” al orden vigente reconociendo su condición de homosexual y reivindica una transformación duradera de las instituciones de las que pretende no ser excluido. Con ello consigue sólo una parte de los derechos reconocidos a otros ciudadanos con una orientación sexual distinta. Así ha resultado “neutralizado” por las formas familiares dominantes<sup>68</sup>. La diferencia sexual se resiste así a dejar de ser ese límite intraspasable que distingue el matrimonio de otras formas de familia. Pero también ese límite se va desvaneciendo.

---

<sup>66</sup> Cfr. A. GIDDENS, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, cit., p. 77.

<sup>67</sup> Cfr. P. A. TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 1999, p. 63.

<sup>68</sup> Cfr. P. BOURDIEU, *La dominación masculina*, cit., pp. 146-147. Es preciso dejar constancia, en este sentido, que en Europa, sólo Bélgica, Holanda y España, reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo, y que las más altas instancias jurisdiccionales competentes no ven en esto problema de discriminación, pese a la Resolución del Parlamento Europeo 28/1994, sobre la igualdad de derechos los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea, en la que se hace referencia a la discriminación en las relaciones familiares. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea sigue considerando como cónyuge a la persona de distinto sexo unido por contrato de matrimonio, y no entiende aplicables sus efectos jurídicos a personas, casadas o no, del mismo sexo. La razón principal de este diferente tratamiento jurídico es la distinta evolución de los derechos en los países que componen la Unión Europea y, por tanto, la falta de una aceptación social equivalente en todos ellos (Sentencias 17 de febrero de 1998, 28 de enero de 1999, 31 de mayo 2001). La situación no es distinta en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias 17 de octubre de 1986, 30 de abril 1998). No obstante el reconocimiento de la protección especial de la familia matrimonial, se deja abierta la posibilidad de nuevas interpretaciones ante el cambio de circunstancias futuras. Sobre este aspecto puede verse M. C. PÉREZ VILLALOBOS, *Las leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, pp. 41-64. En relación al reconocimiento legal del matrimonio homosexual en España puede verse M. MARTÍN SÁNCHEZ, *Matrimonio homosexual y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ciendo como muestran los escasos países que ya permiten el matrimonio entre homosexuales o las llamadas de atención de algunas instancias europeas sobre la discriminación hacia la familia homosexual. Aunque queda todavía un largo camino que recorrer hacia la plena igualdad jurídica de los homosexuales difícilmente pueden ya quedarse al margen del reconocimiento jurídico entre las nuevas fórmulas familiares.

### 3.4. La familia monoparental: el debilitamiento del patriarcado

El derecho, al igual que la moral, había contribuido a establecer aquella unión inescindible entre el matrimonio, el sexo y la fecundidad. Pero como ya ha quedado señalado el matrimonio ha dejado de ser el único ámbito permitido para la práctica del sexo y la finalidad del sexo ha dejado de estar exclusivamente destinada a la procreación. Los avances científicos en técnicas de reproducción asistida, el cambio de las políticas de adopción o el fin del tratamiento jurídico diferenciado de los hijos han permitido la ampliación del ámbito del sexo permitido. Pero, quizás, el factor de mayor incidencia en este aspecto ha sido la liberación sexual de la mujer.

La naturaleza femenina, ligada al hecho biológico del embarazo y el parto, ha impuesto ciertos condicionantes a la maternidad que no han encontrado ningún paralelismo semejante en el hecho, también biológico, de la paternidad. La llamada vocación o instinto maternal, que parte de aquellas razones biológicas, se entendió como una necesidad y más aún como una norma. La mujer debía ser madre y en ello iba implícito el deber de cuidado, prácticamente en exclusiva, de sus hijos y de su entorno familiar<sup>69</sup>. De la maternidad como vocación al matrimonio como deber había un paso muy estrecho. La maternidad, efectivamente, ha sido algo más que una cuestión biológica. Configurada como un deber social, toda la vida de la mujer había estado condicionada ante la eventualidad de ser madre.

---

<sup>69</sup> La ética del cuidado como cultura especialmente femenina ha sido tratada en la literatura feminista con el propósito de llamar la atención sobre la importancia de incorporar este valor, reservado a la vida privada, al ámbito público como un complemento necesario de la teoría de la justicia. Cfr. C. GILLIGAN, *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, Cambridge, 1982; N. NODDINGS, *Caring: A Feminine Approach to Ethics and Moral Education*, University of California Press, Berkeley, 1984. En España Cfr. V. CAMPS, *Virtudes públicas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1990, pp. 141-163; Id., *El siglo de las mujeres*, Cátedra, Madrid, 1998, pp. 69-77.

Pero nuevamente la igualdad sexual es productora de cambios en este aspecto. La lógica aspiración de la mujer a su educación y a ejercer una profesión han tenido como consecuencia que el matrimonio no sea la única opción posible para su vida y se ha convertido en una elección que no implica su dedicación exclusiva. Paralelamente, la maternidad ha pasado de ser un destino inevitable a una posibilidad a la que acceder con cierta libertad. La posibilidad de elección, en este caso, implica la toma de conciencia del control sobre el propio cuerpo y sobre su propio destino y, más aún, la pérdida del pretendido fin natural y moralmente correcto de la actividad sexual dentro del matrimonio. La igualdad plena y autónoma implica que la elección de un proyecto familiar en solitario pueda ser una opción personal y libre. Por otro lado, la mayor independencia económica de la mujer hace que se amplíe la base social de las mujeres que afrontan solas la maternidad. Y, finalmente, una mayor permisividad en materia de sexualidad, ya dissociada del matrimonio, hace que desaparezca la valoración moral negativa relativa a la madre soltera.

En realidad las familias monoparentales ni constituyen algo nuevo, ni están formadas exclusivamente por madre e hijos. Siempre han existido familias con un solo progenitor a su cargo, pero en los últimos años se ha producido un incremento de las mismas debido, por un lado, al aumento del número de divorcios y, por otro lado, al de personas que deciden afrontar la paternidad o maternidad en solitario. Son mucho más visibles y esto hace que desaparezca su antaño situación de marginalidad y que haya cambiado sustancialmente la valoración ético-social de las mismas<sup>70</sup>. Son muy diferentes las causas que motivan la formación de este tipo de núcleos familiares y esto hace que sean muy diversos entre sí<sup>71</sup>. No obstante tal pluralidad, uno

---

<sup>70</sup> El apelativo de problemáticas, incompletas o desestructuradas ha acompañado a estas familias y, especialmente, a aquellas cuyo origen era la soltería de la madre.

<sup>71</sup> En algunas, aunque no convivan, hay otro progenitor que puede contribuir económica y afectivamente en el cuidado de los hijos; en otros casos esta circunstancia no se da. Puede suceder también que estas familias estén inmersas en otro grupo familiar que le sirva de apoyo. En atención a esta diversidad se propone cambiar la denominación de familia monoparental por núcleos familiares monoparentales; o distinguir entre familia monoparental y hogar monoparental; se propone la expresión familias monoparentales "binucleares" o "bifocales" cuando los progenitores tienen la custodia compartida de los hijos. Cfr. A. J. VELA SÁNCHEZ, "Las familias monoparentales: necesidad de una regulación unitaria", en M. C. BARRANCO, M. I. GARRIDO, J. GUILLÓ (Coords.), *El Derecho del niño a vivir en su propia familia*, cit., pp. 85-87.

de los rasgos comunes más destacados es que la mayoría de las veces la responsabilidad de estas familias recae sobre las mujeres, de ahí que se diga que siguen siendo "historias de mujeres"<sup>72</sup>. Efectivamente, si unimos al hecho biológico de la maternidad, el que en la mayoría de los divorcios la custodia de los hijos queda en manos de las mujeres, resulta que la monoparentalidad tiene un claro componente femenino en su problemática<sup>73</sup>.

Se ha tratado anteriormente la estructura de la familia tradicional como institución mantenedora de las diferencias y jerarquía de los sexos. En relación a tal concepción las familias monoparentales, teniendo en cuenta que son las mujeres quienes mayoritariamente se hacen responsables de ellas, suponen un proceso de debilitamiento de la figura paterna y del predominio del patriarcado en el ámbito familiar. Sin embargo a ellas se hacen extensivas las consecuencias de las carencias que en materia igualdad sexual todavía se padecen. En este sentido, existen reiteradas llamadas de atención respecto a que estas familias representan uno de los factores de exclusión social de las sociedades actuales. En ellas los ingresos económicos representan una reducción respecto a aquellas que cuentan con ambos progenitores. Estando sustentadas prioritariamente por mujeres, a aquella lógica minoración de ingresos, se ha de añadir la mayor precariedad laboral de sus responsables y la menor retribución. Un problema que se acrecienta con el aumento de la dificultad de acceso al mercado de trabajo, incluso respecto a otras mujeres que no tienen tal situación familiar, ya que en este caso las tareas reproductivas son también ejercidas en solitario. La consecuencia de esto es que la pobreza se concentra de forma especial en las familias monoparentales. Una pobreza que se ha entendido no sólo como falta de recursos económicos sino más ampliamente como factor de exclusión, en tanto limitadora de las posibilidades de participación en la vida civil, social y cultural<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> N. LEFAUCHER, "¿Existen las <familias monoparentales>?", en J. IGLESIAS de USSEL, (Ed.), *Las familias monoparentales*, Ministerio de Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer, Serie Debate, núm. 5, Madrid, 1988, p 156.

<sup>73</sup> Cfr. A. J. VELA SÁNCHEZ, *Las familias monoparentales. Su regulación genérica actual y su tratamiento jurisprudencial. Hacia su consideración jurídica unitaria y su protección integral*, Comares, Granada, 2005, pp. 5-16. Según el Informe de Monoparentalidad e Infancia 2006 en la Unión Europea el 85% de los hogares monoparentales tienen como progenitor a una mujer.

<sup>74</sup> Informe europeo, Mujeres y pobreza: por un enfoque europeo, Comisión de Derechos de la Mujer, Parlamento Europeo, 2005. Cfr. A. VELA SÁNCHEZ, "Las familias monoparentales: necesidad de una regulación unitaria", cit., p. 90. En el mismo sentido, Cfr. T. L. VICENTE TORRADO, y R. ROYO PRIETO, *Mujeres al frente de las familias monoparentales*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Bilbao, 2006, p. 24.

Si realmente la familia merece una protección este riesgo de empobrecimiento y exclusión exigiría una respuesta adecuada a las necesidades sociales específicas que en ellas se generan. No se ha de olvidar para ello que la potencial situación de desigualdad de las mujeres se hace extensiva, a través de estas familias, de ellas a sus hijos que, si son menores, merecen ya una específica protección con independencia del ámbito familiar en que se integren. Sin embargo, pese a esta situación que no sólo no resulta extraña actualmente, sino que va en aumento, no hay respuestas jurídicas integrales, eficaces y coordinadas que puedan atender las necesidades de estos grupos familiares para paliar los riesgos de pobreza y exclusión que padecen<sup>75</sup>.

#### 4. LAS NECESIDADES COMO CENTRO DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS NUEVOS MODELOS DE FAMILIA.

Dice Beck que estamos viviendo lo que sucede cuando en un drama de Ibsen ha caído el telón<sup>76</sup>. Y efectivamente, en la obra de Ibsen, "Casa de muñecas", cuando Nora decide abandonar a su marido, este le increpa que está incumpliendo sus deberes más sagrados como esposa y madre. Y ella, entonces, reivindica su condición de ser humano igual a él y el derecho a cumplir sus deseos como tal. El deseo de Nora se ha cumplido y esto implica el esfuerzo de que este nuevo modelo de vida de igualdad sexual no conlleve el abandono de la familia, ni por parte de las mujeres, ni de los hombres, ni de las instituciones.

El cambio cultural que engloba necesariamente a la familia hace preciso una nueva formulación de las relaciones que dentro de ella se producen. Escribe Bourdieu que "actualmente, la precariedad está en todas partes"<sup>77</sup> y la

<sup>75</sup> En nuestro país se ha hecho una propuesta de regulación unitaria e integral para las familias monoparentales con la que se pretende la satisfacción real a sus necesidades específicas. Así se contemplan derechos laborales y de Seguridad Social que permitan la conciliación de la vida familiar y laboral; promoción de empleo y formación; garantías de una subsistencia digna mediante el acceso a viviendas de protección pública; establecimiento de un sistema efectivo de tutela institucional; impulsar el asociacionismo, fomentar la especialización de profesionales para la protección de la monoparentalidad... . Cfr. A. J. VELA SÁNCHEZ, *Las familias monoparentales. Su regulación genérica actual y su tratamiento jurisprudencial...*, cit., pp. 143-159.

<sup>76</sup> Cfr. U. BECK, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. J. Navarro, D. Jiménez, M. R. Borrás, Paidós, Barcelona, 2002, p. 18.

<sup>77</sup> P. BOURDIEU, *Contrafuegos. Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, trad. J. Jordá, Anagrama, Barcelona, 1999, p. 120. Sobre la precarización tanto de la vida profesional como de la familiar puede verse también G. LIPOVETSKY, *La felicidad paradójica. Ensayo sobre la sociedad de hiperconsumo*, cit., p. 161.

familia no va a permanecer ajena a esa situación precaria. Las condiciones de vida asociadas a la familia tradicional no parecían ofrecer muchas sorpresas en cuanto al desarrollo de la vida familiar. Pero actualmente el futuro de las relaciones familiares puede resultar impredecible, al respecto se llega a decir que es preciso aceptar como normal la “fragilidad” familiar<sup>78</sup>.

Puede que frágil pero, sobre todo, familia. A aquella familia matrimonial, que hoy se ha declarado en crisis, no le sucede nada distinto a la familia, aunque sean más iguales, más libres y más plurales. La institución familiar sigue siendo necesaria e insustituible, porque proporciona formas de solidaridad y funciones afectivas y emocionales que no son suplidos en ningún otro ámbito o institución social. Por eso, pese a los cambios en las formas de vida, la institución se pluraliza y sobrevive, los vínculos familiares se renuevan y refuerzan constantemente, se unen al margen de intereses y convenciones<sup>79</sup>. La familia adquiere fuerza al convertirse en un asunto público de primera magnitud. La familia no se pone ya al servicio de lo público sino que lo público debe ponerse al servicio de la familia<sup>80</sup>.

Los cambios sociales precisan, por tanto, una transformación de las estructuras jurídicas, de normas e instituciones, capaces de dar satisfacción a las familias actuales, de servir de vehículos adecuados para la protección de unos modelos distintos a los pensados para la sociedad liberal e industrial<sup>81</sup>. Si los cambios en la situación jurídica de la mujer han sido determinantes en la pluralidad de los modelos familiares, y en la misma fragilidad que a los mismos afecta, profundizar en aquellos factores de discriminación que aún persisten es fundamental a efectos de proteger la familia y procurarle una mayor estabilidad. Valorar la actividad reproductiva dentro del hogar y fomentar la participación femenina fuera de ese ámbito y la masculina en la familia es determinante para lograr el objetivo de la igual-

---

<sup>78</sup> Cfr. E. BECK-GERNSHEIM, *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, cit., p. 40.

<sup>79</sup> Cfr. P. BELTRAO, *Sociología de la familia contemporánea*, trad. V. Baillo Ruiz, Sígueme, Salamanca, 1975, p. 23.

<sup>80</sup> Cfr. L. FERRY, *Familia y amor. Un alegato a favor de la vida privada*, trad. S. Chaparro Martínez, Taurus, Madrid, 2008, pp. 83-88.

<sup>81</sup> Cfr. N. LUHMANN, “El concepto de riesgo”, en J. BERIAIN (Comp.), *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, trad. C. Sánchez Capdequí, Anthropos, Barcelona, 1996, p. 150

dad sexual<sup>82</sup>. En este sentido, la reformulación de las relaciones familiares hace necesario arbitrar mecanismos que faciliten la incorporación de los sexos a aquellos espacios en los que han estado tradicionalmente excluidos. Este nuevo momento, en que las esferas pública y privada están más interrelacionadas que en cualquier otra época, precisa de un mundo compartido por hombres y mujeres<sup>83</sup>. Las diferencias sexuales en la familia se van sustituyendo por la consideración individual de sus miembros que, en tanto que personas pluridimensionales, se definen por su vida pública y su vida privada, por su tiempo productivo y su tiempo reproductivo<sup>84</sup>. Desconocer esto es ocultar una realidad que se ha convertido en una de las más importantes fuentes de los conflictos familiares<sup>85</sup>.

Pero no sólo son precisos cambios que afectan a los miembros de la familia. La exclusiva dedicación de la mujer al hogar convirtió a la familia en el espacio prioritario en el que se atendían las situaciones de dependencia de sus miembros<sup>86</sup>. La incorporación de la mujer al ámbito del trabajo ha de implicar una nueva formulación de las relaciones fuera de la familia con la previsión de mecanismos de sustitución en la atención de aquellas dependencias. Otras instituciones han de participar, por tanto, en el cumplimiento de funciones que tradicionalmente han correspondido a la familia, en concreto a la mujer, y a las que actualmente no puede atender porque su incorporación al ámbito público le impide la entrega incondicional al desarrollo de aquellas actividades. La familia ha generado así una necesidad a la que ella no puede satisfacer en exclusiva y demanda, por ello, una respuesta institucional<sup>87</sup>.

---

<sup>82</sup> Las posibilidades reales de elección de proyectos personales no pueden darse ni justificarse mientras persistan las desigualdades entre los sexos, dentro o fuera de la familia. Cfr. A. SEN, *Bienestar, justicia y mercado*, trad. D. Salcedo, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 25-29, 80, 115. Id., *Nuevo Examen de la Desigualdad*, trad. A. M. Bravo, Alianza, Madrid, 2004, p. 104. Cfr. L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999, pp. 74-76.

<sup>83</sup> Cfr. V. CAMPS, *El siglo de las mujeres*, cit., pp. 23, 105.

<sup>84</sup> Cfr. M. L. BALAGUER, *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Cátedra, Madrid, 2005, pp. 44, 52, 96.

<sup>85</sup> Cfr. C. C. HARRIS, *Familia y sociedad industrial*, trad. M. A. Galmarini, Península, Barcelona, 1986, pp. 5, 99.

<sup>86</sup> Cfr. L. GARRIDO MEDINA, "La familia estatal: el control fiscal de la natalidad", en L. GARRIDO MEDINA, y E. GIL CALVO (Eds.), *Estrategias familiares*, cit., pp. 158, 168.

<sup>87</sup> La familia es creadora de necesidades que puede satisfacer o no en exclusiva en el proceso de adaptación a las circunstancias cambiantes. Cfr. M. I. GARRIDO GÓMEZ, *La política social de la familia en la Unión Europea*, cit., p. 111. Id., "La especificación de los derechos fundamentales en la protección social de la familia", en M. C. BARRANCO, M. I. GARRIDO, J. GUILLÓ (Coords.), *El derecho del niño a vivir en su propia familia*, cit., p. 103.

La institucionalización de la familia tal y como se entendió en los albores de la modernidad resultó ser un modelo racional y funcional acorde con las concepciones culturales de aquel momento. Sin embargo, desconocer las modificaciones estructurales de aquel modelo, motivadas por una nueva cultura de la vida, deviene disfuncional e irracional<sup>88</sup>. Aquel orden centrado en cierta forma de ortodoxia matrimonial, con sus peculiares formas de vida y su pretensión de representar lo normal y reproducible, ha sido cuestionado, bajo el "centralismo de aquel código"<sup>89</sup>.

Las transformaciones en los modelos de convivencia, como consecuencia de una sociedad plural, más libre y más igual, exigen paralelos cambios en un derecho que pretenda integrar e incluir estas nuevas formas de vida bajo su protección jurídica<sup>90</sup>. Pese a ello, la familia matrimonial sigue ocupando una posición hegemónica en cuanto a la protección jurídica. La institución sigue así consagrando las diferencias entre las distintas uniones afectivas, aunque las funciones llamadas a cumplir no establezca distinciones entre ellas.

Esa igualdad de funciones debe presidir el proceso de cambio de aquellos universos simbólicos, que se hacen ya muy difíciles de legitimar y proteger, reformulando nuevos espacios o alterando los límites dados, que permitan la eficacia comunicativa de los nuevos modelos de relación<sup>91</sup>. Al respecto, en este momento en el discurso jurídico en torno a la familia, se puede percibir una actitud que incide en la libertad de los individuos para organizar su convivencia, sin embargo tal discurso no ha ido acompañado de una decisiva defensa de un tratamiento igual de los diversos modelos de familia. Pero la libertad para elegir un modelo de convivencia depende en gran medida de la protección jurídica de que goce cada uno de ellos. Reconocidos diversos modelos de convivencia como familias y, por tanto, aptos para cumplir las funciones propias de la institución familiar, las desigualda-

---

<sup>88</sup> Cfr. U. BECK, "Teoría de la sociedad del riesgo", en J. BERIAIN (Comp.), *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, cit., p. 221.

<sup>89</sup> P. BOURDIEU, "Los ritos como actos de institución", cit., pp. 114-123. Cfr. P. BRUCKNER, A. FINKIELKRAUT, *El nuevo desorden amoroso*, trad. J. Jordá, Anagrama, Barcelona, 1989, pp. 336-345.

<sup>90</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, pp. 14-15.

<sup>91</sup> Cfr. T. PITCH, *Un derecho para dos. La construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*, trad. C. García Pascual, Trotta, Madrid, 2003, pp. 234, 286.

des sólo deberían estar justificadas en la diversidad de sus necesidades específicas. Esto sería lo coherente con la existencia de un Estado social, que protege a los sectores más débiles de la ciudadanía y se compromete a garantizar la libertad y la igualdad de los individuos y grupos en que se integran<sup>92</sup>. Sólo una adecuada regulación, en este sentido, permitirá elegir en libertad aquella forma de familia que sea más acorde con el proyecto personal de aquellos que deseen integrarla.

Sin duda, el reconocimiento de la importancia social que continua teniendo la familia requiere de un derecho muy atento a una realidad cada vez más plural y compleja que no renuncia, en sus diversas formas de convivencia, a recabar una protección igual de los poderes públicos, asumiendo aquella diversidad. Se hace difícil justificar, en este contexto, la existencia de regímenes jurídicos privilegiados para alguno de los modelos familiares. Y más difícil resulta aún si tenemos en cuenta las implicaciones que los diferentes tratamientos jurídicos puedan tener en relación a las personas que se encuentren en una posición más débil y, por tanto, de mayor necesidad: las mujeres, cuya igualdad jurídica sigue sin ser una realidad efectiva; y los menores, que son una responsabilidad ineludible para los padres y también para los poderes públicos.

## REFERENCIAS

- AGACINSKI, S., *Política de sexos*, trad. H. Subirats y M. Baiges, Taurus, Madrid, 1998.
- BALAGUER, M. L., *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Cátedra, Madrid, 2005.
- BARRANCO, M. C., GARRIDO, M. I., GUILLÓ, J. (Coords.), *El derecho del niño a vivir en su propia familia*, Exlibris, Madrid, 2007.
- BAUMAN, Z.,
- *Modernidad líquida*, trad. M. Rosenberg y J. Arrambide Squirru, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006.
  - *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, trad. M. Rosenberg y J. Arrambide, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2008.
- BEAUVOIR, S. de., *El segundo sexo*, Vol. I., *Los hechos y los mitos*, Vol. II., *La experiencia vivida*, trad. A. Martorell, Cátedra, Madrid, 1998.

---

<sup>92</sup> Es el modelo de igual valoración jurídica de las diferencias. Cfr. L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 75.

- BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. J. Navarro, D. Jiménez, M. R. Borrás, Paidós, Barcelona, 2002.
- BECK, U. y BECK-GERNSHEIM, E., *El normal caos del amor. Las nuevas formas de la relación amorosa*, trad. D. Schmitz, Paidós, Barcelona, 2001.
- BECK-GERNSHEIM, E., *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, trad. P. Madrigal, Paidós, Barcelona, 2003.
- BELTRAO, P., *Sociología de la familia contemporánea*, trad. V. Baillo Ruiz, Sígueme, Salamanca, 1975.
- BENTHAM, J., *Tratados de Legislación civil y penal*, trad. M. Rodríguez Gil, Editora Nacional, Madrid, 1981.
- BENJAMÍN, W., *Dos ensayos sobre Goethe*, trad. G. Calderón y G. Marisco, Gedisa, Barcelona, 1996.
- BERIAIN, J. (Comp.), *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, trad. C. Sánchez Capdequí, Anthropos, Barcelona, 1996.
- BOSWELL, J., *Las bodas de la semejanza. Uniones entre personas del mismo sexo en la Europa premoderna*, trad. M. A. Galmarini, Muchnik, Barcelona, 1994.
- BOURDIEU, P.,
- “Los ritos como actos de institución”, en PITT-RIVERS, J. y PERISTIANY, J. G. (Eds.), *Honor y gracia*, trad. P. Gómez Crespo, Alianza, Madrid, 1993.
  - *Contrafuegos. Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, trad. J. Jordá, Anagrama, Barcelona, 1999.
  - *La dominación masculina*, trad. J. Jordá, Anagrama, Barcelona, 2000.
- BRUCKNER, P., FINKIELKRAUT, A., *El nuevo desorden amoroso*, trad. J. Jordá, Anagrama, Barcelona, 1989.
- CAMARERO SUAREZ, V., *Las uniones no matrimoniales en el derecho español y comparado*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005.
- CAMPS, V.,
- *Virtudes públicas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1990.
  - *El siglo de las mujeres*, Cátedra, Madrid, 1998.
- CASSANO, F., *Approssimazione. Esercizi di speranza dell'altro*, Il Mulino, Bologna, 1989.
- CASTAN TOBEÑAS, J.,
- *La crisis del matrimonio (ideas y hechos)*, Hijos de Reus, Madrid, 1914.
  - *La condición social y jurídica de la mujer. La diferenciación de los sexos en sus aspectos biológico, sociológico, ético y jurídico. El problema de la jefatura familiar y sus soluciones en la Legislación comparada. La condición jurídico-civil de la mujer española*, Reus, Madrid, 1955.
- CASTELLS, M., SUBIRATS, M., *Mujeres y hombres: ¿un amor imposible?*, Alianza, Madrid, 2007.
- DÍEZ NICOLÁS, J., “La familia en Europa y el cambio social”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 21, 1983.

- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999.
- FERRY, L., *Familia y amor. Un alegato a favor de la vida privada*, trad. S. Chaparro Martínez, Taurus, Madrid, 2008.
- FOUCAULT, M., "El sexo verdadero", en ID., *H. Barbín llamada Alexina, B.*, trad. A. Serrano y A. Canellas, Revolución, Madrid, 1985.
- GARRIDO GÓMEZ, M. I., *La política social de la familia en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2000.
- GARRIDO MEDINA, L. y GIL CALVO, E. (Eds.), *Estrategias familiares*, Alianza, Madrid, 2002.
- GIDDENS, A.,
- *La transformación de la intimidad. Sexualidad, amor y erotismo en las sociedades modernas*, trad. B. Herrero Amaro, Cátedra, Madrid, 1995.
  - *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, trad. P. Cifuentes, Taurus, Madrid, 2000.
- GIL CALVO, E., "Doble identidad", en *Claves de la Razón Práctica*, núm.103, junio 2000.
- GILLIGAN, C., *La moral y la teoría. Psicología del desarrollo femenino*, trad. J. J. Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- GUASH, O., *La crisis de la heterosexualidad*, Laertes, Barcelona, 2000.
- HARRIS, C. C., *Familia y sociedad industrial*, trad. M. A. Galmarini, Península, Barcelona, 1986.
- HEGEL, G. W. F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, trad. J. L. Verma, Edhasa, Barcelona, 1988.
- IGLESIAS de USSEL, J., (Eds.), *Las familias monoparentales*, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Serie Debate, núm. 5, Madrid, 1988.
- KANT, I.,
- *Teoría y práctica*, trad. J. M. Palacios, M. F. Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, 1986.
  - *La metafísica de las costumbres*, trad. A. Cortina Orts y J. Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 1989.
- LEGAZ y LACAMBRA, L., *El Derecho y el amor*, Bosch, Barcelona, 1976.
- LIPOVETSKY, G.,
- *La tercera mujer. Permanencia y revolución de lo femenino*, trad. A. Alapont, Anagrama, Barcelona, 1999.
  - *La felicidad paradójica. Ensayo sobre la sociedad del hiperconsumo*, trad. A. P. Moya, Anagrama, Barcelona, 2007.
- LÓPEZ TERRADA, E., *Uniones matrimoniales y uniones de hecho en el régimen general de la Seguridad Social*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.
- LOWE, D. M., *Historia de la percepción burguesa*, trad. J. J. Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

- MARTÍN SÁNCHEZ, M., *Matrimonio homosexual y Constitución*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.
- MAYER, H., *Historia maldita de la literatura. La mujer, el homosexual y el judío*, trad. J. de Churruca, Taurus, Madrid, 1999.
- MEIL, G., *Las uniones de hecho en España*, CSIS, Siglo XXI, Madrid, 2003.
- MILL, J. S., "La dominación de la mujer", ID., *Sobre la libertad y otros escritos*, trad. J. Abellán, M. C. C. de Iturbe y D. Negro Pavón, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.
- MURILLO MUÑOZ, M., *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea. Hacia un nuevo modelo de matrimonio*, Dykinson, Madrid, 2006.
- NODDINGS, N., *Caring: A Feminine Approach to Ethics and Moral Education*, University of California Press, Berkeley, 1984.
- NUSSBAUM, M. C., *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*, trad. R. Bernet, Herder, Barcelona, 2002.
- OKIN, S. M., *Justice, gender and the family*, Basic Books, New York, 1991.
- ORTEGA y GASSET, J.,
- "Para una cultura del amor" (1917), en *Obras completas*, Tomo II., Alianza, Revista de Occidente, Madrid, 1983.
  - "Estudios sobre el amor" (1941), en *Obras completas*, Tomo V., Alianza, Revista de Occidente, Madrid, 1983.
  - *El hombre y la gente*, Alianza, Madrid, 1994.
- PASTOR RAMOS, G., *La familia en España. Sociología de un cambio*, Sígueme, Salamanca, 2002.
- PÉREZ CANOVAS, N., *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el derecho español*, Comares, Granada, 1996.
- PÉREZ VILLALOBOS, M. C., *Las leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008.
- PITCH, T., *Un derecho para dos. La construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*, trad. C. García Pascual, Trotta, Madrid, 2003.
- PLATÓN, *La República*, trad. J. M. Pabón y M. Fernández Galiano, Alianza, Madrid, 1998.
- RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- REINA, V., MARTINELL, J. M., *Uniones matrimoniales de hecho*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- ROUGEMONT, D. de., *El amor y Occidente*, trad. A. Vicens, Kairós, Barcelona, 1986.
- ROUSSEAU, J. J., *Emilio o De la educación*, trad. M. Armiño, Alianza, Madrid, 1990.
- SEN, A.,
- *Bienestar, justicia y mercado*, trad. D. Salcedo, Paidós, Barcelona, 1997.
  - *Nuevo Examen de la Desigualdad*, trad. A. M. Bravo, Alianza, Madrid, 2004.

- SOMBART, W., *El burgués. Contribuciones a la historia espiritual del hombre económico moderno*, trad. M. P. Lorenzo, Alianza, Madrid, 1993.
- TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A., *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 1999.
- TAMAYO HAYA, S., *El estatuto jurídico de los padrastos: nuevas perspectivas jurídicas*, Reus, Madrid, 2009.
- VELA SÁNCHEZ, A., *Las familias monoparentales. Su regulación genérica actual y su tratamiento jurisprudencial. Hacia su consideración jurídica unitaria y su protección integral*, Comares, Granada, 2005.
- VICENTE TORRADO, T. L. y ROYO PRIETO, R., *Mujeres al frente de las familias monoparentales*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Bilbao, 2006.
- WOLLSTONECRAFT, M., *Vindicación de los derechos de la mujer*, trad. C. Martínez Gimeno, Cátedra, Madrid, 1994.
- ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995.

M<sup>a</sup> OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ  
Departamento de Derecho público  
Facultad de Derecho  
Universidad de Cantabria.  
Avda. de los Castros s/n.  
39005 Santander (Cantabria)  
e-mail: sanchezo@unican.es



## MUJER Y DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES\*

### WOMAN AND ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS

M<sup>a</sup> DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS  
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 24-3-10  
Fecha de aceptación: 12-4-10

**Resumen:** *La situación de la mujer en el mundo, es, en términos generales, peor que la situación del hombre, sin embargo, muchas violaciones de derechos de las mujeres no reciben, en el ámbito internacional, tratamiento de violaciones de derechos humanos. Esta situación se agrava especialmente cuando se trata de los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres. En términos generales, las políticas de desarrollo han adoptado un enfoque paternalista y desconsideran las necesidades de las mujeres. Con ello, las intervenciones dirigidas a paliar la pobreza no han revertido en una mayor efectividad de los derechos humanos de las mujeres.*

**Abstract:** *The situation of women in the world is generally worse than the situation of men, however, many violations of rights of women are not considered, at the international level, as human rights violations. This situation is aggravated especially when it comes to economic, social and cultural rights of women. Overall, development policies have taken a paternalistic approach and they disregard the needs of women. In doing so, interventions to alleviate poverty don't have contributed to a more effectiveness of human rights of women.*

**Palabras clave:** derechos de las mujeres, derechos económicos, sociales y culturales, género, desarrollo, capacidad

**Keywords:** women's rights; economic, social and cultural rights, gender, development, capacity

---

\* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 "El tiempo de los derechos", CSD2008-00007.

## 1. INTRODUCCIÓN

El propósito de estas páginas es justificar que la coherencia con las exigencias implícitas a un orden nacional e internacional basado en derechos, requiere tener en cuenta a las mujeres como titulares de derechos económicos, sociales y culturales.

Sin embargo, las cuestiones que se abordan en este trabajo resultan tan controvertidas como pendientes de realización. En primer lugar, porque, como tendremos ocasión de comprobar, los derechos de las mujeres no se manejan en la política y en la aplicación del Derecho internacional actual como derechos humanos.

En segundo lugar, porque tampoco los derechos económicos, sociales y culturales han alcanzado un estatuto jurídico y de fundamentación equivalente al de los derechos civiles y políticos. Además, en la construcción de los estados de bienestar y en la articulación de las estrategias de desarrollo, la mujer se ha venido considerando instrumento para otros fines, en ocasiones los derechos de otros.

El trabajo se estructura sobre cuatro ejes en los que se presentarán argumentos para la reivindicación de que la mujer es titular de derechos humanos y la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos. A continuación se realizará un análisis de qué significa definir el desarrollo en términos de derechos. Por último, se mostrará cómo el rol tradicionalmente desempeñado por la mujer en la protección social, no resulta coherente con la articulación de las políticas públicas orientadas a mejorar la situación de las mujeres desde las exigencias de los derechos humanos de éstas.

## 2. LA MUJER COMO TITULAR DE DERECHOS HUMANOS

A pesar de que los derechos humanos se proclaman como universales, y a pesar de que, por tanto, han de corresponder a todos por igual, no es necesario remontarnos al siglo XVIII para ver que las mujeres son frecuentemente excluidas de la titularidad de algunos o todos los derechos. Tampoco es preciso salir del contexto occidental para comprobar que todavía las mujeres se encuentran en peor situación que los hombres<sup>1</sup>. En palabras de M. Nuss-

<sup>1</sup> Sobre la situación en España y su evolución en los cuatro últimos años puede consultarse la estadística que prepara el INE en colaboración con el Instituto de la Mujer, *Mujeres y Hombres*, [http://www.inmujer.migualdad.es/MUJER/publicaciones/docs/Mujeres%20y%20hombres\\_09.pdf](http://www.inmujer.migualdad.es/MUJER/publicaciones/docs/Mujeres%20y%20hombres_09.pdf), consultada el 19 de marzo de 2010.

baum, "no hay país alguno que trate a su población femenina igual de bien que a la masculina"<sup>2</sup>.

La universalidad, además de a la titularidad, hace referencia a la universal validez de la teoría. Frente al universalismo, el relativismo cultural plantea la imposibilidad de valorar determinadas prácticas desde patrones ajenos a los de la propia cultura. A esta cuestión no me voy a referir aquí, aun cuando plantea interesantes retos a las teorías de los derechos en general, y a una teoría de los derechos que se considere feminista en particular. Se trata de uno de esos problemas en torno a los que hoy discuten los distintos feminismos<sup>3</sup>. En términos generales, y con independencia de que la crítica culturalista ha contribuido a abrir el programa de los derechos a otras realidades, cabe decir que si el respeto a las culturas prevaleciera sobre la protección de los derechos de las mujeres, estaríamos renunciando definitivamente a tratar éstos como derechos humanos. Lo anterior resultaría sorprendente si el conflicto entre los derechos de otros sujetos y las prácticas culturales no se resolviese también a favor de las prácticas.

Y es que muchas de las vulneraciones de derechos que sufren las mujeres en el ámbito internacional no reciben por los Estados el tratamiento de vulneraciones de derechos humanos<sup>4</sup>, a pesar de que conforme al artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos humanos "toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos".

Esta situación, que también se produce en relación con personas que forman parte de otros colectivos sociales, es especialmente llamativa en relación con las mujeres. Y ello porque se trata de la mitad de la humanidad. Pero también porque cuando forman parte de colectivos cuyos miembros suelen ser víctimas de discriminación, siempre las mujeres ocupan una situación peor, al

---

<sup>2</sup> M. NUSSBAUM, *Las mujeres y el desarrollo humano*, trad. R. Bernet, Herder, Barcelona, 2002, p. 20.

<sup>3</sup> Puede verse, al respecto, M. NUSSBAUM, "Judging Other Cultures: the Case of Genital Mutilation", *Sex and social justice*, Oxford University Press, Nueva York, 1999, pp. 118-129. Una presentación de distintas posiciones al respecto en VVAA, "Diritti delle donne tra particolarismo e universalismo", *Ragion Pratica*, núm. 2, 2004.

<sup>4</sup> CH. BUNCH, "Women's Rights as Human Rights: Toward a Re-Vision of Human Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 12, núm. 4, 1990, pp. 486-498

menos, en la medida en que sufren la doble discriminación que se deriva de que forman parte de ese colectivo y de que son mujeres<sup>5</sup>.

Si hacemos un repaso a la historia de los derechos<sup>6</sup>, podemos comprobar que tradicionalmente la mujer ha sido excluida de la ciudadanía en el ámbito público y que en el ámbito privado se han establecido tantas restricciones a su capacidad de obrar que difícilmente puede ser considerada, en muchas ocasiones, sujeto de derecho.

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, constituye un punto de inflexión fundamental en la historia de las ideas y de las instituciones políticas.

Es posible afirmar que a partir de este instrumento se sientan las bases para la construcción del Estado de Derecho, que no es, ni más ni menos, que el tipo de organización política en la que el poder público se organiza al servicio de los derechos de los seres humanos.

Sin embargo, la Declaración se refiere en su texto a los derechos del hombre y del ciudadano, no, por tanto, a los derechos de las mujeres. En buena medida, esta situación es arrastrada en la posteridad, a pesar de que en ese mismo contexto podemos encontrar voces que subrayan el carácter incompleto de un concepto de humanidad que excluye a la mitad de la especie.

Así, en 1791 se presentó a los representantes del pueblo francés reunidos en Asamblea una Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, redactada por Olympe de Gouges (pseudónimo de Marie de Gouze). En 1792, Mary Wollstonecraft publicó su *Vindicación de los derechos de la mujer*<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer, señala, en su Comentarios Finales de 18 de agosto de 2004, con respecto a España, la discriminación múltiple a la que se enfrentan las mujeres inmigrantes. A/59/38(SUPP).

<sup>6</sup> A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bolonia, 2007

<sup>7</sup> M. WOLLSTONECRAFT, (1792), *Vindicación de los derechos de la mujer*, edición de Marta Lois, Istmo, Madrid, 2005. De 1790 es *Sur l'admission des femmes au droit au cité*, *Journal de la Société de 1789*, 3 juillet 1790, no. V., donde puede leerse "la costumbre puede familiarizar a los hombres con la violación de los derechos naturales, hasta el punto que entre los que los han perdido nadie se preocupa en reclamarlos, ni cree haber experimentado una injusticia. Incluso algunas de esas violaciones han escapado a filósofos y legisladores cuando se ocupaban con el mayor celo de establecer los derechos comunes de los individuos de la especie humana, y de establecer el fundamento único de las instituciones políticas. Por ejemplo, ¿no han violado todos ellos el principio de igualdad de derechos privando tranquilamente a la mitad del género humano del de concurrir a la formación de las leyes, excluyendo a las mujeres del derecho de la ciudad?" [http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com\\_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=1014&Itemid=28](http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=1014&Itemid=28) (consultada el 8 de marzo de 2010)

En este trabajo, Mary Wollstonecraft, defendió el carácter racional de hombres y mujeres y la importancia del acceso de la mujer a la educación para la igualdad entre ambos. Estas tesis de Wollstonecraft constituyen el contrapunto de los argumentos kantianos, que son los que lograron imponerse. Con independencia de las críticas que ha recibido el liberalismo inicial, también el feminismo liberal, la idea fundamental que subyace a las tesis de Wollstonecraft ha de ser el presupuesto para la defensa de los derechos de las mujeres como derechos humanos: la mujer es igual al hombre en cuanto a su dignidad.

Esta tesis es coherente con el concepto de derechos humanos que se vincula a teorías de la justicia basadas en ideales igualitaristas<sup>8</sup>, y en las que, como se ha señalado, la igualdad es una exigencia que se deriva del reconocimiento de la 'común humanidad' de los titulares de derechos. Sin embargo, a pesar del consenso sobre la igualdad como un componente ineludible de las teorías de los derechos humanos, en el contexto de estas mismas teorías, puede verse en el caso de los derechos de las mujeres, no siempre ha estado claro quiénes deben ser considerados iguales.

