

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

 FUNDACIÓN CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

FG
PB FUNDACIÓN
GREGORIO PECES-BARBA
PARA EL ESTUDIO Y COOPERACIÓN
EN DERECHOS HUMANOS

«Libertad para ser libres»

 Ophir, S.L.
EDITORIAL



**DERECHOS Y
LIBERTADES**
#53
REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHOS HUMANOS

DERECHOS Y LIBERTADES

Número 53, Época II, Junio 2025



FECYT 1000/2024
Resolución de certificación: 20 de mayo de 2021 (1ª convocatoria)
Válida hasta: 24 de julio de 2025

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

FP FUNDACIÓN CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

**FG
PB** FUNDACIÓN
GREGORIO PECES-BARBA
PARA EL ESTUDIO Y COOPERACIÓN
EN DERECHOS HUMANOS

«Libertad para ser libres»

Dykinson, S.L.

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

La Revista superó la VIII Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y renovó el Sello de Calidad FECYT hasta 2024.

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

Redacción y Administración

Revista Derechos y Libertades
Instituto de Derechos Humanos
Gregorio Peces-Barba
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid, 126
28903 Getafe (Madrid)

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

Adquisición y suscripciones



Suscripción en papel

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

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

Suscripción versión electrónica (revista en pdf)

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

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba

ISSN: 1133-0937

Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:

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

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

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

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

Derechos y Libertades

Dirección:

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

Subdirección:

JAVIER DORADO PORRAS (Universidad Carlos III de Madrid)

Secretaría:

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

Coordinación:

ISABEL GARCÍA SÁNCHEZ-MAYORAL (Universidad Carlos III de Madrid)

SEBASTIÁN IBARRA GONZÁLEZ (Universidad Carlos III de Madrid)

Consejo Científico

RAFAEL DE ASÍS ROIG (Universidad Carlos III de Madrid)

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG (Universitat de València)

MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS (Universidad Carlos III de Madrid)

EMILIA BEA PÉREZ (Universidad de Valencia)

RICARDO CARACCILO (Universidad Nacional de Córdoba)

THOMAS CASADEI (Università di Modena e Reggio Emilia)

VERONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS (Universidad de París-Nanterre)

MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE (Universidad Carlos III de Madrid)

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA (Universidad Carlos III de Madrid)

CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA (Universidad Carlos III de Madrid)

ALESSANDRA FACCHI (Università di Milano)

VINCENZO FERRARI (Università di Milano)

JOSÉ GARCÍA AÑÓN (Universitat de València)

RICARDO GARCÍA MANRIQUE (Universitat de Barcelona)

CRISTINA GARCÍA PASCUAL (Universitat de València)

ORSETTA GIOLO (Università di Ferrara)

MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS (Universidad de Zaragoza)

CRISTINA GUILLARTE CALERO (Universidad de Valladolid)

TOMMASO GRECO (Università di Pisa)

MARCELA GUTIÉRREZ (Universidad de Externado)

GIULIA MARIA LABRIOLA (Università Suor Orsola Benincasa (Napoli))

MASSIMO LA TORRE (Università Magna Graecia di Catanzaro)

MARINA LALATTA COSTERBOSA (Università di Bologna)

MIGLE LAUKYTE (Universitat Pompeu Fabra)

CARLOS LEMA AÑÓN (Universidad Carlos III de Madrid)

JAVIER DE LUCAS MARTÍN (Universitat de València)

FERNANDO LLANO ALONSO (Universidad de Sevilla)

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

ANA MARCOS DEL CANO (Universidad Nacional de Educación a Distancia)

JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA (Universidad de Cantabria)
LORENZO MILAZZO (Università di Pisa)
CRISTINA MONEREO ATIENZA (Universidad de Málaga)
NÉSTOR OSUNA (Universidad Externado de Colombia)
BALDASSARE PASTORE (Università di Ferrara)
ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE (Universidad de Cantabria)
ANTONIO E. PÉREZ LUÑO (Universidad de Sevilla)
TERESA PICONTO NOGALES (Universidad de Zaragoza)
ANDREA PORCIELLO (Università di Catania)
SUSANNA POZZOLO (Universidad de Brescia)
ALBERTO DEL REAL ALCALÁ (Universidad de Jaén)
RAMÓN RUIZ RUIZ (Universidad de Jaén)
OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ (Universidad de Cantabria)
ÁNGELES SOLANES CORELLA (Universitat de València)
JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN (Universidad de Cantabria)
FRANCESCO RICCOBONO (Università Federico II di Napoli)
JOSÉ LUIS REY PÉREZ (Universidad Pontificia de Comillas)
AGUSTÍN SQUELLA (Universidad de Valparaíso)
GUSTAVO ZAGREBELSKY (Università di Torino)
FRANCESCO ZANETTI (Università di Modena e Reggio Emilia)

Consejo de Redacción

SUSANA ÁLVAREZ GONZÁLEZ (Universidad de Vigo)
DIEGO BLÁZQUEZ MARTÍN (Universidad Carlos III de Madrid)
IGNACIO CAMPOY CERVERA (Universidad Carlos III de Madrid)
PATRICIA CUENCA GÓMEZ (Universidad Carlos III de Madrid)
ANA GARRIGA DOMÍNGUEZ (Universidad de Vigo)
JOSÉ ANTONIO LÓPEZ GARCÍA (Universidad de Jaén)
ANGEL LLAMAS CASCÓN (Universidad Carlos III de Madrid)
VANESA MORENTE PARRA (Universidad Pontificia de Comillas)
MARÍA DOLORES PÉREZ JARABA (Universidad de Jaén)
MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS (Universidad de Alcalá)
SILVINA RIBOTTA (Universidad Carlos III de Madrid)
MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP (Universidad Carlos III de Madrid)
JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ URIBES (Universidad Carlos III de Madrid)
NICOLÁS SISINNI CASQUERO (Universidad Carlos III de Madrid)

Sentido de la Revista

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

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

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

ÍNDICE

Nota del Director	11

Elías Díaz. <i>In memoriam</i>. Un legado de compromiso con la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos.....	17
<i>A legacy of commitment with democracy, Rule of Law and human rights</i>	

RAFAEL DE ASÍS

Monográfico **“TEORÍAS CRÍTICAS Y DERECHOS HUMANOS”**

Presentación	27

MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE - CARLOS LEMA AÑÓN - SILVINA RIBOTTA

Desafíos para repensar una concepción crítica del Derecho en el siglo XXI	33

*Challenges for rethinking a critical concept
of Law in the 21st century*

ANTONIO CARLOS WOLKMER

Iusfeminismo y pacifismo jurídico. Teorías críticas del Derecho y el repudio incondicional de la guerra	53

*Legal feminism and legal pacifism. Critical theories of Law
and the unconditional repudiation of war*

ORSETTA GIOLO

La categoría como demarcación: el debate sobre personas defensoras de derechos humanos en la Unión Europea	87
<i>Categories as boundaries: the debate on human rights defenders in the European Union</i>	

DOLORES MORONDO TARAMUNDI

La edad senil desde una perspectiva crítica: en busca de una teoría	115
<i>Old age from a critical perspective: In search of a theory</i>	

MARIA GIULIA BERNARDINI

Teoría crítica (del Derecho) desde el pensamiento latino americano de liberación.....	139
<i>Critical theory (of law) from Latin American liberation thought</i>	

DAVID SÁNCHEZ RUBIO

Derechos humanos: usos, abusos, desusos y demás	175
<i>Human rights: uses, abuses, disuses and others</i>	

ANDRÉS ROSSETTI

Derecho internacional contra la irracionalidad imperante	191
<i>International Law against reigning irrationality</i>	

CAROL PRONER

ARTÍCULOS

La utilización de perfiles étnicos como una práctica de discriminación sistémica de carácter institucional: Análisis de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Wa Baile contra Suiza	211
<i>Ethnic profiling as a practice of systemic institutional discrimination: an analysis of the judgment of the European Court of Human Rights in Wa Baile v. Switzerland</i>	

ANDRÉS GASCÓN CUENCA

La enseñanza de creencias o cosmovisiones no religiosas en la escuela pública en el ordenamiento jurídico inglés.....	239
<i>The teaching of non-religious beliefs or worldviews in public schools in the English legal system</i>	

JOSÉ RAMÓN POLO SABAU

La vestimenta religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	271
<i>Religious dress in the jurisprudence of the European Court of Human Rights</i>	

GONZALO FERNÁNDEZ CODINA

Desafíos de la política migratoria española en el siglo XXI	305
<i>Challenges of Spanish migration policy in the 21st century</i>	

ANGELES SOLANES CORELLA

RECENSIONES

Fernando H. LLANO ALONSO, <i>Homo Ex Machina. Ética de la inteligencia artificial y Derecho digital ante el horizonte de la singularidad tecnológica.....</i>	345

MIGLE LAUKYTE

Guillermo VICENTE Y GUERRERO (coord.), <i>La libertad de expresión. Avances, límites y desafíos futuros</i>	359

VICTORIA C. GÓMEZ Y ALFONSO

María José FARIÑAS DULCE, J. Daniel OLIVA MARTÍNEZ, Ignacio A. PÉREZ MACÍAS, Oscar PÉREZ de la FUENTE (eds.), <i>Los retos normativos de la Inteligencia Artificial</i>	369

INÉS HUERGO GONZÁLEZ

Asier MARTÍNEZ de BRINGAS, <i>Los derechos de los pueblos indígenas. Luchas por la descolonización</i>	377

MARCO APARICIO WILHEMI

Elena Carolina DÍAZ GALÁN, <i>La protección diplomática. El caso español</i>	385
FÉLIX VACAS FERNÁNDEZ	

NOTICIAS

Proyecto EDI-DER “Derechos humanos y desinstitucionalización: apoyos, cuidados y acogimientos inclusivos”	391
Seminario “Per una critica organica del discurso razzista” a cargo del Alberto Burgio, Instituto de derechos humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid, 2 y 3 de abril de 2025	395
CV de los participantes.....	397

NOTA DEL DIRECTOR

Este número 53 de Derechos y Libertades se abre con un recuerdo de Elías Díaz, a cargo de Rafael de Asís: *Elías Díaz (1934-2025): un legado de compromiso con la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos*. Elías nos dejó el pasado 3 de febrero. Formaba parte, desde el principio, del Consejo de Derechos y Libertades y, también desde el principio, ha estado muy presente en el devenir del grupo iusfilosófico en la Universidad Carlos III de Madrid y en su Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba. Y también en el Patronato de la Fundación Gregorio Peces-Barba. Su responsabilidad en la renovación de la filosofía del Derecho española a partir de los años 60 del pasado siglo es reconocida. Su presencia en las vicisitudes y momentos importantes de la carrera académica de muchos de nosotros, explica el por qué de nuestro agradecimiento y el pesar por no tener ya la oportunidad de llamarle de vez en cuando para preguntarle cómo se encontraba y para contarle cómo iban las cosas. Nunca dejó de estar interesado por nuestras publicaciones y actividades; y por la marcha de la gente más joven. Sin duda, le vamos a echar mucho de menos.

Tras el trabajo de Rafael de Asís, continuamos con una dinámica inaugurada hace algunos números: la de incluir secciones monográficas en donde publicar trabajos relacionados con aspectos relevantes de la teoría de los derechos. En esta ocasión, la sección monográfica se concentra en las teorías críticas, desde las cuales se propone un análisis de determinados elementos de la teoría de los derechos encaminado a una revisión de los mismos. Para ello, hemos querido presentar puntos de vista no sólo españoles, sino también europeos y latinoamericanos. Antonio Carlos Wolkmer, en *Desafíos para repensar una concepción crítica del derecho en el siglo XXI*, asume como objetivo principal una reflexión sobre las condiciones de posibilidad de una concepción crítica del Derecho en el siglo XXI, reconociendo la complejidad de la tarea y las múltiples interpretaciones que son posibles al respecto. Su intención es redefinir el pensamiento crítico en el ámbito jurídico a partir de la priorización de las dimensiones sociales, tecnocomunicacional y ecológica. Lo cual le permite reivindicar la necesidad de un proyecto civilizatorio crítico, ecosocial y contrahegemónico.

Por su parte, Orsetta Giolo propone una reflexión sobre la convergencia entre el iusfeminismo y el pacifismo jurídico en el discurso crítico de la guerra. En *Iusfeminismo y pacifismo jurídico. Teorías críticas del Derecho y el repudio incondicional de la guerra*, articula su propuesta subrayando, en primer lugar, el papel del iusfeminismo como matriz constitutiva de las teorías críticas del Derecho, tras lo cual pasa a analizar la naturaleza del pacifismo jurídico como una teoría crítica del Derecho. Eso le permite, a partir de la consideración del iusfeminismo y del pacifismo jurídico como “saberes inéditos”, detenerse en el análisis de su convergencia metodológica, teórica y temática.

En *La categoría como demarcación: el debate sobre personas defensoras de derechos humanos desde la Unión Europea*, Dolores Morondo aborda el problema de la situación de las personas defensoras de derechos humanos centrando la atención en la cuestión de su conceptualización; que es importante desde el momento en que se ha argumentado que la ausencia de una definición universalmente aceptada dificulta el establecimiento de estándares precisos y exigibles para su protección. El contexto en el que se aborda la cuestión es el de la política de la Unión Europea de derechos humanos. La autora problematiza el debate sobre la incoherencia de la falta de reconocimiento de las personas defensoras dentro del espacio de la Unión Europea y propone una lectura decolonial del resultante doble estándar en la política europea sobre personas defensoras de derechos humanos.

Maria Giulia Bernardi aborda algunas dimensiones del edadismo, cuestión a la que viene dedicando investigaciones desde hace tiempo. En *La edad senil desde una perspectiva crítica: en busca de una teoría*, asume el marco conceptual de las teorías críticas del Derecho para sacar a la luz algunas cuestiones de especial relevancia en relación con el reconocimiento jurídico igualitario de las personas mayores y sus derechos (es decir, la vulnerabilidad, la institucionalización, el edadismo como forma específica de opresión), argumentando a favor de la necesidad de desarrollar una verdadera teoría crítica del Derecho en relación con la edad senil.

Mostrar la conexión entre algunos aportes éticos, axiológicos y valorativos del pensamiento latinoamericano de liberación y la teoría crítica en general, y la teoría crítica del Derecho en particular, es el objetivo del trabajo de David Sánchez Rubio, *Teoría crítica (del Derecho) desde el pensamiento latinoamericano de liberación*. En su discurso, el profesor Sánchez Rubio se propone proporcionar un insumo y un material de análisis y de orientación, para en-

frentar el actual contexto de la globalización ante los diversos peligros ontológicos que amenazan a la Humanidad y a la Naturaleza planetaria.

El lenguaje de los derechos, y las implicaciones del mismo, son una vía de expresión de posiciones sustantivas respecto a los derechos, más o menos explícitas. En *Derechos humanos: usos, abusos, desusos y demás*, Andrés Rossetti analiza críticamente el uso de la expresión “derechos humanos” en la práctica cotidiana; y se cuestiona, en razón del mal uso y el escaso resultado positivo logrado desde su aparición, las alternativas a seguir para defender la causa y los objetivos iniciales de los derechos humanos.

La sección monográfica se cierra con el trabajo de Carol Proner, *Derecho internacional contra la irracionalidad imperante*, en el que se aborda la afirmación de que el Derecho internacional está actualmente en crisis, identificando señales de su declive, como la escalada de los conflictos armados y el debilitamiento del multilateralismo; y también se identifica la profundización de las asimetrías en el sistema de gobernanza global y el aumento del nacionalismo de extrema derecha como los principales factores de la actual regresión. Frente a esta situación, se analizan caminos alternativos para la revitalización del multilateralismo, enfatizando el papel del Sur Global en el rescate y perfeccionamiento del orden internacional moderno.

Tras la sección monográfica de la que se acaba de dar cuenta, incluimos cuatro artículos. En el primero de ellos, *La utilización de perfiles étnicos como una práctica de discriminación sistémica de carácter institucional: análisis de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Wa Baile contra Suiza*, Andrés Gascón subraya el carácter discriminador, basado en perjuicios, de la utilización de perfiles raciales por parte de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado en la materialización de sus funciones de parada y registro. Con base en la citada sentencia, el autor analiza en qué consiste la identificación policial por perfil étnico, y por qué es una práctica que debe ser considerada como racismo sistémico de carácter institucional. Tras el estudio de la situación descrita en la Sentencia, propone una valoración de los argumentos del Tribunal de Estrasburgo.

En el segundo de ellos, *La enseñanza de creencias o cosmovisiones no religiosas en la escuela pública en el ordenamiento jurídico inglés*, José Ramón Polo Sabau estudia el fenómeno relativamente novedoso del reconocimiento de la enseñanza de las creencias o cosmovisiones no religiosas en el sistema educativo inglés, que ha tenido lugar en paralelo al reconocimiento en los ordenamientos de las islas británicas de las formas de celebración matri-

monial propias de estos llamados grupos de creencia o grupos seculares. La incorporación de la enseñanza de estas cosmovisiones ha sido posible mediante una interpretación amplia del concepto “otras religiones” y por la exigencia de interpretar la legislación de este país de manera conforme a lo establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El respaldo judicial que ha acompañado a esta enseñanza es analizado junto a las consecuencias que derivan de la garantía del principio de igualdad entre las creencias religiosas y las que no lo son, junto a los problemas definitorios que plantea en esta temática la misma noción legal de religión o la de las cosmovisiones no religiosas.

Una de las manifestaciones del ámbito religioso es abordada también por Gonzalo Fernández Codina que, en *La vestimenta religiosa en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos*, analiza críticamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 9 del Convenio en relación con el uso de prendas y símbolos religiosos con el fin de evidenciar su naturaleza errática e incoherente y, en general, las muchas dudas que sugieren los diversos argumentos empleados en dicha jurisprudencia.

La sección de artículos se cierra con el trabajo de Angeles Solanes, *Desafíos de la política migratoria española en el siglo XXI*. En el mismo, se lleva a cabo un análisis crítico de la política migratoria actual, prestando una especial atención al dilema transversal de la compatibilidad entre la normativa de extranjería y la de protección internacional, abordando también cuestiones vinculadas a la gestión de las fronteras y a la integración, a la luz de las obligaciones que se establecen en los nuevos instrumentos a nivel europeo para asegurar la entrada legal, junto con los mecanismos que se habilitan a nivel nacional para potenciar la integración. Esto le permite a la autora abordar las cuestiones básicas del nuevo Reglamento de extranjería que ya se alinea con las directrices europeas.

Como siempre, las secciones en las que se incluyen recensiones y noticias cierran el número.

Para cerrar esta nota, quiero señalar que el Consejo del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba ha aprobado una renovación de los dos Consejos de la revista, el Científico y el de Redacción. Después de más de veinte años, parecía necesaria adoptar algunas decisiones encaminadas, entre otras cosas, a un fortalecimiento de la presencia femenina y extranjera, incluyendo además a colegas que durante estos años han ido desarrollando

su carrera académica. Quiero aprovechar la ocasión, en este sentido, para agradecer a los profesores que han dejado de formar parte de los órganos de la revista su presencia durante todos estos años, que sin duda ha enriquecido nuestro trabajo. Y a aquellos y a aquellas que nos acompañan desde ahora, les agradezco su compromiso y compañía, que ponen en valor a Derechos y Libertades.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Director

ELÍAS DÍAZ. IN MEMORIAM
**UN LEGADO DE COMPROMISO CON LA DEMOCRACIA,
EL ESTADO DE DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS**

*A LEGACY OF COMMITMENT WITH DEMOCRACY,
RULE OF LAW AND HUMAN RIGHTS*

RAFAEL DE ASÍS
*Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba
Universidad Carlos III de Madrid*

El pasado 3 de febrero de 2025 falleció Elías Díaz, una de las figuras más influyentes en la filosofía del derecho española del siglo XX y principios del XXI. Su vida y obra constituyen un testimonio del compromiso intelectual con los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho.

Elías Díaz fue una persona muy importante para el grupo de filósofos del Derecho que trabajamos en el ámbito del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid. Siempre fue, para este grupo, un ejemplo inspirador de cómo el pensamiento jurídico puede y debe vincularse con la transformación social, y de que el rigor académico e intelectual no está reñido con la necesidad de desarrollar un pensamiento jurídico comprometido con los valores democráticos. Pero también nos demostró que la sabiduría no está en la distancia, sino en el diálogo; que la altura científica no implica romper el vínculo con los demás; que se puede ser un gran intelectual sin perder la calidez y la cercanía.

En un trabajo publicado en 1986, el profesor Gregorio Peces-Barba se refería a él afirmando: “Se desprenden de su conducta unos comportamientos constantes, unos modelos, que podría resumir en estos puntos: 1.- Un rigor intelectual para intentar llegar al fondo de las cosas y de los fenómenos, sin ningún *a priori*, sea cual sea el resultado al que le lleve su razonamiento. Es la ciencia como vocación. 2.- Un espíritu de tolerancia, de respeto a las posiciones ajenas, una falta de dogmatismo, que no supone no defender con firmeza sus puntos de vista, sino solamente reconocer que los demás tienen sus

propios criterios intelectuales, y que se deben proponer, pero no imponer, las verdades en las que uno cree, o las conclusiones a las que uno llega. 3.- Una vocación académica y universitaria a toda prueba. 4.- Una capacidad de maestro, de forjar filósofos del Derecho que, a mi juicio constituyen hoy una esperanza para nuestra asignatura, que no tiene parangón, y que es fruto de esa dedicación intensa y de esa vocación universitaria”¹.

Tuve la suerte y el honor de dictar la *laudatio* con ocasión de su nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad Carlos III de Madrid el 15 de febrero de 2002, y aquel día, hace ya 23 años, señalaba que, si se observaba la vida y la obra de Elías Díaz, podía concluirse que se trataba de una figura que se adecuaba a los diferentes usos universitarios existentes en lo que atañe a la concesión del grado de Doctor Honoris Causa. Se trataba de un profesor con méritos docentes e investigadores pero, además, con una actividad igualmente meritoria fuera de la Universidad desarrollada, principalmente en el ámbito político, tanto en la época de la Dictadura, como en nuestra transición a la Democracia, como, finalmente, en los años que transcurren desde la aprobación de la Constitución hasta la actualidad.

Elías Díaz inició su carrera académica en la Universidad de Salamanca, donde se licenció en Derecho con premio extraordinario. En 1956 obtiene una plaza de profesor ayudante de Filosofía del Derecho en la Universidad de Salamanca y comienza a colaborar con el profesor D. Joaquín Ruiz Giménez. Dos años más tarde se traslada a Madrid, en donde sigue cursos en la Facultad de Filosofía de la Universidad Complutense. Posteriormente, se doctoró en la Universidad de Bolonia y amplió sus estudios en prestigiosas instituciones europeas, como las Universidades de Friburgo y Munich en Alemania, o de Pittsburgh en Estados Unidos. En 1974 obtuvo la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oviedo, en 1976 ocupa esa cátedra en la Universidad de Valencia y un año más tarde obtiene la cátedra en la Universidad Autónoma de Madrid, donde ejerció hasta su jubilación como profesor emérito.

El modelo de Elías Díaz como profesor universitario, se corresponde con el descrito en estos términos por Antonio Pérez Luño, en contraposición al “profesor de fondo” y al “profesor de forma”: “un intelectual que, por decirlo con expresión weberiana, ha asumido la ciencia como tarea; el estudio como hábito; la renovación y la actualización crítica del conocimiento como actitud;

¹ G. PECES-BARBA, “El profesor Elías Díaz”, *Anthropos. Boletín de información y documentación*, núm. 62, 1986, p. 47.

y la transmisión de sus saberes como compromiso indeclinable hacia la institución universitaria a la que deberían servir con competencia y lealtad”².

Siempre admire su habilidad para mantener la atención de los y las estudiantes, de conjugar la teoría con la práctica (en sus conferencias utilizaba habitualmente recortes de periódicos como ejemplos), de mantener constantemente un tono crítico (le gustaba actuar como abogado del diablo), y de impulsar la relación directa con alumnos y alumnas (recuerdo en este sentido como, después de impartir una sesión de doctorado en la Universidad Carlos III, se llevó a los y las estudiantes a su coche y allí, abriendo el maletero, regaló un ejemplar de una de sus obras).

Durante su carrera, formó una escuela de pensamiento jurídico que ha tenido una influencia significativa en la academia española. A lo largo de su extensa trayectoria académica, formó a generaciones de estudiantes, muchos de los cuales continuaron su legado docente e intelectual.

Su formación internacional le permitió desarrollar una visión crítica y renovadora de la filosofía jurídica en España. Así, Elías Díaz ha contribuido sin duda a dar un nuevo enfoque a la filosofía jurídica más allá de los iusnaturalismos rancios y los positivismos acríticos, y lo ha hecho, además, de una forma siempre atractiva, deslumbrante pero también iluminadora.

Criticó tanto el iusnaturalismo tradicional como el positivismo jurídico extremo, desarrollando una teoría del Derecho basada en el “realismo crítico”, que vincula la validez jurídica con la eficacia social y el respaldo político-institucional. Esta perspectiva se plasmó en obras como *Sociología y Filosofía del Derecho* (1971), que modernizó la enseñanza de la filosofía jurídica en España.

Defendió una concepción de la justicia y la democracia fundamentada en la libertad y autonomía moral de las personas. Así, propuso un modelo de Estado social y democrático de Derecho como institucionalización jurídica de la democracia³, en la que los derechos aparecen como fruto de las decisiones democráticas y como condiciones de ésta⁴. La obra más emblemática

² A. E. PÉREZ LUÑO, “La soledad del profesor de fondo”, *Sistema*, núm 158, 2000, pp. 115 y ss.

³ Vid. J. ANSUÁTEGUI, “La relación entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho: Dimensiones y consecuencias”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2006, pp. 187 y ss.

⁴ M^a del C. BARRANCO, *La Teoría Jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid 2000, p. 94.

de Elías Díaz, “Estado de Derecho y sociedad democrática” (1966), marcó un hito en el pensamiento jurídico-político español⁵. Publicada durante el franquismo, esta obra desafió al régimen al establecer los fundamentos del Estado de Derecho y la democracia, lo que le valió la censura inicial.

Introdujo la Sociología del Derecho en España, a través no sólo de su obra *Sociología y Filosofía del Derecho*, sino también de la promoción de traducciones de diversas obras sobre esa materia entre las que destacan las de Renato Treves.

Impulsó el estudio del pensamiento español en general y, más en concreto, del pensamiento liberal y progresista anterior a la guerra civil, tal y como lo demuestran sus estudios sobre el krausismo español y su empeño reiterado en que se realizaran tesis doctorales sobre esa temática.

Y todo ello desde una actitud dialogante y componedora. Como él mismo señaló: “... a la postre prefiero componer a, sólo, descomponer; prefiero lo que es y está compuesto a aquello o a aquel que siempre está o anda descompuesto, incluso mentalmente”⁶. Así, como he destacado en otro lugar, Elías Díaz fue un “componedor comprometido”⁷.

A lo largo de su trayectoria universitaria Elías Díaz ha cumplido con los diez mandamientos que, según Ernesto Garzón Valdés, debe seguir aquel que desarrolla su actividad en ese marco: (1) No confundir oscuridad con profundidad; (2) No ceder a la tentación de formular profecías en las ciencias sociales y políticas; (3) No sucumbir a la tentación de la retórica; (4) No creer en la fecundidad de las tautologías y en el carácter inofensivo de las contradicciones; (5) No utilizar la cátedra para la indoctrinación; (6) No cultivar el dogmatismo; (7) No hacer uso autoritario de la cátedra; (8) No creer en el principio según el cual todo da lo mismo; (9) No relativizar los valores hasta el punto que, al final, sólo quede el solipsismo; y, por último, (10) No creer en el carácter nacional de la ciencia⁸.

El pensamiento de Elías Díaz trascendió el ámbito académico. Fue un intelectual comprometido con la resistencia contra la dictadura franquista,

⁵ Vid. G. ALARCÓN REQUEJO, *Estado de Derecho, derechos humanos y democracia. Pautas para la racionalidad jurídico-política desde Elías Díaz*, Dykinson, Madrid, 2007.

⁶ F. J. LAPORTA y A. RUIZ MIGUEL, “Entrevista a Elías Díaz”, *Doxa*, núm. 15-16, 1994, p. 72.

⁷ R. de ASÍS, reseña del libro de Elías Díaz “Un itinerario intelectual de filosofía jurídica y política”, publicada en *Derechos y Libertades*, núm. 12, 2003, pp. 443 y ss.

⁸ E. GARZÓN VALDÉS, “Diez mandamientos para la vida universitaria”, *Isonomía*, núm. 9, 1998, pp. 49 y ss.

lo que le supuso represalias como el confinamiento en Villargordo (Jaén) durante el estado de excepción de 1969⁹. Su activismo se manifestó también en la cofundación de revistas como “Cuadernos para el Diálogo” y “Sistema”, que se convirtieron en importantes foros de debate intelectual y político.

Y es que, si hay algo que caracterizó la vida y obra de Elías Díaz, es el intento de hacer compatible el mundo intelectual con el político. Sin duda éste fue uno de sus grandes méritos: demostrar, por un lado, que no se trata de dos mundos que deban estar separados y, por otro, que el mundo intelectual alejado de la realidad tiene muy poco sentido.

Elías Díaz defendió en sus obras una concepción del intelectual, caracterizada por el desempeño de una función crítica, de observación, contraste y valoración de la realidad, encaminada hacia el avance del conocimiento. Y en este sentido, se enfrentó a dos modelos de intelectuales. Por un lado, al representado por aquellos que entienden que su principal y única misión es la de situarse siempre contra el poder político (y no contra otros poderes como los económicos, espirituales, militares o comunicacionales); por otro, al de aquellos que se consideran apolíticos e, incluso, antipolíticos, desconociendo que toda obra científica sería repercute sobre la realidad social.

En el ámbito político su obra se centró, como ha subrayado recientemente Virgilio Zapatero, en la reconstrucción de la razón frente a los dogmas y manipulaciones del franquismo, rescatando la tradición liberal y defendiendo el Estado de Derecho¹⁰. También influyó en la evolución del socialismo español hacia la socialdemocracia y reflexionó ampliamente sobre el papel del Estado y los movimientos sociales en el ámbito económico. Al respecto, como ha señalado Julián Sauquillo: “Elías Díaz es partidario de poner límites políticos a las imponderables, hasta hoy, reglas desiguales del capitalismo. Para Elías Díaz, frecuentemente, el omnipotente mercado, en vez de la política, la ética y el derecho marcan la agenda pública sin discusión posible, es decir, autoritariamente. Y no reconocerlo así no es sino “simplista ligereza”.

⁹ En mi estancia durante tres años en la Universidad de Jaén, tuve ocasión de conocer a algunos de los miembros de la familia que recibió a Elías Díaz durante su confinamiento en Villargordo y, además de la huella que he podido comprobar que allí dejó, recuerdo como me decían que fue de su boca la primera vez que oyeron, y entendieron luego, el término “arbitrariedad”.

¹⁰ V. ZAPATERO, “Elías Díaz: adiós al maestro”, *Desde la orilla*, 4 de febrero de 2025. Disponible en: <https://virgiliozapatero.info/desde-la-orilla/elias-diaz-adios-al-maestro/> (última consulta 26 de febrero de 2025).

La disposición política socialista liberal o socialdemócrata de Elías Díaz es inmovible a los atropellos del capitalismo”¹¹.

Su defensa de un modelo de Estado de Derecho exigente¹² se apoyaba en una idea de legitimidad democrática que se concretaba en los siguientes diez puntos: (i) “como base de todo el respeto a la vida humana y al pleno desarrollo de sus potencialidades físicas y psíquicas”; (ii) a partir de ahí, la consideración de “la libertad crítica individual, (de la) libertad de opinión y de expresión como elemento último, y primero, que dinamiza todo el sistema y evita la sacralización dogmática de lo existente”; (iii) la defensa de “la participación política en libertad para la toma de decisiones, la elección periódica de legisladores y gobernantes y el correcto funcionamiento, con publicidad, transparencia y fiscalización del sistema institucional”; (iv) la “exigencia de igualdad en dichas libertades y tendencia a una efectiva posibilidad real de esa igualdad para todos los ciudadanos”; (v) la “afirmación del principio de la soberanía popular como origen legítimo de las decisiones jurídico-políticas colectivas”; (vi) la consideración de la “regla de las mayorías como criterio operativo para, en última instancia expresar en la práctica la soberanía popular”; (vii) el “reconocimiento de los valores e intereses legítimos de las minorías en la medida más amplia posible en que resulten asumibles por su propio valor ético y como exigencia también de estabilidad y de paz social”; (viii) la defensa de una “política de consenso y de compromisos o pactos sociales, políticos y económicos, aunque sin violar el sentido fundamental de las decisiones apoyadas por las grandes mayorías y en ningún caso el de la propia Constitución”; (ix) el “reconocimiento de la no escindida dualidad entre instituciones políticas y sociedad civil”; (x) y finalmente, la “protección y realización de los derechos humanos (civiles, políticos, sociales, económicos y culturales)”¹³.

Elías Díaz recibió numerosos reconocimientos, incluyendo doctorados honoris causa por las Universidades Carlos III de Madrid (2002), Milán (2006), Granada (2007) y Alicante (2008). También fue galardonado con la Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort (1983), el Premio “Pablo Iglesias” de Ciencias Sociales (1984) y el Premio Castilla y

¹¹ J. SAUQUILLO, reseña sobre el libro de Elías Díaz, “Autobiografía en fragmentos. Conversación jurídico-política con Benjamín Rivaya (Madrid, Trotta, 2018), publicada en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 35, 2019, pp. 256 y ss.

¹² Vid. R. de ASÍS, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid 1999.

¹³ E. DÍAZ, *Ética contra Política. Los intelectuales y el poder*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1990.

León de Ciencias Sociales y Comunicación (1986). En 2020, recibió el Premio Internacional de Ensayo Caballero Bonald por su obra *De la Institución a la Constitución: política y cultura en la España del siglo XX*.

El legado de Elías Díaz constituye un testimonio ejemplar de integridad intelectual y un profundo compromiso con los valores democráticos y cívicos. A lo largo de su trayectoria, no solo se distinguió como un brillante jurista y pensador, sino también como un ciudadano comprometido con la construcción de una sociedad más justa y equitativa. Su trabajo dejó una huella imborrable en el ámbito del pensamiento jurídico, donde siempre defendió la idea de que el Derecho no puede ser una disciplina aislada ni ajena a los principios de justicia, libertad e igualdad.

Desde sus primeras publicaciones hasta sus reflexiones más maduras, Elías Díaz abogó por una concepción del Derecho vinculada a la democracia y a la protección de los derechos fundamentales. Su obra nos recuerda que la filosofía jurídica no es un mero ejercicio académico, sino una herramienta indispensable para la transformación social y el fortalecimiento del Estado de Derecho. Su pensamiento, fundamentado en el análisis crítico y en un profundo humanismo, sigue siendo una referencia ineludible para quienes buscan entender la relación entre Ética, Poder y Derecho.

El fallecimiento de Elías Díaz supone una pérdida irreparable, no solo para el mundo académico, sino también para la sociedad española en su conjunto. Su voz, siempre lúcida y comprometida, deja un vacío difícil de llenar en el debate intelectual y en la lucha por una democracia más sólida y participativa. Sin embargo, su legado trasciende su ausencia física. Sus ideas, su ejemplo de rigor y ética, y su inquebrantable defensa de los valores democráticos seguirán inspirando a generaciones futuras de juristas, filósofos y ciudadanos comprometidos con la justicia y la transformación social. A través de sus enseñanzas y escritos, su influencia permanecerá viva, recordándonos que el Derecho debe estar al servicio de la sociedad y que la reflexión crítica es un pilar fundamental para la construcción de un mundo mejor.

Monográfico
“TEORÍAS CRÍTICAS
Y DERECHOS HUMANOS”

PRESENTACIÓN

Este número de Derechos y Libertades acoge al Monográfico “Teorías Críticas y derechos humanos” para dar cabida a parte de las discusiones y aprendizajes conjuntos que se vienen realizando en el Seminario de Teorías Críticas que se organiza de manera ininterrumpida en la Universidad Carlos III de Madrid desde hace 23 cursos académicos.

El Seminario de Teorías Críticas está organizado desde el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces Barba (antiguo Bartolomé de las Casas) con la colaboración del Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, y persigue como objetivo central constituirse en escenario de reflexión reuniendo a estudiantes, profesorado e investigadores e investigadoras de diferentes áreas del pensamiento y de distintas universidades y países, y a la sociedad civil y personas en general deseosas de encontrarse, dialogar, aprender y estudiar juntas desde las Teorías Críticas contemporáneas sobre los nuevos desafíos teóricos-prácticos, políticos, jurídicos, económicos y sociales que se le presentan a las sociedades mundiales (y a sus propias realidades).

Conocida es la contribución decisiva que la *Teoría Crítica* ha protagonizado en el desarrollo de las Ciencias Sociales y Jurídicas, tanto desde sus aportes directos como desde la inmensa producción que ha desatado la crítica de adeptos y detractores. Su importancia queda clara cuando se aprecia que, un siglo y medio después de haberse asentado sus bases filosóficas, sus autores y autoras, tesis y temáticas continúan siendo objeto de debates relevantes en el universo intelectual contemporáneo. Y más aún cuando el siglo XXI transcurre con intensas y profundas interpelaciones a las reflexiones socio-jurídicas, científico-políticas y a las sociedades en general, situando a la ciudadanía mundial frente a nuevos debates que sacuden las estructuras del pensamiento ilustrado sobre el que asentamos las democracias y los modelos de Estado, de Derecho y de justicia contemporáneos.

En este contexto, la conocida como *Teoría Crítica contemporánea* se asume imprescindible y necesaria desde el compromiso genuino con los derechos

humanos y las libertades; articulándose como crítica feminista, no colonial, igualitarista, pluricultural y multiétnica, crítica con los modelos extractivistas del capital y del conocimiento, respetuosa de lo común, de la paz y de la naturaleza, comprometida con quienes habitan los márgenes de las sociedades y se encuentran en situaciones de diversas, situadas e interseccionales vulnerabilizaciones y discriminaciones. Así, desde este lugar epistémico, ideológico y político, realiza la crítica rigurosa y analítica sobre las injusticias sociales contemporáneas, convencida que el pensamiento científico, social y jurídico debe (está obligado) a ofrecer nuevas reflexiones y coadyuvar a repensar nuevas respuestas y abordajes ante el mundo desafiante y en peligro que habitamos.

Este compromiso y esta labor es asumida también por las Universidades públicas, como naturales ágoras de debate, reflexiones y proyecciones teórico-políticas jurídico-sociales emancipadoras, que permiten construir sociedades genuinamente libres, comprometidas con los derechos humanos y las libertades de todas las personas, sociedades defensoras de las democracias y de los Estados de Derecho, y de la justicia como construcción democrática. En este marco y desde este compromiso, es que el Seminario de Teorías Críticas se viene desarrollando en la Universidad Carlos III propiciando y fortaleciendo espacios de reflexión y construcción críticas sobre injusticias sociales contemporáneas para poder abordar las diferentes problemáticas que se vayan generando en nuestros escenarios mundiales y que reclaman análisis interdisciplinarios rigurosamente críticos.

Desde este lugar altamente codiciado de la resistencia del pensamiento crítico, el Seminario se ha convertido, sin duda, en mucho más que un Seminario. Se ha transformado en un referente internacional de las discusiones críticas contemporáneas, un lugar del pensamiento común desde donde se camina desde hace casi un cuarto de siglo articulando debates de gran relevancia e impacto social internacional, institucionalizándose como ágora de debate y construcción de conocimiento crítico. Así, en las más de 500 conferencias que llevamos de vida, incluyendo Jornadas y Congresos específicos, han participado destacados profesores y profesoras de Universidades españolas y extranjeras (europeas, norteamericanas y latinoamericanas), profesionales del periodismo, la politología y la política, trabajadoras del hogar y cuidadoras, integrantes de ONGs, personal, Relatores y Altos Comisionados de Naciones Unidas, juezas y jueces, investigadoras e investigadores, entre otras personas diversas y desde entornos plurales que querían compartir sus experiencias y sus saberes para la reflexión colectiva.

El Seminario también ha actuado de semillero, y ha generado modelos similares de encuentros estables para las discusiones y aprendizajes colectivos críticos en diversas Universidades y entornos sociales con relevante impacto en la comunidad académica nacional e internacional, especialmente de América Latina. Igualmente, cada una de las actividades que se organizan en el Seminario es seguida también a través de nuestras redes sociales, donde estudiantes de postgrado o ya doctores y profesionales siguen nuestras actividades desde distintos lugares del mundo. Incluso han surgido o se han alimentado muchas tesis doctorales, y se han generado diversas publicaciones producto de las discusiones del Seminario de Teorías Críticas¹, como la que ahora tenemos el honor (y la alegría) de presentar.

En este Monográfico hemos reunido a parte de las discusiones de gran relevancia que se suceden en el Seminario, siete reflexiones que ejemplifican los temas que abordamos y se han tratado, y que marcan las necesidades sobre las discusiones que vendrán, con equilibrio de género y situados en diversos mundos del pensamiento. Entre ellas, cómo repensar la crítica del Derecho en el siglo XXI, Iusfeminismo y pacifismo jurídico, personas defensoras de derechos humanos desde abordajes decoloniales, mujeres, personas mayores, Pensamiento Latinoamericano de Liberación, Derechos Humanos y sobre la perplejidad del Derecho Internacional ante la realidad contemporánea.

El primero de los artículos es de Antonio Carlos Wolkmer, profesor e investigador de la Universidad La Salle/RS y Universidad UNESC/SC (Brasil) y se titula *Desafíos para repensar una concepción crítica del derecho en el siglo XXI*, donde el autor propone reflexionar sobre las condiciones de existencia de una concepción crítica del Derecho en pleno devenir del siglo XXI, reconociendo la complejidad y las múltiples interpretaciones que involucra esta proposición. Especialmente desde la constatación de que la teoría crítica,

¹ Entre las publicaciones específicas y colectivas desde el Seminario de Teorías Críticas, podemos mencionar a S. RIBOTTA (ed.), *Educación en Derechos Humanos. La asignatura pendiente*, Dykinson, Madrid, 2006; S. RIBOTTA y A. ROSSETTI (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Dykinson, Madrid, 2010; S. RIBOTTA y A. ROSSETTI (eds.), *Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria*, Dykinson, Madrid, 2015; C. LEMA AÑÓN y S. RIBOTTA (editores del monográfico), *Revista Oñati Socio-Legal Series: Teoría Crítica e injusticia social. Derechos humanos en tiempos de democracias débiles y neocapitalismos*, vol. 13, núm. 3, junio de 2023, Oñati-España; y C. LEMA AÑÓN y S. RIBOTTA (eds.), *Mujeres y (des)igualdad de oportunidades. Análisis feminista del impacto de las injusticias estructurales y las tensiones coyunturales*, Dykinson, Madrid, 2023.

tradicionalmente vista como un instrumento de ruptura, resistencia y emancipación, se ha demostrado insuficiente para abordar problemas contemporáneos como las desigualdades sociales, las crisis ambientales, las nuevas formas de violencia, la discriminación racial, la migración y el neocolonialismo. Por ello, Wolkmer apela a redefinir el pensamiento crítico en Derecho, priorizando las dimensiones sociales, tecnocomunicacional y ecológica, y señalando la necesidad de un proyecto civilizatorio crítico, ecosocial y contrahegemónico, inspirado en las insurgencias periféricas del Sur, que defienda la urgencia de la vida y de los Derechos Humanos.

Por su parte, la profesora e investigadora Orsetta Giolo de la Università degli Studi di Ferrara (Italia) con su artículo *Iusfeminismo y pacifismo jurídico. Teorías Críticas del Derecho y el repudio incondicional de la guerra* se adentra de lleno y muy oportunamente en la crítica aguda a la guerra desde el feminismo jurídico, que considera una de las matrices básicas de la Teoría Crítica del Derecho. Argumenta, en este sentido, que el Pacifismo Jurídico es una Teoría Crítica del Derecho, remarcando la tensión jerárquica existente entre las subjetividades paradigmática y no paradigmáticas, y aportando razones suficientes para introducir cambios estructurales en nuestros actuales sistemas jurídicos y políticos, que entiende son estructuralmente belicistas y violentos.

La profesora e investigadora de la Universidad de Deusto (España), Dolores Morondo Taramundi en su contribución titulada *La categoría como demarcación: el debate sobre personas defensoras de derechos humanos en la Unión Europea*, reflexiona agudamente también desde la crítica feminista y decolonial sobre un tema de gran relevancia. Señala que un aspecto significativo del discurso sobre la situación de las personas defensoras de derechos humanos se refiere a la definición conceptual del término en sí; ya que la ausencia de una definición universalmente aceptada dificulta el establecimiento de estándares precisos y exigibles para su protección. Examinando este debate y desde una perspectiva crítica, subraya la incoherencia de la falta de reconocimiento de las personas defensoras dentro del espacio de la Unión Europea y se propone una lectura decolonial del resultante doble estándar europeo sobre personas defensoras de derechos humanos.

En el artículo *La edad senil desde una perspectiva crítica: en busca de una teoría*, la profesora e investigadora Maria Giulia Bernardini de la Università degli Studi di Ferrara (Italia), analiza el marco conceptual de las Teorías Críticas del Derecho para sacar a la luz algunas cuestiones de especial relevancia en relación con el reconocimiento jurídico igualitario de las personas

mayores y sus derechos. Desde las categorías de vulnerabilidad, institucionalización y edadismo como forma específica de opresión, argumenta a favor de la necesidad de desarrollar una verdadera Teoría Crítica del Derecho en relación con la edad senil desde la cual se pueda responder adecuadamente a vulnerabilidad derivadas de la edad existentes en las sociedades del siglo XXI, como el progresivo envejecimiento de la población, las políticas de cuidado, los procesos de institucionalización y desinstitucionalización, y los prejuicios y estereotipos del edadismo. Reclama y argumenta en relación a la teoría sobre las personas mayores, pasando por la teoría para las personas mayores, hasta llegar a una teoría de las personas mayores.

En el artículo *Teoría Crítica (del Derecho) desde el Pensamiento Latinoamericano de Liberación*, David Sánchez Rubio, profesor e investigador de la Universidad de Sevilla (España), realiza interesantes conexiones iusfilosóficas entre algunos aportes éticos, axiológicos y valorativos del Pensamiento Latinoamericano de Liberación, la Teoría Crítica en general y la Teoría Crítica del Derecho en particular. Así, buscando aportar análisis para enfrentar el actual contexto de la globalización ante los diversos peligros ontológicos que amenazan a la Humanidad y a la Naturaleza planetaria, organiza el abordaje crítico desde la fe antropológica ecuménica que se basa en un criterio de producción, reproducción y desarrollo de la vida humana, desde el imperativo categórico contra todo proceso de victimización y, finalmente, desde la propuesta de denunciar y enfrentar los procesos idolátricos y de fetichización de las producciones que jurídicamente se muestra como inversión o reversión ideológica de los derechos humanos.

Sobre los derechos humanos escribe especialmente Andrés Rossetti, profesor e investigador de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), en el artículo *Sobre derechos humanos: usos, abusos, desusos y demás*, con la pretensión de analizar críticamente el uso de la expresión derechos humanos en la práctica cotidiana. Haciendo un repaso detallado sobre los conceptos de derechos humanos y sobre el origen, se detiene en los usos ideológicos de la expresión cuestionando, en razón del mal uso y el escaso resultado positivo logrado desde su aparición, las alternativas a seguir para defender la causa y los objetivos iniciales de los derechos humanos. Desde estos análisis, fortalece y construye un relato defensivo de los derechos humanos reivindicando que siguen siendo instrumentos de lucha, emancipadores y necesarios, y más aún en estos tiempos difíciles de desfase.