Además, y esta cuestión es especialmente interesante a los efectos de este trabajo, tradicionalmente se han desconsiderado, en el discurso de los derechos y en su implementación, que existen determinadas situaciones, en las que –por razones naturales o ‘artificiales’– las mujeres se encuentran y los hombres no, y en las que la dignidad de éstas encuentra obstáculos específicos.

Si entendemos que la dignidad exige tratar a las personas como fines en sí mismos y no como meros medios, podemos considerar que los derechos humanos son herramientas con los que tratamos de evitar que los seres humanos sean instrumentalizados. En este sentido, podemos afirmar que, por un lado, los sistemas de derechos se han construido a pesar de la instrumentalización de la mujer (a la que no se considera igualmente digna que el hombre), y que, en todo caso, los derechos como herramientas no han sido diseñados para evitar que las mujeres sean instrumentalizadas.

Esta crítica a las teorías de los derechos, que aquí arranca de sus deficiencias en relación con los derechos de las mujeres, puede plantearse en términos generales frente al modo en el que el individualismo racionalista

---

<sup>8</sup> J. GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 83

irrumpe en el Derecho. El sujeto abstracto de la filosofía racionalista, termina por no corresponderse con ningún sujeto real. Señala A. Valcárcel “el derecho racional, en efecto, había postulado unos seres humanos que no existen, y de esos mismos seres humanos nos hablaba la filosofía racionalista. La filosofía racionalista o del derecho racional son curiosos, porque como he escrito “no nacen, no mueren, no tienen sexo””. Sin embargo, este individuo terminará equiparándose a quien socialmente es autónomo, esto es, al hombre, económica y socio-físicamente independiente. De este modo, los derechos son diseñados como herramientas que intentan evitar que el hombre propietario, sano -el ciudadano- sea instrumentalizado<sup>9</sup>.

Con estos presupuestos, los modelos históricos de derechos surgen con una deficiencia de partida. A pesar de que los derechos se proclaman como universales, sólo unos pocos tienen atribuidos todos los derechos y no para todos sirven en la misma medida. En el caso de las mujeres, la situación es así claramente, como se ha mostrado, en relación con los derechos civiles y políticos<sup>10</sup>, pero también lo es en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, que se incorporan a los estándares internacionales de derechos humanos una vez que se acepta que todos los hombres son titulares de derechos y que las distintas situaciones en las que los seres humanos se encuentran pueden producir una gran distancia entre el reconocimiento formal de la libertad y la capacidad de actuar libremente<sup>11</sup>.

Antes del nacimiento, en la infancia y en la vida adulta, las mujeres son, en muchas partes del mundo, víctimas de agresiones que están excluidas de la agenda internacional de los derechos. La selección de sexo se utiliza en lugares como India o China para evitar el nacimiento de niñas; también en muchos lugares, la tasa de escolarización de las niñas, es menor que la de los niños, además de que están peor alimentadas y visitan menos al médico; los abortos ilegales matan a numerosas mujeres cada año<sup>12</sup>. A lo anterior se puede sumar la discriminación y de la violencia contra las mujeres, que se plantean a nivel global.

---

<sup>9</sup> A. VALCÁRCEL, *La política de las mujeres*, Cátedra, Valencia, 1997, p. 56.

<sup>10</sup> M.C. BARRANCO, “Derechos civiles y políticos de las mujeres”, en AAVV, *Buenas prácticas en derechos Humanos de las Mujeres. África y América Latina*, Colección Cuadernos Solidarios núm. 2 Universidad, Género y Desarrollo, Universidad Autónoma de Madrid Ediciones, 2009, pp. 441-458.

<sup>11</sup> Podemos decir, como consecuencia de la aportación socialista. G. PECES-BARBA (y otros), *Curso de derechos fundamentales*, BOE-UC3M, 1995, pp. 199 y ss.

<sup>12</sup> CH. BUNCH, “Women’s Rights as Human Rights: Toward a Re-Vision of Human Rights”, *cit.*, p. 489.

En 1995 tuvo que producirse, en el ámbito de las Naciones Unidas, la proclamación formal de que los derechos de las mujeres son derechos humanos<sup>13</sup>. La proclamación supone una constatación de que hasta este momento la teoría y la práctica de los derechos de las mujeres ha transcurrido por caminos diversos de los transitados por la teoría y la práctica de los derechos humanos. Pero, además, en el panorama del Derecho internacional actual el tratamiento de las violaciones de derechos de las mujeres no es, a la altura de nuestro tiempo, equivalente al de las violaciones de derechos humanos. Esta inconsistencia teórica tiene importantes repercusiones prácticas. A modo de ilustración, por ejemplo, en el sistema universal de protección, la Comisión de Derechos Humanos dispone de más medios que la Comisión sobre la Situación de la Mujer, o la ablación de clítoris no es considerada como un acto contrario a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>14</sup>.

En lo que sigue, y conforme al plan trazado, me referiré específicamente a la situación de la mujer como titular de derechos sociales, económicos y culturales.

### 3. DIGNIDAD, DESARROLLO Y DERECHOS SOCIALES

Los derechos sociales, económicos y culturales constituyen técnicas a través de las cuales se reclama al poder público que establezca condiciones y remueva obstáculos que dificulten que la dignidad sea real y efectiva. Esto es, que impidan el pleno ejercicio de los derechos individuales y civiles y de los derechos de participación política. La obligación correlativa principal es, muy a menudo, positiva<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> El texto de la Declaración de Beijing puede consultarse en <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20R.pdf>, consultada el 8 de marzo de 2010. En ella se establece el compromiso de los Estados de "asegurar la plena implementación de los derechos humanos de las mujeres y de las niñas como una parte inalienable, integral e indivisible de todos los derechos humanos y libertades fundamentales"

<sup>14</sup> CH. BUNCH, "Women's Rights as Human Rights: Toward a Re-Vision of Human Rights", *cit.*, p. 492 y R. EISLER, "Human Rights: Toward an Integrated Theory for Action", *Human Rights Quarterly*, núm. 9, 1987, pp. 287-308.

<sup>15</sup> M.C. BARRANCO, "Exigibilidad de los derechos sociales y democracia", en S. RIBOTTA y A. ROSSETTI (eds.), *Derechos sociales como exigencias de justicia del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, en prensa

Se trata de una categoría controvertida, de tal forma que los planteamientos neoliberales discuten, incluso, la legitimidad de su incorporación al Derecho. Desde posiciones más moderadas, se considera que su articulación a nivel constitucional supone una quiebra del Estado de Derecho, por lo que, en todo caso, deben ser disponibles para el legislador.

En el Derecho internacional, la política de bloques determina que la protección de los derechos se acometa sobre la base de dos pactos: el relativo a derechos civiles y políticos (que se consideran los derechos del bloque occidental) y el relativo a derechos económicos, sociales y culturales (que son los derechos del bloque soviético). Tras la caída del muro de Berlín, los derechos civiles y políticos se consolidan como auténticos derechos y únicamente permanece el debate sobre el estatuto de los derechos económicos, sociales y culturales.

A pesar de esta discusión, desde la idea de la indivisibilidad que se ha abierto paso en el sistema universal de protección de los derechos, el desconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales supone una vulneración de la dignidad tan importante como la que representa el desconocimiento de los derechos individuales y civiles. En este marco, se entiende que "los derechos humanos son indivisibles, ya sea de naturaleza civil, cultural, económica, política o social, son todos ellos inherentes a la dignidad de todo ser humano. Por consiguiente, todos los derechos poseen el mismo rango y condición, y no pueden ser clasificados, con anterioridad, en orden jerárquico"<sup>16</sup>.

En definitiva, quienes no están en condiciones de satisfacer por sí mismos las necesidades a las que se trata de atender mediante la articulación de los derechos sociales, tampoco tienen capacidad para ejercer algunos de los derechos individuales y civiles. Por esta razón, se justifica la resistencia de las posiciones subjetivas construidas al amparo de derechos sociales, económicos y culturales y se argumenta a favor de su carácter de triunfos frente a las mayorías.

Una vez más, estos principios proclamados a nivel universal contrastan con la práctica y, específicamente, en lo que se refiere a la protección de los derechos de las mujeres que "carecen de apoyo en funciones fundamentales de la vida humana en la mayor parte del mundo. Están peor alimentadas

---

<sup>16</sup> [http://www.undp.org/governance/docs/HR\\_Guides\\_CommonUnderstandin\\_Sp.pdf](http://www.undp.org/governance/docs/HR_Guides_CommonUnderstandin_Sp.pdf) (consultada el 8 de marzo de 2010), p. 3.

que los hombres, tienen un nivel inferior de salud, son más vulnerables a la violencia física y al abuso sexual. Es mucho menos probable que estén alfabetizadas, y menos probable aún que posean educación profesional o técnica. Si intentan ingresar a un puesto de trabajo, deben enfrentar obstáculos mayores, incluyendo la intimidación por parte de la familia o del esposo, discriminación por su sexo en el salario y acoso sexual en su lugar de trabajo<sup>17</sup>.

Un primer reto, al que se enfrenta la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres, es la definición de éstos como derechos humanos. Efectivamente, la satisfacción de las necesidades de las mujeres en el ámbito económico, social y cultural desde el enfoque de los derechos exige que éstas se consideren sujetos activos en la definición de las estrategias para la igualdad, y no meras destinatarias de políticas públicas. Al tiempo, las mujeres sólo podrán ejercer en condiciones de igualdad sus derechos civiles y políticos en un contexto en que los derechos económicos sociales y culturales sean una realidad.

Esta cuestión, planteada en términos universales, se prolonga en la definición de las políticas de desarrollo. A propósito de la materialización de esta exigencia, resultan interesantes las conclusiones de Beijing+10 en relación con los Objetivos de Desarrollo del Milenio adoptados por la Declaración del Milenio de la Asamblea General de Naciones Unidas en 2000. En estas conclusiones se subraya “en lo concerniente al papel de la mujer como sujeto activo y político en cualquier estrategia de desarrollo, la estrechez de miras y la falta de conexión con los objetivos marcados y logros conseguidos en aquellos instrumentos internacionales relativos a los derechos de la mujer”. Las críticas se refieren, entre otras cuestiones a la ausencia de un enfoque de género más allá de la nomenclatura; al enfoque paternalista que “sigue entendiendo únicamente a las mujeres como beneficiarias de políticas, carentes de un enfoque de género, invisibilizándolas como sujetos activos del cambio social que permita derribar las barreras de la desigualdad y la discriminación y emprender la ruta hacia la erradicación de la pobreza y la búsqueda de un desarrollo sostenible” y a que la salud de la mujer interesa únicamente desde el punto de vista de la maternidad olvidando los derechos sexuales y reproductivos<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> M. NUSSBAUM, *Las mujeres y el desarrollo humano*, cit., p. 27.

<sup>18</sup> E. PEÑA (2005), “La igualdad de género y los objetivos del milenio”, en AA.VV, *Derechos Humanos y Desarrollo*, ed. Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, Madrid, 2005, pp. 39-43.

Hay que esperar a 2008 para que se introduzca una cierta perspectiva de género en los informes sobre el grado de cumplimiento de los objetivos de desarrollo de milenio. En el documento que hace público este informe se insiste en que “garantizar la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres en todo sentido, objetivos deseables en sí mismos, son necesarios para combatir la pobreza, el hambre y la enfermedad y para garantizar el desarrollo sostenible. Los escasos progresos alcanzados en el empoderamiento de las mujeres y la igualdad de género son una persistente limitación que va más allá del objetivo mismo. El relativo abandono de los derechos de las mujeres y niñas, y el sesgo que de hecho existe, siguen siendo la realidad en todos los países. Como punto de partida indispensable para mejorar la vida de las mujeres en el futuro, los países que no lograron la paridad de género en la enseñanza primaria y secundaria para el año 2005 deberían renovar los esfuerzos para lograrlo cuanto antes. Un mayor apoyo al trabajo independiente de las mujeres, y sus derechos a la tierra y a otros activos son clave para el desarrollo económico de los países. Sin embargo, para alcanzar la igualdad de género es preciso sobre todo que las mujeres tengan una función igual a la de los hombres en las instancias decisorias a todo nivel, desde el hogar hasta la cúspide del poder económico y político”<sup>19</sup>.

De algún modo, también las políticas de desarrollo permanecen vinculadas al esquema patriarcal y, desde este punto de vista, el papel atribuido a la mujer en relación con los derechos sociales se mantiene anclado en su rol femenino. A continuación paso a desarrollar estos aspectos.

#### 4. EL DESARROLLO Y EL ENFOQUE BASADO EN DERECHOS

La introducción de la perspectiva de los derechos en el análisis del desarrollo está produciendo un cambio en las políticas de desarrollo, incluida la cooperación internacional para el desarrollo. Tal cambio de orientación tiene dos características fundamentales. En primer lugar, se ha producido una modificación de la propia definición del desarrollo y, en consecuencia, de los indicadores que han de utilizarse para medirlo. En segundo lugar, al de-

---

<sup>19</sup> El informe de 2007 sobre estos objetivos, puede consultarse en [http://mdgs.un.org/unsd/mdg/Resources/Static/Products/Progress2007/UNSD\\_MDG\\_Report\\_2007s.pdf](http://mdgs.un.org/unsd/mdg/Resources/Static/Products/Progress2007/UNSD_MDG_Report_2007s.pdf) (consultada el 23 de junio de 2008). Es de notar la ausencia de una perspectiva de género en la evaluación de los objetivos. El informe de 2008 se encuentra en [http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/pdf/MDG\\_Report\\_2008\\_SPANISH.pdf](http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/pdf/MDG_Report_2008_SPANISH.pdf) (consultado el 8 de marzo 2010).

finirse el desarrollo en términos de derechos, su realización pasa a convertirse en una cuestión de derechos humanos y, por tanto, la implementación de programas de desarrollo pasa, de ser un acto supererogatorio, esto es, disponibles para los agentes –principalmente para los estados–, a convertirse en una cuestión obligatoria.

En relación con la comprensión de este primer aspecto, resultan de gran utilidad las propuestas de A. Sen y de M. Nussbaum. Recordemos que para Sen, carece de sentido medir el desarrollo exclusivamente en términos de incremento total de la riqueza, y que, por el contrario, para este autor “el desarrollo consiste en la eliminación de algunos tipos de falta de libertad que dejan a los individuos pocas opciones y escasas oportunidades para ejercer su agencia razonada”<sup>20</sup>. Desde este punto de vista, la pobreza se relaciona con la privación de capacidades básicas y no meramente con la ausencia de renta. Este enfoque resulta interesante porque parte de la idea de que la existencia de un nivel elevado de riqueza a nivel estatal no tiene por qué suponer una mejor situación de los ciudadanos en cuanto a la atribución de derechos y a la posibilidad de ejercerlos. Al establecer como criterio las capacidades, se permite una mejor comparación de las distintas situaciones que se producen, incluso en lugares donde el PIB es elevado y, en relación con el género, permite en mayor medida valorar la distinta situación en la que se encuentran hombres y mujeres. Por otro lado, es posible que algunas personas necesiten una renta mayor para conseguir un nivel equiparable de capacidades, por lo que el cálculo en términos exclusivamente económicos no nos informa sobre la situación en la que se encuentran los seres humanos tampoco en este sentido.

Nussbaum acoge este aspecto de la teoría de Sen e introduce algunas variaciones que resultan interesantes desde el punto de vista de la reflexión sobre los derechos sociales de las mujeres. La primera tiene que ver con la distinción entre capacidades y funcionamiento humano, la segunda con la distinción entre diferentes tipos de capacidades<sup>21</sup>. Nussbaum identifica una serie de funciones que se consideran características de una vida propiamente humana. Desde este punto de vista, las capacidades hacen referencia a la posibilidad de desempeñar tales funciones. El objetivo de la intervención

<sup>20</sup> A. SEN, *Desarrollo y libertad*, trad. E. Rabasco y L. Toharia, Planeta, Madrid, 2000, p. 16.

<sup>21</sup> M. NUSSBAUM, “Women and Cultural Universals”, *Sex and Social Justice*, cit., pp. 29-54. Ver M. NUSSBAUM, *Las mujeres y el desarrollo humano*, cit., pp. 40-44, para una comparación con Sen.

pública es, por tanto, la capacidad, no el funcionamiento. Una vez asegurada la capacidad, los seres humanos deben ser libres de realizar o no las funciones descritas.

En las distintas versiones de la lista, cada vez en mayor medida, las capacidades se relacionan con los derechos humanos: vida; salud corporal; integridad corporal; sentidos, imaginación y pensamiento; emociones; razón práctica; afiliación; otras especies; juego: control del propio entorno político y material<sup>22</sup>. La ventaja de este enfoque es que permite considerar los derechos como un todo, sin establecer jerarquías, por tanto, entre las distintas generaciones. El principal problema es que la autora parte de una definición de los atributos de la humanidad que corre el riesgo de dejar fuera de la definición del titular de derechos a determinados sujetos, específicamente a aquéllos a los que no será posible el desarrollo de un funcionamiento propiamente humano.

Por otro lado, Nussbaum diferencia capacidades básicas, capacidades internas y capacidades combinadas, de este último tipo son las capacidades enumeradas. La autora configura capacidades básicas como innatas a los seres humanos, aunque, señala, algunas se desarrollan a lo largo de la vida –a lo que cabría añadir, que pueden deteriorarse-. Las capacidades internas son ‘estados desarrollados de la persona misma’, que se adquieren con la madurez o con la influencia del entorno. Por último, las capacidades combinadas son definidas como ‘capacidades internas *combinadas con* adecuadas condiciones externas para el ejercicio de la función’<sup>23</sup>.

La distinción entre capacidades básicas e internas que establece Nussbaum resulta difícil de aprehender. Algunas de las capacidades que la autora cita como básicas (la vista, ó el oído, por ejemplo), no se desarrollan en algunos seres humanos y, en otros, el ejercicio requiere de ciertas condiciones externas. Sin embargo, este punto de vista permite considerar los derechos como las condiciones externas para el desempeño de la función, de tal forma que en cada contexto los derechos han de adecuarse a la situación personal y al entorno en el que el ser humano debe ser capaz de desempeñar la función. Esto tiene que ver con el modo en el que esa función es realizada en los distintos contextos culturales, pero también con la existencia de barreras que hacen que para determinados seres humanos (por ejemplo, las mujeres) el funcionamiento sea más difícil que para otros.

---

<sup>22</sup> Es la lista de M. NUSSBAUM, *Las mujeres y el desarrollo humano, cit.*, pp. 120-123

<sup>23</sup> M. NUSSBAUM, *Las mujeres y el desarrollo humano, cit.*, p. 129.

Por otro lado, se había señalado que la introducción de un enfoque basado en derechos a propósito del desarrollo, convierte la actuación para el desarrollo en una obligación. Efectivamente si se considera, en la línea de lo aquí defendido, que los derechos son instrumentos que nos hemos inventado para evitar que los seres humanos en sociedad sean instrumentalizados, cuando los agentes de la cooperación incumplen, están tratando a los destinatarios como un mero medio y han de responder. En la medida en que estamos hablando de derechos humanos, además todos tenemos obligaciones al respecto: gobiernos nacionales, instituciones internacionales y miembros de la familia y de la comunidad<sup>24</sup>.

Este cambio en la orientación de la concepción internacional del desarrollo transcurre en paralelo con la revisión de las políticas públicas a favor de los colectivos en situación de vulnerabilidad social, que también se pueden considerar, en el sentido en el que el desarrollo ha sido aquí definido, políticas de desarrollo. Efectivamente, este tipo de políticas pueden clasificarse, en función del agente en tres grupos: conservadoras, tecnocráticas y de tipo social.

Las actuaciones son de tipo conservador cuando el protagonismo del poder público en relación con el establecimiento de medidas es mínimo, el modelo se basa en un fuerte control social de las costumbres y, en el caso de las intervenciones sociales, se justifican en la caridad y en la salud pública. Además, si se trata de medidas en favor de determinados colectivos -por ejemplo, personas que viven con VIH, o con discapacidad- vienen orientadas desde el punto de vista de la moral social, en la que, a veces, las circunstancias de estos colectivos se consideran el castigo a algún acto inmoral. Las políticas de tipo conservador representan una ausencia de política.

En segundo lugar, las intervenciones son de tipo tecnocrático cuando el protagonista es el poder público. El contexto institucional coherente con este

---

<sup>24</sup> Las "I Jornadas Internacionales de trabajo: reflexión y debate sobre el enfoque basado en derechos humanos y la cooperación internacional para el desarrollo" organizadas en Madrid por la Asociación Pro Derechos Humanos de España y por ISI Argonauta en abril de 2008, Norberto Liwski, afirmaba "la responsabilidad de garantizar el respeto, la protección y el cumplimiento de estos derechos reposa inicialmente en los gobiernos nacionales, pero también atañe a todos los actores de la sociedad, desde las instituciones internacionales hasta los miembros individuales de las familias y la comunidad", N. LIWSKI, "El EBDH en la Cooperación Internacional", en VVAA, *Enfoque basado en derechos humanos y cooperación internacional para el desarrollo*, APDH-ISI, Madrid, 2008, pp. 11-21, p. 11

tipo de políticas es el Estado social. El punto de vista que se adopta es el de la protección de los destinatarios de la política. Las intervenciones se definen unilateralmente teniendo en cuenta las prioridades del agente que lleva a cabo la intervención y la identificación que éste hace de las necesidades del destinatario. Este último, el destinatario, no es considerado capaz de definir sus propias necesidades. En el ámbito de la cooperación internacional se habla, en este sentido, de perspectiva de las necesidades, que, frente a la perspectiva de las capacidades, tiene el problema de la dificultad de contextualizar las necesidades en los distintos entornos y de la dificultad de identificar las necesidades en relación con sujetos que ya están condicionados por el lugar que ocupan en la sociedad. Por ejemplo, en el caso de las mujeres, el Estado de bienestar, ha tendido a integrar las necesidades de las mujeres orientadas hacia los otros. En este sentido, señala A. Miyares, “el *ser-para-otros* minimiza las expectativas personales de las mujeres y magnifica el estereotipo de las mujeres como agentes de resolución de las necesidades de otros; impide que las mujeres se conviertan en beneficiarias directas de programas de desarrollo”<sup>25</sup>. Este es el enfoque más frecuente que ha recibido la reflexión sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres.

Por último, en el modelo de gestión social son los destinatarios quienes condicionan las políticas públicas. Este tipo de intervenciones (tanto en el ámbito interno como en la cooperación) suponen reconocer como agentes morales –por tanto, como titulares de derechos, a los destinatarios- y requieren que éstos estén mínimamente organizados, dado que es con participación de la sociedad civil como se define qué necesidades es preciso satisfacer y cuál es el modo más adecuado de llevarlas a cabo.

En este modelo, las políticas de desarrollo se consideran políticas de derechos humanos, por cuanto su objetivo es la realización de derechos humanos de los destinatarios y no, por ejemplo, favorecer los intereses económicos del Estado que financia el proyecto, disminuir la tasa de delincuencia, recuperar para la sociedad determinados sujetos que pueden ser útiles, o disminuir la incidencia de una determinada enfermedad.

Para que una política sea basada en derechos, además de cumplir con el requisito anterior, que, bien mirado, no es más que la consecuencia de considerar a los seres humanos como fines en sí mismos, debe definirse con parti-

---

<sup>25</sup> A. MIYARES, *Democracia feminista, cit.*, pp. 201-202

cipación de los destinatarios, que pasan a ser actores y no meros sujetos de la intervención.

Además, el objetivo de la intervención no puede ser meramente mejorar el bienestar de aquéllos a quienes se dirige. Como consecuencia de la misma, ha de producirse su empoderamiento, es decir, después de la intervención, los destinatarios han de haber tomado conciencia de ser portadores de la igual dignidad humana, así como también han de haber adquirido capacidades para ejercer y reclamar estos derechos.

La integración de la perspectiva de derechos en las políticas de desarrollo se produce, en el contexto de la ONU en 1998 y es el resultado de la reforma iniciada por el Secretario General desde 1997. En el Documento de Naciones Unidas *El Desarrollo Basado en un Enfoque de los Derechos Humanos: Hacia una Comprensión Colectiva entre las Agencias de las Naciones Unidas*, relativa al enfoque basado en derechos humanos aplicado a la cooperación a los programas de desarrollo por organismos de la ONU, se define claramente la hoja de ruta.

Para las agencias de las Naciones Unidas, el objetivo de los programas de cooperación es promover la realización de los derechos humanos “en la forma establecida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos”.

La meta de la actividad es contribuir directamente a la realización de uno o varios derechos humanos. Además, se afirma, “las normas, estándares, y principios de derechos humanos...dirigen la cooperación y programación de desarrollo en todos los sectores y en todas las fases del proceso de programación”. De acuerdo con esta afirmación, pues, las políticas de desarrollo son, en línea con lo expresado, políticas de realización de los derechos humanos que, en coherencia con los mencionados estándares internacionales se caracterizan por la ‘universabilidad e inalienabilidad; indivisibilidad; interdependencia e interrelación; igualdad y no discriminación, participación e inclusión, responsabilidad e imperio de la ley’. De acuerdo con el mismo documento, la indivisibilidad implica que todos los derechos humanos son “inherentes a la dignidad de todo ser humano”, por lo que “poseen el mismo rango y condición, y no pueden ser clasificados, con anterioridad, en orden jerárquico”<sup>26</sup>. Es decir, de nuevo es necesario insistir en que los dere-

<sup>26</sup> [http://www.undp.org/governance/docs/HR\\_Guides\\_CommonUnderstanding\\_Sp.pdf](http://www.undp.org/governance/docs/HR_Guides_CommonUnderstanding_Sp.pdf), consultada el 8 de abril de 2009

chos son de todos los seres humanos y de que todos los derechos (ya sean civiles y políticos, ya sociales, económicos y culturales) poseen el mismo rango.

Por último, se insiste en que “la cooperación de desarrollo contribuye al desarrollo de las capacidades de los titulares de deberes para cumplir con sus obligaciones y/o para que los “titulares de derechos” reclamen sus derechos”. Es decir, se insiste en que los programas han de reforzar la agencia de los destinatarios.

Este último es uno de los aspectos que, como veremos, se olvida con mayor frecuencia en los programas de intervención dirigidos a mujeres. Lejos de haberse definido desde los derechos de las mujeres, es decir, teniendo en cuenta la mejora en las capacidades de las mujeres, las intervenciones suelen considerar los derechos de otros sujetos o, incluso intereses públicos que sólo de forma indirecta están relacionados con la realización de derechos.

## 5. ROL FEMENINO Y PROTECCIÓN SOCIAL

Además de que, como se ha señalado, no siempre se ha establecido la relación que aquí defiendo entre protección social y derechos humanos, la mujer ha sido considerada a los efectos de la protección social como objeto de protección. En cierto modo, el contexto en el que se produce el surgimiento de los derechos de las mujeres y el modo en el que éstos fueron introducidos en los discursos sobre los derechos refleja esta concepción.

Efectivamente, como consecuencia de las críticas frente a los primeros modelos de derechos, que subrayan la distancia que se produce entre la proclamación formal de igualdad y la situación real en la que muchos sujetos viven sometidos a otros sujetos, los catálogos internacionales de derechos se amplían en dos sentidos. Por un lado, en el sentido de la generalización y, por otro, como consecuencia del denominado proceso de especificación<sup>27</sup>.

La generalización ha llevado a que se difumine, cuando menos en parte, el concepto de ‘hombre abstracto’ que se vinculaba a las primeras declaraciones; pero también a que se tome conciencia de que existen peligros para

<sup>27</sup> G. PECES-BARBA (y otros), *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 154-199. Sobre la especificación ver N. BOBBIO, “Derechos del hombre y Filosofía de la historia”, en *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991, pp. 97 y ss.

la dignidad que no pueden conjurarse con la única ayuda del establecimiento de instrumentos formales de igualdad y libertad. Para asegurar la autonomía del varón económicamente independiente basta con asegurar que éste pueda actuar libremente; la autonomía de las personas que no disponen de esa independencia en el ámbito económico, requiere, además, que la organización política elimine los obstáculos que impiden el desarrollo efectivo de las capacidades que permiten disfrutar de la libertad en condiciones de igualdad.

De algún modo, la generalización es el objetivo perseguido por el feminismo liberal. Se trata, básicamente, de que la mujer sea tratada como representante del titular abstracto, es decir, de reivindicar la igualdad formal y la atribución de los derechos de los que ya es titular el hombre. El feminismo de la diferencia ha mostrado cómo esta vía es insuficiente, por cuanto esas herramientas sólo serán adecuadas para salvaguardar la dignidad de las mujeres en aquéllos aspectos en los que las mujeres son iguales que los hombres, sin embargo, la mujer no es, de hecho, igual al hombre.

Por su lado, el proceso de especificación arranca de la toma en consideración de que algunas necesidades no son compartidas por todos los sujetos. La dignidad de algunos seres humanos exige la satisfacción de necesidades que otros no sienten, o, desde el punto de vista de las capacidades presentado más arriba, exige combinar las capacidades básicas o internas con condiciones externas de forma diferente. El proceso de especificación ha llevado a hablar de grupos vulnerables y al establecimiento de instrumentos a través de los cuáles se atribuyen derechos a algunos -y no a todos- los seres humanos. El problema de un tratamiento de los derechos basado exclusivamente en la especificación es que puede llevar a descuidar aquellos aspectos de los derechos que tienen que ver con el reconocimiento de autonomía.

La especificación así construida es, en mi opinión, insuficiente desde el punto de vista de la dignidad y, sin embargo, ha sido el proceso a través del cual los derechos de las mujeres han penetrado en el discurso de los derechos humanos. Tanto en el ámbito público (suele traducirse en participación política), como en el privado, sólo la intervención en la adopción de decisiones que puedan afectarle, permite afirmar que el ser humano no es tratado como un mero medio.

La crítica del feminismo de la diferencia pone de manifiesto que la revisión de la idea del titular abstracto no puede pasar por homogeneizar a los seres humanos reales. Además, ha quedado reflejado en las páginas anterior-

res, la mujer ha de enfrentar obstáculos distintos que el hombre para desarrollar sus capacidades.

Es posible que una parte de estos obstáculos se deriven de su naturaleza, que hay que reivindicar como naturaleza humana, pero, en todo caso, la posibilidad de considerar cuáles son, resulta empañada por la distribución de poder entre hombres y mujeres basada en el género. Para entender esta cuestión, es preciso retomar algunas categorías del análisis feminista del derecho, en concreto la dicotomía sexo/género. Los estudios feministas muestran cómo se produce un reparto de cualidades que definen el género, a partir de la circunstancia biológica del sexo. Se trata del sistema sexo/género que se puede definir como "el conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana, y en el cual se satisfacen esas necesidades humanas transformadas"<sup>28</sup>. Las cualidades asociadas al género masculino, que se atribuye a los hombres, guardan relación con la fortaleza, la razón y, en general, lo habilitan para triunfar en el ámbito público. Por el contrario, las cualidades asociadas al género femenino, que se atribuye a las mujeres, tienen que ver con la debilidad, la sensibilidad, la predisposición al cuidado, y, en general con su ubicación en los espacios privados. Al género masculino se le atribuye la autoridad y al femenino la condición de dominación.

Esta distribución puede verse claramente en el modo en el que Rousseau define las cualidades de Emilio y Sofía. El Libro Quinto del *Emilio*, encontramos desarrollada la explicación de ese distinto papel que corresponde a ciudadanos y ciudadanas y ésta no es otra que las diferencias debidas al sexo, las cuales condicionan que las virtudes femeninas sean distintas que las masculinas y que la mujer deba estar subyugada al hombre. De este modo, afirma «la investigación de las verdades abstractas y especulativas, de los principios, de los axiomas en las ciencias, todo cuanto tiende a generalizar las ideas no es de la pertenencia de las mujeres, cuyos estudios deben todos relacionarse con la práctica»<sup>29</sup>. En consecuencia, según los argumentos que Rousseau había expresado en su *Discurso sobre la Economía política*, son varias las razones 'derivadas de la naturaleza de las cosas' por las que 'el padre de familia debe mandar': "1º No ha de ser igual la autoridad del padre y de la madre, pero es

<sup>28</sup> G. RUBIN, "El tráfico de mujeres: notas sobre la "economía política" del sexo" (1975), en *Nueva Antropología*, vol. VIII, núm.30, México, 1986, pp. 95-145, p. 97.

<sup>29</sup> J.J. ROUSSEAU(1762), *Emilio o de la Educación*, trad. Luis Aguirre Prado, ed. EDAF, Madrid, 1985, p. 446.

necesario que el gobierno sea único y que en caso de división de opiniones haya una voz preponderante que decida. 2º Por muy ligeras que consideremos las incomodidades propias de la mujer, el que siempre conlleven para ella un intervalo de inactividad, es razón suficiente para excluirla de aquella primacía. Al marido le debe corresponder además la inspección de la conducta de su mujer, pues le interesa asegurarse de que los hijos, a los cuales debe reconocer y alimentar, no pertenezcan a otro sino a él. La mujer no tiene nada parecido que temer, no tiene el mismo derecho que su marido”<sup>30</sup>.

Esta distribución de poder se produce en la sociedad, sin embargo, las instituciones han contribuido tradicionalmente a reforzarla y sólo en los últimos años se están realizando intervenciones para revisarla.

En estas condiciones, los modelos de protección social y, una vez más, en paralelo, un gran número de proyectos de cooperación, han confiado en la mujer en su rol tradicional de satisfactora de necesidades básicas. La articulación del Estado de bienestar a partir, fundamentalmente, de la consideración de la participación en el mercado de trabajo y del establecimiento de medidas de bienestar que toman como destinatarias a la familia tradicional, ha dejado fuera de la cobertura ofrecida por los sistemas públicos de seguridad a las mujeres<sup>31</sup>. A partir de la división sexual del trabajo las mujeres han quedado ubicadas en el ámbito privado, desempeñando las tareas de cuidado que no se han tenido en cuenta como aportación a la riqueza colectiva<sup>32</sup>, como tampoco se tiene en cuenta plenamente su participación en el mercado laboral, puesto que es en mayor medida que los hombres en el mercado informal o a través de empleos peor remunerados o a tiempo parcial, y, por tanto, susceptibles de generar ventajas menores en los sistemas de Seguridad Social.

Por buscar un ejemplo cercano, baste considerar que la protección social de la dependencia en Europa transcurre a partir de los sistemas de seguridad social, a través, fundamentalmente, en el caso de los mayores, del sistema de pensiones y de prestaciones sociosanitarias de las prestaciones por gran invalidez. En este caso, la cobertura no es universal; por el contrario,

<sup>30</sup> J.J. ROUSSEAU (1755), *Discurso sobre la Economía política*, trad. José E. Candela, Tecnos, Madrid, 1985, p. 4

<sup>31</sup> J. BUSSEMAKER, J. y V. K. KERSBERGEN, “Contemporary Social-Capitalist Welfare States and Gender Inequality”, en D. SANBURY (ed.), *Gender and Welfare State Regimes*, Oxford University Press, Nueva York, 1999, pp. 15-46.

<sup>32</sup> A. MIYARES, *Democracia feminista*, Cátedra, Valencia, 2003, p. 199. Se cuantifica en torno al 40% del PIB a nivel mundial.

depende de las cotizaciones y únicamente se refiere a aquellas contingencias previstas en el Sistema de la Seguridad Social.

El principal problema de este esquema es que deja sin protección a las personas que no han cotizado, en ocasiones, incluso por una defectuosa gestión de los regímenes de seguridad social, pero, por tanto, quedan fuera las mujeres que tradicionalmente en España abandonaban su empleo cuando contraían matrimonio. Esta situación, era respaldada mediante incentivos públicos.

La exclusión de la mujer resulta un problema de primera magnitud que se repite de forma constante. En su *Informe sobre el trabajo en el mundo 2000*, la OIT señala su preocupación por la pobreza de las mujeres mayores. La nota de prensa señala "las mujeres se ven especialmente afectadas por la ausencia de prestaciones para la vejez, ya que sus derechos a percibir una pensión suelen ser muy inferiores a los de los hombres y su esperanza de vida es mayor"<sup>33</sup>. Efectivamente, en nuestra sociedad, en concreto, las mujeres se han dedicado a las tareas no remuneradas de cuidado, por lo que su derecho a recibir prestaciones es escaso. Pero, además, se ha indicado, el trabajo femenino es, muchas veces, marginal (escapa al régimen de la seguridad social) y a menudo peor remunerado que el masculino. En muchos países, aunque cada vez menos, se produce una discriminación por razón de género en la pensión a los supervivientes (en España sigue ocurriendo de forma indirecta cuando el superviviente –estadísticamente, en su mayoría mujeres- no es el perceptor principal).

Además, también sobre la base de este reparto basado en el sistema sexo/género, de forma cuantitativamente muy importante, son las familias quienes se ocupan de la protección social. El modelo español es latino, por lo que la familia constituye el pilar básico de la atención a las personas dependientes. El 93 % de las personas mayores que viven en su domicilio y necesitan cuidados de larga duración son atendidas por sus familiares<sup>34</sup>. Además, teniendo en cuenta la configuración de la familia en España<sup>35</sup>, esta

---

<sup>33</sup> <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb279/pdf/esp-7.pdf>, consulta el 8 de marzo de 2010

<sup>34</sup> VV.AA., *Atención a las personas en situación de dependencia en España*, IMSERSO, 2005.

<sup>35</sup> V. NAVARRO, *El subdesarrollo social de España. Causas y consecuencias*, Anagrama, Barcelona, 2006, p. 79, realiza una tipología de los modelos de servicios de ayuda en función de la ideología y el resultado es un modelo de tradición liberal, un modelo de tradición socialdemócrata y apoyo a las familias (que sitúa en los países nórdicos) y un modelo tradición heredada de dictaduras conservadoras (es el caso de España, Grecia y Portugal), basado, fundamentalmente, en la explotación de la mujer).

atención a la dependencia se construye sobre la base de una sobrecarga de las mujeres. Efectivamente, el perfil de las personas que prestan apoyo informal a los mayores en España es de "mujer de 53 años, casada, con estudios primarios y cuya actividad principal son las tareas del hogar"<sup>36</sup>. Los datos del IMSERSO arrojan un porcentaje sobre el total de cuidadores en 2004 de 16,4 hombres frente a 93,6 mujeres. En su mayoría se trata de mujeres que se dedican a las tareas del hogar, aunque hay un incremento en el porcentaje de mujeres que además trabaja fuera de casa y, sobre todo, el 67% viven con hijos (y una tercera parte son menores de edad).

En resumen, el principal problema de este esquema -que, a fecha de hoy, continúa siendo es el pilar básico de la atención a la dependencia - es que se basa en la explotación de la mujer. Esta situación, además, convirtió en ineficientes, en lo que a las mujeres respecta, otro tipo de apoyos, como el que se llevaba a cabo a través de la Seguridad Social<sup>37</sup>.

Un esquema similar se produce en distintos grados en diferentes lugares del mundo. Así, dice Lorena Fries: "las mujeres son uno de los actores principales en la lucha por el respeto a los derechos humanos en América Latina y el Caribe. Ante las realidades imperantes en los años 70, en el continente, salen desde sus diferentes espacios y ámbitos sociales y se comprometen en forma concreta con la defensa de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales... En su acción para encarar la crisis, aquellas que se vinculan a los derechos humanos en los contextos de dictaduras, no responden a opciones ideológicas y se mueven en función de sus roles tradicionales... Son las primeras en denunciar los abusos de poder, la arbitrariedad y la represión sistemática provocada por las dictaduras militares o la violencia generalizada... Ante las políticas de ajuste de las economías liberales, las mujeres pobres se organizan para dar respuesta a los problemas de subsistencia que generan. Extienden sus roles tradicionales al barrio, al coci-

---

<sup>36</sup> IMSERSO, *Cuidados a las personas mayores en los Hogares Españoles. El entorno familiar*, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familia y Discapacidad, IMSERSO, 2005, p.16

<sup>37</sup> Sobre la actualidad del cuidado en España puede verse VVAA, *El cuidado de las personas: Un reto para el siglo XXI*, La Caixa, Barcelona, 2010. El estudio muestra cómo las mujeres siguen asumiendo como una tarea propia la atención a la dependencia. El estudio muestra también cómo desde el punto de vista de la organización social del cuidado esta solución es provisional, debido a la mayor incorporación de la mujer al trabajo en las generaciones actuales de mujeres.

nar, cuidar de la salud de los niños de la comunidad; organizadas en ollas comunes, comedores populares, vasos de leche, madres comunitarias, equipos de salud, talleres y agrupaciones que se denominan de distintas formas en cada país”<sup>38</sup>.

Este texto de Lorena Fries permite reconstruir la historia del movimiento de mujeres en Latinoamérica, pero también es adecuado para tener una idea del papel que desempeñan las mujeres en la protección social. Este papel es a todas luces incompatible con un enfoque desde el que la protección social se fundamente en derechos, así como con un enfoque basado en derechos del desarrollo. Efectivamente, ilustra de nuevo Fries, cómo recuperada la normalidad democrática en los países latinoamericanos la acción política pretende ser acción estatal y la prioridad del Estado son los derechos individuales y civiles –recordemos, además, que las vulneraciones de derechos sufridas por las mujeres no siempre se consideran vulneraciones de derechos humanos-, con lo que las mujeres carecen de apoyo público para desarrollar esas tareas de cuidado. Además, la neutralidad estatal impide adoptar un enfoque de género capaz de hacer frente a las desigualdades estructurales. Incluso en los lugares en los que se han establecido ‘Oficinas de la Mujer’, señala la autora, su posición institucional ha tendido a ser débil y están dotadas de escasos recursos<sup>39</sup>.

En concreto, en las estrategias de desarrollo, que inicialmente se consideraban mecanismos para que el tercer mundo alcanzase a los países industrializados y se orientaban al incremento del PIB, la mujer (más resistente frente a la modernidad) se presentaba como un obstáculo hasta los 80. Relata Fries, cómo a partir de los 80 ‘se comienzan a desarrollar la investigación y la capacitación en Género y Desarrollo’. Sin embargo, también advierte Fries, a pesar del predominio nominal del enfoque basado en derechos, los recursos no se invierten en derechos de las mujeres, lo que, fundamentalmente, implicaría su empoderamiento, sino en eliminar la pobreza “las mujeres son uno de los grupos prioritarios de las políticas sociales, en la medida que se busca compensar el impacto del costo social que recae sobre ellas.

---

<sup>38</sup> L. FRIES, “Los derechos humanos de las mujeres: aportes y desafíos”, en G. HERRERA (coord.), *Las fisuras del patriarcado. Reflexiones sobre feminismo y Derecho*, ponencias del seminario “Género y Derecho: reflexiones desde la teoría y la práctica”, FLACSO-Ecuador, Serie Ágora, 2000, pp.45-63, p. 46

Disponible en <http://www.flacso.org.ec/docs/safisuras.pdf> (consultada el 8 de abril de 2009)

<sup>39</sup> L. FRIES, “Los derechos humanos de las mujeres: aportes y desafíos”, *cit.*, p. 48

Así, en la región hay una cierta similitud en la entrega de subsidios a las mujeres y su rol materno; creación de programas de microempresas que permiten complementar los escuálidos ingresos familiares; la capacitación al progresivo y creciente número de jefas de hogar para su inserción en el mercado de trabajo; acceso a créditos mínimos, entre otros<sup>40</sup>. Se puede decir que se reconoce como socialmente valiosa la labor de las mujeres, lo cual se traduce en que se establecen ayudas para que puedan seguir realizándola. Sin embargo, este reconocimiento de su función social no viene acompañado de una atribución de derechos. En concreto, además, si en la cultura occidental se insiste en los individuales (lo que a todas luces ha resultado insuficiente para encontrar respuestas a los problemas de los derechos de las mujeres), en muchos lugares del mundo, los patrones culturales de los grupos de los que las mujeres forman parte suelen ser ajenos a la idea de derechos y, además, suelen reforzar su posición de subordinación en relación con los hombres.

Hasta aquí, hemos visto cómo el género ha condicionado la articulación del Estado de bienestar y las políticas de desarrollo, pero también es posible hacer el análisis en sentido inverso. En este caso, podríamos constatar cómo las intervenciones inciden en el modo en el que se reparten las funciones sociales. A través de las políticas públicas se puede reforzar la desigualdad y también se puede contribuir a paliarla<sup>41</sup>. De este modo, una política de organización del cuidado que permita la incorporación de la mujer al trabajo, es una medida favorecedora de la disminución de la pobreza de las mujeres<sup>42</sup>.

En definitiva, las políticas de desarrollo y protección social no han logrado hasta la fecha, y a pesar de las proclamaciones, articularse desde el esquema de los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres. Ello se debe a varias circunstancias. En primer lugar, a que la construcción de los derechos de las mujeres ha trascendido en paralelo a la construcción de los derechos huma-

---

<sup>40</sup> L. FRIES, "Los derechos humanos de las mujeres: aportes y desafíos", *cit.*, p. 54.

<sup>41</sup> Sobre los distintos análisis posibles sobre las relaciones entre género y Estado de bienestar puede verse A. ORLOFF, "Gender in the Welfare State", *Annual Review of Sociology*, núm. 22, 1996, pp. 51-78.

<sup>42</sup> En J. LEWIS (ed.), *Gender, Social Care and Welfare State Restructuring in Europe*, Ashgate, Farnham, 1998, se analizan distintos modelos. Más en concreto, sobre el impacto de la organización del cuidado de los niños desde un punto de vista de género puede consultarse S. MICHEL y R. MAHON, *Child Care Policy at the Crossroads. Gender and Welfare State Restructuring*, Routledge, Londres, 2002.

nos. En segundo lugar, a que tampoco los derechos económicos, sociales y culturales forman parte del núcleo duro de los derechos humanos a los efectos de su protección. En tercer lugar, la protección de los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres se ha realizado mediante estrategias de desarrollo y de protección social, eludiendo muchas veces su vinculación con las políticas de derechos humanos. Y, por último, la tendencia ha sido, en la definición de estas políticas, desconsiderar las necesidades de las mujeres y no tenerlas en cuenta como actores políticos. De este modo, las intervenciones se han dirigido en buena medida a incrementar el bienestar de otros sujetos, y han sido definidas sin una representación adecuada de las mujeres<sup>43</sup>.

Una vez más, conviene reiterar la importancia de la transversalidad del enfoque de género, como una exigencia de derechos humanos y, desde esta perspectiva, hacer un llamamiento hacia un reforzamiento de la presencia institucional de las mujeres en todos los ámbitos y, específicamente, de los organismos de mujeres, para impulsar los cambios estructurales que la igualdad dignidad de todos los seres humanos requiere. La agencia de las mujeres en todos los espacios de toma de decisiones, además de favorecer el bienestar de las mujeres y de aquéllos a quienes las mujeres cuidan, viene requerida desde un tratamiento de los derechos económicos, sociales de las mujeres como derechos humanos<sup>44</sup>.

M<sup>a</sup> DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS  
*Instituto Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
*c/Madrid, 126*  
*Getafe 28903 Madrid*  
*e-mail: mcarmen.barranco@uc3m.es*

---

<sup>43</sup> Incluso en los países en las políticas de desarrollo se ha insistido más en las intervenciones orientadas a mejorar la situación socio-económica de las mujeres que en su exclusión de los derechos civiles y políticos. A. FACCHI, "Introduzione", en VVAA, *Diritti delle donne tra particolarismo e universalismo*, cit., pp. 327-338, p. 328.

<sup>44</sup> A. SEN, *Desarrollo y libertad*, cit., pp. 233-249. El autor muestra también cómo la agencia de las mujeres reduce la tasa de natalidad, lo que, en algunos lugares del mundo representa una mejora general en las condiciones de vida.

**EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN EL  
DERECHO INTERNACIONAL Y SU RELACION CON ESTADOS  
UNIDOS: EL CASO GUANTÁNAMO**

*THE RECOGNITION OF THE RIGHT TO DUE PROCESS IN THE  
INTERNATIONAL LAW AND ITS RELATION WITH THE UNITED  
STATES: THE GUANTANAMO CASE*

FLORABEL QUISPE REMÓN  
*Universidad Carlos III de Madrid*

Fecha de recepción: 23-11-09  
Fecha de aceptación: 16-2-10

**Resumen:** *El debido proceso es un derecho fundamental que por vez primera fue recogido en la Constitución de Estados Unidos en 1791, en cuyo desarrollo jugó un papel importante el Tribunal Supremo. Posteriormente, con la humanización del derecho internacional, los diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, de los que Estados Unidos es parte, le reconocen un lugar especial. Paradójicamente, asistimos a un escenario en el que invocando la seguridad y la “lucha contra el terror”, EEUU desconoce en Guantánamo varios de los elementos que configuran un debido proceso, entre otros derechos humanos. La fecha de cierre anunciada inicialmente por Obama, no se cumplió, por las dificultades que implica resolver la situación jurídica de los presos.*

**Abstract:** *The U.S. Constitution of 1791 introduced the fundamental right of due process, and subsequent Supreme Court actions played a significant role in its development. The humanization of international law, the creation of international instruments for the protection of human rights, and the advent of International Humanitarian Law subscribed to by the United States, collectively contributed to the recognition of the right of due process. Paradoxically and despite its pioneering efforts, the United States has flagrantly and consistently violated this and many other human rights in Guantanamo, in defence of national security and the “war against terror”. It now appears that Guantanamo will not be closed by the date set*

*by Obama due to difficulties encountered in resolving the prisoners' legal situation.*

**Palabras clave:** debido proceso legal, derechos humanos, legalidad.

**Keywords:** due process of law, human rights, legality

## I. INTRODUCCIÓN

Los atentados ocurridos en la ciudad de Nueva York, el 11 de septiembre de 2001 (11S), marcaron un antes y un después en lo que a seguridad internacional se refiere. Así, en lo que llevamos del siglo XXI se han adoptado diversas medidas en nombre de la seguridad internacional, fundamentalmente, en Estados Unidos con repercusión dentro y fuera de sus fronteras.

Como consecuencia del 11S, la Base Naval de Guantánamo durante los últimos siete años ha sido mencionada en diversos estudios, foros y discursos, debido a las violaciones de los derechos humanos que se han cometido en su interior. Muchas personas sindicadas como "enemigos de Estados Unidos" han sido enviadas a dicho centro sin que se respeten sus garantías más elementales.

Con el proceso de humanización del derecho internacional, hace más de seis décadas, se produce el reconocimiento de ciertos derechos a todas las personas por el solo hecho de serlo. La aplicación o el otorgamiento de estos derechos, llamados derechos humanos, en ningún caso están condicionados a la gravedad de los ilícitos que se le imputan a una persona. Este trabajo pretende, por un lado, establecer que todos y cada uno de los seres humanos, al margen de los ilícitos cometidos, tiene derechos inherentes a su dignidad de ser humano, y en ningún caso, determinar la responsabilidad o inocencia de los presos de Guantánamo. Por otro lado, poner de manifiesto la incompatibilidad de las normas adoptadas por Estados Unidos tras el 11S, con su derecho interno y con las normas internacionales, especialmente en lo que a debido proceso se refiere. Finalmente se analizará brevemente, a la luz del anuncio de cierre de Guantánamo y el incumplimiento del primer plazo (enero 2010), las posibles dificultades que conlleva su cierre, y algunos aspectos a tener en cuenta a fin de evitar la violación de estos derechos tan básicos para cualquier ser humano.

Para ello, será indispensable el análisis de los diversos instrumentos internacionales de los derechos humanos y del derecho internacional humani-

tario, así como del derecho interno de Estados Unidos, su Constitución. Además se considerarán las decisiones del Tribunal Supremo, que nos permitirán tener una visión de lo sucedido con las normas adoptadas por Estados Unidos en relación con los detenidos en Guantánamo.

## II. EL RECONOCIMIENTO DEL DEBIDO PROCESO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO INTERNO DE ESTADOS UNIDOS

### 1. En el Derecho Internacional de los derechos humanos

#### a. *En el ámbito universal*

Tras el proceso de humanización del derecho internacional el reconocimiento de una serie de derechos inherentes a todo ser humano que actúe frente a los poderes del Estado ha ido consolidándose cada vez más en el derecho internacional. Uno de estos derechos es el llamado debido proceso que ha sido reconocido tanto en el ámbito universal como en los distintos sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Ya en 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), propulsora de la internacionalización de los derechos humanos que se consolidó como un parámetro de referencia universal para observar el grado de respeto y el cumplimiento con los estándares de derechos humanos internacionales<sup>1</sup>, hacía referencia expresa al concepto del debido proceso en los artículos 10 y 11.

De este modo, el deber de respetar los derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo pasa a ser una obligación de los Estados y un interés internacional, y no un asunto interno<sup>2</sup>. El ser humano comienza a

<sup>1</sup> G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, A. LLAMAS GASCÓN, C. FERNÁNDEZ LIESA, *Textos Básicos de Derechos Humanos*, Aranzadi, Madrid, 2001, p. 283.

<sup>2</sup> Ídem, p. 19. Como señala este autor, el derecho internacional antes de la Carta de las Naciones Unidas no contaba con normas que regularan el tratamiento que debía dar el Estado a sus nacionales, y solo regulaba la posición jurídica de los extranjeros de acuerdo a un estándar mínimo de justicia y civilización relativos a su integridad personal, de sus bienes, de su derecho de acceso a los tribunales de justicia, de su derecho a no ser discriminados ni tratados arbitrariamente. Dichas obligaciones, "sin embargo, eran debidas al Estado de la nacionalidad del extranjero en cuestión y no directamente a los individuos, ya que estos no eran titulares de derechos subjetivos en el derecho internacional tradicional" (p. 28).

contar con derechos propios oponibles jurídicamente a los Estados. Así, el reconocimiento de la dignidad humana proclamada en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal trajo como consecuencia no solo la obligación moral y política, sino también jurídica de los Estados de asegurar el respeto de los derechos humanos, e hizo que los derechos humanos se constituyesen en una de las dimensiones constitucionales del Derecho internacional contemporáneo<sup>3</sup>. Este proceso se consolidó con la aprobación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>4</sup> que complementan los derechos enumerados en la Declaración Universal<sup>5</sup>.

El PIDCP, del cual Estados Unidos es parte, reconoce el derecho al debido proceso en su artículo 14, al establecer en su numeral uno que:

*“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente<sup>6</sup> y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil”*

Al igual que la DUDH, confiere especial atención al ámbito penal, al otorgar a toda persona acusada de un delito el derecho a la presunción de inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme con la ley (artículo 14.2). Durante el desarrollo de todo el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a contar con garantías mínimas (artículo 14.3) como:

<sup>3</sup> Ídem, p. 135; asimismo: C. M. DÍAZ BARRADO, “La sociedad internacional en busca de un orden constitucional”, *Anuario argentino de derecho internacional*, núm. VI, 1994-1995, pp. 13-39 y pp. 26-28; C. FERNÁNDEZ LIESA, A. ALCOCEBA GALLEGO, “La idea de Constitución y el fenómeno jurídico internacional”, *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, G. Peces-Barba y R. Avilés (coord.), Marcial Pons, 2004, pp. 745-791.

<sup>4</sup> Aprobados en Nueva York, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966. Estados Unidos firmó el PIDCP el 5 de octubre de 1977 y lo ratificó el 8 de junio de 1992.

<sup>5</sup> Es el caso del derecho a la autodeterminación de los pueblos y el derecho de cada pueblo a disponer de sus riquezas naturales (artículo 1, apartados 1 y 2); el derecho de huelga (artículo 8), la protección de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas (artículo 27); la prohibición de toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (artículo 20).

<sup>6</sup> Excepto lo establecido en el artículo 14.1.

- a. Derecho a ser informada sin demora de las causas de la acusación.
- b. Derecho a disponer del tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa y comunicarse con su abogado defensor.
- c. Derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas.
- d. Derecho a estar presente en el proceso y defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección.
- e. Derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la comparecencia de los testigos de descargo.
- f. Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o habla el idioma empleado en el tribunal.
- g. Derecho a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

Por otro lado, el artículo 14.5 del Pacto establece: “*Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por ley*”. De este modo reconoce el derecho a la doble instancia como un elemento del debido proceso. Además, establece el “*derecho a no ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme*” (artículo 14.7), o lo que es lo mismo, el principio *nom bis in idem*.

Dada la trascendencia del debido proceso en la vigencia efectiva de los derechos humanos, el Comité de Derechos Humanos (el CDH o el Comité) en la *Observación General 13* interpretó, y en su caso amplió, el contenido del artículo 14 del PIDCP. En primer término destacó su naturaleza compleja además de señalar que la finalidad de todas estas disposiciones es garantizar la adecuada administración de justicia. En ese orden de cosas, para lograr la independencia, imparcialidad y competencia se debería tomar en cuenta: “La manera en que se nombra a los jueces, las calificaciones exigidas para su nombramiento y la duración de su mandato, las condiciones que rigen su ascenso, traslado y cesación de funciones y la independencia efectiva del poder judicial con respecto al poder ejecutivo y legislativo”<sup>7</sup>. De este modo, se garantizaría la efectividad del derecho por cuanto contar con un juez competente, independiente e imparcial, en el sentido del párrafo 1 del artí-

<sup>7</sup> Organización de las Naciones Unidas, CDH. *Observación general 13, artículo 14. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 21º período de sesiones del 13 de abril de 1984, párrafo 3. Esta ha sido sustituida por la *Observación general 32, artículo 14: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, 90º período de sesiones del 23 de agosto de 2007.

culo 14, "es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna"<sup>8</sup>.

El Comité, también, destaca la importancia de la presunción de inocencia para la protección de los derechos humanos. En virtud de este derecho, la carga de la prueba recae sobre la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda<sup>9</sup>. Señala que los acusados no deberían llevar grilletes o estar enjaulados durante el juicio, ni ser llevados ante un tribunal dando la apariencia de delincuentes peligrosos. Incide en que no debe considerarse como signo de culpabilidad, la duración de la detención preventiva.

El objetivo del artículo 14 es velar por la adecuada administración de justicia, y para ello garantiza una serie de derechos específicos que deben ser respetados por los Estados independientemente de su tradición jurídica y de su derecho interno. Si bien los Estados partes deben informar sobre la interpretación de estas garantías que se dan en los respectivos ordenamientos jurídicos, el contenido esencial no puede dejarse exclusivamente a la discreción del derecho interno<sup>10</sup>, por ser aspectos esenciales para el ejercicio efectivo de los demás derechos humanos reconocidos en el Pacto.

Para el Comité, la noción de juicio justo con las debidas garantías incluye la garantía de una audiencia pública e imparcial<sup>11</sup>. Un proceso equitativo implica la ausencia de cualquier tipo de presión, influencia, intimidación, discriminación, amenaza de cualquier parte o por cualquier motivo. Así, una audiencia donde haya una evidente actuación hostil por parte del público y esta sea permitida por el tribunal, no será imparcial; en igual sentido, las expresiones de actitudes racistas por parte de los miembros del jurado dispensado por el tribunal afectan el carácter equitativo del proceso<sup>12</sup>. Se trata de una interpretación amplia que protege en todo momento a la persona de los diversos actos, sea que estos provengan del jurado o del ámbito exterior. Sobre la doble

<sup>8</sup> Es necesario proteger a los jueces contra los conflictos de intereses y la intimidación. Para salvaguardar su independencia, la ley debería garantizar la condición jurídica de los jueces, incluida su permanencia por los períodos establecidos, su seguridad, su remuneración, sus condiciones de servicio, sus pensiones y una edad de jubilación adecuada. Cfr. Organización de las Naciones Unidas, CDH, *Observación general 32*, op. cit., párrafo 19.

<sup>9</sup> Organización de las Naciones Unidas, CDH. *Observación general 32*, op. cit., párrafo 30. En el párrafo 7 de la *Observación general 13*, el CDH señala que la presunción de inocencia está expresada en términos muy ambiguos o entraña condiciones que la hacen ineficaz.

<sup>10</sup> Organización de las Naciones Unidas, CDH. *Observación general 32*, op. cit., párrafo 4.

<sup>11</sup> Ídem, párrafo 25.

<sup>12</sup> Ibídem.

instancia ha dejado claro que no se limita a los delitos más graves<sup>13</sup>. Se vulnera este derecho, dice el Comité, si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva y cuando una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior<sup>14</sup>. Este derecho impone al Estado parte la obligación de revisar sustancialmente el fallo condenatorio y la pena, dado que una revisión que se limite a los aspectos formales o jurídicos de la condena no es suficiente.

Así, el CDH realiza una amplia interpretación del artículo 14 del PIDCP y brinda una mayor y mejor protección al ser humano. Es importante, para el Comité, que los Estados acepten la plena gama de obligaciones dado que las normas de derechos humanos son la expresión jurídica de los derechos básicos a que toda persona se hace acreedora<sup>15</sup>. En ese contexto, reconoció que las disposiciones que son de derecho internacional consuetudinario, y con mayor razón las normas de *ius cogens*, no pueden ser objetos de reservas. “Y aunque las reservas a cláusulas concretas del artículo 14 puedan ser aceptables, no lo sería una reserva general al derecho a un juicio con las debidas garantías”<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> *Ibidem*. Señala el CDH que si la legislación interna prevé varias instancias de apelación, la persona debe tener acceso a cada una de ellas.

<sup>14</sup> “Cuando un tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia, la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía del Estado Parte; por el contrario, tal sistema es incompatible con el Pacto, a menos que el Estado parte interesado haya formulado una reserva a ese efecto”. (*Observación general 32*, párrafo 47)

<sup>15</sup> Organización de las Naciones Unidas, CDH. *Observación general 24, sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto*, 52º período de sesiones del 1 de noviembre de 1994, párrafo 4.

<sup>16</sup> Además, el CDH señala que no puede reservarse el derecho de practicar la esclavitud, de torturar, de someter a personas a tratos crueles, inhumanos o degradantes, de detener y encarcelar arbitrariamente a las personas, de privar arbitrariamente de la vida a las personas, de detener y encarcelar arbitrariamente, de denegar la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de presumir que una persona es culpable hasta que demuestre su inocencia, de ejecutar a mujeres embarazadas o a niños, de permitir el fomento del odio nacional, racial o religioso, de denegar a las personas en núbil el derecho a contraer matrimonio o de denegar a las minorías el derecho a gozar de su propia cultura, profesar su propia religión o utilizar su propio idioma. Cfr. Organización de las Naciones Unidas, CDH. *Observación general 24*, op. cit., párrafo 8. (el entrecomillado y las cursivas son mías).

b. *En el ámbito americano*

Los Estados Americanos en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1948 ya proclamaban los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo. Estados Unidos es Estado miembro de la OEA. De igual forma, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>17</sup> (La Declaración Americana) reconocía en su cláusula introductoria, como guía principalísima del Derecho americano en evolución, la protección internacional de los derechos del hombre. Esto ponía de manifiesto el propósito inequívoco de reconocer una dimensión internacional a los derechos humanos, así como la adopción de medidas progresivas para instaurar su protección dentro del Derecho americano<sup>18</sup>.

La Declaración Americana es el primer instrumento de esta naturaleza, al haber sido adoptada antes que la DUDH. Reconoce y determina los derechos humanos y, entre otros, el derecho al debido proceso, en los artículos XVIII (derecho a la justicia) y XXVI (derecho a un proceso regular). El artículo XVIII señala:

*“Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.*

Es un derecho reconocido a toda persona para hacer valer sus derechos sin distinción alguna. Establece el derecho de acción y el derecho a un procedimiento sencillo y breve. En segundo lugar el artículo XXVI reconoce el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a un proceso regular, al indicar que:

*“Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas”.*

La Carta y la Declaración Americana fueron las primeras piedras en la construcción de un mecanismo de protección de los derechos humanos en América, no obstante a sus carencias. No hacían referencia al derecho a un juez competente, independiente e imparcial, limitaban las garantías a los procesos penales, y no establecían un órgano encargado de supervisar su cumplimiento. En esta línea de perfeccionamiento nace la Convención Americana de

<sup>17</sup> Aprobada en la novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá de 1948.

<sup>18</sup> P. NIKKEN, *La Protección Internacional de los derechos humanos, su desarrollo progresivo*, Civitas, Madrid, 1987, p. 284.

Derechos Humanos (La CADH o la Convención)<sup>19</sup> que establece tanto deberes positivos como negativos para los gobiernos<sup>20</sup> y hace titulares de los derechos a los seres humanos<sup>21</sup>. Reconoce de este modo, el respeto irrestricto de los derechos humanos en este continente. Las personas de esta región del mundo están bajo el paraguas de la Declaración Americana y/o de la CADH, según haya sido ratificada o no la CADH, por parte del Estado, sin dejar de lado, claro está, a los instrumentos de ámbito universal de los que forma parte.

Así, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos, “parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente”<sup>22</sup>. Por ello, como señaló la Corte interamericana, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías dirigidas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona<sup>23</sup>. Así, los Estados al aprobar la Convención se han preocupado por establecer determinadas garantías para hacer efectivo el goce de los derechos humanos reconocidos en este instrumento.

En el artículo 8 de la CADH se recoge bajo el título de “garantías judiciales” una serie de derechos del que goza toda persona en un proceso<sup>24</sup>, fundamental-

<sup>19</sup> Adoptada el 21 de noviembre de 1969 y en vigor desde el 18 de julio de 1978. Ver más en: Doc. 70 Rev. 1, pp. 507-534. Acta Final de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en *Actas y Documentos, 7-22 de noviembre de 1969*, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C.

<sup>20</sup> T. BUERGENTHAL, “El Sistema Interamericano para la Protección de los derechos Humanos”, *Anuario Jurídico Interamericano*, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría de la Organización de los Estados Americanos, Washington D. C., 1982, p. 124.

<sup>21</sup> P. NIKKEN, “El Estado y los particulares: entre el respeto y la garantía de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en VV.AA., *Justicia, libertad y derechos humanos, ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*, tomo II, IIDH, San José, Costa Rica, 2003, pp. 661-747.

<sup>22</sup> Corte IDH, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86* del 9 de mayo de 1986, párrafo 21, reiterado en el caso *Castillo Petruzzi contra Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999, párrafo 120.

<sup>23</sup> Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-6/86*, op. cit., párrafo 22.

<sup>24</sup> Entendiendo al proceso como un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia a la cual contribuyen el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso. Véase: Corte IDH en la

mente, en el ámbito penal. Este derecho, al igual que los otros derechos humanos, por un lado constituye un límite a la voluntad del Estado y por otro, le otorga a la persona el derecho de exigir al Estado que garantice judicialmente esos derechos.

De todo lo dicho hasta hoy, se infiere que el derecho al debido proceso ha sido desarrollado ampliamente por los distintos órganos de protección de los derechos humanos a nivel universal y regional. Es el caso del Comité que en sus diversas observaciones generales, específicamente en la 13 y 32, ha incidido en la importancia del debido proceso. Lo mismo sucede con la Comisión y la Corte interamericana de derechos humanos que a través de sus decisiones han demostrado que el debido proceso es la piedra angular de los derechos humanos<sup>25</sup>. Por tanto, Estados Unidos como Estado parte de la OEA y Estado parte del PIDCP, está en la obligación de cumplir con el reconocimiento, protección y garantía del debido proceso.

## 2. En el Derecho Internacional Humanitario

Además, de su reconocimiento y desarrollo en el derecho internacional de los derechos humanos, el debido proceso, ha sido recogido en el marco del derecho internacional humanitario (DIH)<sup>26</sup> y del derecho penal interna-

---

*Opinión Consultiva OC-16/99: El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, del 1 de octubre de 1999, párrafo 40.

<sup>25</sup> Sobre el análisis del debido proceso en el sistema interamericano véase mi trabajo *El debido proceso en el Derecho Internacional y en el Sistema Interamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, 650 pp.

<sup>26</sup> Se rige por los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949: I. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas armadas en campaña; II. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; III. Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Además, cuenta con dos protocolos adicionales, relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados internacionales (protocolo I), y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (protocolo II), del 12 de diciembre de 1977. Cada uno de los convenios protege a una categoría especial de víctimas de guerra. Sobre DIH, entre otros, véase: F. DIETER, *The handbook of International humanitarian law*, Oxford University Press, Oxford, 2008; J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, *Derecho internacional humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; S. GÜELL PERIS, *Conflictos armados internos y aplicabilidad del derecho internacional humanitario*, Dykinson, Madrid, 2005; A. MANGAS MARTÍN, *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1990; J. PICTET, *The principles of International humanitarian law*, International Committee of the Red Cross, Ginebra, Italia, 1966.

cional. Los derechos de naturaleza procesal que garantiza el DIH dependen del estatuto que tenga la persona acusada<sup>27</sup>. El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra<sup>28</sup>, cuya base es el respeto de la persona humana, establece que en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, cada una de las partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

*“1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.*

*A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos (...).”*

Son derechos mínimos cuya aplicación es imprescindible. Su objetivo, en palabras de Pictet, es prohibir prácticas bastantes generales en tiempo de guerra. Las condenas y ejecuciones sin previo juicio llevan aparejado un riesgo de error muy grande. Para Pictet la “justicia sumaria” por eficaz que sea –lo que aún está por demostrar-, debido al temor que suscita, “añade más víctimas inocentes a todas las víctimas inocentes que causa el conflicto”<sup>29</sup>. Reconoce que todos los pueblos civilizados brindan a la administración de justicia garantías destinadas a eliminar los errores judiciales. Por ser indispensables

<sup>27</sup> M. PÉREZ GONZÁLEZ y J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos”, en *REDI*, volumen LIV, 2002, pp. 26-27.

<sup>28</sup> Sobre el origen y desarrollo de este artículo, véase: J. PICTET, “Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”, en [www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/html/5TDDMMU](http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/html/5TDDMMU) (última visita, en marzo de 2009).

<sup>29</sup> J. PICTET, “Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra...”, op. cit. Este autor deja claro que el Convenio a través de este artículo solo pretende prohibir la justicia sumaria, la justicia rápida, mas no confiere ningún tipo de inmunidad. No impide en ningún caso que se ponga al presunto culpable, mediante su detención, en la imposibilidad de hacer daño; deja intacto el derecho del Estado a enjuiciar, condenar y castigar, conforme con la ley.

para la protección de la persona, como acertadamente señala Pictet, constituyen una necesidad válida incluso en tiempos de guerra. El valor de esta disposición sobrepasa el marco del artículo 3. Si es el mínimo que debe aplicarse en los conflictos indeterminados, su respeto sea mayor y mejor en los conflictos internacionales propiamente dichos, que implican la aplicación internacional del Convenio, ya que “quien está obligado a lo más está obligado a lo menos”<sup>30</sup>.

De esta manera, el artículo 3 garantiza la vigencia de ciertos derechos básicos, cuya prohibición es absoluta y permanente, y no admite excepción ni excusa alguna. Hay quien señala que de este artículo se pueden deducir todas las garantías esenciales que dimanen de los requisitos del debido proceso<sup>31</sup>. Con este derecho, se garantiza el ejercicio del derecho de defensa, y que las condenas y las ejecuciones se lleven a cabo previo juicio y con las garantías básicas que eviten las arbitrariedades. Es importante, conforme con el debido proceso reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, que el juez sea competente, independiente e imparcial, además de predeterminado por ley, para que su decisión final sea conforme con la ley y con las actuaciones probatorias. Así, todos los procesos y juicios deben llevarse a cabo ante un tribunal legítimamente constituido y con las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

El artículo 3, común a los Convenios de Ginebra, es la pieza fundamental del DIH cuya finalidad es ofrecer una mejor protección a las personas afectadas por las tensiones interiores. Este artículo, además de las garantías que proporciona el principio de intangibilidad reconocidas en los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos, prohíbe las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio<sup>32</sup>.

Su ámbito de aplicación no se limita a los conflictos de índole no internacional. La Corte Internacional de Justicia (CIJ), en el caso de actividades militares y paramilitares, señaló que el artículo 3 contiene consideraciones elementales de humanidad válidas en cualquier conflicto armado, no solo

<sup>30</sup> J. PICTET, “Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra...”, op. cit.

<sup>31</sup> C. ANTÓN, “Las garantías procesales”, en VV.AA., *El Sistema de Garantías Judiciales del Derecho Internacional Humanitario, con especial referencia a la jurisdicción militar*, IV Reunión de Expertos de Países Iberoamericanos, Comité Internacional de la Cruz Roja, Madrid, 2003, p. 138.

<sup>32</sup> Y. MOMTAZ, “Las normas humanitarias mínimas aplicables en periodo de disturbios y tensiones interiores”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, número 147, 1998, p. 493.

de carácter interno. Señaló que “Los Estados Unidos tiene la obligación de ‘respetar’ los Convenios e incluso “asegurar el respeto” para ellos, y no así animar a las personas o grupos involucrados en el conflicto en Nicaragua para que actúen en violación de las disposiciones del artículo 3. Esta obligación se deriva de los principios generales del derecho humanitario al cual las convenciones dan simplemente la expresión específica”<sup>33</sup>.

Los Convenios de Ginebra, tercer y cuarto, que regulan los conflictos armados internacionales, además del artículo 3, establecen con más detalle las garantías judiciales en lo que a los procedimientos penales contra los prisioneros de guerra y las personas civiles se refieren, respectivamente. El III Convenio, bajo el título de “Sanciones penales y disciplinarias” (artículos 82-108), insta las pautas que se deben respetar con los prisioneros de guerra, y dispone el respeto de las garantías esenciales de independencia e imparcialidad reconocidas, entre ellas el derecho a un abogado de su elección o a un abogado de oficio, a hacer comparecer testigos y, si lo necesita, a que se le brinde un intérprete, a que el defensor cuente con un plazo de dos semanas para preparar su defensa, el derecho a conversar libremente con su abogado defensor sin testigos y el derecho a recurrir en apelación<sup>34</sup>. Es de señalar que son únicamente los tribunales militares los que podrán juzgar a los prisioneros de guerra, salvo que la legislación de la potencia detenedora autorice a los tribunales civiles el juzgamiento de militares por un hecho similar a la causante de la acusación contra el prisionero.

Por su parte, el IV Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, en el artículo 146 parte última, establece que los inculcados en todas las circunstancias deben contar con garantías de procedimiento y de libre defensa, que en ningún caso pueden ser inferiores a las garantías mencionadas en el III Convenio. Constituye una infracción grave según las prescripciones de este convenio, entre otras, el hecho de privar de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente (art.147)<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (Nicaragua contra Estados Unidos de América), del 27 de junio de 1986, párrafos 218-220. La versión en inglés: “The United States is under an obligation to ‘respect’ the Conventions and even to ‘ensure respect’ for them, and thus not to encourage persons or groups engaged in the conflict in Nicaragua to act in violation of the provisions of article 3. This obligation derives from the general principles of humanitarian law to which the Conventions merely give specific expression” (párrafo 220).

<sup>34</sup> Véase: artículos 84 y 105 del III Convenio de Ginebra. También se les reconoce el principio *non bis in ídem*.

<sup>35</sup> Véase el artículo 147 del IV Convenio de Ginebra.

Por otro lado, también, los dos protocolos adicionales de 1977<sup>36</sup> recogen al debido proceso, exigiendo con más detalle el cumplimiento de algunos elementos de este. El Protocolo I, en el artículo 75.4, recoge este derecho bajo las denominadas “Garantías fundamentales”. Son derechos que han sido recogidos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos<sup>37</sup> y en el derecho interno.

Igualmente, el Protocolo II, bajo el título de “Diligencias penales” en el artículo 6, se refiere a las garantías esenciales de la independencia e imparcialidad. Este se aplicará al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado (artículo 6.1); por su parte el artículo 6.2 recoge gran parte de los derechos del artículo 75 del Protocolo I, referidos al debido proceso.

De este modo las garantías esenciales del debido proceso han ido incorporándose con más detalle en el DIH. No cabe duda, como señala Oraá, que las normas del debido proceso desempeñan un papel importante en las leyes de guerra<sup>38</sup>. Las garantías del primer protocolo extienden la protección

<sup>36</sup> La CIJ en la opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares, luego de establecer los principios cardinales que rigen el DIH, se refirió a la “cláusula Martens” y señaló “que en los casos no previstos en el artículo 2 del Protocolo I de 1977, o por otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de la humanidad y de los dictados de la conciencia pública”. CIJ, Legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares, *Opinión consultiva del 8 de julio de 1996*. La versión original: “*Dans les cas non prévus par le présent protocole ou par d’autres accords internationaux, les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l’empire des principes du droit des gens tels qu’ils résultent des usages établis, des principes de l’humanité et des exigences de la conscience publique*”. Este mínimo protector asegurado por la “cláusula Martens” ha sido recogido de los Convenios de La Haya de 1899 y 1907.

<sup>37</sup> La Comisión Internacional de la Cruz Roja en el comentario sobre los protocolos adicionales señaló que gran parte de las garantías recogidas en el artículo 75 del Protocolo I se encuentran en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de ámbito universal y regional. Así, se puede decir que las garantías que componen el debido proceso en los instrumentos internacionales de los derechos humanos y en los del DIH son idénticos. Todas responden a un consenso mínimo de los pueblos civilizados.

<sup>38</sup> J. ORAÁ, *Human Rights in States of Emergency in the International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p.114-115. Destaca que la Comisión Internacional de Juristas, luego de un análisis minucioso del artículo 15 y 16 del PIDCP ha identificado 20 derechos diferentes relacionados al debido proceso. Esta comisión ha propuesto que estos derechos sean inderogables y no susceptibles de suspensión. Se incluye en esta lista los derechos recogidos en el artículo 6 (Protocolo II), artículo 75.4 (Protocolo I) a los Convenios de Ginebra.

del debido proceso a las personas privadas de libertad que no están cubiertas por los Convenios de Ginebra, es decir, aquellas que no gozan del estatuto de prisionero de guerra ni son civiles internados o civiles en territorio ocupado<sup>39</sup>. De los instrumentos del DIH, se advierte que no todos recogen los mismos derechos, pero no por ello dejan de aplicarse y son incompatibles.

Teniendo en cuenta que el terrorismo es uno de los problemas que aqueja al mundo del siglo XXI, hay que señalar que el DIH es aplicable a la "guerra contra el terrorismo"<sup>40</sup>. La lucha contra el terrorismo y el enjuiciamiento de los presuntos responsables de actos terroristas están regidos por el DIH si tiene lugar durante un conflicto armado. "Esto no es un obstáculo para combatir el terrorismo, y los terroristas sospechosos pueden ser enjuiciados por sus actos de terror. Pero incluso los miembros de las Fuerzas Armadas o los "combatientes ilegales" de los que se sospeche que han cometido actos de terror son protegidos por los Convenios de Ginebra y tienen derecho a garantías judiciales y deben comparecer ante un tribunal"<sup>41</sup>. Al fin y al cabo, son los tratados del DIH los que ofrecen y garantizan, en tiempos de guerra, la protección de la persona y su dignidad<sup>42</sup>.

### **3. El debido proceso en la Constitución americana: su reconocimiento expreso**

Es difícil creer que Estados Unidos desconozca el derecho al debido proceso, de la forma que lo ha venido haciendo con los presos de Guantánamo, cuando ha sido pionero en el reconocimiento y la evolución, a través del Tri-

<sup>39</sup> Véase: CIJ, "Legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares", op. cit. Además, véase: C. ANTÓN, "Las garantías procesales...", op. cit., p. 139.

<sup>40</sup> M. SASSÓLI, "La 'guerra contra el terrorismo', el derecho internacional humanitario y el estatuto de prisionero de guerra", en [http://www.cicr.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/67BNHG/\\$File/20%20Sassoli.pdf](http://www.cicr.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/67BNHG/$File/20%20Sassoli.pdf); Comité Internacional de la Cruz Roja, "La pertinencia del DIH en el contexto del terrorismo", en <http://www.cicr.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/html/6FSJL7> (ambos última visita en marzo 2009). Además, véase: M. PÉREZ GONZÁLEZ y otro, "El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho Internacional Humanitario...", op. cit., pp. 17-36.

<sup>41</sup> H. GASSER, "Actos de terror, 'terrorismo' y Derecho Internacional Humanitario", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 847, septiembre de 2002.

<sup>42</sup> A. MANGAS MARTÍN, "Derechos humanos y derecho humanitario bélico en el marco de los conflictos armados internos", *Cursos de derecho internacional de Vitoria-Gastéiz*, 1989, p. 70.

bunal Supremo, de este Derecho. No hay más que ver las Enmiendas V, VI (1791) y XIV (1868) a la Constitución americana.

La Enmienda V establece que:

*“Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa (...) no se le obligará a declarar contra sí mismo en ninguna causa criminal; no se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin un debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización”.*

Otorga garantías a los individuos en los asuntos penales y en la protección del derecho de propiedad. En el ámbito penal impide que la autoridad confunda su obligación de brindar un proceso legal con el simple cumplimiento de formalidades procesales, exigiendo una serie de garantías de contenido material que impiden que el acusado sea expuesto al “cruel dilema de autoacusación, perjurio o desacato”<sup>43</sup>. Hoy en día es un derecho cuyo ámbito de protección va más allá del ámbito penal.

Por su parte la Enmienda VI establece que:

*“En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, que se le caree con los testigos que depongan en su contra, que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado para su defensa”.*

Aunque no existe una mención literal al debido proceso, se garantiza el ejercicio efectivo de los derechos consagrados en las enmiendas V y XIV. Reconoce el derecho a un juicio rápido y público, a un jurado imparcial, competente y predeterminado por ley, a conocer la naturaleza y causa de la acusación, a contar con un abogado defensor y a interrogar a los testigos. Elementos estos indispensables para la existencia de un debido proceso. Se centra en cuestiones procesales y en derechos conferidos a la persona en una causa criminal. Sin estos elementos, sería imposible el logro efectivo del derecho a un debido proceso durante el desarrollo del proceso judicial.

Además de estas dos Enmiendas, en 1868 se adoptó la Enmienda XIV para ampliar el ámbito de aplicación del debido proceso.

<sup>43</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Selección de Fallos Sobre Derecho Constitucional de la Corte Suprema de Estados Unidos*, traducción de Fernando N. Barrancos y Vedia, Ediciones jurídicas de las Américas, Washington D.C., 1986, p. 48.

*“Toda persona nacida o naturalizada en Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadano de Estados Unidos y del Estado en que resida. Ningún Estado promulgará ni aprobará leyes que disminuyan los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de Estados Unidos; ni ningún Estado podrá privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso legal, ni podrá negar a ninguna persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la igual protección de las leyes”.*

La última parte de esta Enmienda establece la igual protección de la ley para todos aquellos que se encuentran dentro de la jurisdicción de Estados Unidos. Así, confiere una garantía adicional contra cualquier acto arbitrario sobre los derechos fundamentales propios de cada individuo como integrantes de la sociedad por parte de los Estados federados. Su adopción subordina la acción de estos Estados a las cláusulas del debido proceso y a la igual protección de las leyes, otorgando una amplia protección al individuo<sup>44</sup>. Su incorporación en el texto constitucional, en las enmiendas V y XIV, constituye la base de un ejercicio efectivo de los derechos inherentes al individuo, que permite que los demás derechos reconocidos a la persona humana se hagan efectivos<sup>45</sup>.

El debido proceso es un derecho fundamental reconocido en la Constitución de Estados Unidos. Por ende, su obligación de proteger y garantizar este derecho se deriva además de su derecho interno, del derecho internacional donde el debido proceso ha sido reconocido como un elemento básico en la protección de los derechos humanos.

### III. TRAS EL 11S: ESTADOS UNIDOS Y LA ADOPCIÓN DE LEYES INTERNAS - INCOMPATIBILIDAD CON SU DERECHO INTERNO Y CON EL DERECHO INTERNACIONAL

Tras los atentados del 11S en Estados Unidos se han aprobado leyes que atentan contra el derecho al debido proceso. Así, en la Base Naval de Guan-

<sup>44</sup> Sobre la Enmienda XIV y su diferencia con la Enmienda V, entre otros, véase: TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola, New York, The Foundation Press INC., 1988, pp. 548-550, C. WOLFE, *La Transformación de la Interpretación Constitucional*, traducción realizada por María Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel, Civitas, Madrid, 1991, pp. 167-200, y J. F. LINARES, *Razonabilidad de las Leyes, El debido proceso como garantías innominadas en la Constitución Argentina*, Astrea, Buenos Aires, 1970.