Por último, Carol Proner, investigadora y profesora de la Universidad Federal de Rio de Janeiro (Brasil) en el artículo *Derecho Internacional contra la*

irracionalidad imperante, llama la atención sobre las amenazas reales al orden internacional que fue construido tras las dos grandes Guerras Mundiales, poniendo en evidencia la crisis del Derecho Internacional. Crisis que relaciona con la escalada de los conflictos armados, el debilitamiento del multilateralismo como opción política, las asimetrías en el sistema de gobernanza global, el aumento del nacionalismo y del proteccionismo de la extrema derecha y la constante violación del Sistema Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario en muchas zonas del planeta, especialmente en Palestina y la Franja de Gaza. Desde una perspectiva crítica, la autora apuesta por una vuelta al multilateralismo perdido y por la incorporación de un actor social nuevo, el *Sur Global*. Esto aportaría, según Proner, fortaleza no solo económica, sino también política y cultural, incorporando además las relaciones Sur-Sur en todos los ámbitos del debate, para poder enfrentar más adecuadamente las pretensiones de un mundo unipolar.

De esta manera, estas siete reflexiones son alimento de otros debates que les seguirán, dentro de los muchos que siguen ocurriendo y protagonizando el Seminario de Teorías Críticas y que tienen la pretensión de impactar en los diferentes escenarios sociales, académicos, jurídicos y geográficos plurales y complejos que habitamos. Realidades sociales desde las cuales, y sobre las cuales, nos preocupamos y ocupamos en los debates del Seminario, y que se resumen en la premisa epistemológica y metodológica que nos agrupa (y que es el requisito imprescindible para poder debatir en el Seminario): *la participación es libre y gratuita, sólo se exige una alta dosis de espíritu crítico y deseos de aprender y discutir en común*.

Con este mismo espíritu crítico y deseos de aprender y discutir en común es que se pensó este monográfico que presentamos, y que deseamos contribuya a las discusiones que se seguirán produciendo. Quedan todavía muchos debates a los que dar vida gracias a la generosa participación de amigas y amigos del Seminario que se acercan desde distintos lugares del mundo (y del saber y del hacer) a presentarnos y compartirnos sus reflexiones, sus aprendizajes, sus investigaciones. En el Seminario de Teorías Críticas les estaremos esperando, para seguir construyendo, debatiendo y aprendiendo juntos.

MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE

CARLOS LEMA AÑÓN

SILVINA RIBOTTA

Universidad Carlos III de Madrid

DESAFÍOS PARA REPENSAR UNA CONCEPCIÓN CRÍTICA DEL DERECHO EN EL SIGLO XXI

CHALLENGES FOR RETHINKING A CRITICAL CONCEPT OF LAW IN THE 21ST CENTURY

ANTONIO CARLOS WOLKMER

Universidad La Salle/RS y Universidad UNESC/SC

<https://orcid.org/0000-0003-1861-5305>

Fecha de recepción: 20-2-25

Fecha de aceptación: 27-2-25

Resumen: *Este artículo propone como objetivo principal una reflexión sobre las condiciones de posibilidad de una concepción crítica del Derecho en el siglo XXI, reconociendo la complejidad y las múltiples interpretaciones que involucran esta proposición. La teoría crítica, tradicionalmente vista como un instrumento de resistencia, ruptura, resistencia y emancipación, enfrenta nuevos desafíos en el siglo XXI cuando se aplica al contexto institucional del derecho formal, que se ha demostrado insuficiente para abordar problemas contemporáneos como las desigualdades sociales, las crisis ambientales, las nuevas formas de violencia, la discriminación racial, la migración y el neocolonialismo. La propuesta central del artículo es redefinir el pensamiento crítico en Derecho, priorizando las dimensiones sociales, tecnocomunicacional y ecológica. La conclusión apunta a la necesidad de un proyecto civilizatorio crítico, ecosocial y contrahegemónico, inspirado en las insurgencias periféricas del Sur, que defienda la urgencia de la vida y la operacionalización de un Derecho Humano para el futuro.*

Abstract: *This article proposes as its main objective a reflection on the conditions of possibility of a critical conception of Law in the 21st century, recognizing the complexity and multiple interpretations that this proposition involves. Critical theory, traditionally seen as an instrument of resistance, rupture, resistance and emancipation, faces new challenges in the 21st century when applied to the institutional context of formal law, which has proven insufficient to address contemporary problems such as social inequalities, environmental crises, new forms of violence, racial discrimination, migration and neocolonialism. The*

central proposal of the article is to redefine critical thinking in Law, prioritizing the social, techno-communicational and ecological dimensions. The conclusion points to the need for an eco-social and counter-hegemonic civilizing project, inspired by the peripheral insurgencies of the South, which defends the urgency of life and the operationalization of a Human Right for the future.

Palabras clave: Teoría crítica, crítica jurídica, crisis de paradigmas, normatividad alternativa, conocimiento del Sur Global

Keywords: Critical theory, legal criticism, paradigm crisis, alternative normativity, knowledge of the Global South

1. INTRODUCCIÓN

Los impactos derivados de la globalización económica, junto con la racionalidad neoliberal, las formas complejas de conocimiento, los efectos de las nuevas tecnologías, los cambios en el ecosistema y las crisis civilizatorias, así como en la base de reproducción de la vida, impulsan el surgimiento de modelos de referencia y procesos instituyentes alternativos de ordenación en el contexto del sistema-mundo. Este proceso implica la deconstrucción de los paradigmas tradicionales de fundamentación en diversos campos de la actividad humana, especialmente en las esferas de la organización socioeconómica, la institucionalidad política y los avances científicos asociados a la tecnología global.

Las transformaciones que permean la sociedad y el Estado generan impactos en los procedimientos normativos de regulación, integración y control social. Así, ocurren desplazamientos, rupturas y transiciones hacia paradigmas alternativos, capaces de fomentar nuevas demarcaciones en la producción del conocimiento, en las relaciones sociales y en las prácticas normativas instituyentes. Tales inquietudes e incertidumbres, fundamentadas en nuevos postulados epistemológicos, propician un ambiente favorable para la transición de la cultura jurídica convencional consolidada en la modernidad occidental –particularmente de la tradición norte-eurocéntrica– hacia una nueva cultura normativa, descolonial, compleja y pluralista, reconociendo, así, representaciones diversas y descentralizadas de producción, ordenación y aplicación que permean relaciones, experiencias y perspectivas con sus dinámicas propias.

Ante los procesos mencionados y considerando el contexto de la crisis civilizatoria, así como la insuficiencia de la normatividad occidental norte-

etnocéntrica, fundamentada en los principios de la supuesta universalidad liberal-individualista, en el sistema productivo capitalista y en la racionalidad colonial que determina reglas y controles homogéneos, patriarcales y subalternizantes, surge la pregunta: ¿en qué parámetros es justificable concebir el derecho a partir de la complejidad de saberes provenientes de prácticas periféricas contrahegemónicas, de otros horizontes interculturales de resistencia y de nuevas formas subyacentes de interlegalidad? La respuesta reside en la elección por una ruptura antisistémica y en la necesaria “reinención del derecho”, donde el instrumental pedagógico de la crítica asume un lugar privilegiado de deconstrucción. Este instrumental debe actuar como un interceptor analítico y operante para examinar y comprender fenómenos normativos complejos y de diferentes naturalezas, comprendiéndolos como sistema de pensamiento, discursividad y práctica social.

¿Cómo, entonces, concebir la función de la crítica en la comprensión de la realidad social y en la producción del conocimiento? ¿Y cómo repensar la crítica en el derecho, de modo de proyectar y asegurar las condiciones para una existencia futura de la vida humana con dignidad? Estas afirmaciones nos permiten avanzar en el sentido de definir el marco analítico referente al objetivo central de la discusión: investigar las condiciones de posibilidad de una concepción crítica en el Derecho para el siglo XXI. Es lo que se pretende exponer a continuación.

2. LA DIMENSIÓN EPISTEMOLÓGICA Y SOCIOPOLÍTICA DE LA “CRÍTICA” COMO TEORÍA Y PRÁCTICA

La cuestión de la “crítica” en la tradición filosófica y cultural de la modernidad occidental se consolida a través del legado del cartesianismo y del criticismo kantiano, expandiéndose con la dialéctica hegeliana, profundizándose con el materialismo histórico marxista y evolucionando a través del psicoanálisis freudiano hasta alcanzar la complejidad del deconstructivismo posmoderno. En la contemporaneidad, la discusión acerca de la teoría crítica en la tradición del Occidente recibió la atención de dos significativas corrientes filosóficas. Estas corrientes desarrollaron enfoques críticos que cuestionaban el legado ilustrado, la racionalización moderna, la deshumanización impuesta por la sociedad industrial y las contradicciones inherentes al capitalismo global.

Así, sobre los impases y disonancias de esta pretendida modernidad universalista, es necesario traer, inicialmente¹, que, al final de los años 70 (siglo XX) surge la obra *La Condición Posmoderna* de Jean-François Lyotard, que discurre sobre el colapso de la modernidad y resalta la necesidad de buscar un nuevo horizonte de fundamentación, configurado en la posmodernidad definida como la superación de las grandes narrativas, puesto que la modernidad no ha logrado libertar a los hombres² pero esta tendencia de la moderna crítica eurocéntrica, representada por los estructuralistas y posmodernos franceses, cayó en un cierto nihilismo subjetivista y relativismo cultural. En otra dimensión de la crítica representativa eurocéntrica se destaca, como contrapartida, la Escuela de Frankfurt que anhelaba proponer una salida más reconstructiva y efectiva dentro de la tradición iluminista y del humanismo esencialista³. Así, los frankfurtianos intentaron repensar la sociedad moderna de masas y reconstruir el proyecto cultural de la modernidad y es desde ese aspecto que se abre camino para rescatar una concepción de crítica como emancipación, que afirme al hombre como agente de la historia. En ese ideario se torna nuclear retomar y reinterpretar la teoría social marxista y la teoría crítico-psicoanalítica y al mismo tiempo se justifica integralmente, introducir el discurso acerca de los presupuestos y la viabilidad de un pensamiento crítico que no solo vuelva a trabajar la herencia iluminista, sino que vaya más allá.

En el curso de esta perspectiva, la crítica frankfurtiana representó el ideario de utopía, ruptura y emancipación, articulando la dinámica de la “teoría” con la “praxis”. No obstante, la relativa hegemonía de la escuela alemana en lo que respecta a las discusiones sobre los parámetros epistemológicos de la crítica, esto no constituyó un obstáculo para la insurgencia de diferentes y, en ocasiones, contradictorios aportes con pretensión de criticidad⁴.

Entretanto, frente a las insuficiencia de las teorías críticas construidas por las elites pensantes y por la colonialidad cultural del Norte global que no tenían en cuenta los problemas del colonialismo, feminismo, insurgencia de las minorías, inmigrantes, nuevas prácticas de esclavitud, racismo y grupos multiétnicos, emergen voces insurgentes desde el Sur, donde diversos pensadores, investigadores y activistas han propuesto crítica descolonizadoras contra las diversas

¹ Extractos extraídos de nuestras discusiones anteriores: A. C. WOLKMER. *Ensayos de Teoría del Derecho y Filosofía Política*, Dykinson, Madrid, 2023, p.159.

² Cfr., J. F. LYOTARD, *A Condição Pós-Moderna*, José Olympio, 7a. ed., Rio de Janeiro, s.f.

³ Vid, M. HORKHEIMER, *Teoría tradicional y teoría crítica*, Paidós, Barcelona, 2000.

⁴ O. KOZLAREK, (coord.), *De la teoría crítica a una crítica plural de la modernidad*, Biblos, Buenos Aires, 2007.

formas de opresión, discriminación y exclusiones a nivel de clase, género, sexo, raza, religión. Dentre muchos de estos que están trabajando pueden ser recordados en América Latina (Enrique Dussel, Ramón Grosfoguel, Walter Mignolo, Anibal Quijano, Nelson Maldonado-Torres, Santiago Castro-Gómez, Edgard Lander, Catherine Walsh, Maria Lugones, Lelia Gonzalez, Arturo Escobar), Europa (B. de Sousa Santos), África (John L. Comaroff, Achille Mbembre, Paulin J. Hountondji, Mogobe B. Ramose, Ngugi wa Thiong'o), Asia (Syed Farid Alatas, Dipesh Chakrabarty, Gayatri C. Spivak), Australia (Raewyn Connell).

Así, la crítica descolonial desde el Sur⁵ tiene sus fundamentos en: a) La historicidad de una “praxis” concreta, teniendo en cuenta estructuras socioeconómicas de espacios locales y nacionales explotados, dependientes, marginados y colonizados; b) Reconocer e introducir las categorías teóricas y los procesos de conocimiento que emergen de las culturas no centrales, no eurocéntricas, pero periféricas y alternativas (epistemologías desde el Sur). Por lo tanto, en esta perspectiva desde el Sur, la crítica descolonial “es oponerse a diferentes formas de dominación que han existido y que nos imponen una lógica de pensamiento. Descolonizar es construir lógicas diferentes”⁶.

Hay que comprender y interpretar la crítica como instrumental de lucha, cuestionamiento, resistencia y liberación. La verdadera crítica es solamente en cuanto pensamiento comprometido, alternativo, con el objetivo de cambiar la sociedad, “proponiendo formas superiores de existencia de lo que se critica”⁷.

De cualquier forma, igualmente, a expresión crítica denota complejidad⁸, más allá de presentar distintos significados y interpretaciones: de hecho, la

⁵ Sobre estos aportes, Vid, R. CONNELL, *Southern Theory, The global dynamics of knowledge in social science*, PolityPress, Cambridge, 2007; A. LOOMBA. *Colonialism/Postcolonialism*, 2da. ed., Routledge, London & New York; J. L. COMAROFF, *Teoría desde el Sur: o cómo los países centrales evolucionan hacia África*, Editorial XXI, México, 2013; M. MELLINO, *La crítica poscolonial: descolonización, capitalismo y cosmopolitismo en los estudios poscoloniales*, Paidós, Buenos Aires, 2008; B. S. SANTOS, M. P. MENESES, (orgs.), *Epistemologias do Sul*, Cortez, São Paulo, 2010; J. G. GANDARILLA, *La Crítica en el Margen. Hacia una cartografía conceptual para rediscutir la modernidad*, Akal, México, 2016; S. MEZZADRA et al., *Estudios Postcoloniales*, Traficantes de Sueño, Madrid, 2008.

⁶ P. H. MARTINS y J. F. BENZAGUEN, “Uma proposta de matriz metodológica para os estudos descoloniais”, *Revista Caderno de Ciências Sociais da UFR-PE*, Vol. 2, 2018, pp.15-16.

⁷ P. GUADARRAMA GONZÁLEZ, “Validez para la Filosofía contemporánea de la recuperación de la tradición crítica del pensamiento latinoamericano” en D. RAMAGLIA (ed.), *La Función emancipatoria de la Crítica*, Teseo, Buenos aires, 2024, pp. 19-20.

⁸ A. C. WOLKMER, *Ensayos de Teoría del Derecho y Filosofía Política*, cit, p. 161. En lo original: R. QUINNEY, “O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da

crítica emerge como elaboración instrumental que transpone los límites naturales de las teorías tradicionales, y que no se atiene solamente a describir lo que está establecido o a contemplar los fenómenos reales. De ahí la distinción entre teoría tradicional asociada a la pauta del consenso, de la justificación, del orden y de la supuesta “neutralidad”, y teoría crítica, que revela las simetrías injustas del poder, las tensiones, los conflictos y los cambios radicales. Se reconoce, a respecto de la teoría crítica, la asertiva de Richard Quinney de que la “comprensión del presente, así como la del pasado, es mistificada por una consciencia que sirve, únicamente, para mantener el orden existente, y si nos disponemos, de algún modo, a remover la opresión de la época, debemos comprender críticamente el mundo a nuestro alrededor. Solamente con una nueva consciencia –una filosofía crítica– podemos comenzar a construir el mundo de la forma que somos capaces, “[...] con una posición crítica, crítica no solamente según una evaluación de nuestra condición presente, sino crítica en trabajar en dirección hacia una nueva existencia [p. 221]”.

Por lo tanto, como contrapartida a la lectura dominante del concepto etnocéntrico de crítica presente en las ciencias humanas y sociales producidas en los centros académicos del Norte global, privilegiar una perspectiva del Sur global significa dar voz, por primera vez, a las sociedades y los espacios periféricos que tradicionalmente han sido olvidados. Aunque gestada históricamente por discontinuidades y flujos deterministas, se puede basar en la existencia de formas de conocimiento que surjan desde lo periférico descolonial, desde la experiencia de las regiones excluidas y subordinadas al “sistema-mundo” moderno capitalista⁹. Ciertamente, una propuesta anti-sistémica de resistencia que emerja de los espacios dependientes del Sur se convierte en una manifestación capaz de materializar la fuerza de una crítica inconformista y transgresora, con el objetivo de contribuir a la deconstrucción de las prácticas convencionales de saber, de las técnicas dogmáticas y de las visiones distantes de la realidad social.

El propósito de la Teoría Crítica¹⁰ consiste en definir un proyecto que posibilite el cambio de la sociedad en función de un nuevo tipo de “sujeto histórico”. Se trata de la liberación del sujeto vivo de su condición de alie-

ordem legal” en I. TAYLOR, P. WALTON y J. YOUNG, (orgs.), *Criminologia crítica*, Graal, Rio de Janeiro, 1980, p. 221. Sobre esta temática constatar también: B. S. SANTOS, “Porque é tão difícil construir uma teoria crítica?”, *Revista de Ciências Sociais*, núm. 54, Coimbra, 1999.

⁹ I. WALLENSTEIN, *Análisis de Sistemas-Mundo. Una introducción*, Siglo XXI, México, 2005.

¹⁰ Cf. A.C. WOLKMER, *Teoría Crítica del Derecho desde América Latina*, AKAL, México, 2017, pp. 174-175 y 221-223.

nado, de su reconciliación con la naturaleza no colonizada y con el proceso histórico que él mismo ha moldeado. La Teoría Crítica busca analizar y exponer cómo los individuos son influenciados y moldeados por determinismos históricos y estructuras sociales, a menudo sin ser plenamente conscientes de esas influencias. Esta aproximación teórica se propone examinar las maneras en que las personas pueden ser afectadas por inculcaciones hegemónicas y por narrativas potencialmente ilusorias propagadas por instituciones y estructuras de poder dominantes. Uno de los objetivos centrales de la Teoría Crítica es estimular la autoconciencia entre los grupos sociales en desventaja, que experimentan injusticias perpetradas por sectores dominantes, grupos o élites privilegiadas. Desde esta perspectiva, la Teoría Crítica puede ser vista como un instrumento de análisis que busca contribuir al proceso de esclarecimiento y al potencial de emancipación, alineándose con las aspiraciones, intereses y necesidades de los grupos oprimidos y marginados. Una teoría con perspectiva crítica busca comprender y transformar las condiciones históricas que niegan y discriminan a ciertos sujetos, privándolos de una vida digna. En este contexto, la “crítica”, entendida como una forma de conocimiento y práctica emancipatoria, tiene como objetivo revelar los mecanismos de alienación y opresión que afectan a los colectivos marginados. Estos segmentos, muchas veces, no son plenamente conscientes de los procesos que perpetúan su condición, incluyendo las representaciones míticas y las estructuras colonizadoras que configuran su realidad.

En efecto, la “Teoría Crítica”, aquí considerada como dimensión epistemológica y sociopolítica, ejerce un papel pedagógico transgresor y subversivo, en la medida en que se convierte en un instrumento potencial para la concientización, la resistencia y la liberación, incorporando esperanzas, intenciones y carencias de los sujetos subalternos que sufren cualquier forma de discriminación, colonización y exclusión.

3. LA CRÍTICA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO: LÍMITES Y POSIBILIDADES

Una vez delineada la opción por un enfoque de la Teoría Crítica como instrumento de ruptura, emancipación y transformación, se hace pertinente aplicar esta concepción central para examinar el fenómeno jurídico en su tradición de normatividad hegemónica occidental, marcada por su característica liberal-individualista y técnico-instrumental. Aunque se reconozcan

las ambigüedades inherentes, la categoría de “crítica” aplicada al Derecho puede entenderse no solo como un medio para despertar y emancipar subjetividades o colectivos sociales inmersos en una normatividad sistémica opresora, sino también para discutir y redefinir el proceso de constitución de la legalidad dominante. Esto se manifiesta tanto en la reproducción general de ideas como en sus construcciones formales, instituciones y actores jurídicos. De hecho, la inserción de la Teoría Crítica en el ámbito jurídico busca repensar, cuestionar y romper con la estructura de la dogmática lógico-formal prevalente en determinadas épocas o momentos de la cultura jurídica institucionalizada, creando las condiciones para un amplio proceso pedagógico normativo de “iluminación”, “autoconciencia” y “emancipación”.

En este contexto, resulta justificado plantear la cuestión epistemológica sobre la propia existencia, fundamentos y límites de una teoría(s) crítica(s) en el Derecho¹¹. Ahora bien, debe reconocerse la imposibilidad de la existencia de una única “teoría crítica” en el Derecho, pues la especificidad de este espacio epistemológico está compuesta por discursos fragmentados en perspectivas metodológicas que imposibilitan la construcción de una teoría general, sistemática y unitaria¹². El panorama abierto por desafíos, posibilidades y limitaciones está influenciado por saberes libertarios, deconstructivistas, analíticos, sistémicos, relativistas, nihilistas y complejos. De este modo, la propia expresión “teoría crítica del derecho” ya lleva consigo imprecisiones, equívocos, controversias y, por qué no, insuficiencias prácticas. Tales consideraciones no deben excluir ni minimizar el papel pedagógico de la “crítica jurídica” como posibilidad instrumental de denuncia y verdadera concientización frente a distintos modelos de formalismos normativistas y de producciones judiciales estatales, definiendo una mejor comprensión entre la vida social y las formas de institucionalidad.

Ciertamente, estas limitaciones no impiden el reconocimiento de la importancia y los efectos positivos de una “teoría crítica” para el Derecho, considerado como saber, discurso y práctica destinados a erradicar ideas, proce-

¹¹ Reflexiones ya desarrolladas en: A. C. WOLKMER, “Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito”, *Revista Direito e Práxis*, vol. 10, 2019, pp. 2711-2735. Id., *Teoría Crítica del Derecho desde América Latina*, cit., pp. 43-55.

¹² Vid. R. ENTELMAN, “Teoria crítica del derecho”, *Revista de Direito Público*, vol. 18, núm. 73, 1985, p. 25-35; L. A. WARAT. “El Jardim de los Senderos que se bifurcam. A teoria crítica do direito e as condições de possibilidade da Ciência Jurídica”, *Contradogmáticas*, vol. 2, núm. 4/5, 1985, pp. 60-78.

dimientos e institucionalidades fetichizadas, opresoras y excluyentes. Para ilustrar, se puede observar históricamente el espacio periférico aquí tratado en el Sur global, tomando como ejemplo América Latina. La cultura jurídica ibérica trasplantada a esta región casi siempre funcionó como un “locus” de normatividad vertical y control social técnico-formal, instrumentalizado para la legitimación del poder de la metrópoli. Siempre han existido luchas y resistencias locales contra formas de violencia, exclusión y segregación que perpetuaban experiencias históricas de sufrimiento entre pueblos indígenas, afrodescendientes, campesinos, trabajadores, minorías y diversos grupos marginados. Esto explica la prevalencia de un Derecho que sirve a segmentos elitizados, naciendo como fruto de la colonización, del trasplante y de la dependencia respecto al modelo colonial eurocéntrico.

Un elemento común y compatible entre las “teorías críticas” en el Derecho, en sus diversos referentes metodológicos (dialéctico, semiológico, psicoanalítico, analítico, sistémico, entre otros), es el ejercicio de denuncia (ya sea radical o moderada), la facilitación para una conciencia crítica, el establecimiento de formas de resistencia, la apertura de alternativas de ruptura, la proposición de cambios intra y extrasistémicos y la instauración de procesos de liberación en la búsqueda de la realización de la justicia¹³.

En este sentido, recordando a Luis A. Warat, los enfoques críticos convergen cuando denuncian las funciones político-ideológicas del normativismo estatal, cuando señalan las falacias y abstracciones técnico-formalistas de los discursos legales, cuando cuestionan “[...] las bases epistemológicas que dirigen la producción tradicional de la Ciencia Jurídica”, cuando desacralizan las “[...] creencias teóricas de los juristas en torno a la problemática de la verdad y la objetividad” y, finalmente, cuando reubican “el derecho en el conjunto de las prácticas sociales que lo determinan [...]”¹⁴.

Una vez delimitadas estas cuestiones sobre la naturaleza, las posibilidades y los límites representativos de la(s) teoría(s) crítica(s) en el Derecho, es importante mencionar brevemente el panorama contemporáneo occidental a nivel coyuntural y estructural que favoreció y proyectó el desarrollo de estas concepciones. En este horizonte, se pueden destacar, en el contexto occiden-

¹³ A. C. WOLKMER, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, Saraiva, 9a. ed., São Paulo, 2015, pp. 49-59. Id., “Pluralismo Jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito”, cit. p. 2722.

¹⁴ L. A. WARAT, *A pureza do poder*, Edufsc, Florianópolis, 1983. p. 39; A. C. WOLKMER, *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*, cit., pp. 46-48.

tal, dos movimientos relevantes de crítica en el derecho: en primer lugar, el desencadenamiento de tal tendencia en la segunda mitad del siglo XX, específicamente a finales de la década de 1960 y durante la década de 1970, en Europa y Estados Unidos. Un fenómeno que resultó de la coyuntura social, política y económica vivida en Occidente tras la Guerra Fría, derivada de la crisis fiscal y de gobernabilidad de los Estados centrales, de los dilemas del capitalismo monopolista y de las reivindicaciones por políticas sociales distributivas, de la independencia e insurgencia de países resultantes de las luchas de descolonización (los no alineados de Bandung, en 1955) y de la turbulencia cultural como consecuencia de mayo de 1968.

Es así en este espacio complejo y conflictivo que surge en el continente europeo, a lo largo de los años 1970, el movimiento crítico del derecho en Italia, con el “L’Uso alternativo del diritto” (P. Barcellona, G. Cotturri, L. Ferrajoli); en Francia, con la “Association Critique du Droit” (M. Miaille, A. Jeammaud, J.J. Gleizal, P. Dujardin, entre otros); y en España (N. López Calera, M. Saavedra López, P. Andrés Ibáñez)¹⁵. Algunos aportes dispersos también se encuentran en Inglaterra (Peter Fitzpatrick, de modo especial). En cuanto al desarrollo crítico en Estados Unidos, con los “Critical Legal Studies”, su representación más significativa estuvo en algunas Facultades de Derecho, teniendo como polo aglutinador la Universidad de Wisconsin-Madison, en 1977 (Duncan Kennedy, Roberto M. Unger, M. Tushnet, R. Abel, D. Trubek)¹⁶.

Por otro lado, un segundo movimiento de “crítica jurídica” puede identificarse en América Latina, considerando su presencia y sus reflejos principalmente en México, Argentina, Brasil, Chile y Colombia. Aunque se puedan reconocer pequeños núcleos a finales de los años 1970, fue en la década de 1980, con el declive de los regímenes políticos autoritarios, que tomaron fuerza los grupos de estudios y centros universitarios que incorporaron y desarrollaron fuentes y materiales bibliográficos provenientes de Europa y Estados Unidos.

¹⁵ Para una visión más completa, consulte: A. C. WOLKMER, *Teoría Crítica del Derecho desde América Latina*, AKAL, México, 2017, pp. 63-72; Id., “Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito”, 2019, pp. 2711-2735. Observar también: A. JEAMMAUD et al., *La crítica jurídica en Francia*, Universidad de Puebla, 1986; N. LÓPEZ CALERA, M. SAAVEDRA LÓPEZ y P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Sobre el uso alternativo del derecho*, Fernando Torres, Valencia, 1978.

¹⁶ D. KENNEDY, “Notas sobre la Historia de CLS en los Estados Unidos”, *Doxa*, num. 11, 1992, p. 283-293. Vid, igualmente: J. A. PÉREZ LLEDÓ, “Teorías críticas del derecho”, en E. GARZÓN VALDÉS y F. J. LAPORTA, *El derecho y la justicia*, Trotta, 2da. ed., Madrid, 2000, pp. 87-102.

Algunos factores contribuyeron a la emergencia de “teorías críticas” en el derecho latinoamericano, tales como: los ecos ecuménicos del Concilio Vaticano II, la teología y la filosofía de la liberación, la teoría de la dependencia, la pedagogía del oprimido, la teoría social marxista heterodoxa, la sociología sentipensante y los estudios sociales y antropológicos sobre multiculturalismo, interculturalidad, racismo y pluralismo¹⁷.

Si este fue el marco temporal y espacial de finales del siglo XX sobre la importancia y la función del pensamiento crítico en general y de la crítica en el Derecho, la gran cuestión que se plantea en el presente es su validez, capacidad y fuerza para enfrentar los nuevos desafíos que surgen en el siglo en curso. Esta dinámica, en la que las estructuras sociales se están complejizando de manera acelerada, hace evidente la fragilidad e insuficiencia no solo del modelo tradicional del derecho, sino también de la propia crítica jurídica consagrada académicamente, que no está respondiendo de manera efectiva a los nuevos desafíos globales, ya que la respuesta no se encuentra en las mismas bases epistemológicas y sociopolíticas que hasta ahora le han dado sustento y legitimidad. De ahí la indiscutible necesidad de su reinención en la dialéctica de rupturas y avances. Es, por tanto, imperioso el esfuerzo por buscar nuevos enfoques para la constitución de un pensamiento alternativo, plural y complejo.

4. PENSAR CRÍTICAMENTE EL DERECHO EN EL SIGLO XXI DESDE OTRO LUGAR

A partir de los supuestos subrayados sobre las posibilidades, validez y límites de la teoría crítica del derecho en su configuración actual (ciencias sociales y humanas), especialmente en su capacidad de responder integralmente a fenómenos globales como las desigualdades sociales, las crisis ambientales, las nuevas formas de violencia y discriminación racial, y las migraciones masivas, se vuelve imperativo revisar radicalmente las bases epistemológicas de la “crítica jurídica”. Ya no debe entenderse solo como

¹⁷ Para una descripción más detallada sobre la “teoría crítica del Derecho” en América latina, constatar: A. C. WOLKMER, “Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito”, cit. Otros análisis importantes: C. M. CARCOVA, “Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho”, *Las teorías jurídicas Postpositivistas*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007. pp. 109-126; O. CORREAS, “Acerca de la crítica jurídica”, *El Otro Derecho*, ILSA, núm. 5, Bogotá, 1990, pp. 35-51.

una mera deconstrucción de la institucionalidad normativa y sus formas de ocultación opresiva, sino, sobre todo, como un canal para la construcción de una normatividad alternativa que preserve y garantice la vida para el futuro.

Es imprescindible traer a la agenda de esta incursión¹⁸ el significado, la fuerza y la utilidad de la “crítica jurídica” en tiempos que trascienden lo local y lo regional, abriendo un imaginario social más amplio, caracterizado por permanentes redefiniciones paradigmáticas surgidas del espacio-tiempo global, en la conjunción de la diversidad de formas de vida con la naturaleza y en los ciclos productivos del “sistema-mundo” capitalista, en los nuevos patrones de colonialidad del conocimiento y en la construcción de la racionalidad neoliberal perversa.

No se puede dejar de tener en cuenta algunos aportes esenciales provenientes del actual estado alcanzado por las ciencias sociales y humanas contemporáneas, con referentes epistemológicos y marcos conceptuales que han ejercido impactos incisivos. Entre ellos, las propuestas de la teoría social marxista heterodoxa, así como las corrientes libertarias (las teologías y filosofías de la liberación, con relevancia para autores como Enrique Dussel)¹⁹, las cosmovisiones ancestrales (“buen vivir”, “ubuntu”), el feminismo en su amplio espectro, las propuestas antirracistas y migratorias, el ecologismo crítico, el interculturalismo, los estudios culturales y poscoloniales, y las teorías y epistemologías del Sur, desarrolladas en América Latina, África y Asia.

Ante este horizonte, ¿cómo redefinir el papel del pensamiento crítico en el derecho, basado en nuevos parámetros epistémicos que respondan a los nuevos desafíos, buscando prácticas metodológicas que, sin renunciar a su carácter contrahegemónico y liberador, avancen dialécticamente en el sentido de refundar e instituir su propio lugar, su praxis discursiva y su identidad, reafirmando su instrumentalidad radical en la intertextualidad de conceptualizaciones insurgentes, extraídas de polos circulantes y relacionales

¹⁸ Discusiones ya examinadas anteriormente y ahora transcritas, en: A. C. WOLKMER, “Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito”, cit.

¹⁹ A propósito, sobre la teoría crítica y el pensamiento de la liberación, uno de los aportes se puede encontrar en: D. SÁNCHEZ RUBIO, *Filosofía, Derecho y Liberación en América latina*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1999. Y más reciente en: “Teoría Crítica (del Derecho) desde el pensamiento Latinoamericano de Liberación”, *Derechos y Libertades*, núm. 53, en este monográfico. Para profundizar, buscar igualmente autores en México como: J. A. TORRE RANGEL y A. ROSILLO MARTÍNEZ.

sobre los conflictos y las nuevas modalidades sociales, de género, raza, complejidad, interculturalidad, descolonización y pluralidad?

Para un avance en la propuesta aquí esbozada, se debe considerar como punto de partida los desafíos que implican resignificar un pensamiento crítico en el Derecho, tanto como teoría y práctica normativa en áreas de fundamentación epistemológica y de aplicación metodológica, oponiéndose a la clásica construcción del universalismo etnocéntrico en su dimensión histórica, idealista e imperial de la Modernidad occidental. Una construcción asentada en la seguridad de un formalismo dogmático pretendidamente científico y en la temporalidad de falsas certezas y abstracciones sobre las formas de colonización del mundo, la vida y la naturaleza.

¿Cómo pensar un otro Derecho, que sea crítico y justo, y cuál es su función como instrumento normativo capaz de contribuir a las condiciones de existencia futura de una vida humana posible y con dignidad? Naturalmente, se hace necesaria otra concepción sociopolítica del derecho, que no perpetúe una visión anclada en el pasado, instrumentalizada como narrativa de memoria e inventario para justificar y exaltar normatividades imperiales y coloniales. En su lugar, se debe considerar cómo el derecho puede servir para pensar otro referente teórico-práctico de normatividad alternativa, no de manera convencional, sino desde otro lugar: desde el espacio “waratiano” de transgresión y rebeldía, desde la territorialidad de la ruptura, desde el acto de des-fetichizar la pretendida y endiosada “ciencia del derecho”.

De hecho, un pensamiento crítico como horizonte epistémico debe permitir reflexionar sobre un futuro temporal, espacial y concreto de los individuos y sus experiencias vividas, siendo un pensamiento creador y comprometido con el presente y con el futuro.

Por eso, surge la necesidad de una reconfiguración crítica y radical del Derecho, especialmente en lo que respecta a la conceptualización e implementación del Derecho a la vida y al futuro. Esta propuesta de un pensamiento crítico que busca delinear un proceso de construcción de normatividad alternativa, fundamentada en una crítica incisiva al capitalismo globalizado hegemónico y a la cultura neoliberal individualista, debe contemplar tres ejes fundamentales que se presentan como pilares para un enfoque radical de transposición del antropocentrismo etnocéntrico, vertical y monocultural hacia un ecocentrismo relacional y horizontal. Para este propósito, se destacan: el factor social como elemento básico para una teoría de dimensión crítica; el impacto de las tecnologías de información y comunicación sobre

la sociedad; y la redefinición de las relaciones humanas con el mundo de la naturaleza.

1. El *primer gran frente* para la construcción de una teoría de dimensión crítica sobre el Derecho a la vida y al futuro reside en la comprensión profunda y en el análisis crítico de los factores sociales que han afligido a la humanidad, tanto en su pasado como en su presente, como consecuencia directa del sistema capitalista. Este panorama, caracterizado por un conjunto de desafíos socioeconómicos y humanitarios, constituye la base sobre la cual se debe proyectar cualquier intento de reformulación normativa anticapitalista y alternativa.

Las profundas desigualdades sociales que impregnan las sociedades contemporáneas son un resultado directo e inevitable de la lógica de acumulación capitalista. La discrepancia en la distribución de recursos y oportunidades no solo perpetúa ciclos de pobreza, sino que también compromete significativamente el acceso a derechos humanos básicos. El crecimiento de la pobreza, fenómeno intrínsecamente ligado a la explotación capitalista, se manifiesta como un desafío multidimensional. Sus consecuencias van más allá de la mera carencia material, extendiéndose a aspectos como la desnutrición crónica y la vulnerabilidad a enfermedades epidémicas. En este nivel de los factores sociales, la emergencia y el recrudecimiento de formas inéditas de violencia, discriminación y racismo son exacerbados por las tensiones sociales generadas por la desigualdad inherente al modelo económico capitalista. Igualmente, los flujos migratorios y los desplazamientos poblacionales forzados reflejan la explotación global. La situación de los inmigrantes y desamparados evidencia las fallas sistémicas en la protección y garantía de los derechos humanos a escala global y en las relaciones entre diferentes países.

La cuestión social está intrínsecamente ligada a la precarización del trabajo y de la salud. La pauperización de los trabajadores es una consecuencia directa de la búsqueda incesante de lucro bajo el amparo del capital, un cuadro agravado por transformaciones en el mercado laboral y la erosión de los derechos laborales. Paralelamente, la precarización de la salud, manifestada tanto en la insuficiencia de acceso a servicios médicos como en el deterioro de las condiciones sanitarias, resulta de la propia mercantilización de la salud. Debe considerarse también la falta de acceso a una educación de calidad, que perpetúa ciclos de pobreza y marginalización, sirviendo a los intereses del capital al mantener una masa de trabajadores despreparados y fácilmente explotables.

La educación, como derecho fundamental e instrumento de emancipación, debe ser concebida como un elemento central en cualquier propuesta crítica de normatividad alternativa orientada hacia el Derecho a la vida y al futuro.

Finalmente, las formas contemporáneas de esclavitud, que incluyen el trabajo forzado, la trata de personas y la explotación sexual, cuya persistencia en el siglo XXI exige una respuesta normativa contundente e innovadora.

2. El *segundo gran frente* que hay que cuestionar y afrontar es el de la sociedad digital²⁰ con sus sofisticadas tecnologías de la información y la comunicación, cada vez más integradas en la vida humana, provocando cambios significativos en la producción de conocimientos y las relaciones sociales. El sistema mundial está fuertemente influenciado por lo que Shoshana Zuboff llama “capitalismo de vigilancia”²¹. Este modelo económico salvaje se apropia de diversas tecnologías digitales –como computadoras, teléfonos móviles, redes y medios sociales, robótica, algoritmos, sistemas de inteligencia artificial y plataformas digitales gigantescas– para fines específicos de recopilación y procesamiento masivo de datos.

En un mundo cada vez más conectado, donde las fronteras territoriales son borrosas, la sociedad digital impulsa nuevas formas de apropiación capitalista y explotación humana, ahora bajo el colonialismo digital. En este escenario de incertidumbre, el uso dominante de grandes plataformas digitales contribuye al aumento de las desigualdades sociales y la deshumanización, influyendo en percepciones, subjetividades y decisiones. “Colonialismo de datos”²² representa una nueva forma de apropiación, centrada en los recursos sociales y la información generada por las interacciones humanas, explotando la vida humana para extraer datos y transformarlos en ganancias.

Este nuevo paradigma de explotación opera de manera sutil y a menudo imperceptible, pero es igualmente peligroso y dañino, ya que opera bajo el pretexto de la conectividad y la conveniencia, sin legitimidad democrática, que influya en las decisiones y moldee el comportamiento. Es un sistema en el que la recogida masiva y continua de datos personales se convierte en el

²⁰ A. C. WOLKMER, “Pluralismo Jurídico e Sociedade Digital: Desafios e Perspectivas”, 2024, 24 p. Texto inédito.

²¹ S. ZUBOFF, *A Era do Capitalismo de Vigilância*, Intrínseca, Rio de Janeiro, 2021.

²² N. COULDRY y U. A. MEJIAS, *The costs of connection: How data is colonizing human life and appropriating it for capitalism*, Stanford University, California, 2019; M. KWET, *Digital colonialism: US empire and the New Imperialism in the Global South*, 2019. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3232297.

principal motor de beneficio y control. Las grandes corporaciones tecnológicas (*big techs*), que operan como nuevos amos del mundo capitalista, acumulan enormes cantidades de datos sobre los individuos, utilizando esta información para predecir e influir en el comportamiento, introduciendo nuevos patrones de colonialidad del poder²³.

Ciertamente, el mundo virtual representado por Internet, con su extensa infraestructura, sirve como un sistema que abarca y define formas de vigilancia y control de las comunidades, y también se utiliza para servir los intereses de regímenes no democráticos²⁴. Por lo tanto, la contribución del pensamiento crítico debería estimular la búsqueda de un camino alternativo y posible para descolonizar, transformar y controlar la dominación normativa autoritaria de las grandes corporaciones digitales para espacios comunitarios locales más democráticos e igualitarios.

3. El *tercer frente* para pensar y proyectar el Derecho a la Vida hacia el futuro es examinar alternativas para reinventar formas de vivir y relacionarse con la naturaleza. Esto es necesario ya que el proyecto de Modernidad occidental, capitalista, extractiva y colonial seguirá fracasando incesantemente mientras no se produzca un cambio radical de paradigma. Se trata del agotamiento sociopolítico, cultural y ambiental de un proyecto de sistema-mundo decadente, en el que los cimientos de los pilares que lo sostienen se están derrumbando. Como sostiene Luigi Ferrajoli en su obra “Por una Constitución de la Tierra” (en línea con el pensamiento del Papa Francisco, expresado en la encíclica *Laudato Si’* y reafirmado en *Laudate Deum*²⁵), las acciones humanas han desencadenado catástrofes cuyos efectos ya son evidentes. Ferrajoli subraya que, por primera vez en la historia de la humanidad, “la raza humana está en riesgo de extinción: no una extinción natural, como fue el caso de los dinosaurios, sino un suicidio en masa sin sentido debido a la actividad irresponsable de los propios seres humanos”²⁶. El jurista italiano advierte

²³ A. QUIJANO, “Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina”, en E. LANDER, (org.), *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*, Colección Sur Sur, CLACSO, Buenos Aires, 2005, p. 218; W. D. MIGNOLO, “Colonialidade: o lado mais escuro da modernidade”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 32, núm. 94, 2017, p. 1.

²⁴ M. PEIRANO, *El Enemigo conoce el Sistema*, Debate, Barcelona, 2019.

²⁵ P. FRANCISCO, *Enciclica Laudate Deum*, A Santa Sé, Roma, 2023. Disponible en: https://www.vatican.va/content/francesco/pt/apost_exhortations/documents/20231004-laudate-deum.pdf.

²⁶ L. FERRAJOLI, *Por uma constituição da Terra: a humanidade em uma encruzilhada*, Emais, Florianópolis, 2023, p. 9.

también que, ante las actuales emergencias y amenazas nucleares, falta una respuesta política e institucional adecuada. Los responsables de tales condiciones caóticas –“los gobernantes de las mayores potencias y los principales actores de la economía mundial”– parecen no ser plenamente conscientes de que el cambio climático, el aumento del nivel del mar, la destrucción de la biodiversidad, la contaminación y los procesos de deforestación y desertificación están comprometiendo gravemente el futuro de la humanidad.

Considerando estos frentes de análisis, es importante resaltar que no excluyen otras perspectivas, propuestas²⁷ y horizontes en el Derecho y la sociedad. Sirven como punto de partida para una reflexión más amplia e inclusiva sobre el papel del Derecho en la época contemporánea. En este contexto, la inclusión de la diversidad de experiencias humanas en la formulación y aplicación del Derecho es fundamental. Este enfoque reconoce la complejidad y la realidad social multifacética, que requiere un sistema jurídico igualmente diverso y adaptable.

La nueva perspectiva crítica del Derecho surge de la confluencia de diferentes líneas de pensamiento, reconociendo la riqueza de la pluralidad sin perder de vista un propósito unificador. Este enfoque holístico integra la diversidad de experiencias humanas, explora escenarios normativos alternativos y prioriza la preservación futura de la vida, todo ello anclado en el principio fundamental del derecho humano a la vida. Lejos de desembocar en el caos, esta diversidad de perspectivas encuentra su cohesión en la búsqueda de la plenitud de la existencia humana y planetaria. Por ello, se propone un Derecho más inclusivo, responsivo y éticamente orientado, capaz de afrontar los complejos desafíos contemporáneos. Esta visión crítica alternativa toma en cuenta y reconoce la multiplicidad de experiencias, enfoques y conocimientos producidos, pero, trascendiendo los límites impuestos por los paradigmas de la Modernidad, va más allá en establecer un proyecto normativo comprometido con las necesidades sociales y la preservación de la naturaleza, guiado siempre por el imperativo de proteger y promover la vida en todas sus manifestaciones. En definitiva, este enfoque apunta a la construcción crítica de un Derecho más reflexivo, inclusivo y orientado al futuro, capaz de responder a las complejidades del mundo actual y contribuir eficazmente al florecimiento de la vida en su plenitud.

²⁷ Importante fue algunos desafíos destacados para enfrentar a las diversas crisis conjunturales, estructurales e institucionales, en la reflexión hecha por: M. J. FARÍÑAS DULCE, “Problemas actuales de los derechos humanos: nuevos paradigmas en un contexto de cambios globales”, *Derechos y Libertades*, núm. 50, 2024, pp. 50-51.

5. CONCLUSIÓN

Como ya ha problematizado en otro momento²⁸, el gran esfuerzo radica, por consiguiente, en explorar otro desiderátum para el Derecho en la configuración de rupturas paradigmáticas y en la insurgencia de saberes otros. Al intento de una necesaria “transición civilizatoria” precede, en palabras de Arturo Escobar, un futuro para la “creación de visiones políticas”²⁹ que trasciendan los imaginarios universalistas de la Modernidad occidental.

En tiempos del “sistema-mundo” capitalista³⁰ y de la nueva razón neoliberal, la mirada se dirige hacia la resignificación de un pensamiento crítico renovado, basado en las “voces” subalternas, ahora reconocidas, del Sur. La recuperación y la reinención de la “crítica jurídica” deben delinear e interiorizar postulados radicales, expresados en las siguientes condiciones:

- a) Descolonizar el pensamiento crítico tradicional/etnocéntrico y las prácticas de opresión sobre las nuevas subjetividades³¹;
- b) Repensar y proponer un proyecto de sociedad no excluyente, con respeto a las diferencias, diversidades e identidades;
- c) Buscar nuevos procesos creadores y liberadores que superen el nihilismo y el deconstructivismo estéril;
- d) Sumergirse en la interdisciplinariedad que permite la interacción de saberes diversos y complejos;
- e) Recuperar y reconstruir la noción de utopía desde la perspectiva de la comunalidad (colectivos zapatistas)³², el “buen vivir”³³, el “Ubuntu”³⁴ y lo “común”³⁵;

²⁸ A. C. WOLKMER, “Para além do antropoceno: o direito humano ao futuro”, en D. SÁNCHEZ RUBIO, A. SÁNCHEZ BRAVO y J. I. DELGADO ROJAS (org.), *Poderes, Constitución y Derechos*, Dykinson, vol. 1, 1a. ed., Madrid, 2024, p. 234.

²⁹ A. ESCOBAR, “Transiciones civilizatorias” en A. KOTHARI et al. (coords.), *Pluriverso, Diccionario del Posdesarrollo*, Icaria, Barcelona, 2019, p. 460.

³⁰ I. WALLERSTEIN. *Análisis de Sistemas-Mundo*, cit.

³¹ R. ZIBECHI, *Descolonizar el pensamiento crítico y las prácticas emancipatorias*, Ediciones Desde Abajo, Bogota, 2015.

³² G. ESTEVA, “Para sentipensar la comunalidad”, *Bajo el Volcán*, vol. 15. núm. 23, México, 2015, pp. 176-177. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/286/28643473010.pdf>.

³³ A. ACOSTA, *El buen vivir. Sumak Kawsay: una oportunidad para imaginar otros mundos*, Icaria, Barcelona, 2013.

³⁴ M. B. RAMOSE, “Globalização e Ubuntu”, en B. S. SANTOS y M. P. MENESES (orgs.), *Epistemologias do Sul*, Cortez Editora, São Paulo, 2010, pp. 175-220.

³⁵ C. LAVAL y P. DARDOT, *Común: ensayo sobre la revolución en el siglo XXI*, Gedisa, Barcelona, 2015; S. FEDERICI, *Reencantando o Mundo. Feminismo e a política dos comuns*, São

- f) Fortalecer nuevas formas de resistencia y estrategias de acción colectiva transformadora³⁶.

En resumen, no es posible construir fundamentos³⁷ para otro proyecto biocivilizatorio en una dimensión ecosocial sin un pensamiento radical y una acción “común” antisistémica. Desde esta perspectiva, la praxis instituyente engendra derechos a partir de una nueva configuración en procesos instituyentes “de abajo hacia arriba”, en los cuales los seres humanos, como parte de la naturaleza y como seres ecointerdependientes, reconocen la necesidad de transponer urgentemente la etapa civilizatoria en colapso y un capitalismo deshumanizador y degradante³⁸.

La inexorable crisis que afecta al sistema ecosocial y la dimensión descontrolada de los cambios climáticos exigen urgencia por la vida y la imperiosa necesidad de pensar en un Derecho Humano a la Vida y al futuro. Esta resignificación crítica del Derecho no es solo una respuesta reactiva a los cambios sociales, sino un movimiento proactivo y transformador que busca posicionar el campo jurídico como un agente activo en la construcción de un futuro más justo, inclusivo y pluriversal.

ANTONIO CARLOS WOLKMER
Master's and PhD in Law and Society
UNILASALLE - RS
2288, Victor Barreto Ave. Canoas
RS - 92.010-000 - Brasil
e-mail: acwolkmer@gmail.com

Paulo, Elefante, 2022. Entre algunas aportaciones sobre lo “común” en España, cabe recordar las investigaciones de: M. APARICIO W., D. SÁNCHEZ RUBIO, C.D. CABO MARTIN, A. MARTÍNEZ E BRINGAS, M.E. RODRIGUEZ PALOP.

³⁶ J. HERRERA FLORES, *A (re)invenção dos Direitos Humanos*, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2009; M. E. GÁNDARA CARBALLIDO, *Hacia un pensamiento crítico en derechos humanos: Aportes en diálogo con la teoría de Joaquín Herrera Flores*, Tesis Doctoral, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2013.

³⁷ Sobre una crítica a los actos y cambios fundacionales en los tiempos actuales, constatar: M. J. FARIÑAS DULCE, “Problemas actuales de los derechos humanos: nuevos paradigmas en un contexto de cambios globales”, cit., pp. 54-55.

³⁸ M. F. S. WOLKMER y A. C. WOLKMER, “Descolonizando processos de institucionalidade epistêmica e normativa: a busca por novo sentido plural de convivência no comum”, *Culturas Jurídicas*, núm. 20, 2021, p. 329.

**IUSFEMINISMO Y PACIFISMO JURÍDICO.
TEORÍAS CRÍTICAS DEL DERECHO
Y EL REPUDIO INCONDICIONAL DE LA GUERRA**

**LEGAL FEMINISM AND LEGAL PACIFISM.
CRITICAL THEORIES OF LAW
AND THE UNCONDITIONAL REPUDIATION OF WAR**

ORSETTA GIOLO

Università degli Studi di Ferrara

<https://orcid.org/0000-0003-4912-7937>

Fecha de recepción: 2-2-25

Fecha de aceptación: 6-3-25

Resumen: *En este ensayo, quisiera proponer una reflexión inicial sobre la significativa convergencia entre el iusfeminismo y el pacifismo jurídico en la crítica a la guerra. En primer lugar, mencionaré brevemente algunas consideraciones sobre el iusfeminismo como matriz constitutiva de las teorías críticas del derecho; posteriormente, intentaré analizar la naturaleza del pacifismo jurídico como una teoría crítica del Derecho. A continuación, tras precisar por qué el iusfeminismo y el pacifismo jurídico deben entenderse como “saberes inéditos”, me detendré, de forma esquemática, en el análisis de su convergencia metodológica, teórica y temática.*

Abstract: *In this essay, I would like to propose an initial reflection on the significant convergence between legal feminism and legal pacifism in the critique of war. First, I will briefly mention some considerations on legal feminism as a constitutive matrix of critical theories of law; subsequently, I will attempt to analyze the nature of legal pacifism as a critical theory of law. Then, after specifying why legal feminism and legal pacifism should be understood as “unprecedented knowledge”, I will stop, in a schematic way, to analyze their methodological, theoretical and thematic convergence.*

Palabras clave: iusfeminismo, pacifismo jurídico, teorías críticas del Derecho, guerra, violencia

Keywords: legal feminism, legal pacifism, critical theory of law, war, violence

1. PREMISA. LAS TEORÍAS CRÍTICAS DEL DERECHO Y LA GUERRA, HOY

Las teorías críticas del Derecho (en adelante, TCD) se caracterizan por su convergencia en torno a cuestiones metodológicas, teóricas y temáticas específicas¹. Entre estas, destaca sin duda la crítica a la teorización de la fuerza/violencia² como instrumento (primero)³ y objeto (después)⁴ del Derecho, tal como fue elaborada por el pensamiento jusfilosófico clásico.

¹ Para una reconstrucción de los supuestos compartidos de las teorías críticas y para un análisis más profundo de la reconfiguración de la subjetividad jurídica que estas proponen, me permito remitir a lo contenido en M.G. BERNARDINI, y O. GIOLO (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini, Pisa, 2017.

² A continuación, emplearé siempre este binomio con el objetivo de subrayar la ambigüedad y la mutabilidad del criterio que distingue la violencia de la fuerza, dado que dicho criterio está profundamente expuesto a las contingencias políticas, ideológicas, culturales, religiosas, morales y jurídicas. Como señala, por ejemplo, Costanza Margiotta, la distinción entre fuerza y violencia parecería evidenciar una suerte de irreductibilidad de la violencia a una perspectiva jurídica, mientras que “l’atto di forza sarebbe dotato di significato giuridico”. Sin embargo, “resta aperto il problema dell’ambivalenza della violenza e quello della contraddizione insita nella dialettica diritto/violenza, nonostante i ripetuti tentativi, compiuti da molteplici teorie giuridiche, di neutralizzare il potere della spada qualificandolo come mero potere di coazione, necessario al mantenimento, da parte del potere politico, della coesistenza pacifica nella comunità politica attraverso il monopolio dell’uso della forza legittima” (C. MARGIOTTA, “Processo di decolonizzazione, violenza e diritto”, en A. CATANIA, y G. PRETEROSSO (eds.), *Forme della violenza e violenza della forma*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, p. 73). Geminello Preterossi afirma: “Forza, però, in questa lunga tradizione, è cosa diversa da ‘violenza’, e tutta la partita della legittimazione si gioca sulla possibilità di distinguere, e anzi opporre, una forza che sia in grado di farsi ‘forza di legge’, e una violencia anomica e smodata, incapace di ‘forma’”. Sin embargo, “[i]n sostanza, e in ultimissima istanza, un criterio supremo e definitivo di distinzione tra forza e violencia non sussiste, ma la produzione di discorsi su di esso, la sua costruzione argumentativa, narrativa (sempre a rischio di ideología, ovviamente), non solo è inevitabile quando la violencia organizada ha successo, ma è una sorta di constante funcional ai fini della stabilizzazione all’ordine e della sua giuridificación” (G. PRETEROSSO, “Il nesso forza-forma tra violencia e legittimazione. Note e chiarimenti concettuali” en A. CATANIA, y G. PRETEROSSO [a cura di], *Forme della violenza e violenza della forma*, cit., p. 28). Para una mayor profundización en los significados del término “violencia” desde la perspectiva gandhiana, remito a G. PONTARA, *L’antibarbarie. La concezione etico-politica di Gandhi e il XXI secolo*, Edizioni Gruppo Abele, Turín, 2019.

³ Basta pensar en la coerción como última instancia de toda sanción; véase, para todos/as, N. BOBBIO, *Contributi per un dizionario giuridico*, Giappichelli, Turín, 1994, pp. 328 y ss.

⁴ La referencia es a Kelsen y su calificación de la fuerza como objeto del derecho, en H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke Verlag, Viena, 1934.

La relación jerárquica entre subjetividades paradigmáticas y no paradigmáticas⁵ –las primeras reconocidas *ab origine* por el derecho, y las segundas ignoradas durante siglos– se analiza y deconstruye a la luz del papel que la fuerza/violencia ha desempeñado en la afirmación y el mantenimiento de dicha asimetría de poder.

Para las TCD, por tanto, la fuerza/violencia aparece como un elemento central y no accesorio en la construcción desigual de la humanidad, que ha caracterizado la experiencia jurídica hasta la aparición del principio de igualdad. Este principio ha permitido que dicha arquitectura asimétrica sea progresivamente visible y, sobre todo, cuestionable.

De aquí surge la atención que las TCD reservan también a la guerra⁶, entendida como hecho-instituto-fenómeno que encierra en sí la máxima manifestación de fuerza/violencia y de voluntad de dominio que las subjetividades paradigmáticas son capaces de expresar.

En varias corrientes de las TCD se pueden identificar estudios críticos sobre la guerra, incluso con respecto a diferentes períodos históricos⁷: en es-

⁵ Por subjetividad paradigmática se entiende el modelo de sujeto alrededor del cual se han estructurado el derecho y la política: un sujeto presuntamente neutro y concebido de manera abstracta, pero que en realidad corresponde a una precisa “antropología implícita”, dotado de características específicas (sexo, orientación sexual, raza, clase, origen, lengua, habilidades, etc.). Las subjetividades no paradigmáticas, en cambio, hacen referencia a todas las personas excluidas del modelo de subjetividad jurídica, al no poseer las mismas características, quedando así relegadas a los márgenes del derecho y la política, bajo la disponibilidad del sujeto paradigmático y en una condición de servidumbre y subordinación. Véase M.G. BERNARDINI, “Introduzione. Le teorie critiche del diritto: soggettività in mutamento”, en M.G. BERNARDINI, y O. GIOLO (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, cit., pp. 13-34.

⁶ Como es sabido, existen diversas corrientes jusfilosóficas que pueden adscribirse a las teorías críticas del derecho, algunas ya consolidadas y otras emergentes, todas ellas en relación con movimientos teórico-críticos más amplios como el feminismo, los *disability studies*, los *queer studies*, los *post-colonial studies*, la *critical race theory*, la *critical migration theory* y los *ageing studies*. Para una visión general, véanse los ensayos recopilados en M.G. BERNARDINI, y O. GIOLO (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, cit.

⁷ Por ejemplo, mientras el feminismo lleva tiempo reflexionando sobre el papel que han desempeñado las guerras en los procesos de emancipación de las mujeres, por un lado, y sobre su relación con el pacifismo, por otro, otras corrientes, como los *post-colonial studies*, han profundizado ampliamente en la cuestión de las guerras coloniales y de ocupación. Véanse, respectivamente, y a modo meramente ejemplificativo, R. ROACH PERSON (ed.), *Women and Peace. Theoretical, Historical and Practical Perspectives*, Routledge, Londres, 2019; G. M. STEINBERG, *Postcolonial Theory and the Ideology of Peace Studies*, en P. C. SALZMAN, y D. ROBINSON DIVINE (eds.), *Postcolonial Theory and the Arab-Israel Conflict*, Routledge, Londres, 2008.

tos estudios, la guerra se entiende siempre como una exteriorización de la misma matriz ideológica que ha legitimado la distinción jerárquica entre sujetos, recurriendo a criterios de discriminación para legitimarla y empleando la fuerza/violencia para afirmarla.

Por tanto, la guerra, a la par que la fuerza/violencia, no aparece como una excepción, sino que, por el contrario, se revela como parte integrante y funcional de un sistema jurídico-político basado en la desigualdad.

Esta representación de la guerra resulta especialmente significativa en términos heurísticos con referencia al tiempo presente, ya que el enfoque de las TCD parece captar con mayor claridad las funciones que la guerra desempeña en el contexto contemporáneo.

En particular, las TCD llevan tiempo centrando su análisis crítico en la ideología neoliberal, subrayando el peligro que esta representa frente al modelo constitucional de Derecho, derechos, Estado y democracia. El neoliberalismo promueve un proyecto de sociedad de Derecho privado, construido sobre el primado de la economía, la contracción de la esfera pública y la diferenciación, en lugar de la igualdad⁸. Se trataría, en última instancia, de un proyecto (o racionalidad)⁹ de carácter regresivo, que recupera nociones y estructuras premodernas¹⁰ basadas, no casualmente, en la disponibilidad de la fuerza/violencia por parte de sujetos privados dominantes, con el objetivo de garantizarles el acceso a los recursos y la acumulación de capital.

En el escenario actual, la guerra ha escapado al marco normativo establecido por el sistema de las Naciones Unidas para volver a ser el principal instrumento de resolución de controversias a nivel global. La amenaza del uso de la fuerza/violencia, al margen de cualquier legitimación jurídica, se multiplica de manera preocupante.

La perspectiva de las TCD permite además captar el vínculo existente entre el retorno de la guerra, en los términos descritos, y las transformaciones en curso en el uso de la fuerza/violencia a nivel global. Esto incluye la aparición de nuevos sujetos (públicos y privados) que la emplean, nuevos

⁸ P. DARDOT, y C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde: Essai sur la société néolibérale*, La Découverte, Paris, 2010. Véanse W. BROWN, *Undoing the demos. Neoliberalism's Stealth Revolution*, Zone Books, Nueva York, 2015 y M.J. FARIÑAS, "Neoliberalismo versus democracia", *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 14, 2018, pp. 342-352.

⁹ P. DARDOT, y C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde: Essai sur la société néolibérale*, cit., p. 9 y ss.; véase V. GAGO, *La razón neoliberal: economías barrocas y pragmática popular*, Tinta Limón, Buenos Aires, 2014.

¹⁰ H. GEISELBERGER (ed.), *The great regression*, Polity Press, Nueva York, 2017.

medios (como drones y satélites) y nuevos espacios (desde los físicos, como el espacio aéreo y ultraterrestre, hasta los virtuales, como el ciberespacio).

En las reflexiones de las TCD, se observa una dinámica compleja y dicotómica: por un lado, un progresivo ocultamiento del recurso a la fuerza/violencia y, por otro, su expansión tanto en la gestión de las relaciones internacionales (con el retorno evidente de la guerra) como en la seguridad interna de los Estados (a través de políticas penales especialmente represivas). Esto ocurre en paralelo con una progresiva disolución del monopolio público de la fuerza/violencia, que está siendo transferida a manos de sujetos privados (desde mercenarios y empresas privadas de armamento en conflictos internacionales hasta agencias de seguridad en entornos urbanos¹¹).

Esta doble dinámica responde, en última instancia, a los principios del neoliberalismo, que aboga por la construcción de regímenes políticos y jurídicos basados en la diferenciación¹², asignando a los sujetos un estatus desigual¹³. En este marco, el derecho parece abandonar progresivamente su carácter obligatorio y coactivo en relación con los grupos privilegiados¹⁴, mientras adopta una lógica opuesta frente a quienes no encajan en el modelo de subjetividad neoliberal¹⁵. En estos casos, el derecho se orienta

¹¹ Para una revisión al respecto: C. COKER, "Outsourcing War", *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 1, núm. 13, 1998, pp. 95-113; G. ARNOLD, *Mercenaries. The Scourge of the Third World*, Macmillan, Londres, 1999; M. LIKOSKY, "The privatization of violence" en S. CHESTERMAN y A. FISHER (eds.), *Private Security, Public Order: The Outsourcing of Public Services and Its Limits*, Oxford Academic, Oxford, 2010, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199574124.003.0001> (consultado el 16 de enero de 2025); M. COONEY, "Privatization of violence", *Criminology*, vol. 4, núm. 41, 2003, pp. 1377-1406; M. DUNIGAN y U. PETERSOHN, *The Markets for Force: Privatization of Security Across World Regions*, Pennsylvania University Press, Penn, 2015.

¹² Sobre este punto, me permito remitir a O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, Jovene, Nápoles, 2020.

¹³ Para el debate italiano, véanse F. DENOZZA, "La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, núm. 1, 2014, pp. 13-47, y M.R. MARELLA, "Antropologia del soggetto di diritto. Note sulle trasformazioni di una categoria giuridica", *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, Fascículo 1, enero 2021, pp. 71-104.

¹⁴ Basta pensar en las nuevas formas jurídicas que están surgiendo, desde la normatividad graduada hasta el *soft law*, en ausencia de sanción. Sobre las transformaciones contemporáneas del Derecho, remito a B. PASTORE, "Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti", *Lavoro e diritto*, núm. 1, 2003, pp. 5-16, y Id., *Complessità del diritto, interpretazione, ragione giuridica*, Wolters Kluwer, Milán, 2024.

¹⁵ D. CHANDLER, y J. REID (eds.), *The Neoliberal Subject. Resilience, Adaptation and Vulnerability*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2016; véanse también M. VÁZQUEZ

hacia la represión y la incapacitación mediante un uso masivo de la fuerza/violencia¹⁶.

Además, esta doble dinámica parece sostenerse gracias a una doble retórica que permite visibilizar o invisibilizar el uso de la fuerza/violencia, en función de los objetivos propios de la lógica neoliberal. Si la obsesión por la seguridad se alimenta mediante la exageración o exaltación de la criminalidad ordinaria, el silencio parece caracterizar las acciones violentas de los poderosos o incluso de los Estados. La “violencia invisible”, estigmatizada por Slavoj Žižek¹⁷, propia de la criminalidad de los poderosos¹⁸, permanece oculta, al igual que los efectos y consecuencias que genera. La guerra (neoliberal y globalizada¹⁹), aunque está dramáticamente presente y en expansión, se encuentra simultáneamente silenciada en el debate público y político debido a su *normalización*²⁰, mientras es exaltada mediante el resurgimiento de retóricas belicistas.

MAZZINI, “Sujeto neoliberal y gestión organizacional: nuevas tensiones y articulaciones”, *Revista Internacional de Organizaciones*, núm. 33, 2024, pp. 73-94; F. DE MELLO VIEIRA, “O sujeito e o neoliberalismo: uma questão de Economia”, *Analytica*, vol. 9, núm 17, 2020, pp. 1-22; F. FUREDI, *Therapy Culture: Cultivating Vu: Cultivating Vulnerability in an Uncertain Age*, Routledge, Londres, 2003.

¹⁶ Son bien conocidas las reflexiones sobre el paso del Estado social al Estado penal, el aumento de la pasión punitiva y el populismo penal. Véanse, para todos/as, L. WACQUANT, *Punishing the Poor. The Neoliberal Government of Social Insecurity*, Duke University Press, 2009; y también G. QUINTERO OLIVARES, “Populismo y derecho penal”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 48, 2024, pp. 281-301; J. CIGÜELA SOLA, “Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 22-12, 2020, pp. 1-40, en <http://criminnet.ugr.es/recpc/22/recpc22-12.pdf> (consultado el 14 de enero de 2025).

¹⁷ S. ŽIŽEK, *Violence*, Profile Books Ltd, 2008. Sobre la invisibilidad de la violencia institucional, sistémica y colonial, véanse también A. MBEMBE, *Necropolitics*, Duke University Press, 2019 y A. DAVIS, *Abolition Democracy: Beyond Empire, Prisons, and Torture*, Seven Stories Press, 2005.

¹⁸ Véanse V. RUGGIERO, *Power and Crime*, Routledge, Londres, 2015 y L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica*, Laterza, Roma-Bari, 2023, p. 128 y ss.

¹⁹ Sobre las transformaciones (tecnológicas y de otro tipo) de las guerras contemporáneas, la literatura es muy amplia y con raíces antiguas. Para una revisión, remito, para todos/as, a D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 113 y ss., y M. KALDOR, *New and Old Wars: Organized Violence in a Global Era*, Polity Press, Oxford, 1999.

²⁰ “Una normalizzazione della guerra”, escribe Tecla Mazzarese, “che trova conferma, in altri termini, in una pluralità di politiche, misure, scelte, decisioni e iniziative che danno per ovvio e scontato che non ci siano, né possano esserci alternative a un mondo dominato da grandi potenze fra loro antagoniste nella continua ridefinizione di alleanze e blocchi contrapposti in difesa dei rispettivi interessi politici, economici e militari” (T. MAZZARESE, *Guerra in Ucraina e le (in)certezze del pacifismo*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 64.)

Las TCD, como intentaré reconstruir a continuación, expresan sobre todo ello una peculiar carga heurística. Sin embargo, en lo que respecta específicamente a la guerra, las reflexiones de las TCD parecen ser aún esporádicas y poco sistematizadas. Probablemente, existen dos razones principales para esta aparente atención “secundaria” en comparación con la crítica a la fuerza/violencia. En primer lugar, el enfoque de las TCD se difundió exponencialmente en las últimas décadas del siglo XX, un período en el que, paradójicamente, la guerra estaba claramente enmarcada como un ilícito por el sistema de las Naciones Unidas²¹. La guerra, por tanto, no parecía una cuestión tan urgente que requería ser abordada teóricamente, ya que había caído en “desuso” y había sido descalificada jurídica, política y moralmente²². En segundo lugar, el pacifismo jurídico, es decir, la corriente de pensamiento que más se ha centrado en la teoría de la paz y la crítica a la guerra, nunca ha sido considerado plenamente como parte integrante de las TCD. Al estar vinculado, en cierta medida, al pensamiento jusfilosófico clásico, se ha percibido como menos radical en sus enfoques, lo cual probablemente ha limitado el diálogo entre estas diferentes perspectivas, al menos hasta ahora.

En este contexto, quisiera proponer una reflexión inicial sobre el tema, centrándome en dos cuestiones en particular: la posible calificación del pacifismo jurídico como una teoría crítica del derecho y la significativa convergencia entre el iusfeminismo y el pacifismo jurídico en la crítica a la guerra. Ante todo, mencionaré brevemente algunas consideraciones sobre el iusfeminismo como matriz constitutiva de las TCD; posteriormente, intentaré analizar la naturaleza del pacifismo jurídico como una teoría crítica del Derecho. De hecho, me parece oportuno, dadas las urgencias que nos impone la contemporaneidad, realizar una investigación al respecto, también con el fin de fortalecer argumentativamente la crítica a la guerra que las propias TCD son capaces de fomentar. A continuación, tras precisar por qué el

²¹ Significativos a este respecto son los debates surgidos en contra de la guerra del Golfo en 1991 y en Kosovo en 1999, debido a la inadmisibilidad de la guerra en el marco del sistema de las Naciones Unidas establecido después de 1948. Referencias fundamentales son: L. GIANFORMAGGIO, “La guerra come negazione del diritto”, *Democrazia e diritto*, núm. 1, 1992, pp. 271-298; y D. ZOLO, *Invoking Humanity: War, Law and Global Warning*, Bloomsbury, 2002.

²² Tanto es así que las retóricas de legitimación de la guerra han transitado de la ideología nacionalista e imperialista a la humanitaria, lo que implica, en otros términos, un retorno a la noción de guerra justa, puesto que es funcional para la afirmación de los derechos humanos, como se analiza, por ejemplo, en M. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, Princeton, 2003.

iusfeminismo y el pacifismo jurídico deben entenderse como “saberes inéditos”, me detendré, de forma esquemática, en el análisis de su convergencia metodológica, teórica y temática. Aunque la literatura ya es abundante en cuanto a la convergencia entre feminismo y pacifismo²³, quizá valga la pena reflexionar sobre cuánto las componentes jusfilosóficas de estos saberes, partiendo de su específico potencial teórico-jurídico, son capaces de expresar para contribuir de manera definitiva a la desacralización de la fuerza/violencia como motor del mundo.

2. LA PRIMERA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO: EL IUSFEMINISMO

El pacifismo jurídico guarda una sintonía con el conjunto de las TCD, como espero que resulte evidente: no existe, por tanto, una relación exclusiva con el iusfeminismo. Sin embargo, es posible sostener que esta interacción específica expresa la relevancia que mencionaba anteriormente, también debido a las peculiaridades que el iusfeminismo, como teoría crítica del Derecho, revela.

Se podría argumentar que la crítica feminista al derecho representa una suerte de matriz para las TCD, dado que fue la primera en aparecer, a finales del siglo XVIII²⁴. Desarrollada durante mucho tiempo fuera de los contextos oficiales de elaboración del pensamiento jurídico (las universidades, los tribunales, los gobiernos, las asambleas y los parlamentos eran inaccesibles

²³ Véanse, en particular, H.H. ALONSO, *Peace as a Women's Issue. A History of the U.S. Movement for World Peace and Women's Rights*, Syracuse University Press, Syracuse, 1993; EAD., *The Women's peace Union and the Outlawry of War, 1921-1942*, University of Tennessee Press, Knoxville, 1989; C. FOSTER, *Women for all Seasons: The Story of the Women's International League for Peace and Freedom*, University of Georgia Press, Athens, 1989; A. SWERDLAW, *Women Strike for Peace: Traditional Motherhood and Radical Politics in the 1960s*, The University of Chicago Press, Chicago, 1993; L. K. SCOTT, *Reconstructing Women's Thoughts. The Women's International League for Peace and Freedom Before World War I*, Stanford University Press, Stanford, 1997; A. CARTER, *Peace Movements. International Protest and World Politics since 1945*, Longman, Nueva York, 1992; S. E. COOPER, “War and Gender. Transformations and Transatlantic Examples”, *Journal of Women's History*, vol. 3, núm. 1, 2001, pp. 189-195; F. EARLY, “Feminism's Influence on Peace History”, *Atlantis*, vol. 25, 2000, pp. 3-10; M. MELLOWN, “Reflections on Feminism and Pacifism in the Novels of Vera Brittain”, *Tulsa Studies in Women's Literature*, vol. 2, núm. 2, 1983, pp. 215-28.

²⁴ Sobre este punto, me permito remitir a O. GIOLO, “Il giusfemminismo e le sfide del neoliberalismo. A proposito di soggetti, libertà e diritti” en M.G. BERNARDINI, y O. GIOLO (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, cit., pp. 207-229, en la p. 208 y ss.

para las mujeres), esta crítica se alimentó gracias al activismo de los movimientos por los derechos de las mujeres y al debate que los acompañaba²⁵. Solo a partir de mediados del siglo XX, una vez conquistado el derecho al voto y el acceso a las profesiones legales, el iusfeminismo entró en las academias y adquirió el estatus de pensamiento científicamente relevante.

Desde sus inicios, el pensamiento de las mujeres sobre el derecho planteó un problema fundamental que pronto se convirtió en la cuestión central de las TCD: desafiar la neutralidad del sujeto de derechos, revelando su naturaleza sexuada (masculina). En este sentido, resulta de crucial importancia la obra de Olympe de Gouges, quien reescribió en clave femenina el texto de la Declaración francesa de 1789, desdoblado el sujeto²⁶.

A partir de esta especificidad originaria, el iusfeminismo continuó su desarrollo configurando progresivamente la reflexión crítica, definiendo sus métodos y temas. Por ejemplo, la fuerte relación entre teoría y praxis, así como el enfoque transnacional, son inicialmente características de la crítica feminista, pero luego se revelan como rasgos propios de todas las TCD.

De manera similar, la crítica a la dicotomía público/privado, la relación entre igualdad/diferencia/poder y la violencia (específicamente contra las mujeres), que el iusfeminismo destaca como ejes centrales, se encuentran hoy claramente presentes en el seno de las demás TCD.

Por estas razones, el diálogo entre el iusfeminismo y el pacifismo jurídico resulta especialmente significativo para “verificar” la naturaleza teórico-crítica de este último. Sobre todo, lo que adquiere un peculiar relieve en este sentido es la crítica a la fuerza/violencia que propone el iusfeminismo, con referencia específica a la violencia contra las mujeres²⁷.

Esta elaboración resulta importante por su carácter original e innovador: la crítica feminista al derecho no se limita simplemente a abordar la regula-

²⁵ Para una reconstrucción, me permito remitir a A. FACCHI, y O. GIOLO, *Una storia dei diritti delle donne*, il Mulino, Bolonia, 2023.

²⁶ Véase, para el debate italiano, lo señalado en TH. CASADEI, y L. MILAZZO (a cura di), *Un dialogo su Olympe de Gouges. Donne, schiavitù, cittadinanza*, ETS, Pisa, 2021; A. LOCHE, *Il progetto politico e giuridico di Olympe de Gouges*, Mucchi, Modena, 2021.

²⁷ Sobre este punto, la literatura iusfeminista internacional es ya vastísima. Remito para una revisión, a título meramente ejemplificativo, a C. MACKINNON, *Are Women Human? And Other International Dialogues*, Harvard University Press, Harvard, 2006 y, para la noción de feminicidio, a M. LAGARDE, y C. ROBERTS, *Preface: Feminist Keys for Understanding Feminicide: Theoretical, Political, and Legal Construction*. En R.L. FREGOSO, y C. BEJARANO (eds.) *Terrorizing Women: Feminicide in the Americas*. Duke University Press, Durham, 2010.

ción y contención de la fuerza/violencia, como hace el pensamiento jusfilosófico clásico; va más allá, proponiendo su cuestionamiento radical y denunciando su estrecha dependencia del poder (y de los intereses) de los sujetos dominantes, en detrimento de los sujetos subordinados. Además, pone de manifiesto su carácter ideológicamente sesgado y no neutral: la fuerza/violencia, en el análisis iusfeminista, es utilizada por un sujeto concreto, con una identidad precisa, la masculina²⁸. Por tanto, la fuerza/violencia se legitima, regula y utiliza a la luz de esa identidad y de lo que esta implica.

Asimismo, el iusfeminismo ha subrayado, desde el inicio de su reflexión, la omnipresencia de la fuerza/violencia, que no se limita al ámbito público, sino que invade también lo privado. En este sentido, la representación hobbesiana de la construcción del monopolio público de la fuerza/violencia resulta engañosa²⁹. La autoridad masculina, de hecho, nunca cedió todos sus poderes ni la titularidad del uso de la fuerza/violencia en su totalidad. Por el contrario, mantuvo esa prerrogativa. Es decir, el paradigma hobbesiano, al teorizar la delegación contractual al soberano –único legitimado para usar la fuerza/violencia– de todos los poderes, omitió explicitar que algunos sujetos podían seguir siendo titulares en parte de ese uso, especialmente en el ámbito privado³⁰. Los sujetos paradigmáticos, legitimados por el Derecho, continuaron ejerciendo porciones de fuerza/violencia contra los sujetos no paradigmáticos subordinados a ellos. Así, el monopolio público y la titularidad privada del uso de la fuerza/violencia

²⁸ Con referencia a la matriz masculina de la violencia, en el debate italiano, véase, por último, A. FACCHI, y L. MANCINI (a cura di), “Sul maschile violento. Comprendere per prevenire”, *Rivista di filosofia del diritto*, núm. 2, 2023, pp. 299-372.

²⁹ Según esta perspectiva, como es sabido, “la soluzione del problema della violenza politica si concretizza quindi in una sostanziale presa in carico della violenza da parte del detentore ultimo del potere” (O. GUARALDO, *Comunità e vulnerabilità. Per una critica politica della violenza*, ETS, Pisa, 2012, p. 109, texto al que remito para una lectura feminista del paradigma hobbesiano).

³⁰ La crítica feminista al contrato social es muy amplia. Véase, a modo de ejemplo, el texto fundamental C. PATEMAN, *The Sexual Contract*, Stanford University Press, Stanford, 1988; véase también M.A. BUTLER, “Early Liberal Roots of Feminism: John Locke and the Attack on Patriarchy”, *American Political Science Review*, vol. 1, núm. 72, 1978, pp. 135-150; N. J. HIRSCHMANN, y K. M. MCCLURE (eds.), *Feminist Interpretations of John Locke. Re-Reading the Canon*, Pennsylvania State University Press, Pittsburgh, PA, 2007; L. LANGE (ed.), *Feminist Interpretations of Jean-Jacques Rousseau*, Pennsylvania State University Press, 2002. Significativa al respecto es la figura de Mary Astell, protofeminista y crítica contemporánea de John Locke. Para una reconstrucción, remito a P. SPRINGBORG, “Mary Astell (1666-1731), Critic of Locke”, *American Political Science Review*, vol. 89, núm. 3, septiembre de 1995, pp. 621-633.

coexistieron, permitiendo a los sujetos paradigmáticos, principalmente los hombres, dominar a las mujeres.

Esta crítica radical y transformadora, que ha llevado a cambios significativos dentro del derecho³¹, representa sin duda un modelo originario que otras TCD también han adoptado, enriqueciendo la crítica a la violencia con nuevos análisis.

3. UNA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO A RECONOCER: EL PACIFISMO JURÍDICO

La reflexión jusfilosófica sobre el uso de la fuerza/violencia, y por ende sobre la guerra, es extremadamente rica y atraviesa la propia historia del pensamiento jurídico³². La guerra, independientemente de las transformaciones que ha experimentado, siempre ha tenido una posición central en la vida del derecho y la política, continuando a lo largo de los siglos como el principal medio de resolución de controversias entre soberanos, pueblos y Estados.

Al mismo tiempo, como máxima expresión del uso de la fuerza/violencia por parte del sujeto –individual o colectivo– titular del poder, ha sido cada vez más objeto de crítica debido a las cuestiones relevantes que plantea, tanto morales como políticas y jurídicas, y no exclusivamente desde una perspectiva eurocéntrica y occidental³³. Los antiguos debates sobre la llamada “guerra

³¹ Basta recordar la abolición de las normas que, en los diferentes ordenamientos jurídicos, autorizaban diversas formas de violencia contra las mujeres, un proceso prolongado que culminó con la redacción de la Convención de Estambul. Véanse, para un análisis, R. MCQUIGG, *The Istanbul Convention, Domestic Violence and Human Rights*, Routledge, Londres, 2017; P. PAROLARI, “La violenza contro le donne come questione (trans)culturale. Osservazioni sulla Convenzione di Istanbul”, *Diritto e Questioni pubbliche*, 2014, pp. 859-890.

³² Escribe, por ejemplo, Geminello Preterossi: “Nel pensiero politico-giuridico moderno, forza e diritto sono connessi strutturalmente, nel senso che la loro presupposizione reciproca, l'impossibilità di sussistere completamente l'una senza l'altro, sono inscritte nella qualificazione ‘esistenzial-artificialista’ (ovvero in senso lato ‘positivistica’) degli ordinamenti” (G. PRETEROSS, *Il nesso forza-forma tra violenza e legittimazione. Note e schiarimenti concettuali*, cit., en la p. 27).

³³ Particularmente relevante resulta, a este respecto, lo expresado por la tradición jurídica islámica en materia de derecho humanitario. Véase, por ejemplo, lo reconstruido en A. RECHID, “L'Islam et le Droit de Gens”, *Receuil de Cours de l'Academie de Droit International*, vol. 2, 1937, pp. 373-505; y M.A. AL-MIDANI, *Les apports islamiques au développement du droit international des droits de l'homme*, Ed. Université de Sciences Juridiques, Politiques, Sociales et de Technologie, Estrasburgo, 1997.

justa”³⁴, la progresiva y cada vez más estricta regulación de los conflictos (desde el uso de armas hasta el trato de prisioneros) y el surgimiento del Derecho internacional humanitario son testimonio de una suerte de crítica latente que siempre ha animado la reflexión jurídica. Esto se debe a las cuestiones cruciales que plantea la guerra, relacionadas con la supervivencia de los pueblos, el medio ambiente, las civilizaciones y la humanidad misma³⁵.

La creciente visibilización de sus características problemáticas y de su difícil compatibilidad con el derecho (y, sobre todo, con los derechos) ha culminado gradualmente en la corriente del pacifismo jurídico. Cabe destacar que este último se ha elaborado dentro de lo que puede considerarse la reflexión filosófico-jurídica “clásica” sobre el derecho. Sin embargo, presenta numerosos rasgos peculiares propios de las TCD, tanto por su actitud profundamente crítica y normativa hacia el derecho y la política³⁶, como por su coherencia con los “supuestos compartidos” de las TCD³⁷.

En los párrafos siguientes, me centraré en el análisis de algunos de estos enfoques y características, especialmente en las convergencias metodológicas, teóricas y temáticas entre el iusfeminismo y el pacifismo. No obstante, aquí me detendré en algunas precisiones preliminares.

En primer lugar, es importante recordar que, contrariamente a lo que a menudo se le atribuye, el pacifismo jurídico comprende un conjunto teórico muy amplio y variado³⁸. De hecho, pueden distinguirse diversas corrientes dentro del pacifismo en general y del pacifismo jurídico en particular (como

³⁴ Véase lo reconstruido en L. BACCELLI, “Dalla guerra giusta al pacifismo giuridico. E ritorno?”, *Rivista di filosofia del diritto*, núm. 2, 2023, pp. 373-398.

³⁵ La referencia se dirige a las guerras actuales y al riesgo del conflicto nuclear. Véase, por ejemplo, L. DOSWALD-BECK, “Human rights law and nuclear weapons”, en G. NYSTUE, S. CASEY-MASLEN, y A.G. BERSAGEL (eds.), *Nuclear Weapons under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 435-460.

³⁶ F. OLIVERI, “Il pacifismo giuridico e le sue varianti. Rileggendo Norberto Bobbio”, *Cosmopolis. Rivista di filosofia e teoria politica*, vol. 1, núm.19, 2022, en <https://www.cosmopolisonline.it/articolo.php?numero=XII12015&id=1> (consultado el 16 de enero de 2025).

³⁷ Sobre este punto, me permito remitir a O. GIOLO, “Conclusioni. Le teorie critiche del diritto: un tentativo di sistematizzazione” en M.G. BERNARDINI, y O. GIOLO (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, cit., pp. 355-379.

³⁸ Para una reconstrucción, con especial referencia a la educación para la paz, véase S. RIBOTTA, “La construcción de una ciudadanía europea genuinamente democrática. Reflexiones sobre la educación para la paz en un mundo violento”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 17, 2011, pp. 269-297.

ocurre con todas las TCD³⁹), con actitudes críticas más o menos marcadas y radicales. Para los fines de este análisis, resulta relevante lo afirmado en la doctrina respecto al llamado *transformative pacifism*, entendido como una “teoría crítica de la sociedad que cuestiona el militarismo y los supuestos de la cultura guerrera, al tiempo que ofrece una alternativa ética más pacífica”⁴⁰.

Otra consideración necesaria concierne al origen del pacifismo jurídico como corriente interna al pensamiento clásico. Esta característica podría dificultar, desde su origen, su calificación como teoría crítica del derecho, ya que las demás TCD tienden a ser expresiones de perspectivas completamente externas a la elaboración jusfilosófica clásica, debido al desconocimiento jurídico y político de los sujetos de los que provienen dichas perspectivas.

Sin embargo, este origen interno podría no representar un obstáculo, especialmente debido, como intentaré argumentar a continuación, a la marginalidad que históricamente se le ha asignado. Aunque los exponentes del pacifismo jurídico fueron inicialmente grandes filósofos y filósofos del Derecho, universalmente reconocidos como tales (y, por ende, “sujetos paradigmáticos”, podría decirse), es cierto que sus reflexiones sobre la paz y contra la guerra fueron consideradas como un tema secundario y subordinado, no central o definitorio de su producción científica⁴¹.

De hecho, este tipo de estudios se consideró con frecuencia poco ortodoxo, más cercano a teorías de matriz ética (o política) que jurídica. Esto podría reflejar una tendencia del pensamiento jusfilosófico clásico a excluir o marginar las teorías radicalmente críticas producidas en su seno.

Especialmente en lo relativo a la subjetividad, el pacifismo jurídico parece compartir con las TCD una atención específica, poco reconocida en la literatura, hacia la deconstrucción del sujeto paradigmático, desvelando una característica implícita fundamental. En este sentido, el pacifismo jurídico es quizás la teoría crítica que más tematiza una dotación esencial del sujeto

³⁹ A. FIALA, “Pacifism”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2023 Edition), E. N. ZALTA & U. NODELMAN (eds.), <https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/pacifism/> (consultado el 15 de enero de 2025). Véase Id., *Transformative Pacifism: Critical Theory and Practice*, Bloomsbury, Londres, 2018.

⁴⁰ A. FIALA, y J. KLING, *Can War Be Justified: A Debate*, Routledge, Nueva York, 2023.

⁴¹ A título meramente ejemplificativo, véase lo sostenido por Tecla Mazzarese sobre la subestimación del pensamiento kelseniano sobre la paz, en T. MAZZARESE, “Kelsen filosofo del diritto internazionale e politico del diritto”, en F. MANCUSO, G. PRETEROSSO, y A. TUCCI (a cura di), *Le metamorfosi del diritto. Studi in memoria di Alfonso Catania*, Mimesis, Milán, 2013, pp. 357-386.

paradigmático: la titularidad del uso de la fuerza/violencia. Como se desprenderá de los siguientes argumentos, la fuerza/violencia nunca ha sido una atribución distribuida democráticamente entre los sujetos; siempre ha sido una prerrogativa de los sujetos dominantes considerados, precisamente, paradigmáticos, y su finalidad originaria ha sido siempre la defensa del poder, el dominio o, más precisamente, el predominio de unos sobre otros. El pacifismo jurídico, como teoría crítica del derecho, añade así una pieza importante a la deconstrucción de la antropología implícita del derecho y la política.

4. IUSFEMINISMO Y PACIFISMO JURÍDICO: DOS SABERES INÉDITOS PARA EL DERECHO

Las TCD, como es sabido, “colaboran” entre sí, generando con frecuencia nuevas elaboraciones, categorías innovadoras, conceptos y nociones antes impensables o no pensadas. La convergencia entre pacifismo jurídico y iusfeminismo, por tanto, también se debe explorar desde esta perspectiva, buscando los elementos innovadores que pueden surgir de su elaboración conjunta, la cual aún no ha sido completamente investigada⁴².

Para proceder en este sentido, sin embargo, es necesario detenerse en la posible calificación del iusfeminismo y del pacifismo jurídico como “saberes inéditos” en lugar de “saberes prematuros”⁴³. Su potencial proyectual alternativo es, de hecho, tan original que corre el riesgo de ser etiquetado con esta segunda denominación debido a la carga desestabilizadora que inevitablemente implica.

En su lugar, con un análisis más detenido, parece más adecuado referirse a ellos en los términos de “saber inédito”, por diversas razones. Esta expre-

⁴² E. GUERRA, “Associazionismo internazionale delle donne e politiche di pace nella prima guerra mondiale”, *Parolechiave*, núm. 2, 2008, pp. 121-135, p. 122. Debe precisarse también que avanzar en esta dirección no implica de ningún modo suponer una inclinación naturalmente pacífica de las mujeres, quienes a menudo han manifestado y manifiestan opiniones belicistas. Sobre este punto, véase lo señalado en D. LUGLI, “A favore della guerra e degli stupri. Valentine de Saint-Point, donna futurista”, *Azione nonviolenta*, marzo-abril 2016, p. 21.

⁴³ “Prematuras” serían aquellas disciplinas que intentan innovar demasiado rápidamente. Véase lo argumentado en L. FLORIDI, *The Philosophy of Information*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 2 y ss., y G. STENT, “Prematurity and uniqueness in scientific discovery”, *Scientific American*, 1972, pp. 84-93.

sión ya ha sido utilizada con referencia al feminismo⁴⁴ y, por tanto, puede extenderse también al iusfeminismo; no suele aplicarse, en cambio, al pacifismo jurídico, posiblemente debido a su origen interno al pensamiento clásico. Sin embargo, considerar ambos saberes como inéditos permite comprender de manera más adecuada lo que Judith Butler afirma sobre la no violencia⁴⁵. Según Butler, la no violencia es uno de esos temas que suscitan reacciones escépticas transversales⁴⁶, algo que también puede observarse claramente en relación tanto con el iusfeminismo como con el pacifismo jurídico.

Como saberes inéditos, de hecho, en su caso, la *marginalización* y el *margen* tienden a confundirse, alimentando su devaluación. Marginados durante mucho tiempo por el conocimiento clásico, al igual que todas las TCD, ambos han sufrido diversas formas de desconocimiento, ridiculización y desvalorización, lo que ha llevado a su exclusión del debate público y científico, siendo frecuentemente reducidos a demandas morales personales o a actitudes o preferencias individuales.

Este posicionamiento forzado en el margen, sin embargo, para citar a bell hooks⁴⁷, ha permitido a estos saberes percibir “otra cosa” desde un punto de vista heterodoxo, al provenir de sujetos y espacios “no paradigmáticos”. Lo que el pensamiento clásico ha subestimado durante mucho tiempo es precisamente la fecundidad del margen: al no ser un lugar tradicional de poder, ha sido por un lado desacreditado como expresión de subjetividades subordinadas y, por otro, temido como potencialmente disidente. Esta confusión entre *marginalización* y *margen* ha interferido y sigue interfiriendo con el reconocimiento de los méritos de estos saberes inéditos, frecuentemente acusados de ingenuidad y utopía. Sin embargo, deberían ser reconocidos como algunos de los principales motores del cambio social, jurídico y político que ha tenido lugar al menos en los últimos dos siglos, con una importante aceleración en la segunda mitad del siglo XX. Basta pensar, a modo de ejemplo, en cuánto se ha enriquecido la teoría de la igualdad gracias a la elaboración iusfeminista, que ha introducido en el debate jusfilosófico nuevas interpreta-

⁴⁴ L. MELANDRI, *Amore e violenza*, Bollati Boringhieri, Turín, 2011, p. 165.

⁴⁵ Aunque no exista una completa superposición entre las teorías de la no violencia y las del pacifismo jurídico, en este contexto, debido a la crítica compartida a la fuerza/violencia que ambas expresan, las consideraré a su vez teorías convergentes, tomando en cuenta las tesis más radicales del pacifismo jurídico.

⁴⁶ J. BUTLER, *The Force of Nonviolence: An Ethico-Political Bind*, Verso, Nueva York, 2020, p. 260 y ss.

⁴⁷ BELL HOOKS, *Feminist Theory: From Margin to Center*, Routledge, Londres, 2014.

ciones de la relación entre igualdad y diferencia, igualdad y poder, igualdad y discriminación/opresión. Además, ha aportado nuevos conceptos, como los de interseccionalidad, autonomía relacional y vulnerabilidad, que han rediseñado el mapa conceptual de la igualdad, haciéndolo menos simplista y más articulado y complejo⁴⁸.

Del mismo modo, la teoría del pacifismo jurídico es, sin duda, la base de la construcción del sistema internacional de derechos humanos del siglo XX, con especial referencia a su dimensión institucional y jurisdiccional⁴⁹. En particular, el impulso hacia la estructuración de las relaciones internacionales en consonancia con la protección de los derechos humanos (con la emergencia de la persona como sujeto de derecho internacional y el consiguiente redimensionamiento de la soberanía estatal) y con el principio democrático (con el fin de la representación jerárquica de los Estados y los pueblos) parece derivar directamente de lo teorizado dentro de esta corriente de pensamiento.

Por lo tanto, es posible sostener que el iusfeminismo y el pacifismo jurídico enfrentan el mismo descrédito precisamente por ser inéditos y fecundos. Sus dificultades, en términos de impacto normativo e institucional, deben buscarse no tanto en su debilidad teórica –acusación típicamente dirigida a las TCD, pero claramente infundada–, sino más bien en la voluntad de desvalorizar y contener su capacidad de producir cambios radicales.

⁴⁸ Sobre todos estos temas, obviamente, la literatura iusfeminista internacional es ya vastísima. A modo de ejemplo, remito, para una revisión, a: M. FINEMAN, y A. GREAR (eds.), *Vulnerability: reflections on a new ethical foundation for law and politics*. Ashgate, Burlington, 2013; A. TIMMER, M. BAUMGÄRTEL, L. KOTZÉ, y L. SLINGENBERG, “The potential and pitfalls of the vulnerability concept for human rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 3, núm. 39, 2021, pp. 190-197; M.C. BARRANCO, y M. CHURRUCA MUGURUZA (coords.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2014; K. CRENSHAW, “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color”, *Stanford Law Review*, vol. 43, núm. 6, 1991, pp. 1241-99; L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne, diritto*, il Mulino, Bolonia, 2005.