<sup>45</sup> Como dice HOUGH: “el debido proceso impuesto, ante todo, no es un trámite obligatorio de derecho, sino una maquinaria adecuada para proporcionar derecho” (C. M. HOUGH, “Due Process of Law - To - Day”, *Harvard Law Review*, 1919, p. 219, traducción propia).

tánamo uno de los derechos violados abiertamente es, justamente, el derecho cuya suspensión o derogación bajo ninguna circunstancia es permitida en el derecho internacional, es decir, el debido proceso.

En Estados Unidos el debido proceso es reconocido taxativamente como un derecho fundamental, pero en situaciones como la de Guantánamo no ha sido garantizado. Respetar es reconocer y aplicar adecuadamente este derecho a todo aquel que se encuentra dilucidando una determinada situación ante los órganos del Estado, sin importar la gravedad de los hechos que pudiera haber cometido.

**a. La política de seguridad nacional de Estados Unidos frente al debido proceso**

Las medidas adoptadas tras el 11S como política de seguridad, por el Gobierno estadounidense con su presidente George Bush, han generado más de un problema al tema de los derechos humanos. La "lucha contra el terror" iniciada por este país ha causado una gran repercusión en el ámbito internacional<sup>46</sup>. Sin duda, un acto legítimo, en abstracto, por parte del Gobierno americano -la defensa de su territorio-, sin embargo los medios para alcanzar dicho objetivo no han sido necesariamente compatibles con el respeto a los derechos humanos, fundamentalmente con el derecho al debido proceso, aspectos que han generado una gran polémica y un desacuerdo en el mundo<sup>47</sup>. En enero del 2002, poco después de iniciar una campaña militar en Afganistán, los Estados Unidos empezaron a transferir a cientos de per-

<sup>46</sup> Sobre la repercusión, para los derechos humanos, de las acciones adoptadas tras el 11 de septiembre en Estados Unidos, véase: J. GONZÁLEZ IBÁÑEZ, "El post 11 de setiembre y los Derechos Humanos: las estrategias complementarias de Estados Unidos y Europa", 60 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, *Tiempo de Paz*, núm. 90, 2008, pp. 90-99.

<sup>47</sup> La forma de enfrentar el problema en el ámbito europeo, desde luego, fue diferente al de Estados Unidos. Los Estados europeos han respondido con mecanismos jurídicos a esta amenaza, y no con recursos netamente militares. Como bien señala González Ibáñez "A diferencia de Estados Unidos, ningún país europeo adoptó políticas basadas en ataques o guerras preventivas o una limitación tan abrupta de los derechos fundamentales contenida en legítimos y legales instrumentos normativos como el Patriot Act de Estados Unidos". Así para este autor una decisión similar en España hubiese sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional español, como sucedió con un Tribunal británico respecto a ciertas medidas adoptadas por Toni Blair al señalar que eran contrarias a la Convención Europea de Derechos Humanos, por ende nulas. Cfr. GONZÁLEZ IBÁÑEZ, "El post 11 de ...", op. cit., p. 93.

sonas capturadas durante las operaciones militares en Afganistán a Guantánamo Bay, donde desde entonces han sido detenidos sin cargos como “combatientes ilegales”<sup>48</sup>.

Se puede sostener que en la política de seguridad americana a nivel interno e internacional hay un antes y un después del 11S. En el ámbito interno se han adoptado, entre otras: El Acta Patriota, la Orden Ejecutiva 13224, y la Ley de Identificación. En nombre del Acta Patriota se han cometido abusos por la ausencia de límites y equilibrio en su aplicación<sup>49</sup>. No existía un control judicial sobre las actuaciones que se realizaban en el marco de esta norma. Lo mismo sucedió con la Orden Ejecutiva 13224<sup>50</sup> y con la ley de identificación<sup>51</sup>. To-

---

<sup>48</sup> J. FLEUR, “Guantánamo Bay and the Annihilation of the Exception”, *EJIL*, vol. 16, núm. 4, p. 616, traducción propia.

<sup>49</sup> El Acta Patriota (USA Patriot Act) se promulgó el 26 de octubre del 2001. Su objetivo: “*deter and punish terrorist acts in the United States and around the world, to enhance law enforcement investigatory tools, and for other purposes*”. Permite que se lleven a cabo registros de telecomunicaciones electrónicas (correo electrónico, móviles, etcétera), documentos financieros, personales. Por otro lado, también se amplían las competencias de los servicios secretos norteamericanos en el extranjero. El documento completo puede verse en: <http://www.epic.org/privacy/terrorism/hr3162.html>

<sup>50</sup> Se aprobó el 24 de setiembre de 2001. A través de esta se otorgan más poderes a la Oficina de Control de Capitales Extranjeras (OCCE) para poder interrumpir el apoyo financiero localizado en Estados Unidos. El OCCE es competente para imponer sanciones económicas contra personas sospechosas de terrorismo. Esta oficina puede congelar los activos de cualquier persona, grupo o Estado considerado como terrorista por Estados Unidos. Las personas encargadas de investigar e incluir en la lista de sospechas a las organizaciones o a los ciudadanos terroristas son: el secretario de Estado, el secretario del Tesoro, y el ministro de Justicia. Véase: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010924-1.html>.

<sup>51</sup> Se aprobó el 11 de mayo de 2005. Su objetivo es crear un sistema estándar para los documentos de identificación en Estados Unidos (documento nacional de identidad, permiso de conducir). Se trata de que los datos de las personas se encuentren en dichos documentos, tales como la fecha de nacimiento, número de la seguridad social, dirección permanente, además lo que el Gobierno considere que debe ser indicado en dicho documento. Por otro lado, la Ley de Identificación Genuina intenta agilizar la construcción de barreras en las fronteras de los Estados Unidos. Finalmente, esta ley amplía la base para que el Gobierno pueda deportar extranjeros introduciendo nuevas razones y ampliando la definición de actividades terroristas que el Gobierno puede citar para forzar la deportación. Esta norma ha generado gran polémica por cuanto se entiende que cada Estado provea a otros el acceso electrónico y directo a su base de datos. Asimismo, el Departamento de Seguridad Nacional requiere que cada documento de identidad contenga una etiqueta de radiofrecuencia, la cual permitiría hacer el seguimiento al ciudadano; así, debido al modelo estándar exigido, una máquina podría leer la información contenida en los carnés de cada Estado.

das han generado polémica por su incompatibilidad con el respeto de ciertos derechos civiles.

Estas medidas internas antiterroristas otorgan amplios poderes al Gobierno Federal, al Poder Judicial o al mismo Presidente, lo que significa el incremento de las competencias de los cuerpos de seguridad y servicios secretos. Estas medidas, en ocasiones, se traducen en actuaciones como la detención por simple sospecha, y con clara ausencia del debido proceso, que en condiciones normales, solo ocurriría ante un hecho ilícito *in fraganti*. Además del debido proceso, pueden ser incompatibles con el derecho a la intimidad, la libertad, entre otros.

Se trata de medidas que han sido adoptadas en circunstancias de premura, y probablemente no analizadas adecuadamente antes de su aprobación. Fueron objetadas en algunos Estados por considerarlas incompatibles con varias de las enmiendas a la Constitución, incluida las enmiendas V, VI y XIV<sup>52</sup>.

Así, para Fleur a través de la Orden Militar de 2001 y una serie de órdenes posteriores emitidas por el Departamento de Defensa, el Ejecutivo de Estados Unidos, ha construido un régimen jurídico complejo que rodea a los presos de Guantánamo<sup>53</sup>.

Además de las normas domésticas, también se han presentado otras de carácter global<sup>54</sup>. Precisamente, la *Autorization for the Use of Military Force* contra te-

<sup>52</sup> 322 municipios y cuatro Estados (Alaska, Hawaii, Maine y Vermont) promulgaron leyes en contra del Acta Patriota. Estos reclamos hicieron que el Congreso revisara y señalara la necesidad de realizar algunos cambios para evitar violaciones de los derechos civiles. Así, el Congreso aprobó el USA PATRIOT REAUTHORIZATION ACTS (H.R. 3199 and S. 1389) y la USA PATRIOT ACT ADDITIONAL REAUTHORIZING AMENDMENTS ACT of 2006 (S. 2271). Se añadieron enmiendas para proteger los derechos civiles, adoptando mayor control y revisión judicial, así como procedimientos más estrictos para obtener registro y mayor transparencia.

<sup>53</sup> FLEUR, J. "Guantánamo Bay and the Annihilation of the Exception", op. cit., p. 617.

<sup>54</sup> La Autorización del Uso de la Fuerza contra Terroristas y el Acto de Comisiones Militares. La primera aprobada el 14 de septiembre de 2001, establece:..."*In general. That the President is authorized to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons*". Casi un año después, el Congreso aprobó basado en este instrumento, autorizar el uso de la fuerza contra Irak. La segunda aprobada el 17 de octubre de 2006, a través de la cual, Bush firma la ley que excluye a los tribunales de Estados Unidos de competencia para examinar los recursos de habeas corpus de los ciudadanos extranjeros detenidos como "combatientes enemigos" bajo la custodia de Estados Unidos en cualquier lugar del mundo.

roristas fue la base para crear, entre otros, el Tribunal (con el nombre de Comisión) de Guantánamo. Es una ley poco precisa, que autoriza al presidente a acudir a cualquier medio necesario para neutralizar a todas aquellas naciones, organizaciones o personas que hayan participado o favorecido los ataques terroristas a Estados Unidos. Le confiere un poder ilimitado al presidente para ordenar la detención por tiempo indefinido de quien considere terrorista. A través de esta norma se delega la gestión del estado de emergencia. Por otro lado, *The Military Commissions Act of 2006* establece un sistema de tribunales para juzgar a los enemigos detenidos por el Ejército, que no sean ciudadanos norteamericanos, que según el Gobierno han cometido acciones hostiles contra Estados Unidos. "Se confía al ejecutivo el poder exclusivo de la acción penal, la ejecución de las penas (sea privativa de libertad, o capital), así como cada eventual decisión de revisión de un juicio que, por ley, no podrá tener apelación"<sup>55</sup>. Se estableció una comisión de revisión, para actuar como un tribunal de segunda instancia, cuyos miembros eran elegidos por el presidente<sup>56</sup>. Desde luego, un tribunal de estas características elimina automáticamente, entre otros, el derecho al debido proceso para las personas que el presidente designe como combatientes ilegales.

Por supuesto, las leyes constituyeron una carta blanca al Ejecutivo en claro perjuicio de los derechos civiles de las personas, especialmente de los presos de Guantánamo<sup>57</sup>. Ante esta situación, desde un inicio, la comunidad internacional en general mostró su desacuerdo<sup>58</sup>. Pero hay que señalar, que

---

<sup>55</sup> T. FROSINI, "El Estado de Derecho se ha detenido en Guantánamo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 76, 2006, p. 48.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> Las medidas adoptadas tras el 11 S por Estados Unidos, referente al Centro de Detención de Guantánamo, desde el 2001 hasta el 2007, puede verse en: E. GINÉS SANTIDRIÁN, "5º Aniversario de Guantánamo: la tortura que no cesa", *Tiempo de Paz*, núm. 84, 2007, pp. 93-97.

<sup>58</sup> Ante la presión internacional sobre el tratamiento a los presos en Guantánamo y otras cárceles norteamericanas, en 2005 se aprobó el "Detainee Treatment Act (DTA) 2005", que exige que cada miembro del Departamento de Defensa emplee únicamente las acciones de interrogatorio definidas en el "United States Army Field Manual on Intelligence Interrogation". Según la sección 1002 del Acto, "In General. No person in the custody or under the effective control of the Department of Defense or under detention in a Department of Defense facility shall be subject to any treatment or technique of interrogation not authorized by and listed in the United States Army Field Manual on Intelligence Interrogation". De acuerdo con la sección 1003 del Acto ningún prisionero del Gobierno de Estados Unidos estará sujeto a castigo o tratamiento que sea cruel, inhumano, o degradante. "In General- No individual in the custody or under the physical control of the United States Government, regardless of nationality or physical location,

no solo la adopción de las normas ha sido objeto de polémica, sino también la elección del lugar de detención. Hay quienes señalan que probablemente en la elección de Guantánamo como lugar de detención de los “combatientes ilegales” haya jugado un papel determinante el hecho de que la administración Bush “considerase este lugar apartado de la jurisdicción de los tribunales estadounidenses, y, por tanto, excluyese a los prisioneros del circuito de las garantías del derecho doméstico y también del internacional”<sup>59</sup>. Suponían, dice Dworkin, que no existiría la posibilidad de que los prisioneros emprendiesen acciones de petición de habeas corpus, por no estar bajo la jurisdicción de ningún tribunal federal, al no ser Estados Unidos una potencia soberana<sup>60</sup>. Este aspecto fue aclarado por el Tribunal Supremo, como lo veremos más adelante.

Lo cierto es que desde que Guantánamo se estableció como un centro de detención para los combatientes ilegales, se ha venido haciendo referencia a la negación de ciertos derechos humanos a los detenidos, como el derecho al debido proceso. Esta situación generó el pronunciamiento de distintas organizaciones internacionales y de la sociedad civil exigiendo el reconocimiento del derecho a un proceso justo, la modificación en el trato de los detenidos y el cierre de este centro<sup>61</sup>. El clamor ha sido general contra la existencia de esta

---

*shall be subject to cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment*”. Por otro lado, señala: “The DTA also included a provision, 1005, which purports to sharply limit judicial review of petitions for a writ of habeas corpus (civil claims challenging the legality of detention or trial) brought by Guantánamo Bay detainees”. Esta sección 1005 del DTA hace más difícil que los reclusos de Guantánamo soliciten revisión judicial sobre su detención. Véase: Human Rights First, “In the Courts: Hamdan v. Rumsfeld Background Information on Legal Issues in the Case”, en [http://www.humanrightsfirst.org/us\\_law/inthecourts/supreme\\_court\\_hamdan\\_bg.htm](http://www.humanrightsfirst.org/us_law/inthecourts/supreme_court_hamdan_bg.htm)

<sup>59</sup> T. FROSINI, “El Estado de Derecho se ha detenido en Guantánamo”, op. cit., p. 36. En igual sentido J. DASKAL, “Guantánamo: de presente a pasado imperfecto”, *Política Exterior*, vol. XXII, núm. 125, 2008, p. 52.

<sup>60</sup> R. DWORKIN, “Guantánamo y la Corte Suprema de Estados Unidos”, *Claves de la razón práctica*, núm. 146, 2004, p. 7.

<sup>61</sup> Hubo muchos pronunciamientos sobre Guantánamo durante estos años. En el ámbito universal, además de la Comisión de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura en *Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura*, del 19 de mayo de 2006, 36º período de sesiones; en el ámbito europeo, el Parlamento europeo ha condenado esta situación en reiteradas ocasiones. Es el caso de la Resolución sobre la situación de prisioneros de la Bahía de Guantánamo, del 7 de febrero de 2002; la recomendación al Consejo europeo sobre el derecho de los detenidos en Guantánamo a un juicio justo, del 10 de marzo de 2004, entre otros. En el ámbito americano la Comisión interamericana de derechos humanos reclamó el cierre de Guantánamo y la investigación de las denuncias de torturas, así como concedió el 12 de marzo de 2002 medidas cautelares; el 28 de julio de 2006 aprobó la Res. 1/06 urgiendo a Estados Unidos a cerrar

prisión, "su falta de garantías, la carencia del control judicial, el incumplimiento de la legislación Internacional y la persistencia de todo tipo de tortura y malos tratos, con la gravedad añadida de la utilización procesal de las confesiones y pruebas obtenidas a través de una maquinaria infernal"<sup>62</sup>. Desde luego, estos hechos atentan contra algunas normas imperativas de derecho internacional general, reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto como las normas de jerarquía superior que generan obligaciones *erga omnes*.

Las "comisiones militares" para juzgar a las personas detenidas en él no fueron acordes con las exigencias del derecho interno de Estados Unidos ni con el derecho Internacional por cuanto no ofrecían ningún tipo de garantía<sup>63</sup>. Estas comisiones se situaban al margen del cauce ordinario de la justicia, para los cuales dispone "la no aplicabilidad de los principios de ley y las reglas de valoración de la prueba vigentes generalmente en los procesos penales celebrados en los tribunales de distrito de Estados Unidos"<sup>64</sup>. El derecho internacional exige que los tribunales sean predeterminados por ley y que sean competentes, independientes e imparciales.

A los detenidos se les negaron los procedimientos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos, como los tribunales ordinarios, civiles o militares. Como bien señaló la entonces Comisión de Derechos Humanos

---

en forma inmediata Guantánamo, a trasladar a los detenidos en cumplimiento con el DIH y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que los detenidos tuvieran acceso a un proceso judicial justo y transparente ante una autoridad competente, independiente e imparcial. En igual sentido desempeñaron un papel muy activo organizaciones como Amnistía Internacional, Human Rights Watch, Center for Justice and International Law, entre otras.

<sup>62</sup> E. GINÉS SANTIDRIÁN, "5º Aniversario de Guantánamo: la tortura que no cesa", *op. cit.*, p. 99.

<sup>63</sup> Creado por: Presidential Military Order: Detention, Treatment and Trial of Certain Non Citizens in the War Against Terrorism, del 13 de noviembre de 2001. Si bien reconoce proporcionar un juicio completo e imparcial, sus disposiciones no garantizan ese derecho. Sobre la ilegalidad de estas comisiones, entre otros, véase: R. GOODMAN, D. JINKS, "International law, USA War Powers and the Global War on Terrorism", *Harvard Law Review*, vol. 118, 2005-8, pp. 2653-2662; R. WEDGWOOD, "Terrorism and Military Commissions", *AJIL*, vol. 96, 2002, pp. 328-337; F. MÉGRET, "Justice of Times of Violence", *EJIL*, vol. 14, 2003-2, pp. 327-345; G. P. FLETCHER, "On Justice and War: Contradictions in the Proposed Military Tribunal" y D.F. ORENTLICHER, y R. KOGOD GOLMAND, "When Justice Goes to War: Prosecuting Terrorist Before Military Commissions", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2001-2002, pp. 635-652, y pp. 653-663, respectivamente.

<sup>64</sup> T. FROSINI, "El Estado de Derecho se ha detenido en Guantánamo", *op. cit.*, p. 39.

(hoy Consejo de Derechos Humanos), en su informe sobre Guantánamo, se trata de casos difíciles de conciliar con el artículo 14 del PIDCP. “Según la orden militar, los jueces de las comisiones son nombrados por la “autoridad nominadora”, que está bajo la autoridad y responsabilidad del Departamento de Defensa y, en última instancia, del presidente. Los jueces deben ser oficiales de las Fuerzas Armadas y pueden ser destituidos por la autoridad nominadora. Estas disposiciones sugieren que el Ejecutivo no solo interviene en el nombramiento de jueces, sino que los controla plenamente, en clara contravención del principio de independencia de la judicatura”<sup>65</sup>. La Comisión de Derechos Humanos destacó la ausencia de un mecanismo judicial imparcial para dirimir los conflictos de jurisdicción, por cuanto es la autoridad nominadora quien decide sobre la jurisdicción y competencia, dejando a las comisiones militares fuera del control de las autoridades judiciales<sup>66</sup>. La orden militar limita a la persona a asistir a su propio juicio; además, las comisiones militares establecen que el abogado defensor sea designado directamente por la autoridad nominadora y que esta misma autoridad lo destituya “por un motivo suficiente”. Si bien los acusados pueden beneficiarse de los servicios de un abogado civil de su elección, el letrado deberá reunir una serie de condiciones, como la de haber sido considerado facultado para acceder a información confidencial, firmar acuerdos de confidencialidad respecto de los casos en los que participará, costear su viaje a Guantánamo y no salir de la base sin autorización. Se le podrá ocultar ciertos datos y pruebas, así como impedir que asista a la audiencia por motivos de seguridad nacional<sup>67</sup>.

Desde luego, estas comisiones militares no cumplen con los estándares de un tribunal competente, independiente e imparcial. Estos aspectos son básicos para ejercer el derecho de defensa. Los presos no conocen los motivos por los que se les mantiene detenidos, no tienen derecho a defenderse personalmente o a la asistencia legal, ni a un juicio dentro del plazo razonable, menos a un proceso público. De este modo, Guantánamo incumple todas y cada una de las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, respecto a las garantías judiciales, como es el artículo 14 del PIDCP. Pero también incumple las Enmiendas V, VI y XIV de la Constitución americana, referidas al debido proce-

---

<sup>65</sup> Organización de las Naciones Unidas, CDH. *Situación de los detenidos en la Bahía de Guantánamo*, 62º periodo de sesiones, E/CN.4/2006/120 del 27 de febrero de 2006, párrafo 30. Además, véase: AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe 83, “Cerremos Guantánamo: Comisiones militares de Guantánamo: una parodia de la justicia”*, 2006, p. 12.

<sup>66</sup> Organización de las Naciones Unidas, CDH, E/CN.4/2006/120, op. cit., párrafo 30.

<sup>67</sup> Ídem, párrafo 35.

so, bajo el argumento de que Guantánamo se encuentra en territorio no americano<sup>68</sup>. Precisamente por ello, muchos se han referido al caso Guantánamo como “a legal Black hole” debido a que los detenidos no han tenido la oportunidad de enfrentarse a un procedimiento judicial regular en el ámbito penal, que les permita una adecuada defensa frente a las acusaciones poco claras<sup>69</sup>.

El Tribunal Supremo de Estados Unidos, tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta situación en reiteradas ocasiones. En el caso *Hamdi contra Rumsfeld*, en 2004, concluyó señalando que aunque el Congreso autorizó la detención de combatientes en las circunstancias alegadas, el debido proceso exige que un ciudadano norteamericano que fuera considerado combatiente enemigo tenga derecho a cuestionar su detención ante un órgano neutral<sup>70</sup>; y que esta situación podría satisfacerse a través de tribunales de investigación. Para este Tribunal haberle negado a Hamdi la posibilidad de defenderse ante un juez, constituye una violación del principio constitucional al debido proceso, y por ello, dijo la jueza O'Connor, había que averiguar si el poder del presidente para detener ciudadanos estadounidenses sin un examen judicial violaba o no la V Enmienda de la Constitución<sup>71</sup> (referida al debido proceso mencionada líneas arriba). Se trata de una sentencia que reconoce la importancia del derecho fundamental al debido proceso, que data desde tiempos antiguos, y por ende valora el derecho a ser oído por una instancia neutral y a reclamar las razones por los que han sido calificados como “combatientes enemigos”, pero solo a los ciudadanos norteamericanos<sup>72</sup>.

En el caso *Rasul y otros contra Bush*, también en 2004, señaló que los tribunales federales de Estados Unidos tienen jurisdicción para conocer peticiones de *habeas*

---

<sup>68</sup> El 28 de diciembre de 2001, un memorando del Departamento de Justicia al Pentágono recomienda, que al no ser la bahía de Guantánamo territorio estadounidense soberano, los tribunales federales no deben estar facultados para examinar las peticiones de *habeas corpus* presentados por “extranjeros enemigos” detenidos en la base. Véase: E. GINÉS SANTI-DRIÁN, “5º Aniversario de Guantánamo: la tortura no cesa...”, op. cit., p. 94.

<sup>69</sup> T. FROSINI, “El Estado de Derecho se ha detenido en Guantánamo”, op. cit., p. 42.

<sup>70</sup> Sentencia del 28 de junio del 2004, 542 U.S. (2004). Un comentario amplio sobre este caso, véase en: A. ELGART, “Hamdi v. Rumsfeld: Due process requires that detainees receive notice and opportunity to contest basis for detention”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 40, 2005, pp. 239-250.

<sup>71</sup> Véase el voto particular en el caso Hamdi de la Jueza Day O'Connor, al que se adhirió gran parte de los jueces.

<sup>72</sup> Esta decisión hizo que el Gobierno de Estados Unidos creara el “*combatant status review tribunal*” el 7 de julio de 2004, a fin de determinar si los detenidos en Guantánamo habían sido correctamente designados como “combatientes enemigos”.

*corpus* de los detenidos y trasladados a la cárcel de Guantánamo<sup>73</sup>. El tribunal dejó claramente establecido que en aquellos casos en que el Gobierno mantiene prisioneros en un territorio extranjero bajo su control permanente y efectivo, puede plantearse el *habeas corpus* ante un tribunal federal de Estados Unidos que tiene jurisdicción sobre el presidente. De este modo, reconoció la competencia de los tribunales estadounidenses para conocer los recursos referentes a la legalidad de la detención de las personas en Guantánamo. Se hacía extensivo también a los extranjeros el derecho de acudir ante los tribunales federales<sup>74</sup>.

En ambos casos la reivindicación de su autoridad para arrestar a los “enemigos combatientes” hasta que culminará la hostilidad, o indefinidamente estuvo presente en el Gobierno estadounidense”. Además de afirmar su poder de negarles las garantías fundamentales de un proceso justo, incluso el derecho de ser asistido por abogado, el derecho de recurrir su causa frente a un tribunal americano, el derecho a ser juzgado por un jurado popular, el derecho a no declarar contra sí mismo y el derecho de *habeas corpus*<sup>75</sup>.

De igual forma, en un primer momento sostenía con rotundidad la no aplicabilidad de los Convenios de Ginebra a los presos de Guantánamo por ser terroristas. Tampoco era aplicable el artículo 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra sobre las garantías judiciales (debido proceso)<sup>76</sup>. Este asunto también posteriormente ha sido esclarecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>77</sup>. Ante la evidencia de la ilegalidad de las acciones adop-

<sup>73</sup> Sentencia del 28 de junio del 2004, 542 US (2004).

<sup>74</sup> Gracias a esta sentencia, Lakhdar Boumediene y 36 presos más de Guantánamo solicitaron el *habeas corpus* ante tribunales federales. Como consecuencia de ello, el Congreso aprobó la Ley sobre Tratamiento de Detenidos (2005), en la que se establecía que “ningún tribunal, juez o magistrado tendrá jurisdicción para oír o considerar (...) una demanda de *habeas corpus* interpuesto por o en nombre de un extranjero detenido por el Ministerio de Defensa en la Bahía de Guantánamo, Cuba” (sección 7).

<sup>75</sup> T. FROSINI, “El Estado de Derecho se ha detenido en Guantánamo”, op. cit., p. 57.

<sup>76</sup> Véase el memorando del Presidente Bush del 7 de febrero de 2002.

<sup>77</sup> En el caso *Hamdam contra Rumsfeld*, op. cit., el Tribunal Supremo dejó claramente establecido que un presunto miembro de *Al Qaeda*, capturado en el contexto de un conflicto armado se encuentra protegido por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, como un mínimo aplicable. Sobre la aplicación de los Convenios de Ginebra y sus protocolos a los presos de Guantánamo véase: M. PÉREZ GONZÁLEZ y otro, “El caso de los detenidos de Guantánamo...”, op. cit., p. 11-39. Además, véase: J. L. BENAVIDES DEL REY, “El estatus jurídico internacional de los prisioneros detenidos por los Estados Unidos de América en Guantánamo, Cuba, a raíz del conflicto en Afganistán”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 3, 2003, pp. 68-91.

tadas, la posición del Gobierno de Bush ha ido cambiando de modo parcial y con limitados efectos prácticos<sup>78</sup>.

Más tarde, en 2006, en el caso *Hamdan contra Rumsfeld*, el Tribunal Supremo se pronunció sobre la ilegalidad de las comisiones militares, por cuanto no existía una autorización expresa al presidente Bush, por parte del Congreso, para su creación. Sostuvo también que no existió una necesidad militar que justifique su creación. En este caso señaló que la comisión creada para juzgar a Hamdan carece de jurisdicción, por cuanto adolece de un defecto de base<sup>79</sup>. Reconoció que el presidente Bush se extralimitó en la creación de estas comisiones. Por otro lado, al analizar las reglas que rigen el procedimiento de las comisiones militares respecto a las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados, manifestó que, con independencia del proceso irregular de creación, las reglas procesales que rigen su funcionamiento son contrarias al derecho interno y al derecho internacional. Por tanto, viola el derecho a un juicio con las debidas garantías recogidas en el derecho interno, en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, y en el artículo 75 del Protocolo I, especialmente por la posibilidad de negar al acusado el derecho de hallarse presente en su propio juicio y el derecho a conocer los medios de prueba que existen contra él. La suspensión de estos derechos no queda en absoluto justificada, dice el Tribunal, por el peligro de la amenaza terrorista<sup>80</sup>. En abril de 2007 la comisión cerró un caso: el del "talibán australiano" David Hicks, que se declaró culpable y ha sido enviado a su país donde cumple condena.

Recién el 12 de junio de 2008, el Tribunal Supremo de Estados Unidos reconoció el derecho de los detenidos en la base de Guantánamo a acudir a las Cortes Federales para reclamar su puesta en libertad<sup>81</sup>. Se reconoció que los presos de Guantánamo tienen derechos constitucionales en Estados Unidos a pesar de que la Base Naval se encuentra en territorio cubano. Esta sentencia

---

<sup>78</sup> M<sup>a</sup> D. BOLLO AROCENA, "Hamdan contra Rumsfeld, comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 12, 2006, 36 p.

<sup>79</sup> Ciudadano americano que estuvo en Guantánamo y luego fue trasladado a una prisión militar en Virginia, Estados Unidos. Fue calificado por el presidente Bush de "combatiente enemigo".

<sup>80</sup> Sentencia en caso *Hamdan contra Rumsfeld*, 548 U.S. 557, del 29 de junio de 2006. Un análisis amplio sobre esta sentencia se puede ver en BOLLO AROCENA, op. cit.

<sup>81</sup> Esta decisión desestima la disposición séptima de la Ley de Comisiones Militares por el que ningún tribunal tiene jurisdicción para conocer un *habeas corpus* de un extranjero.

permite, entre otros, el reconocimiento a estos presos de las Enmiendas V, VI y XIV. Sin duda, este acontecimiento fue el primer paso importante en la defensa de los derechos humanos y el inicio del camino hacia el cierre de dicha prisión. Esta decisión es una muestra del fracaso estrepitoso de la administración Bush y sus aliados. Gracias al reconocimiento del derecho a acudir a los tribunales para reclamar su detención, cinco argelinos fueron liberados por un juez federal estadounidense<sup>82</sup>. Es la primera decisión de un tribunal civil frente a la petición de libertad de los presos de Guantánamo.

Conforme a la Constitución americana y el derecho internacional de protección del ser humano, el derecho al debido proceso es aplicable a todas las personas que se encuentran ante una autoridad sea judicial o no. Su aplicación se hace imprescindible, especialmente, en materia penal, al margen de la gravedad de los hechos por los que se le imputa al acusado. Su realización efectiva está a cargo del Estado sin ningún tipo de discriminación y condición. Desde luego, en Guantánamo no se puede decir que se haya cumplido, ni siquiera mínimamente, con este derecho. A modo de ejemplo, podemos citar el caso de Hamed Abderrahman, conocido como el "talibán español", que estuvo en Guantánamo donde sufrió torturas y careció del derecho de defensa. Una vez extraditado a España, ha sido condenado a seis años de prisión, en 2005, por la Audiencia Nacional, por pertenecer a la banda armada Al Qaeda. Posteriormente, dicha sentencia fue revocada por el Tribunal Supremo, que lo absolvió bajo el argumento de la vulneración de la presunción de inocencia. Lo hizo no sin antes señalar que: "la detención de cientos de personas, entre ellas el recurrente, sin cargos, sin garantías y, por tanto, sin control y sin límites en la base de Guantánamo, custodiado por el Ejército de Estados Unidos, constituye una situación de imposible explicación y menos justificación desde la realidad jurídica y política en la que se encuentra enclavada"<sup>83</sup>. Así, toda diligencia o actuación practicada desde

---

<sup>82</sup> El 20 de noviembre de 2008. Estos argelinos se encontraban en Guantánamo desde enero de 2002. Estuvieron siete años privados de libertad, sin cargos.

<sup>83</sup> Tribunal Supremo de España, STS 4527/2006, del 20 de julio de 2006, sexto fundamento de derecho. Este tribunal señaló, además, "que bien pudiera decirse que Guantánamo es un verdadero "limbo" en la comunidad jurídica que queda definida por una multitud de tratados y convenciones firmadas por la comunidad internacional, constituyendo un acabado ejemplo de lo que alguna doctrina científica ha definido como "derecho penal del enemigo". Ese derecho penal del enemigo opuesto al derecho penal de los ciudadanos, quedaría reservado para aquellos a los que se les consideraría responsables de atacar o poner en peligro las bases de la convivencia y del Estado de derecho".

que el recurrente fue entregado al Ejército de los Estados Unidos por los militares paquistaníes y trasladado a Guantánamo hasta su puesta a disposición de la Audiencia Nacional debe ser declarada totalmente nula y como tal inexistente<sup>84</sup>. De este modo, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la validez jurídica de las pruebas que se pudieron haber obtenido en Guantánamo.

Así, durante aproximadamente siete años, a los presos de Guantánamo se les ha venido negando sus derechos humanos. En estos años se habrían violado derechos que forman parte del *ius cogens*, es el caso de la prohibición de la tortura y el debido proceso, a vista y paciencia del mundo entero<sup>85</sup>. Desde luego, las medidas adoptadas por el Gobierno de Estados Unidos tanto en la política interna como en la externa han sido desproporcionadas<sup>86</sup>.

#### IV. EL ANUNCIO DEL FIN DE LA ILEGALIDAD: EL CIERRE DE GUANTÁNAMO: SUS DIFICULTADES

##### a. El inminente cierre de Guantánamo

Con la llegada de Barack Obama a la presidencia de Estados Unidos, la tan ansiada petición del cierre de Guantánamo parece ser una realidad. Sin duda, es un paso muy importante en el respeto de los derechos humanos y un anhelo esperado durante largos años. Obama, el 22 de enero de 2009 señaló el cierre del centro de detención de Guantánamo en el plazo de un año (enero 2010), y firmó las órdenes ejecutivas: "Revisión y disposición de personas detenidas en la Base Naval de la Bahía de Guantánamo y cierre de las instalaciones de Detención" y "Asegurar la legalidad de los interrogatorios", para la revisión de los juicios de los acusados de actos terroristas y prohibición de los métodos de interrogatorio equiparables a la tortura. Dejó claro que no quería realizar una 'elección errónea' entre una exitosa guerra contra las organizaciones terroristas y un socavamiento de los ideales estadounidenses sobre derechos humanos.

Desde luego son muy positivas y loables estas medidas que ponen fin al programa de la CIA, mediante el cual se podían detener en prisiones secre-

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> Sobre el debido proceso como norma de *ius cogens*, véase mi trabajo: *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, op. cit., pp. 297-581.

<sup>86</sup> B. ACKERMAN, *Antes de que nos ataquen de nuevo, la defensa de las libertades en tiempo de terrorismo*, Península, Barcelona, 2007, p. 227.

tas por tiempo indefinido y sin control judicial a los sospechosos, tras años de polémica sobre la violación de los derechos humanos por parte de Estados Unidos con George Bush a la cabeza. Empero, no hay que olvidar que son muchas las normas que se han aprobado a nivel doméstico y a nivel global en este proceso de lucha contra el terror, las mismas que deberían ser analizadas con mucho cuidado, una a una, a fin de derogar en su totalidad o en parte, teniendo en cuenta su compatibilidad con las normas internacionales de protección de la persona y con la Constitución americana. Recordemos que son muchas las normas que han sido declaradas inconstitucionales e irrespetuosas con el derecho internacional de los derechos humanos.

#### **b. Los derechos humanos y el cierre de Guantánamo**

Sin duda, el cierre de Guantánamo dada las circunstancias comentadas sería un gran logro en el respeto del ser humano y sus derechos. Pero, es también cierto que más allá de la buena voluntad del actual presidente estadounidense, su cierre engloba diversos aspectos de no fácil solución. Además de su cierre físico, se trata de resolver la situación jurídica de muchas personas que se encuentran en su interior, la cual hace que la adopción de las diversas medidas sea analizada con el máximo cuidado si no se quiere incurrir en la violación de sus derechos, incluido el derecho al debido proceso. Se debería tener en cuenta, entre otros aspectos, el lugar donde se juzgará a los presos y el lugar donde cumplirán, de ser el caso, sus condenas. Por cuanto es imprescindible el reconocimiento y respeto del derecho internacional de los derechos humanos por parte del Estado receptor<sup>87</sup>. Como señala Daskal, éste es uno de los problemas de Guantánamo: “como deportar a los detenidos y garantizar su seguridad, cuando en muchos países de origen tienen estándares nulos en derechos humanos”<sup>88</sup>. Por otro lado, en el juzgamiento se debería tener especial cuidado con los medios probatorios que se utilizarán durante el proceso y en mérito al que se les juzgará, ya sea absolviendo o condenando. En este contexto, es importante recordar que las actuaciones llevadas a cabo en Guantánamo, señaladas *supra*, no han sido res-

---

<sup>87</sup> Muchos miembros de la Unión Europea se vienen comprometiendo frente al gobierno estadounidense a recibir un número determinado de presos. España recibiría cinco presos cuyas nacionalidades aún se desconocen. Los miembros de la Unión Europea son también Estados miembros del Consejo de Europa, y por ende respetuosos de los derechos humanos.

<sup>88</sup> J. DASKAL, “Guantánamo: de presente a pasado imperfecto”, op. cit., p.55.

petuosas con las normas internacionales de protección de la persona ni con la Constitución americana. De demostrarse que las pruebas hubieran sido obtenidas de modo ilegal, atentando contra los derechos humanos, en principio no serían válidas ante ningún tribunal, sea americano o no.

Si los medios probatorios en las que se basa la sentencia se hubiesen obtenido con violación a los derechos humanos, su eficacia probatoria debería ser nula. A modo de ejemplo, podemos mencionar el caso resuelto por el Tribunal Supremo español antes citado. A lo largo de estos años, en muchos casos, se ha demostrado a través de la jurisprudencia norteamericana o extranjera que los detenidos en dicha base no han contado con las garantías mínimas que el derecho interno e internacional reconoce a cualquier persona, por el solo hecho de serlo.

Los detenidos en la base naval de Guantánamo han sido sindicados como enemigos de los Estados Unidos, pero formalmente muchos de ellos, al parecer, no cuentan con una acusación. Ello significa, que ni siquiera conocen los cargos por los que se les retiene. Esta situación les impediría ejercer su derecho de defensa adecuadamente. Es importante que los detenidos sean notificados oportunamente con la acusación, tengan derecho a un juez competente, independiente e imparcial, derecho a elegir a su abogado defensor o en caso contrario a un abogado de oficio, derecho a que su causa sea resuelta en un plazo razonable, etc.

Desde luego, no es una tarea fácil proceder al cierre de la base por cuanto implica un plan de la administración estadounidense con consideraciones administrativas como legales, además de medidas de diversa índole a nivel doméstico y a nivel internacional. Es así que la primera fecha señalada por el presidente Obama para el cierre (enero de 2010) no se ha cumplido y ha generado, incluso, la dimisión del Consejero legal encargado del cierre<sup>89</sup>. En este contexto el tan ansiado cierre, con suerte, se lograría a final de año, ya que no existen visos de solución a corto plazo. Lo que, al parecer, sí está claro es que el presunto cerebro del 11S junto a otros cuatro, serán juzgados en un tribunal civil en Nueva York y si son condenados el fiscal general pedirá la pena de muerte<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> Con fecha 13 de noviembre el Consejero Legal, Gregory Craig, de la Casa Blanca encargado del cierre de la prisión de Guantánamo, presentó su dimisión.

<sup>90</sup> "El presunto 'cerebro' del 11S será juzgado en un Tribunal Federal en Nueva York", *El País*, 14 de noviembre de 2009.

Así, pensar en Guantánamo nos sigue generando muchas interrogantes ¿será posible la extradición de todos?, ¿qué delitos se les imputarán?, ¿qué medios probatorios se utilizarán en su juzgamiento?, y de ser hallados culpables ¿dónde cumplirán sus condenas?, ¿hasta cuándo la aplicación de la pena de muerte en Estados Unidos pese a su incompatibilidad con los derechos humanos?, entre otras. Desde luego, muchas dudas sobre las suspicacias de la legalidad del proceso desaparecerán siempre que estos detenidos sean juzgados por un tribunal competente, independiente e imparcial que les brinde todas las garantías judiciales durante el proceso y en el cumplimiento de las penas, de ser el caso. Es decir, que todos los presos cuenten con su derecho al debido proceso del que nunca se les debió privar, por tratarse de un derecho esencial, el núcleo duro, de los derechos humanos, insustituibles e inderogables en cualquier circunstancia.

Muchos otros problemas quedan por abordar, por ejemplo el referido a los daños que se hayan causado a los detenidos en Guantánamo por la violación de sus principales derechos. Como se sabe, es un principio de Derecho que aquel que causa un daño a otro debe indemnizarlo. Corresponde preguntarse entonces si cabe la posibilidad de algún tipo de reparación a los presos de Guantánamo por la violación de sus derechos humanos. Una problemática que trasciende los ámbitos del presente trabajo.

## V. REFLEXIÓN FINAL

El derecho al debido proceso es un derecho fundamental, y por ende los Estados partes de los diversos instrumentos internacionales de los derechos humanos están en la obligación de reconocer, proteger y garantizar, incluido Estados Unidos que es Estado miembro de la OEA, Estado parte del PIDCP y de los Convenios de Ginebra. Es un derecho que forma parte de los derechos inderogables e insustituibles. Ha sido recogido por vez primera, en el derecho interno, en la Constitución americana de 1791 a través de las Enmiendas V, VI y años más tarde en la Enmienda XIV. Estados Unidos fue pionero en el reconocimiento del debido proceso, y a través de su Tribunal Supremo desempeñó un papel importante en su posterior desarrollo.

Paradójicamente, tras el 11 de septiembre de 2001, el Gobierno americano adoptó políticas de seguridad nacional limitativas a los derechos humanos, fundamentalmente al derecho al debido proceso, tal y como ha quedado demostrado en más de una ocasión. Sin duda, el caso más paradigmático

es el del Centro de detención en la Base militar de Guantánamo donde uno de los derechos humanos más violados ha sido el debido proceso. Si bien el Tribunal Supremo tardó en señalar con determinación la ausencia de ciertos derechos en Guantánamo, con las sentencias mencionadas anteriormente reivindica de alguna forma tal actuación. Empieza una nueva etapa con el reconocimiento, por este órgano judicial, del acceso a la justicia por parte de los presos, de la posibilidad de plantear el habeas corpus, y del derecho al debido proceso con todos sus elementos. Queda determinada la jurisdicción de los tribunales estadounidenses para conocer la petición de los detenidos cuya custodia está a cargo de quienes están sometidos a las leyes federales estadounidenses.

Tras muchos años de espera, con la llegada de Obama al Gobierno se ve una luz al final del túnel. Sus intenciones son reconducir la política de seguridad por el camino del respeto a los valores democráticos y a los derechos humanos. En este contexto, una de sus prioridades es el cierre de Guantánamo. Una petición reiterada al Gobierno estadounidense por parte de diversas organizaciones y la sociedad civil en los últimos años. Sin duda, tras los acontecimientos sucedidos en Guantánamo, su cierre constituye un gran logro en el respecto y la defensa de los derechos humanos. Pero es también cierto que el logro de este objetivo no es tarea fácil porque está lleno de dificultades y son muchos los aspectos que rodean esta situación. Probablemente, sean estas dificultades las que hacen que el presidente Obama sea más cauto en señalar nuevamente una fecha exacta para su cierre.

Dado los antecedentes y las dudas que rodean a Guantánamo, lo ideal sería conocer como y cuando se realizarán los procesos. La publicidad debería ser un elemento indispensable en dichos actos. Se entiende que los medios probatorios obtenidos de manera ilegal no serían aplicados ya que el proceso o procesos serían, a *posteriori*, nulos. En todo caso, se trata de procesos donde la duda rondará su legalidad.

En este contexto, se espera que muy pronto estos presos hayan resuelto su situación jurídica con todas las garantías judiciales, reconocidas a nivel internacional e interno en Estados Unidos. Sin duda, actuar dentro del marco legal, respetando los derechos de las personas detenidas, es un mecanismo adecuado para la lucha contra el terrorismo incluso en las situaciones más difíciles. Como señaló la jueza O'Connor en el caso Hamdi, es justamente en los momentos más turbulentos e inciertos cuando el deber de permitir un proceso justo resulta sometido a prueba y es cuando se deben pre-

servar los principios, por los que se combate en el exterior. El poder de guerra, dice, no puede superar los límites que garantizan las libertades constitucionales. En este contexto, no existe lucha que justifique menoscabar aquellos derechos sagrados para el ser humano.

FLORABEL QUISPE REMÓN  
*Area de Derecho Internacional Público*  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
*c/Madrid, 126*  
*Getafe 28903 Madrid*  
*e-mail: fquispe@der-pu.uc3m.es*

## EL CONCEPTO DE CIUDADANÍA EN LA TRADICIÓN REPUBLICANA

THE CITIZENSHIP CONCEPT IN THE REPUBLICAN TRADITION

RODRIGO SANTIAGO JUÁREZ

Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)

Fecha de recepción: 28-11-09

Fecha de aceptación: 22-1-10

**Resumen:** *Si en el modelo filosófico del liberalismo se privilegian los derechos y la neutralidad ética del Estado, y en el comunitarismo se otorga una mayor importancia a la idea compartida del bien, el modelo filosófico republicano reconoce la trascendencia de la participación de los individuos en la sociedad. Por ello, muchos autores contemporáneos han actualizado las ideas clásicas de esta escuela de pensamiento a fin de presentarla como una teoría a medio camino entre teorías opuestas entre sí. No obstante, el contexto de la globalización obliga al republicanismo a dejar atrás las viejas ataduras del patriotismo y de las fronteras nacionales, a fin de convertirse en un puente de comunicación con el ideal cosmopolita ilustrado.*

**Abstract:** *If the philosophical tradition of liberalism favor Rights and ethical neutrality of State, and comunitarian tradition award a big importance to the common idea of the good life, the republican philosophy recognize the significance of participation of citizens in the social decisions. That is why some contemporary authors had update the classic ideas of republicanism to present it like a theory in the middle way between two opposite traditions. But globalisation context force the republicanism to leave behind the old ideas of patriotism and national borders in order to be converted in a communication bridge with the Enlightenment ideal of cosmopolitanism.*

**Palabras clave:** liberalismo, comunitarismo, republicanismo, globalización, cosmopolitismo, ciudadanía.

**Keywords:** liberalism, comunitarianism, republicanism, globalization, cosmopolitanism, citizenship.

ISSN: 1133-0937

DERECHOS Y LIBERTADES  
Número 23, Época II, junio 2010, pp. 279-294

## 1. INTRODUCCIÓN

El debate liberal-comunitarista acaparó durante muchos años la atención de la filosofía política, y evidenció las diferencias entre dos corrientes de pensamiento distintas. Como consecuencia surgió la imagen de un dualismo entre posiciones que poco tenían que ver entre sí, pues la elección de una de ellas significaba el abandono de los postulados de la otra<sup>1</sup>.

Esta postura maniquea impedía encontrar un camino posible entre ambas posiciones académicas, que más allá de la exaltación de las diferencias pudieran ofrecer un encuentro entre sus "propósitos cruzados"<sup>2</sup>. El resurgimiento del republicanismo en el debate filosófico tuvo una importancia fundamental al brindar puntos de vista diferentes a los señalados por liberales y comunitaristas, y ubicó al ciudadano en el centro de su doctrina.

La tradición republicana es una corriente de pensamiento que goza de mucha tradición filosófica, y cuenta con antecedentes en el pensamiento romano, principalmente en Tito Livio, Salustio y Cicerón<sup>3</sup>. El resurgimiento de este modelo filosófico en la época moderna se remonta a los *Discursos*<sup>4</sup> de Maquiavelo, quien tomando en cuenta las concepciones clásicas, creó un nuevo lenguaje de la filosofía cívica para adaptarla a su contexto histórico.

Su obra influyó de forma considerable en autores ingleses como James Harrington y John Milton, así como más tarde en Francia a través de *El Espíritu de las Leyes*, de Montesquieu y en los federalistas norteamericanos<sup>5</sup>. Sin

<sup>1</sup> A. GUTMANN, "Communitarian critics of liberalism", *Philosophy and public affair*, vol. 14, núm. 3, 1985, pp. 316-318. "Se nos invitó a pensar el universo moral en términos dualistas: o bien nuestras identidades son independientes de nuestros fines, dejándonos libres para escoger nuestros planes de vida, o aquéllas están constituidas por la comunidad, dejándonos impedidos por los fines socialmente determinados. O la justicia tiene una prioridad absoluta sobre lo bueno, o lo bueno toma el lugar de la justicia. Más aún, o la justicia debe ser completamente independiente de todas las particularidades históricas y sociales, o la virtud debe depender completamente de las prácticas sociales de cada sociedad". (La traducción es mía).

<sup>2</sup> Ch. TAYLOR, "Propósitos cruzados: el debate liberal-comunitario", en VV.AA. *El liberalismo y la vida moral*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1993, pp. 177-200.

<sup>3</sup> Q. SKINNER, "Las paradojas de la libertad política", en VV.AA. *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*, Paidós, Barcelona, 2004, p. 103.

<sup>4</sup> N. MAQUIAVELO, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Alianza, Madrid, 2000.

<sup>5</sup> A. HAMILTON; J. MADISON. J, JAY. *El federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998. Sobre la consideración del trabajo de los federalistas como parte de la tradición republicana véase: R. RUIZ. "Pasado y presente del republicanismo cívico", *Derechos y Libertades*, núm.13, 2004, pp. 190-193.

embargo, en los años recientes se ha llevado a cabo una profunda revisión de las ideas republicanas, principalmente a partir de algunos de los trabajos de Philip Pettit<sup>6</sup>, Cass Sunstein<sup>7</sup> y Quentin Skinner<sup>8</sup>, entre otros, cuya influencia dentro y fuera de Estados Unidos ha servido para popularizar el republicanismo como alternativa al liberalismo.

Sin duda alguna, un repertorio tan amplio de fuentes y autores republicanos complica el análisis de las principales notas características de esta doctrina. No obstante, es posible encontrar un “mínimo común denominador” a todos ellos<sup>9</sup>. Las tesis principales del republicanismo se refieren en forma genérica a la ampliación de las potestades del ciudadano en las sociedades democráticas, en las que se requiere una mayor participación e intervención de los individuos con el fin de controlar en mayor medida las decisiones que son tomadas desde el poder político.

A diferencia del liberalismo, no se concibe la libertad partiendo de la diferencia entre libertad negativa y libertad positiva, puesto que tal distinción “termina por convertir la primera en algo atractivo y la segunda en algo ominoso”. De acuerdo con ello, separar ambos tipos de libertades “ha hecho un mal servicio al pensamiento político. Ha alimentado la ilusión filosófica de que, detalles aparte, sólo hay dos modos de entender la libertad”<sup>10</sup>. De hecho, el republicanismo parte de la idea de que la distinción entre ambos tipos de libertad coincide con una disputa sobre la idea misma de la naturaleza humana<sup>11</sup>, lo cual no es óbice para que puedan ejercerse a un mismo tiempo<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> P. PETTIT, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Paidós, Barcelona, 1999.

<sup>7</sup> C. SUNSTEIN, “Más allá del resurgimiento republicano”, en VV.AA. *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y Libertad*, Paidós, Barcelona, 2004.

<sup>8</sup> Algunos de los trabajos más representativos de QUENTIN SKINNER son: “The republican ideal of political liberty”, en VV.AA. *Machiavelli and republicanism*, Cambridge University Press, 1993. *Maquiavelo*, Alianza Editorial, Madrid, 1995; “El tercer concepto de libertad”, *Claves de razón práctica*, núm. 155, 2005, pp. 4-8.

<sup>9</sup> R. GARGARELLA. *Las teorías de la Justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 163. Las distintas versiones del republicanismo obedecen a épocas, regiones y factores muy distintos, por lo que el común denominador puede observarse a partir de las notas comunes a todas ellas.

<sup>10</sup> P. PETTIT, *Republicanism...*, cit., pp. 35-37.

<sup>11</sup> Q. SKINNER, “The idea of negative liberty: philosophical and historical perspectives”, en VV.AA. *Philosophy in history*, Cambridge University Press, 1984, p. 197. Por una parte se encuentran los que creen que es un error el relacionar la libertad individual con los ideales de virtud y de servicio público; por el otro, los que insisten en que sólo los ciudadanos

El individuo deberá tener una participación más estrecha en aquellas cuestiones de interés público y con ello ejercerá también su libertad. Las consecuencias que esto conlleva para la concepción del ciudadano desde el republicanismo son evidentes, ya que la posición que el sujeto mantiene respecto de los otros individuos y con relación a la sociedad en la que participa, resulta ser más estrecha.

A diferencia del comunitarismo, el individuo no pertenece a una comunidad de origen en la que las ideas del bien ya están preconcebidas, tampoco guarda relación con el tipo de ciudadano liberal, que únicamente participa en la vida política con el objetivo último de la protección de sus intereses individuales<sup>13</sup>. El ciudadano que surge de la postura republicana está más interesado en la participación pues de ella depende su propia libertad así como la legitimidad del poder político.

Finalmente, es necesario señalar que bajo la defensa de las “virtudes” del ciudadano republicano, esta doctrina termina también por defender una visión de la comunidad con unos márgenes delimitados. Lo anterior implica consecuencias también para el mismo concepto de ciudadanía, puesto que la carga de patriotismo que impone en cada miembro implica al mismo tiempo la defensa de una ciudadanía entendida exclusivamente en relación con una sociedad, lo que termina por negar el carácter dinámico que debe de tener ese concepto.

## 2. LA IMPORTANCIA DEL INDIVIDUO PARA EL REPUBLICANISMO

En esta postura filosófica se pone un mayor énfasis en el carácter del individuo, ya no como agente racional aislado, visión propia del liberalismo, ni tampoco como sujeto vinculado a una comunidad de origen, defendida por el comunitarismo, sino precisamente en su faceta de ciudadano. De esta forma, el republicanismo es la concepción de la vida política que preconiza

---

virtuosos y con espíritu de servicio público se encuentran en la absoluta posesión de su libertad.

<sup>12</sup> Ch.TAYLOR, “What’s wrong with negative liberty”, en VV.AA. *The idea of freedom*, Oxford University Press, 1979, pp. 175-176. Las críticas de ambas concepciones de la libertad regularmente se han realizado bajo una versión que no permite entender a cabalidad en qué momento pueden compaginarse.

<sup>13</sup> I. HONOHAN, “Enfoques republicanos contemporáneos sobre la democracia y su potencial cosmopolita”, *Isegoría*, núm. 33, 2005, pp. 162-163.

un orden democrático dependiente de la vigencia de la responsabilidad pública de la ciudadanía<sup>14</sup>.

Al romper con una falsa dicotomía entre el individualismo, por una parte, y una común idea del bien, por la otra<sup>15</sup>, comparte valores tanto del liberalismo como del comunitarismo, pero otorga una importancia diferente a los conceptos en los que se basan aquellas posturas, por lo que no se confunde con ninguna de las dos<sup>16</sup>.

La diferencia fundamental con el liberalismo es que mientras éste aboga por un tipo de libertad definida como la libertad de los modernos, el republicanismo apoya más el tipo de libertad de los antiguos, en la que se invoca una mayor participación en las instituciones de interés colectivo<sup>17</sup>. Esto se hace para aumentar la capacidad individual de decidir sobre la propia vida y no en función del bien de la comunidad.

Es decir, mientras que los liberales basan su idea sobre la libertad en los términos en los que Isaiah Berlin la denominó "libertad negativa"<sup>18</sup>, y, antes de él, Benjamín Constant calificó como "libertad de los modernos"<sup>19</sup>, como una no interferencia de la actividad política en el espacio privado de los individuos, el republicanismo, por el contrario, supone una libertad con base en la participación del individuo en las decisiones que le atañen.

<sup>14</sup> S. GINER, "Las razones del republicanismo", *Claves de razón práctica*, núm. 81, 1998, p. 4.

<sup>15</sup> Q. SKINNER, "The republican ideal of political liberty", en VV.AA. *Machiavelli...*, cit., p. 293.

<sup>16</sup> F. OVEJERO, "Tres ciudadanos y el bienestar", *La Política*, núm. 3, 1997, p. 104. Como el ciudadano comunitario, también el ciudadano republicano tiene biografía, configura sus preferencias y su identidad en tratos con la sociedad, y otorga importancia a la responsabilidad, a las obligaciones. Como el ciudadano liberal, concede importancia a los derechos y a la libertad negativa. La diferencia empieza a la hora de ordenar y dotar de significado a tales conceptos.

<sup>17</sup> J. HABERMAS, "Reconciliación mediante el uso público de la razón", en J. HABERMAS; J. RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 66. "Los liberales han puesto el acento en la "libertad de los modernos", en primer lugar, la libertad de creencia y de conciencia así como la protección de la vida, la libertad personal y la propiedad, es decir el núcleo del derecho privado subjetivo. El republicanismo, por el contrario, ha defendido la "libertad de los antiguos", es decir, aquellos derechos de participación y de comunicación política que posibilitan la autodeterminación de los ciudadanos".

<sup>18</sup> I. BERLIN, "Dos conceptos de libertad", en Id., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1988, pp. 187-243.

<sup>19</sup> B. CONSTANT, "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos", en id. *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

Este tipo de libertad es entendida como aquella que se obtiene por una actividad, y se contrapone con la libertad del individuo pasivo, que solamente ejercita su libertad como una oportunidad para afianzar sus derechos<sup>20</sup>. No obstante, el republicanismo no pretende obligar a la participación, no busca que los individuos actúen como ciudadanos virtuosos, pues entiende las consecuencias totalitarias que esto supone. Por ello confía en la capacidad de los hombres de ejercer sus virtudes en la arena pública<sup>21</sup>.

El individualismo liberal es criticado desde esta perspectiva por disminuir la capacidad del ciudadano e incrementar la apatía política del individuo. Las decisiones políticas surgidas en las democracias liberales carecerán de legitimidad, lo que supone al mismo tiempo un peligro desde el punto de vista de la protección de la libertad. De ahí que la libertad individual y la participación de los sujetos en las decisiones que les afecten tengan una importancia fundamental.

Sobre este carácter, el republicanismo define los compromisos que se tienen respecto a las instituciones y a la participación política con el objetivo de alcanzar soluciones a los problemas en los que se han visto inmersas las comunidades modernas, y sobre todo a la crisis por las que atraviesa el modelo de representación y el sistema político democrático en su conjunto. De esta forma, la ciudadanía se vería fortalecida a través de la mejora de la democracia, otorgando un papel fundamental a las características con las que fue teorizada en su origen moderno.

### 3. EL EJERCICIO DE LA CIUDADANÍA COMO FUNDAMENTO DE LA SOCIEDAD REPUBLICANA

El interés en la participación del ciudadano desde el republicanismo se deriva del déficit inmanente al liberalismo, que tiene que ver con la imposi-

---

<sup>20</sup> Ch. TAYLOR, "What's wrong with negative liberty", cit, pp. 177-178. "Un cierto grado de ejercicio y participación son necesarios para que un hombre pueda ser considerado como libre. Tener la posibilidad de ser libre requiere el previo ejercicio de la libertad". (La traducción es mía).

<sup>21</sup> S.GINER, "Las razones del republicanismo", *Claves de razón práctica*, núm. 81, 1998, p. 8. Aunque el republicanismo asume la mediocridad moral de muchos, asume también la capacidad de algunos de ellos para mostrar destellos de nobleza política, la inclinación de otros para actuar con cierto desprendimiento; la pasión de algunos por la causa pública. Sobre esto véase también: V. CAMPS; S. GINER, *El interés común*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

bilidad de modificar las instituciones surgidas de una teoría de la justicia cuyos fundamentos morales vienen dados de antemano, y que por ello está cerrada a cualquier tipo de modificación que las condiciones o contextos puedan merecer<sup>22</sup>. La diferencia entre los modelos de ciudadanía liberal y republicana tienen que ver por ello con la concepción que se tenga de los derechos y las libertades de los individuos.

Por una parte, y en términos de Habermas, el estatus de ciudadanía en el modelo liberal se determina fundamentalmente por sus derechos negativos. Por ello, como portadores de esos derechos, los ciudadanos gozan de la protección del gobierno siempre que persigan su interés privado dentro de los límites establecidos por la ley, lo que incluye la protección frente a la intervención gubernamental. El conjunto de tales derechos les otorga la posibilidad de hacer valer sus intereses privados por medio de elecciones, de la composición de los cuerpos parlamentarios y de la formación del gobierno.

Por otro lado, el estatus de ciudadano, según el modelo republicano, no se encuentra determinado por la fórmula de las libertades negativas, sino que los derechos políticos de participación y comunicación política se traducen en libertades positivas. Estos garantizan, no la libertad frente a presiones externas, sino la capacidad de participar en una práctica común, a través del ejercicio de aquello que convierte a los ciudadanos en autores políticamente autónomos de una comunidad de personas libres e iguales. "Así, la *raison d'être* del Estado no se encuentra en la protección de iguales derechos privados, sino en garantizar la formación de una opinión inclusiva, la for-

---

<sup>22</sup> J. HABERMAS, "Reconciliación mediante el uso público de la razón", en J. HABERMAS; J. RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político...*, cit., p. 67. La crítica a la teoría rawlsiana se centra precisamente en la imposibilidad de influir en una concepción de la justicia ya aceptada de antemano: "Desde el punto de vista de "Teoría de la Justicia" el acto de fundación del Estado de derecho democrático no puede ni precisa repetirse bajo las condiciones de una sociedad ya ordenada de modo justo, el proceso de realización de los derechos no puede ni precisa ser cuestionado a largo plazo. Los ciudadanos no pueden experimentar este proceso, tal como exigirían sin embargo las cambiantes condiciones históricas, como un proceso abierto e inconcluso. No pueden reiniciar la ignición del núcleo radical democrático de la posición original en la vida real de su sociedad, pues desde su perspectiva todos los discursos de legitimación *esenciales* han tenido lugar en el seno de la teoría; y los resultados de los debates teóricos se encuentran ya sedimentados en la Constitución. Puesto que los ciudadanos no pueden comprender la constitución en tanto que *proyecto*, el uso público de la razón no tiene propiamente el sentido de una ejercitación actual de la autonomía política, sino que solamente sirve al pacífico *mantenimiento de la estabilidad política*".

mación de la voluntad en la cual los ciudadanos libres e iguales alcanzan una comprensión acerca de qué objetivos y qué normas actúan en el interés común de todos”<sup>23</sup>.

A diferencia del ciudadano liberal, cuya actividad en la arena política es bastante débil, las virtudes cívicas que ostenta el individuo en el republicanismo confirman precisamente su calidad de ciudadano. Aunque exista una ciudadanía universal para todos los miembros de una comunidad política determinada, el ejercer dicha ciudadanía es un logro moral que depende de cada individuo<sup>24</sup>.

Contrariamente a la pertenencia o membresía a la que apela el comunitarismo, el ciudadano republicano no tiene una preconcepción del bien inmodificable, sino que puede cambiar sus propias preferencias participando en los temas de interés común<sup>25</sup>. La tradición y la costumbre no impedirán que la política vaya transformándose de conformidad a las razones que aporten los individuos en la arena pública.

Al conjuntar el ejercicio de la libertad negativa con la búsqueda de la libertad positiva, el ciudadano republicano se distingue de aquél que surge de otras corrientes de pensamiento. De ahí que el republicanismo enlace los aciertos tanto del liberalismo como del comunitarismo, y su concepción de ciudadanía supere en muchos sentidos la de aquellas tradiciones<sup>26</sup>.

Según se desprende de la concepción del ciudadano republicano, su participación en las decisiones públicas será parte importante del funcionamiento de la actividad política, dotándola de la legitimidad necesaria. Es decir, tal legitimidad no sólo se basa en unas elecciones periódicas, como en el modelo liberal, sino en un diálogo y una comunicación constante de los ciudadanos.

Esto permite pasar de una estructura en la que las decisiones se toman de acuerdo con las preferencias de cada uno, a un proceso en el que el diálogo va modificando las preferencias individuales orientándolas hacia deci-

---

<sup>23</sup> J. HABERMAS, “Derechos humanos y soberanía popular: las versiones liberal y republicana”, en VV.AA., *Nuevas ideas republicanas...*, cit., pp. 199-200.

<sup>24</sup> S. GINER, “Las razones del republicanismo...”, cit. p. 4. La educación y un marco social favorable ayudarán a la obtención de esa ciudadanía.

<sup>25</sup> J.G.A POCOOCK, *El momento maquiavélico: el pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 133-134.

<sup>26</sup> M. VIROLI, *Por amor a la patria*, Acento Editorial, Madrid, 1997, p. 34. Entre los mundos ideales de agentes morales racionales, observadores imparciales, y los portavoces ideales y el mundo real de pasiones exclusivas y estrechas, hay espacio para la política de la República.

siones que se toman de acuerdo a una comprensión mutua<sup>27</sup>. La participación supone así un proceso de autogobierno o autolegislación.

En contra de tesis liberales como las de Dworkin, para quien los derechos se constituyen como “triumfos” frente al poder político que deben priorizarse sobre otros reclamos de objetivo social<sup>28</sup>, desde el republicanismo surgen advertencias sobre lo negativo que resulta separar los derechos y los deberes de forma tan tajante. De ahí que la participación y la búsqueda y protección de esos mismos derechos vayan de la mano.

Uno de los valores que privilegia el republicanismo moderno, y que se relaciona con la participación y la protección de derechos es la deliberación política. Este proceso busca reducir el triunfo de los intereses individuales sobre los intereses comunes. La participación de la ciudadanía será parte fundamental para alcanzar esos objetivos, en una búsqueda constante de mejora de las instituciones<sup>29</sup>. En tal virtud, se comparten algunos de los rasgos del concepto de ciudadanía del liberalismo, pero se enriquece con elementos propios de esta doctrina.

En efecto, ciertos rasgos del ciudadano republicano son compartidos con el liberalismo mientras que otros son exclusivos de esta corriente de pensamiento. Los rasgos compartidos son, en primer lugar, que el ciudadano republicano también cuenta con una serie de iguales derechos, necesarios para realizar sus objetivos y propósitos privados, así como para desempeñar un cierto rol social<sup>30</sup>. En segundo lugar, se encuentran una serie de

<sup>27</sup> J. HABERMAS, “Derechos humanos y soberanía popular...”, *cit.*, pp. 200-201. “Si en la perspectiva liberal, el proceso político de opinión y formación de voluntad en la esfera pública y en el parlamento es determinado por la competencia de grupos que actúan estratégicamente para mantener o adquirir posiciones de poder, las decisiones de los votantes se asemejan a los actos de elección realizados por quienes participan en un mercado”. Mientras que en la perspectiva republicana “el paradigma no es el mercado, sino el diálogo. Esta concepción dialógica piensa la política como una discusión sobre cuestiones de valor, y no simplemente sobre cuestiones de preferencias”.

<sup>28</sup> R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 11.

<sup>29</sup> C. SUNSTEIN, “Más allá del resurgimiento republicano...”, *vit.*, pp. 160-163.

<sup>30</sup> D. MILLER, “Bounded citizenship”, en VV.AA, *Cosmopolitan citizenship*, Macmillan Press, Londres, 1999, p. 62. Algunos derechos, como la propiedad y la libertad de expresión, cuentan con un doble aspecto, así como permiten a los individuos perseguir sus propios planes de vida, también suponen precondiciones para el ejercicio de una ciudadanía activa. “Sin un cierto grado de independencia económica y sin el derecho de expresar su particular punto de vista de forma libre, uno no puede ser un efectivo participante en las deliberaciones públicas”. (La traducción es mía).

obligaciones como la de pagar impuestos, que guarda relación con la justicia social.

Los rasgos que pueden señalarse como exclusivos del ciudadano republicano son, primero, que aunque los derechos y las obligaciones se consideren importantes, se requiere llevar a cabo un papel activo con el fin de defender los derechos de otros miembros de la comunidad política y para promover los intereses comunes. En segundo y último lugar, que el ciudadano republicano mantiene un rol activo en las arenas formales e informales de la política. De esta forma, la participación política no se asume exclusivamente con el objetivo de verificar el comportamiento del gobierno con miras a la promoción de intereses personales o sectoriales, sino como una forma de expresar el compromiso de cada uno con la comunidad<sup>31</sup>.

Por ello los autores republicanos consideran que aunque no tenemos ninguna posibilidad de asumir el control del proceso político en las democracias modernas, comprometidas con las complejidades técnicas y el obsesivo secretismo de los gobiernos, existen muchas áreas de la vida pública con escasa fiscalización, donde un incremento de la participación política bien podría servir para mejorar el control sobre nuestros representantes. De tal forma, la advertencia que surge del pensamiento republicano es que: "a menos que pongamos nuestros deberes por delante de nuestros derechos, debemos esperar un cercenamiento de estos últimos"<sup>32</sup>.

Así las cosas, esta doctrina basa la participación de los individuos en el fomento de sus virtudes cívicas y en su patriotismo. Los ciudadanos habrán de demostrar su pertenencia a la comunidad política mediante su lealtad a las instituciones republicanas. Aunque esto pueda parecer positivo en un primer momento, no debe pasar desapercibido el hecho de que una relación tan estrecha entre ciudadano y comunidad podría acabar por excluir a aquellos que no forman parte del cuerpo social y ahogar, además, las demandas de autonomía privada que satisfacen los derechos civiles<sup>33</sup>. La república establece así unos límites claros, y reduce, finalmente, la capacidad inclusiva de su concepto de ciudadanía.

<sup>31</sup> *Íbidem.* pp. 62-63.

<sup>32</sup> Q. SKINNER, "Las paradojas de la libertad política...", *cit.*, pp. 112-114.

<sup>33</sup> Y. TAMIR, "Pro patria mori!", en VV.AA, *La moral del Nacionalismo. Vol. II. Autodeterminación, intervención internacional y tolerancia entre las naciones*, Gedisa, Barcelona, pp. 61-80. La relación entre la exigencia de actitudes patrióticas en el nacionalismo y el republicanismo es señalada en este trabajo.

Es verdad, como he señalado en un inicio, que puede defenderse un tipo de republicanismo débil compatible con los principios del liberalismo. No obstante, creo necesario presentar las características puras de esta tradición y del resto de concepciones filosóficas. En el capítulo cuarto retomo algunos de los postulados del republicanismo débil y del patriotismo constitucional, que pueden ayudar a defender una forma de ciudadanía acorde con el contexto que impone la globalización.

#### 4. LOS LÍMITES DE LA REPÚBLICA

El pensamiento republicano contemporáneo no se ha podido desligar del todo de la tradición clásica del republicanismo<sup>34</sup>, según la cual las virtudes cívicas exigidas a los individuos suponen en sí mismo una cierta dosis de patriotismo, enmarcando así el espacio de participación a los límites del Estado. La repercusión sobre el carácter particular de la ciudadanía será por lo tanto parte de esa misma exigencia de patriotismo.

Algunos de los planteamientos clásicos del republicanismo demuestran este constante apego al ámbito nacional. Así, en sus "Consideraciones sobre el gobierno de Polonia", Rousseau advierte sobre la importancia que tiene el amor a la patria en la formación de ciudadanos capaces de trabajar por su país. Según su punto de vista esto distinguiría a los polacos del resto de sus vecinos, pues: "Se diga lo que se diga no quedan ya hoy franceses, alemanes, españoles, ni tampoco ingleses: no hay más que europeos. Todos tienen los mismos gustos, las mismas pasiones, las mismas costumbres, porque ninguno ha recibido, mediante instituciones propias, una formación nacional[...]"<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Ángel RIVERO se refiere a este nuevo enfoque como "una exhumación de temas republicanos para formar una nueva ideología", en "Republicanism and neo-republicanism", *Isegoría*, núm. 33, 2005, pp. 5-18.

<sup>35</sup> J.J. ROUSSEAU, *Consideraciones sobre el gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 60-62. Por ello considera de suma importancia distinguirse del resto de europeos: "Dad otra inclinación a las pasiones de los polacos y daréis a sus almas una fisonomía nacional que les distinguirá de los demás pueblos, que les impedirá fundirse, entenderse, aliarse con ellos, un vigor que reemplazará el juego abusivo de los vanos preceptos, que les motivará a hacer con gusto y con pasión lo que nunca se hace bien del todo cuando sólo se hace por deber o por interés[...]. Amando la patria la servirán con celo y de todo corazón".

Con el fin de distinguir a los polacos de sus demás vecinos Rousseau sugiere la enseñanza del patriotismo desde temprana edad, en la que todos los conocimientos del ciudadano girarían alrededor de la historia de la patria: "Todo auténtico republicano ha mamado con la leche de su madre el amor a la patria, es decir: de las leyes y de la libertad. Este amor constituye su entera existencia; no ve más que la patria, no vive más que para ella[...]. Un francés, un inglés, un español, un italiano, un ruso, son más o menos el mismo hombre; que deja el colegio enteramente listo para la vida licenciosa, es decir, para la servidumbre. A los veinte años un polaco no debe ser otro hombre; debe ser un polaco"<sup>36</sup>.

No es extraño que el autor reconozca que tales propuestas podrían practicarse solamente si Polonia accedía a emprender una reducción de sus límites territoriales: "vuestras vastas provincias jamás comportarán la severa administración de las pequeñas repúblicas"<sup>37</sup>. En todo caso, lo que se deriva de lo anterior no es tanto la importancia otorgada a las fronteras geográficas, sino a la distinción que habrían de encontrar los mismos ciudadanos respecto a los miembros de otros Estados mediante el elogio de la patria.

Hoy, si bien es cierto que los teóricos del republicanismo moderno no otorgan una importancia tan clara a inculcar el patriotismo en los ciudadanos, ni a la prestancia de los individuos a defender su patria<sup>38</sup>, sí persiste

---

<sup>36</sup> *Íbidem.* pp. 68-69. Esto supondría una educación que en su mayor parte esté enfocada al estudio de la historia, los valores y los personajes nacionales: "Quiero que, aprendiendo a leer, lea las cosas de su país; que a los diez años conozca todos sus productos; a los doce, todas las provincias, todas las carreteras, todas las ciudades; que a los quince conozca toda su historia, a los dieciséis todas las leyes; que no haya recibido en toda Polonia una bella acción ni hombre ilustre alguno que no le llenen la memoria y en el corazón, y de los que no puede dar cuenta al instante".

<sup>37</sup> *Íbidem.* pp. 73-75. Rousseau escribe sobre la necesidad de unos límites geográficos reducidos también en *El Contrato social*, donde asegura que un territorio pequeño es un requisito para asegurar la posibilidad de los regímenes democráticos. Algunos autores han matizado el interés de Rousseau en el patriotismo mediante el ejemplo de rasgos cosmopolitas en otras de sus obras. Sobre esto véase: M.J. VILLAVERDE. "Hombre o ciudadano. El dilema de Rousseau", *Cuadernos de Alzate*, núm. 24, 2001, pp. 79-95.

<sup>38</sup> J. HABERMAS, "The european nation state. Its achievements and its limitations. On the past and future of sovereignty and citizenship", *Ratio juris*, vol. 9, núm. 2, 1996, pp. 129-131. La voluntad para luchar y morir por el propio país expresaban a un mismo tiempo la identificación nacional y la virtud republicana.

una idea en donde se favorece lo nacional sobre lo no nacional<sup>39</sup> y en donde la pertenencia y la responsabilidad frente a la comunidad podría favorecer la separación y la exclusión<sup>40</sup>. Desde un cierto punto de vista, esto supone que el patriotismo no tiene sus raíces en una práctica liberal, pero ha sido recogido como uno de los valores del republicanismo<sup>41</sup>.

De acuerdo con este planteamiento, desde el republicanismo se concede la calidad de ciudadano "a cualquiera que more en una comunidad política, lo que le obliga a participar en ella. En el republicanismo no caben *metecos*. Se hace necesaria una *vita activa* pública mínima para la ciudadanía"<sup>42</sup>. Esto supone asumir un tipo de religión cívica o un patriotismo débil que tome como centro y objetivo de atención una sociedad determinada.

Como señala Helena Bejar, ese republicanismo clásico entraña así una batería sentimental radical, y si el patriotismo es una pasión excluyente y absorbente deja fuera a los extranjeros porque no contribuyen a crear leyes ni a mantener las costumbres de la libertad. "La identificación entre pertenencia y autonomía produce un cierre particularista incuestionable que el actual *aggiornamento* del republicanismo pretende disimular"<sup>43</sup>.

Es aquí donde el republicanismo se encuentra ante un dilema de difícil solución. No es fácil hablar a un mismo tiempo de patriotismo y sus correspondientes tesis particularistas y pretender incluir dentro de sus planteamientos una visión que abarque a más de una comunidad específi-

---

<sup>39</sup> W. HANASZ, "Toward a global republican citizenship?", en VV.AA., *Justice and global politics*, Cambridge University Press, 2006, pp. 283. Esto se hace patente en el concepto de ciudadano que se desprende de la tradición republicana, basada en antiguas ideas de virtud, *res publica* y *civitas*. De acuerdo con tales conceptos clásicos, la vida buena sólo es posible en una comunidad compartida, la *res publica*, donde los individuos viven juntos, libres de la agresión externa y de la tiranía interna.

<sup>40</sup> R. GARGARELLA, *Las teorías de la Justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 165. En particular en la nota 8.

<sup>41</sup> M. CANOVAN, *Nationhood and political theory*, Edward Elgar Publishing Limited, Massachusetts, 1996, p. 92. "Desde que ha existido, el patriotismo ha sido una práctica más contraria al liberalismo de lo que los republicanos están dispuestos a aceptar. Un armonioso espíritu público dentro del Estado era inseparable de una hostilidad hacia los extranjeros". (La traducción es mía).

<sup>42</sup> S. GINER, "La estructura social de la libertad republicana", en VV.AA., *Retos pendientes en ética y política*, Trotta, Madrid, 2002, p. 69.

<sup>43</sup> H. BÉJAR, "El corazón de la república", *Claves de razón práctica*, núm. 91, 1999, p. 39.

ca. De acuerdo con esto, la misma fuerza del lenguaje del patriotismo genera una mayor atracción que aquéllas que pretenden una identificación de los individuos con comunidades de las que no sienten que forman parte<sup>44</sup>.

Los planteamientos que apelan a principios y valores comunes universales, considera Viroli, pueden ser argumentos poderosos, pero se refieren a ideas que parecen demasiado generales y distantes. "El lenguaje del patriotismo republicano es posiblemente el antídoto adecuado porque es tan particularista como los lenguajes del nacionalismo y el patriotismo, pero es particularista en el sentido que hace de la república algo particular; no se mete en el campo de las lealtades particulares sobre el que florece el nacionalismo, pero trabaja sobre él para que crezca la ciudadanía"<sup>45</sup>.

Sobre esto puedo decir que si bien es cierto que existen diferencias sustanciales entre el patriotismo y el nacionalismo, también lo es que el patriotismo funciona como un mecanismo particularista, y esto a pesar de la "definición persuasiva" que le otorga Viroli<sup>46</sup>. Por ello no resulta ser un medio de emancipación del individuo en un contexto en el que las identidades parecen mucho más complejas que aquellas relacionadas con un sólo lugar y una sólo patria<sup>47</sup>.

Mediante la identificación constante entre los ciudadanos de la República se terminan por reconocer obligaciones especiales frente a estos ciudadanos, pero se dejan en un segundo término otro tipo de obligaciones<sup>48</sup>. Es así como los derechos y las obligaciones que caracterizan a la

<sup>44</sup> D. MILLER, "Bounded citizenship", en VV.AA. *Cosmopolitan citizenship*, Macmillan Press, Londres, 1999, pp. 62-63.

<sup>45</sup> M. VIROLI, *Por amor a la patria*, Acento Editorial, Madrid, 1997, pp. 30-32.

<sup>46</sup> Véase: J. MUGUERZA. "El puesto del hombre en la cosmópolis", en J. MUGUERZA(et. al.). *Universalismo y multiculturalismo*, Eudeba, Buenos Aires, 2000, p. 150.

<sup>47</sup> R. CHUNG, "The cosmopolitan scope of republican citizenship", *Critical review of international social and political philosophy*, vol. 6, núm. 1, 2003, pp. 138-139. "Resulta prematuro señalar que la evolución que ha sufrido la ciudadanía, de la ciudad al Estado-nación, es la última etapa de su desarrollo. Esto se agudiza en el contexto de la globalización, donde la tradicional ecuación entre la identidad cultural y la soberanía política está cada vez menos articulada, y en donde el Estado forma parte de una gran constelación de centros de poder y de decisión". (La traducción es mía).

<sup>48</sup> A. MASON, "Special obligations to compatriots", *Ethics*, vol. 107, núm. 3, 1997, pp. 428-429.

ciudadanía son consideradas sólo dentro del margen de la República<sup>49</sup>. De ahí que al escoger su propia identidad, el ciudadano que promueve el republicanismo reconoce a aquéllos que forman parte de la comunidad y a aquéllos que no lo son<sup>50</sup>, lo que no deja de generar problemas en el contexto actual.

En efecto, el problema no radicaría en compartir ciertos vínculos con un determinado colectivo, sino que por tal razón se dejen de lado las identificaciones que se producen más allá de los límites de las sociedades o Repúblicas de las que se trate. Si como consecuencia de la globalización estas identificaciones son cada vez más fuertes, se hace necesario superar la apelación al patriotismo como elemento básico de la participación ciudadana, pues esta participación parece requerir una atención también en el ámbito internacional. Defender un republicanismo apegado a sus ideas clásicas impone, no obstante, un límite al reconocimiento de la ciudadanía fuera del ámbito nacional<sup>51</sup>.

Por ello, es necesario apelar a la tradición del cosmopolitismo clásico, aquél que defiende la posibilidad de ser ciudadano fuera de los límites del Estado, pero renovar sus propuestas al fin de adecuarlas a nuestra realidad actual.

En el contexto de la globalización, creo que ese nuevo tipo de ciudadanía puede recibir el nombre de ciudadanía multilateral, aquella que defiende las distintas identidades que los individuos pueden tener en el seno del Estado, pero también aquellas que surgen del intercambio cultural, de la intensa comunicación entre individuos localizados en distintas partes del mundo, de las redes sociales que Internet ha hecho posible, y que demues-

---

<sup>49</sup> S. GINER. "La estructura social de la libertad republicana...", *cit.*, p. 22. "La única democracia posible es la que consiste en un ámbito relativamente homogéneo de comunicación para seres que se reconocen heterogéneos y que se recrean en sus diferencias mutuas".

<sup>50</sup> A. OLDFIELD, *Citizenship and community. Civic republicanism and the modern World*, Routledge, Londres, 1998, p. 8. Este es el pensamiento que yace en el corazón del republicanismo cívico.

<sup>51</sup> S. GINER, "La estructura social de la libertad republicana...", *cit.*, p. 7. Reconociendo la gran importancia que para el republicanismo tiene la idea de comunidad política y los cambios que en ese sentido se han desarrollado en los últimos años el autor señala: "Estado, sociedad civil y nación son los tres ámbitos interpenetrados en que se mueven las gentes en toda democracia moderna. Su posible erosión por las fuerzas de la historia más reciente deben inspirar la reformulación de la teoría democrática".

tran que la participación ciudadana puede llevarse a cabo más allá de las fronteras nacionales.