⁴⁹ Este aspecto aún no se ha subrayado lo suficiente. Para un análisis más profundo, véase J. GITTINGS, “International Law, International Institutions, and the Pursuit of Peace”, en VV.AA., *The Oxford Handbook of Peace History*, Oxford Handbooks, Oxford Academic, 2022, <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780197549087.013.31>, consultado el 17 de enero de 2025. Véanse también R. A. FALK, “The Interplay of Westphalia and Charter Conceptions of International Legal Order”, en C. E. BLACK, y R. A. FALK (eds.), *The Future of the International Legal Order: The Structure of the International Environment*, Princeton University Press, Princeton Nueva York, 1969; D. ZOLO, “Hans Kelsen: International Peace through International Law”, *European Journal of International Law*, núm. 9, 1998, pp. 306-324; y M. WELLER, M. RETTER, y A. VARGA, *International Law and Peace Settlements*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

En esta etapa, ambos saberes inéditos parecen ser objeto de fuertes ataques destinados a limitar su potencial transformador. Mientras el iusfeminismo sufre acusaciones por parte de lo que queda de las instituciones patriarcales, con corrientes conservadoras que se oponen a la igualdad de género e intentan modificar las normativas logradas en materia de derechos de las mujeres⁵⁰, el sistema de relaciones internacionales basado en la primacía de los derechos humanos es objeto de un dismantelamiento imponente, al menos desde los eventos de 2001. Este proceso, descrito por Alessandro Colombo⁵¹, ha dado lugar a un escenario acéntrico, caótico y conflictivo que produce guerra y se funda en la guerra⁵².

Continuar con este análisis en el contexto contemporáneo significa, por tanto, preguntarse cuáles son los rasgos que definen el fuerte vínculo existente entre estos dos saberes inéditos, partiendo, como intentaré sostener, de la crítica común a la violencia como expresión de la voluntad de dominio, que se concreta en el asesinato como su máxima manifestación⁵³.

En los párrafos siguientes intentaré profundizar en los aspectos metodológicos, teóricos y temáticos que caracterizan esta convergencia, con especial referencia a la elaboración de las TCD.

5. CONVERGENCIAS METODOLÓGICAS

Desde el punto de vista metodológico, las TCD presentan peculiaridades que las caracterizan y distinguen de los métodos propios del pensamiento jusfilosófico “clásico”⁵⁴. Entre estas, el fuerte vínculo entre teoría y praxis (es

⁵⁰ Cabe destacar, a este respecto, las consideraciones sobre el *backlash* en S. FALUDI, *Backlash: The Undeclared War Against American Women*, Crown, 2006.

⁵¹ A. COLOMBO, *La disunità del mondo. Dopo il secolo globale*, Feltrinelli, Milán, 2010, pp. 331 y ss.

⁵² Como escribió Simone Weil: “Da un lato la guerra non fa che prolungare quell'altra guerra che si chiama concorrenza, e che rende la produzione stessa una semplice forma di lotta per il dominio; dall'altro, tutta la vita economica è attualmente orientata verso una guerra futura. In questo intreccio inestricabile del fattore militare con quello economico, in cui le armi sono messe al servizio della concorrenza e la produzione al servizio della guerra, questa non fa che riprodurre i rapporti sociali che costituiscono la struttura stessa del regime, ma a un livello più elevato” (S. WEIL, *Sulla guerra. Scritti 1933-1943*, il Saggiatore, 2013, p. 32).

⁵³ “[K]illing is the most extreme form of domination” (J. BUTLER, *The force of non-violence*, cit., p. 251) en M. SAGOT, *Cuerpos de la injusticia: una crítica feminista desde el centro de América*, CLACSO, Buenos Aires, 2024.

⁵⁴ Sobre este punto, me permito remitir a O. GIOLO, *Conclusioni. Le teorie critiche del diritto: un tentativo di sistematizzazione*, cit., p. 365 y ss.

decir, entre elaboración teórica y prácticas políticas), la perspectiva que parte del punto de vista de los sujetos no paradigmáticos y la matriz transnacional son reconocibles tanto en el iusfeminismo como en el pacifismo jurídico.

En lo que respecta al fuerte vínculo entre teoría y praxis, es importante señalar que esta metodología específica se considera propia del iusfeminismo⁵⁵ (y del feminismo en general⁵⁶), mientras que aún no ha sido completamente reconstruida en relación con el pacifismo jurídico. Sin embargo, me parece que este último también puede enmarcarse como una corriente de pensamiento que no solo se nutre de praxis y experiencias (algo que podría aplicarse a cualquier enfoque teórico) sino, especialmente, de prácticas políticas.

Resulta interesante notar cómo estas prácticas han aumentado progresivamente en número e importancia tras las dos guerras mundiales y los desastrosos efectos del belicismo de los regímenes totalitarios. En particular, el pacifismo jurídico de la segunda mitad del siglo XX se desarrolló en el contexto de movimientos e instituciones internacionales, que representan espacios políticos privilegiados para la elaboración de teorías y estrategias en favor de la paz, la mediación diplomática y el desarme⁵⁷.

Aunque el origen del pacifismo jurídico parece tener una matriz predominantemente teórica (y, además, vinculada al pensamiento filosófico clásico, como ya se ha señalado), no debe subestimarse el hecho de que las circunstancias en las que estas reflexiones se produjeron inicialmente remiten al final del siglo XVIII, en coherencia con la emergencia de las primeras TCD, como el feminismo⁵⁸. Fue tras las revoluciones de finales de siglo y la Declaración de 1789, con la proclamación de la libertad y la igualdad como principios fundamentales, cuando el feminismo tomó fuerza para reivindicar los derechos de las mujeres.

⁵⁵ Para un análisis más profundo, me permito remitir a O. GIOLO, "Oltre la critica. Appunti per una contemporanea teoria femminista del diritto", *Diritto & Questioni pubbliche*, núm. 2, vol. 15, 2015, pp. 62-81.

⁵⁶ Por ejemplo, véase lo reconstruido en H. GOTTFRIED (ed.), *Feminism and Social Change: Bridging Theory and Practice*, University of Illinois Press, 1996.

⁵⁷ F. OLIVERI, "Il pacifismo giuridico e le sue varianti. Rileggendo Norberto Bobbio", *Cosmopolis. Rivista di filosofia e teoria politica*, cit.

⁵⁸ Sobre el debate internacional que se desarrollaba en aquella época sobre la paz y el fin de las guerras, me remito a D. LOSURDO, *Un mondo senza guerre. L'idea di pace dalle promesse del passato alle tragedie del presente*, Carocci, Roma, 2016, pp. 19 y ss.). Una referencia fundamental es, obviamente, la obra de Immanuel Kant: I. KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf (Sobre la paz perpetua)*, 1795.

De manera similar, en ese mismo contexto jurídico y político en transformación, surgieron las primeras versiones del pacifismo jurídico, inspiradas en eventos políticos concretos, como los entusiasmos por la Revolución Francesa y la paz de Basilea⁵⁹. Immanuel Kant inició la reflexión sobre el pacifismo jurídico a raíz de estos eventos, a la luz de su novedad y la esperanza que generaban en la construcción de relaciones internacionales basadas en la paz en lugar de la guerra, en la convivencia en lugar del dominio⁶⁰.

Del mismo modo, autores y autoras posteriores, como Hans Kelsen⁶¹, Norberto Bobbio⁶², Letizia Gianformaggio⁶³ y Luigi Ferrajoli⁶⁴, escribieron contra la guerra a partir de eventos políticos e históricamente significativos (las dos guerras mundiales, los conflictos de finales del siglo XX y los primeros años del siglo XXI).

La convergencia metodológica entre el iusfeminismo y el pacifismo jurídico resulta evidente en varios aspectos, destacando especialmente la asunción del punto de vista del “sujeto imprevisto”⁶⁵. Este concepto se refiere a

⁵⁹ Según Domenico Losurdo, el ideal de un mundo liberado de la guerra no tiene orígenes remotos, sino que se fue consolidando a lo largo de los acontecimientos que precedieron y acompañaron a la Revolución Francesa, “anni in cui il tradizionale discorso che deprecava la guerra e invocava la pace [...] si arricchiva di elementi radicalmente nuovi: la pace da conseguire era pensata in termini universalistici, era chiamata ad abbracciare l'intero genere umano; per di più da un'aspirazione vaga [...] si passava a un progetto politico, che non rinviava la sua realizzazione ad un futuro indeterminato e utopico ma intendeva affrontare in tempi ravvicinati o non troppo remoti il problema della trasformazione radicale dei rapporti politico-sociali esistenti, in modo da debellare una volta per sempre –così si sperava– le radici della guerra” (D. LOSURDO, *Un mondo senza guerre. L'idea di pace dalle promesse del passato alle tragedie del presente*, cit., p. 16).

⁶⁰ Véase lo reconstruido en N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Turín, 1990, p. 151 y ss.

⁶¹ Obviamente, se hace referencia a su texto H. KELSEN, *Peace through Law*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1944.

⁶² Celebérrima es su obra N. BOBBIO, *El problema de la paz y las vías de la guerra* (1979), Gedisa, Barcelona, 2022. Para un debate con referencia al derecho a la paz, véase G. PECES-BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales I. Teoría General*, EUDEMA, Madrid, 1991, p. 169.

⁶³ Fundamental es su ensayo L. GIANFORMAGGIO, *La guerra come negazione del diritto*, cit. Letizia Gianformaggio representa, en este sentido, un ejemplo iluminador, debido al enfoque feminista y pacifista que su filosofía y crítica del derecho expresan. Sobre este punto, véase L. GIANFORMAGGIO, “Donne, eguaglianza, guerra”, en Id., *Eguaglianza, donne, diritto*, cit., pp. 263-268.

⁶⁴ Una síntesis de sus posiciones al respecto se encuentra en L. FERRAJOLI, *Per una costituzione della terra*, cit.

⁶⁵ La referencia, obviamente, es a C. LONZI, *Sputiamo su Hegel e altri scritti*, Edizioni, Milán, 2010, p. 67. Lonzi escribe: “Noi diciamo all'uomo, al genio, al visionario razionale che

la perspectiva de aquellos que, históricamente, han sido sujetos dominados y, por tanto, los más expuestos al uso de la fuerza/violencia. El sujeto imprevisto, al no ser paradigmático, se concibe como “encarnado” en ambos saberes: no es abstracto ni neutral, sino un sujeto con cuerpos, identidades e historias diversas, plurales y complejas.

Mientras el iusfeminismo interroga el Derecho desde la perspectiva de los cuerpos de las mujeres, el pacifismo jurídico pone nombre a los cuerpos de quienes, en los conflictos, pierden todos los derechos, convirtiéndose en cifras anónimas, sin rostro, aniquilados, sacrificados a los intereses de quienes deciden emplear la fuerza/violencia. En ambos casos, se trata de teorías que se mueven “del margen al centro”, retomando la expresión de bell hooks, y que valorizan el punto de vista de los sujetos tradicionalmente ignorados e invisibilizados por el Derecho.

El cambio de perspectiva conlleva una planificación completamente distinta: los escenarios planteados son diversos y las técnicas propuestas trazan trayectorias nuevas y originales en comparación con las clásicas. Este enfoque permite observar e interpretar los fenómenos, problemas y soluciones de maneras innovadoras y disruptivas.

Otro elemento metodológicamente relevante en la convergencia entre estos saberes es su ámbito territorial de referencia. Es notable cómo las prácticas políticas de las que emergen (o en las que se desarrolla su teoría) tienen una vocación predominantemente transnacional e internacional⁶⁶. Desde sus inicios, tanto el iusfeminismo como el pacifismo jurídico han surgido con

il destino del mondo non è nell'andare sempre avanti come la sua brama di superamento gli prefigura. Il destino imprevisto del mondo sta nel ricominciare il cammino per percorrerlo con la donna come soggetto. Riconosciamo a noi stesse la capacità di fare di questo attimo una modificazione totale della vita. Chi non è nella dialettica servo-padrone diventa cosciente e introduce nel mondo il Soggetto Imprevisto” (Ivi).

⁶⁶ Para el feminismo, véase, por ejemplo, lo señalado en L. J. RUPP, *Worlds of Women. The Making of an International Movement*, Princeton University Press, Princeton, 1997, y F. PIERONI BORTOLOTTI, *La donna, la pace, l'Europa. L'associazione internazionale delle donne alle origini alla prima guerra mondiale*, Franco Angeli, Milán, 1983; M. H. RAMIREZ, “El feminismo y el pacifismo en tiempos de la Gran Guerra europea (1914-1918)”, *Trabajo Social*, núm. 18, 2017, pp. 27-42. Sobre los movimientos pacifistas, véanse, también a título ejemplificativo, C. BOUCHARD, y J. GUIEU, “Pacifisme et mouvements pour la paix (xixe-xxe siècles)”, *Questions internationales*, vol. 4, núm. 99-100, 2019, pp. 21-28; D. FAZZI, “La storia della pace. Tradizioni e orientamenti della storiografia anglosassone”, *Ricerche di Storia Politica*, núm. 1, 2012, pp. 49-62; y el más antiguo pero célebre, A. HUXLEY, *An Encyclopedia of Pacifism*, Chatto and Windus, 1937.

esta orientación operativa. Ejemplos de ello son los movimientos feministas y pacifistas, que desde sus primeros pasos se estructuraron como asociaciones internacionales o capítulos locales de movimientos transnacionales. Asimismo, muchas de sus prácticas políticas comenzaron en contextos nacionales y rápidamente se difundieron a nivel global⁶⁷, gracias a las redes de relaciones cultivadas previamente.

Este carácter transnacional ha tenido repercusiones metodológicas significativas, favoreciendo una actitud comparativa⁶⁸, abierta al diálogo y al intercambio entre culturas, religiones y tradiciones diferentes⁶⁹. Este enfoque permite investigar la “direccionalidad del poder” considerando lo local y lo global “no solo como términos geográficos o territoriales, sino como dimensiones que se constituyen mutuamente y existen simultáneamente”⁷⁰.

De ello deriva la valorización de las distintas subjetividades y sus especificidades, así como el rechazo de modelos uniformizantes y jerárquicos o de supuestos primados de unas civilizaciones sobre otras. Además, se genera una profunda conciencia sobre los riesgos de etnocentrismo y occidentalismo en el discurso sobre los derechos. El iusfeminismo aborda esta problemática a la luz de las condiciones de las mujeres en diferentes contextos jurídicos, culturales y políticos, mientras que el pacifismo jurídico depura

⁶⁷ Con referencia a los movimientos feministas, y pensando únicamente en tiempos recientes, basta recordar las campañas globales por la huelga feminista del 8 de marzo o por el Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, el 25 de noviembre. Para una breve reconstrucción, me permito remitir nuevamente a A. FACCHI, y O. GIOLO, *Una storia dei diritti delle donne*, cit., pp. 88 y ss.

⁶⁸ Sobre el modelo comparativo de los estudios feministas, que se nutre de la solidaridad feminista, véase C.T. MOHANTY, “Under Western Eyes’ Revisited: Feminist Solidarity through Anticapitalist Struggles”, *Signs*, núm. 2, vol. 28, 2003, pp. 499-535.

⁶⁹ Maria Montessori escribía en 1899: “Già in qualche giornale si è parlato dell’ultimo congresso femminile a Londra, che per le sue proporzioni e per la serietà e molteplicità dei temi trattati poteva reggere il confronto dei migliori congressi che l’opera maschile abbia offerto all’ammirazione del mondo. Circa tremila donne d’ogni nazionalità d’Europa, d’America, d’Australia e d’Asia erano convenute portando – insieme all’eleganza della moda e alle foggie nazionali di vestiario indiano, sudanese, giapponese, cinese, il racconto delle condizioni civili e morali, e dell’opera della donna, nei rispettivi paesi” (M. MONTESSORI, *La questione femminile e il Congresso di Londra*, in Ead., *Per la causa delle donne*, Garzanti, Milano, 2024, p. 7).

⁷⁰ “Rather than formulating activism and agency in terms of discrete and disconnected cultures and nations, it allows us to frame agency and resistance across the borders of nation and culture” (C.T. MOHANTY, “Under Western Eyes’ Revisited: Feminist Solidarity through Anticapitalist Struggles”, cit., p. 523).

cuidadosamente su discurso de posibles derivas imperialistas y belicistas, que no son infrecuentes.

6. CONVERGENCIAS TEÓRICAS Y TEMÁTICAS

Desde el punto de vista teórico y temático, las convergencias entre el iusfeminismo y el pacifismo jurídico son numerosas. Existen muchas elaboraciones que se sitúan en la intersección de ambos cuerpos teóricos, nutriéndose mutuamente. Las teorías iusfeministas y iuspacifistas coinciden en la deconstrucción, por un lado, y en la reconfiguración, por otro, de nociones y conceptos que el pensamiento clásico sobre el Derecho había cristalizado.

La soberanía, por ejemplo, es objeto de análisis crítico en ambas perspectivas. Mientras el iusfeminismo ha revelado su naturaleza masculina, reconstruyendo su genealogía sexuada y subrayando cómo se afirmó mediante la exclusión de las mujeres⁷¹, el pacifismo jurídico la critica radicalmente al considerarla la causa de las pretensiones belicistas de los Estados. En la interacción entre ambos saberes, la soberanía aparece como una noción extremadamente problemática, especialmente en un contexto normativo como el constitucional, orientado hacia los derechos y la igualdad. Dentro de este marco, es posible teorizar la soberanía popular exclusivamente en términos de la titularidad de los derechos fundamentales⁷², abandonando la elaboración clásica que, por un lado, luchaba por definirla y, por otro, seguía entendiéndola como un poder desvinculado del derecho. La soberanía estatal y la soberanía individual, en este tipo de reflexiones, inevitablemente interactúan como piezas de un único marco teórico de origen sexuada, inclinado hacia la jerarquización de lo humano y retóricamente legitimado por la necesidad de defender la autonomía del sujeto dominante.

⁷¹ A. GEAREY, "Towards a Feminist Critique of Sovereignty", en S. MILLNS, y N. WHITTY (eds.), *Feminist Perspectives in Public Law*, Cavendish Press, 1999, pp. 129-149. Sobre lo que afirmaban Jean Bodin y Michel de Montaigne (la república pierde su nombre cuando una mujer ostenta la soberanía), remito a L. Muraro, *Il mercato della felicità. La forza irrinunciabile del desiderio*, Mondadori, Milán, 2009.

⁷² Tanto es así que Luigi Ferrajoli llega a definir la soberanía popular en términos de la titularidad de los derechos fundamentales en L. FERRAJOLI, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, vols. 1 y 2, Laterza, Roma-Bari, 2007.

Superar la soberanía, en la perspectiva de las TCD, permite reconocer y valorar la interdependencia intersubjetiva e internacional⁷³.

De estas posiciones surge una concepción compartida de la subjetividad en clave relacional. Se deconstruye el mito de la autonomía, superando el binomio jerárquico poder/obediencia. En esta línea, también se identifica una fuerte convergencia en la crítica de la virilidad y el heroísmo, expresiones típicas de la ideología patriarcal que encuentra en la guerra su máxima exaltación. La deconstrucción de la representación clásica y patriarcal de lo masculino, llevada a cabo por el iusfeminismo⁷⁴, resulta estratégica en este sentido, ya que permite analizar profundamente las dinámicas –psicológicas, morales, sociales y culturales– que sostienen el discurso retórico de la guerra. Esto incluye la construcción generizada de los roles tanto en el ámbito bélico como en tiempos de paz⁷⁵.

La subjetividad plural, encarnada, no abstracta y, al mismo tiempo, no esencialista, presupone una concepción relativista incompatible con las derivas ideológicas o los primados identitarios. El iusfeminismo, por un lado, se interroga incluso sobre la posibilidad misma de definir la naturaleza de las mujeres, debido a la pluralidad de la condición femenina⁷⁶; el pacifismo jurídico, por otro, cuestiona las retóricas que exaltan la identidad y el nacio-

⁷³ Ya Hans Kelsen aclaraba la estrecha relación entre las tesis pacifistas y la primacía del derecho internacional, en H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, 1945. Por último, véase L. FERRAJOLI, *Per una costituzione della terra*, Feltrinelli, Milán, 2022. Para una crítica feminista del concepto, remito también a B. CASALINI, *Le teorie femministe contemporanee, dal paradigma della sovranità al paradigma della vulnerabilità*, en M.G. BERNARDINI, B. CASALINI, y O. GIOLO, L. RE (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritti*, IF Press, Roma, 2018.

⁷⁴ También en este ámbito, la literatura es vastísima. Remito, para una tematización de la violencia de género en el ámbito jurídico desde la perspectiva iusfeminista, a F. POGGI, “Sobre el concepto de violencia de género y su relevancia para el derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 42, 2019, pp. 285-307.

⁷⁵ Véase, por ejemplo, M.L. BOCCIA, *Tempi di guerra. Riflessioni di una femminista*, manifestolibri, Castel San Pietro Romano, 2023, pp. 13-14.

⁷⁶ Sobre este tema, el debate es particularmente dinámico. Para una revisión, remito a: A. CAVARERO, y O. GUARALDO, *Donne si nasce (e qualche volta lo si diventa)*, Mondadori, Milán, 2024; D. SHAW, “A tale of two feminisms: gender-critical feminism, transinclusive feminism and the case of Kathleen Stock”, *Women’s History Review*, vol. 32, núm. 5, 2023, pp. 768-780; B. CASALINI, “La centralità della questione ‘trans’ per il femminismo”, *AG AboutGender*, vol. 25, núm. 13, 2024, pp. 74-101.

nalismo, subrayando la pluralidad de opiniones, valorando la tolerancia y admitiendo el disenso⁷⁷.

De ello deriva una crítica compartida a la noción de “poder”, en dos direcciones. La primera concierne a la puesta en foco de la condición jurídica subjetiva que le corresponde: la sujeción⁷⁸. Tanto es así que, compartiendo esta visión con otras TCD y a la luz del discurso sobre los derechos humanos, ambos saberes se centran en la crítica al sometimiento, la subordinación y la explotación como rasgos peculiares del poder en general y del poder contemporáneo en particular⁷⁹. Para romper la jerarquía que el poder implica en sí mismo, el iusfeminismo y el pacifismo jurídico llegan a problematizar aún más la idea de obediencia, tematizando la desobediencia: esta última pierde su carácter espontáneo y ocasional para convertirse en una práctica fundamental de la contestación al orden basado en el poder (masculino) y en el uso (sexuado) de la fuerza/violencia.

Aquí surge, de hecho, otra cuestión que une ambas TCD: la adhesión a la no violencia como modalidad de acción política. La desobediencia, para el iusfeminismo y el pacifismo jurídico, solo puede ser no violenta: no se expresa mediante la violencia política, sino que se manifiesta recurriendo a prácticas no violentas, a menudo innovadoras y originales, construidas a partir de los objetivos que se pretenden alcanzar⁸⁰. El feminismo y el pacifismo repre-

⁷⁷ A propósito de la incompatibilidad entre tolerancia, derecho a la crítica y guerra, remito nuevamente a L. GIANFORMAGGIO, *La guerra come negazione del diritto*, cit., p. 297 y ss. Para una lectura feminista y pacifista del disenso, véase M. CARRERAS I GOICOECHEA, S. LAGDAF (eds.), *Pacifismo e genere. Storie di attivismo e dissenso*, Agorà & Co., Lugano, 2023.

⁷⁸ Sobre la identificación de las posiciones jurídicas subjetivas y su correlación, véase W.N. HOHFELD, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *The Yale Law Journal*, vol. 23, núm. 1, 1913, pp. 16-59.

⁷⁹ Es significativo al respecto el uso de los términos “expropiación” y “extractivismo” para describir las formas contemporáneas de explotación humana y ambiental, sobre las cuales convergen las críticas al patriarcado, al capitalismo (en su versión neoliberal) y a la violencia. Para un análisis más profundo, remito a: N. FRASER, *Cannibal Capitalism: How Our System Is Devouring Democracy, Care, and the Planet - And What We Can Do About It*, Verso Books, Nueva York, 2022; S. FEDERICI, “Uma análise feminista da Guerra”, *Outrapalavras. Jornalismo de profundidade e pos capitalism*, 2023, disponible en <https://outrapalavras.net/feminismos/federici-uma-analise-feminista-da-guerra/>; V. GAGO, *Feminist International: How to Change Everything*, Verso Books, Nueva York, 2020.

⁸⁰ Los ejemplos son numerosísimos: desde las manifestaciones feministas por el derecho al voto, por la reforma del derecho de familia y, más recientemente, contra la violencia hacia las mujeres, hasta las acciones promovidas por los pacifistas en favor de la introducción de la ley de objeción de conciencia al servicio militar, del boicot a empresas y bancos que financian las guerras, y así sucesivamente.

sentan dos grandes ejemplos de prácticas políticas no violentas, sobre todo por su fecundidad, ya mencionada anteriormente: la acción política feminista y pacifista se mueve en una dirección opuesta a la masculina, basada en el uso de la fuerza/violencia. Así, demuestra que la no violencia es una fuerza transformadora y no una debilidad, una radicalidad y no una pasividad⁸¹.

La segunda dirección de la crítica al poder se relaciona con la valorización del constitucionalismo como modelo de Derecho, democracia y Estado capaz de contener y limitar el poder mismo⁸², hasta llegar a su *minimización*⁸³.

La reflexión feminista sobre el constitucionalismo, aunque a menudo problemática⁸⁴, parece contribuir a reforzar este enfoque específico del Derecho, que las tendencias neoliberales en cambio desvalorizan y combaten en función de una desregulación funcional al mercado. La crítica feminista del derecho es profundamente consciente de que, en el marco del constitucionalismo, los derechos de las mujeres han podido encontrar reconocimiento. Por lo tanto, el objetivo de la reflexión teórica no es su superación, sino más bien la contaminación de su bagaje teórico-jurídico con la terminología iusfeminista, ignorada en la mayoría de los casos durante la redacción de las constituciones⁸⁵.

De manera similar, las reflexiones inspiradas en el pacifismo jurídico, desde sus primeras elaboraciones, apuntan a la construcción de un sistema

⁸¹ J. BUTLER, *The force of non-violence*, cit., p. 260.

⁸² Para un análisis más profundo sobre los postulados del constitucionalismo desde una perspectiva filosófico-jurídica, remito a F. J. ANSUATEGUI ROIG, *Filosofía del derecho y constitucionalismo: vertientes y problemas*, Editorial Universidad Autónoma de Occidente, 2011.

⁸³ L. FERRAJOLI, *Principia Juris, Teoria del diritto*, cit., p. 485 y ss.

⁸⁴ A título ejemplificativo, véase lo reconstruido en S. ALVAREZ MEDINA, "Rethinking (Eco)Feminist Constitutionalism", *Athena – Critical Inquiries in Law, Philosophy and Globalization*, vol. 2, núm. 4, 2024, pp. 1-27.

⁸⁵ El debate, como es sabido, es muy participativo, especialmente con referencia al contexto latinoamericano. Para un análisis más profundo, a título ejemplificativo, remito a: R. RUBIO MARÍN, H. IRVING (eds.), *Women as Constitution-Makers. Case Studies from the New Democratic Era*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019; R. Rubio Marín, *Global Gender Constitutionalism and Women's Citizenship. A Struggle for Transformative Inclusion*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022; F. POU GIMÉNEZ, R. RUBIO MARÍN, y V. UNDURRAGA VALDÉS (coord. par), *Women, Gender, and Constitutionalism in Latin America*, Routledge, Londres, 2024; B. BAINES, D. BARAK-EREZ, y T. KAHANA (eds.), *Feminist Constitutionalism: Global Perspectives*, Cambridge University Press, Londres, 2012; I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, *Una constituyente feminista ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?*, Marcial Pons, Madrid, 2017; A. LORENZETTI, B. PEZZINI, *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Giappichelli, Turín, 2019.

internacional orientado a los principios de legalidad y separación de poderes, así como a la protección de los derechos humanos. Especialmente en tiempos recientes, dentro de la perspectiva cosmopolita que alimenta esta corriente⁸⁶, se han planteado propuestas articuladas para traducir el modelo constitucional a escala internacional⁸⁷, con el fin de contener el poder de los Estados individuales, pero también, y sobre todo, el de los emergentes sujetos privados, nuevos soberanos del capital⁸⁸.

El constitucionalismo, en ambos saberes, se entiende como un modelo alternativo al neoliberalismo y como un aparato teórico-jurídico capaz de proporcionar herramientas útiles para contrarrestar las derivas del turbocapitalismo. El lugar que ocupa la paz en las diferentes constituciones representa, por tanto, un terreno de convergencia y diálogo para ambos.

6.1. La crítica a la fuerza/violencia como fundamento de la crítica a la guerra

En relación con la fuerza/violencia, la convergencia entre el iusfeminismo y el pacifismo jurídico resulta particularmente significativa, y estratégica en lo que respecta a la crítica de la guerra.

Como hecho, la fuerza/violencia ha sido objeto de una teorización que clásicamente la ha situado en la disponibilidad del poder (público o privado), es decir, en manos de los sujetos paradigmáticos. La violencia nunca ha sido distribuida “democráticamente”: solo algunos han sido autorizados por el derecho a usarla contra otros. Esta distribución desigual está, como ya se ha señalado, en el centro de la crítica iusfeminista: durante siglos, los hombres fueron los sujetos legitimados por el Derecho –y por el contrato social– para usar la fuerza/violencia contra las mujeres.

⁸⁶ Piénsese, por ejemplo, en la representación de los derechos humanos como normas cosmopolitas, en S. BENHABIB, *Another Cosmopolitanism*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

⁸⁷ Fundamental es la propuesta de Luigi Ferrajoli para una *Costituzione della terra*, ampliamente presente en el debate internacional. Para una reconstrucción del debate en curso, véanse, por ejemplo: C. GARCÍA PASCUAL, “El futuro a través del Derecho: la Constitución de la Tierra”, *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, núm. 36, 2024, pp. 30–47; D. M. RODRIGUEZ FERRO, “Review of Luigi Ferrajoli. Por una Constitución de la Tierra: La humanidad en la encrucijada”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 22, núm. 3, julio 2024, pp. 910–915; A. FURIA, “Sulla politica, sul conflitto, sul pluralismo. Un breve commento su Per una Costituzione della Terra di Luigi Ferrajoli”, *Notizie di Politeia*, núm. 149, 2023, pp. 168–171.

⁸⁸ S. SASSEN, *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global*, Princeton University Press, Princeton, 2008.

De manera similar, el pacifismo jurídico ha problematizado la distribución desigual de la fuerza/violencia a nivel internacional, cuestionando el predominio de ciertos Estados sobre otros, en particular debido a su poderío militar. Ambos saberes, por tanto, han enriquecido autónoma y diversamente la crítica a la fuerza/violencia en general, subrayando en última instancia que el uso de la fuerza/violencia no tiene otra finalidad que mantener al sujeto que la sufre en una condición de subordinación, opresión, coacción, obediencia, hasta llegar incluso a su aniquilación.

Lo que resulta relevante destacar aquí son las potencialidades de la interacción entre estos dos saberes en la deconstrucción y desmitificación de la fuerza/violencia.

Dos parecen ser las principales modalidades de interacción.

La primera modalidad se refiere a la reflexión conjunta sobre ciertos conceptos con el objetivo de redefinirlos desde la perspectiva de las Teorías Críticas del Derecho (TCD). Un ejemplo particularmente relevante es la elaboración de la noción de vulnerabilidad⁸⁹, promovida por las teóricas iusfeministas contemporáneas en diálogo con el pensamiento pacifista y no violento.

Según Judith Butler, tomar en serio la vulnerabilidad y transformarla en una “recurso político” implica reconocer que nuestra propia supervivencia depende de personas que no conocemos y sobre quienes no tenemos control alguno. Esto resalta la precariedad de nuestra vida, especialmente frente a fenómenos como invasiones militares, ocupaciones, declaraciones repentinas de guerra y violencias policiales⁹⁰. La potencialidad de la reflexión sobre la vulnerabilidad, especialmente desde una perspectiva ontológica⁹¹, radica en su capacidad para cuestionar la fuerza/violencia como paradigma central del derecho y la política⁹². Situar el hecho de la vulnerabilidad, en lugar del

⁸⁹ Escribe Maria Luisa Boccia: “Vulnerabilità, relazioni, interdipendenza sono al centro della politica femminista. E la fine della guerra, ovvero della logica dei rapporti di forza, della contrapposizione amico-nemico, è parte del conflitto politico contro i sistemi patriarcali” (M.L. BOCCIA, *Tempi di guerra. Riflessioni di una femminista*, manifestolibri, cit., pp. 13 y 14).

⁹⁰ J. BUTLER, *Undoing Gender*, Routledge, Nueva York, 2004, p. 23.

⁹¹ Para un análisis sobre el tema, remito a O. GIOLO, y B. PASTORE (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018, y B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Giappichelli, Turín, 2021.

⁹² Teoría dominante en los ámbitos filosófico-jurídico y filosófico-político: basta recordar, entre muchos, a Max Weber, para quien la esencia del poder estatal reside en el monopolio legítimo de la violencia. La violencia, de hecho, en el pensamiento moderno, escri-

hecho de la violencia/fuerza, como base de la necesidad de las instituciones y del ordenamiento jurídico para garantizar la supervivencia, implicaría una inversión radical del paradigma fundacional, desacralizando y desmitificando finalmente la fuerza/violencia. De este modo, se podría justificar con argumentos teóricamente más sólidos el repudio incondicional de la guerra, definida como la “imposición de sufrimientos indecibles a quienes no tienen razones para sufrirlos, por parte de quienes no tienen razones para infligirlos”, como ya sostenía Gianformaggio hace algunos años⁹³.

La otra modalidad se refiere a la posibilidad de lograr, conjuntamente, la desmitificación de la fuerza/violencia y el rechazo incondicional de la guerra, partiendo de la deconstrucción de la matriz sexuada de la propia fuerza/violencia⁹⁴. Es decir, a partir de la ruptura definitiva del sistema patriarcal⁹⁵, entendido como el modelo que sostiene la jerarquía de lo humano, y *rompiendo la continuidad histórica de un único protagonista*⁹⁶ (el sujeto paradigmático) en favor del *sujeto imprevisto* y de sus potencialidades teóricas, proyectuales y heurísticas. Esto solo puede lograrse mediante una investigación meticulosa que busque revelar la naturaleza sexuada (masculina) de las nociones, normas e instituciones que aún legitiman jurídicamente la guerra, permitiendo su admisibilidad dentro de los ordenamientos jurídicos.

La perspectiva iusfeminista sobre la guerra resulta particularmente esclarecedora, ya que permite desvelar los esquemas ideológicos y culturales de matriz masculina (e interpretados desde una óptica interseccional) que operan como fuerzas motrices de la “destrucción masiva”⁹⁷. Estos esquemas ocultan la función de dominio y aniquilación inherente a la guerra, integrada en una mezcla inédita de ética y política global, ideología humanitaria y lógica imperialista⁹⁸.

be Guaraldo, “invade lo político y satura su sentido”, hasta el punto de que, según Hannah Arendt, no queda otro desenlace que la guerra y la violencia.

⁹³ L. GIANFORMAGGIO, *La guerra come negazione del diritto*, cit., p. 271.

⁹⁴ Véase, por ejemplo: J. ROSE, *Feminism and the Abomination of Violence: Gender Thought and Unthought*, en J. BROWNE (ed.), *Why Gender?*, Cambridge University Press, Londres, 2021, pp. 289-305.

⁹⁵ C. LONZI, *Sputiamo su Hegel*, cit., p. 40 y ss.

⁹⁶ Idem, p. 44.

⁹⁷ A. MBEMBE, *La politique de l'inimitié*, La Découverte, París, 2018.

⁹⁸ D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, cit., p. 113 y ss. En relación con la guerra entendida como “éticamente obligatoria”, véase M.L. BOCCIA, *Tempi di guerra. Riflessioni di una femminista*, cit., p. 10.

En este sentido (y parafraseando a Carole Smart⁹⁹), es posible captar la matriz sexista, masculina y sexuada de la guerra¹⁰⁰. La guerra es “sexista” porque legitima y permite la adopción de prácticas y normas que vulnerabilizan a los sujetos en función del género. La violencia contra las mujeres y, en particular, las violaciones en el contexto de guerra, representan probablemente la manifestación más brutal y dramática de esta matriz. La guerra es “masculina” porque se inserta dentro de un paradigma jurídico y político que presuponía implícitamente al hombre como único sujeto del derecho y la política, un paradigma que solo hemos desmantelado parcialmente. Incluso aunque las mujeres formen parte de los ejércitos hoy en día, el imaginario colectivo sigue siendo masculino. Este imaginario masculino se refleja en los ejércitos, las cadenas de mando, los enfrentamientos físicos, las armas, los uniformes, así como en el lenguaje y las retóricas que exaltan la violencia y desprecian al enemigo. De hecho, los ejércitos, las cadenas de mando, los enfrentamientos físicos, las armas, los uniformes, así como el lenguaje y las retóricas de exaltación de la violencia y desprecio al enemigo, están contruidos a partir del imaginario del sujeto masculino. Tanto es así que, en ese mismo imaginario, a las mujeres se les han atribuido tradicionalmente roles de cuidado y servicio. Finalmente, la guerra es “sexuada” porque asigna y disciplina a hombres y mujeres, atribuyéndoles roles específicos que, aunque puedan cambiar con el tiempo, no dejan de cumplir su función de consolidación de las identidades “generizadas”. Esto, a su vez, perpetúa estereotipos y discriminaciones.

7. CONCLUSIONES. IUSFEMINISMO Y PACIFISMO JURÍDICO ENTRE REALISMO Y NORMATIVISMO

El iusfeminismo y el pacifismo jurídico, cuando se entienden como pensamientos prematuros, también son objeto de la acusación de ser utópicos y poco realistas. Estas desvalorizaciones, dado el giro pragmático que caracteriza la reflexión sobre el derecho desde hace al menos algunas décadas¹⁰¹, parecen

⁹⁹ C. SMART, “The Woman of Legal Discourse”, *Social & Legal Studies*, vol. 1, núm. 1, 1992, pp. 29-44.

¹⁰⁰ Sobre este punto, remito a lo analizado en O. GIOLO, “Le donne, la guerra e le parable dell’emancipazione”, *Ragion pratica*, núm. 49, 2017, pp. 381-407.

¹⁰¹ Sobre el giro pragmático, ontológico o material, y los nuevos materialismos que han influido en la reflexión filosófica en general, remito a L. PELLIZONI, *Cavalcare l’ingovernabile. Natura, neoliberalismo e nuovi materialismi*, cit., así como a D. COOLE, y S. FROST (eds.), *New*

adquirir tonos casi de excomunión. Cuando los movimientos feministas y pacifistas cuestionan las intervenciones militares en los conflictos internacionales, se les plantea habitualmente la típica pregunta: “¿qué hay que hacer entonces?”, insinuando su incapacidad para identificar herramientas alternativas eficaces. Sin embargo, estas críticas son, en realidad, infundadas y las preguntas, demasiado simplistas.

El iusfeminismo y el pacifismo jurídico, en su conjunción teórico-práctica, son saberes que desmontan minuciosamente sistemas de opresión, monitorean constantemente lo que sucede, denuncian violaciones de derechos, proponen leyes y acuerdos, lanzan llamamientos y atraen la atención de la opinión pública internacional sobre cualquier cuestión relacionada con la salvaguarda de la dignidad de las personas, independientemente de dónde se encuentren.

No se les puede acusar de carecer de soluciones cuando lo que proponen constantemente es ignorado de forma sistemática para perseguir otros objetivos.

Las guerras se construyen, no surgen de la nada de un día para otro. Se movilizan ejércitos, se contratan mercenarios y se fomentan tensiones hasta que lo inevitable parece el único camino. Las guerras se construyen del mismo modo que se construye la paz, pero avanzando en direcciones completamente opuestas.

¿No es entonces una pregunta evidentemente falaz –además de insoportable– la que se dirige a los movimientos feministas y pacifistas cuando el daño ya está hecho?

Tomando en serio el iusfeminismo y el pacifismo jurídico, y considerando ambos como saberes inéditos, resulta inmediatamente evidente lo mencionado anteriormente, debido a su inspiración profundamente realista, combinada con una dimensión normativa que caracteriza a todas las TCD. Estas, como es sabido, tienen todas una matriz realista¹⁰²: la perspectiva del

Materialism, Duke University Press, Durham, 2010; M. HOLBRAAD, y M.A. PEDERSEN, *The Ontological Turn: An Anthropological Exposition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; T. BENNET, y P. JOYCE (eds.), *Material Powers: Cultural Studies, History and the Material Turn*, Routledge, Londres, 2010. Según esta perspectiva, que se impuso desde los años noventa del siglo pasado, lo que llega a existir “è una concretizzazione provvisoria entro uno stato di flusso continuo, il risultato temporaneo di pratiche, interazioni e interventi” (L. PELLIZONI, *Cavalcare l'ingovernabile. Natura, neoliberalismo e nuovi materialismi*, cit., p. 82).

¹⁰² Sobre el realismo de las TCD y las distinciones que existen entre estas y los Critical Legal Studies, remito nuevamente a O. GIOLO, *Conclusioni. Le teorie critiche del diritto. Un tentativo di sistematizzazione*, cit., p. 358 y ss.

sujeto no paradigmático expresa una atención extrema al dato real, a la experiencia humana y a las dinámicas sociales y de poder que la determinan. El fuerte vínculo entre la teoría y la praxis, por otro lado, es a su vez manifestación de una profunda actitud fenomenológica. El iusfeminismo y el pacifismo jurídico participan de estos enfoques, no solo desde el punto de vista metodológico –es decir, asumiendo la perspectiva de los sujetos oprimidos y valorando la relación entre teoría y praxis–, sino también desde el punto de vista teórico y temático, ya que ambos están interesados en investigar la realidad de los fenómenos, revelando sus movimientos más oscuros o encubiertos.

Iusfeminismo y pacifismo jurídico deben entenderse, por lo tanto, como pensamientos basados en el realismo y no en la utopía¹⁰³. Más aún cuando otra convergencia que los caracteriza radica en la crítica a las actuales políticas económicas globales, especialmente las de corte neoliberal. A partir de los derechos y de una nueva configuración de la subjetividad, ambos rechazan la mercantilización total, subrayando sus efectos nefastos: los pacifistas denuncian los flujos económicos que sustentan las guerras, al igual que las feministas denuncian los tráficos que se producen sobre los cuerpos de las mujeres.

Se trata, por tanto, de teorías que, partiendo de sujetos encarnados y sin ignorar nunca la realidad, tampoco desconocen la relevancia del mercado y su actual primacía sobre el derecho y la política, pero con un enfoque opuesto al neoliberalismo¹⁰⁴. Si este último coloca al capital por encima de todo, el iusfeminismo y el pacifismo jurídico sostienen que debe ser regulado y limitado, porque hay bienes ilícitos (como las armas¹⁰⁵) o indisponibles, no susceptibles de mercantilización (como los cuerpos).

Cabe destacar que el enfoque realista del iusfeminismo y del pacifismo jurídico, al igual que ocurre con las demás TCD, no se limita a una investigación fenomenológica, sino que está acompañado de un enfoque normati-

¹⁰³ M.L. BOCCIA, “Di quale fine della guerra parliamo?”, *Parolechiave*, núm. 8, 2022, pp. 91-100. Sobre la utopía pragmática de Kant, véase A. LORETONI, *L’utopia pragmatica della pace perpetua nella riflessione di Immanuel Kant*, *Iride*, núm. 3, 2023, pp. 529-544. Es conocida la expresión que utiliza frecuentemente Ferrajoli: el “realismo de los tiempos largos”.

¹⁰⁴ Véase S. RIBOTTA, y C. LEMA AÑÓN, “Introducción: Teorías Críticas e injusticia social. Derechos humanos en tiempos de democracias débiles y neocapitalismos”, *Oñati socio-legal series*, vol. 13, núm. 3, 2023, pp. 659-670.

¹⁰⁵ Sobre la propuesta de prohibición de las armas, consideradas bienes ilícitos por su carácter letal, remito a L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica*, cit., p. 307 y ss.

vista claramente reconocible. Las TCD son consideradas teorías normativas del derecho, al igual que muchas teorías posmodernas¹⁰⁶, ya que proponen elaboraciones alternativas a las dominantes, políticamente orientadas y no neutrales¹⁰⁷.

La perspectiva inesperada desde la cual se posicionan los sujetos no paradigmáticos influye necesariamente en su reflexión sobre el derecho. Sin embargo, este es precisamente el aspecto relevante de las TCD: son capaces de dar visibilidad y reconocimiento a aquellas perspectivas que el propio derecho ha ignorado durante siglos, silenciando con ello las necesidades, expectativas, demandas y voluntades de grupos enteros de personas.

Esa misma perspectiva inesperada, por otro lado, también revela cómo el punto de vista de los sujetos paradigmáticos ha orientado ideológicamente el pensamiento clásico sobre el Derecho, más allá de su autoproclamación retórica como teoría neutral y objetiva.

La matriz antirretórica caracteriza de manera distintiva a ambos saberes. Tanto el iusfeminismo como el pacifismo jurídico prestan especial atención al desenmascaramiento sistemático de las retóricas sexistas y belicistas, deconstruyendo sus argumentos con el objetivo de hacer visible la brecha entre lo que realmente ocurre y lo que se tiende a representar en favor de los intereses de los sujetos paradigmáticos. Estas retóricas, como se ha argumentado, presentan inevitablemente consonancias que deben ser analizadas de manera conjunta y nunca subestimadas, dada su peligrosa función legitimadora¹⁰⁸.

En el contexto actual, dominado por la ideología neoliberal, que promueve relaciones de dominio basadas en la violencia y la opresión, el iusfeminismo y el pacifismo jurídico parecen especialmente capacitados para

¹⁰⁶ En estos términos se expresa Gary Minda acerca de las teorías posmodernas del derecho, a la luz del propósito de orientar el derecho hacia los principios de justicia. Véase G. MINDA, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence At Century's End*, Nueva York University Press, Nueva York, 1995.

¹⁰⁷ Sobre la desmitificación de la falsa neutralidad del derecho, véase en particular la contribución de los Critical Legal Studies, por ejemplo, en D. KENNEDY, "The Critique of Rights in Critical Legal Studies" en W. BROWN, y J. HALLEY (eds.), *Left Legalism/Left Critique*, Duke University Press, Nueva York, 2002, pp. 178-228. Véase también L. FERRAJOLI, *Principia Juris. Teoria del diritto*, vol. 1, cit., p. 21 y ss.

¹⁰⁸ Véase el análisis comparativo propuesto por Monica Cosby entre la violencia doméstica y la violencia estatal en A.Y. DAVIS, G. DENT, E.R. MEINERS, y B.E. RICHIE, *Abolitionism, Feminism. Now*, cit.

contrarrestar las retóricas que buscan normalizar la guerra y fomentar la insensibilización hacia sus lógicas.

Por lo tanto, el iusfeminismo y el pacifismo jurídico, en su convergencia, representan un elemento indispensable para la reflexión sobre la antítesis entre el Derecho/los derechos y la guerra, partiendo de su crítica a la fuerza/violencia.

En la actualidad, el pacifismo jurídico puede encontrar en el iusfeminismo argumentos fundamentales para llegar al núcleo de la deconstrucción del sistema aún belicista y violento del derecho y la política. Al mismo tiempo, es importante subrayar que el iusfeminismo o es pacifista, o no lo es: al ceder a las retóricas de la guerra, contradice sus propios fundamentos teóricos y, sobre todo, la novedad no violenta de su acción política.

ORSETTA GIOLO

Università degli Studi di Ferrara

Dipartimento di Giurisprudenza

corso Ercole I d'Este, 37

44121 Ferrara - Italia

e-mail: orsetta.giolo@unife.it

LA CATEGORÍA COMO DEMARCACIÓN: EL DEBATE SOBRE PERSONAS DEFENSORAS DE DERECHOS HUMANOS EN LA UNIÓN EUROPEA*

CATEGORIES AS BOUNDARIES: THE DEBATE ON HUMAN RIGHTS
DEFENDERS IN THE EUROPEAN UNION

DOLORES MORONDO TARAMUNDI
Universidad de Deusto
<https://orcid.org/0000-0001-8572-219X/>

Fecha de recepción: 12-2-25

Fecha de aceptación: 17-3-25

Resumen: *Un aspecto limitado pero significativo del discurso sobre la situación de las personas defensoras de derechos humanos se refiere a la definición conceptual del término en sí. Se ha argumentado que la ausencia de una definición universalmente aceptada dificulta el establecimiento de estándares precisos y exigibles para su protección. Este artículo examina algunas cuestiones en este debate en el contexto de la política de la Unión Europea de derechos humanos. Desde una perspectiva crítica se problematiza el debate sobre la incoherencia de la falta de reconocimiento de las personas defensoras dentro del espacio de la Unión Europea y se propone una lectura decolonial del resultante doble estándar en la política europea sobre personas defensoras de derechos humanos.*

Abstract: *A limited yet significant aspect of the discourse surrounding the status of human rights defenders pertains to the conceptual definition of the term itself. Scholars and practitioners have argued that the absence of a universally accepted definition hinders the establishment of precise and enforceable*

* Este trabajo se ha realizado gracias al apoyo del Proyecto Derechos Humanos y retos socioculturales en un mundo en transformación. Proyecto de Apoyo a las actividades de los grupos de investigación reconocidos del sistema universitario vasco (ref.: IT1468-22), y en el marco del Proyecto I+D+i RESEST “Resiliencia del derecho antidiscriminatorio a los sesgos y estereotipos: desafíos y propuestas de intervención”, ref. PID2021-123171OB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

standards for their protection. This article examines some issues in this debate in the context of the European Union's human rights policy. From a critical perspective, the debate on the incoherence of the lack of recognition of human rights defenders within the space of the European Union is problematised and a decolonial reading of the resulting double standard in European policy on human rights defenders is proposed.

Palabras clave: defensoras de derechos humanos, Unión Europea, acción exterior; problematización, crítica decolonial
Keyword: human rights defenders, European Union, external action, problematisation, decolonial criticism

*What's in a name? That which we call a rose
 By any other name would smell as sweet*
 Julieta, en *Romeo y Julieta* de W. Shakespeare

1. INTRODUCCIÓN

Inmersa en la situación creciente de violencia contra las personas defensoras de derechos humanos (PDDH), la impunidad de las agresiones que sufren y la consecuente situación de vulnerabilidad en la que desarrollan el trabajo de defensa de los derechos humanos, una parte de la discusión gira en torno a la falta de una definición precisa de la categoría de PDDH. ¿Quién puede ser considerada una persona defensora de derechos humanos y, por ello, recibir la protección de los mecanismos nacionales e internacionales dispuestos a tal efecto? ¿Puede una definición más precisa de esta categoría poner a estas personas a salvo de clasificaciones y etiquetas que las vulnerabilizan y las someten a leyes y prácticas restrictivas de derechos, o les niegan la protección que les brindarían la legislación nacional e internacional si no fueran consideradas “terroristas” o “traidores” o “enemigos del desarrollo y del pueblo”?

Aunque de los informes y de las noticias se desprenden pocas dudas sobre el papel que tiene la voluntad política (o la falta de voluntad política) en la situación de las PDDH, una parte del debate científico y de la discusión política se centran en la falta de una definición clara sobre quiénes son o pueden ser consideradas PDDH¹. A la pregunta de Julieta sobre la falta de

¹ A. M. NAH, K. BENNETT, D. INGLETONAND y J. SAVAGE, “A Research Agenda for the Protection of Human Rights Defenders”, *Journal of Human Rights Practice*, núm. 5, vol.

importancia del nombre que damos a quien sufre ataques por defender los derechos humanos, podemos responder con la frase de Norberto Bobbio: “El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de *justificarlos* como el de *protegerlos*. Es un problema no filosófico, sino político”².

Ciertamente, al leer los informes del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los Defensores de los Derechos Humanos, o las cifras de aquellos asesinados cada año, no se puede estar en desacuerdo con Bobbio: necesitan protección, y eso no es un problema filosófico, ni conceptual. Sin embargo, sabemos –como lo demuestran los recurrentes debates sobre las definiciones, catálogos y justificaciones de los derechos humanos– que los problemas sobre la protección de los derechos se esconden, a veces, en debates políticos aparentemente teóricos y conceptuales. O mejor dicho, que algunos debates –que pueden parecer marginales por su naturaleza teórica o conceptual– encierran discusiones políticas, que pueden también explicar qué y cómo se decide proteger. Esos debates necesitan una llave de lectura crítica.

Este trabajo investiga un aspecto específico del debate en torno a la definición y protección de las PDDH en la Unión Europea que permite abrir un espacio de reflexión sobre los derechos humanos en Europa. En los últimos años, se ha observado una creciente preocupación por la situación de los derechos humanos y de quienes se dedican a su protección en los Estados miembros de la Unión Europea (EMUE). Diversos informes emitidos por organismos internacionales, como la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el Consejo de Europa (CoE) y la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales (FRA), han denunciado el deterioro de la protección de los derechos humanos y los crecientes desafíos al espacio cívico en la región.

El primer informe de la FRA sobre el espacio cívico en la UE evidenció los obstáculos a los que se enfrentan las organizaciones de la sociedad civil en

3, 2013, pp. 401-420; L. E. EGUREN y P. C. PATEL. “Towards developing a critical and ethical approach for better recognising and protecting human rights defenders”, *The International Journal of Human Rights*, núm. 19, vol. 7, 2015, pp. 896-907; P. MALKOVA, “Exploring the Term ‘Human Rights Defender’ through the Lens of Professionalisation in Human Rights Practice: A Case-Study of Russia”, *Human Rights Defender Hub Working Paper Series*, núm. 3, 2018; A. C. KOULA, “The UN Definition of Human Rights Defenders: Alternative Interpretative Approaches”, *Queen Mary Human Rights Law Review*, núm. 5, vol. 1, 2019, pp. 1-20.

² N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990 (trad. esp. R. de Asís Roig, *El tiempo de los derechos*, Ed. Sistema, Madrid), p. 61.

los EMUE³. Los gobiernos han implementado una serie de medidas legales y políticas que restringen el ámbito de acción de estas organizaciones, lo que ha resultado en una participación limitada y poco efectiva de la sociedad civil en la vida pública. En países como Bulgaria, Croacia, Grecia, Hungría, Italia, Malta, Polonia, Rumania, Eslovenia y España, las organizaciones defensoras de derechos humanos han sido objeto de leyes restrictivas, cargas burocráticas excesivas, ataques verbales y físicos, campañas de desprestigio y la instrumentalización de normativas destinadas a limitar o incluso erradicar su labor⁴.

La situación se ha agravado durante y después la pandemia de COVID-19. En su informe más reciente, publicado en 2023, la FRA destaca que las organizaciones de derechos humanos enfrentan desafíos similares en toda la UE, aunque con distintos grados de intensidad. Este “espacio cívico menguante” se manifiesta de diversas formas: muchas organizaciones y activistas son objeto de campañas de desprestigio en medios tradicionales, plataformas digitales y redes sociales, a menudo promovidas por particulares y, en algunos casos, por funcionarios públicos o representantes políticos⁵. Asimismo, se ha observado un incremento en la propuesta y adopción de legislación que restringe la capacidad de trabajar en temas sensibles, particularmente en el ámbito de la migración (como en Italia, Grecia, Hungría, Francia y Polonia), donde se ha criminalizado la acción humanitaria y la solidaridad, imponiendo sanciones penales o financieras⁶.

En varios Estados miembros, las políticas diseñadas para combatir el terrorismo y la financiación del crimen organizado se han aplicado de manera que obstaculizan el funcionamiento adecuado de las organizaciones no gu-

³ Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales, *Challenges facing civil society organisations working on human rights in the EU*, 2018.

⁴ B. KNOLL-TUDOR, M. PARDAVI y M. ACHLER, “Cartel of Silence: How the European Union Undermines the Work of its Human Rights Defenders in the OSCE”, *Journal of Human Rights Practice*, núm. 15, 2023, pp. 284-302; Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, *Human Rights defenders in the Council of Europe are in times of crisis, round-table with human rights defenders*, CommHR(2023)2, 23 de marzo de 2023.

⁵ En los datos de la última encuesta realizada por la FRA, en 2023, más del 50% de las organizaciones consultadas dijeron que habían sufrido campañas negativas en los medios, casi el 30% ataques digitales, y el vandalismo de las instalaciones había más que duplicado los datos del 2021, pasando del 7 al 17%. Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales, *Report on key findings from FRA’s civil space consultation covering 2023*, 2023, p. 7.

⁶ S. CARRERA, V. MITSILEGAS, J. ALLSOPP, y L. VOSYLIUTE, *Policing Humanitarianism: EU Policies Against Human Smuggling and their Impact on Civil Society*, Hart Publishing, Oxford, 2019.

bernamentales (ONG). Por ejemplo, en Francia y España, la legislación en materia de seguridad pública ha dificultado el trabajo de las organizaciones de la sociedad civil, limitando la libertad de expresión, el acceso a la información y el derecho a la protesta. Estas tácticas, implementadas por los Estados, tienen como objetivo, o al menos como efecto, intimidar a las PDDH y a sus organizaciones. Las consecuencias incluyen la estigmatización, el debilitamiento de su credibilidad, la pérdida de apoyo tanto de donantes como de beneficiarios, la desmoralización y el agotamiento de su personal, así como la necesidad de reorientar sus esfuerzos hacia su propia defensa legal en lugar de la promoción de sus objetivos en materia de derechos humanos⁷.

No obstante, los gobiernos y las instituciones europeas han mostrado reticencia a reconocer estos casos como ataques contra las PDDH, cuando ocurren dentro de la UE. Quienes defienden los derechos de las personas migrantes en situación administrativa irregular, quienes luchan por el derecho a una vivienda digna o quienes promueven el derecho a un medio ambiente sano suelen ser etiquetadas simplemente como “activistas”. Su labor no se enmarca dentro de la defensa de los derechos humanos en términos generales, sino que se particulariza en función de los intereses específicos que defienden (por ejemplo, “activistas climáticos”) o se identifica directamente con el nombre de sus organizaciones (como los activistas de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca –PAH– o de Futuro Vegetal).

¿Son estos silencios un indicador de algo? ¿Prestarles atención puede ayudarnos a comprender cómo se conciben y se protegen los derechos humanos en Europa? Este trabajo problematiza la política europea en torno a las PDDH, centrándose especialmente en el uso que se hace de esta expresión desde una perspectiva crítica.

En las siguientes secciones, se aborda el debate sobre la (falta de) definición de la categoría de PDDH, un tema que se desarrolla en los márgenes de una discusión más amplia y urgente sobre la protección efectiva de estas personas. Asimismo, se analiza la política europea sobre PDDH y el papel que esta desempeña en el marco más general de la política de derechos humanos de la UE. Finalmente, se problematiza el silenciamiento de las PDDH en el espacio político de la UE, vinculándolo con el debate sobre la coherencia y

⁷ B. KNOLL-TUDOR, M. PARDAVI y M. ACHLER, “Cartel of Silence: How the European Union Undermines the Work of its Human Rights Defenders in the OSCE”, *Journal of Human Rights Practice*, cit.

los dobles estándares de la UE en materia de derechos humanos desde una perspectiva decolonial.

2. EL PROBLEMA DE LA (FALTA DE) DEFINICIÓN DE “DEFENSORAS DE DERECHOS HUMANOS”

2.1 Las dificultades y los silencios en la Declaración

La expresión “personas defensoras de los derechos humanos” carece de una definición consensuada, a pesar de su uso extendido en documentos de instituciones y organizaciones dedicadas a los derechos humanos. Tampoco existen criterios claros para clasificar a alguien como persona defensora de los derechos humanos. El principal instrumento internacional en este ámbito, la Declaración sobre el Derecho y la Responsabilidad de los Individuos, Grupos y Órganos de la Sociedad de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos –conocida comúnmente como la *Declaración de la ONU sobre los Defensores de los Derechos Humanos*– no define este término. La expresión ni siquiera aparece en el texto y, de hecho, su omisión fue deliberada.

El artículo 1 de la Declaración establece:

Toda persona tiene derecho, individualmente y en asociación con otras, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los ámbitos nacional e internacional.

La ausencia de una definición precisa no es un fenómeno aislado en el ámbito de los derechos humanos. Términos como “minorías” o “pueblos indígenas” tampoco están definidos en los instrumentos internacionales que protegen sus derechos, como la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (UNDRM) o la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP). Incluso la Declaración Universal de los Derechos Humanos no define qué son los derechos humanos.

En todos estos casos, la falta de definiciones se debe, en gran medida, a las dificultades para alcanzar un consenso sobre una formulación que refleje la complejidad y heterogeneidad de los grupos o conceptos en cuestión.

Estos desafíos surgen de los diversos intereses y motivaciones que subyacen a cualquier definición propuesta. En tales casos, los instrumentos de derechos humanos suelen optar por guardar silencio o recurren a definiciones tautológicas. Esto ocurre también con “personas defensoras de los derechos humanos”, frecuentemente definidas de manera circular como “individuos o grupos que defienden los derechos humanos”.

Lo que hace particularmente inusual el caso de las PDDH es que el término ni siquiera se menciona en la Declaración. A diferencia de otros instrumentos internacionales que protegen a minorías o pueblos indígenas –los cuales, aunque no definen estas categorías, sí las mencionan explícitamente⁸–, la expresión “personas defensoras de los derechos humanos” no aparece ni en el título de la Declaración ni en su texto.

Algunas autoras han señalado que esta expresión solo se popularizó después de la adopción de la Declaración, reemplazando términos como “activistas de derechos humanos”, “operadores de derechos humanos” o “trabajadores de derechos humanos”⁹. Sin embargo, este cambio no es meramente terminológico: la Declaración tampoco utiliza ninguna de estas expresiones alternativas. Sus disposiciones no están dirigidas a ninguna categoría específica de individuos, sino que se aplican de manera universal.

Además, la omisión del término “defensores de los derechos humanos” en la Declaración fue intencional. Los estudios sobre las negociaciones y la redacción de la Declaración destacan las dificultades para alcanzar un consenso¹⁰. Esta oposición dio lugar a un texto que evita tanto el término “defensores” como cualquier expresión equivalente, no porque fuera difícil encontrar una definición adecuada que abarcara las diversas formas de trabajo en favor de los derechos humanos –ya sea profesional o voluntario; en defensa de otros o de sí mismos; a nivel local o global; general o específico–, sino debido a la resistencia a establecer una categoría definida por su función: individuos o grupos que defienden los derechos humanos o actúan como guar-

⁸ Por ejemplo, la expresión “pueblos indígenas” aparece 91 veces en la UNDRIP, y el término “minorías” se utiliza 33 veces en la UNDRM.

⁹ Y. DONDERS, “Defending the Human Rights Defenders”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, núm. 34, vol. 4, 2016, pp. 282-288.

¹⁰ J. SPANNAGEL, “Declaration on Human Rights Defenders (1998)” en *Quellen zur Geschichte der Menschenrechte*, Arbeitskreis Menschenrechte im 20. Jahrhundert, 2017, www.geschichte-menschenrechte.de/en/schluesseltex-te/erkl-aerung-zu-menschenrechtsverteidigern-1998/; KOULA, “The UN Definition of Human Rights Defenders: Alternative Interpretative Approaches”, cit.

dianes de estos dentro del Estado, posiblemente en cooperación con otros Estados u organizaciones internacionales.

Por tanto, la ausencia de una definición refleja dos realidades: en primer lugar, evita crear un régimen específico de derechos humanos para un grupo particular; y, en segundo lugar, se aleja de la idea de “defensa” o “defensoras” de derechos humanos. En su lugar, las disposiciones enfatizan “promover y procurar la protección”. La responsabilidad principal de promover y proteger los derechos humanos recae en los Estados, al tiempo que se reconoce el papel crucial de los individuos y asociaciones en este proceso.

2.2. Después de la Declaración

Los intentos por definir con mayor precisión a las PDDH surgieron casi de inmediato. Ya en 2004, el Folleto Informativo n° 29, de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos introdujo una definición basada en la Declaración: “‘Persona defensora de los Derechos Humanos’ es un término utilizado para describir a las personas que, de forma individual o con otros, actúan para promover o proteger los derechos humanos”¹¹. Por su parte, las Directrices de la UE sobre Defensores de Derechos Humanos, basándose explícitamente en el Artículo 1 de la Declaración, definen a las PDDH como “aquellas personas, grupos y órganos de la sociedad que promueven y protegen los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos universalmente”¹².

El paso del Artículo 1 de la Declaración a una definición operativa es significativo, ya que, dada la redacción del texto, podría argumentarse que la Declaración no está destinada a señalar una categoría particular de individuos. El Artículo 1, de hecho, establece un derecho universal –reconocido a todas las personas, ya sea de manera individual o en asociación con otras– a promover y luchar por la protección y realización de los derechos humanos. Tanto el Folleto Informativo n° 29 como las Directrices de la UE interpretan que, aunque toda persona tiene el derecho de defender los derechos humanos, las PDDH son quienes ejercen activamente este derecho, es decir, quienes actúan en base a él.

¹¹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Folleto informativo n° 29: Los defensores de los Derechos Humanos: Protección del derecho a defender los Derechos Humanos*, 2004, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FactSheet29sp.pdf>, p. 3.

¹² Consejo de la Unión Europea, *EU Guidelines on Human Rights Defenders*, 2004, https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eu_guidelines_hrd_en.pdf

Tanto el Folleto Informativo n° 29 como la literatura especializada han destacado la importancia de una definición de PDDH que las identifica “sobre todo, por lo que hacen”. Sin embargo, es importante señalar algunas discrepancias entre estas definiciones y la Declaración. Ambas definiciones parecen ignorar la cuidadosa redacción de la Declaración, que habla de “promover y luchar por la protección y realización” de los derechos humanos, optando en cambio por un lenguaje más directo: “promover y proteger”. Esto parece diluir la distinción entre el papel del Estado y el de las PDDH, una diferenciación que sí se mantiene a lo largo de la Declaración.

Además, la definición de la UE se refiere a los “derechos humanos universalmente reconocidos” como objeto del trabajo de las PDDH, mientras que la Declaración abre este objeto a futuros desarrollos en su Artículo 7. Asimismo, la UE incluye una serie de especificaciones que, a diferencia del sexto inciso del Preámbulo de la Declaración, distinguen entre distintos regímenes de derechos: los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, por otro, además de un tercer grupo de derechos (los derechos de los miembros de grupos).

Tras definir a las PDDH por sus acciones, el Folleto Informativo n° 29 intenta aclarar el término mediante una extensa enumeración de tareas típicamente realizadas por las PDDH, aunque explícitamente excluye que esta lista sea exhaustiva. También describe algunas características de estas tareas. Como resultado de esta técnica –basada en la ejemplificación–, la definición de las PDDH resulta muy amplia: sus actividades son numerosas y heterogéneas. Además, el Folleto Informativo n° 29 especifica que estas actividades pueden ser profesionales, remuneradas, voluntarias o incluso ocasionales. Al final, el documento concluye que, con tales criterios y técnicas, “es imposible catalogar” las actividades de las PDDH, y por lo tanto, tampoco se puede precisar la identificación de las PDDH a través de sus actividades.

No obstante, el Folleto Informativo n° 29 introduce algunos requisitos mínimos para considerar a alguien PDDH, los cuales han sido adoptados en la regulación de la UE. Estos requisitos son: la aceptación de la universalidad de los derechos humanos, la irrelevancia de la corrección empírica o legal de sus demandas, y el carácter pacífico de la acción emprendida. Mientras que el primer y el tercer requisito pueden utilizarse para excluir a una persona del reconocimiento como PDDH, el segundo limita la posibilidad –generalmente por parte del Estado– de excluir casos en los que las reivindicaciones no estén fundadas correctamente en el derecho internacional de los derechos humanos.

En 2011, ante la falta de eficacia de la Declaración, el Relator Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos elaboró un comentario al texto con el “propósito de (...) [mejorar] la comprensión por parte de los Estados de las responsabilidades contenidas en la Declaración, así como [difundir] la existencia de este instrumento entre las organizaciones no estatales relevantes”¹³. A diferencia del Folleto Informativo n° 29, este documento no intentó definir a las PDDH, aunque las menciona constantemente y, en la Introducción, las considera titulares de los derechos de la Declaración.

2.3. De categoría contestada a estatus

A pesar de los más de 20 años transcurridos desde la adopción de las definiciones de PDDH por parte de la ONU y la UE –basadas en el Artículo 1 de la Declaración–, y de su uso generalizado, la indeterminación de la expresión “personas defensoras de los derechos humanos” sigue siendo considerada un problema potencial. Por un lado, se ha argumentado que la indeterminación de la definición podría obstaculizar la efectividad de la Declaración. Además, el hecho de que la definición derivada del Artículo 1 sea tan amplia otorga un margen considerable para interpretar quién es o no una PDDH. Esta ambigüedad, junto con la ausencia de criterios claros para determinar esta condición, pueden dificultar la protección de los PDDH por diversas razones.

Definir y reconocer a las PDDH es fundamental para quienes trabajan con ellas, ya sean ONG u organismos internacionales. Una definición clara permitiría a las propias PDDH identificar los mecanismos de protección disponibles o adecuados para su situación. Asimismo, una definición menos indeterminada reduciría el margen de maniobra de los Estados para excluir de la protección a aquellas PDDH que perciben como una amenaza para sus intereses o prácticas, o para etiquetarlas de manera que las hagan más vulnerables a violaciones de derechos humanos. Por último, una definición más precisa contribuiría a que las PDDH obtengan un mayor reconocimiento y una imagen positiva de su labor ante el público en general, lo que, a su vez, podría generar mayor solidaridad y una protección más efectiva a largo plazo.

Sin embargo, este problema sigue siendo abordado de manera marginal en el debate, por varias razones. En primer lugar, la Declaración y las

¹³ Relator Especial sobre los defensores de los derechos humanos, *Comentario a la Declaración sobre los defensores de los derechos humanos: Una guía esencial para el derecho a defender los derechos humanos*, 2011, p. 14.

definiciones basadas en el artículo 1, independientemente de su precisión, han estado vigentes durante más de dos décadas, y cualquier cambio en la definición podría afectar una serie de políticas, programas y consensos desarrollados durante este tiempo. En segundo lugar, tanto en la literatura académica como en la documentación de ONG y organismos internacionales, la principal preocupación sigue siendo la protección de las PDDH, más que la clarificación conceptual. Además, es evidente que los riesgos y daños que enfrentan las PDDH se derivan principalmente de acciones deliberadas de actores estatales y no estatales, más que de confusiones terminológicas.

Sin embargo, en el debate sobre la definición de las PDDH se pueden observar algunos desarrollos interesantes. Los intentos del Folleto Informativo n° 29 para delimitar la definición de una categoría mediante la introducción de dos requisitos de exclusión –la defensa universal de los derechos humanos y el carácter pacífico de la acción–, han sido criticados por reflejar un tipo específico de PDDH (más institucionalizado y profesional) y no considerar los diversos contextos en los que se desarrollan las luchas por los derechos humanos¹⁴.

En contraste, la Declaración de París y su Plan de Acción, adoptados también en 1998 durante la Cumbre de PDDH¹⁵, intentan compensar la falta de una definición precisa mediante la referencia a elementos prácticos derivados de la experiencia de las propias PDDH, en particular el elemento de la amenaza o el riesgo. Este enfoque marca una diferencia notable respecto a la Declaración de la ONU. Mientras que la Declaración de la ONU se dirige a cualquier persona que promueva los derechos humanos y recupera derechos ya existentes, que corresponden a todas las personas, los documentos de las ONG y organizaciones de defensoras enfatizan elementos específicos que definen a las PDDH como un estatus: las personas defensoras se convierten en objetivos de los regímenes o prácticas que condenan; trabajan bajo medidas sistemáticas para impedir su labor; y su protección requiere un esfuerzo conjunto de múltiples actores.

Aikaterini Koula ha identificado el criterio de riesgo, que el Folleto Informativo n° 29 no reconoce, como el elemento más importante en la defi-

¹⁴ DONDER, “Defending the Human Rights Defenders”, cit.

¹⁵ The Human Rights Defenders Summit, The Paris Declaration, 10 December 1998, <https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/2021/06/act300321998en.pdf>. En 2018 se celebró una nueva Cumbre que renovó el Plan de Acción, https://hrdworldsummit.org/wp-content/uploads/2018/12/ES_Action-Plan-3.pdf.

nición de las PDDH: “La amenaza a la seguridad, la vida y los medios de subsistencia, así como las violaciones de otros derechos humanos fundamentales, como consecuencia de la actividad de las defensoras, es el elemento que distingue a una persona defensora de los derechos humanos defensor de un individuo que simplemente apoya los derechos humanos”¹⁶. A pesar de la mención constante y la creciente preocupación por la seguridad de los PDDH en los informes de la ONU, este elemento no se tiene en consideración para distinguir entre activistas y operadores de derechos humanos y las PDDH, o entre el trabajo en favor de derechos humanos y su defensa. Según Koula, considerar a cualquier persona que apoye los derechos humanos como una PDDH –como hace en muchos casos el Folleto Informativo n° 29– genera confusión y no dirige la protección hacia donde realmente se necesita¹⁷.

En la crítica a las dificultades relacionadas con la definición de las PDDH, puede argumentarse que hay un desplazamiento desde la determinación de una categoría hacia la caracterización de un estatus. Este cambio tiene relevancia tanto teórica como práctica. Una categoría es una clase o división de personas o cosas que comparten características comunes. Sin embargo, ni el Folleto Informativo n° 29 ni las Directrices de la UE logran identificar criterios comunes en el trabajo de las PDDH, y las únicas características compartidas de las PDDH son los requisitos que imponen sus mismas definiciones.

Por el contrario, un estatus se refiere a la situación de algo o alguien en un momento particular de un proceso, o a una clasificación oficial que determina sus derechos o responsabilidades. En este sentido, surge la pregunta: ¿es posible definir las situaciones en las que se encuentran las PDDH y que desencadenarían mecanismos de prevención y protección? ¿Contribuye la Declaración a definir esa situación que calificaría como PDDH no solo a operadores y activistas de derechos humanos, sino también a personas comunes o comunidades que, en un momento dado, deben defender sus derechos fundamentales?

Cuando los derechos humanos mediante los cuales trabajan las PDDH, y que la Declaración sobre personas defensoras recoge expresamente, son restringidos o impedidos, no es posible realizar regularmente el trabajo de defensa de derechos humanos en un entorno propicio. Los derechos humanos, cualesquiera que sean, que estaban siendo promovidos o protegidos por

¹⁶ KOULA, “The UN Definition of Human Rights Defenders: Alternative Interpretative Approaches”, cit, pp. 17-18.

¹⁷ Idem, p. 18.

esa actividad quedan desamparados. Por ejemplo, cuando las personas que trabajan para garantizar el acceso a la educación para niños migrantes no pueden reunirse, expresarse, protestar o recibir fondos para sus actividades, sus derechos bajo la Declaración son violados para impedirles defender los derechos de los niños migrantes, que probablemente ya están siendo vulnerados. Por lo tanto, la restricción y/o violación de los derechos humanos consagrados en la Declaración –los derechos “instrumentales” para la defensa de los derechos humanos– puede entenderse como un primer elemento en la definición de la situación (y del estatus) de las PDDH.

3. LAS POLÍTICAS EUROPEAS DE PDDH Y DERECHOS HUMANOS

Como se ha señalado, la UE dio rápida continuidad a la Declaración ONU sobre defensores de derechos humanos. Ya en 2004 adoptó un primer documento en materia, las Directrices de la Unión Europea sobre Defensores de Derechos Humanos. Este documento establecía objetivos políticos y medidas específicas para apoyar y proteger a las PDDH en terceros países, tanto a través de las delegaciones de la UE como de las misiones de los EMUE.

En 2008, las Directrices fueron objeto de una revisión¹⁸ con base en la experiencia adquirida por las misiones de la UE en su interacción con PDDH, así como en respuesta al deterioro global de las condiciones en las que realizaban su labor. La versión de 2008, que sigue vigente, incorporó nuevas disposiciones relacionadas con la mejora de las herramientas de coordinación e implementación para la asistencia directa a PDDH; el refuerzo del papel de las PDDH en la planificación de estrategias y compromisos locales; un mayor enfoque en los medios para facilitar el trabajo de las PDDH; y el desarrollo del papel de monitoreo y protección de la UE, con un enfoque particular en riesgos y grupos específicos. Se incluye también un mandato operativo específico para colaborar con los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, incluido el Relator Especial sobre los Defensores de los Derechos Humanos. En consonancia con esto, las misiones de la UE han fomentado el uso de la Declaración como herramienta de promoción y educación por parte de las PDDH.

La versión revisada de las Directrices sigue teniendo la Declaración como principal referencia, y no interviene en la definición precedente de

¹⁸ Consejo de la Unión Europea, *EU Guidelines on Human Rights Defenders*, 2008, https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/02_hr_guidelines_defenders_en_0.pdf.

PDDH. El nuevo documento no recoge, por tanto, los elementos de la amenaza o el riesgo para determinar con mayor precisión la definición de PDDH o permitir una implementación de las Directrices que evite los problemas de la categorización propuesta, señalados en la sección anterior.

Actualmente, el seguimiento de la implementación de las Directrices está a cargo del Grupo de trabajo sobre Derechos Humanos del Consejo (COHOM). Sin embargo, la implementación de las Directrices ha sido evaluada tanto por las instituciones europeas como por la comunidad académica prácticamente desde su adopción. Ya en 2006, el Consejo hizo una primera evaluación¹⁹, con una serie de recomendaciones para el desarrollo de estrategias locales, que no obtuvieron el resultado esperado²⁰.

A pesar de la revisión de las Directrices en 2008, la preocupación expresada por la comunidad académica y las organizaciones dedicadas a la protección era que la falta de coherencia en su aplicación podía empeorar la seguridad de las PDDH²¹. Esta crítica fue recogida en la resolución del Parlamento Europeo “*On EU Policies in Favour of Human Rights Defenders*”²², que cuestionó la falta de coherencia y eficacia de las medidas de la UE para promover y apoyar a las PDDH en países terceros.

A partir de 2012, cuando la UE establece el Paquete de Derechos Humanos y Democracia, la política de PDDH se integra con la política de derechos humanos de la UE, de la se presenta como un elemento central. El Marco Estratégico sobre Derechos Humanos y Democracia, pieza principal de la política de derechos humanos, se adopta en 2012 junto con su primer

¹⁹ Véase, por ejemplo, Council Conclusions on the First Review of the Implementation of the EU Guidelines on Human Rights Defenders 10111/06, Brussels (6 June 2006), <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/06/st10/st10111.en06.pdf>.

²⁰ K. BENNETT, *Assessing the Implementation of the European Union Guidelines on Human Rights Defenders: The Cases of Kyrgyzstan, Thailand and Tunisia*, European Commission, June 2013, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/410221/EXPODROI_ET\(2013\)410221_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/410221/EXPODROI_ET(2013)410221_EN.pdf), p. 910.

²¹ FRONT LINE, *A Brief Evaluation of the Implementation of the EU Guidelines on Human Rights Defenders*, 2010, https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/droi/dv/201/201101/20110110_059hrdeval_en.pdf; K. BENNETT, N. PICHE, S. BASCON, y L. MAHONEY, *Final Report of 2009 Conference report on Security and Protection of Human Rights Defenders*, 2009, <https://repository.londonmet.ac.uk/903/1/conference-report-2009.pdf>.

²² European Parliament Resolution on EU Policies in Favour of Human Rights Defenders, 17

June 2010, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2010-0226>.

Plan de Acción (2012-2014)²³. En este primer plan, la UE destacaba el papel fundamental del compromiso efectivo con la sociedad civil en el funcionamiento de la democracia y la implementación de los derechos humanos. El plan incluía un punto específico (nº 18. *Apoyo efectivo a los defensores de los derechos humanos*), con medidas destinadas a mejorar la información y el acceso de las PDDH a los mecanismos de protección. Sin embargo, la mayoría de las medidas de protección y los fondos asignados seguían dependiendo en gran medida de las misiones individuales en terceros países²⁴.

En 2015 se puso en marcha *ProtectDefenders.eu*, un mecanismo de protección financiado por el Instrumento Europeo para la Democracia y los Derechos Humanos (EIDHR). Se trata de un mecanismo de respuesta rápida para proporcionar asistencia urgente y apoyo práctico a PDDH en peligro y a sus familias, operado por un consorcio de 12 ONG activas en el ámbito de los derechos humanos. Además, *ProtectDefenders.eu* incluye un programa de reubicación temporal para las PDDH en riesgo dentro de su país, en su región o en el extranjero en caso de una amenaza urgente. También coordina una plataforma de intercambio para actores involucrados en la reubicación temporal (*Plataforma de Reubicación Temporal de la UE*) y apoya la creación de refugios para los PDDH en peligro.

Aunque en los sucesivos planes de acción del Marco Estratégico sobre Derechos Humanos y Democracia, los grupos en situación de vulnerabilidad no han tenido un papel vertebrador de la estrategia de derechos humanos comparable al del primer plan, las PDDH siguen contando con un subgrupo específico de acciones en el segundo plan de acción (2015-2019)²⁵. Estas acciones se enmarcan en el *Objetivo nº 9 Reforzar el apoyo a los defensores de los derechos humanos, en particular en los foros internacionales y regionales*, ubicado en el primer eje (*Estimular la implicación de los agentes locales*). En el plan actual (2020-2024)²⁶, las acciones relativas a las PDDH se distribuyen en dos ejes: el

²³ Marco Estratégico de la UE sobre derechos humanos y democracia y Plan de acción de la UE para los derechos humanos y la democracia, junio de 2012, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11855-2012-INIT/es/pdf>

²⁴ BENNETT, *Assessing the Implementation of the European Union Guidelines on Human Rights Defenders*, cit.

²⁵ Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia, 2015, https://www.consilium.europa.eu/media/30003/web_en__actionplanhumanrights.pdf

²⁶ Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024, 2020, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e9112a36-6e95-11ea-b735-01aa75ed71a1.0021.02/DOC_2&format=PDF

primero (*Proteger y empoderar a las personas*) y el tercero (*Promover un sistema mundial de derechos humanos y democracia*).

No es el objeto de este trabajo examinar o valorar la política sobre PDDH en general. Independientemente de las consideraciones que se puedan hacer sobre la implementación de esta política²⁷, el aspecto que se quiere subrayar es la limitación de la política de la UE sobre PDDH a la acción exterior y a las relaciones con terceros países. Por ejemplo, el mecanismo *ProtectDefenders.eu* deja claro que, aunque su mandato es global y opera en todo el mundo, no brinda apoyo a PDDH que tengan la ciudadanía de la UE ni a organizaciones registradas en la UE.

Esta exclusión de las PDDH europeas contrasta notablemente con la labor de otras organizaciones europeas, como el Consejo de Europa²⁸, la OCSE²⁹, la Red Europea de Institutos Nacionales de Derechos Humanos (ENNHRI, por sus siglas en inglés)³⁰, y diversas instituciones nacionales de

²⁷ Véase, por ejemplo, AMNESTY INTERNATIONAL, *Defending Defenders? An Assessment of EU Action on Human Rights Defenders*, 2019, https://www.amnesty.eu/wp-content/uploads/2019/09/Defending-Defenders_-An-Assessment-of-EU-Action-on-HRDs.pdf

²⁸ El Consejo de Europa adoptó en 2008 la Declaración sobre la acción del Consejo de Europa para mejorar la protección de los defensores de los derechos humanos y promover sus actividades (disponible en <https://rm.coe.int/09000016805d3e52>). El Comisario para los derechos humanos del CoE tiene entre sus funciones la mejora de la protección y la promoción de las actividades de las PDDH, y desde 2009 hay informes de seguimiento de la implementación de la Declaración, así como documentación sobre la situación de grupos de PDDH específicos, como la Resolución 2254(2024) “Protecting women human rights defenders in Europe” o la Recomendación “Protecting the defenders: Ending repression of human rights defenders assisting refugees, asylum seekers and migrants in Europe”, 2024.

²⁹ En 2014, la OSCE publicó sus Directrices sobre la Protección de los Defensores de los derechos humanos. En 2015, la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la OCSE, junto con la Comisión de Venecia, publicó las Directrices sobre Libertad de Asociación, que se utilizan para evaluar las leyes que afectan al espacio cívico. Ambos documentos han sido utilizados por la OSCE en la evaluación de la situación de las PDDH en Europa en varios informes desde 2017. Véanse Organización para la Cooperación y la Seguridad en Europa (OCSE), Directrices sobre la protección de los defensores de los derechos humanos, 2014, <https://www.osce.org/files/f/documents/0/6/230591.pdf>; OCSE, *The Responsibility of States: Protection of Human Rights Defenders in the OSCE Region (2014-2016)*, 2017; OCSE, *The Situation of Human Rights Defenders in Selected OSCE participating States: Final Report of the First Assessment Cycle*, 2021.

³⁰ En mayo 2024, la Red Europea organizó un encuentro entre representantes de Institutos Nacionales y PDDH, véase el Informe Final disponible en <https://ennhri.org/wp-content/uploads/2024/09/Outcome-report-ENNHRI-exchange-on-human-rights-defenders-May-2024.pdf>.

promoción y protección de los derechos humanos³¹. Estas organizaciones realizan un seguimiento de situación de las PDDH en Europa y han constatado el deterioro generalizado de las condiciones en las que opera, lo que repercute negativamente en la situación de los derechos humanos en Europa.

No obstante, cabe señalar que tanto el Consejo Europeo³² como la Comisión Europea³³ han empezado a utilizar la expresión “PDDH” en referencia al espacio cívico europeo desde 2023, recogiendo también la creciente demanda de protección. Bajo la Presidencia española del Consejo en 2023, se organizó una conferencia con el objetivo de identificar posibles maneras de proteger, apoyar y facilitar un espacio cívico propicio en Europa. Es todavía pronto para evaluar si esta aceptación del término “PDDH” conducirá a la creación de mecanismos de protección adecuados o sistemas de sanción contra los EMUE que incumplan el compromiso con los valores del estado de derecho y la defensa de los derechos humanos. En los documentos tanto de la Comisión como del Consejo, las medidas propuestas se centran más en reforzar y promover los mecanismos existentes de participación de la sociedad civil que en reconocer la variedad de ataques que sufren las PDDH en Europa y en establecer mecanismos de protección acordes a esas amenazas. Algunas excepciones a esta tendencia incluyen la Directiva relativa a las

³¹ Por ejemplo, la Comisión Nacional Consultiva de derechos humanos en Francia emitió una opinión sobre PDDH en noviembre de 2023 <https://www.cncdh.fr/sites/default/files/2024-07/A%20-%202023%20-%205%20-%20EN%20-%20Opinion%20on%20Human%20Rights%20Defenders%2C%20nov%202023.pdf>.

³² Consejo de la Unión Europea, *Conclusiones del Consejo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: el papel del espacio cívico en la protección y la promoción de los derechos fundamentales en la UE*, 7388/23, 10 de marzo de 2023, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7388-2023-INIT/es/pdf>.

³³ Comisión Europea, *Informe de la Comisión Al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Tutela judicial efectiva y acceso a la justicia. Informe anual de 2023 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE*, COM/2023/786 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023DC0786>. Compárese el uso sistemático, en este informe, del término “defensores de los derechos humanos” con el informe del año anterior 2022, que utilizaba la expresión “defensores de los derechos” y que cubría (nota a pie 18): “además de las OSC, las instituciones nacionales de derechos humanos, los organismos de igualdad y las instituciones del Defensor del pueblo. No incluyen otros organismos independientes, como las autoridades de protección de datos, ni partidos políticos o sindicatos”. Comisión Europea. *Informe de la Comisión Al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Un espacio cívico próspero para la defensa de los derechos fundamentales en la UE. Informe anual de 2022 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE*, COM/2022/716 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022DC0716>

SLAPP (demandas estratégicas contra la participación pública) y otras medidas aún en desarrollo. En relación con el argumento central de este trabajo, es importante señalar que ni la Comisión ni el Consejo trasladan un interés significativo por abordar la divergencia entre las políticas internas y externas de la UE en la protección de las PDDH. De hecho, solo uno de los puntos de las Conclusiones del Consejo invita a la Comisión a garantizar la coherencia entre el enfoque interno y externo en materia.

Por el contrario, basándose precisamente en la incoherencia de un espacio político que carece de los mecanismos de protección para PDDH que sí aplica fuera de sus fronteras, una coalición informal de organizaciones de derechos humanos ha impulsado un estudio de recomendaciones para establecer mecanismos efectivos de protección de PDDH en Europa³⁴. Este estudio señala explícitamente que la UE cuenta con directrices para apoyar el trabajo de las PDDH fuera de la Unión Europea desde 2004 y con un mecanismo de protección urgente desde 2015, pero que no existe nada similar dentro de la UE. Aunque un ejercicio de mapeo de instrumentos existentes³⁵ previo al estudio de recomendaciones identificó instrumentos e iniciativas de protección en la UE, en general los sistemas de protección son fragmentados³⁶, institucionalmente débiles y en buena parte, dependen de la propia sociedad civil.

4. UNA PERSPECTIVA DECOLONIAL DE LA COHERENCIA: LAS CATEGORÍAS DE DEMARCACIÓN

4.1. La coherencia como problema de la política europea de PDDH

La falta de coherencia y consistencia³⁷ en el discurso y la política de derechos humanos de la UE ha sido señalada repetidamente como un problema

³⁴ K. MCCOURT, Realising protection for Human Rights Defenders and civil society organisations in Europe. Pathways Towards an Effective Protection Ecosystem, October 2024, https://www.amnesty.eu/wp-content/uploads/2024/10/PROTECTION-FOR-HRDS_Pathways_October2024.pdf

³⁵ K. MCCOURT, Realising protection for Human Rights Defenders and civil society organisations in Europe. Mapping Paper, October 2024, https://www.amnesty.eu/wp-content/uploads/2024/10/PROTECTION-FOR-HRDS_Mapping_October2024.pdf

³⁶ Idem., pp. 21-22.

³⁷ Los términos *coherence*, *consistency* y *cohérence* se utilizan, en gran medida, como equivalentes en las versiones en inglés y francés del *Tratado de la Unión Europea* (TUE) y del *Tratado*

tanto en la literatura académica³⁸ como en el ámbito político, especialmente por parte de ONG y del Parlamento Europeo. En 2022, se publicó un estudio encargado por el Subcomité de Derechos Humanos (DROI) para informar sobre la implementación de las Directrices de la UE³⁹. Hay que señalar que la primera de las recomendaciones del Informe sugiere una actualización de las Directrices para ampliar su alcance y aclarar quién es una persona defensora de derechos humanos, con el fin de “expresar un compromiso político claro con la protección de todos los grupos y categorías de personas defensoras de los derechos humanos que están particularmente en riesgo”⁴⁰. La definición, y la consideración del riesgo en la definición de quién es una PDDH, se ligan en este estudio a la efectiva implementación y a la consistencia en la protección que pueden ofrecer las Directrices. En la sesión del Parlamento Europeo en la que se discutió el informe sobre la implementación de las Directrices, diversas intervenciones remarcaron la cuestión de la coherencia⁴¹.

de *Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE), respectivamente. En la versión en inglés de estos tratados, se prefiere el término *consistency* en lugar de *coherence*. Con mayor frecuencia, el término inglés *consistency* se traduce como *cohérence* en la versión francesa; sin embargo, también hay ocasiones en las que *consistency* se traduce como *être conformes* o *être compatibles*. Existe cierto debate en la literatura sobre la diferencia conceptual entre *coherence* y *consistency*. Generalmente, se acepta que la *coherence* va más allá de la *consistency*, ya que esta última simplemente denota la ausencia de contradicción. No obstante, también se reconoce que estas distinciones conceptuales tienen poca relevancia tanto en el lenguaje de los tratados como en la práctica política. C. GEBHARD, “Coherence” en C. HILL y M. SMITH (ed.), *International Relations and the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 101-127 (aquí 105-106).

³⁸ T. LEWIS, *Coherence of human rights policymaking in EU institutions and other EU agencies and bodies*. FRAME Report 8.1, 2014, <https://fp7-frame.eu/wp-content/uploads/2016/08/06-Deliverable-8.1.pdf>; D. MORONDO TARAMUNDI, “The search for coherence in the EU’s human rights policy and discourse”, F. GÓMEZ ISA, C. CHURRUCA MUGURUZA, J. WOUTERS (eds.), *EU Human Rights and Democratization Policies. Achievements and Challenges*, Routledge, London and New York, 2018, pp. 72-87.

³⁹ Parlamento Europeo, *EU Guidelines on Human Rights Defenders*. European Implementation Assessment, August 2022, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/730345/EPRS_STU\(2022\)730345_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/730345/EPRS_STU(2022)730345_EN.pdf).

⁴⁰ Idem., p. III.

⁴¹ Se mencionaron casos en que la UE ha guardado silencio ante ataques a PDDH muy graves en contextos relacionados con proyectos empresariales en los que están involucradas empresas europeas, así como en conflictos que afectan a sus estrategias geopolíticas. Véase, por ejemplo, la intervención de Miguel Urbán sobre la desaparición de dos defensores ambientales mexicanos en enero 2023 y el asesinato y persecución judicial de líderes de Guapinol. Parlamento Europeo, *Verbatim report of proceedings*, 15 de marzo de 2023, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-9-2023-03-15-ITM-018_EN.html.

La necesidad de esforzarse por lograr coherencia es un requisito aceptado en la formulación de buenas políticas y está legalmente establecido en el derecho primario de la UE. Aunque la coherencia (y la consistencia) no está definida en ningún documento oficial de la UE, y las investigaciones muestran que las principales instituciones europeas involucradas en la formulación de políticas utilizan estos términos de manera diferente⁴², se considera que la incoherencia puede socavar la efectividad de las políticas de derechos humanos y perjudicar la legitimidad y credibilidad de la UE como actor global en materia de derechos humanos.

La representación de la coherencia como un problema en relación con la acción de la UE en materia de derechos humanos y de PDDH sigue de cerca la representación dominante del problema de la coherencia política en general, es decir, la “unidad de acción”. En este sentido, podemos ver desde el primer plan de acción del Marco Estratégico el desarrollo de una serie de medidas dirigidas al fortalecimiento de la coordinación institucional y de la unificación de procedimientos, que se prolongan hasta las Conclusiones del Consejo de 2023 sobre el fortalecimiento del espacio cívico. Esta representación del problema de la coherencia asume que la divergencia entre los resultados obtenidos y los esperados es consecuencia de fallos o deficiencias en el diseño o en la implementación de la política.

Sin embargo, en el ámbito de las políticas de derechos humanos hay otra representación del problema de la coherencia que ha jugado un papel menor en los Planes de Acción del Marco Estratégico, pero que tiene una importancia fundamental⁴³. En esta segunda representación del problema, la coherencia se refiere a la “unidad de principio”, y su ausencia afecta gravemente la credibilidad de la UE debido a acusaciones de dobles estándares. La coherencia como “unidad de principio” podría traducirse como compatibilidad o conformidad y requiere, tal como planteaba el segundo Plan de Acción, “aumentar la coherencia de las políticas de la UE *desde un punto de vista de derechos humanos*”⁴⁴, es decir, asegurar que las políticas europeas están alineadas con el respeto a los derechos humanos.

⁴² LEWIS, Coherence of human rights policymaking in EU institutions and other EU agencies and bodies, cit.

⁴³ MORONDO TARAMUNDI, “The search for coherence in the EU’s human rights policy and discourse”, cit.

⁴⁴ Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia, cit. (cursivas añadidas).

4.2. La división externo/interno en el problema de la coherencia

Las dicotomías suelen ser un indicador relevante para desentrañar cómo se configura un problema en el contexto de una política determinada⁴⁵. En el caso de la política europea sobre PDDH, la dicotomía más evidente es la que divide las políticas internas de la acción externa de la UE. La relevancia de esta dicotomía está reforzada por el hecho de que también se aplica a la política de derechos humanos de la UE, dentro de la cual se integra la política sobre PDDH. La división entre lo interno y lo externo permite comprender la crítica de incoherencia en el compromiso de la UE con los derechos humanos⁴⁶.