RODRIGO SANTIAGO JUÁREZ  
*Asesor de la Magistrada Presidente de la Sala Regional del Tribunal  
Electoral del Poder Judicial de la Federación.  
Rafael Sánchez Altamirano No. 15, esq. Cuauhtémoc  
Fracc. Valle Rubí. Col Jardines de las Ánimas.  
Xalapa de Enriquez, C.P. 91190.  
MÉXICO  
e-mail: ro\_santiago@yahoo.com*

# RECENSIONES



**Asunción OLIVA PORTOLÉS; *La pregunta por el sujeto en la teoría feminista. El debate filosófico actual*, (prol.) Celia Amorós, Instituto de Investigaciones Feministas UCM, Editorial Complutense, Madrid, 2009, 486 pp.**

ALBERTO IGLESIAS GARZÓN  
*Universidad Carlos III de Madrid*

**Palabras clave:** feminismo, proceso de generalización, especificación derechos, standpoint theory  
**Keywords:** feminism, generalizing process, rights specification, standpoint theory.

La pregunta por el sujeto ha sido objeto tardío de las preocupaciones feministas. Aunque este tipo de estudio aporte un punto de vista sumamente relevante a la cuestión, el feminismo no ha se ha servido principalmente de él para fundamentar sus pretensiones<sup>1</sup>. A pesar de ello, han sido los estudios críticos los que afianzaron las paradojas, declaradas con anterioridad allá por los años 1970, en torno al sujeto “conocedor” y racional que propició el desarrollo de las bases en las que se asentaron los postulados de la modernidad. Cabe señalar que las teorías feministas han retomado estas paradojas, sirviéndose de ellas a modo de brechas por las que desmontar las consecuencias de un discurso filosófico y jurídico que ha desembocado en la for-

<sup>1</sup> N. FRASER, y L. NICHOLSON, “Social criticism without philosophy: An encounter between Feminism and Postmodernism”, en L. NICHOLSON(ed.), *Feminism/postmodernism*, Routledge, New-York and London, 1990, pp.19-38. En este capítulo, citado por la autora, se ponen de manifiesto los distintos orígenes del feminismo y de la postmodernidad y el cómo de su encuentro en la filosofía. Vid, asimismo, F. CUSSET, *French Theory. Foucault, Derrida, Deleuze & Cie et les mutations de la vie intellectuel aux États-Unis*, La découverte, Paris, 2003. En esta obra explicita cómo desde la filosofía de estos autores se preparan las bases para los *gender studies*, entre otras influencias. Sobre la simbiótica relación entre feminismo y postmodernismo, vid., S. SULEIMAN, *Subversive intent. Gender, politics and the avant garde*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, 1990.

mación de una cultura en la que, denuncian, la mujer no ha tenido cabida. El presente libro pone de manifiesto las aproximaciones realizadas desde el feminismo a la filosofía sistematizando así las propuestas que recortan su distanciamiento inicial. No está de más apuntar, a su vez, que al elevar las pretensiones feministas al campo de la filosofía se transforma en una crítica que no deja sin mella al Derecho, en tanto pretende una revisión de la construcción de la filosofía moderna afectando, así, a sus mismas bases, como se verá<sup>2</sup>.

La autora comienza analizando las doctrinas de algunos autores inicialmente no relacionados con las corrientes feministas como los clásicos Lyotard, Foucault o Lévi-Strauss. Tras situar el problema del sujeto abunda en los pormenores que ofrece la perspectiva feminista sirviéndose del aval de las teorías de los grandes nombres del feminismo actual como son Benhabib, Haraway, Fraser y Butler, entre tantísimas otros que componen la enorme lista que recoge el pensamiento feminista contemporáneo.

La principal virtud del presente libro es haber encontrado una línea que ha permitido seleccionar unos cuantos nombres de dicha lista. A lo largo de sus páginas no sólo da cuenta de la postura de todos estos autores sino que permite seguir el desarrollo de la cuestión de la subjetividad moderna desde los inicios de su rechazo hasta los planteamientos postmodernos actuales. Tal desarrollo esconde algunas cuestiones que afectan desde la raíz al planteamiento de las corrientes feministas y que podrían articularse en torno a la gran línea de análisis: la evaluación de las posibilidades de una verdadera autonomía de la mujer (*agency*). La complejidad de tal análisis se ve afirmada tanto por el sinnúmero de publicaciones de múltiples disciplinas que se incorporan semanalmente en las bases de datos como por la indefinición que aparecen entre las propias filas de los pensadores feministas inevitablemente situados en un contexto postmoderno. A pesar de ello, el libro sigue con claridad una línea de análisis que le permite a la autora sortear la complejidad de los temas y autores que trata. Posicionándose en un punto de vista privilegiado con respecto de estos, el resultado es una evaluación doctrinal de la definición del sujeto trasladada a la perspectiva feminista. Perspectiva que sitúa a los estudios feministas ante su denominador común: el saber que el sujeto

<sup>2</sup> En general la crítica del sujeto es una variante epistemológica que, como argumenta S. HARDING, "Feminism, Science and the Anti-Enlightenment critiques", en L. NICHOLSON(ed.), *Feminism/postmodernism*, op. cit, pp.83-106, no deja de ser una estrategia de justificación, p.87.

que acapara la reflexión epistemológica, filosófica y, a la larga, jurídica es un sujeto *situado*, lejos del sujeto *abstracto* sobre el que se han construido los grandes mitos de la modernidad y que ha invadido el terreno de lo “universal”<sup>3</sup>.

Como se intuye, el feminismo no parece plantear únicamente una incorporación de mejoras a lo ya existente sino aportar una nueva luz sobre la raíz de la cultura moderna que permita establecer esas reformas por “derecho propio”.

Para las disciplinas jurídicas este libro resulta aclaratorio no sólo por la amplitud de miras y la profundidad de sus exigencias, sino por proponerle al lector una duda, o mejor, una sospecha que conduce directamente al gran planteamiento que ocupa el discurso feminista postmoderno, es decir, el de la generalidad o la universalidad de los derechos humanos frente al de su especificación o concreción<sup>4</sup>.

Sin duda la universalidad de los derechos ha sido el gran baluarte que se ha empleado como elemento constitutivo de los derechos humanos<sup>5</sup>. Es Norberto Bobbio quien, en el ámbito de la filosofía del Derecho, ha reconocido abiertamente que también cabe reflexionar en torno a una cierta especificidad de los derechos, siempre en aras de alcanzar la necesaria igualdad (también principio universal), pero en general se mantiene su fundamentación sobre todo a partir del llamado *proceso de generalización*<sup>6</sup>. Con él se pretende incorporar en la reflexión sobre derechos fundamentales a todas las personas, sin excepción. De acuerdo con la postura feminista, sin embargo, la incorporación se produce en un sistema andrógino creado por y para hombres que no resulta suficiente para proteger los intereses de la mujer y que, de hecho, es generador de continua violencia<sup>7</sup>. Esto arroja algunas pre-

<sup>3</sup> Como revela, M. Le DOEUFF, *Le sexe du savoir*, Champs-Flammarion, Paris, 1998, la práctica discursiva le ha ganado la batalla a la intuitiva como paradigma del conocimiento.

<sup>4</sup> N. BOBBIO, “Derechos del hombre y filosofía de la historia”, *Anuario de derechos humanos*, núm. 5, Instituto de derechos humanos-Facultad Complutense, 1988-99, pp.27-39.

<sup>5</sup> Para un debate sobre el universalismo de los derechos al que se le ha incorporado la especificidad de los mismos, vid., C. VELARDE, *Universalismo de derechos humanos. Análisis a la luz del debate anglosajón*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

<sup>6</sup> G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, el desarrollo de las dos visiones anteriores se puede reducir a lo planteado por este autor a través de los grandes procesos o líneas de evolución de los derechos fundamentales.

<sup>7</sup> Violencia que se manifiesta incluso de forma inconsciente por la sociedad y, sobre todo en nuestros días, también en el mercado, vid., G. LIPOVETSKY, *La troisième femme. Permanence et Révolution du féminin*, Gallimard, Paris, 1997.

guntas encima de la mesa acerca de si realmente los derechos fundamentales son o no son susceptibles de proteger a mujeres o, en general, a quien no sea un hombre blanco, rico y occidental. Cabe plantearse, asimismo, si la mera especificación de los derechos será suficiente para alcanzar esa protección, si es preciso en el fondo crear un sistema de derechos fundamentales *ex novo* y qué tipo de características debería recoger para ser realmente universal. Imposible tratar de responder desde estas páginas a tales preguntas por más que se realice posteriormente algún comentario. Más bien pretendo dar cuenta de lo que supone el mero hecho de plantearse tales preguntas.

Para ello es necesario exponer las dudas o sospechas sobre las que la autora hace reposar su recelo. Éste recae precisamente en el hecho de que se haya declarado tan abiertamente la defunción del sujeto moderno justo en el momento en el que el feminismo igualitarista estaba comenzando a dar sus frutos. Como consecuencia más inmediata se obtiene, comenta la autora, el encontrar a la mujer un paso por detrás del hombre en la relación de poder. Ello se explica ante las dudas que genera el hallarnos ante nuevos paradigmas epistemológicos en las ciencias sociales ya que, sin haber cerrado el debate, no es posible afianzar una nueva base sobre la que construir una visión femenina, una razón o juicio específicamente femeninos del mundo social. ¿Qué se pretende, entonces, por parte del feminismo? ¿La construcción de un nuevo sistema universalista? ¿La reforma e inclusión de derechos específicamente femeninos en la cultura de los derechos fundamentales? Mientras se toma la decisión, el feminismo sigue situado en los términos de este debate que, por el momento, es insuficiente para salvaguardar a la mujer del contexto de violencia sistémica en el que se encuentra.

Con estas observaciones la autora hace gala de una forma esencialmente femenina de observar los fenómenos sociales. En lugar de atender al esencial debate abstracto, se queda en lo "superficial" como argumentaría peyorativamente Nietzsche. En términos más positivos, recuerda al anuncio que en su momento hizo Gilligan acerca de la posibilidad de entender las relaciones sociales desde otra perspectiva<sup>8</sup>, desde una perspectiva de la responsabilidad, del cuidado, desde lo femenino, desde la perspectiva que tiene

<sup>8</sup> Vid., C. GILLIGAN, *In a different voice. Psychological Theory and women's Development*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, 1998, aunque el original es de 1982. En esta obra deja bien claro que el desarrollo personal es más valioso que el auto-sacrificio, p.129. Respecto a la negación del autosacrificio como forma de desarrollo femenino, vid., P. SASTRE, *Ex utero. Pour en finir avec le féminisme*, La Musardine, Paris, 2009.

una mujer escribiendo sobre feminismo, incluso desde el ámbito de lo *privado*. En todo caso, e independientemente de sus consecuencias, queda patente que hay un punto de análisis que deben realizar las mujeres en tanto que sujeto capaz de reflexión. Frente a este *impass*, la misma autora traza algunas líneas acerca de cómo se proponen solucionarlo las diferentes aportaciones que van desde la reasignación del lugar del sujeto a la lucha por la manutención de la *agency* o capacidad de obrar independientemente de la declaración de defunción del sujeto moderno<sup>9</sup>.

Independientemente de lo anterior y de las dificultades que el feminismo atraviesa para constituirse en sí mismo como una filosofía (necesariamente) vinculada pero no arrastrada por la visión androcéntrica del mundo, aparece al trasluz la distinción entre generalidad y especificidad, como se apuntó antes. A pesar de que no se trata de una discusión cerrada ni de elementos antagónicos, ambos procesos de desarrollo de los derechos fundamentales pretenden ofrecer las máximas garantías al individuo para el desarrollo de su libertad o, como reza la declaración de independencia americana, la búsqueda de su felicidad personal. El proceso de generalización implica, en términos generales, una apertura *a priori* y de partida de la protección de los derechos fundamentales a todas las personas en tanto que individuos. La universalidad nutre el proceso de generalización de forma directa y el de especificación de forma indirecta. Este último se abre a todos aquellos sujetos, colectivos, que por estar "situados" no gozan de las bondades de la protección jurídica que ofrecen de forma inmediata los derechos fundamentales. La cuestión se evidencia en el ámbito en el que se han desarrollado tradicionalmente los derechos fundamentales: el ámbito público, en la relación entre individuo y poder. Comparativamente, poco se ha dicho acerca de los derechos fundamentales en el ámbito privado, ámbito en el que figurativamente se ha incrustado el desarrollo de la vida

<sup>9</sup> Aparece al trasluz la cuestión acerca del escepticismo y sus consecuencias más inmediatas, en este caso, la de catalogar a los feminismos como posturas relativistas. Vid., N. FRASER, y L. NICHOLSON, "Social criticism without philosophy: An encounter between Feminism and Postmodernism", en L. NICHOLSON(ed.), *Feminism/postmodernism*, op. cit, p.34, donde rechaza que el feminismo sea universalista. Sobre el empleo del escepticismo epistemológico como estrategia política a lo largo de la historia se pueden consultar los diferentes volúmenes de Popkin sobre la historia del escepticismo. La *agency* parte de esta crítica tratando, en cierta forma, de evitarla. Para ello pretende no entrar en el pregunta por el sujeto. Vid., J. BUTLER, *Gender trouble*, Routledge, New-York and London, 2006. La primera edición es, sin embargo, del año 1990.

de la mujer<sup>10</sup>. Otra cuestión, ya alejada de planteamientos puramente ideales-jurídicos, es si el hecho de que más de la mitad de la población mundial esté materialmente excluida aunque formalmente reconocida en el sistema de protección de los derechos fundamentales permite seguir calificando a estos como derechos universales. En todo caso, sin pretender alejarme del tema aquí debatido, cosa que resulta fácil a juzgar por el óptimo punto de crítica que propone la teoría feminista no ya al Derecho sino a las fuentes mismas de la que éste bebe, cabe señalar las dos grandes corrientes feministas a las que se puede reconducir el debate.

En los libros de historia del pensamiento feminista se señalan dos corrientes predominantes en el siglo XX<sup>11</sup>. La una denominada “feminismo igualitarista” y la otra “feminismo de la diferencia” que los americanos han decidido denominar feminismo francés a raíz de la influencia de la *french theory* en los Estados Unidos e independientemente de la opinión que las autoras que ellos citan tienen sobre el feminismo<sup>12</sup>.

Por establecer las líneas generales del planteamiento, cabe asimilar el feminismo de la igualdad o igualitarista con la creencia en el potencial beneficio que se obtendría llevando a cabo en su totalidad el proceso de “generalización” es decir, sin proceder a romper el llamado “consenso” sobre las bases mismas de los derechos fundamentales. Por otro lado e incluyendo *grosso modo* las múltiples figuras del feminismo de la diferencia, aunque cabe caer en la tentación de relacionar este proceso con el de “especificación” no está tan claro que este paso sea automático. La razón es que, además de que los diversos modelos de feminismo son complejos, el proceso de especificación pretende articular instrumentos que garanticen la protección de las personas que se encuentren en una situación de inferioridad por razones culturales o sociales pero los ataques del feminismo de la diferencia al sujeto abstracto y racional, propio del hombre moderno que observa el mundo y pretende controlarlo, hacen dudar acerca de la pretensión del feminismo

<sup>10</sup> Cabe relacionar esto con la visión literaria de F. MERNISSI, *Le harem politique. Le prophète et les femmes*, Albin Michel, Paris, 1987, sobre el harem como un lugar de encierro no sólo físico.

<sup>11</sup> C. AMORÓS, Y A. DE MIGUEL (eds.), *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización. Del feminismo liberal a la postmodernidad*, Minerva, Madrid, 2005 o E. BELTRÁN, V. MAQUIEIRA, S. ÁLVAREZ, C. SÁNCHEZ(eds.), *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Alianza, Madrid, 2001.

<sup>12</sup> Vid., Ch. DELPHY, *L'ennemi principal. 2. Penser le genre*, Syllepse, Paris, 2009, pp. 315 y ss. Aunque está publicado en otro lugar, aquí aparecen agrupados muchos de sus textos, por ello mantengo las citas de acuerdo con este libro.

por querer integrarse en este sistema. Por supuesto que cabe entenderlo integrado en un proceso de especificación, como reconoce el mismo N. Bobbio<sup>13</sup>, pero la línea que marca la integración de la separación total es difusa. Es decir, entre especificación de los derechos y rechazo total de los mismos hay un amplio abanico. Al fin y al cabo, la especificación apunta a una ruptura del consenso en la raíz de los derechos fundamentales.

Otra forma, tal vez más sencilla de plantear el debate es respondiendo a la pregunta acerca de si las mujeres necesitan un elenco propio de derechos o bastaría con hacer más "femeninos" los ya existentes. Lo primero significaría crear una especie de código de derechos de las mujeres. Sin embargo, esta posibilidad ha sido atacada desde las propias filas feministas por ser el primer paso hacia el alejamiento de la mujer a los derechos universales que le son inherentes, especialmente si, como se ha denunciado, estos se articulan en torno a las nociones de madre o esposa<sup>14</sup>. La segunda de las opciones, la de feminizar lo jurídico, da pie a la propuesta de superación de la desigualdad basándose en la incorporación de la ética del cuidado o del *standpoint theory* al discurso de los derechos fundamentales<sup>15</sup>.

Frente a esto algunos defensores del feminismo liberal afirman que no todos los problemas de las mujeres son idénticos y que la discriminación proviene de distintos casos que de ninguna forma suponen una experiencia común a todas las mujeres. Por ello, dicen, cabría establecer un feminismo de corte jurisprudencial<sup>16</sup>. Sin embargo, la propuesta ofrecida por la ética del cuidado va algo más allá, en el sentido de que pretende remozar los planteamientos éticos sobre los que se basa el discurso de los derechos. De nuevo

<sup>13</sup> Vid., N. BOBBIO, "Derechos del hombre y filosofía de la historia", op. cit., p. 37.

<sup>14</sup> Vid., Ch. DELPHY, *L'ennemi principal*, op. cit., pp. cit., pp.93 y ss. En lo referente a la crítica de arriba, la basa en la renuncia que ello supondría a la universalidad de los derechos. Dirá, "Si l'on ne parvient pas à se contenter de tels sophismes, alors c'est avec inquiétude que l'on regarde le mouvement féministe se transformer en combat pour la propriété des enfans. Et il me semble que beaucoup - beaucoup trop - de signes indiquent que l'on est en train de prendre cette voie", p.112.

<sup>15</sup> Sobre el *standpoint theory*, vid., HARDING (dir.); *The feminist standpoint theory reader*, New York, Routledge, 2003. En un sentido similar, vid., L. CODE, *What can she know? Feminist Theory and the Construction of Knowledge*, Cornell University Press, Ithaca & London, 1991. O, directamente, tratar de la justicia distributiva como hace I.M. YOUNG, *Justice and the politics of Difference*, Princetown, Princetown university press, 1990.

<sup>16</sup> En el que caso a caso se equiparase la posición de la mujer a la del hombre. Como se intuye la propuesta es norteamericana, vid., K. ABRAMS, "The constitution of women", *Alabama Law Review*, núm. 48, 1997, pp.861-884.

aparece aquí la cuestión del sujeto, centrada en el meollo de las disquisiciones que desde distintas disciplinas tratan de resolver una cuestión tan compleja y de la que da tan buena cuenta la autora en la parte dedicada a las "Reconstrucciones feministas de la subjetividad en el marco de la ilustración". En ella ya advierte acerca de los perjuicios que para las mujeres supuso la exclusión del sujeto conocedor lo que ha conducido inevitablemente a su exclusión de lo universal, de lo neutral.

Ahora bien, la sospecha antes mencionada de las feministas, que aquí presenta la autora, desvela lo que es para mí una crítica de fondo que podría enunciarse así: resulta sumamente paradójico que el debate en torno a la filosofía del feminismo actual se desenvuelva bajo los auspicios de lo que tradicionalmente han considerado un discurso creado por y para hombres. Es decir, ¿cuál es la relevancia de articular un discurso sobre la razón femenina si la estructura sobre la que se posa es precisamente la que ha generado los problemas culturales y de género que se denuncian? Redefinir lo neutro, lo universal, lo genéricamente humano, ¿implica de verdad la necesidad de entrar en la estructura de pensamiento masculina? ¿Es preciso autodesignarse de la misma forma que los hombres lo han hecho consigo mismos? En términos contrarios, ¿cabría, en definitiva, incluir a la mujer como parte de lo universalmente neutro de alguna otra forma? O, por plantearlo de otra forma, ¿Debe el feminismo entrar en el debate filosófico postmoderno aun a sabiendas de las consecuencias que ello tiene para la inmovilidad de sus planteamientos?

Con estas preguntas, de paso, se pone de manifiesto la enorme complejidad del análisis que ha llevado a cabo la autora y que es fruto de su tesis doctoral, de profunda y lenta revisión antes de su publicación. Con ella da cuenta de la multitud de respuestas que, desde una perspectiva feminista, se han expuesto en relación con el fenómeno de la pregunta por el sujeto y que aun parecen lejos de poder resolverse.

ALBERTO IGLESIAS GARZÓN  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
*e-mail:alberto.iglesias@uc3m.es*

Mario RUIZ SANZ, *La construcción coherente del Derecho*, Dykinson,  
Madrid, 2009, 329 pp.

ALFONSO GARCÍA FIGUEROA  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

**Palabras clave:** Derecho, coherencia, argumentación  
**Keywords:** Law, coherence, argumentation

Que la coherencia plena sea una propiedad de los ordenamientos jurídicos parece en principio algo difícil de asumir. Ni siquiera las teorías formalistas más extremas (las que han tratado de ofrecer un modelo axiomatizado de los sistemas normativos para aplicarlos al Derecho) han podido sostenerlo. En más de un pasaje de *Normative Systems*, Alchourrón y Bulygin reconocen, por acudir a nombres bien conocidos de la jusfilosofía en lengua castellana, que sería caer en una inadmisibles ilusión racionalista pretender que los sistemas jurídicos carecen de antinomias. Sin embargo, nadie medianamente razonable puede, por otra parte, negar rotundamente alguna relevancia a la coherencia en el Derecho. Si renunciáramos totalmente a la coherencia en el discurso jurídico, entonces perderíamos seguramente uno de los elementos esenciales de su propia configuración, perderíamos al menos uno de los elementos esenciales para garantizar su operatividad.

No podemos, pues, ni aceptar ni rechazar la coherencia en el Derecho sin más, de manera tal que lo que parece necesario esclarecer es qué estatus presenta la coherencia en el discurso jurídico y qué tipo de coherencia cabe esperar de ese discurso. El reciente libro de Mario Ruiz Sanz, *La construcción coherente del Derecho*, nos coloca con rigor en la pista de una solución, explorando las aportaciones más relevantes de las últimas décadas con el aval de una trayectoria de años de dedicación a este problema (véase, por ejemplo, su "Coherencia lógica y sistema jurídico", un artículo escrito para el volu-

men *Racionalidad y Derecho* que coordiné hace algún tiempo en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

A los planteamientos formalistas de los citados Alchourrón y Bulygin y también de Julia Barragán (pp. 29 ss.) el profesor Ruiz opone en los primeros compases de *La construcción coherente del Derecho* las concepciones de la coherencia basadas más bien en una “*harmonia juris*” de carácter material o sustantivo en la teoría de Perelman y en las más recientes contribuciones de Michel van de Kerchove con François Ost (pp. 36 ss.). Aquí la virtud de la coherencia se manifiesta en el Derecho no tanto como la ausencia de antinomias en un sentido estricto, sino más bien como “equilibrio”, “armonía” o “cohesión”. Estos planteamientos anuncian el papel que le puede corresponder a la coherencia en el Derecho ante “las alteraciones del Estado constitucional” (pp. 43 ss.). Parece obvio que en un Derecho constitucionalizado, dominado e irradiado por principios jusefundamentales y constitucionales en general, a menudo de fuerte carácter moral, la coherencia entre las normas no se puede entender desprovista de su acusada dimensión axiológica. Naturalmente, el vigor que la argumentación jurídica adquiere bajo los Estados constitucionales a causa de las peculiaridades de los principios jusefundamentales, acaba por lanzar el discurso sobre la coherencia a la teoría de la argumentación jurídica o (en el caso de Dworkin) a una teoría del Derecho argumentativa. Mario Ruiz dedica consecuente sendos capítulos al célebre concepto de “integridad” de Ronald Dworkin (cap. III) y a la distinción entre consistencia y coherencia en Neil MacCormick (cap. IV). Quizá estos capítulos conformen el núcleo temático de este libro, de modo que los capítulos que flanquean a los recién indicados se ocupan, respectivamente, de la vertiente epistemológica de la coherencia (la teoría coherencialista de la verdad, cap. II) y de la vertiente fáctica de la coherencia (la “coherencia narrativa” que sirve para evaluar en qué medida un hecho queda probado, cap. V). Por resumir estos contenidos respetando el propio orden seguido por el autor, cabría decir que el capítulo II se ocupa de la coherencia como canon epistémico, el capítulo III de la coherencia como propiedad del Derecho, el capítulo IV de la coherencia como guía de la argumentación jurídica y el capítulo V de la coherencia como *test* de la prueba de los hechos. Desde este punto de vista, *La construcción coherente del Derecho* exhibe una notable coherencia interna y una considerable ambición expositiva que busca poner en contacto las muy diversas vertientes que la coherencia adquiere en el mundo del Derecho. En efecto, el libro es en sí mismo una prueba de que la cohe-

rencia representa un “concepto válvula” (p. 287). Ambas características, orden expositivo y pluralidad de problemas implicados, aconsejan exponer *seriatim* sus contenidos.

Prosigamos, pues, esta lectura deteniéndonos en el capítulo II. Los mimbres de la epistemología jurídica de *La construcción coherente del Derecho*, que son los que deberían servirnos para conocer el Derecho, son resumidos con cierta densidad en las siguientes palabras de su autor:

Voy a sostener una concepción epistemológica próxima al realismo internalista mantenido por Putnam y otros autores, que a mi juicio permite compatibilizar como complementarias una teoría correspondencialista de carácter semántico en el sentido apuntado por Davidson, entre otros, con la teoría consensual habermasiana (...), así como una versión no puramente holista en el sentido fuerte sino moderada de coherencialismo, próximo al holismo de significado (p. 91).

Una teoría puramente coherencialista de la verdad entiende que un enunciado es verdadero cuando es coherente con otro conjunto de enunciados sobre el mundo. Sin embargo, este planteamiento parece a todas luces insuficiente. También lo es para nuestro autor el correspondencialismo en un sentido fuerte, que sostiene un realismo ontológico en que la verdad es absolutamente independiente de nuestros esquemas cognitivos (p. 70). El “realismo interno” o “pragmático” suscrito por Mario Ruiz (p. 73) busca la moderación reconociendo que la existencia del mundo exterior se formula a través de nuestros esquemas conceptuales en un juego discursivo basado en la aceptabilidad racional. En esta explícita adhesión a Apel y Habermas quizá se encuentre el elemento clave de su postura en su epistemología jurídica. Es la “corrección procedimental” el elemento que finalmente puede dar unidad a las distintas fuentes del planteamiento epistemológico de Ruiz (p. 88).

El capítulo III del libro está dedicado a la dworkiniana noción de “integridad” como trasunto ambiguo de la coherencia en el Derecho. Aquí Mario Ruiz denuncia lo que expresivamente denomina la “absorción de la coherencia por la integridad” (p. 109). La integridad, una virtud individual cuya colectivización pasa a ser una nota descriptiva y prescriptiva del Derecho, acaba “fagocitando” (p. 129) argumentos formales y sustantivos de manera indiferenciada. No es de extrañar así que Ruiz haga suyas las siguientes palabras de Pintore: “la teoría dworkiniana de la integridad es un óptimo prototipo de versión ontológica y metafísica de la teoría coherentista del Derecho” (p. 128). En el afán totalizador de Dworkin por revestir de integridad al

Derecho en su conjunto identifica Ruiz un serio indicio de su inadecuación, hallando esta opinión respaldo en las objeciones que a Dworkin le plantean Raz, Levenbook y Moral en nuestro país. A juicio de Mario Ruiz, la integridad dworkiniana ignora que la coherencia debería a lo sumo establecerse localmente (en el nivel de los microsistemas del ordenamiento) dada la pluralidad de principios y valores que rigen las distintas áreas de los ordenamientos jurídicos. Por otra parte, nuestro autor llega a una interpretación ideológica del proyecto dworkiniano en términos de un judicialismo que socavaría los propios fundamentos del Estado de Derecho y el principio de legalidad (p. 123). Echando la vista atrás, cabe preguntarse si estos reparos legalistas frente a los planteamientos de Dworkin no serán algo exagerados, especialmente cuando recordamos que el profesor Mario Ruiz reconocía páginas atrás (pp. 43 ss.) la relevancia de las transformaciones del Derecho en el Estado constitucional y, con ellas, las nuevas cautelas que a la construcción legalista del Derecho plantea este nuevo Derecho constitucionalizado. Sin embargo, es de justicia avanzar al lector que la postura de Ruiz con relación a la integridad dworkiniana se aclarará al final del capítulo siguiente (pp. 203 ss.).

Precisamente en el capítulo IV, Mario Ruiz aborda la cuestión que primero nos asalta a muchos cuando oímos hablar de coherencia en el Derecho. Se trata del papel de la coherencia en la argumentación jurídica y la aplicación del Derecho. Oportunamente, Mario Ruiz examina aquí algunas de las ideas de Neil MacCormick al respecto y muy especialmente una de las distinciones predilectas del maestro escocés: la distinción entre consistencia y coherencia. Ésta representa el punto de partida para tratar los desarrollos de la coherencia por parte de autores como Wintgens, Berteau o, en nuestro país, Aguiló. Quizá no esté de más ahora recordar brevemente al lector en qué se distinguen consistencia y coherencia. Cualquiera puede comprender que la norma N1, "prohibido fumar", y la norma N2, "permitido fumar" provocan una inconsistencia en el sistema normativo del que forman parte. Este tipo de incompatibilidad entre normas es distinta de la que nos ilustra un conocido ejemplo de Neil MacCormick (p. 156): imaginemos que N3 prohíbe a los coches azules superar los 50 kilómetros por hora; N4 prohíbe a los amarillos superar los 55 y N5 prohíbe a los verdes superar los 100; entonces el código de circulación que contuviera N3, N4 y N5 no sería propiamente inconsistente (significativamente, nada impide cumplir con las tres normas), pero sí sería incoherente, porque una regulación de ese tipo no respondería racio-

nalmente a ningún valor como podría ser, en su caso, la seguridad vial. Es esta concepción de la coherencia, teñida de un componente material axiológico y no meramente formal, la predominante en el estudio de Mario Ruiz.

Al objeto de perfilar esta noción de coherencia, Ruiz contrasta la coherencia como integridad de Ronald Dworkin con una propuesta integradora comprometida con algunas tesis de Aleksander Peczenik y Jaap Hage (pp. 203 ss.). Éste último sostiene singularmente una teoría de la coherencia cuyos presupuestos son próximos a los defendidos por Mario Ruiz a lo largo de su libro (p. 201) en la medida en que presenta un componente de realismo internalista. Como hemos visto, este planteamiento asume que existe una realidad independiente del pensamiento *ahí fuera*, pero al mismo tiempo reconoce que un objeto cultural como el Derecho no es independiente del pensamiento y es precisamente en la noción de *justificación* donde reside el anclaje de la realidad jurídica al pensamiento, si puedo decirlo así. Desde este punto de vista, parece claro que la visión de la coherencia que nos proporciona Mario Ruiz es plenamente compatible con los mejores desarrollos de la teoría de la argumentación jurídica y también con la teoría del Derecho del neoconstitucionalismo, si bien el autor parece poner cuidado en reservar para sus planteamientos en principio antiformalistas cierta neutralidad frente al clásico problema de la relación conceptual entre Derecho y moral. Dado que no parece posible ni deseable que el comentarista de un trabajo deje de proyectar sobre él sus propias obsesiones, no me parece del todo inoportuno indicar que me parece que en estas razonables tesis radica lo mejor del libro de Mario Ruiz.

En el último capítulo del volumen se advierte una suerte de cesura con la que Ruiz atiende a una esfera de la teoría del Derecho y la teoría de la argumentación jurídica tradicionalmente desatendida por los filósofos del Derecho. Me refiero a la coherencia en el ámbito de los hechos. Quizá por ello, Ruiz apuntale ese capítulo con una nota final (pp. 287 ss.) cuyo carácter conclusivo nos muestra de paso la coherencia normativa y la narrativa como “los dos pilares básicos sobre los que se sustenta la funcionalidad de la coherencia en el marco de la decisión jurídica” (p. 293).

Como ya subrayaba Neil MacCormick en *Legal Reasoning and Legal Theory*, la prueba de los hechos nunca puede ser plena y absoluta. A juicio de MacCormick, tan sólo podemos aspirar a la plausibilidad de una conclusión sobre los hechos a partir de un *test* de “coherencia narrativa” existente entre una serie de proposiciones actuales (pruebas) con una serie de proposiciones del pasado (los hechos enjuiciados).

Aquí el trabajo vira hacia una pluralidad de fuentes y temáticas que van de la literatura al cine, de la inducción a la abducción, de la tradición hermenéutica a la analítica para desembocar finalmente en planteamientos más clásicos sobre los hechos en el Derecho de la mano de Luigi Ferrajoli, Michele Taruffo o, ya en nuestro país, Jordi Ferrer, Juan Igartua y Marina Gascón, entre otros. Mario Ruiz se muestra cauto en este punto y ve en el modelo narrativista de MacCormick un “presupuesto epistemológico auxiliar” (p. 276) y no principal en la motivación de las sentencias.

Muchas de las aportaciones del formalismo jurídico clásico pueden ahora ser contempladas en la distancia como el intento de la construcción de un Derecho coherente bajo el presupuesto de que el Derecho era ya coherente y no era necesario construirlo. *La construcción coherente del Derecho* nos ofrece herramientas para comprender, en cambio, que el Derecho es construido (realismo internalista) y que debemos hacerlo coherentemente. Es decir, debemos construir el Derecho basándonos en una coherencia axiológica que vaya más allá de la mera *consistencia* formal. Desde este punto de vista *La construcción coherente del Derecho* es una construcción coherente del Derecho en el Estado constitucional.

ALFONSO GARCÍA FIGUEROA  
Universidad de Castilla-La Mancha  
e-mail: AlfonsoJ.GFigueroa@uclm.es

**Ignacio CAMPOY CERVERA, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*,  
Dykinson, Madrid, 2006, 1052 pp.**

FERNANDO H. LLANO ALONSO  
*Universidad de Sevilla*

**Palabras clave:** derechos del niño, proteccionismo, liberacionismo  
**Keywords:** the rights of the child, protectionism, liberationism

Se cumplen ahora veinte años de la celebración de la Convención sobre los derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 44/55, de 20 de noviembre de 1989. El especial interés de este texto, articulado en cincuenta y cuatro artículos y dos Protocolos Facultativos, estriba no sólo en el hecho de ser considerado como el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante en esta materia, sino también en haber incorporado toda la gama de los derechos humanos (civiles, culturales, económicos, políticos y sociales), pretendiendo así asegurar que el mundo reconozca que, al igual que los adultos, los menores tienen también derechos humanos. Esta Convención marcó, para buena parte de la doctrina, un hito en la consideración y el tratamiento jurídico que el niño había tenido en la normativa internacional hasta ese momento, sustituyendo la tradicional dinámica proteccionista, dominante en las Declaraciones sobre los derechos del niño de Ginebra de 1924 y de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1959, por una consideración del niño como sujeto –y no como objeto– de Derecho.

A lo largo del tiempo que ha transcurrido desde que la Resolución 44/55 de la Asamblea General entrase en vigor, se ha suscitado un rico e intenso debate doctrinal en torno a la problemática y al tratamiento jurídico de la infancia en la realidad del mundo contemporáneo. Sin embargo, pese a los innumerables análisis que han ido sucediéndose desde especialidades y puntos de vista muy diversos en torno a los derechos de los niños, se echaba de menos

una genuina fundamentación de los mismos capaz de sintetizar e identificar los aspectos esenciales de los que dependen tanto su concepción, como su garantía y ejercicio<sup>1</sup>. En este sentido, el libro de Ignacio Campoy, *La fundamentación de los derechos de los niños*, contribuye precisamente a completar con rigor esta laguna desde una perspectiva historiográfica e iusfilosófica.

La Filosofía del Derecho es una disciplina propicia para estimular la reflexión en torno a la problemática que envuelve la realidad de los derechos de los niños. Como ha podido demostrarse en algunos estudios filosófico-jurídicos recientes (entre los que destacan los sugerentes trabajos de Liborio Hierro, Teresa Picontó o los del propio Campoy) el análisis de esta línea de investigación desde una perspectiva iusfilosófica permite abordar cuestiones centrales que afectan tanto a la Teoría del Derecho como a la Teoría de la Justicia: piénsese, a este respecto, en el debate doctrinal que ha surgido a propósito de los derechos subjetivos, del paternalismo y el perfeccionismo moral, de los “derechos morales” y de los derechos positivos, de la legitimación del ejercicio del poder político, de la relación entre Derecho y Moral, de los valores superiores del ordenamiento jurídico o de los derechos humanos<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> La Resolución entró en vigor, de conformidad con lo establecido por el artículo 49 de la Convención sobre los derechos del Niño, el 2 de septiembre de 1990.

<sup>2</sup> Entre los numerosos trabajos publicados por Ignacio Campoy en relación con los derechos de los niños, destacan: “Notas sobre la evolución en el reconocimiento y la protección internacional de los derechos de los niños”, en *Derechos y Libertades*, núm. 6, 1998, pp. 279-328. “Kant y los derechos de los niños”, en *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el bicentenario de su muerte* (A. CASTRO, F.J. CONTRERAS, F.H. LLANO y J.M. PANEA eds.), Innovación Editorial Lagares, Sevilla, 2003, pp. 13-40. *La negación de los derechos de los niños en Platón y Aristóteles*, Dykinson, Madrid, 2006. “La necesidad de superar los mitos sobre la infancia”, en *Reconocimiento y protección de los Derechos de los Niños* (M. C. BARRANCO AVILÉS y J. J. GARCÍA FERRER coords.), Instituto Madrileño del Menor y la Familia, Madrid, 2006, pp. 29-55. “Reflexiones sobre posibles significados del derecho del niño a vivir en su propia familia y sus diferentes consecuencias”, en *El derecho del niño a vivir en su propia familia* (M. C. BARRANCO, M. I. GARRIDO y J. GUILLÓ coords.), Exlibris Ediciones, Madrid, 2007, pp. 33-44. “La educación de los niños en el discurso de los derechos humanos”, en *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas* (I. CAMPOY CERVERA ed.), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 149-201. “El desarrollo de un modelo de protección de los niños en el siglo XIX”, en *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo III. Siglo XIX. Volumen II. Libro I. La filosofía de los derechos humanos, Dir: G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, E. FERNÁNDEZ GARCÍA, R. DE ASÍS ROIG, F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de Las Casas”-Universidad Carlos III de Madrid, 2007, pp. 471-532. “Los derechos de los niños con discapacidad”, *El cine y los derechos de la infancia*, Coord: M. J. BERNUZ BENEITEZ, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 135-161.

Consciente de que para una eficaz garantía y protección jurídica de los derechos del niño es preciso realizar antes una adecuada justificación de este catálogo de derechos humanos, Campoy comienza esta fundamentación situando su análisis en un plano diacrónico que explique, antes que el *porqué*, las razones del *cómo* se ha desarrollado el proceso de formación de los derechos de los niños a lo largo de la historia. En este sentido, la principal aportación de esta original fundamentación consiste en que, a diferencia de otras investigaciones similares a la suya (y que se realizan exclusivamente en sentido sincrónico), nuestro autor lleva a cabo también, en el primer capítulo del trabajo, un estudio sobre el proceso genético de los derechos de los niños que se remonta nada menos que a su prehistoria, es decir, centra su atención en un periodo histórico en el que ni siquiera se reconocía al niño como sujeto titular de derechos.