Para entender plenamente cómo opera esta dicotomía en relación con las PDDH, es necesario examinar primero su funcionamiento dentro del marco más amplio de la política de derechos humanos de la UE. En este contexto, la distinción interno/externo desempeña un papel fundamental, ya que marca la diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos. Esta “tendencia a dividir la formulación de políticas en esferas internas y externas lleva a la posibilidad indeseable de crear un sistema de dos niveles (...) que socavaría los principios de universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos”⁴⁷. Este sistema de doble estándar se sostiene en dos discursos diferenciados sobre derechos humanos. La literatura ha identificado el “alcance de la incoherencia interna-externa (...) en tres áreas principales de actividad discursiva y práctica en materia de derechos humanos”: definiciones de derechos humanos, niveles de escrutinio y aplicación⁴⁸. Es decir, aunque la UE reitera constantemente el papel fundamental de la dignidad

⁴⁵ Se sigue aquí el modelo de problematización propuesto por Carol Bacchi, “What’s the problema represented to be?” o WPR. Bacchi recomienda dirigir nuestra atención a las dicotomías: “Gran parte del debate público se basa en binarios o dicotomías (...) Invariablemente, los binarios simplifican relaciones complejas. Por lo tanto, debemos observar dónde aparecen en las políticas y cómo funcionan para moldear la comprensión del problema”. C. BACCHI, *Analysing Policy: What’s the problem represented to be?* Pearson Australia, Frenchs Forest, 2009, p. 7.

⁴⁶ Siguiendo el funcionamiento de esta dicotomía la incoherencia podría ser interna/interna (cuando las políticas de los EMUE o la UE no cumplen con sus propios estándares de derechos humanos), interna/externa (cuando los EMUE o la UE no cumplen con estándares que demandan a países terceros) o externa/externa (cuando la UE no exige los mismos estándares de derechos humanos a diferentes países terceros).

⁴⁷ LEWIS, *Coherence of human rights policymaking in EU institutions and other EU agencies and bodies*, cit., p. 81.

⁴⁸ A. WILLIAMS, *EU Human Rights Policies. A Study in Irony*. Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 79 ss.

humana y los derechos humanos, y hace referencia a los principios de universalidad e indivisibilidad⁴⁹, su acción política traza una división bastante clara. Internamente, se ha observado que la UE se refiere casi exclusivamente a los “derechos fundamentales”, cuyas fuentes principales son el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. En este ámbito, el lenguaje utilizado es el de la protección. Las referencias a los “derechos humanos” se sitúan, en cambio, en el ámbito de la acción exterior de la UE. Las fuentes de los derechos humanos son más amplias, en el derecho internacional de los derechos humanos tanto a nivel de la ONU como de los sistemas regionales. Aquí, el lenguaje preferido es el de la promoción de los derechos humanos, y cualquier expresión que implique un compromiso más fuerte de respeto (cumplir, obedecer, etc.) se refiere no a la acción de la UE ni a sus Estados miembros, sino a los terceros países involucrados en la política exterior.

Este tipo de análisis sobre la incoherencia interno/externo permite acercarse a cuestiones que generalmente quedan silenciadas cuando representamos la incoherencia como un problema de “unidad de acción”.

En primer lugar, muestra que, aunque la mayoría de las críticas a la UE por parte de organismos internacionales y ONG denuncian su falta de consistencia en relación con los derechos humanos⁵⁰, la mayor parte del análisis de las instituciones de la UE sobre la coherencia en derechos humanos desvía el foco de su propia acción. La UE plantea el problema de la incoherencia como un fallo *in vigilando*, porque no exige a sus EMUE o a todos sus socios el mismo nivel de compromiso con los derechos humanos. En cualquier caso, la narrativa dominante en la UE sugiere que las violaciones de derechos humanos son cometidas por otros, pero no por la propia acción de la UE.

En segundo lugar, en el debate de la UE sobre la coherencia apenas hay referencias al estatus normativo de los derechos humanos, es decir, al hecho de que son normas jurídicas (tanto principios como reglas). Los documentos rele-

⁴⁹ La adhesión a los principios de universalidad e indivisibilidad se ha destacado en los informes anuales del Consejo sobre derechos humanos desde 1999, y todavía se considera en gran medida un punto vulnerable que permanece abierto en la contestación a la doctrina de los derechos humanos también por parte de otras instituciones europeas. Véase, por ejemplo, Parlamento Europeo, *Report on the Annual Report on human rights and democracy in the world and the European Union's policy on the matter 2015*, of 28 November 2016, A8-0355/2016.

⁵⁰ Véanse, por ejemplo, las intervenciones del Relator Especial de la ONU sobre los derechos humanos de los migrantes o de la FRA en relación con la llamada crisis migratoria y de refugiados.

vantes de las principales instituciones de la UE discuten los derechos humanos principalmente en términos de valores⁵¹, o los denominan “consideraciones de derechos humanos” cuando se refieren a su incorporación en la política de la UE⁵². En ninguna parte de la documentación examinada se describen los derechos humanos en términos de límites o restricciones a la acción política (de la UE), a pesar de que su función como límites al poder y a la soberanía es lo que les convirtió en el mecanismo de legitimidad que conocemos hoy⁵³.

4.3. Una lectura decolonial del problema de la coherencia en el debate sobre PDDH

Una lectura crítica que problematice el debate sobre la coherencia permite sacar a la luz estos dos asuntos que vertebran la política de derechos humanos de la UE en la dicotomía política interna / acción exterior: El primero es el silenciamiento sobre el cumplimiento, por parte de la propia UE (en cualquiera de sus niveles de competencia, autoridad o agencia), de los estándares de derechos humanos. El segundo es la omisión de la naturaleza de los derechos humanos como estándares que regulan lo que puede decidirse y hacerse (lo que es compatible o conforme con dichos estándares) por parte de las instituciones de la UE y de los Estados miembros.

Ambos asuntos explican la incoherencia –la falta de conformidad– de la acción política de la UE con los derechos humanos. Ejemplos de esta incoherencia incluyen: el Paquete de Facilitación, los acuerdos comerciales que incorporan medidas para la detención de flujos migratorios, la inclusión de países con condenas por violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos en la lista de “países seguros”, la falta de control efectivo sobre las empresas europeas y su impacto en derechos humanos, entre otros.

Si se analiza de manera aislada, estas contradicciones podrían interpretarse –y han sido interpretadas– como una muestra de hipocresía. Se suele señalar que

⁵¹ Los valores, a diferencia de los principios, no tienen operador deóntico. Son deseables, quizá inspiradores, pero no obligatorios (ni permitidos ni prohibidos).

⁵² Véase, por ejemplo, en el Plan de Acción (2015-2019), “integrar consideraciones de derechos humanos en la evaluación de impacto realizada para las propuestas legislativas y no legislativas” (p.3), “integrar consideraciones de derechos humanos en todos los aspectos de la acción exterior de la UE y en los aspectos externos de las políticas internas” (p.5) y “la necesidad de que la Comisión, junto con el HR/VP, incorporen más consideraciones de derechos humanos en los aspectos externos de las políticas de la UE” (p.6).

⁵³ A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Laterza, Roma, 2005.

la UE habla de derechos humanos, pero no los aplica en su propia acción, como ha indicado el Parlamento Europeo al exigir que la UE “lidere con el ejemplo”⁵⁴. Esta última sección propone desentrañar la falta de conformidad más allá de su constatación o de la hipocresía, ya que la hipocresía es un fingimiento de cualidades o sentimientos que esconden los que *verdaderamente* se experimentan.

Entre las principales críticas al marco internacional de derechos humanos, la perspectiva decolonial juega un papel clave, particularmente en la denuncia del carácter eurocéntrico de los derechos humanos y de su teoría. Se argumenta que la raíz occidental de los derechos humanos constituye un fallo *ab origine*, que impide una verdadera universalidad⁵⁵. Elementos como el antropocentrismo, el individualismo, y el secularismo, fundamentales en la tradición europea de los derechos humanos, generan tensiones con otras cosmovisiones que aún existen en diversas zonas del mundo, especialmente en territorios que han sufrido colonización. Los marcos regulatorios de los derechos humanos, por importantes que sean y aunque hayan podido ser usados también en la lucha de liberación y por la descolonización⁵⁶, tienden a marginar o ignorar completamente las tradiciones jurídicas, las filosofías y las prácticas epistémicas de las culturas no occidentales. La literatura decolonial ha denunciado este falso universalismo y ha propuesto diversas estrategias para “descolonizar” los derechos humanos que implican dar mayor reconocimiento a esas tradiciones legales y modelos de justicia que han sido suprimidos por el aparato global de los derechos humanos. Estas propuestas incluyen, por ejemplo, reconocer las contribuciones al régimen internacional de derechos humanos de países históricamente excluidos al tiempo de la formulación de la Declaración⁵⁷, ampliar el reconocimiento de las diferentes raíces culturales en los valores y relaciones protegidas por los derechos humanos⁵⁸, o fomentar el pluralismo jurídico y normativo.

⁵⁴ Es una llamada recurrente en las intervenciones del Parlamento Europeo sobre derechos humanos: una de las últimas, la Resolución de 28 de Febrero de 2024 sobre derechos humanos y democracia en el mundo y la política de la Unión Europea en materia – informa anual 2023 (2023/2118(INI), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0106_EN.pdf.

⁵⁵ M. MUTUA, “Human Rights and Powerlessness: Pathologies of Choice and Substance”, *Buffalo Law Review*, núm. 56, 2008, pp. 1027-1034.

⁵⁶ J.M. BARRETO, “Decolonial Thinking and the Quest for Decolonising Human Rights”, *Asian Journal of Social Science*, núm 46, 2018, pp. 484-502.

⁵⁷ S. JENSEN, *The Making of International Human Rights. The 1960s, Decolonization, and the Reconstruction of Global Values*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

⁵⁸ Véase, por ejemplo, la revisión en J. DONNELLY, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, Ithaca and London, 2013 (3ª ed.), o en BARRETO, “Decolonial Thinking and the Quest for Decolonising Human Rights”, *cit.*, p. 490 y ss.

El enfoque decolonial en este trabajo, sin embargo, no se centra en el diálogo intercultural ni en el reconocimiento de múltiples raíces para los derechos humanos. La preocupación de este trabajo no es la falsa universalidad de los derechos humanos o del conocimiento europeo, sino la idea de que los derechos humanos, al igual que otros constructos culturales europeos, han servido –y siguen sirviendo– como herramientas para mantener la lógica colonial de los países europeos y de la tradición cultural europea.

Como advierte Aníbal Quijano⁵⁹, el colonialismo no consiste simplemente en la conquista de territorios, sino en la dominación de los sistemas de conocimiento, las formas del conocimiento y los sistemas de gobierno. La colonialidad del poder se refiere a las jerarquías sociales, políticas y económicas establecidas durante la dominación colonial, que siguen vigentes porque continúan estructurando las relaciones de poder.

En el ámbito de los derechos humanos, la colonialidad del poder se manifiesta no sólo a través de la imposición de un marco regulatorio que refleja exclusivamente formas del conocimiento jurídico y moral europeas, sino mediante el uso de ese marco para perpetuar jerarquías de poder entre Europa y el resto del mundo.

Y esto se refleja perfectamente en la política diferenciada sobre el eje interior/exterior de la UE tanto de derechos humanos como de PDDH. Desde una perspectiva decolonial, los dos elementos silenciados que nos muestra la problematización de la incoherencia –la resistencia de la UE a someterse a los estándares de derechos humanos, y su negativa a reconocerlos como límites efectivos a su acción política– revelan la forma en la que UE y sus Estados miembros se auto-comprenden en relación con los derechos humanos.

La auto-comprensión tiene un papel fundamental en las políticas europeas de derechos humanos y de PDDH. Se repite constantemente que los derechos humanos son valores fundacionales de la UE, que forman parte de su “ADN”⁶⁰. A las críticas sobre el eurocentrismo de los derechos humanos se ha respondido en varias maneras –buscando universalizarlos mediante otras aportaciones⁶¹, reivindicando sus raíces europeas como un mejor estándar

⁵⁹ A. QUIJANO, “Coloniality of Power and Eurocentrism in Latin America, *International Sociology*, núm. 15, vol. 2, pp. 215-232.

⁶⁰ Declaración de 10 de diciembre de 2020 del vicepresidente de la Comisión / alto representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (VP/AR), Josep Borrell, en el Consejo de Asuntos Exteriores.

⁶¹ Por ejemplo, J. DONNELLY, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, cit.

de los derechos humanos⁶², o incluso admitiendo que esas raíces europeas imposibilitan su aplicación universal⁶³. Sin embargo, en la literatura académica europea/occidental no se cuestiona que los derechos humanos sean un producto europeo. De ello, parece deducirse que los países europeos los llevan incorporados (su “ADN”). Nadie parece reparar en que –aunque la cuna de los derechos humanos pueda estar en disputa– hay pocas dudas de que los hechos que motivaron su formulación en la Declaración Universal ocurrieron en Europa y fueron protagonizados por actores europeos. Este proceso de silenciamiento y apropiación ha permitido a las instituciones europeas (UE y Estados miembros), así como a la población europea en general, desarrollar una auto-imagen impostada de su relación con los derechos humanos. Desde la perspectiva decolonial, esta auto-comprensión se ha representado a través del concepto del “salvador”⁶⁴. Europa se percibe a sí misma como la promotora y defensora de los derechos humanos a nivel global, sin reconocer su papel en la perpetuación de estructuras de poder que contradicen esos mismos principios. Esto se refleja en la acción exterior de la UE, donde se compromete a promover los derechos, pero no a usarlos como límite para sus propias decisiones políticas en ese ámbito. En otras palabras, los derechos humanos se imponen como exigencias a los países terceros, pero no como restricción a las acciones de la UE en su política exterior.

En el caso de la política de protección de PDDH, esta misma lógica explica la inversión en el discurso producido por la división política interna / acción exterior, si lo comparamos con la política de derechos humanos. Como se indicaba anteriormente, el discurso sobre derechos humanos distingue la “protección” de los derechos fundamentales dentro de la UE de la “promoción” de los derechos humanos en la acción exterior. En el área de las PDDH, sin embargo, el uso está invertido: “protección” de PDDH en la acción exterior, y “promoción” de la participación en el espacio cívico de la UE. Esta inversión del discurso está en consonancia con una construcción de la defensa de los derechos humanos, y de la existencia misma de las PDDH,

⁶² Por ejemplo, M. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, Princeton, 2001 (trad. esp., *Los derechos humanos como política e idolatría*, Paidós, Barcelona, 2003).

⁶³ Por ejemplo, C. DOUZINAS, “Six Theses on the End(s) of Human Rights”, *Finnish Yearbook of International Law*, núm. 11, 2000, pp. 201-19; J. KLABBERS, “Glorified Esperanto? Rethinking Human Rights”, *Finnish Yearbook of International Law*, núm. 13, 2002, pp. 63-77.

⁶⁴ M. MUTUA, “Savages, Victims and Saviors: The Metaphor of Human Rights”, *Harvard International Law Journal*, núm. 42, vol. 1, 2001, pp. 201-245.

como indicadores de un espacio en donde los derechos no están asegurados: en la UE los derechos humanos están “protegidos” por los Estados miembros y las instituciones europeas y, por tanto, no necesitan ser defendidos; en los países terceros, el enfoque se invierte, la UE promueve los derechos humanos, generalmente no garantizados por los países terceros, y por ello, es necesario proteger a las PDDH.

La política europea de protección de PDDH refleja, por tanto, la incoherencia que produce la lógica colonial en varios planos. En primer lugar, las diferencias en la protección que se da a diversos casos de PDDH, denunciadas por organizaciones y en el Parlamento Europeo. Las PDDH no encuentran protección cuando su acción no encaja en la política exterior de la UE, porque se enfrentan a sus intereses económicos o geopolíticos, o porque son grupos o activistas sin suficiente peso diplomático o político. En segundo lugar, la resistencia a categorizar como PDDH a quienes, en la UE, realizan trabajo de defensa de los derechos humanos y sufren por ello riesgos y violaciones de sus derechos fundamentales, y la exclusión de estos casos de los mecanismos de protección. En ambos casos, la definición de las PDDH basada en una categorización no susceptible de determinación precisa resulta conveniente para el uso (neo)colonial de estas políticas. Una definición de las PDDH basada en el riesgo o la violación de derechos fundamentales, muestra –dentro de la diversa gravedad o extensión de los ataques a las PDDH en el mundo– el continuum del riesgo, el deterioro de la situación en Europa, y la necesidad de protección. Muestra, además, que los derechos humanos no están “incorporados” por default en el ADN europeo, y deben ser defendidos porque los gobiernos y las instituciones de la UE los restringen y los violan. Finalmente, muestra que si la universalidad de los derechos puede tener algún significado es que quien sostiene ese principio está obligado, en su propia acción, a reconocer esos derechos universalmente y no en manera selectiva según otros intereses.

5. CONCLUSION

Este trabajo problematiza la política de la UE en materia de protección de PDDH. Mimetizada en una discusión sobre la indeterminación de la definición de la categoría PDDH, la UE ha desarrollado un enfoque que, de manera implícita, asume la inexistencia de PDDH dentro de sus propios Estados miembros, empleando esta categoría exclusivamente en relación con

terceros países. Desde una perspectiva crítica y con un enfoque decolonial, este trabajo sostiene que el uso de la categoría PDDH en el discurso europeo refuerza una dicotomía interno / externo, que ha sido ya denunciada como problemática en la política de derechos humanos de la UE. En este marco, los “derechos humanos” se asignan a la política exterior como una exigencia que impone valores y estándares que tienen que cumplir (algunos) terceros países, mientras que los “derechos fundamentales” quedan reservados para su aplicación dentro de las fronteras UE.

Si bien este análisis no busca minimizar la magnitud ni la gravedad de la violencia que sufren las PDDH en diversas regiones del mundo, se examina la resistencia de la UE a aplicar esta categoría al activismo dentro de su propio territorio, a pesar del deterioro progresivo del espacio cívico europeo. Este posicionamiento traza líneas ideológicas de matriz colonial: aunque las PDDH en Europa no sufren el mismo nivel de violencia que en otras regiones, sí enfrentan un incremento en el acoso, las amenazas, las campañas de difamación, la criminalización y los obstáculos legales y administrativos para realizar su labor. La solidaridad, que es un valor fundamental de los derechos humanos, se ve progresivamente restringida, desalentada y reprimida en la UE.

En este contexto, si la expresión “personas defensoras de derechos humanos” no logra captar los riesgos y agresiones que afectan a quienes defienden los derechos humanos en el espacio europeo, y su definición no es la de un estatus que da acceso a la protección, su uso puede seguir siendo el de una herramienta de demarcación que refuerza la dicotomía interno / externo. La categoría PDDH puede seguir operando así bajo una lógica de dominación que contribuye a la supresión de la responsabilidad de los Estados europeos en la violación de los derechos humanos.

DOLORES MORONDO TARAMUNDI
Facultad de Ciencias Sociales y Humanas
Universidad de Deusto
Avenida de las Universidades 24
E-48007 Bilbao
e-mail: dolores.morondo@deusto.es

LA EDAD SENIL DESDE UNA PERSPECTIVA CRÍTICA: EN BUSCA DE UNA TEORÍA*

OLD AGE FROM A CRITICAL PERSPECTIVE: IN SEARCH OF A THEORY

MARIA GIULIA BERNARDINI

Università degli Studi di Ferrara

<https://orcid.org/0000-0003-1354-3613>

Falta fecha de recepción: 2-2-25

Fecha de aceptación: 6-3-25

Resumen: *El ensayo emplea el marco conceptual de las teorías críticas del Derecho para sacar a la luz algunas cuestiones de especial relevancia en relación con el reconocimiento jurídico igualitario de las personas mayores y sus derechos (es decir, la vulnerabilidad, la institucionalización, el edadismo como forma específica de opresión), argumentando a favor de la necesidad de desarrollar una verdadera teoría crítica del Derecho en relación con la edad senil.*

Abstract: *The essay employs the conceptual framework of critical legal theories to highlight several key issues related to the equal legal recognition of older individuals and their rights (e.g., vulnerability, institutionalization, and ageism as a specific form of oppression), arguing for the necessity of developing a genuine critical theory of law concerning old age.*

* Este trabajo ha recibido el apoyo financiero del Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia (PNRR), Misión 4, Componente 2, Inversión 1.1, Convocatoria de licitación No. 1409 publicada el 14.9.2022 por el Ministerio de Universidades e Investigación de Italia (MUR), financiado por la Unión Europea - NextGenerationEU - Título del proyecto *The right to independent living as a new frontier of justice: older people, urban spaces and the law* - P20228MERB - CUP F53D23011960001.- Decreto de Asignación de Subvención No. 1375 adoptado el 01/09/2023 por el Ministerio de Universidades e Investigación de Italia (MUR). Igualmente, se ha elaborado en el marco del proyecto de I+D+i “*Derechos humanos y desinstitucionalización: apoyos, cuidados y acogimientos inclusivos*, (PID2023-149113NB-I00), financiado por MICIU AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER/UE.

Palabras clave: vejez, personas mayores, teorías críticas del Derecho, vulnerabilidad, institucionalización, nuevo edadismo
Keywords: Old age, elderly, critical theories of Law, vulnerability, institutionalisation, new ageism

“[El envejecimiento] no es destino, es política,
 es decir, una función compartida, dialéctica, plural, democrática,
 de orientación del derecho [...] hacia un diseño de sociedad, que [...] sea lo más justa posible”

(M. Campedelli, *Invecchiamento tra capacità e diseguaglianze*, 2011, nuestra traducción)

1. INTRODUCCIÓN

El envejecimiento de la población constituye uno de los fenómenos más relevantes de la edad contemporánea; se debe a la interacción entre numerosas variables, entre las que figuran, en primer lugar, la mejora de las condiciones de vida y de las condiciones higiénico-sanitarias, así como la reducción gradual de la fecundidad y de la tasa de natalidad. Este fenómeno, que afecta a la mayoría de los países del mundo, puede decirse que ha adquirido ya una importancia mundial: según las previsiones de las Naciones Unidas, en las próximas tres décadas se espera incluso que se duplique el número de personas mayores de 65 años, la edad que convencionalmente sigue marcando la entrada en la tercera edad¹.

Precisamente por su magnitud y su avance aparentemente imparable, este proceso se considera un *desafío* ineludible²: las sociedades contemporáneas parecen incluso abrumadas por lo que parece un verdadero “tsuna-

¹ UNITED NATIONS (ONU), *World Social Report 2023: Leaving No One behind in an Ageing World*, 2023.

² EUROSTAT, *Ageing Europe. Looking at the Lives of Older People in the EU*, Publications Office of the European Union, 2020. Ya en 2002, la Organización Mundial de la Salud sostenía que el envejecimiento de la población era uno de los mayores triunfos de la humanidad y, al mismo tiempo, uno de los mayores desafíos. Véase WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO), *Active Ageing: A Policy Framework*, 2002, p. 6.

mi plateado”³, que las enfrenta a una nueva y perturbadora realidad. Para afrontarla de manera adecuada es necesario, como paso previo, comprender su complejidad. No es una tarea sencilla, por supuesto, pero resulta más bien algo alarmante, como parece revelar la tendencia –que se remonta al menos a principios del siglo XXI– a referirse al proceso en curso recurriendo a la semántica de los desastres naturales: el envejecimiento no es solo un tsunami, sino un auténtico terremoto, es decir, un “agequake”⁴.

Con toda probabilidad, esta elección se debe no solo a las dificultades encontradas en la *gestión* de las múltiples cuestiones que giran en torno al envejecimiento⁵, sino también al hecho de que éste pone a las sociedades contemporáneas ante la necesidad de cuestionar críticamente la adecuación de las categorías conceptuales actualmente en uso, que constituyen el entramado para comprender tanto la vejez como la propia realidad. La atención al envejecimiento implica, de hecho, una inevitable *aparición* arendtiana de *nuevos* sujetos –las personas mayores–, que hasta entonces estaban al margen del discurso y de la esfera pública⁶.

Entre los efectos más relevantes de esta aparición destaca, sin duda, la crisis de los marcos habituales de inteligibilidad que nos permiten reconocer lo humano, lo que puede llevar a un no reconocimiento de quienes no encajan en los cánones, creando además un terreno fértil para la violación de sus derechos⁷. Esto es precisamente lo que está sucediendo con las personas mayores, para quienes, al menos a partir de la edad moderna, se han aplicado

³ N. A. KOHN, “Framework for Theoretical Inquiry into Law and Aging”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol.1, núm. 21, 2020, pp. 187-205, p. 188.

⁴ Este es el título de la nota n° 108 de 21 de marzo de 2002, del entonces Secretario de las Naciones Unidas Kofi Annan.

⁵ Desde la esfera sociocultural a la económica, hasta llegar al ámbito de las políticas públicas y del derecho, parece difícil identificar un sector en el que este fenómeno no produzca efectos relevantes, en gran parte aún por investigar.

⁶ La expresión remite claramente a B. HOOKS, *Feminist Theory: From Margins to Centre*, South End Press, Boston (MA), 1984. La adopción del punto de vista de los sujetos excluidos, discriminados y oprimidos caracteriza, notoriamente, las teorías críticas del Derecho, a cuyo respecto cabe remitirse a M. G. BERNARDINI, O. GIOLO (eds.), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini, Pisa, 2017.

⁷ En el espacio entre la realidad de unas vidas y la irrealidad de otras, se plantea la cuestión del reconocimiento, según condiciones que preexisten con respecto al sujeto y que constituyen, precisamente, los marcos de inteligibilidad. En efecto, la posibilidad de reconocimiento depende principalmente de formaciones retóricas y construcciones culturales que deciden los términos de la inclusión en lo humano y los de su exclusión. La crítica *radical* apunta precisamente a comprender cuáles son las condiciones de este reconocimiento.

durante mucho tiempo marcos operativos centrados en una concepción de la vejez que giraba exclusivamente en torno al declive psicofísico y la desvinculación de la vida activa, asumidos como naturales e inevitables, y que, por tanto, legitimaban el confinamiento de tales individuos y su expulsión del orden social⁸.

Aunque en cierta medida siguen estando muy extendidos, especialmente en relación con las personas mayores consideradas no autosuficientes, se puede afirmar que hoy en día estos marcos se han debilitado bastante, gracias en parte a la afirmación de nuevos paradigmas del envejecimiento⁹, que han contribuido a construir imágenes nuevas y positivas de una subjetividad anciana activa y saludable, que se sitúa por tanto al lado de la no autosuficiente¹⁰.

Este proceso también está teniendo efectos significativos en el ámbito jurídico, donde el tema del envejecimiento está adquiriendo una importancia cada vez mayor, en particular en lo que respecta al perfil de reconocimiento de las personas mayores y sus derechos. En el plano normativo, el presente parece ser incluso el *tiempo de los derechos* de las personas mayores, hasta el punto de que recientemente ha vuelto a surgir el debate sobre la elaboración de una convención internacional que, siguiendo la senda de la multiplicación

Véase J. BUTLER, "Can One Lead a Good Life in a Bad Life?: Adorno Prize Lecture", *Radical Philosophy*, núm. 176, 2012, pp. 9-18.

⁸ En el ámbito de la gerontología de los años sesenta, esta concepción se englobó en la teoría de la desvinculación (sobre la "*disengagement theory*", véase E. CUMMING, y W. HENRY, *Growing Old: The Process of Disengagement*, Basic Books, New York, 1961). También cabe precisar que, incluso en el pasado, las imágenes de la vejez en la cultura occidental eran muy heterogéneas, de modo que las personas mayores no siempre se encontraban en una posición de desventaja; a este respecto, basta pensar en la *auctoritas* de los sabios en la antigua Roma. Para más información, véase G. PINNA, y H. G. POTT (eds.), *Senilità. Immagini della vecchiaia nella cultura occidentale*, Edizioni Dell'Orso, Alessandria, 2011.

⁹ Tanto el *successful* como el *active aging* se plantearon como alternativa a la concepción médica que considera la vejez como una condición de dependencia y pasividad, a la que se contraponen el proceso de *well aging*. Los conceptos desarrollados para describir este último son variados y no coinciden perfectamente entre sí; entre ellos, además del *successful* y del *active aging*, figuran el *healthy aging*, el *positive aging*, el *productive aging* y el *competent aging*. Véase L. FOSTER, y A. WALKER, "Active and Successful Aging: A European Policy Perspective", *The Gerontologist*, vol. 1, núm. 55, 2015, pp. 83-90.

¹⁰ Sobre los modelos de envejecimiento, véase A. SERPE, "Active Ageing tra scienza e diritto. Trionfo o sfida?", en D. VELO DALBRENTA (ed.), *Invecchiamento della popolazione e passaggi generazionali. I: Questioni critiche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, pp. 179-211.

por especificación que caracteriza la *edad contemporánea de los derechos*¹¹, reconoce expresamente a estos sujetos como titulares de derechos humanos.

En el frente doctrinal también se percibe un cierto interés, aunque sectorial. Desde principios del siglo XXI, ha destacado en particular el denominado *Elder Law*, un enfoque aplicado a las materias consideradas de mayor relevancia jurídica para las personas mayores, donde cobra especial importancia la tensión permanente entre la protección y la autonomía del individuo¹². Este enfoque, que en el contexto europeo se conoce principalmente como *Law and Ageing*¹³, sigue buscando un fundamento teórico autónomo, por lo que en su interior se observan con interés las teorías críticas existentes para identificar los estereotipos cristalizados en las instituciones jurídicas y en la cultura jurídica y evaluar los reflejos que producen en las prácticas de los profesionales del derecho¹⁴.

Al dialogar con esta perspectiva, la presente contribución hace uso del aparato conceptual de las teorías críticas del Derecho, entendidas como perspectivas teórico-normativas que asumen el punto de vista de los sujetos “no paradigmáticos”¹⁵ –es decir, aquellos que se encuentran *al margen* de la socie-

¹¹ No puede faltar la referencia a N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, G. PECES-BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, 1995, pp. 180 ss. El debate sobre la adopción de una Convención internacional, posterior a la aprobación de la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, sufrió un largo retroceso, volviendo a ser relevante tras la pandemia. Hasta la fecha, el último hito lo constituye la Resolución aprobada por la Asamblea General el 13 de agosto de 2024, Examen de la decisión 14/1 del Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre el Envejecimiento, titulada “Recomendaciones relativas a la determinación de posibles deficiencias en la protección de los derechos humanos de las personas de edad y la mejor forma de subsanarlas”, en la que se solicita a la Presidencia de la Asamblea General para definir las próximas medidas sobre los retos y las oportunidades en relación con los derechos y el bienestar de las personas mayores.

¹² Este enfoque está muy extendido en Estados Unidos y Australia. Véase N. A. KOHN, “A Framework for Theoretical Inquiry into Law and Aging”, *Theoretical Inquiries in Law*, núm. 21, 2020, pp. 187-205; I. DORON, “25 Years of Elder Law: An Integrative and Historical Account of the Field of Law and Aging”, *Theoretical Inquiries in Law*, núm. 21, 2020, pp. 1-24.

¹³ A. NUMHAUSER-HENNING, “Elder Law and Its Subject: The Contextualised Ageing Individual”, *Ageing & Society*, núm. 41, 2021, p. 517.

¹⁴ Entre los primeros intentos en este sentido, véase I. DORON (ed.), *Theories on Law and Ageing. The Jurisprudence of Elder Law*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2009; I. DORON (ed.), *Ageing, Ageism and the Law*, Elgar, Cheltenham, 2018; M. I. HALL, “‘Old Age’ (Or Do We Need a Critical Theory of Law and Aging?)”, *Windsor Review of Legal and Social Issues*, núm. 1, 2014, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2488316>.

¹⁵ Con respecto al uso de la expresión “teorías críticas del Derecho” y a los elementos que las caracterizan, cabe remitirse en particular a M. G. BERNARDINI, “Introduzione. Le

dad y de la esfera jurídica y, como tales, son excluidos, discriminados, oprimidos- para revelar cómo el Derecho participa en las dinámicas de poder entre los sujetos dominantes y los dominados, pudiendo así contribuir a la *opresión* de estos últimos o, por el contrario, a su *liberación*. En particular, las siguientes reflexiones tienen como objetivo sacar a la luz algunas cuestiones de especial relevancia en relación con el reconocimiento jurídico igualitario de las personas mayores y sus derechos (es decir, la vulnerabilidad, la institucionalización, el edadismo como forma específica de opresión), planteándose la conveniencia de elaborar una verdadera teoría crítica del derecho relacionada con la edad senil.

2. PERSONAS MAYORES Y (CRÍTICAS AL) DERECHO

Antes incluso que la vejez, es la edad la que constituye un objeto complejo para el Derecho, ya que elude la posibilidad de ser definida a través de sus rígidas mallas definitorias y revela la inadecuación de las categorías dogmáticas sobre las que aún se erige. Lejos de ser una característica fija e identificable de la persona, es un entramado complejo y multidimensional, en el que interactúan aspectos biológicos, biográficos y sociales¹⁶. Como tal, conserva un rasgo de fluidez que parece ineludible, y que el derecho justamente tiene dificultades para gestionar, ya que tiende a funcionar de acuerdo con una lógica binaria¹⁷.

A diferencia de lo que sucede con las demás categorías de discriminación, hasta ahora en el caso de la edad ha sido difícil identificar a un grupo de individuos que pudiera considerarse históricamente desfavorecido, por lo que se ha generalizado la tendencia a referirse a edades específicas de la

teorie critiche del diritto: soggettività in mutamento”, en M. G. BERNARDINI, y O. GIOLO (ed.), *Le teorie critiche del diritto*, cit. pp. 13-34; O. GIOLO, “Conclusioni. Le teorie critiche del diritto: un tentativo di sistematizzazione”, cit., pp. 355-378.

¹⁶ Peter Laslett identificó cinco dimensiones de la edad –cronológica, biológica, social, personal, subjetiva– que, a través de su interacción, permiten a los individuos vivir su vida de diferentes maneras: P. LASLETT, *A Fresh Map of Life: The Emergence of the Third Age*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1989.

¹⁷ Este último aspecto engloba la edad con otros factores que tradicionalmente han sido objeto de discriminación, como la discapacidad o el género, que no es de extrañar que sigan suponiendo retos importantes para la resistencia de muchas instituciones jurídicas. No en vano, la edad, la discapacidad y el género (en su acepción no esencialista) son tres conceptos relacionales y dinámicos, sin límites precisos y a cuya definición contribuye de manera activa e ineludible el contexto sociocultural.

vida que se ven afectadas por formas peculiares de discriminación y/o que requieren una protección cualificada. Entre ellas se incluye la edad senil: en casi todos los sistemas jurídicos existen normas relativas a la protección en materia de seguridad social, a la asistencia social y sanitaria o, en cualquier caso, a las personas en situación de vulnerabilidad, entre las que, por regla general, se menciona explícitamente a las personas mayores¹⁸.

Es precisamente la posibilidad de identificar con relativa precisión algunos ámbitos (pero no otros) en los que se reconocen expresamente los derechos de las personas mayores lo que revela cómo, hasta ahora, en el plano conceptual, se ha procedido a *construir* un grupo social específico, con un número limitado de derechos, en su mayoría ejercitables dentro de espacios concretos, generalmente privados (la vivienda, el centro de salud o residencial). Estos derechos, que se refieren a una sociabilidad residual que puede reconstruirse a través de prácticas de socialización fuera del trabajo o relacionadas con la esfera social y sanitaria¹⁹, suelen presuponer una imagen precisa de la persona mayor: improductiva, frágil, necesitada de cuidados y asistencia²⁰.

Durante mucho tiempo, las teorías críticas del Derecho han centrado su atención precisamente en ese sujeto vulnerable y dependiente, no solo para sacar a la luz cuestiones de justicia antes ignoradas, sino también para reformular los conceptos²¹. En relación con el sujeto de derecho, por ejemplo, a la deconstrucción de la imagen *tradicional* del sujeto liberal, resultado de la elección iuspositivista de definir en el plano metodológico

¹⁸ Para un análisis comparativo, véase C. CASCIONE, *Il lato grigio del diritto*, Giappichelli, Torino, 2022.

¹⁹ V. FERRARI, "Prefazione", en D. VELO DALBRENTA, *Invecchiamento della popolazione e passaggi generazionali. I: Questioni critiche*, cit., pp. 7-13.

²⁰ Hoy en día, esta imagen, que suele atribuirse a un enfoque "médico" de la edad senil, se ve acompañada por otras, que adoptan una perspectiva compleja de la persona mayor y el envejecimiento. Estas imágenes "alternativas" están presentes, por ejemplo, en los numerosos actos de *soft law* de las Naciones Unidas que promueven el envejecimiento activo y/o saludable, en la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* de 2015, así como en la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* y en algunas constituciones nacionales (como la portuguesa de 1976 y la española de 1978).

²¹ Entre las cuestiones abordadas en el ámbito de las teorías críticas del Derecho, y en particular en la teoría (ius)feminista, destaca la denuncia del carácter político de la distinción entre las esferas pública y privada, cuya contraposición se ha utilizado para excluir las cuestiones pertenecientes a la segunda esfera –en la que tradicionalmente también se incluye la vulnerabilidad– del ámbito de la justicia.

“los posibles detalles de un sujeto imposible”²² –a partir de su ser “hiperbólicamente autónomo”²³– siguió un intento de reformulación en términos plurales e inclusivos, recurriendo a la noción de vulnerabilidad, captada en sus diversas articulaciones existenciales. Por esta razón, se puede considerar que la revelación de los supuestos implícitos en los que se basa el sujeto liberal de derecho y su reformulación, inaugurada por la teoría iusfeminista y continuada por otras teorías críticas del Derecho, ve en la referencia a la edad senil la etapa más reciente de un recorrido articulado, aún en evolución²⁴.

Al igual que ocurre con otros grupos de sujetos excluidos, discriminados y oprimidos –comenzando por las personas con discapacidad, a las que a menudo se compara con las personas mayores en lo que se refiere al tratamiento jurídico²⁵–, en el caso de las personas mayores también se plantea el problema de la falta de correspondencia con el denominado *sujeto paradigmático* (el liberal), debido a la presunta carencia de ciertas características consideradas imprescindibles, como la autonomía, la capacidad y la productividad. Dado que la capacidad constituye una declinación importante del concepto teórico de autonomía en el plano jurídico, en lo sucesivo nos centraremos únicamente en la capacidad y la productividad, con el fin de evaluar si las reflexiones sobre este punto realizadas en el marco de las teorías críticas del Derecho son capaces de promover el reconocimiento igualitario de las personas mayores y sus derechos, y en qué términos.

²² S. AMATO, *Il soggetto e il soggetto di diritto*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 116.

²³ Para esta expresión, M. I. HALL, “‘Old Age’ (Or Do We Need a Critical Theory of Law and Aging?)”, cit., p. 8. Sobre la conceptualización del sujeto de derecho, F. BILOTTA, y F. RIMONDI (eds.), *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, Jovene, Napoli, 2020.

²⁴ Entre las “nuevas fronteras”, piénsese por ejemplo en la otra categoría evocada por la referencia a la edad, es decir, la juventud (por el contrario, es bien sabido que las personas de menor edad fueron de las primeras en ser reconocidas por la ley) o, en clave antiespecista, la cuestión animal.

²⁵ Como prueba de este vínculo, piénsese en la legislación internacional sobre derechos humanos, en la que –dada la actual ausencia de una Convención de la ONU sobre los derechos de las personas mayores–, se consideran que les son aplicables las normas de la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (CDPD). También existen derechos específicamente reconocidos a los miembros de ambos grupos, como el derecho a la vida independiente, reivindicado por las personas con discapacidad desde finales de los años sesenta y recogido en diversas fuentes multinivel (a partir del art. 19 de la CDPD) para las personas con discapacidad, así como en el art. 25 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* para las personas mayores.

2.1. Vulnerables y capaces: una perspectiva crítica

Además del Derecho positivo y las teorías *clásicas* del Derecho²⁶, por norma general, las personas mayores también se consideran entre los sujetos *paradigmáticamente vulnerables* dentro de la perspectiva crítica del Derecho²⁷; por esta razón, la “nueva semántica”²⁸ de la vulnerabilidad elaborada en su seno también afecta de cerca a las personas mayores.

Una de las cuestiones más relevantes se refiere a la relación entre la vulnerabilidad, por un lado, y la autonomía y la capacidad, por otro. De hecho, es bien sabido cómo el enfoque *clásico* de la vulnerabilidad –generalizado en el derecho y, a veces, aceptado también en el ámbito de las teorías críticas– ha llevado a considerar esta última incompatible con el concepto teórico de autonomía y, por lo tanto, también con la noción jurídica de capacidad, hasta el punto de que, por regla general, la calificación de los sujetos como *vulnerables* ha justificado, e incluso exigido, la provisión de medidas de protección dirigidas a limitar la capacidad del individuo (vulnerable), o a veces incluso a excluirla.

Sin embargo, la convergencia entre la vía de la resemantización de la vulnerabilidad y la de la reformulación de la autonomía en sentido relacional²⁹ ha llevado a replantear esta relación, abriendo la posibilidad de que la vulnerabilidad (en su acepción ontológica) sea compatible con la autonomía

²⁶ Sobre la distinción entre “teorías clásicas” y “teorías críticas” del Derecho, véase O. GIOLO, “Conclusioni. Le teorie critiche del diritto: un tentativo di sistematizzazione”, cit.

²⁷ M. A. FINEMAN, “‘Elderly’ as Vulnerable: Rethinking the Nature of Individual and Societal Responsibility”, *The Elder Law Journal*, vol. 1, núm. 20, 2012, pp. 101-142; M. I. DABOVE, “Autonomía y vulnerabilidad en la vejez: Respuestas judiciales emblemáticas”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 34, 2018, pp. 53-85. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n34.03>; S. RIBOTTA, “Personas mayores, autonomía y vulnerabilidades”, *Teoría & Derecho*, núm. 33, 2022, pp. 38-63, <https://doi.org/10.36151/TD.2022.050>. Como parte de un análisis más amplio sobre la relación entre vulnerabilidad y percepción, el tema también es abordado por G. ZANETTI, *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Carocci, Roma, 2019.

²⁸ O. GIOLO, y B. PASTORE, “Premessa”, en Id. (eds.), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018, pp. 11-12, p. 11.

²⁹ Dentro de la extensa literatura sobre el punto, véase C. MACKENZE, y N. STOLJAR (eds.), *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, Oxford University Press, New York, 2000. Fuera de la perspectiva feminista, L. ANDERSON, y J. CHRISTMAN (eds.), *Autonomy and the Challenges of Liberalism. New Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005. Por último, para una visión general, véase M. OSHANA, “Relational Autonomy”, *International Encyclopedia of Ethics*, 2020 <https://doi.org/10.1002/9781444367072.wbiee921>

y la capacidad³⁰. Uno de los resultados más interesantes del “*vulnerability turn*”³¹ se refiere precisamente a su contribución al proceso de deconstrucción del binario entre capacidad e incapacidad y a la consiguiente reformulación de la noción de capacidad en clave inclusiva o universal.

Esta reformulación tuvo lugar principalmente en el marco de los *Disability Legal Studies*, impulsados también en este sentido por la entrada en vigor del art. 12 de la CDPD, que es la base de las reformas en materia de capacidad jurídica que están afectando a multitud de sistemas jurídicos de todo el mundo³². En esta perspectiva, la capacidad jurídica universal se concibe como una noción gradual, donde la presencia de relaciones de apoyo es una condición indispensable para la autodeterminación.

Precisamente la gradualidad y el apoyo hacen de la capacidad jurídica universal un concepto *radicalmente crítico*, al menos por dos motivos. En primer lugar, en el plano jurídico, la aceptación de tal perspectiva lleva a la superación de la distinción binaria entre capacidad e incapacidad, que hasta ahora ha caracterizado esencialmente al derecho como si se tratara de una alternativa ineludible lleno/vacío. En segundo lugar, en el plano teórico, la perspectiva en la que se enmarca la capacidad jurídica universal remite necesariamente a una concepción relacional –y no individualista– de la autonomía y del sujeto titular de los derechos³³: si las relaciones de apoyo son esenciales para la autodeterminación y para el ejercicio de la propia autonomía, el sujeto *universalmente capaz* no puede ser el sujeto *clásico* del derecho liberal, sino que es necesariamente *vulnerable*³⁴.

³⁰ E. CELIK, “The Role of CRPD in Rethinking the Subject of Human Rights”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 7, núm. 21, 2017, pp. 933-955.

³¹ L. BURGOURGUE-LARSEN, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Pedone, Paris, 2014.

³² M. DONNELLY et al. (eds.), *Supporting Legal Capacity in Socio-Legal Contexts*, Hart Publishing, Oxford, 2022; M. BACH, N. ESPEJO YAKSIC (eds.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2022.

³³ Según la concepción individualista del sujeto titular de los derechos, las relaciones interpersonales son ante todo un factor de riesgo para la autonomía individual, la capacidad es una propiedad individual y los conceptos jurídicos se elaboran en relación con el individuo no relacionado. Sobre la concepción relacional, véase J. NEDELSKY, *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford University Press, New York, 2011. Fuera de la perspectiva feminista, véase A. SOMEK, *The Legal Relation: Legal Theory after Legal Positivism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017; J. HERRING, *Law and the Relational Self*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

³⁴ Cabe remitirse a M. G. BERNARDINI, *La capacità vulnerabile*, Jovene, Napoli, 2021.

Este cambio de perspectiva también es especialmente relevante en el caso de las personas mayores (sobre todo cuando se las considera no autosuficientes), cuya capacidad para autodeterminarse conscientemente y actuar en consecuencia suele cuestionarse precisamente por su vulnerabilidad, con el efecto de desencadenar mecanismos de protección que limitan su capacidad de actuación. Por lo tanto, incluso en relación con estos individuos, la noción de capacidad jurídica universal, que exige presuponer la capacidad del sujeto, justificar la imposición de límites a su ejercicio y garantizar formas adecuadas de apoyo, parece desempeñar un papel útil: puede ser un valioso baluarte contra los procesos de incapacitación basados en los estereotipos sobre la edad senil que emanan de un enfoque “médico” de la vejez.

De hecho, la construcción sociocultural de la edad senil influye de manera decisiva en la percepción de la persona mayor como sujeto moral: especialmente en los casos de deterioro cognitivo significativo, sigue existiendo una tendencia generalizada a considerar al individuo como inevitablemente vulnerable y, *en consecuencia*, incapaz. Por el contrario, suponiendo que vulnerabilidad, capacidad y apoyo sean compatibles, la capacidad jurídica universal promueve el reconocimiento de las personas mayores como sujetos capaces de tomar sus propias decisiones y actuar en consecuencia, brindándoles una mayor protección en lo que respecta al ejercicio de sus derechos.

2.2. Capacidad de producción y sujetos que *importan*

Desde la teorización de los derechos³⁵, el trabajo –y, por tanto, la productividad– ha constituido un elemento esencial para la calificación del sujeto de derecho y la distinción entre este último y quienes, al carecer de este requisito, han sido considerados dependientes (o, según la tendencia contemporánea, vulnerables)³⁶. Entre estos últimos también se encuentran las personas mayores, que, a pesar de la heterogeneidad de las formas en que puede producirse el envejecimiento –y que también puede dar lugar a la conocida distinción entre personas mayores activas y no autosuficientes, de crucial importancia para el derecho, ya que la adscripción a una u otra cohorte pue-

³⁵ A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, il Mulino, Bologna, 2013.

³⁶ N. FRASER, y L. GORDON, *A Genealogy of Dependency: Tracing a Keyword of the U.S. Welfare State*, en E. KITTAY, E. FEDER (eds.), *The Subject of Care. Feminist Perspectives on Dependency*, Rowman & Littlefield, New York, 2002, pp. 14-39.

de suponer un tratamiento jurídico diferente–, se ven unidas por el hecho de no desempeñar actualmente ninguna actividad laboral³⁷.

Con la llegada del *Welfare State*, la capacidad de trabajo se ha convertido incluso en un instrumento de auténtica *gestión* de las personas vulnerables o, al menos, de algunas de ellas. El tema constituye el punto central de los *Disability Studies* materialistas ingleses, en los que se constata que el concepto de discapacidad se creó durante el siglo XIX para cubrir las necesidades específicas del entonces incipiente *Welfare State*. En aquel momento, era necesario disponer de un término general –hasta entonces inexistente– que permitiera tener en cuenta a quienes, debido a una supuesta incapacidad, se consideraba que no podían emplearse competitivamente en el mercado laboral, y a los cuales, por tanto, era necesario conceder subvenciones públicas³⁸. La noción de discapacidad cumplió su objetivo: constituía una categoría administrativa que permitía gestionar los conflictos relacionados con los criterios de distribución e identificar a los beneficiarios adecuados de las prestaciones sociales en un Estado del bienestar en el que, precisamente, el trabajo (y, en concreto, el trabajo dentro de la industria) era el eje de todo el sistema.

En la perspectiva crítica aquí evocada, la discapacidad, entendida como una construcción totalmente social, se convierte incluso en uno de los productos de la industria capitalista³⁹, donde la institucionalización asume un papel fundamental. De hecho, se considera el emblema de la acción combinada de los aparatos ideológicos y represivos con los que las sociedades capitalistas abordan el problema del control social, ya que constituye tanto una advertencia visible a la conformidad como un instrumento de represión

³⁷ En este sentido, sin embargo, hay que reconocer que la aparición de paradigmas de la vejez alternativos al paradigma médico está conduciendo a una reevaluación de la aportación laboral de las personas mayores. Esto es lo que sucede especialmente en el ámbito del *welfare* informal, y en particular en relación con el *care* en el contexto familiar, en lo que también puede interpretarse como una forma de *alianza* entre las diferentes generaciones (es decir, entre padres e hijos), en la que los mayores son *caregivers*. Respecto a las transformaciones en curso y la revalorización del papel de las personas mayores, véase S. STRAUSS, K. TROMMER, “Productive Ageing Regimes in Europe: Welfare State Typologies Explaining Elderly Europeans’ Participation in Paid and Unpaid Work”, *Population Ageing*, núm. 11, 2018, pp. 311-328, <https://doi.org/10.1007/s12062-017-9184-4>

³⁸ D. STONE, *The Disabled State*, Temple University Press, Philadelphia, 1984.

³⁹ M. OLIVER, “Capitalism, Disability, and Ideology: A Materialist Critique of the Normalization Principle” en R. J. FLYNN, y R. LEMAY (eds.), *A Quarter-Century of Normalization and Social Role Valorization*, Les Presses de l’Université d’Ottawa/University of Ottawa Press, Ottawa, 1999, pp. 163-173.

de la desviación dada por la no conformidad con el *sujeto paradigmático*, que en el caso de la discapacidad está formado por aquellos que son capaces, autónomos y productivos.

Aunque la edad senil no ha sufrido el mismo proceso de *creación* como categoría jurídica que la discapacidad, parece, sin embargo, que en el ámbito del *Welfare State* ha asumido el mismo papel: el de un término paraguas utilizado para referirse a un grupo heterogéneo de condiciones existenciales que se consideraban necesitadas de asistencia y se estimaba que merecían obtenerla. La identificación de los sujetos en cuestión se basaba en una distinción conceptual en vigor desde el siglo XIV, cuando, en un contexto caracterizado por el crecimiento demográfico y numerosas crisis, las políticas de asentamiento y trabajo tenían por objeto limitar los desplazamientos de la población por temor a las epidemias, las reuniones sediciosas y el aumento de los costes laborales.

Al igual que los niños, las mujeres embarazadas, las personas enfermas o las personas con discapacidad, las personas mayores tampoco desempeñaban ninguna actividad laboral, pero esta circunstancia no debía ser considerada como una responsabilidad atribuible a ellos, por lo que se merecían beneficiarse de ayudas estatales⁴⁰. En relación con una cohorte específica de personas mayores –concretamente, las que no son autosuficientes–, esta atención específica se proporcionó a través de la institucionalización, que se convirtió en un instrumento para gestionar la no conformidad con respecto al *sujeto paradigmático*.

Unas décadas más tarde, la lectura materialista centrada en el valor ideológico y represivo del aparato institucional parece proporcionar una clave eficaz para comprender algunas de las tendencias vigentes en relación con las dos subjetividades *no paradigmáticas* que acabamos de mencionar. Por supuesto, el contexto actual es sin duda muy diferente de aquel en el que tuvieron lugar las reflexiones de los primeros teóricos de los *Disability Studies* ingleses, como Mike Oliver: tanto las personas con discapacidad como las personas mayores ya no se consideran sujetos incapaces y necesitados de protección, sino que, precisamente a partir del reconocimiento de la capacidad jurídica universal, se consideran individuos capaces de autodeterminar-

⁴⁰ Sobre la distinción entre pobres merecedores y no merecedores, véase A. BRODIEZ-DOLINO, "Poverty as a Social Stigma: Construction and Deconstruction", *Metropolitics*, núm. 13, 2019, traducido por O. WAINE, <https://www.metropolitiques.eu/Poverty-as-a-Social-Stigma.html>

se, también en relación con el lugar en el que viven⁴¹. De hecho, en virtud del art. 19 de la CDPD, estas personas tienen derecho a vivir en la comunidad con la misma libertad de elección que las demás y los Estados están obligados a adoptar las medidas adecuadas a tal fin, evitando la institucionalización involuntaria y promoviendo la desinstitucionalización.

Sin embargo, es bien sabido que, a pesar de la vigencia de la legislación internacional y los llamamientos de las instituciones multinivel para garantizar la efectividad del derecho a la vida independiente⁴², la solución residencial sigue siendo el principal instrumento al que se recurre para *gestionar* tanto la discapacidad como la vejez no autosuficiente, dada la supuesta incapacidad de las personas que allí se encuentran de vivir en diferentes contextos⁴³.

Pues bien, parece que una lectura solo cultural –o incluso “*meramente cultural*”⁴⁴– de este fenómeno, que se centra en la necesidad del grupo dominante de rechazar al abyecto y expulsarlo del orden social a través de un confinamiento físico y simbólico, no es capaz de captar todas las razones de la persistente importancia de la institucionalización⁴⁵. En este sentido, resulta especialmente sugerente la lectura de los *Disability Studies* ingleses, que llaman la atención sobre el interés económico (privado) ligado al mantenimiento del modelo residencial, ofreciendo una posible explicación a la persistente resistencia a superar la lógica

⁴¹ O, al menos, la visión invalidante ya no es la exclusiva y predominante. De hecho, no parece que en la actualidad la concepción médica de la discapacidad y la edad senil esté completamente superada.

⁴² Por último, en orden temporal, las *Guidelines on desinstitutionalization, including in emergencies*, publicadas en 2022 por el Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad para complementar el *General Comment n. 5* de 2017 y en diálogo con las *Guidelines on the right to liberty and security of persons with disabilities*, publicadas en 2016.

⁴³ En el ámbito de los estudios urbanos críticos, se observa que una de las causas de esta incapacidad puede ser el hecho de que los espacios domésticos y urbanos hayan sido diseñados hasta ahora para el “sujeto paradigmático”: “*Cities are, for the most part, spaces that are imagined and structured with a younger, working age demographic in mind*”, S. HANDLER, *An Alternative Age-Friendly Handbook*, University of Manchester Library, Manchester, 2014, p. 12.

⁴⁴ J. BUTLER, “*Merely Cultural*”, *Social Text*, núm. 52/53, 1997, pp. 265-278. En el conocido debate con Nancy Fraser, Butler insiste en la imposibilidad de separar la matriz cultural de la injusticia hacia las minorías sexuales y de género de la matriz económica, que para la filósofa de Berkeley ocupa un lugar prioritario.

⁴⁵ A este respecto, véanse los análisis de Martha Nussbaum, que se centró en los peculiares modos a través de los cuales la aversión primaria y proyectiva operan contra los cuerpos expuestos al envejecimiento, naturalizando el estigma contra estas personas. Véase M. NUSSBAUM, y S. LEVMORE, *Aging Thoughtfully. Conversations about Retirement, Romance, and Regret*, Oxford University Press, New York, 2017, pp. 149-168.

institucional, incluso ante el hecho de que la difusión de la atención comunitaria está incrementando el coste de la atención institucionalizada⁴⁶.

Según la lectura materialista de los *Disability Studies* mencionada anteriormente, hasta ahora los centros residenciales han resultado una inversión segura, anticíclica a la economía y muy rentable, debido también al envejecimiento de la población. Y como este último parece ser un fenómeno imparable, es de suponer que la demanda de residencia no disminuirá en el futuro. Por el contrario, con unas condiciones externas inalteradas –es decir, en presencia de una red de servicios territoriales y de instalaciones de vivienda como las más frecuentes hoy en día–, la demanda de residencia parece incluso destinada a crecer, al menos por dos razones.

En primer lugar, ante la falta de soluciones de vivienda accesibles y de servicios territoriales de asistencia que permitan vivir fuera de los centros de asistencia social, y frente a la persistente crisis del *welfare*, la solución residencial parece seguir respondiendo de la mejor manera a las necesidades de estos sectores de la población. En segundo lugar, la acreditación –que es un aspecto característico de los modelos de *welfare-mix* contemporáneos– fomenta la inversión privada en este sector de la *economía plateada* más amplia, que resulta especialmente rentable.

En este contexto, la resistencia a avanzar hacia modelos de *welfare* que prevean la difusión territorial y comunitaria de los servicios necesarios –donde, por tanto, el modelo residencial tendría un carácter residual– parece ser una cuestión tanto cultural como económica. En relación con el primer aspecto, dado que el orden social funciona como una inmensa máquina simbólica que tiende a ratificar el dominio en el que se basa⁴⁷, la centralidad de la institucionalización parece ser el reflejo de una concepción invalidante anclada en el paradigma médico (tanto de la edad senil como de la discapacidad) que, aunque se está superando en la actualidad, sigue profundamente arraigada.

Por lo que respecta al segundo, siguiendo la clave interpretativa materialista, se puede afirmar –en términos contundentes, que sin embargo conducen a una atenta reflexión crítica sobre el punto– que en la actualidad, al igual que en el pasado, la imposibilidad de emplear a personas mayores no autosuficientes en el ámbito laboral no ha mermado la necesidad de recu-

⁴⁶ Se ha insistido durante mucho tiempo en la importancia de esta transición. Respecto a las transformaciones del *welfare*, en una perspectiva crítica centrada en la discapacidad, véase Y. MAKER, *Care and Support Rights after Neoliberalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.

⁴⁷ P. BOURDIEU, *Le domination masculine*, Édition de Seuil, Paris, 1998.

rrir a su explotación económica, que parece llevarse a cabo precisamente a través del *aprovechamiento* de sus cuerpos en los *social care homes*. Las formas generalizadas de acreditación de los sujetos privados para la prestación de servicios de asistencia a la persona financiados con recursos públicos⁴⁸, que se emplean hoy en día para hacer frente a la persistente crisis del *welfare*, han favorecido la aparición de una verdadera *masificación* de estos centros, que puede considerarse una expresión directa de la lógica del mercado, donde un mayor número de personas alojadas corresponde a un mayor beneficio, y como tal puede incluirse en la gestión neoliberal del *care*⁴⁹.

En un contexto semejante, en el que el beneficio económico se considera prioritario, es muy posible –aunque evidentemente no necesario– que se otorgue una importancia secundaria a los derechos de las personas y que, finalmente, acaben siendo violados⁵⁰. Esto se aplica tanto a quienes trabajan dentro de estos centros como, sobre todo, a sus huéspedes, a veces involuntarios, dada la difusión del enfoque invalidante ya mencionado.

En tales casos, nos encontramos ante personas a las que no parece reconocerse la plena ciudadanía, ya que se las considera parte de esa “*humanidad menor*”⁵¹ que se considera segregable por estar formada por individuos que todavía se perciben como *menos iguales* que los demás, y en relación con los cuales la violación de los derechos crea una alarma y una indignación menores que en

⁴⁸ Mediante la acreditación, una administración pública otorga a una organización (pública o privada) la posibilidad de prestar servicios de asistencia a las personas financiados con recursos públicos. Por tanto, con este reconocimiento, se declara al sujeto “acreditado” capaz y adecuado para desempeñar los servicios del *welfare* público local.

⁴⁹ M.-È DESROCHES, y B. POLAND, “The Place of Care in Social Housing in a Neoliberal Era”, *International Journal of Housing Policy*, 2021, vol. 1, núm. 23, pp. 70-91, <https://doi.org/10.1080/19491247.2021.2002657>. Un análisis económico se presenta en G. EKINCI, “Evaluation of Long-Term Care Expenditures from the Silver Economy Perspective”, *Global Health Economics and Sustainability*, vol. 4, núm. 2, 2024, <https://doi.org/10.36922/ghes.3298>. Respecto al contexto italiano, véase C. TARANTINO (ed.), *Il soggiorno obbligato. La disabilità tra dispositivi di incapacitazione e strategie di emancipazione*, Il Mulino, Bologna, 2024.

⁵⁰ C. EMMER DE ALBUQUERQUE GREEN, A. TINKER, y J. MANTHORPE, “Human Rights and Care Homes for Older People: A Typology of Approaches from Academic Literature as a Starting Point for Activist Scholarship in Human Rights and Institutional Care”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 4, núm. 26, 2021, pp. 717-739, <https://doi.org/10.1080/13642987.2021>; L. FAZZI, “Il maltrattamento invisibile degli anziani e dei disabili nelle RSA tra quotidianità e normalizzazione” en C. TARANTINO (ed.), *Il soggiorno obbligato*, cit., pp. 447-459.

⁵¹ C. TARANTINO, “Il pappocidio. La strage dei nonni ai tempi del Covid-19” en M. G. BERNARDINI, S. CARNOVALI (eds.), *Diritti umani in emergenza. Dialoghi sulla disabilità ai tempi del Covid-19*, IF Press, Roma, 2021, pp. 71-80.

relación con los *sujetos paradigmáticos*. Entre los pocos datos disponibles sobre las violaciones de derechos perpetradas en los *social care homes* –comunidades semi-cerradas, apartadas de la mirada de la sociedad– figuran la violencia y los abusos, así como la denominada “*social care detention*”⁵², es decir, un conjunto no heterogéneo de prácticas no paradigmáticas destinadas a privar coercitivamente a un sujeto de su libertad personal durante un tiempo esencialmente indefinido⁵³.

El hecho de que tales prácticas se consideren tolerables pone de manifiesto hasta qué punto las personas institucionalizadas siguen estando excluidas de los marcos de inteligibilidad de lo humano: su *menor humanidad* lleva a normalizar comportamientos que integran auténticas violaciones de los derechos fundamentales y humanos. Es evidente que esta constatación no implica que en todos los *social care homes* se produzcan siempre violaciones de los derechos fundamentales y humanos. Sin embargo, la adopción de una perspectiva crítica permite visibilizar lo invisible y cuestionar las razones que favorecen su existencia e impiden su erradicación, con el fin de identificar las mejores estrategias para afrontarlo y superarlo.

2.3. Entre la opresión y formas ambiguas de reconocimiento

Lo que acabamos de observar en relación con la institucionalización no concierne claramente a todas las personas mayores, sino solo a aquellas consideradas *no autosuficientes*, respecto a las cuales el edadismo (*ageism*) –entendido como “ideología que justifica una distribución del poder social que vulnerabiliza a las personas mayores valiéndose de estereotipos negativos como la fragilidad, la improductividad o la ausencia de criterio”⁵⁴– despliega de manera más generalizada sus efectos⁵⁵.

⁵² L. SERIES, *Deprivation of Liberty in the Shadows of the Institution*, Bristol University Press, Bristol (UK), 2022.

⁵³ Las instituciones también han identificado algunos índices de segregación, en particular en las *Guidelines on deinstitutionalization, including in emergencies* de 2022; entre ellos cabe mencionar la falta de control sobre las decisiones cotidianas, el aislamiento respecto de la vida independiente, la rigidez de la rutina independientemente de la voluntad y las preferencias personales, la escasa o nula influencia que se tiene sobre quien presta la asistencia, o la presencia de un número desproporcionado de personas en el mismo entorno. Más ampliamente, CDPD Comité, *Guidelines on deinstitutionalization, including in emergencies*, cit., punto 14.

⁵⁴ M. C. BARRANCO AVILÉS, “Vulnerabilidad y personas mayores desde un enfoque basado en derechos”, *Tiempo de Paz*, núm. 138, 2020, pp. 73-80.

⁵⁵ Entre los estereotipos que construyen la vejez desde una perspectiva edadista se encuentran aquellos según los cuales la edad senil constituye una condición de inexorable

Como ya se ha mencionado, la visión invalidante de la edad senil ha sido cuestionada en torno a múltiples ejes –desde el envejecimiento exitoso hasta los últimos paradigmas de envejecimiento activo y saludable– para garantizar a las personas mayores lo que parece ser un verdadero *derecho de presencia* fuera de los límites de la esfera asistencial y del *care*, que a su vez se articula en una compleja serie de derechos, aunque a veces puedan resultar “*veleidados*”⁵⁶.

Tanto en el ámbito de la reflexión teórica (también de tipo crítico) como en el de la política del derecho, se tiende a insistir cada vez más en la contribución fundamental de las personas mayores en casi todos los ámbitos de la vida, incluida su contribución en el *welfare* informal, a través de su participación en actividades de voluntariado o de *baby-sitting*. En definitiva, fuera del entorno de los *social care homes*, quienes se adhieren a las reglas del envejecimiento activo y saludable pueden hacer gala de aquellas características que les permiten participar activamente en la sociedad, es decir, autonomía, capacidad y productividad. No hace falta decir que, para garantizar dicha participación, es necesario un compromiso activo de las instituciones multinivel, lo que básicamente precisa tanto de la *responsiveness* notoriamente evocada por Martha Fineman⁵⁷, como de la adopción de una perspectiva democrática radical, en la que se reconozca y garantice a las personas mayores un papel activo que permita identificar las estrategias de intervención que realmente puedan satisfacer sus necesidades.

declive físico y cognitivo, una etapa de la vida caracterizada por la carencia, el aislamiento, la tristeza, la asexualidad y, más en general, la desvinculación, hasta el punto de que la persona mayor es percibida como improductiva y, como tal, se convierte en un coste económico y social. Dada la actual incapacidad del derecho para formular la opresión en términos jurídicos –lo que Letizia Gianformaggio instó a considerar una violación del principio de igualdad–, el *ageism* adquiere relevancia como forma de discriminación sistémica y estructural contra las personas mayores. Véase, respectivamente, R. BUTLER, “Age-ism: Another Form of Bigotry”, *Gerontologist*, vol. 4, núm. 9, 1969, pp. 243-246; L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, A. FACCHI, C. FARALLI, T. PITCH (eds.), Il Mulino, Bologna, 2005, p. 90.

⁵⁶ Daniele Velo Dalbrenta considera como tal el derecho al tiempo libre: véase Cfr. D. VELO DALBRENTA, “L’ultima età del diritto. Il pluriverso senile e le attuali prospettive di tutela”, en Id. (ed.), *Invecchiamento della popolazione e passaggi generazionali. I: Questioni critiche*, cit., pp. 15-30, p. 22, nota 29.

Este derecho también es objeto de debate en relación con su inclusión en una futura Convención de la ONU sobre los derechos de las personas mayores, siguiendo el modelo de la Convención de la ONU sobre los derechos del niño.

⁵⁷ M. A. FINEMAN, “The Vulnerable Subject and the Responsive State”, *Emory Law Journal*, núm. 60, vol. 2, 2010, <https://scholarlycommons.law.emory.edu/elj/vol60/iss2/1>

En este sentido, sin perjuicio de la absoluta necesidad de deconstruir la perspectiva médica de la vejez y promover una imagen positiva del envejecimiento y de la persona mayor, la adopción de una perspectiva crítica exige también cuestionar los efectos del *nuevo léxico* con el que se hace referencia a la edad senil. En efecto, si con las *nuevas palabras* el espectro del *ageism* retrocede sin duda alguna, también pueden vislumbrarse los extremos del *new ageism*⁵⁸, que consiste en una forma de opresión que se sirve de la desvalorización de la imagen *clásica* del envejecimiento, a través de una contranarrativa en la que la capacidad de rendimiento del individuo, la optimización de la salud y su condición de *activo* ocupan un lugar central. En resumen, según el *new ageism*, lo que parece ser una revalorización de la subjetividad de las personas mayores puede acabar siendo su instrumentalización.

Este aspecto se puede captar si se presta atención a la forma en que, al menos a partir de los años ochenta, el discurso público comenzó a abordar la cuestión del envejecimiento de la población. Desde entonces, en efecto, se ha hecho hincapié en las profundas repercusiones socioeconómicas del envejecimiento y en los efectos disruptivos en los sectores de las pensiones y de la salud social, que tendrían consecuencias nefastas sobre todo para los jóvenes⁵⁹. Para hacer frente a esta situación, las instituciones multinivel han incentivado a las personas mayores a contribuir activamente a la sociedad, permaneciendo en ella lo máximo posible como mano de obra o asumiendo el papel de sujetos productivos en el ámbito del *welfare* informal. De este modo, además de haber favorecido la presencia de estos individuos en la sociedad, también parecen haber alimentado el mito de la *eficiencia perpetua* de las personas mayores. Por un lado, esta elección ha frenado el riesgo de privación de su papel social; por otro, sin embargo, este mito parece estar constantemente expuesto a una verdadera *apropiación neoliberal*, que puede tener el efecto de relegar a una condición de mayor vulnerabilidad a quienes no pueden vivir de acuerdo con los estándares de un enveje-

⁵⁸ A. WALKER, "The New Ageism", *Political Quarterly*, vol. 4, núm. 83, 2012, pp. 812-819; S. HOPF, F. PREVITALI, y N. GEORGANTZI, "New Forms of Ageism as a Challenge for a UN Convention on the Rights of Older Persons", *University of Toronto Quarterly*, vol. 2, núm. 90, 2021, pp. 242-261, p. 246.

⁵⁹ El conflicto intergeneracional y las cuestiones de justicia relacionadas con él parecen deberse principalmente al énfasis en estas dinámicas. Respecto a la cuestión, dentro de la extensa literatura, véanse D. MCKERLIE, "Justice between the Young and the Old", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 2, núm. 30, 2001, pp. 152-177, A. GOSSIERES, "Invecchiamento, longevità ineguali e giustizia intergenerazionale", *Lessico di etica pubblica*, núm. 2, 2019, pp. 77-94.

cimiento activo y productivo, comenzando por quienes se clasifican como no autosuficientes.

Así pues, un primer motivo de precaución sobre la adopción de los *nuevos paradigmas* del envejecimiento –y, en particular, del envejecimiento activo y saludable– reside en la creación de nuevas jerarquías de lo humano dentro del grupo de las personas mayores, que ya están de por sí muy poco representadas tanto en el discurso y las políticas públicas como en el ámbito jurídico. Se trata de jerarquías que se pueden generar a partir de la referencia a la autonomía/capacidad como criterio normativo, o bien a partir de la no consideración de las diferencias existentes entre las personas mayores, en particular en relación con la disponibilidad de recursos económicos, sociales y culturales (de ahí la importancia de adoptar un enfoque interseccional también con respecto a la cuestión de la edad).

Existen más motivos de precaución con respecto a los que llegan a considerarse verdaderos *modelos normativos* del envejecimiento. El principal se refiere a la identificación de perfiles de responsabilidad en relación con el envejecimiento activo, que suele ir de la mano del envejecimiento saludable. De hecho, si bien es cierto que las instituciones están obligadas a garantizar las condiciones que hagan efectivos los modelos de envejecimiento propuestos y a promover la adopción de los estilos de vida que les correspondan, la responsabilidad última en relación con esta elección recae en cada individuo, que debe decidir si adoptar un comportamiento virtuoso (aumentando así sus posibilidades de envejecer de forma activa, satisfactoria y saludable) o hacer caso omiso de las indicaciones que se le proporcionan *por su propio bien*. Precisamente en esta coyuntura surgen las dificultades de una *distorsión neoliberal* relativa al funcionamiento de estos paradigmas⁶⁰.

Está claro que ni la exhortación a cuidar la salud ni la exhortación a llevar una vida activa son, en sí mismas, problemáticas. Sin embargo, no se puede dejar de observar cómo el supuesto compartido de estos modelos sigue siendo a menudo el mismo que el del edadismo *clásico*: el de una edad senil que se considera una carga social y económica y que requiere algunas correcciones destinadas a limitar el gasto social. Entre ellas, la principal es precisamente el comportamiento virtuoso del individuo, que debe contrarrestar los resultados nefastos del deterioro físico y cognitivo, así como contribuir al bienestar social demostrando su capacidad de trabajo y su utilidad.

⁶⁰ A nivel teórico más general, las transformaciones introducidas por el neoliberalismo se analizan en O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, Jovene, Napoli, 2020.

Así pues, parece que la promoción de estos paradigmas no promueve necesariamente el reconocimiento de la persona mayor, sino que puede implicar su instrumentalización, que parece estar estrechamente vinculada al denominado “imperialismo de la edad”, es decir, a la imposición de objetivos y prioridades de un grupo de edad sobre los demás⁶¹. De hecho, resulta evidente que los valores promovidos a través de los *nuevos paradigmas* del envejecimiento son los que se consideran propios de la edad adulta (y *paradigmática*): solo la actividad y la capacidad (en particular, la laboral) garantizan el pleno reconocimiento social, condición previa para la plena inclusión. De ello se deduce que, incluso a través de la promoción del envejecimiento activo y saludable, las personas mayores corren el riesgo de ser reconocidas solo en la medida en que puedan ajustarse al *sujeto paradigmático*, según una lógica esencialmente asimilacionista que contrasta fuertemente con la correcta aplicación del principio de igualdad.

3. HACIA UNA TEORÍA CRÍTICA DE LA EDAD SENIL: POSIBLES UTOPIÁS

Lo que se ha planteado en este documento ha confirmado la capacidad de las teorías críticas del Derecho para promover el reconocimiento de los sujetos *no paradigmáticos* y para sacar a la luz algunas cuestiones hasta ahora consideradas marginales en el plano jurídico, yendo al origen de problemas relevantes de (in)justicia que derivan de la vida de relación.

Son diversos los elementos que componen el bagaje teórico que la perspectiva sobre *Law and Ageing* requiere con urgencia para promover el reconocimiento igualitario de las personas mayores y de sus derechos. Entre ellos figuran, en primer lugar, la crítica de los supuestos implícitos del *sujeto paradigmático* de derecho y el intento de reformularlo en clave inclusiva a través de la lente de la vulnerabilidad, que reúne –según la metodología ascendente propia de las teorías críticas del derecho– los diversos “*fragmentos de universalidad*”⁶², es decir, los sujetos *no paradigmáticos*.

⁶¹ S. HOPF, F. PREVITALI, N. GEORGANTZI, “New Forms of Ageism as a Challenge for a UN Convention on the Rights of Older Persons”, cit., p. 246. No en vano, el imperialismo (cultural) es una de las cinco caras de la opresión a las que se refirió Iris Marion Young para describir las formas en que los sujetos dominantes ejercen y mantienen el poder sobre los dominados. Véase I. M. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton (NJ), 1990.

⁶² C. MACKINNON, *Are Women Human? And Other International Dialogues*, Harvard University Press, Cambridge, 2006, p. 52.

No menos relevantes son la resemantización de los conceptos jurídicos (empezando precisamente por la noción de vulnerabilidad, que permite reformular la capacidad en términos inclusivos) y la impugnación de las *clásicas* dicotomías en las que se basa el Derecho, como la existente entre incapacidad y capacidad, o la atención al valor político –por tanto, también cultural y económico– de la distinción entre el espacio público y el privado. El análisis de las formas en que se articula la opresión, que en la perspectiva de las teorías aquí evocadas se entiende como una violación del principio jurídico de igualdad, permite además tener en cuenta las relaciones de poder entre los individuos y entre los grupos sociales, así como comprender las implicaciones, en términos de reconocimiento y protección de los derechos, de las transformaciones que tienen lugar en el contexto neoliberal.

Y, sin embargo, quizá podríamos ir aún más allá: si hasta ahora hemos asistido a la transición de la teoría *sobre* las personas mayores a la teoría *para* las personas mayores, tal vez no sea utópico imaginar también la posibilidad de llegar a una verdadera teoría *de* las personas mayores, al estilo de lo sucedido con las demás teorías críticas del Derecho. De esta manera, también sería posible reducir el riesgo de que incluso las teorías críticas del Derecho más acreditadas reproduzcan, si bien de forma inconsciente, algunas formas de edadismo, ya sea *clásico* o *nuevo*⁶³.

Sin embargo, la realización de esta utopía podría estar más cerca de lo que parece: además de ser reconocidos de cara al exterior como sujetos titulares de derechos –en contraste con el pasado, cuando se consideraban portadores de necesidades–, las personas mayores también tienden a representarse a sí mismas como tales, y a reunirse como sujeto político colectivo para emprender lo que pueden considerarse verdaderas *luchas por los derechos*, sobre la base de lo sucedido con los movimientos sociales de los que emanan otras teorías críticas del Derecho⁶⁴. Los lugares de estas reivindicaciones son

⁶³ Este riesgo se materializa, por ejemplo, cuando se enfatiza la vulnerabilidad de las personas mayores y se asocia a la fragilidad; de hecho, en estos casos, se tiende a replantear la visión invalidante de la vejez. Del mismo modo, la elección de centrar la atención en las personas mayores activas (que también está muy extendida en las teorías críticas del Derecho, a partir de los escritos de Martha Nussbaum) contribuye a la opresión de aquellas consideradas no autosuficientes.

⁶⁴ En realidad, en Estados Unidos, los primeros movimientos de reivindicación –aunque bastante efímeros– se remontan a los años treinta. Véase A. S. GUTTERMAN, *Older Persons' Rights Movement*, 2022 (Oakland CA: Older Persons' Rights Project, 2022), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3901437>. Véase además N. A. KOHN, "The Lawyer's Role in Fostering an Elder Rights Movement", *William Mitchell Law Review*, vol. 1, núm. 37, 2010, pp. 49-79.

los tribunales, los organismos internacionales, o bien los espacios públicos donde estas personas están sin duda más presentes y visibles que en el pasado, y donde reivindican, junto con su capacidad de acción, su derecho a la igualdad de reconocimiento y acceso a los derechos⁶⁵.

Como es fácil observar, se trata de los mismos espacios que los otros movimientos sociales eligieron hace tiempo como escenario de sus propias luchas, y que constituyeron el contexto para la formación de las prácticas que llevaron a la elaboración de las diversas teorías. Por esta razón, el presente puede considerarse no solo el *tiempo de los derechos* –afirmados, violados, y ahora cada vez más reivindicados– de las personas mayores, sino también el tiempo para la construcción de una nueva teoría crítica del Derecho, que lleve a la afirmación de una visión *imprevista* del Derecho y de los derechos⁶⁶.

MARIA GIULIA BERNARDINI

Università degli Studi di Ferrara

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso Ercole I d'Este, 37

44121 Ferrara - Italia

e-mail: mariagiulia.bernardini@unife.it

⁶⁵ En cuanto a los primeros, piénsese en el caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland* –también interesante por la intersección entre edad y género–, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de la Gran Sala de 9 de abril de 2024; en cuanto al segundo, cabe referirse en primer lugar a Garop, una red global de más de cuatrocientas organizaciones unidas en la labor de reforzar y promover los derechos de las personas mayores, que participó en el grupo de trabajo intergubernamental de las Naciones Unidas sobre el envejecimiento, cuya actividad concluyó con la decisión 14/1 de 2024; en cuanto al tercero, se multiplican las actividades públicas de sensibilización sobre la igualdad de reconocimiento de las personas mayores y sus derechos.

⁶⁶ En los años setenta del siglo XX, la teórica feminista italiana Carla Lonzi (C. LONZI, *Sputiamo su Hegel*, Scritti di rivolta femminile, Milano, 1974) expresaba su radical rechazo a la cultura patriarcal y al sistema binario hegeliano Yo/Otro, Hombre/Mujer, refiriéndose a la lucha de las mujeres por crear su propio orden simbólico, que les permitiera emerger colectivamente como sujeto –un *sujeto imprevisto* capaz de romper los esquemas de poder existentes y de crear subjetividades alternativas a la patriarcal. Se podría decir que el mismo esquema también está en acción respecto a otros *sujetos no paradigmáticos*, que, como tales, pueden ser considerados *sujetos imprevistos*. Así, la emergencia de la subjetividad política y jurídica de las personas mayores implica la creación de un nuevo orden simbólico en el que inscribir la vejez y la ruptura de los esquemas de poder existentes, y también permite mirar el Derecho y los derechos desde un punto de vista específico –y hasta ahora prácticamente inédito– el de las personas mayores.

**TEORÍA CRÍTICA (DEL DERECHO)
DESDE EL PENSAMIENTO LATINO AMERICANO DE LIBERACIÓN**

**CRITICAL THEORY (OF LAW)
FROM LATIN AMERICAN LIBERATION THOUGHT**

DAVID SÁNCHEZ RUBIO

Universidad de Sevilla

<https://orcid.org/0000-0002-5372-9538>

Fecha de recepción: 3-2-25

Fecha de aceptación: 28-2-25

Resumen: *En este trabajo se hace, desde una mirada iusfilosófica, una conexión entre algunos aportes éticos, axiológicos y valorativos del pensamiento latinoamericano de liberación y la teoría crítica en general, y la teoría crítica del Derecho en particular. Se presentan tres bloques: a) una fe antropológica ecuménica que se basa en un criterio de producción, reproducción y desarrollo de la vida humana; b) el imperativo categórico contra todo proceso de victimización; y c) finalmente, la propuesta de denunciar y enfrentar los procesos idolátricos y de fetichización de las producciones que jurídicamente se muestra como inversión o reversión ideológica de los derechos humanos. El objetivo es proporcionar un insumo y un material de análisis y de orientación, para enfrentar el actual contexto de la globalización ante los diversos peligros ontológicos que amenazan a la Humanidad y a la Naturaleza planetaria.*

Abstract: *This paper makes, from an iusphilosophical point of view, a connection between some ethical, axiological and evaluative contributions of Latin American liberation thought and critical theory in general, and the critical theory of law in particular. Three blocks are presented: a) an ecumenical anthropological faith based on a criterion of production, reproduction and development of human life; b) the categorical imperative against any process of victimisation; and c) finally, the proposal to denounce and confront the idolatrous processes and fetishisation of productions that juridically appear as an ideological inversion or reversal of human rights. The objective is to provide an input and material for analysis and orientation, in order to confront the current context*

of globalisation in the face of the various ontological dangers that threaten Humanity and planetary Nature.

Palabras clave: pensamiento crítico, crítica jurídica, pensamiento de liberación, Filosofía del Derecho, derechos humanos
Keywords: critical thinking, legal criticism, liberation thought, Philosophy of Law, human rights

1. INTRODUCCIÓN. RETOS ANTE LAS AMENAZAS GLOBALES Y EL RECLAMO DE CORRESPONSABILIDAD

Este artículo es fruto de algunas reflexiones y algunos comentarios hechos al texto presentado por el ilustre sociólogo y filósofo del Derecho brasileño José Geraldo de Sousa Júnior en las XV Jornadas de Teoría Crítica de los Derechos Humanos, celebradas los días 21 y 22 de enero del presente año, titulado “Como e por quê repensar o pensamento crítico: emergências, revisitações, travessias e (re)Invenções”, y que fue objeto de debate en todas las mesas de las Jornadas. Ese texto del fundador y defensor –junto con Roberto Lyra Filho, del movimiento *Direito achado na rua* o Derecho que se halla en la calle–, me sirve además de pretexto para subrayar algunos de los elementos que, considero, son característicos del pensamiento latinoamericano de liberación, sobre todo filosófico, teológico y jurídico, y que confluyen por sus miradas, ideas y propuestas conceptuales, en el acervo de la teoría crítica en general y de la teoría crítica del Derecho en particular. Para ello, parto de una noción de Filosofía del Derecho crítica que empatiza y posee mucha afinidad con todas estas formas de pensamiento.

José Geraldo de Sousa Júnior, en su texto, nos interpela ante los desafíos que se nos presentan en el mundo actual globalizado. Por ello hay que reaccionar. Se hace necesario elaborar y proponer valores y horizontes de orientación en un mundo convulso. La urgencia se multiplica cuando tenemos que ser muy conscientes de que el contexto actual en el que vivimos es muy diferente a los contextos de épocas pasadas. Hoy en día, el capitalismo ecocida, globalifóbico, y globalifágico, es como un monstruo pluricéfalo, con múltiples cabezas, que piensa y actúa bajo la racionalidad instrumental de cálculo medio-fin y que ignora la dignidad de los seres humanos en nombre de la prioridad de los intereses del mercado financiarizado y crematístico. Con el sistema capitalista estamos viviendo un presente sin futuro, en donde la especie humana y el planeta, con su Naturaleza, están en grave peligro

y casi en situación terminal. No ha habido una época de la historia igual y equivalente por el riesgo de destrucción y desaparición total de la Tierra y sus habitantes. Tampoco, hasta ahora, ha habido una posibilidad de responder en términos de real y efectiva universalidad, pues la interdependencia y la responsabilidad son máximas. En el pasado ha habido distintos antecedentes y precedentes de expresiones de universalidad y ecuménicas más limitadas por razones geográfica y por obstáculos socio-culturales que no abrazaban de manera abierta la idea de Humanidad, sin excepciones, pese a que ello no haya impedido una gradual toma de conciencia que poco a poco se ha ido expandiendo en forma de círculos sucesivos de reconocimiento, tal como sucede con las ondas secuenciales que se producen cuando se lanza una piedra al agua. Por esta razón, ahora, con los riesgos y colapsos ontológicos mundiales y globales, todos los seres humanos dependemos unos de otros y de la Naturaleza.

En este sentido, Zygmunt Bauman señala que, dentro de un mundo agotado, todos somos residentes permanentes, sin otro sitio a donde ir y todos somos responsables por cada uno de nosotros. Nuestro planeta global hace coincidir el desiderátum de nuestra responsabilidad moral con los intereses de la supervivencia, ambos se funden ante la nueva interdependencia y la vulnerabilidad planetaria de la especie humana, por ello, dice Bauman, refiriendo a Hannah Arendt, hay que comprometerse con la solidaridad de la humanidad común y no por la solidaridad de la mutua destrucción¹.

En nuestro presente, José Geraldo de Sousa Júnior nos instiga, por medio del escritor y filósofo indígena brasileño Ailton Krenak, para que reflexionemos sobre cuál es la Humanidad en la que queremos participar y en qué mundo queremos vivir. Tenemos que posicionarnos sobre el tipo de sociedad que debe desarrollar nuestro *oikos* planetario, nuestra casa común, y sobre el papel que, para ello, deben desempeñar los derechos humanos, la democracia y el Derecho. Nos tenemos que interpelar si queremos construir o un mundo en el que quepan solo unos pocos, discriminador y excluyente, o construir un mundo intercultural en el que realmente quepamos todos, en el que quepan muchos mundos plurales y diferenciados, incluyente, con esperanza de asegurar nuestro presente inmediato y nuestro futuro, sentando las bases que lo garanticen para las próximas generaciones, evitando el destino final del suicidio colectivo, mientras, en su trayecto, van cayendo miserablemente por el camino muchos seres humanos.

¹ Z. BAUMAN, *La sociedad sitiada*, F.C.E., Ciudad de México, 2023, pp. 26 y 27.

2. UNA PROPUESTA: CÓMO ENTENDER LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO MIRADA CRÍTICA

La provocación del texto de José Geraldo de Sousa Júnior sobre cómo y por qué repensar el pensamiento crítico la responderé teniendo en cuenta el concepto de Filosofía del Derecho que defiende y que es de claro contenido crítico. Después intentaré –tal como dije anteriormente–, señalar algunos de los aportes que el pensamiento de liberación latinoamericano proporciona a las teorías críticas en general y a las teorías críticas del Derecho en particular.

Joaquín Herrera Flores entiende la Filosofía del Derecho como “disciplina crítica y generalizadora de los presupuestos y contenidos de las normas, la cultura jurídica que la sostiene y del resto de las ciencias jurídicas que las reflexiona”². A partir de esta definición, delimito el objeto de la Filosofía del Derecho, que no se reduce al paradigma monista del Estado, por medio de una estructura conformada por tres ejes o bloques temáticos: a) por un lado, está el ámbito que se centra en el análisis y en la clarificación de los presupuestos conceptuales, metodológicos, ideológicos, culturales y axiológicos tanto de las normas, las instituciones y los actores como también de las ciencias jurídicas particulares que las producen, las gestionan, las interpretan y las aplican; b) por otro lado, simultáneamente está la dimensión que se ubica y se detiene en analizar las experiencias, las consecuencias y las repercusiones que conllevan todas las actuaciones e interpretaciones relacionadas con la producción y aplicación de las normas, las instituciones y los actores que las gestionan junto con las ciencias jurídicas particulares que las reflexionan. Esas experiencias y consecuencias se traducen en términos de niveles discursivos y prácticos de reconocimiento de los derechos humanos y en función del grado, la intensidad y la modulación en que son implementados y garantizados; y finalmente, c) está la reflexión que se preocupa por visibilizar y subrayar la permanente presencia del ejercicio legítimo e ilegítimo de la violencia, de las relaciones de poder y de los sistemas, las estructuras y los dispositivos de control, de sujeción y de dominio que provocan injusticia y que se mueven, bien bajo dinámicas de exclusión o bien bajo dinámicas de inclusión en todas las esferas sociales.

Conocer, visibilizar y explicitar los presupuestos conceptuales, metodológicos, ideológicos, culturales y axiológicos tanto de las normas, las instituciones y los actores como también de las ciencias jurídicas particulares,

² J. HERRERA FLORES, *Temas de Filosofía del Derecho* [recopilatorio de sus apuntes de clase, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, 1988], mimeo.

nos permite delimitar el sentido siempre condicionado de la objetividad, la neutralidad y la universalidad que poseen las normas jurídicas estatales y no estatales junto con sus operadores y con las consecuencias que provocan³. Este modo de entender la reflexión iusfilosófica no solo pretende definir los fundamentos, las funciones, la estructura, los objetivos del mundo jurídico y su relación con otros sistemas normativos. Además, intenta vislumbrar las posibles consecuencias y repercusiones que conllevan todas las actuaciones e interpretaciones relacionadas con la producción y la aplicación de las normas, las instituciones y actores-sujetos que las gestionan, junto con las ciencias jurídicas particulares que las reflexionan en su contexto, proceso y secuencia espacio-temporal concreta.

En lo referido a las relaciones de poder, estas se expresan por medio de lo que Joaquín Herrera Flores denomina el método de la acción dominante,⁴ que orienta el modo como se puede reaccionar ante los entornos de las relaciones humanas, es decir, el sistema director y el principio directriz de los procesos ideológicos, de los contenidos concretos y específicos que deben orientar las acciones humanas, así como de las formas de producción de los valores sociales con sus prácticas, que siempre están presentes en el mundo del Derecho. En la línea del pensamiento crítico, se pretende investigar y enfrentar los dispositivos y las estructuras de poder con sus consecuencias, que influyen, afectan y aparecen en todos los campos del mundo jurídico, y cuyas dinámicas pueden consolidar entornos relacionales de dominación e imperio, con las que se tratan a algunos seres humanos como objetos, despreciándolos e inferiorizándolos, o entornos relacionales de emancipación y liberación, en donde todos los seres humanos son tratados como sujetos y dignamente. El mundo que queremos construir y el papel activo o pasivo, de ser protagonistas o de ser espectadores que adoptamos, se manifiesta y queda reflejado por medio de los discursos, los argumentos, las interpretaciones, las prácticas, las actuaciones y los entornos relacionales que, como operadores jurídicos, profesionales del Derecho y/o ciudadanos, desarrollamos día a día dentro y fuera de los aparatos del Estado.

Manuel Atienza señala que muchos de los autores y autoras que se sitúan en el ámbito de las teorías críticas son escépticos del Derecho, lo in-

³ Sobre los conceptos de objetividad y neutralidad, ver B. DE SOUSA SANTOS, *Crítica de la razón indolente*, Desclee de Brouwer, Bilbao, 2000, p. 33.

⁴ J. HERRERA FLORES, *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*, Aconcagua, Sevilla, 2005, pp. 14 y 254.

fravaloran y no creen mucho en sus posibilidades de transformación, como consecuencia de la influencia del marxismo clásico y el peso que tiene en sus planteamientos el dominio burgués en lo ideológico, en el todo social y en el papel del Estado, instancias que quedan subordinadas a los intereses de clase que suelen ser los de la clase más poderosa⁵. El abogado argentino Guillermo Moro, refiriéndose a los *Critical Legal Studies*, indica que para ellos el Derecho es un dispositivo alienante, con un alto componente ideológico, propio del sistema capitalista, que distorsiona la conexión entre las personas y las expropia del control sobre su destino⁶.

Pese a ello, en la línea del mismo José Geraldo de Sousa Júnior y de la mayoría de los pensadores filósofos y iusfilósofos de liberación, considero que toda producción humana hecha, creada y realizada por el ser humano, incluido el Derecho visto desde paradigmas monistas o pluralistas, con mayores o menores márgenes, puede tener una dimensión emancipadora y no, únicamente de dominación. En este sentido, José Geraldo de Sousa Júnior, junto con Roberto Lyra Filho, concibe el Derecho como proceso dialéctico teórico-práctico, dentro del proceso histórico más general, en el que la dominación de unos sobre otros y la liberación frente a ellos, concretizan la fuente, la primavera, el sustrato, la trama del caminar y el itinerario humano en el que la lucha contra la injusticia social va produciendo una toma de conciencia de la libertad, actualizando la justicia ecuménica por medio de normas cuya intensidad coercitiva es particularmente acentuada, además de poseer un grado mayor de fuerza vinculante⁷.

Teniendo en cuenta esta propuesta iusfilosófica crítica, a continuación, haré la conexión que puede haber entre el pensamiento crítico y algunos de los enfoques y planteamientos del pensamiento de liberación latinoamericano, que se pueden proyectar sobre el mundo jurídico⁸.

⁵ M. ATIENZA, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017, p. 298.

⁶ G. MORO, en su "Introducción" al libro de D. KENNEDY, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2010, p. 13.

⁷ R. LYRA FILHO, "O direito que se ensina errado", CADIR, UnB, Brasília, 1980, pp. 18 y 27; J.G. SOUSA JÚNIOR, *Para uma crítica da eficácia do direito; anomia e outros aspectos fundamentais*, Fabris, Porto Alegre, 1984, pp. 26 y 92.

⁸ En este sentido ver mis libros: *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*, Desclee de Brouwer, Bilbao, 1999; *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*, Akal, Ciudad de México, 2018; y *Miradas críticas en torno al Derecho y la lucha social*, Dykinson, Madrid, 2023.

3. SOBRE EL PENSAMIENTO CRÍTICO

El pensamiento crítico posee una densa narrativa formada por múltiples teorías y diversas corrientes que se preocupan por el análisis y por el enfrentamiento de las sucesivas desigualdades e injusticias padecidas por distintos colectivos humanos a lo largo de la historia, fruto de diversos tipos de relaciones de poder que los discriminan, los excluyen, los someten y/o los oprimen. Cuenta con un bagaje al que no se puede renunciar y con el que hay que contar. Decía Mark Twain que la historia no se repite, pero sí rima en muchos de sus procesos. El pasado siempre se vincula con el presente. Ambos cambian constantemente en función de los procesos, los contextos, los entornos relacionales y los actores que los producen y los significan en cada periodo de la historia. Por ello hay que revisitarlos y reinterpretarlos permanentemente.

Sin entrar mucho en detalle y de manera muy simplificada, cuando hablamos de teoría crítica no nos referimos a un bloque homogéneo de posiciones (no existe un cuerpo teórico crítico homogéneo, coherente y único), más bien existen distintas teorías o tendencias doctrinales. Hacemos referencia a múltiples teorías con metodologías, propuestas y objetivos varios. Casi todas ellas tienen unos orígenes históricos que se inspiran en la llamada filosofía de la sospecha (con la triada Freud, Marx y Nietzsche), aparte de también acudir a planteamientos críticos del romanticismo (Siglo XVIII), el pensamiento utópico (Siglo XIX) y el llamado “pragmatismo” (Siglo XX), junto con las distintas versiones del anarquismo, el socialismo, el comunismo y el marxismo tanto ortodoxo como heterodoxo, desarrollados desde el siglo XIX hasta nuestros días, así como también con el desdoblamiento de múltiples orientaciones teóricas estructuralistas, existencialistas, psicoanalíticas y fenomenológicas⁹. En el siglo XX, la denominada Primera Escuela de Frankfurt es la que de manera oficial utiliza la denominación de “teoría crítica” (integrada, entre otros, por T. Adorno, Max Horkheimer, Walter Benjamin, H. Marcuse y E. Fromm); y le sigue la Segunda Escuela de Frankfurt, con J. Habermas. Asimismo, entre las distintas corrientes de las teorías críticas, juegan un papel importante las múltiples teorías feministas (J. Butler, b. hooke, I. M. Young, N. Fraser, C. Pateman, M. Lugones, C. Amorós, R. Braidotti, S. Benhabib, D. Haraway, S. Harding, A. Facio, M. Lagarde, S. Walby, R.