De esta manera, en el primer capítulo se explica, *grosso modo*, cuál fue la situación jurídica vivida por los menores hasta la aparición del modelo proteccionista de los derechos de los niños en el siglo XVII. Aprovechando este recorrido histórico, Campoy describe con precisión cuál ha sido el tratamiento jurídico y la consideración que le han merecido a la doctrina (canalizada aquí en dos corrientes, una extrema y otra moderada) estos cinco temas, que servirán también como criterios-guía para desarrollar los demás capítulos del libro: 1) la concepción del niño; 2) las relaciones entre padres e hijos; 3) la determinación del "mejor interés del niño"; 4) la formación del ciudadano a través de la educación; y 5) el debate suscitado en torno a los derechos de los niños. Siguiendo las líneas maestras marcadas por este esquema, Campoy retrata fidedignamente la situación de sumisión y desprotección en la que vivieron los niños hasta su reconocimiento como sujetos de derecho tras la definitiva consolidación del proteccionismo como sistema de reconocimiento y protección de dichos derechos. En este sentido, desde la Antigüedad hasta el siglo XVII, el niño fue considerado como un ser humano imperfecto (en general, la niñez se identificaba con una etapa bastante negativa que debía ser superada lo antes posible para conseguir la formación de la persona como futuro adulto). A este prejuicio iba unida la idea (predominante durante muchos siglos) de que el niño, como ser humano, carecía de valor propio por sí mismo. Con todo, las opiniones de los pensadores más relevantes de este período histórico van desde posiciones extremas (para filósofos como Platón, Aristóteles y –aunque con matices– Santo Tomás, el niño es una propiedad que se somete a la voluntad de terceros

mientras se completa su proceso educativo, siendo ésta una idea tan extendida que durante mucho tiempo ni siquiera precisó la formulación de una teoría justificatoria concreta), hasta posiciones moderadas, auspiciadas por el primer cristianismo, que otorgan valor intrínseco al niño por su humanidad. Especialmente interesante resulta también, por la abundante información que suministra, el estudio de la evolución experimentada por las relaciones paterno-filiales (y, muy en particular, de la *patria potestas* ejercida por los padres o tutores sobre los hijos): desde el reconocimiento jurídico del poder de los padres sobre la vida de sus vástagos (como en el Código de Hammurabi, el Antiguo Testamento y las XII Tablas, donde se les atribuyen facultades/potestades como la decisión sobre la adopción, la concertación del matrimonio y la consagración de los hijos a un oficio religioso), hasta la introducción de cláusulas proteccionistas en los textos jurídicos de la Edad Media (por ejemplo en las *Siete Partidas*). Respecto al concepto de “mejor interés del niño” –tan debatido entre proteccionistas y liberacionistas– Campoy nos revela que, en esta etapa “prehistórica”, lo que en realidad prevalece es el interés *en* el niño como futuro adulto, en ningún momento se piensa en el interés propio e inmediato del niño como persona, más bien al contrario, lo que se pondera es el beneficio que éste puede aportar a sus padres y a la comunidad (no obstante se aprecia una moderación empática de algunos autores hacia los niños, como es el caso de Quintiliano, San Anselmo y, ya en el Renacimiento, Vives, Erasmo o Tomás Moro). En lo que concierne a la formación del ciudadano a través de la educación, el autor destaca cuatro notas dominantes que se mantienen durante este primer período de tiempo hasta llegar al Renacimiento, momento en el que, gracias a las contribuciones teóricas realizadas por figuras de la historia del pensamiento como Montaigne, se producirán cambios significativos. Esas cuatro notas características tienen como denominador común el ideal de que con la educación se debe lograr formar al niño como futuro adulto de acuerdo con los valores prevalentes en la sociedad, a partir de aquí cada nota contribuirá a la conquista de este común objetivo de manera específica: así, la primera nota se refiere a la vinculación de la educación y las funciones sociales a desarrollar por el futuro adulto; la segunda nota alude a la necesidad de aprovechar al máximo el período de la niñez para la formación del futuro adulto; la tercera nota supone una exhortación para que la labor educativa se lleve a cabo a pesar de la naturaleza del niño; por último, la cuarta nota consiste en apelar al criterio de la eficacia para la elección de los medios con los que conseguir los fines propuestos por la educación. En resumidas cuentas, viene a decir-

nos Campoy al término de este primer capítulo, se podría concluir que mientras que las posiciones más extremas que dominaron la larga etapa anterior a la aparición del proteccionismo se caracterizan por negar la existencia de los derechos de los niños, las posturas más moderadas, en cambio, irán teniendo poco a poco en consideración al menor como persona hasta que acaben reconociéndole como receptor de derechos<sup>3</sup>.

En la segunda parte del libro se integran, a su vez, los capítulos II y III del libro, dedicados, respectivamente, a estudiar a fondo el modelo proteccionista a través de sus antecedentes históricos (en este sentido Campoy centra su atención en la obra de John Locke), y a la crítica razonada de sus principales presupuestos (al menos de sus argumentos más débiles y tradicionales, precisamente aquellos que han justificado su posterior reformulación a cargo del proteccionismo renovado). Las claves por las que se considera al filósofo inglés como antecesor del modelo proteccionista nos las desvela el autor del presente estudio a lo largo del ya citado segundo capítulo: fundamentalmente la especial valoración que se hace de Locke se debe a su relevancia como fundador del liberalismo moderno y a su decidida defensa de los derechos y libertades individuales frente a las teorías absolutistas propugnadas por pensadores como Robert Filmer<sup>4</sup>. En este sentido, al sostener Locke contra su antagonista que los hombres nacen libres e iguales en derechos, se está afirmando también que tanto el conjunto de la sociedad, como los padres en particular, están obligados y limitados también por esos derechos incluso cuando se trata de los niños. Este reconocimiento expreso de los derechos de los niños supone, a juicio de Campoy, "el punto de inflexión a partir del cual se han de entender definitivamente superadas las concepciones tradicionales y comienza a desarrollarse el proteccionismo, como auténtico sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños"<sup>5</sup>. En suma, a través de este análisis crítico y exhaustivo de la doctrina lockeana sobre los derechos de los niños, se adelantarán algunas de las respuestas que el proteccionismo daría a partir del siglo XVII, y que dilucidan asuntos que van desde quién debe determinar el mejor interés del niño (en este caso, los padres o aquella persona competente para ejercer la patria potestad), hasta la formación del ciudadano mediante una educación adecua-

<sup>3</sup> I. CAMPOY CERVERA, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, op. cit., p. 255.

<sup>4</sup> *Ibid.*, pp. 275 y ss.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 278.

da (orientada a la consecución de una sociedad formada por ciudadanos libres y virtuosos). Aparte de las precisiones que cabe hacer a muchos de los planteamientos lockeanos que aquí se exponen, Campoy subraya que aún quedan algunas incógnitas pendientes de ser resueltas o aclaradas oportunamente por los proteccionistas tradicionales, por ejemplo: la cuestión sobre la edad límite para considerar incapaz a un menor; el grado de raciocinio que se estima necesario adquirir para que un niño pueda emanciparse o gobernarse a sí mismo; o el grado de participación que se está dispuesto a reconocer al niño en el ejercicio de sus derechos<sup>6</sup>.

A la luz de estos presupuestos lockeanos se iría desarrollando una doctrina jurídica proteccionista, dentro de la cual existen diversos planteamientos que presentan notables diferencias entre sí, si bien poseen todos ellos un denominador común que podría resumirse en estas dos ideas básicas: en primer lugar, la idea de que, a través del Derecho, se deben proteger ciertos aspectos básicos de la vida del niño (fundamentalmente los que se consideren necesarios para su correcto desarrollo como persona); y, en segundo lugar, la convicción de que la voluntad del niño no ha de ser considerada como jurídicamente vinculante. En este punto, Campoy establece una caracterización del modelo proteccionista en la que se distinguen dos grandes modelos: el tradicional (vinculado con el liberalismo clásico, y entre cuyos precursores se encuentran John Locke, Immanuel Kant y John Stuart Mill) y el renovado (que comparte también premisas básicas del pensamiento de Mill, y que encuentra defensores, dentro de la doctrina contemporánea, en autores como Neil MacCormick y Liborio Hierro. En este sentido, mientras que la versión tradicional niega absolutamente la vinculatoriedad jurídica de la voluntad del menor, el proteccionismo renovado, en cambio, es consciente de que la voluntad del niño debe ser tomada en cuenta para la determinación de sus necesidades y, por lo tanto, deja abierta una puerta a esta posibilidad (aunque estableciendo para ello los controles necesarios, evidentemente).

Fiel a la estructura simétrica que vertebra su documentado libro, Campoy continúa su estudio comparativo de las dos corrientes doctrinales que han destacado en la fundamentación de los derechos de los niños, y lo hace dedicando la tercera parte del libro al movimiento liberacionista. En este sentido, al igual que hiciera con su análisis del proteccionismo, el autor de-

---

<sup>6</sup> *Ibid.*, pp. 416-417.

dica dos capítulos a explicar este nuevo modelo: el primero, concretamente el capítulo IV, es de carácter histórico -y así como el capítulo II se centraba en el estudio de la obra de Locke como antecedente del proteccionismo, ahora se hace algo similar con la obra de Rousseau, con especial atención a su ensayo *Emilio, o de la Educación* (1762), obra de la que Campoy hace una formidable lectura crítica y en cuyos planteamientos aprecia "criterios suficientes para poder considerarlos como antecedentes del modelo liberacionista"<sup>7</sup>; en el segundo de los capítulos que conforman esta tercera parte, Campoy realiza una exposición exhaustiva de la fundamentación liberacionista, realizando una exposición detallada de sus principales planteamientos a través de los cinco temas o criterios-guía a los que nos referimos anteriormente: así, en primer lugar, respecto a la concepción del niño, los liberacionistas lo consideran como un ser dotado de cualidades y capacidades que hasta entonces habían sido negadas o ignoradas; en cuanto a las relaciones paterno-filiales, este modelo alternativo propone la superación de las tradicionales relaciones de poder dentro de la familia; en tercer lugar, respecto al mejor interés del niño, se considera que nadie mejor que el menor puede realizar dicha protección si se le garantizasen los medios adecuados para hacerlo; en cuarto lugar, en lo concerniente a la educación del niño, el liberacionismo entiende que el nuevo modelo de ciudadano o de persona ideal sólo podrá formarse a través de una nueva educación dirigida o controlada por el propio niño; y, por último, en quinto lugar, en relación con el debate suscitado en torno a los derechos de los niños, los liberacionistas propone una revisión (y una renovación) del enfoque jurídico que, hasta la aparición de esta nueva corriente, se venía dispensando a los menores de edad, se trata pues de un modo diferente de entender cuáles son esos derechos que la sociedad ha de reconocer a los niños y cómo ha de protegerlos<sup>8</sup>.

El liberacionismo contemporáneo consiste en una pluralidad de doctrinas, hasta cierto punto heterogéneas, que presenta un denominador común: frente al afán de control y protección ejercida sobre la vida del niño por parte de sus padres o tutores (siguiendo la propuesta del proteccionismo), los liberacionistas coinciden en que la solución a gran parte de los problemas que afectan a los menores durante la infancia pasa por reconocerles los mismos derechos de los que gozan los adultos (incluyendo en dicho reconocimiento la capacidad de que sean los propios niños quienes los ejerciten). A

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 603.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 770.

este respecto, resultan especialmente interesantes tres consideraciones críticas que realiza Campoy a propósito del modelo pedagógico liberacionista: en primer lugar, señala este autor, al hilo del tradicional rechazo expresado por parte de los liberacionistas hacia la existencia de condicionamientos en la educación infantil, que hay que diferenciar entre el no adoctrinamiento en las ideas (por ejemplo, el que pueda haber por parte de un maestro hacia sus alumnos) y la argumentación que pueda hacer el educador a favor de sus convicciones (en definitiva, como sostiene Campoy, siguiendo la tesis de Paul Goodman, la neutralidad no debería ser aceptada necesariamente como la mejor opción)<sup>9</sup>; en segundo lugar, comenta nuestro autor, no es posible entender la personalidad del niño como una realidad perfectamente acabada y existente en su interior, sino que más bien hay que entender su formación como un proceso educativo continuo, por lo que sea cual sea la actitud que tomemos como educadores (desde inculcarle a los niños valores o conocimientos, hasta dejarles en absoluta libertad), estaremos inevitablemente contribuyendo de algún modo a esa formación<sup>10</sup>; por último, concluye Campoy, debe advertirse que la pretensión del liberacionismo de que los adultos eviten a toda costa interferir en las decisiones de los menores, a fin de facilitar a éstos que puedan dirigir y controlar sus propias decisiones, carece de sentido, habida cuenta de que el niño está relacionado (es decir, que interactúa) con el resto de personas que conforman la sociedad, ya sean niños o, por supuesto, también adultos (familiares y maestros)<sup>11</sup>.

Como colofón a los diversos planteamientos analizados a lo largo del presente libro, su autor aprovecha el último capítulo para esbozar las líneas generales de su particular propuesta para elaborar un adecuado sistema de reconocimiento y protección de derechos de los niños. Entre los principales presupuestos de esta original propuesta destaca el que exige el respeto y la observancia (ya sean los padres o bien terceras personas en las que recaiga la tutela efectiva de los menores de edad) de los cuatro valores superiores que constituyen la ética pública de la modernidad, y que están conformados por los valores de libertad, igualdad, seguridad y solidaridad. A propósito de estos cuatro valores, Campoy realiza una serie de reflexiones sobre la incorpora-

---

<sup>9</sup> P. GOODMAN, "Reflections on Children's Rights", en B. GROSS, y R. GROSS (eds.), *The Children's Rights Movement*, Anchor Press/Doubleday, New York, 1977, pp. 145-146.

<sup>10</sup> I. CAMPOY CERVERA, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, *op. cit.*, pp. 882-883.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 927.

ción de los derechos morales de los niños en los ordenamientos jurídicos en la medida en que se consideran adecuados para conseguir el libre desarrollo de la personalidad del niño<sup>12</sup>. Llegados a este punto, conviene preguntarse, antes de llegar a ninguna conclusión, si –como sostiene Campoy- el término “derechos morales”, que como es sabido tuvo su origen en la cultura jurídica anglosajona -y que encontró en Ronald Dworkin a uno de sus principales impulsores- puede considerarse la expresión ideal en la que quepa integrar la compleja textura de los derechos, hasta el punto de llevarnos a su comprensión integral. A mi juicio, cabría la posibilidad de aceptar esta terminología siempre que se esté dispuesto a adoptar una posición iusnaturalista abierta a la historia y flexible, como la que mantiene, por ejemplo, Antonio Enrique Pérez Luño<sup>13</sup>. Sin embargo, si –como creo que es el caso de Campoy- la posición doctrinal desde la que se observa el mundo del Derecho se encuentra próxima al iuspositivismo moderado de raíz bobbiana, entonces habría que cuestionarse si resulta adecuado utilizar una expresión que, como en este caso, supone partir de un prejuicio iusnaturalista injustificado que –como ha indicado Gregorio Peces-Barba- presenta a los derechos como “triumfos frente al Estado” y que, por si fuera poco, predispone a “una aproximación racional, abstracta y ahistórica de los derechos que prescinde de sus necesarias conexiones con la realidad social”<sup>14</sup>. En cualquier caso, la crítica a una expresión tan indeterminada (en la que parecen vincularse conceptualmente el Derecho y la Moral) no debe llevarnos a rechazar, en modo alguno, la incorporación de criterios razonables de moralidad en el Derecho, ni tampoco debe excluir la crítica al Derecho válido desde criterios de moralidad<sup>15</sup>.

Pero, volviendo a las consideraciones que nuestro autor desgana en el último capítulo a propósito de la fundamentación de los derechos de los ni-

<sup>12</sup> *Ibid.*, pp. 977 y ss.

<sup>13</sup> Los derechos morales vendrían a significar, según este autor, “la confluencia entre exigencias o valores éticos y las normas jurídicas”, lo cual supone afirmar uno de los principales rasgos definitorios del iusnaturalismo. Cfr., A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005 (9ª ed.), p. 179.

<sup>14</sup> G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general* (con la colaboración de: R. DE ASÍS ROIG, C. R. FERNÁNDEZ LIESA y A. LLAMAS CASCÓN), Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del estado, Madrid, 1999, p. 35.

<sup>15</sup> Cfr., G. PECES-BARBA, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, p. 157. Véase también, del mismo autor (con la colaboración de M. J. FARIÑAS, A. LLAMAS, J. ANSUÁTEGUI, J. P. RODRÍGUEZ y J. M. SAUCA), *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 67.

ños, basada en la idea central del respeto por la "auténtica voluntad" del niño y su consiguiente vinculatoriedad jurídica para el ejercicio de los diferentes derechos, hay que destacar que, para Campoy, es en principio al propio niño, a través de su voluntad expresa, a quien en realidad le corresponde ejercitar sus derechos cuando se demuestre que éste tiene la suficiente razón, información y experiencia como para poder tomar una decisión juiciosa para el supuesto que se trate. Para el caso contrario, es decir, cuando el niño no sea todavía capaz de aclarar cuál es su voluntad, será necesario habilitar a una persona que dilucide cuál será esa "auténtica" (es decir, esa persona deberá determinar cuál sería la decisión del niño en aquellas hipótesis en las que éste contara con la suficiente razón, información y experiencia)<sup>16</sup>.

Este último tema, por cierto, mueve también a Campoy a pronunciarse en torno a la cuestión de cuáles han de ser las relaciones que deben mediar entre padres e hijos. En términos generales, afirma el profesor de la Universidad Carlos III de Madrid, se ha de respetar siempre al máximo posible la voluntad de cada persona en el ejercicio de los derechos. En este sentido, por lo que se refiere a los padres, Campoy cree que éstos no sólo son titulares de obligaciones o deberes especiales respecto a sus vástagos, sino también de derechos derivados de esas mismas relaciones paterno-filiales. Y en cuanto a los niños -es decir, los hijos- si bien tienen la obligación de respetar a sus padres, también tienen el derecho a que el libre desarrollo de su personalidad se considere como un límite al ejercicio de los derechos de los padres<sup>17</sup>.

Finalmente, Campoy alude a la relación de complementariedad existente entre una asignatura como la de Educación para la Ciudadanía y la idea clave de su investigación sobre la fundamentación de los derechos de los niños, en la medida en que su estudio supone una valiosa reivindicación de "la buena educación", que es la que no pretende adoctrinar ni manipular a los niños desde unos valores ajenos o contrarios a los cuatro valores fundamentales de la ética pública anteriormente citados, sino que busca desarrollar las cualidades y capacidades del niño que permitan tanto su formación como ciudadano como el libre desarrollo de su propia personalidad<sup>18</sup>.

A modo de conclusión, creo que lo mejor que se puede decir de la obra que nos ocupa es que hace honor a la opinión que Ortega y Gasset tenía de los

<sup>16</sup> I. CAMPOY CERVERA, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, op. cit., p. 1001.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 1010.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 1019.

buenos libros, según la cual, los buenos libros “no son casuales”<sup>19</sup>. Pues bien, estamos ante un trabajo que no es ni casual ni oportunista, puesto que constituye el resultado de más de una década de estudio riguroso en esta materia, algo propio de un investigador minucioso y honesto que se ha caracterizado durante su carrera universitaria por saber armonizar en sus publicaciones la solvencia intelectual y el compromiso con la defensa de los derechos humanos de los más indefensos (los niños, las personas con discapacidad, los inmigrantes...). Esta doble condición de jurista y humanista que reúne el autor de este libro se revela ante el lector a lo largo del recorrido histórico por la prehistoria e historia de los derechos del niño, así como en el apasionante análisis de los problemas que afectan al reconocimiento y la protección de dichos derechos. Cuando empleo el adjetivo “apasionante” lo hago conscientemente, porque con ello quiero poner de manifiesto que, francamente, pocos libros me han hecho meditar tanto, como jurista y como padre, en torno a la educación responsable y respetuosa con los derechos de los niños.

FERNANDO H. LLANO ALONSO  
*Universidad de Sevilla*  
*e-mail: llano@us.es*

---

<sup>19</sup> J. ORTEGA Y GASSET, *Del Imperio Romano* (1940), en *Obras completas (Tomo VI)*, Taurus/Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, 2006, p. 86.



**Felipe MARTÍNEZ MARZOA: *El concepto de lo civil*, Santiago de Chile, Ediciones Metales Pesados, 2008, elipe, 115 pp.**

RAFAEL RAMIS BARCELÓ  
*Universitat Pompeu Fabra*

**Palabras clave:** sociedad civil, Modernidad, poder, Derecho, estructura  
**Keywords:** civil society, Modernity, power, Law, structure

Aparentemente, Felipe Martínez Marzoa abandonó la reflexión más “político-jurídica” hace 25 años, tras la publicación de su innovadora obra *La Filosofía de ‘El Capital’ de Marx*<sup>1</sup>. Desde ese momento, su proyecto hermenéutico (y lingüístico) le ha llevado a escribir bastantes libros sin excesivas conexiones aparentes con “lo político”. Quienes le han seguido con atención han tomado nota, con todo, del rastro supuestamente marginal que han representado durante este cuarto de siglo el artículo sobre algunas conexiones en el derecho en Kant<sup>2</sup> y las reflexiones sobre la polis<sup>3</sup>.

Marzoa mostró en las últimas clases que impartió en la Universidad de Barcelona algunos esbozos del libro que aquí reseñamos, en una especie de retorno a la política, no tanto como inquietud sino como sustrato ontológico para entender la estructura de la Modernidad. En *El concepto de lo civil* sus ideas se articulan como consecuencia de todo el proyecto fenomenológico y hermenéutico inmediatamente anterior (1983-2008), a la vez que conectan con las tesis ya presentes en las obras “políticas” del autor, escritas en la década de los setenta<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> F. MARTÍNEZ MARZOA, *La filosofía de “El capital” de Marx*, Madrid, Taurus, 1983.

<sup>2</sup> F. MARTÍNEZ MARZOA, “Algunas conexiones de la teoría kantiana del derecho”, *En-doxa: Series Filosóficas*, núm. 18, 2004, pp. 273-282.

<sup>3</sup> F. MARTÍNEZ MARZOA, “Estado y polis” en M. CRUZ: *Los filósofos y la política*, FCE, México, 1999, pp. 101-115.

<sup>4</sup> F. MARTÍNEZ MARZOA, *De la Revolución*, Madrid, Alberto Corazón, 1976; *Ensaio marxistas*, La Coruña, Do ruego, 1978; *Revolución e ideología*, Barcelona, Fontamara, 1979; *(Re) introducción o marxismo*, Vigo, Xorals de Galicia, 1980.

Así pues, la lectura del libro que aquí se reseña permite, por así decirlo, conocer la implicación política de la obra que Marzoa ha ido gestando a lo largo de veinticinco años, y ayuda así a comprender el trasfondo de sus trabajos más “políticos”, escritos antes de 1983.

Puede decirse, resumiendo muchísimo, que la filosofía que cultiva este profesor gallego se basa en dos piedras angulares: el problema del ser y del decir en Grecia, y el problema de la calculabilidad y el ser en la Modernidad. Si lo común en ambas cuestiones es el ser, lo que le interesa a Marzoa –en el caso de Grecia– es cómo se tematiza y cómo se dice ese ser. Para él, en la Modernidad la situación que se da es distinta, porque el problema del ser se vincula a una representación y a un conocimiento racional y experimental de la realidad (propio de la física matemática) en el que destacan los problemas del *calculus*, la suprimibilidad o no suprimibilidad de los entes y, en definitiva, la aparición de una estructura ontológica donde se da un intercambio de mercancías, que pueden ser físicas o no físicas, donde cada una de ellas tiene un valor en dinero.

Marzoa había mostrado hasta ahora que existen grandes diferencias entre lo que él llama “el proyecto polis” y lo que denomina “el proyecto de la Modernidad”. En Grecia el proyecto polis se articulaba en torno a la idea del reconocimiento e irreductibilidad de cada uno de los entes, de modo que no podía existir, de entrada, un intercambio relevante entre ellos. Los entes tenían un valor intrínseco e irreductible, y el intercambio constituía una excepción respecto de esa irreductibilidad general. El intercambio generaba, por tanto, la tematización de algo que tenía valor ontológico *per se*, en relación a los otros entes. Y esta irreductibilidad brillaba paradigmáticamente en la polis<sup>5</sup>.

Precisamente en la polis se daba una estructura que no sólo era jurídica, política y económica, sino también ontológica y en ella la irreductibilidad de los entes se quebraba por su tematización. Es más, en la Grecia clásica cada cosa tenía su valor porque estaba unida a un uno-todo, que era la estructura ontológica de la realidad. Así pues, la tematización hacía referencia al ser y no podía desprenderse de ese uno-todo. Por eso, para Marzoa, una polis no era una “ciudad” ni una “ciudad-estado” sino una estructura “ontológico-política” –para decirlo en términos modernos– en la que se daba un uno-todo, de modo que todo tenía relación con todo. Por el contrario, el proyecto

<sup>5</sup> F. MARTÍNEZ MARZOA, *El decir griego*, Madrid, Antonio Machado, 2006.

de la Modernidad se inicia, según Marzoa, con el desarrollo de la física matemática y con el cálculo racional de posibilidades<sup>6</sup>. Todo esto permite que los entes no tengan ese valor irreductible, sino que formen parte de una estructura en la que se transformen en meras mercancías que puedan intercambiarse entre sí (p. 14), y que no tengan una relación con todo, más que el de su valor asignado en dinero.

Marzoa inicia el libro intentando definir el concepto de "sociedad civil": «es el sistema que se constituye por el hecho de la recíproca dependencia entre particulares, en principio independientes entre sí, pero que necesitan contar unos con otros para la satisfacción de sus necesidades. Este mismo fenómeno puede designarse mediante el concepto de la cosa como lo que se pone ahí para su cambio por otras cosas; de esta manera el concepto de sociedad civil queda identificado con la posibilidad de pensar un intercambio de cosas que pudiese incluso tener lugar como intercambio de cosas en general entre particulares en general; ni siquiera haría falta que tal intercambio en general y sin más fuese el que en verdad hubiese en alguna parte o el que se pretendiese; bastaría con que fuese pensable en sí mismo y la concreción dependiese de cuáles sean las necesidades y capacidades que los particulares tengan» (p. 12).

Es éste el concepto de sociedad civil que se intenta aclarar a lo largo del libro. El concepto integra, por una parte, la recíproca interdependencia entre unos individuos que, a priori, son independientes entre sí y, por otra, las condiciones de posibilidad de un intercambio de cosas entre esos individuos. Marzoa comenta las obras de Hobbes, Kant, Hegel y Marx a fin de reconstruir la génesis conceptual, el desarrollo y la crítica de esta sociedad civil. En la dialéctica hegeliana "sociedad civil" se contraponía a lo natural o a lo que Hobbes llamó "estado de naturaleza". Así pues, la "sociedad civil" es la negación de ese "estado de naturaleza" y el Estado es "la negación-de-la-negación" (p. 10).

La crítica marxista a Hegel fue ya objeto de la tesis doctoral de Marzoa, y allí explicó cuáles eran los presupuestos filosóficos de *El Capital*. La existencia de una mercancía que pudiera ser intercambiable en todos los casos, y la aparición de una ontología basada en el cálculo y en la mercancía eran los presupuestos de la filosofía moderna<sup>7</sup>. Marx criticó «un sistema en el que en princi-

<sup>6</sup> F. MARTÍNEZ MARZOA, *Historia de la Filosofía*, II, Madrid, Istmo, 1994, pp. 25-36.

<sup>7</sup> F. MARTÍNEZ MARZOA, *La filosofía de "El capital" de Marx*, cit.

pio cualquier tipo de cosa entra en posible cambio con cualquier otro tipo de cosa» (p. 18). Eso podría llamarse “estructura económica”, la ontología de la Modernidad: «estructura tal que su realización o no realización tiene lugar íntegramente en datos cuyo tipo de realidad es precisamente ese para cuya mención provisional acabamos de aludir a la física matemática» (p. 23).

O sea, que lo específicamente moderno y la estructura de la sociedad civil se cimienta sobre la base del intercambio de mercancías. Como éstas sólo tienen un valor en su intercambio, existe otro tipo de mercancía no física que hace las veces de otra mercancía física: el dinero (p. 26). Por tanto, el intercambio de mercancías se da gracias al valor que se les atribuye en dinero. Siguiendo a Marx, el dinero es la base de intercambio también con otra mercancía no física, que es el trabajo.

La ontología de Modernidad lleva desde el conocimiento y la calculabilidad hasta el poder de decisión. En el libro se define poder como «el modo de presencia de las cosas consistente en que “se” dispone de ellas (p. 40). «El cálculo –escribe Marzoa– implica poder en general contar con algo, o, dicho de otra manera, implica que haya en general la distinción de con qué se puede contar y con qué no. El poder contar con algo es la exclusión de la precariedad absoluta. Esto [...] es lo que Hobbes llamó tiempo de paz» (p. 41).

Esta interpretación de Hobbes resulta bastante innovadora y determina nuevas cuestiones, que surgen del examen de su concepto “tiempo de paz”, a saber: que algunas cosas en particular han de ser en todo caso garantizadas. La cuestión del tiempo de paz, es decir, la previsibilidad en el cálculo, requiere que haya unas garantías. Dicho de otra forma, en un “estado de naturaleza” no existe el intercambio de mercancías porque no hay previsibilidad. El cálculo, unido a la previsibilidad, genera la sociedad civil, instaurada en un “tiempo de paz” en el que hay unas garantías acerca del intercambio de mercancías y del mantenimiento de esa paz, para que dicho intercambio se pueda producir de forma segura.

En Hobbes hay una “ley de la naturaleza” que explicita en qué consiste que la situación de poder sea, en efecto, de poder civil, mientras que “el derecho de la naturaleza” (*right of nature*) es la libertad que uno haga “lo que le dé la gana”. Estas dos ideas dan cuenta de cómo se estructura la libertad, el estado de paz y el estado de garantías. Según Marzoa, en el *Leviatán* se encuentran en tensión la dimensión formal y material de estas garantías, y es allí donde debe buscarse la clave ontológica para entender este proyecto moderno (p. 72-73).

Así se llega, de acuerdo con la exposición de Marzoa, al derecho, pues la paz implica la existencia de un “poder con el que nadie pueda medirse” (p. 44), es decir, un poder que pueda garantizar la obligatoriedad del cumplimiento de las reglas para todos. Esta interpretación del *Leviatán* –según Marzoa– es compatible con la ética de la “decisión autónoma” de Kant, pues «la garantía y, por lo tanto, el derecho comportan la universalidad, lo cual exige que lo garantizado haya de ser precisamente ni más ni menos que aquello que pueda serlo, esto es, que pueda serlo de manera universal, o, lo que es lo mismo, que prohibido sólo pueda ser aquello que esté en contradicción con la posibilidad de que otro, bajo las mismas condiciones, pueda también hacerlo» (p. 49). Así pues, para Kant, la cuestión de la legitimidad política no es algo ético ni moral, sino la expectativa que cualquiera pueda tener sobre la conducta de cualquiera (p. 80).

La universalidad de la ciencia y del derecho aparece, por tanto, en la misma época y no puede estudiarse de forma separada. «La noción moderna de conocimiento, esto es, de presencia de las cosas, idéntica con la noción moderna de poder (esto es, con aquello que dijimos de la presencia de la cosa, en cuanto que capacita, capacita tanto para algo como para lo contrario de ese algo)» (p. 65). El análisis, por tanto, de la física matemática y el cálculo está estrechamente ligado a la concepción del poder y del derecho. En el marco de esa universalidad «se ha encontrado un “ser” de las cosas que se ha identificado con el concepto “poder”, de cuya consideración ha salido el término “poder civil” con rasgos que lo identifican con el Estado» (p. 57).

Para Marzoa existe una importante línea Hobbes-Kant-Marx, de la que se aparta Hegel. El libro que aquí se reseña es en buena parte una constatación (y crítica) de la diferencia de Hegel con respecto de los demás autores. «La concepción del derecho y del Estado que hemos vinculado a la sociedad civil misma, por lo tanto a la negación, concepción a la que llegamos siguiendo la línea Hobbes-Kant-Marx, disuelve sin retorno toda comunidad; la presencia del Estado particular se debe únicamente a que la discusión no es posible sin un material empírico. El que así sea es perfectamente consecuente con la diferencia que en esa línea hemos reconocido frente a Hegel, pues es cierto que en Hegel, en cambio, el que el Estado sea Estado particular tiene que ver con que es la negación-de-la-negación y, por tanto, retorno desde la disolución de la comunidad» (pp. 64-65).

Mientras en Hobbes o en Kant la presencia del Estado se debía únicamente a la necesidad de discutir sobre un material “empírico”, en Hegel el

Estado toma ya cuerpo como negación-de-la-negación. Por eso Marzoa cree que si la sociedad civil en Hegel es la negación, el Estado debe ser la negación-de-la-negación y, por tanto, la ruptura con esa concepción propia de la Modernidad. La *Filosofía del Derecho* de Hegel, y en particular su concepción del Estado y de la sociedad civil, revela la brecha y la ruptura con la Modernidad (esto es, con la línea de pensamiento sobre la sociedad civil desde Hobbes a Kant).

En la Modernidad, y más específicamente en Kant, la pregunta por el ser de algo es –como recuerda Marzoa– la pregunta por la validez. Esa validez, que es la pregunta ontológica moderna, es el patrón para juzgar lo específicamente moderno (la racionalidad científico-técnica y las garantías jurídicas). Así, en Hegel se da la negación-de-la-negación de lo específicamente moderno, a partir de un uno-todo (ilimitado) que se contrapone a la Modernidad misma (que era una estructura limitada).

Esta distancia, brecha o *sképsis* que establece el propio Hegel respecto de la Modernidad muestra cómo ésta puede tomarse como un uno-todo. Y esto permite entender lo más específico de la Modernidad: la estructura misma de la “sociedad civil”. Cuando se busca la distancia (“la negación-de-la-negación” etc.) de la Modernidad se puede entender su verdadero ser, pero a su vez se la entiende como algo ilimitado, como un uno-todo, que no tiene contraparte. Marx criticó el uno-todo de Hegel (el idealismo), y ése es el punto de llegada del libro que aquí se reseña, cuya continuación se encontraría en la tesis doctoral de Marzoa, en la que se explican –en una hermenéutica textual de *El Capital*– muchas de las ideas a las que he hecho referencia.

Retengamos, pues, las tesis más importantes del libro: desde Hobbes hasta Marx se explica la historia de la Modernidad, caracterizada por la ciencia y el derecho (el *calculus* y las garantías) como dos partes indisociables entre sí. Desde Hobbes hasta Kant se da el despliegue de la sociedad civil como estructura de intercambio limitado, mientras que en Hegel se evalúa histórica y ontológicamente esa Modernidad, de forma que se produce un distanciamiento respecto de la Modernidad misma. Al tomarla como un uno-todo, no hay un “otro”, es decir, no hay un “otro” al que remitirse o desde el cual juzgar, por lo que después de aprehender la Modernidad a partir de la ruptura, no queda sino la nada.

Al final, Marzoa concluye que, después de Hegel y de la crítica de Marx, la Modernidad tenía que llegar necesariamente a un resultado nihilico, es

decir, la ausencia de la universalidad kantiana que exigía que cualquiera pudiera hacer “lo que le diese la gana” siempre y cuando el vecino también pudiera hacerlo. Como después de Hegel y Marx no existiría ya un límite al poder individual legítimo (Leviatán), la consecuencia era el estallido del Estado y de la sociedad civil, pues la Modernidad no tendría ya capacidad de garantizar sus propios presupuestos.

En su tesis doctoral –y de forma más radical en las obras de los años setenta– Marzoa concluía de este modo su interpretación de Marx. En *El concepto de lo civil* extiende también esas consecuencias hasta Nietzsche: si la Modernidad es un uno-todo, después de ella no hay “otro” ni hay “nada”. «El que todo es uno –escribe Marzoa– es la otra cara de que no haya de suyo límites válidos» (pp. 106-107). Y si “yo” puedo hacer “lo que me da la gana” es porque no hay límites –que eran lo constitutivo de la Modernidad– y, por tanto, puedo hacerlo todo. Éste sería un camino que propone Marzoa para explicar, entre otras cosas, la “ausencia de valores” y el “superhombre”. Así pues, «el derecho igual no es sino el igual derecho a hacer usos máximamente desiguales de él, y la desaparición de la desigualdad ficticia y preestablecida no es sino la base para el ejercicio de la efectiva desigualdad, mientras que la desigualdad prefijada es igualdad impuesta» (p. 110).

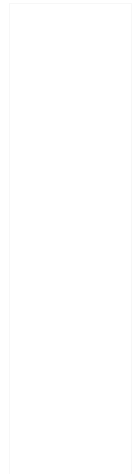
Ésta es la vía Modernidad desde el comienzo del proyecto en Hobbes hasta su completa aniquilación en Nietzsche, pasando por la obra de Kant y la crítica a Hegel. La ciencia y el derecho avanzan de la mano hasta que el proyecto limitado de la estructura de la sociedad civil se tematiza y se vuelve ilimitada. Después de Hegel sólo queda la crítica de Marx a esa estructura (y a la concepción hegeliana) y el poder ilimitado –que el propio Nietzsche muestra descarnadamente– que queda cuando han desaparecido ya todos los límites.

En definitiva, esta obra permite entender con mayor precisión la principal tesis filosófica que Marzoa sostuvo en los años setenta y a principios de los ochenta. Durante estos últimos veinticinco años el autor ha apuntado conexiones de ese sustrato ontológico de la Modernidad frente a la concepción de la ontología en Grecia, y lo ha enriquecido con vínculos con la epistemología, la lingüística etc. Este libro es, por lo tanto, una de las obras que permite mayores conexiones con todo el quehacer filosófico de Felipe Martínez Marzoa, un profesor que ha permitido entender –gracias a sus obras y a sus clases– a muchas generaciones de pensadores cuál era el problema filosófico de la Modernidad.

Se han intentado resumir aquí algunas de las tesis principales del libro (sobre todo las que tenían mayor relevancia para la filosofía del derecho), y contextualizarlas en el marco de la obra del autor. Se han dejado de tratar muchas conexiones a sabiendas, y otras muchas por descuido o por el simple hecho de no saberlas explicar mejor.

Sólo se ha pretendido resaltar aquí una obra que, pese a su complejidad, aborda el núcleo de muchos de los problemas de los que trata la filosofía jurídica. Si con los párrafos precedentes se ha conseguido suscitar el interés del lector por el libro, se ha cumplido sobradamente el objetivo propuesto. Sean estas líneas asimismo un humilde homenaje al profesor Felipe Martínez Marzoa en motivo de su jubilación. Esperemos que en los próximos años sigan apareciendo como frutos de su reflexión libros tan profundos como el que nos ha ocupado.

RAFAEL RAMIS BARCELÓ  
*Universitat Pompeu Fabra*  
*e-mail: rafael.ramis@upf.edu*



Felipe GONZÁLEZ VICÉN, *Escritos (1931-1949) (Con ocasión de su centenario)*, ed., trad. y notas de Carlos Marzán Trujillo y José M. García Gómez del Valle, Universidad de la Laguna, Sta. Cruz de Tenerife, 2009, 188 pp.

LUIS LLOREDO ALIX  
*Universidad Carlos III de Madrid*

**Palabras clave:** positivismo jurídico, pensamiento español, historia de las ideas, filosofía alemana.  
**Keywords:** legal positivism, Spanish thinking, history of ideas, German philosophy.

A las generaciones más jóvenes, como es el caso de la mía, el nombre de González Vicén no nos resulta del todo cercano. El canon iusfilosófico actual se debate entre una pléyade inacabable de nombres de raíz anglosajona, cuyas contribuciones delimitan el redil teórico de forma tan taxativa, que raramente hace falta salir de ese círculo para agotar todos los debates que hoy parecen tener importancia. En este caldo de cultivo, los jóvenes investigadores solemos estar abocados a una pérdida de contacto con fuentes de conocimiento enormemente fecundas, pero olvidadas o arrinconadas por imposiciones canónicas y por modas que, quizá no dentro de mucho tiempo, se revelen a su vez como anodinas. Creo que una de estas valiosas fuentes para la filosofía jurídica, condenadas por el momento a una suerte de hibernación, a ocupar tan sólo un lugar secundario en la rebotica del jurista, es la obra del profesor González Vicén.

En los anaqueles de las librerías y en las notas a pie de página del grueso de los tratados y monografías sobre filosofía del Derecho que solemos leer en la actualidad, se pueden encontrar innumerables referencias hasta al último de los matices que haya podido proponer un profesor inglés –o un profesor no inglés comentando a un profesor inglés– en la candente polémica

ca sobre el positivismo jurídico. Nos devanamos los sesos en discutir hasta las más íntimas minucias de lo que sucede al norte del canal de la Mancha o al otro lado del Atlántico –eso sí, sólo por encima del golfo de México– y no reparamos, por ejemplo, en las páginas que dedicó al tema un autor tan señalado como González Vicén. Páginas que, desde mi punto de vista, fueron capaces de condensar una reflexión verdaderamente profunda sobre problemas aún actuales para la filosofía del Derecho y que todavía necesitan ser pensadas.

Pero no sólo en el tema del positivismo, sino en muchos otros asuntos, conviene refrescarse en el oasis filosófico que nos brindó González Vicén. Su contribución a nuestra cultura intelectual va desde su abnegada labor como traductor hasta su actividad como conferenciante, pasando por sus meditados estudios histórico-filosóficos. Como traductor, es a él a quien debemos la versión española de obras tan fundamentales como el *Ensayo sobre una nueva teoría de la visión* y el *Tratado sobre los principios del conocimiento humano* de Berkeley –para la filosofía pura– o *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia* de John Austin –para la filosofía jurídica–. Pero también en el campo de la narrativa, fue González Vicén quien tradujo por vez primera el *Michael Koolhaas* de Heinrich von Kleist, una joya literaria de profunda sensibilidad hacia el Derecho, que inspiró a autores de los mundos más diversos, desde literatos como Franz Kafka hasta juristas como Rudolf von Jhering o filósofos como Ernst Bloch<sup>1</sup>. Y como filósofo del Derecho, por poner sólo unos ejemplos a vuelapluma, González Vicén fue autor de densos estudios sobre el positivismo jurídico, la teoría del Estado kantiana, la jurisprudencia de conceptos, el marxismo o las líneas iusfilosóficas de corte sociológico –como las de Jhering u Otto von Gierke–.

En todas estas aportaciones, que quizá sorprendan por su aparente heterogeneidad, latía un común impulso por escarbar en los fundamentos de nuestra cultura intelectual, por comprender el horizonte de pensamiento en el que estamos inmersos, desde una aproximación histórica a los problemas que nos aquejan. Para González Vicén, la propia noción de filosofía del Derecho era un concepto históricamente determinado, con una fecha de nacimiento y unas motivaciones culturales concretas, en las que es menester pe-

<sup>1</sup> Vid. B. HAMACHER, *Michael Koolhaas von Heinrich von Kleist (Erläuterungen und Dokumente)*, Reclam, Stuttgart, 2003, pp. 94 y ss. Vid. también J. RÜCKERT, „...Der Welt in der Pflicht verfallen...“, *Kleist-Jahrbuch 1988/89 (Internationales Kleist-Kolloquium)*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1986, pp. 375-403.

netrar para poder comprender en profundidad la misión de quien se dedica a cultivar esta rama del saber. A veces es el aliento de Hegel lo que se siente palpitando tras sus páginas, otras veces es el licor destilado del historicismo jurídico, y otras veces parece sentirse el flujo de la hermenéutica en versiones como la de Gadamer. Sea como sea, lo cierto es que, pese a la pluralidad de temas y autores con los que se enfrentó a lo largo de su vida, sus elecciones raramente se dejaban llevar por la casualidad. Además de una notable predilección por la filosofía germana –González Vicén hizo varias estancias en Alemania, donde terminó conociendo a la que después sería su mujer–, hay en su obra una tendencia irresistible a la investigación genealógica de los problemas teóricos, una preocupación por las crisis y las discontinuidades históricas y una convicción profunda sobre la importancia de las ideas en la conformación de nuestro mundo. Rememorando una frase de Josef Kohler –otro autor hoy olvidado al que dedicó su atención–, podría decirse que, para González Vicén, “toda filosofía del derecho que no se apoye en la historia del derecho es una ciencia que no tiene de tal más que el nombre”<sup>2</sup>.

Todavía está por hacer un estudio en profundidad del pensamiento y el significado de González Vicén; un autor que, como decía Elías Díaz, se encuentra entre “los viejos maestros”<sup>3</sup>, pero al que quizá no se le dedica la atención que en verdad merece. No sólo fue un gran conocedor de la cultura alemana, erudito en literatura y filosofía y auténtico políglota, sino que demostró una enorme talla de pensamiento, una finura poco común en el manejo de los textos, una honda capacidad de penetración en su sentido y una mente despierta para captar la sustancia del mundo que le rodeaba. Por otra parte, y en lo que se refiere a su significado para la filosofía del Derecho española, González Vicén constituye un hito en nuestra historia reciente: en una época como la del franquismo, en la que el ámbito jurídico estuvo copado por el iusnaturalismo católico apadrinado por el régimen, él siempre se mantuvo en una orientación de corte positivista, marginado en una isla –figurada y física, puesto que desarrolló su vida académica en la Universidad de la Laguna– de la que ya nunca nadie le apearía.

Con la publicación de este compendio de escritos que nos brinda la Universidad de la Laguna, gracias a los editores Carlos Marzán y José M. García

<sup>2</sup> KOHLER, Josef, cit. en F. TOMÁS Y VALIENTE, “Historiografía jurídica en la Europa Continental (1900-1975)”, en *Historia. Instituciones. Documentos*, núm. 5, 1978, p. 453.

<sup>3</sup> E. DÍAZ, “Felipe González Vicén: conciencia libertaria y filosofía del Derecho”, en ID., *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Madrid, 1994.

Gómez del Valle, se ofrecen una serie de documentos de enorme importancia para aproximarse a su figura y, por qué no, para animar a un estudio más pormenorizado de sus ideas. Además, en un contexto bibliográfico como en el que nos movemos, resulta estimulante poder volver a leer algunas páginas de González Vicén, tan llenas de auténtico aplomo filosófico y tan convencidas de la importancia de insertar la filosofía jurídica en el seno de la filosofía *lato sensu*. En este volumen que nos presentan los editores, apoyados por la inestimable ayuda del personal de la biblioteca que se ocupa del Fondo González Vicén (Ana Gutiérrez y Marta Ouviaña), se nos ofrecen una serie de textos de los años 1931-1949. Algunos de ellos son inéditos y otros muy desconocidos por haber sido publicados originalmente en revistas extranjeras –sobre todo alemanas– mientras que otros, como nos advierten los editores en su apostilla, habían quedado en el olvido por la distancia temporal que nos separa de ellos.

Además de los textos, al final del libro se incluye un apéndice documental de gran interés para el estudioso, en el que se dan a conocer algunos intercambios epistolares de González Vicén con personalidades intelectuales alemanas como Hans-Georg Gadamer, Max Kommerell o Karl Vossler. En último lugar, se adjunta una bibliografía del autor, desglosada a su vez en los apartados de “libros y artículos”, “recensiones”, “entrevistas” y “traducciones”. Para quien quiera confirmar lo señalado sobre el puesto de González Vicén en nuestra historia cultural, bastaría echar un vistazo a esas breves páginas; si el número de artículos y monografías no es extraordinario –pues no fue tanto un autor prolífico, como profundo y cuidadoso en sus investigaciones<sup>4</sup>–, llama la atención la cuantía y la naturaleza de las traducciones: las *Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho* de Hegel, *De la vida política y civil* de Francesco Guicciardini, *Autobiografía* de Giambattista Vico, la *Introducción a la teoría del derecho* de Kant, *La cultura de los griegos* y la *Correspondencia* de Nietzsche, la *Introducción a la historia del arte* de Arnold Hauser, o *El principio esperanza* de Ernst Bloch, son sólo algunas de las obras más relevantes que aparecen entre sus versiones. A la vista de la nómina, quizá no

<sup>4</sup> Como él mismo confesaba en una entrevista de 1986, “yo no publico un trabajo sin estar satisfecho de él –lo que no quiere decir, desde luego, que mi satisfacción sea, ni mucho menos, garantía de la bondad de lo publicado–, sin haber comprobado, y más de una vez, las citas y opiniones contenidas en el trabajo. Esto explica que trabaje lentamente y con muchas pausas; y no es de extrañar, por ello, que tenga arrinconados trabajos prácticamente terminados, pero en los que no he podido comprobar algún extremo que tengo por decisivo” F. GONZÁLEZ VICÉN, “Entrevista”, en *Doxa*, núm. 3, 1986, p. 325).

sea descabellada la comparación con otro autor central para la historia intelectual española, pensador profundo y traductor infatigable, como lo fue Manuel Sacristán. Otro caso, por cierto, de postergación y de olvido académico<sup>5</sup>.

El libro se abre con un breve texto de 1934, que González Vicén redactó como prólogo a su trabajo sobre la filosofía de Kant, y que pronunció en el primer ejercicio de oposición a una cátedra en las universidades de Sevilla y Granada. Recogido por los editores bajo el título de "La experiencia en la universidad alemana a principios de los años treinta", resulta interesante por su calado histórico y por el talante autobiográfico que incorpora. El autor resume su experiencia universitaria con Alemania, exponiendo los avatares de sus viajes de formación a ese país y dando cuenta, con ello, de la trágica situación que lo sacudió a partir de 1933. Es sobrecogedor leer las líneas de González Vicén al respecto: "la última vez que he visitado Alemania ha sido este año [1934]... He visto las Universidades desoladas y la consciencia docente y profesional de los maestros rotas en mil pedazos. Nicolai Hartmann era de los pocos que mantenía aún la prestancia de los buenos tiempos. La mayoría de los restantes profesores, Carl Schmitt, Emge, Stammeler, han terminado por rendirse a las circunstancias y plegarse al ambiente en una actitud que no es, naturalmente, aquí el sitio para calificar". Por aquel entonces, todavía no sabía que algo parecido iba a suceder también en España y que él mismo, en 1937, tendría que huir del país durante un lapso de casi diez años.

Después de este breve texto, que hace las veces de exordio, se abre una sección de "estudios". Aquí encontramos, en primer lugar, un trabajo sobre Kant y la filosofía del Estado (1934). Se trata de una versión del escrito que preparó para su primer ejercicio de oposición a cátedra, revisado y abreviado por los editores. Mucho más ampliadas y profundizadas, son las páginas que terminarán informando su artículo sobre Kant y el problema del Estado, publicado en la obra recopilatoria *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas)*. Aunque es una de las contribuciones más conocidas del autor, no viene mal volver a detenerse en ella. Además, resulta interesante hacerlo después de leer el prólogo anterior, en el que González Vicén daba cuenta de su periplo formativo por Alemania. Precisamente una de sus etapas fue Mar-

---

<sup>5</sup> Vid. C. LEMA AÑÓN, "Manuel Sacristán y la recepción española de György Lukács", *Universitas. Revista de filosofía, derecho y política*, núm. 7, 2008, pp. 87-108.

burgo, donde pudo familiarizarse con las aportaciones de la escuela neokantiana y donde adquirió el bagaje que se filtraría en su exposición de Kant. Con ello, introducía en España un enfoque novedoso respecto al filósofo de Königsberg, que hasta entonces había sido estudiado casi en exclusiva desde la veta epistemológica. En opinión de González Vicén, siguiendo de cerca a grandes como Natorp, los problemas jurídico-políticos eran de la mayor importancia para Kant, uno de los hilos rojos de su trayectoria. Y el problema del Estado, por encima de todos, constituía la clave de bóveda de su pensamiento político.

A continuación, los editores han colocado un breve escrito sobre Jacob Burckhardt y las crisis históricas. Se trata de una escueta introducción de 1946, que González Vicén redactó para su traducción de una obrita del historiador suizo: *Sobre las crisis y su historia*. Sin ser de la misma altura que su investigación sobre Kant, es un escrito interesante para conocer mejor a nuestro autor, para penetrar en su fuerte basamento historicista y su atenta sensibilidad hacia las discontinuidades del devenir histórico. En tercer lugar, cerrando esta sección inicial de “estudios”, en el volumen se recoge un artículo sobre “Berkeley y el problema de la realidad”. Se trata del prefacio a otro de los grandes trabajos de traducción de González Vicén. Al igual que nos sucedía con Kant, este texto reviste importancia por su papel en la transferencia de las ideas. Si con su planteamiento sobre el de Königsberg contribuyó a introducir en España una visión político-jurídica del pensamiento de Kant, con su versión y su trabajo sobre Berkeley ayudó a rehabilitar a un gran pensador condenado durante años al estatus de lo exótico. La tríada del empirismo, en efecto, se solía ceñir a Bacon, Locke y Hume, mientras que Berkeley quedaba relegado al papel de rareza libresca. Frente a semejante tendencia historiográfica, y haciéndose eco de un viraje interpretativo ya producido en Europa, González Vicén nos conminaba a tomar en consideración la obra de un clásico tan esencial. Y esto, que hoy quizá parezca obvio, no lo era tanto en 1948.

En la siguiente parte del volumen, titulada “artículos”, los editores han recopilado dos escritos publicados en revistas alemanas: “Unamuno y el problema de España”, de 1938, y “La figura de Don Quijote y el donquijotismo en el pensamiento de Miguel de Unamuno”, de 1943. Se trata de dos bellas piezas filosófico-literarias, a caballo entre la filosofía de la historia y el pensamiento político, entre la meditación sobre temas universales y la reflexión sobre cuestiones intrínsecamente españolas, sobre problemas de

nuestra historia y sobre tendencias tan intemporales como las que se derivan de una obra como el *Quijote*. Con ambos artículos se revela una faceta quizá algo desconocida de González Vicén y seguro que chocante para la comunidad de filósofos del Derecho. No obstante, se trata de un tema de investigación –el de Miguel de Unamuno– de gran importancia para reconstruir la historia cultural de nuestro país y para comprender sus derivas históricas recientes. Así lo ha entendido siempre Elías Díaz, quien ya le dedicó una monografía en los años sesenta<sup>6</sup> y quien sigue ocupándose de temas relacionados con el pensamiento político español. Que los filósofos del Derecho se vuelquen con avidez hacia todo campo de investigación procedente del extranjero, sin parar mientes en las enormes posibilidades que ofrece nuestra propia historia intelectual, es una deriva preocupante en tiempos en los que la recuperación de la memoria histórica se ha vuelto algo tan importante. Ojalá el ejemplo de González Vicén, aunque modestamente, sirva para llamar la atención en ese sentido.

El siguiente bloque del libro está dedicado a recopilar una serie de conferencias. Es una gran aportación de esta obra, porque todas ellas provienen del Archivo del Fondo González Vicén y, por consiguiente, nunca antes habían sido publicadas. Además del carácter inédito, y en relación con los dos anteriores artículos, siguen revelando aspectos algo ocultos del iusfilósofo español. La primera, de 1947, versa sobre “Don Quijote y la literatura universal”, en una línea que entronca con las dos contribuciones anteriores pero que se cierne con más decisión sobre el aspecto literario, saltando desde Unamuno hasta la comparación narrativa y caracterológica: en esta breve conferencia, González Vicén traza un cuadro de contrapuntos entre los personajes de Don Quijote, Don Juan y Hamlet. En una senda parecida se encuentra la siguiente conferencia, también de 1947, sobre “Fausto y el mito de Occidente”, en la que se retoma otro de los grandes mitos de la literatura universal. Cerrando este paseo intelectual por las regiones de la literatura, y en el mismo año que las anteriores, estaría el siguiente texto recopilado por los editores, que González Vicén dedicó al poeta Rainer Maria Rilke.

Aún dentro del bloque de las conferencias, nos encontramos con una contribución de más entidad filosófica que las tres incursiones precedentes, que nuestro autor dedicó a “los orígenes del Estado moderno”. Se trata de

---

<sup>6</sup> E. DÍAZ, *Revisión de Unamuno. Análisis crítico de su pensamiento político*, Tecnos, Madrid, 1968.

uno de los intereses más constantes en la trayectoria intelectual de González Vicén. Desde su trabajo sobre Kant y el problema del Estado, hasta sus estudios sobre el iuspositivismo, la cuestión del Estado moderno constituye el telón de fondo sobre el que se construyeron muchas de sus aportaciones. En este escrito, de 1947, se sienten las circunstancias de la segunda posguerra mundial: “el europeo se halla en la situación en la que pudieran hallarse los últimos vástagos de un linaje secular, que vieran repentinamente que la casa solariega que les albergaba desde hacía siglos comenzara a cuartearse y a hacerse inhabitable. ¿Qué camino tomar? ¿Reformar el edificio de arriba abajo? ¿Abandonar el viejo solar? He aquí también nuestra angustia, el dilema que como aro de fuego tiene prendida la existencia europea”. Con este horizonte en mente, y tratando de entender las derivas que han terminado conduciendo a la catástrofe desde la que escribe, así es como concluía: “se ha invertido aquella frase que Friedrich Jacobi, uno de los más excelsos representantes del humanismo a finales del siglo XVIII ponía a la cabeza de toda política: que el Estado se ha hecho para el hombre, no el hombre para el Estado”.

Marcadas por preocupaciones existenciales muy similares, se encuentran las dos conferencias que ponen fin a esta sección del volumen. La primera de ellas, pronunciada en 1949, versa sobre “la cultura y su crisis”. Retomando elementos que ya estaban en su breve escrito sobre Burckhardt, y que tocan de lleno en una de sus preocupaciones más perennes, González Vicén reflexionaba ahí sobre el concepto de crisis. Siempre desde una perspectiva histórico-filosófica, paseando a través de las obras de Ortega, Ganiwet, Nietzsche, Burke o Spengler, trazaba una genealogía de nuestra conciencia de la crisis, de las raíces que yacen en el fondo de nuestra sensación de acabamiento. Justo en tiempos como los que vivimos, resulta aleccionador leer las páginas de González Vicén. Citando algunas líneas y extrapolándolas a nuestra situación, no puede sino reconocerse una profunda analogía: “así han podido surgir unas generaciones que manejan y utilizan para su provecho los productos de una cultura milenaria, sin contacto ninguno con el sentido ético, con la fe científica y la dedicación humana que son la esencia de esta cultura y la condición que ha hecho posible aquellos productos... Es la época del “señorito insatisfecho” como la designó Don José Ortega y Gasset, que se nos revela en esas juventudes que acuden a las aulas universitarias en demanda, no del saber en su viejo sentido helénico, sino en busca de los resultados tangibles y técnicos de la cultura, desprendidos de

sus fundamentos ideales, entendidos como un algo susceptible de ser manejado en la lucha por la vida". En fin, y no menos marcado por esta sensación melancólica de acabamiento, por esta profunda desazón de crisis, se encuentra el último escrito de esta sección de conferencias, un obituario al historiador y filólogo alemán Max Kommerell, amigo a la vez de nuestro autor.

La siguiente parte del volumen está dedicada a recopilar una serie de recensiones, casi todas sobre libros alemanes y casi todas publicadas en revistas germanas. Se trata de un bloque interesante para conocer la rebotica del escritor, sus intereses, sus lecturas, su modo de aproximarse a los textos y su forma de entenderlos. Para el estudioso de la obra de González Vicén, si lo hubiere, resulta además atractivo en tanto que fuente de información: en unos años en los que aún era joven, en los que proseguía un itinerario formativo nunca acabado, pero en aquel entonces efervescente, estas breves recensiones dan cuenta de ese proceso. Concretamente, los editores recogen cinco reseñas: una sobre un libro de Werner Krauss dedicado al papel de Corneille como poeta político, otra sobre una obra de Martin Hellweg que versaba sobre el pensamiento de Rousseau, otra sobre cuatro tomos de Karl Vossler dedicados a la literatura del mundo románico, otra sobre un libro de Dietmar Westmeyer relativo al pensamiento de Donoso Cortés, y otra que reseñaba una antología de la poesía española realizada por J. F. Pastor y G. J. Geers. Además de los plurales intereses de González Vicén, en estas recensiones se siente su espíritu humanista, su necesidad por hibridar los distintos campos del saber y por la interpretación holística de la historia; algo que, lamentablemente, cada vez es más extraño en nuestra universidad hiper-especializada.

El último bloque del libro incluye dos artículos de prensa, publicados en *El Norte de Castilla* en 1931 y 1932. El primero de ellos, "Lo más anarquizante", es un bello testimonio de la convulsa época en la que se escribió, un llamamiento a la colaboración de todos los españoles en el futuro de su país y una reivindicación de la democracia. Criticando la retórica de quienes clamaban por un nuevo líder, por una nueva versión de dictadura autoritaria, y censurando que para ello se apoyaran en un vacío patriotismo, se despachaba con las siguientes palabras: "no es patriota quien se siente orgulloso de haber nacido en la patria de Cervantes o Isabel la Católica, sino aquel que exalta y afirma su nación. El que se siente parte integrante de un país que en la lucha por la Cultura y la Prosperidad, ha sabido colocarse en las avanzadas, merced a sí propio. El patriotismo es cariño y orgullo, por las calidades

verdaderamente valiosas de la comunidad a la que se pertenece". Sorprende que frases como ésta, pronunciadas hoy una vez más, sigan teniendo tanta actualidad, tanto valor para generar una cultura del patriotismo laica, cívica, aupada en los valores de la cultura y del trabajo colectivo, y no en la exaltación histórica de vacuos referentes simbólicos. El siguiente artículo recogido en el volumen se titula "Sendas de las revoluciones. El triunfo del individuo", y se trata de una contribución periodística, un tanto críptica, sobre el sentido de la revolución en la historia y su papel en la vida política.

Con estos escritos se cierra el volumen, del que sólo quedarían por comentar los dos apartados finales: uno en el que se recogen intercambios de correspondencia (una tarjeta postal y una carta de Gadamer, otra tarjeta postal de Max Kommerell, y dos cartas y una postal de Karl Vossler a González Vicén) y otro en el que se da cuenta de la bibliografía del autor. De la parte documental resulta interesante que se hayan incluido en fotocopia los documentos originales; de la parte bibliográfica se agradece poder disponer de un catálogo completo de las obras publicadas: si entre los jóvenes reina un desconocimiento bastante notable hacia González Vicén, esta es una buena oportunidad para acercarse a su pensamiento. La breve pero enjundiosa apostilla de los editores, al final del libro, quizá también sea un aliciente para acercarse a su figura, un personaje situado entre dos mundos, la España de Franco y la Alemania hitleriana. Un personaje que, por tanto, se encontraba marcado por el espíritu trágico de una Europa desgarrada. Inmerso en ese *pathos* histórico, su personalidad intelectual, sus ideas y su sensibilidad filosófica se fraguaron marcadas por la crisis. Pese a que la situación hoy sea otra, hay muchos rasgos que nos emparentan con ese tiempo. Y los escritos de este viejo maestro, todavía hoy, constituyen una fuente de enseñanzas verdaderamente fructífera.

LUIS LLOREDO ALIX  
Universidad Carlos III de Madrid  
e-mail: lloredo@inst.uc3m.es

**Silvina RIBOTTA, *John Rawls. Sobre (des)igualdad y justicia,*  
Dykinson, Madrid, 2009, 368 pp.**

CRISTIÁN A. FATAUROS  
*Universidad Nacional de Córdoba*

**Palabras clave:** filosofía política, igualitarismo.  
**Keywords:** political philosophy, egalitarianism.

Las desigualdades económicas a las que nos enfrentamos diariamente en nuestras sociedades contemporáneas son enormes. Las crisis económicas de estos últimos años han profundizado y colocado en situaciones de miseria a grandes sectores de la población mundial. Sin asistencia sanitaria, sin contención social, sin un sistema que brinde seguridad ante el fenómeno cada vez más extendido del empleo precario o del desempleo han hecho crecer hasta niveles impensados la pobreza y la desigualdad. ¿Cuál es el análisis de esta situación de desigualdad creciente? ¿Cuáles son las herramientas conceptuales con las que pensamos la desigualdad económica, política y estructural? ¿Cómo podemos evaluar si las instituciones de una sociedad son justas o no? En este contexto social la labor de los filósofos políticos es útil y podría decirse indispensable. John Rawls elaboró una teoría de la justicia que nos ayuda a responder estas preguntas. El diseño institucional debe ser justo y dar cuenta de nuestras intuiciones fundamentales respecto cómo deben ser tratadas las personas. Construyó una teoría que proporciona los criterios últimos con los que evaluar los arreglos institucionales concretos de nuestras sociedades y determinar cuáles de todas las desigualdades que padecemos están realmente justificadas y cuáles no. Al menos en ese ámbito John Rawls abrió senderos de pensamiento inexplorados hasta no hace mucho.

Sin embargo muchos intelectuales, disconformes con la estructura de la concepción de justicia de Rawls, se volcaron a desmontarla desde sus ci-

mientos para descubrir si sus fundamentos eran tan sólidos como aparentaban y si sus conclusiones eran convincentes o no. En este sentido la obra de Silvina Ribotta, a través de una crítica detallada y minuciosa de la teoría de la justicia de John Rawls, posa su mirada y su pensamiento en el mundo real donde las personas de carne y hueso son las que sufren desigualdades concretas. Como afirma la autora en la introducción de su libro "...las exigencias de justicia del mundo actual requieren criterios de justicia aún más igualitarios." (pág. 16). Este libro es una parte de la tesis doctoral de Silvina Ribotta. Fue presentada en la Universidad Carlos III de Madrid, y nos sorprende gratamente porque hace frente a un gran desafío, porque asume la tarea de echar luz sobre la obra de éste intelectual y porque ha invertido muchos de estos años en investigar la literatura especializada sobre Rawls. Ha trabajado con algunos de los mayores críticos de la obra de Rawls: en Oxford con el fallecido Gerald Cohen y en Lovaina con Phillippe Van Parijs. Junto al grupo de docentes de la Universidad Carlos III de Madrid y al grupo de investigadores del Instituto Bartolomé de las Casas, Silvina Ribotta ha desarrollado su trabajo doctoral.

La estructura del libro se divide en cuatro capítulos. Desde el título nos aclara que su propósito es revelar las fallas de la teoría de Rawls, y fundamentar la conclusión de que sus presupuestos, al ser "...juzgados desde un prisma igualitario severo..." (pág. 17), desnudan un déficit de igualdad real. Por esta razón Ribotta sostiene que "el planteamiento igualitarista exige incorporar un criterio de corrección de nivelación igualitaria o de cierto equilibrio igualitario..." (pág. 158). El objetivo de exponer ampliamente los argumentos y las objeciones contra la teoría de John Rawls, no es tarea fácil. Existe gran cantidad de literatura y la teoría ha sido analizada casi por completo. Por esto mismo, considero mejor elaborar un breve comentario general de cada capítulo y describir finalmente lo que creo que son las tesis centrales del libro.

El *capítulo primero* está dedicado a introducirnos en la discusión más actual acerca de las teorías de la justicia contemporáneas. Tal es la importancia de este filósofo, que hasta sus mayores críticos, ya sea de la rama del igualitarismo más extremo, como del libertarianismo más acérrimo, toman como punto de partida los argumentos expuestos en *A Theory of Justice*, por lo que no parece desacertada la importancia de ubicar el plano en que se mueve esta teoría. Afirma que, si tomamos la clasificación de las teorías liberales, en solidaristas o propietaristas (por ejemplo, la teoría de John Locke), o aquellas teorías que utilizan principios agregativos (por ejemplo, el utilitarismo)

o principios distributivos, la teoría de la justicia rawlsiana puede encuadrarse como "...liberal de enfoque solidarista que utiliza como criterio distributivo tanto los resultados como las oportunidades, desde un principio distributivo y no agregativo..." (pág. 29).

En el *capítulo segundo*, la autora entra de lleno en la arquitectura conceptual de la teoría rawlsiana. Analiza el marco en el que se desarrollan los presupuestos de la concepción rawlsiana, la teoría del bien de esta concepción y lo que la autora cree su error más profundo, esto es, la configuración de la métrica de la justicia. La métrica de la teoría de la justicia rawlsiana se estructura sobre el concepto de bienes sociales primarios y la crítica de Ribotta apunta en forma directa hacia: a) el contenido del índice de bienes sociales primarios, b) el criterio con el que distingue entre bienes sociales y bienes naturales; y c) su incidencia en la configuración de las posiciones sociales relevantes para juzgar la equidad de los arreglos institucionales. La autora considera que este error es uno de los más importantes dentro de la teoría de Rawls, razón por la cual titula la sección: "El yerro rawlsiano" (pág. 76).

En el *capítulo tercero*, se analizan los principios de justicia rawlsianos, haciendo especial referencia a la crítica y discusión del principio de la diferencia, elemento fundamental en la concepción de justicia de Rawls. A su vez analiza las diferentes formas en que este principio se ha expresado a lo largo de los trabajos de Rawls, la crítica que le realiza el profesor Herbert L. A. Hart y las modificaciones introducidas en su teoría para dar cuenta de la respuesta a esta crítica. En esta sección Ribotta se hace eco de las dudas que ya había expresado Brian Barry sobre la determinación de las desigualdades económicas y sociales. Particularmente interesante en el análisis del principio de la diferencia, es la exposición del debate acerca del rol de los incentivos económicos y la reconstrucción de la crítica de Cohen al respecto.

En el *capítulo cuarto*, se evalúa la conflictiva relación que en la concepción de Rawls tienen el valor de la igualdad y el de la libertad. Sostiene que la interpretación correcta de la libertad es la libertad real. En esta libertad real, para que las personas puedan llevar adelante un plan de vida, se deben tener en cuenta las capacidades básicas de las personas, pero también las necesidades básicas. En el análisis de la igualdad y la libertad, la autora parece sentirse más cómoda, y nos brinda además un análisis de la teoría de la justicia de Ronald Dworkin. La autora comparte con éste la idea de que una adecuada concepción de la igualdad incluye tener en cuenta una adecuada concepción de la libertad, y que éstas no pueden estar en conflicto porque

*"...condenar o desprestigiar uno de estos valores para ensalzar el otro implica no haber comprendido ninguno de los dos..."* (pág. 323).

Respecto de las principales tesis del libro, lo que me parece más interesante para destacar es la discusión que se establece respecto al marco teórico. Gran parte del debate en torno a la obra de Rawls gira sobre su particular enfoque metodológico, especialmente sobre la idea de la posición original, el recurso al velo de la ignorancia y la configuración de los principios de justicia que serían elegidos en dicha situación. Los principales argumentos que la profesora Ribotta retoma son los presentados en contra de la concepción de persona y la concepción de sociedad, intuiciones que son centrales en la teoría rawlsiana, y que la llevan a dudar de la plausibilidad de la situación inicial de igualdad, porque según la autora no iguala realmente a las personas. Entre los críticos que menciona se encuentran Brian Barry, Amartya Sen y Jesús I. Martínez García. Debemos entender que hace suya la crítica respecto a la concepción de sociedad cuando afirma que *"...es ingenua y simplista, sin dinamismo interno y teoría del cambio social..."* (pág. 40). Sin embargo, no se debe perder de vista que la concepción de la sociedad que Rawls tiene en mente es una concepción normativa. Es decir, expresa una visión de cómo la sociedad *debería* concebirse.

Sobre la concepción de persona rawlsiana, la autora está de acuerdo en que *"...lo que hace Rawls es establecer el modelo del actual hombre medio occidental..."* (pág. 56). En este sentido resulta útil interpretar que la visión de los individuos en la posición original también es normativa. Es decir que *deberían* concebirse como si fueran personas libres e iguales. Es por esta razón que los principios de la teoría de la justicia rawlsiana son los que elegirían individuos que se conciben a sí mismos como libres e iguales para evaluar sus arreglos institucionales en una sociedad que es concebida como una empresa cooperativa. En este punto la autora desarrolla de manera extensa las principales críticas que Brian Barry hace a Rawls por argumentar en círculo y porque construye su situación inicial para que los principios elegidos sean efectivamente los que él propone. Una vez que objeta los presupuestos metodológicos de la concepción rawlsiana sus críticas se expanden hacia la teoría restringida del bien y hacia la configuración de los bienes sociales primarios que se derivan de ella. Respecto a la teoría del bien, la autora piensa que responde a una concepción de racionalidad economicista, que deja de lado la idea de necesidades básicas y que por eso mismo, la noción de bienes sociales primarios resulta espuria. Precisamente por esto critica: *"...la lista de bienes primarios no se explica*

*desde las exigencias de justicia sino al revés, ya que estos bienes constituyen una de las premisas desde la que se deriva la elección de los principios del derecho.”* (pág. 81).

Otra de las importantes cuestiones que se debaten es la falta de sensibilidad que la teoría de la justicia rawlsiana tiene respecto a las personas con capacidades diferentes y que generan necesidades especiales. Afirma que a pesar de ser sensible a las diferencias en preferencias y hacer responsable a las personas por la concepción particular del bien que lleven adelante, no presta adecuada atención a las personas que no han decidido tener alguna discapacidad y que la mayor cantidad de bienes sociales primarios que reclaman está fundada en estas necesidades especiales. Tampoco son tenidas en cuenta en la configuración de las posiciones relevantes para evaluar las instituciones. Si la posición de la persona representativa de la posición de los menos favorecidos se mide en términos de bienes sociales, aquellos que están en mejor posición pero tienen menos bienes naturales, quedarían afuera de la consideración de menos favorecidos y por lo tanto excluidos de las posiciones relevantes para evaluar la equidad de los arreglos institucionales de la sociedad. Así la autora afirma “*Mi crítica pasa [...] por no compartir [...] que la salud, la inteligencia, la imaginación y el vigor sean simplemente bienes naturales no influidos [...] por la estructura social.*” (pág. 100). Esto le llevaría a Rawls a “*...permitir [...] desigualdades que impiden [...] la consecución de la justicia como equidad que pretende configurar.*” (pág. 100). Para la autora todos los bienes son bienes sociales en el sentido en que son influidos por la distribución de bienes que la estructura básica realiza. (pág. 102-115).

Podemos mencionar que en el libro se conjugan el respeto y el ánimo propio de quien, antes de convencerse por un argumento, necesita probarlo y demostrarlo ante sí mismo. Se logra un conocimiento detallado del trabajo de Rawls, y no me refiero sólo a su libro *A Theory of Justice*, sino también a los trabajos previos, y los que luego de aquél involucraron alguna reforma posterior a su concepción liberal e igualitaria de justicia. Junto con estas características es destacable el manejo de otras teorías de autores contemporáneos como Brian Barry, Amartya Sen, Ronald Dworkin y Gerald Cohen. Estos autores han apoyado gran parte de sus propias teorías sobre la teoría de Rawls, ya sea en lo que han criticado o en lo que han concedido. De estos autores Silvina Ribotta conoce sus trabajos, los describe y expone de tal manera que estimula a la búsqueda y la investigación.

En una época en que las posibilidades de la técnica y de la tecnología no han satisfecho las promesas que pensamos cumplirían respecto a la elimina-

ción del hambre y la miseria de este mundo, sigue siendo importante el trabajo diario, el esfuerzo del pensamiento, la dedicación humanista y la férrea voluntad de construir mejores teorías, herramientas conceptuales más útiles, y afinar nuestros argumentos para que primero como teoría plausible y luego como realidad un mundo más y realmente igualitario sea posible. El libro de Silvina Ribotta nos invita al debate y a seguir pensando en nuestras propias convicciones, en los criterios que utilizamos para juzgar como inequitativa una institución y qué tipo de teoría podría articular nuestras intuiciones sobre la justicia. Nos invita a pensar en la situación de aquellos que no han sido tenidos en cuenta hasta ahora en los debates acerca de la justicia y en las posibilidades reales de una libertad también real, en la que cada uno pueda desarrollar un plan de vida adecuado a sus necesidades y capacidades. Dar cuenta de forma acabada y coherente de nuestras intuiciones sobre la justicia real es una de las principales tareas a las que debemos dedicarnos como filósofos políticos comprometidos con un ideal de justicia. El libro *John Rawls. Sobre (des)igualdad y justicia*, avanza decididamente en ese sentido, y será un libro de mucha utilidad para los interesados en la teoría de la justicia de John Rawls, y en la filosofía política en general.

CRISTIÁN A. FATAUROS

*Universidad Nacional de Córdoba*

*e-mail: cristian-fatauros@derecho.unc.edu.ar*

## PARTICIPANTES EN ESTE NÚMERO

GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid y Presidente del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la citada Universidad. Entre sus obras recientes destacan: *Ética, poder y derecho* (1995), *Curso de derechos fundamentales* (1995), *La democracia en España* (1996), *Derechos sociales y positivismo jurídico* (1999), *La dignidad de la persona desde la Filosofía del derecho* (2002) *Lecciones de derechos fundamentales* (2004), *La España civil* (2006) *Educación para la ciudadanía y los derechos humanos* (2008). Es codirector de la *Historia de los derechos fundamentales* de la que se ha publicado el Tomo I: siglos XVI y XVII (1998), el Tomo II: siglo XVIII (2001) y el Tomo III: el siglo XIX (2009). Es Doctor *honoris causa* por la UNED, por la Saint Louis University, por la Universidad de Vigo, por el Middelbury College, por la Université de Toulouse, por la Università degli Studi del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro" y por la Universidad de Jaén. Rector de la Universidad Carlos III de Madrid desde 1989 hasta abril de 2007.

EDUARDO J. RUIZ VIEYTEZ

Profesor Titular de Derecho constitucional de la Universidad de Deusto y director del Instituto de Derechos Humanos de la misma Universidad. Ha sido asesor jurídico del Ararteko (Defensor del Pueblo del País Vasco) y actúa ocasionalmente como experto independiente del Consejo de Europa en cuestiones relacionadas con los derechos de las minorías y la interculturalidad. Ha impartido cursos en diversas universidades europeas y ha publicado varios libros y artículos en temas relacionados con las políticas de inmigración, los derechos de las minorías o la gestión de la diversidad religiosa, lingüística o cultural.

RICARDO GARCÍA MANRIQUE

Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona. Es autor de los libros *La filosofía de los derechos humanos durante el franquismo* (Madrid, 1996), *Derechos humanos e injusticias cotidianas* (Bogotá, 2004), *El valor de la seguridad jurídica* (México, 2007) y *La medida de lo humano: ensayos de bioética y cine* (Barcelona, 2008). Con Mario Ruiz, ha coordinado el libro *El derecho en el cine español contemporáneo* (Valencia, 2009).

ASIER MARTINEZ DE BRINGAS

Doctor en Derecho y profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Girona. Ha desarrollado su actividad teórica en el campo de los derechos humanos con numerosas instituciones académicas y sociales, tanto de Europa como de América Latina. Dirigió el Programa de formación de representantes indígenas que la Universidad de Deusto posee con la Ofical del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Ginebra. Posee numerosos trabajos y publicaciones en relación a la Teoría social y fundamentación de los derechos humanos, diversidad cultural y derechos humanos, constitucionalismo y multiculturalismo, interculturalidad y los derechos de los pueblos indígenas.

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Es autor, entre otras obras, de *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos* (1984), *Estudios de Ética Jurídica* (1990), *Filosofía Política y Derecho* (1995), *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: la racionalidad política*, (1997) y *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita* (2001). Asimismo es autor de numerosos artículos en revistas especializadas. Es codirector de la *Historia de los derechos fundamentales* de la que se ha publicado el Tomo I: siglos XVI y XVII (1998), el Tomo II: siglo XVIII (2001) y el Tomo III: el siglo XIX (2009).

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE

Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Es autor de *Pluralismo cultural y derechos de las minorías. Una aproximación iusfilosófica* (2005) y *La polémica liberal comunitarista. Paisajes después de la batalla* (2005) y editor de *Una discusión sobre la gestión la diversidad cultural* (2008). Ha realizado dos estancias de investigación en la Universidad de Oxford bajo la supervisión de Joseph Raz. Secretario de la revista *Derechos y Libertades*. Coordinador del Taller pluralismo cultural, minorías y cooperación solidaria y de varias secciones de la Cátedra Norberto Bobbio de igualdad y no discriminación.

M<sup>a</sup> OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ

Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cantabria y miembro vocal experto del Observatorio Cántabro de Apoyo a las Familias. Ha trabajado en diversos temas relativos a los derechos humanos, entre los que cabe destacar su tesis doctoral sobre el derecho de huelga, y cuestiones relativas a los derechos de la mujer y la familia. Es autora de tres monografías: *La huelga ante el Derecho. Conflictos, valores y normas* (1994), *La mujer en José Castán Tobeñas* (2002), y *Los principios en el Derecho y la dogmática penal* (2004).

MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS

Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid y Vicedecana del Doble Grado en Derecho y Ciencias Políticas y de los Estudios Combinados en Derecho y Ciencias Políticas y de la Administración. Responsable de la *Clínica jurídica* del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" y de la línea relativa a "Grupos vulnerables" del equipo Consolider Huri-Age. Ha publicado "Derechos civiles y políticos de las mujeres" y "Exigibilidad de los derechos sociales y democracia".

FLORABEL QUISPE REMÓN

Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid. Sus líneas de investigación versan sobre: la cooperación internacional, procesos de integración en América Latina, y especialmente la protección internacional de los derechos humanos. Autora de diversos artículos y colaboraciones en diversas obras colectivas. Autora del libro *Debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano* (2010). Ha realizado estancia de investigación en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Miembro del Consejo editorial de la Revista Española de Relaciones Internacionales, del Comité Científico Externo de la Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, y del Centro de Estudios de Iberoamérica.

RODRIGO SANTIAGO JUÁREZ

Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Ha defendido la tesis doctoral "Lealtades compartidas. Hacia una ciudadanía multilateral", el 25 de abril de 2008, con la calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad. Candidato a Investigador Nacional del Sistema Nacional de Investigadores, desde enero de 2010. Tiene artículos publicados en distintas revistas de Argentina, España y México.



## 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 200 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 los **trabajos por triplicado** y en **soporte informático PC Word**. Para facilitar el **anonimato** en el informe externo, en dos de estas copias se deben omitir las referencias al autor del artículo. En una hoja aparte, se deben incluir los datos del autor, dirección de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas. Los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista y 20 separatas.

Derechos y Libertades establece el uso de las siguientes **reglas de cita** como condición para la aceptación de los trabajos:

**Libros:** E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

**Trabajos incluidos en volúmenes colectivos:** G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A. García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derecho del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semántica 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; F. LAPORTA, L. HIERRO y V. ZAPATERO, "Algunas observaciones sobre la situación de la Filosofía del Derecho en la actualidad" en VV.AA., *La Filosofía del Derecho en España*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 15, 1975, pp. 93-120.

Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión *cit.*. Como por ejemplo, (p. ej.: M. WEBER, "La política como vocación", en *íd.*, *El político y el científico*, *cit.*, nota 5).

## INSTRUCTIONS FOR PUBLISHING ARTICLES IN DERECHOS Y LIBERTADES

Instructions for authors established following the norm AENOR UNE 50-133-94 (equivalent to ISO 215:1986) about *Presentation of articles in periodic and serial publications* and following the norm AENOR UNE 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1687) about *Bibliographic references*.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12 and space 1,5, is 30 pages aprox. Books reviews maximum length should be 10 pages with 1,5 space. Also It has to be submitted an abstract of 10 lines with a maximum of 200 words and some keywords (max. 5) both in Spanish and English.

Originals will be submitted to an anonymous and external referee that could : a) advise their publication b) not advise their publication c) propose some changes. Derechos y Libertades will not consider the publication of articles which had been submitted to other reviews. An original should be submitted to Derechos y Libertades as a compromise that the manuscript will not be sent for any other publication while the time it is under Derechos y Libertades consideration for publishing. Originals will not be returned to their authors.

-Articles should be submitted in triplicate in Pc Word format. For facilitating the anonymity of the external referee, in two of these copies, author's details should be omitted. In a separate sheet of paper, It should be included these details: author's name, University's address, author's e-mail address and a brief five-lines CV.

-Authors of the published articles will receive an issue of the review and twenty copies of their own article.

-Originals should be submitted in Spanish.

Derechos y Libertades establish the use of the following reference's rules as a condition for accepting the articles:

**Books:** E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

**Articles included in collective works:** G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A. García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derecho del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semántica 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.

**Articles included in periodic publications:** N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm 1, 1981, pp. 2-28; F. LAPORTA, L. HIERRO y V. ZAPATERO, "Algunas observaciones sobre la situación de la Filosofía del Derecho en la actualidad" en VV.AA., *La Filosofía del Derecho en España*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 15, 1975, pp. 93-120.

In order to avoiding the repetition of references is recommended the use of the expression *cit.*. As for instance, (M. WEBER, "La política como vocación", en *íd.*, *El político y el científico*, *cit.*, nota 5).



DERECHOS Y LIBERTADES  
Periodicidad semestral (enero-junio)

SUSCRIPCIONES (envío incluido)

*Suscripción formato papel*

---

2 números 36,00 €  
Número suelto 20,00 €

*Suscripción on-line*

---

2 números 35,00 €  
Número suelto 19,00 €  
Artículo suelto 6,00 €



# DERECHOS Y LIBERTADES

## BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Deseo suscribirme a “Derechos y Libertades” (Año 2010), dos números al año

Abonaré la cantidad de 36,00 € (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](mailto:info@dykinson.com) para buscar otra forma de pago)

Titular de la cuenta \_\_\_\_\_

Datos de la cuenta:

Firma (imprescindible)

Fecha:

Remitir a Dykinson, S.L. (C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid – Fax 915446040)

Los datos que nos facilite serán tratados con la máxima confidencialidad. Serán incorporados a nuestros ficheros a efectos de informarle sobre bibliografía, teniendo usted derecho a solicitar su consulta, actualización o anulación.