⁹ B. DE SOUSA SANTOS, *Crítica de la razón indolente*, Desclee de Brouwer, Bilbao, 2000, p. 25.

Segato, S. Federici, entre muchas otras), así como otras corrientes de la post-modernidad (con Michel Foucault a la cabeza), del pensamiento de liberación y de los llamados pensamientos subalternos y de-coloniales o post-coloniales¹⁰. Asimismo, muchos son los autores y las autoras que, sin necesidad de situarlos en alguna corriente de pensamiento, aportan muchos elementos críticos como insumos de análisis de la realidad social, política, económica y cultural, como Z. Bauman, C. Castoriadis, E. Morin, Ch. Mouffe, E. Laclau, P. Bourdieu, A. Krenak, M. Santos, P. González Casanova, N. Klein, S. Sontag, A. Badiou, E. Traverso, S. Zizek, G. Agamben, D. Harvey, F. Jameson, B. Ch. Han y tant@s otr@s.

Algunas de las corrientes jurídicas críticas se referencian en los *Critical legal Studies* en Estados Unidos, el Uso Alternativo del Derecho y *Critique du Droit* en Europa, el *Direito Alternativo*, el *Direito achado na Rua*, el Derecho que nace en el pueblo, el Pluralismo Jurídico Comunitario-Participativo y el Derecho Insurgente en América Latina¹¹.

Siguiendo a la iusfilósofa vasca María Ángeles Barrére Unzueta, que se apoya en Cardinaux y Palombo, el pensamiento cumple una función crítica: a) cuando desvela las relaciones de poder; b) cuando lucha a favor de la igualdad cuando hay desigualdad que discrimina; y c) cuando instituye sujetos de Derecho y no sujetos pasivos¹².

Asimismo, el iusfilósofo brasileño Antonio Carlos Wolkmer conceptualiza la teoría crítica como un instrumento pedagógico que opera en el plano teórico y práctico, que permite a sujetos subalternos y colonizados una toma de conciencia con la que se desencadenan procesos de resistencia que conducen a nuevas sociabilidades con un fuerte componente de liberación,

¹⁰ En este sentido, como referencia básica e introductoria de la mayoría de estas corrientes de pensamiento, ver A. JEAMMAUD, "Algumas questões a abordar em comum para fazer o conhecimento crítico do Direito", en C.A. PASTINO (coord.), *Crítica do Direito e do Estado*, Graal, Rio de Janeiro, 1984; A.C. WOLKMER, *Teoría crítica del Derecho desde América Latina*, Akal, Madrid, 2017; B. DE SOUSA SANTOS, *Crítica de la razón indolente*, cit.; B. DE SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta/ILSA, Madrid, 2009; E. BELTRÁN y V. MAQUIEIRA (eds.), *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Alianza Editorial, Madrid, 2005. E. LANDER (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, CLACSO, Buenos Aires, 2001; S. RIVERA CUSICANQUI y R. BARRAGÁN (comp.), *Debates Post-Coloniales. Una introducción a los Estudios de la Subalternidad*, Editorial Historias-SEPHIS-Aruwiyiri, La Paz, 1997.

¹¹ Ver A.C. WOLKMER, *Teoría crítica del Derecho*, cit., pp. 57 y ss.

¹² M^a. A. BARRÉRE UNZUETA, *Feminismo y Derecho. Fragmentos para un Derecho anti-subordiscriminatorio*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019, p. 321.

antidogmático, participativo, creativo y transformador. La define como un profundo ejercicio reflexivo que cuestiona lo oficialmente consagrado o lo que se encuentra normalizado, tanto desde la perspectiva del conocimiento, del discurso o del comportamiento en una determinada formación social. La teoría crítica abre, o intenta abrir, otras formas no alienantes, diferenciadas, no represivas de prácticas emancipadoras políticas, ideológicas, económicas y culturales. Reacciona buscando instancias donde el ser humano sea reconocido como sujeto, instancias jurídicas que deben ser plurales¹³.

Además, según la lectura de Boaventura de Sousa Santos, las teorías críticas son inconformistas, consideran que no todo se reduce a lo empíricamente dado, es decir, la realidad no se circunscribe a lo que existe. Cualquiera que sea la concepción que tengamos de ella, siempre va a ofrecer un campo abierto de posibilidades. Para el sociólogo del derecho portugués, la función de las teorías críticas consiste en definir, delimitar y valorar cuál es ese campo de posibilidades y las alternativas a lo empíricamente dado, a lo establecido. Lo que el pensamiento oficial nos muestra es una parte de la realidad, no toda ella. Además, no agota las posibilidades de existencia, y, por tanto, lo que hay es susceptible de ser transformado¹⁴. También, en la línea de Antonio Carlos Wolkmer, el pedagogo brasileño Paulo Freire, entiende por teoría crítica aquel pensamiento no dogmático, permanentemente autoconstruido. Es tanto una teoría como una práctica, que pretende liberar al ser humano, tanto de las mediaciones como de las relaciones que lo dominan¹⁵.

De todas estas definiciones, además de que quiero destacar las dimensiones cuestionadoras, inconformistas y propositivas sobre las formas de conocimientos, los sistemas institucionales y las prácticas relacionales que conforman las sociedades y las organizaciones humanas con sus producciones y mediaciones, me gustaría incidir en el impulso que poseen las teorías críticas, aunque sea poniendo pequeños granitos de arena, en forma de insumos epistémicos y éticos, para enfrentar una realidad injusta y que cuestiona la dignidad de muchos seres humanos violando sus derechos. Debido a la indignación ante estos hechos, buscan caminos de transformación tanto en la práctica como en la teoría. En este sentido, María Eugenia Barrére Unzueta remarca el foco que el pensamiento crítico pone en la desigualdad social y en las relaciones de poder con sus dispositivos hegemónicos de carácter grupal,

¹³ A.C. WOLKMER, *Teoría crítica del Derecho*, cit., pp. 13, 14 y 41.

¹⁴ B. DE SOUSA SANTOS, *Crítica de la razón indolente*, cit., 23.

¹⁵ P. FREIRE, *La educación como práctica de la libertad*, Siglo XXI, México, 3ª edición, 1972.

sistémico y estructural que las sustenta y que responde a la idea de opresión o “poder sobre”¹⁶. Guillermo Moro añade la asociación que la teoría crítica posee con la ideología progresista y de izquierda. Ambas combaten tanto la desigualdad entendida como drástica inequidad en la distribución de la riqueza y de las oportunidades entre los distintos grupos, como las jerarquías ilegítimas en términos raciales, sexuales, económicos y generacionales¹⁷.

Sobre ese eje y en torno a este núcleo centrado en la desigualdad que discrimina y las relaciones de poder que conforman e influyen en el mundo jurídico, quisiera destacar otras características o comunes denominadoras de la teoría crítica (y del Derecho):

- a) En primer lugar, en ellas existe un rechazo a la compartimentalización del conocimiento, pues son contrarias a la fragmentación y a la súper especialización del saber, por ello, poseen un enfoque interdisciplinar, que se nutre de otras disciplinas. Dialoga con ellas, relacionando el mundo del Derecho con la economía, la política, la estética y el arte en general. Parten de la premisa que para entender la realidad en general, la realidad social y la realidad jurídica, hay que saberla contextualizar y hay que reconocer sus múltiples caras y sus heterogéneas dimensiones. Pero no solo eso, también consideran que dentro de la misma estructura del Derecho ya hay elementos económicos, políticos, sociológicos, históricos y culturales¹⁸.
- b) Otro punto a tener en cuenta desde la teoría crítica es que el Derecho es artificial, como toda creación y toda producción generada por el ser humano. En su artificialidad tiene virtudes y defectos, está afectada por todo tipo de “contaminación” ideológica propia de las personas y los grupos a los que pertenecen. Por ello, el conflicto social es fundamental en tanto marco relacional que delimita los contextos, los procesos y los entornos de acción que construye realidades. Asimismo, junto a la conflictividad, el método dialéctico socio-materialista es el medio que mejor la expresa y la explica. Para la teoría crítica, el Derecho en su artificialidad e impureza es una ficción necesaria, pero no es un sistema autónomo que pueda funcionar por

¹⁶ M^a. A. BARRÉRE UNZUETA, *Feminismo y Derecho. Fragmentos para un Derecho anti-subordiscriminatorio*, cit., pp. 321 y 322.

¹⁷ G. MORO, en su “Introducción”, cit., p. 19.

¹⁸ En este sentido, ver J.M. CAPELLA, “Entrevista a Juan Ramón Capella” (realizada por Manuel Atienza), *Doxa*, núm. 39, 2016; J. HERRERA FLORES, *Temas de Filosofía del Derecho*; y D SÁNCHEZ, *Derechos humanos instituyentes*, cit., p. 160.

sí mismo, de ahí su interrelacionalidad con otros espacios y campos sociales.

También, como es artificial, el Derecho tiene sus virtudes y sus defectos, y se construye por medio de distintos procesos en donde confluyen múltiples factores, condicionantes y tramas sociales. La teoría crítica, muy influida por el marxismo, interpreta que el Derecho, como toda obra, mediación e institución, no es un dato caído del cielo o producido por la Naturaleza. En su creación y desarrollo, intervienen muchos tipos de actores que lo significan y resignifican continuamente. Lo que se quiere decir es que el Derecho no es solo creación exclusiva de determinados especialistas, sino que en su creación, interpretación y aplicación participa toda la sociedad. No es producido solo por operadores jurídicos y profesionales del Derecho, sino también interviene la ciudadanía.

En este sentido, al intervenir múltiples actores, el Derecho es ambivalente, contradictorio, conflictivo, se presta a múltiples interpretaciones, por tanto, es ambiguo por ser un espacio de disputa ideológica y axiológica. Por ello defiende no solo la evidencia de la parcialidad de todo mirar, sino también que no existe un único discurso sobre el Derecho, existen múltiples discursos.

- c) Otro denominador común de las teorías críticas tiene que ver con los iconos y conceptos analíticos empleados por las teorías críticas para visibilizar las relaciones de poder y la estructura desigual de las sociedades que producen normas jurídicas. Esos iconos se incorporan reflexivamente en el ámbito de la realidad social, para su análisis en función de la clasificación y la posición social de sus miembros, que se establece por el orden jerárquico y las asimetrías de dominación, sujeción y discriminación estructuradas por razones de clase, raciales, sexuales y de género, etarias, ideológicas, epistémicas o geográficas (como el concepto de explotación, exclusión, racismo, sexismo, dependencia, liberación, patriarcalismo, emancipación, cisgénero, subordinación, colonialidad, feminicidio, epistemicidio, ecocidio, sub-ciudadanía, etc.)¹⁹.

Tales conceptos analíticos permiten no solo expresar la preocupación para saber cuándo y cómo se dan situaciones de desigualdad, cuándo y cómo son explotados, dominados, etc., los sujetos sociales, sino también para

¹⁹ B. DE SOUSA SANTOS, *Crítica de la razón indolente*, cit., pp. 24 y 25.

localizar y señalar en qué momento y por qué hay víctimas en las organizaciones sociales. Por esta razón, cuestionan y reaccionan contra todo tipo de naturalización y de normalización de las producciones humanas, en el sentido de que intentan sacar a la luz la artificialidad y la dimensión socio-históricamente producida de las creaciones humanas, significadas por poderes que intentan la hegemonía y que son fuente de experiencias de contrastes que reaccionan luchando u obedeciendo o sometándose. Ahora bien, tal como alerta el iusfilósofo argentino-brasileño, Luis Alberto Warat, pese al carácter transgresor de la teoría crítica, que él mismo cuestiona que exista como movimiento o corriente de pensamiento, no se libra de erradicar determinados presupuestos autoritarios, ya que pretende hablar en nombre de una verdad social que puede incurrir en dogmatismos y en maniqueísmos²⁰. Un excesivo sesgo ideológico de los conceptos analíticos pueden conducir a cierta demagogia que le impide ver la complejidad del mundo, especialmente el jurídico. No obstante, pese a estos riesgos de excesiva moralización, considero que es mejor utilizarlos porque se comprende con más riqueza y mayor precisión el funcionamiento y la estructura del Derecho, ya que los ejes, los dispositivos y los sistemas del poder de la dominación, de la sujeción, del control, de la desigualdad y de la emancipación y la liberación forman parte de su realidad. La ceguera sería mayor si se ignorasen.

4. ACERCA DEL PENSAMIENTO LATINOAMERICANO DE LIBERACIÓN Y ALGUNAS DE SUS FUENTES

Retomando el tema de la desigualdad, María Ángeles Barrére Unzueta remarca desde una mirada feminista, la necesidad de enfrentar las desigualdades institucionales, relacionales y estructurales que el dominio patriarcal impone discriminando a las mujeres, desde dos planos: no solo enmendando el daño que se ocasiona y se causa a posteriori, fruto de una desigualdad previa, intentando enfrentarla con acciones positivas que generan una igualdad de trato entre hombres y mujeres puntualmente y desde una lógica individualista, sino también, atacando la misma raíz y las mismas fuentes que producen las desigualdades y las asimetrías sobre colectivos y no solo individuos particulares, ya que el objetivo transformador es que haya una igualdad en todos los espacios sociales y a todos los niveles institucionales,

²⁰ L.A. WARAT, "El jardín de los senderos que se bifurcan; a teoría crítica de Direito e as condições de possibilidade da ciência jurídica", *Contradogmática*, núm. 4-5, 1985, p. 71.

relacionales y estructurales. El concepto de interseccionalidad amplía el análisis de todos los colectivos que sufren distintos tipos de dominación y exclusión por razones raciales, de clase, de género, sexuales, etc.²¹ No solo hay desigualdades discriminatorias sobre las mujeres, que representa a la mitad de la población de la especie humana, sino también a colectivos, que según el lugar geográfico pueden ser minoría o mayorías, con subjetividades raciales, étnicas, religiosas, con identidad de género no binaria (LGTBI+), entre otros.

Curiosamente, este tema de la igualdad frente a las desigualdades que discriminan es uno de los referentes éticos y axiológicos del pensamiento de liberación. En concreto, el filósofo, teólogo y economista tico-alemán Franz Hinkelammert, culmina en su último libro, la defensa que hace sobre los procesos revolucionarios y la lucha por los derechos en la historia de Occidente²². Su hipótesis de trabajo es que la rebelión en nombre de la igualdad, que es uno de los grandes emblemas de los procesos revolucionarios, viene de la tradición judía y cristiana, en concreto de la tradición profético-mesiánica y apocalíptica que entra en conflicto con la tradición imperial colonizadora, que es la que se hace hegemónica. Centrándose en Pablo de Tarso, el Reino de Dios y la fe de Jesús (no la fe en Jesús), en concreto en *Gálatas*, 3, 26-29 cuando dice que “ya no hay judío ni griego, ni esclavo ni libre, ni hombre ni mujer”, en donde los elegidos son los pobres, los plebeyos y los despreciados. Para Franz Hinkelammert, nos encontramos con la raíz de los derechos humanos, siendo la primera declaración de los mismos en la historia. Se trata de un proyecto de un humanismo de la praxis, un proyecto universal de justicia para toda la Humanidad que denuncia cualquier discriminación individual y cultural con base en las diversidades y las diferencias humanas. La igualdad que significa que no se acepta usar las diferencias, ni de las mujeres, como pretexto de discriminaciones. El Mesías, para Pablo de Tarso, contiene un mundo de la igualdad, entendido como una gran fiesta, sin ningún tipo de discriminaciones, en tanto proyecto de transformación de la propia sociedad, en este mundo primero y, después de la muerte, en su total plenitud²³.

A lo largo de la historia se hace constantemente presente y, especialmente, en la Modernidad, con la Revolución Francesa y los valores de libertad, igual-

²¹ Idem

²² F. HINKELAMMERT, *Cuando Dios se hace hombre, el ser humano hace la Modernidad. Crítica a la razón mítica en la historia occidental*, 2ª edición, Escuela de Economía, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional, Costa Rica, 2022.

²³ Idem., pp. 13-19 y 40 y ss.

dad y fraternidad. Con San Pablo no existía un sujeto, no había humanidad capaz de emprender un camino de realización, que hiciera posible este humanismo de la praxis como parte de la acción. Es un mito que, como concepto trascendental, se puede hacer real posteriormente, con sus muchas variaciones, debilidades, regresiones y conflictos, cuando pasa de lo ontológico, como una ausencia presente, a ser antropológico. En concreto, cuando Dios se hace humano y el ser humano pasa a ser el ser supremo para el ser humano²⁴.

Lo que propone Franz Hinkelammert no solo en este libro, sino en toda su obra, son criterios basados en una racionalidad convivencial que es necesaria para que todos los seres humanos puedan vivir en condiciones dignas. Implica una ética de la convivencia que permite abrir caminos para que el mundo de cabida a tod@s, y no solo permita las vidas para unos poc@s, quienes nos llevan en el marco del sistema que defienden, al suicidio colectivo y que se cimenta en éticas funcionales e instrumentales a las instituciones, como el mercado, que pasan a ser consideradas como superiores a la misma condición humana.

A continuación, seguiré analizando, paso a paso, el pensamiento latinoamericano de liberación y sus posibles aportes éticos y jurídicos. El surgimiento del pensamiento de liberación se sitúa dentro de un contexto marcado por la Guerra Fría, los procesos de descolonización en los países del Sur global, denominados por Albert Sauvy el Tercer Mundo. La Conferencia Episcopal de Medellín celebrada entre finales de agosto y principios de 1968, introduce de lleno el término liberación dentro del lenguaje teológico. La fe se pensaba desde la perspectiva del pobre y el excluido²⁵. Asimismo, también influye la revolución cubana con la figura de Fidel Castro y el Che Guevara en los años sesenta del siglo pasado, el foquismo de los grupos guerrilleros latinoamericanos con la teoría de Régis Debray y el mismo Che, entre otros²⁶.

Asimismo, América Latina vive un periodo en el que el concepto de liberación se pone de moda, no solo en términos teológicos. El caso es que en torno al concepto de “liberación”, sobre los inicios de la década de los setenta, surgieron distintas corrientes, teorías y perspectivas epistemológicas en el ámbito teológico y filosófico (Gustavo Gutiérrez, Ignacio Ellacuría,

²⁴ Idem, p. 42.

²⁵ J.A. DE LA TORRE RANGEL, *Crítica jurídica desde la Teología de la Liberación*, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát. Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2019, p. 24.

²⁶ R. FERNÁNDEZ RETAMAR, *Todo Calibán*, Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José, 2004, p.138.

Leonardo Boff, Enrique Dussel, Helio Gallardo, Juan Luis Segundo, Mario Casalla, Juan Carlos Scannone, Elsa Támez, Arturo Paoli...), económico (Theotonio dos Santos, Mauro Marini, Franz Hinkelammert, Ander Gunder Frank), sociológico (Orlando Fals Borda y Pablo González Casanova), antropológico (Darcy Ribeiro, Rodolfo Kusch), geográfico (Milton Santos) y pedagógico (Paulo Freire)²⁷. Todos sus pensadores, a partir de sus experiencias sociales concretas, trataban de responder buscando soluciones al porqué de los estados de marginación y desigualdad sistémica, articulando un ataque frontal crítico, dialéctico e interdisciplinar contra los posibles condicionantes que producían esa ausencia de sensibilidad y de atención a las necesidades y a las demandas del pueblo considerado y producido como oprimido. El concepto polisémico de liberación condensaba la percepción interdisciplinar de una realidad adversa que demandaba una necesidad de cambio, de propuestas de alternativas, de búsqueda de soluciones transformadoras.

Los métodos, así como los enfoques, fueron muchos, con fuerte influencia del pensamiento humanista, marxista y del sistema de creencias religiosas y teológicas del cristianismo originario cimentado sobre la justicia en favor de los pobres. No sorprende que, desde casi todos los puntos geográficos de Latinoamérica, se proclamara y se pusiera de relieve que la cultura europea y usamericana, con la colaboración de determinados colectivos oligárquicos y minorías plutocráticas nacionales, habían ocasionado diversas formas de alienación, extendiendo y consolidando sobre la región un sistema estructuralmente opresivo en todos los terrenos económicos, políticos, ideológicos, filosóficos, jurídicos y culturales. Ante la dependencia frente a las grandes potencias de los países del Norte, aquilatada por el capital y la división internacional del trabajo, se precisaba reaccionar y confrontar mediante la liberación como proceso no solo teórico, sino fundamentalmente práctico, necesario para conseguir una plena y auténtica libertad de los pueblos latinoamericanos en lo institucional, lo existencial y lo socio-material²⁸.

Este clima epistémico y de movilización social relacionado con la liberación del pueblo oprimido lo describe metafóricamente, de una manera muy bella, el abogado popular brasileño Jacques Távora Alfonsín²⁹. Habla de la

²⁷ A.C. WOLKMER, *Teoría crítica del Derecho*, cit., pp. 36 y 249 y ss.

²⁸ D. SÁNCHEZ RUBIO, *Filosofía, derecho y liberación*, cit., p. 22.

²⁹ J. TÁVORA ALFONSÍN, "O direito achado na rua garantido pela sua eficácia mística", en VV.AA., *O direito achado na rua*, vol. X. *Introdução crítica ao direito como liberdade*, Editora UnB-OAB, Brasília, 2021, pp. 120-122.

existencia de una mística en el mundo de las ciencias sociales (filosofía, teología, principalmente, y jurídicas), que se desarrollan por ese peso de la realidad injusta y desigual. Távora Alfonsín aclara y especifica esa mística, inspirándose en Leonardo Boff, como aquellas convicciones profundas basadas en la íntima relación entre el amor y en la justicia con las que se conoce bien la realidad de injusticia social en la que se vive y que, además, por medio de un derecho no estatal, nacido en la calle, se pretende y se reacciona frente a un derecho oficial y un Estado que no se hace cargo de las demandas, los derechos y las necesidades del pueblo pobre. Esta mística implica un servicio, que trata de impedir que las víctimas sufran las perversas consecuencias provocadas por la elaboración, interpretación y aplicación de leyes injustas que son, además, expresión del fracaso de la eficacia de los aparatos del Estado con respecto a las luchas históricas de quienes demandan mayores espacios de reconocimiento de dignidad³⁰.

El espíritu humanista del pensamiento de liberación implica una universalidad situada, plena, integral y coherente. Como defiende el filósofo argentino Mario Casalla, uno de los fundadores de la filosofía de la liberación, lo universal no es una sustancia acabada y concluida. Se entiende mal como universalidad abstracta que es producto de uno o varios “particulares” que se creen y se autoerigen como “universales sin más”, convirtiéndose en imperio. Casalla defiende una universalidad situada, que es aquella que se construye “como ámbito respetuoso de las diferencias (de los pueblos) como totalidad abierta, que pide y acepta las diferencias nacionales y que se niega a vestir los atributos del imperio”³¹.

Este ecumenismo humanista y situado se combina muy bien con la racionalidad convivencial y el humanismo de la praxis defendido por Franz Hinkelammert. Ambos son muy necesarios para que todos los seres humanos podamos vivir en condiciones dignas. Combina lo universal que cada humano representa, sin dar ninguna razón para infravalorar su digna condición, sin justificar su muerte o su eliminación, porque hacerlo es irracional y miserable. La feminista Judith Butler lo expresa muy bien con la expresión de que todo ser humano debe ser digno de duelo, con el propósito de reconocer su dignidad que debe defenderse mientras vive³².

³⁰ Idem, p. 122.

³¹ En este sentido ver M. CASALLA, *América Latina en perspectiva. Dramas del pasado, huellas del presente*, Buenos Aires, CICCUS, 2021, pp. 335 y ss.

³² J. BUTLER, *La fuerza de la no violencia*, Paidós, Barcelona, 2021.

La raíz histórica de esa mística se encuentra en los mandatos éticos y las convicciones morales del cristianismo originario o primitivo, como son *el no matarás; el amor al prójimo*, entendido como yo soy, si tú eres; el jubileo; y el reclamo de los sábados (*sabbat* hebreo) para los seres humanos y la lucha contra cualquier expresión de opresión y humillación. Casi todos los miembros o autores afines al pensamiento de la liberación beben y están influidos por esta tradición del cristianismo originario. El ser humano nunca debe estar subordinado a las cosas y a las producciones que genera, entre ellas las normas y la autoridad que ejerce el poder. El ser humano debe ser siempre su propio señor y ser sujeto de todo lo que crea, desde el amor al prójimo y el no matar³³.

Profundizando un poco más, Reyes Mate afirma que la cultura hebrea, frente a la tradición griega, posee un patrón de justicia y de injusticia de carácter experiencial. Se basa en la compasión, la interdependencia, la responsabilidad y posee una sensibilidad por el sufrimiento humano y los procesos de injusticia. Además, es un patrón que no tiende hacia lo abstracto, todo lo contrario, es sensible a lo concreto, a lo particular, a la alteridad y a la llamada del otro³⁴.

En esta misma dirección, el sociólogo mexicano Pablo González Casanova considera que, junto con los saberes y la cultura griega, el pensamiento judeo-cristiano es precursor de las creencias y ciencias en Occidente³⁵. La religión siempre estuvo presente, incluso en los científicos que fueron declarados herejes. No obstante, lo que quiero subrayar con esto es que González Casanova señala que la religión judeocristiana, en sus versiones rebeldes que, considero, están vinculadas con el cristianismo originario, contribuyó con una serie de creencias profundas muy relacionadas con la salvación de todos los pueblos y la búsqueda de un mundo mejor. Colaboró en la culminación de un paradigma científico alternativo que viene del pensamiento crítico y el marxismo,

³³ A. PAOLI, *El proyecto del reino*, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, Aguascalientes, 2016; E. DUSSEL, *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y la exclusión*, Trotta, Madrid, 1998; F. HINKELAMMERT, *El grito del sujeto: del teatro-mundo del Evangelio de Juan al perro-mundo de la globalización*, DEI, San José, 1998; J.A. DE LA TORRE RANGEL, *La tradición iberoamericana de derechos humanos*, Editorial Porrúa, México D.F., 2014; A. ROSILLO, *Liberación y justicia social. Derechos humanos desde la teología de la liberación*, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2012.

³⁴ R. MATE, *Tratado de la injusticia*, Anthropos, Madrid, 2011, pp. 33 y ss.

³⁵ P. GONZÁLEZ CASANOVA, *Las nuevas ciencias y las humanidades. De la academia a la política*, Anthropos, Barcelona-Madrid-México D.F., 2004, p. 360.

muy distinto al paradigma que domina en la ciencia hegemónica relativa a los grupos y las clases dominantes. Resulta crucial el legado de los profetas de Judea que anunciaban el Reino de Dios en la Tierra, adquiriendo dimensiones ecuménicas “cuando los pescadores y carpinteros encabezados por Jesús hicieron de Jehová no solo el Dios de los hebreos sino el de todos los pueblos del mundo”. La idea de construir el mundo de Dios en la Tierra cuestionando a los comerciantes y a los romanos, prefiguró e influyó sobre los procesos revolucionarios, burgueses, colonialistas y también populares³⁶.

Vista desde esta perspectiva, Pablo González Casanova comparte la hipótesis de trabajo de Franz Hinkelammert sobre la primera declaración de derechos humanos hecha por Pablo de Tarso, como fuente de revueltas y revoluciones posteriores en el seno de la cultura occidental, desde el reclamo de la igualdad de todos los seres humanos.

Asimismo, en términos más jurídicos, el iusfilósofo mexicano Jesús Antonio de la Torre Rangel, destaca que en la cultura hebrea existe el concepto de *Mišpat*. Se refiere a la defensa que los jueces realizan a favor de los débiles y desheredados (niños, mujeres, esclavos, ancianos). Definido como *salvar de la injusticia a los oprimidos*, comprende no solo el derecho objetivo (teórico y escrito), sino también una amplia práctica jurídica que va más allá del mero cumplimiento de las leyes. Supone todo un compromiso con el prójimo, especialmente con el necesitado³⁷. Incluso, para el autor, la concepción del Derecho de los profetas hebreos es “más profunda, más rica e histórica, esto último en el sentido de que, sin perder su valor “para todo tiempo y lugar”, tiene una ubicación en el “aquí y ahora”, se concretiza”³⁸. Alejandro Rosillo ahonda admitiendo que, aunque existen diversas traducciones del concepto de *Mišpat*, tiene una cualidad principal: salvar de la injusticia, de la opresión, liberar al oprimido,³⁹ como se puede comprobar en *Isaías 1,17*. Es liberar de la opresión al pobre.

³⁶ Idem, pp. 262-264.

³⁷ J.A. DE LA TORRE RANGEL, *El uso alternativo del Derecho por Bartolomé de Las Casas*, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 1991, pp. 174 y 175; y J.A. DE LA TORRE RANGEL, “Aportes para la constitución de un iusnaturalismo histórico desde América Latina”, en D. SÁNCHEZ RUBIO, J. HERRERA FLORES y S. CARVALHO (coords.), *Anuário Iberoamericano de direitos humanos* (2001/2002), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, pp. 299 y ss.

³⁸ J.A. DE LA TORRE RANGEL, *Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas*, Escuela Libre del Derecho y Editorial M.A. Porrúa, México D.F., 1992, p. 222.

³⁹ A. ROSILLO, *Liberación y justicia social. Derechos humanos desde la Teología de la Liberación*, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat. Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2012, pp. 101-104.

5. ALGUNAS PROPUESTAS ÉTICAS Y VALORATIVAS

En este último apartado, voy a destacar algunos de los planteamientos del pensamiento de liberación en respuesta a la interpelación, que al inicio mencioné, del texto presentado por José Geraldo de Sousa Júnior en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla sobre repensar el pensamiento crítico ante los desafíos que se nos presentan en el mundo actual globalizado. La necesidad de elaborar y proponer valores y horizontes de orientación en un mundo convulso, requiere la búsqueda de alternativas que tienen que servir de inspiración al mundo no solo económico y político, sino también al mundo del Derecho. Junto con la teoría crítica, los autores de esta corriente latinoamericana de liberación, ofrecen diversos materiales e insumos que contribuyen, entre otras muchas opciones, a crear las condiciones de vivir en comunidad desde dinámicas de inclusión, respeto y garantías de dignidad, haciendo posible una vida vivible con el reconocimiento de derechos para todos, sin modular lo humano ni cuestionarlo con excepciones y/o normalizaciones excluyentes. Teoría crítica y el pensamiento de liberación confluyen con lo que Jacobo Muñoz dice es el propósito emancipatorio del teórico crítico: “su ocupación consiste en acelerar un proceso que debe conducir a la sociedad sin injusticias”⁴⁰. Son propuestas axiológicas y referentes éticos que van en esta dirección y sirven como criterios de orientación que deben estar presentes en la cultura jurídica y como soporte crítico. Puede ayudar como parámetros con los que enjuiciar los fundamentos, las funciones, la estructura, los objetivos del mundo jurídico y su relación con otros sistemas normativos. Asimismo, guían sobre las posibles consecuencias y las repercusiones que conllevan todas las actuaciones e interpretaciones relacionadas con la producción y la aplicación de las normas, junto con las actuaciones de las instituciones y actores-sujetos que las gestionan, traduciendo los análisis en función de cómo se estructuran las relaciones y las estructuras de poder y consolidan, o desigualdades y asimetrías, o igualdades y reconocimientos de espacios de libertad y dignidad.

El camino que voy a seguir tiene tres bifurcaciones: a) primero la apuesta por lo humano desde una fe antropológica ecuménica y realmente universal que se basa en un principio y en un criterio de producción, reproducción y desarrollo de la vida humana; b) seguidamente, me centraré en un

⁴⁰ J. MUÑOZ, “Introducción” al libro de M. HORKHEIMER, *Teoría crítica y teoría tradicional*, Ediciones Paidós, Barcelona, 2000, p. 21.

imperativo categórico que exige el deber de denunciar cualquier proceso de victimización, es decir, que produce víctimas. Este imperativo se proyecta por la necesidad de analizar la historia desde la mirada de los vencidos para que no haya injusticias en nuestro presente y en nuestro futuro; y c) finalmente, la última bifurcación se detiene en denunciar y enfrentar los procesos idolátricos y de fetichización de las producciones humanas. En términos de Derecho, se plasma en minimizar la denominada inversión o reversión ideológica de los derechos humanos.

5.1. Fe antropológica: el ser humano como ser supremo para el ser humano

El teólogo uruguayo Juan Luis Segundo, en su libro *La historia perdida y recuperada de Jesús de Nazaret* nos habla del significado de “fe antropológica”, para referirse a aquella parte de la estructura valorativa de la existencia humana que tiene como referente al ser humano, y desde él articula una especial significación a nuestras decisiones, independientemente de que las creencias sean trascendentes o immanentes, basadas en la fe religiosa o en la razón atea o sin dioses. Cualquier producción humana debe tener como referente las necesidades y las condiciones de existencias dignas de los sujetos protagonistas de esas creaciones y mediaciones: los seres humanos con nombres y apellidos, sin excepciones⁴¹. Para Juan Luis Segundo, lo que de común hay en todo ser humano, ya sea un creyente religioso o ya sea un ateo o un no creyente religioso, es una fe antropológica concreta por la libertad y/o por valores que hagan mejor su realidad junto con sus semejantes, apostando por el testimonio de quienes le inspiran en esa fe y estructurando su existencia en torno a una significación específica con la que los valores se concretizan a través de los medios que los hacen posible⁴². El saber, la política, la cultura y el Derecho se articulan siempre con este propósito.

Esta fe se entiende desde un antropocentrismo universal, pero situado en los términos señalados antes por Mario Casalla. No se basa en un universalismo de las apariencias, abstracto e imperial, ni en un antropocentrismo mal dirigido por ser nominado y dominado por una sola cultura que rechaza a otras, sino situado, que no discrimina y que es respetuoso de la pluralidad,

⁴¹ J. L. SEGUNDO, *La historia perdida y recuperada de Jesús de Nazaret*, Editorial Docencia, Buenos Aires, 2010. Especialmente, pp. 20 y ss.

⁴² Idem, p. 24.

de las diferencias y de las particularidades de cada ser humano corporal y concreto, con nombre y apellidos. Se entiende en el sentido afirmado por Franz Hinkelammert: si los seres humanos nos aceptamos y nos respetamos unos a otros, nunca se cuestiona el compromiso por cada miembro de nuestra especie que, también, conlleva el respeto por la Naturaleza y su biodiversidad, por lo que el ser humano siempre debe ser el ser supremo para el ser humano⁴³. Hinkelammert lo explica a través de la llegada de la Modernidad y el proceso de secularización y de desprendimiento frente a una religión, que no deja de estar presente en versiones distintas, que sigue considerando como ser supremo a Dios y/o a determinadas mediaciones y producciones humanas que lo sustituyen o lo acompañan, como es el caso del Mercado o el Estado. En este proceso, considera que Dios se hace hombre, se hace ser humano para que todos nosotros seamos protagonistas de nuestra historia y libres en nuestras tomas de decisiones para poder realizarnos mientras vivimos. Esta idea la retoma del joven Marx, quien en su crítica a la religión abre el camino doctrinal para que el hombre sea la esencia suprema para el hombre, haciéndose eco, junto a otros autores, como Goethe y Feuerbach, del espíritu que se tenía de la Revolución Francesa como acto de liberación⁴⁴.

La fe antropológica no se queda en un punto fijo o en algo estático. Se traduce en un humanismo de la praxis que se refleja en el principio de “agencia humana” defendido por el filósofo chileno Helio Gallardo, quien lo retoma del logro burgués de la Modernidad sobre la capacidad de individuación del *homo sapiens*. El compromiso y la sensibilidad con lo humano se manifiesta en una disposición y un impulso a luchar por crear las condiciones que permitan a todo ser humano de dotar de carácter (libidinal, sexual, cultural, social, política, económica, étnicamente) a sus propias producciones en entornos que no controla en su totalidad. Asimismo, se vincula con la toma de conciencia, la lucha y la reivindicación para que se generen las condiciones con las que se dispute por crear las condiciones que permitan a todo ser humano dotar de carácter y sentido (libidinal, sexual, cultural, social, política, económica, étnicamente) a sus propias producciones en entornos que no domina a cabalidad⁴⁵.

⁴³ Ver F. HINKELAMMERT, *Hacia una crítica de la razón mítica: el laberinto de la modernidad*, Arlekin, San José, 2007; y F. HINKELAMMERT, *Cultura de la esperanza y sociedad sin exclusión*, DEI, San José, 1995, p. 285.

⁴⁴ K. MARX y F. ENGELS, *Escritos sobre la religión*, Sígueme, Salamanca, 1974, p.100.

⁴⁵ H. GALLARDO, *Siglo XXI: producir un mundo*, Arlekin, San José, 2006, p. 176; y H. GALLARDO, *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, Francisco Gómez Editor, Murcia, 2008.

En otros trabajos también lo he conectado con el criterio de “riqueza humana” abordado por Joaquín Herrera Flores e inspirado en Marx, con el que defiende la capacidad humana genérica y socio-materialista, individual y colectiva, de reaccionar culturalmente frente al mundo, de reaccionar frente a sus entornos relacionales, en un permanente, continuo e inacabado proceso de creatividad y significación, con sus consecuencias tanto positivas como negativas. En términos de fe por la dignidad humana, siguiendo el razonamiento de la riqueza humana, los derechos humanos permiten *el despliegue*, por parte de todos, “de la potencialidad humana para construir los medios y las condiciones necesarios que posibiliten la capacidad humana genérica de hacer y des-hacer mundos”⁴⁶.

Desde la agencia y la riqueza humanas, la fe antropológica se manifiesta en el impulso de potenciar y cultivar la autoestima, la autonomía y la responsabilidad de cada uno de los seres humanos que conforman la especie humana. Sentirnos protagonistas de nuestro destino y valorar nuestras capacidades de significar, re-significar realidades, de crear y recrear mundos diversos y plurales junto con nuestros semejantes, puede ser un antídoto frente a complejos, pérdida de autoestima, sentimientos de culpabilidad, depresión o actitudes de sometimiento y aceptación de humillaciones. Sentirnos activos y sujetos dignos e instituyentes desde nuestras particularidades, con nombre y apellidos, con capacidad de transformar y enfrentar todo aquello que nos empequeñece o anula, que nos hace crecer y nos impide decaer ante las adversidades.

Finalmente, la fe antropológica, desde el pensamiento de liberación, se asienta en una apuesta por la vida, dentro del mandato bíblico de no matar, y un rechazo de dar la muerte, donde se justifica el ofrecer buenas razones para matar. Se parte de la evidencia de la vida, de vivir, de estar todos vivos para poder desarrollar contenidos existenciales desde la agencia y la riqueza humanas.

Con Judith Butler ya comenté que afirma que todo ser humano debe ser digno de duelo y de ser llorado cuando muere, sin excepciones. Con ello también reclama que toda vida humana debe ser dignamente vivible, sin que haya una preferencia de valorar más a quienes consideramos más cercanos afectiva y culturalmente, y desvalorizar y no sentir afecto por quienes están más alejados de

⁴⁶ J. HERRERA FLORES, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2005, pp. 18, 37, 60 y 89; ver también D. SÁNCHEZ RUBIO, *Miradas críticas en torno al Derecho*, cit., p. 60.

nuestra cotidianidad y nuestra identidad cultural⁴⁷. En esta línea misma línea, Franz Hinkelammert defiende el proyecto utópico que posibilite la vida de todos los seres humanos, sin que haya ninguna expresión de marginación. Los humanos somos seres necesitados y las víctimas son la primera opción porque son quienes menos posibilidades tienen de vida o la poseen precariamente. Se alinea por un imaginario trascendental y de imposibilidad, pero que permite discernir posibilidades, en las que en ninguna sociedad deben existir ni excluidos, ni explotados, ni oprimidos, en definitiva, una sociedad sin víctimas.

El movimiento de liberación mexicano del EZLN con su reivindicación de *una sociedad en la que quepan todos*, lo refleja muy bien⁴⁸. No hay un modelo de sociedad previamente establecido ni apriorístico. Satisfacer las necesidades de cada uno y cada una de nosotros es un criterio y una racionalidad reproductiva que nos permite saber si la vida es o no es garantizada en función del reconocimiento mutuo de los sujetos. Por esta razón, Hinkelammert nos propone un criterio de discernimiento y un criterio de validez universal que sirve para enjuiciar modelos de sociedad en tanto que son válidas si incluyen a todos sus miembros y son inválidas si excluyen⁴⁹. Sin entrar en consideraciones concretas de qué o cuál vida es la mejor, sí fija el límite en el hecho de que la vida de unos, sea del tipo que sea, no debe implicar la imposibilidad de vivir por parte del resto. Asimismo, las condiciones de posibilidad de cada acción se logran afirmando la vida.

Para que el ser humano pueda desplegar sus capacidades humanas sobre la satisfacción de sus necesidades, para que pueda producir y reproducir mundos, tiene que vivir. De ahí la importancia que tiene asumir e incorporar una racionalidad y una ética de la vida y de lo vivo, una ética reproductiva que sepa resistir sensible y comprometida con el sufrimiento humano. Todo ser humano debe vivir y no ser sacrificado ni ser asesinado por un valor, un ideal, una institución, en definitiva, una producción o creación humana.

Sobre esta racionalidad reproductiva construye Enrique Dussel su arquitectónica de la ética (y la política) de la liberación bajo el rótulo de criterio y principio de producción, reproducción y desarrollo de la vida humana, cuyos pilares son formales, materiales y de factibilidad⁵⁰. Como criterio de

⁴⁷ J. BUTLER, *La fuerza de la no violencia*, cit.

⁴⁸ F. HINKELAMMERT, *Crítica de la razón utópica*, DEI, San José, 1985, p. 151.

⁴⁹ F. HINKELAMMERT, *Cultura de la esperanza y sociedad sin exclusión*, DEI, San José, 1995, p. 312.

⁵⁰ Ver E. DUSSEL, *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y la exclusión*, Trotta, Madrid, 1998; y Id., *Política de la liberación. Historia mundial y crítica*, Trotta, Madrid, 2007.

realidad, para que el ser humano pueda sentir, respirar, hablar, comunicar, crear, recrear, significar y resignificar mundos, debe vivir. Solo si estamos vivos podemos construir realidad. Por esta razón, tanto Hinkelammert como Dussel parten de la consideración de que la vida humana es el fundamento interno de la realidad. La vida humana (no abstractamente considerada) funciona como criterio que juzga sobre toda acción, tanto sobre aquello que la produce, reproduce y desarrolla como sobre aquello que la aniquila o degrada. No se refieren a ella como fin, ni como programa que se puede cumplir o en el que se fracasa. Se trata más bien de la condición para cualquier cosa, acción o evento que esté dentro de los marcos de la realidad histórica del ser humano. Sin vida de los sujetos, no hay educación, ni discusión, ni razonamiento, ni valoración, ni sentimiento.

Si trasladamos la mirada al mundo del Derecho y de los derechos humanos, hay una estrecha relación entre ambos con la administración de la vida y de la muerte de todas las personas del planeta, con nombre y apellidos. El pensamiento de liberación con este criterio y principio, proporciona fuentes de discernimiento para poder construir una cultura sensible en derechos, responsable y con conciencia de defender las condiciones de existencia humana, a partir de la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas que a todos nos permiten vivir. Para ambos pensadores, la vida humana y el mundo natural en el que está inserta, son el fundamento que limita el margen de posibilidades de la Humanidad. No todo es posible. La vida es lo debido.

Hoy en día, las más de cincuenta guerras extendidas por el planeta, no solo las de Ucrania y Gaza, el cambio climático, el deterioro y la deforestación del medioambiente y la biodiversidad, la desertización de las tierras, las migraciones forzadas, el incremento del odio y la xenofobia, el desarrollo ciego de las nuevas tecnologías, la cada vez mayor polarización y militarización de la Tierra con el dualismo amigo/enemigo y el riesgo del uso de armas nucleares y atómicas, etc., nos interpelan como especie. A partir de esta apuesta por lo humano como ser supremo y de sus condiciones de vida, todos y cada uno de nosotros sin excepciones, con nombres y apellidos debemos tener la posibilidad de construir y reconstruir mundos en todos los órdenes de la vida, enfrentando cualquier limitación, obstáculo o cierre que lo impide en el presente y en el futuro, sin caer en reproducir la cultura sacrificial, fetichista e idolátrica que mata y excluye a determinados seres humanos. Cualquier acción o política pública y privada, como mínimo, debe tener

en cuenta y apostar por las condiciones de existencia de todos los sujetos que conforman la Humanidad, porque la vida de cada persona es el soporte de todo lo demás⁵¹.

En este contexto tan adverso, en el que incluso parece que hay que pedir perdón por posicionarse en favor del pacifismo y en la no violencia, me gustaría recordar, porque creo que es pertinente con respecto a la finalidad de la razón reproductiva de Franz Hinkelammert y de Enrique Dussel, la fuerte disputa que se dio en los años cincuenta entre Albert Camus y Jean Paul Sartre sobre la justificación de la muerte de seres humanos por la defensa legítima del proletariado por la justicia social y de la que se hace eco Reyes Mate.

El escritor y premio Nobel francés defendía que nunca la muerte de un ser humano y, menos de un niño, estaba justificada. En cambio, el filósofo francés consideraba que la lucha de clases y la toma del poder por parte del proletariado, legitimaba la muerte y la caída de seres humanos por el camino⁵². Para Camus, el sufrimiento de un niño y de un inocente es incompatible con la lucha del proletariado contra la opresión y que Sartre defendía. Nuestro referente, reconociendo los fracasos de no lograrlo e intentando enfrentarlos, es que nunca debemos aceptar el sufrimiento, como injusticia, de nadie. No hay excepción. Un solo caso de injusticia es tan importante como todas las injusticias⁵³. Albert Camus señala en *El hombre rebelde* las contradicciones, las paradojas y los límites que cualquier valor o principio puede tener, como la dignidad, la libertad o la igualdad, para no sacrificar vidas humanas si se convierte en un absoluto, y después de analizar de qué forma en la historia de la lucha por la justicia o la dignidad humana en Occidente, se han utilizado medios contrarios a los principios y valores proclamados. Camus nos lanza la siguiente reflexión preguntando: “¿El fin justifica los medios?” Es posible. ¿Pero qué justifica el fin?”. Camus señala: “a esta pregunta, que el pensamiento histórico deja pendiente, la rebelión responde: los medios.”⁵⁴ Hay que reconocer un límite infranqueable, inviolable, que no se puede rebasar y que debería ser siempre respetado. Por el bien de todos, no

⁵¹ F. HINKELAMMERT, *Crítica de la razón utópica; Democracia y totalitarismo*, DEI, San José, 1987; Id., *Cultura de la esperanza...*, cit.

⁵² R. MATE, *El tiempo, tribunal de la Historia*, Trotta, Madrid, 2018, pp. 93 y ss.

⁵³ Idem, pp. 97 y 99.

⁵⁴ A. CAMUS, *El hombre rebelde*, en Id., *Obras completas*, tomo III, Alianza Editorial, Madrid, 1996, p. 341.

se pueden dar buenas razones para matar, ni sacrificando a un inocente⁵⁵. No hay razones éticas, solo estados de necesidad, autodefensas para sobrevivir que fracasan por los medios utilizados y sus resultados.

Afín a este razonamiento, Helio Gallardo remarca que, en contextos de sujeción y dominación, la praxis de liberación no debe tener como propósito eliminar al dominador, sino defender una sensibilidad, una espiritualidad y una cultura de amor, de respetos mutuos, de fraternidad sin cainismos, de crecimiento en humanidad con la que todos avancen inspirándose en el propósito de construir una sociedad sin exclusiones, sin colonizaciones, sin marginaciones, sin discriminaciones y sin explotaciones⁵⁶. Quien es humillado no debe convertirse en una nueva fuente de humillación hacia el que le humilló. Si se dan razones para matar, nos encontramos con un proceso de inversión de los derechos humanos con el que se construye una sociedad que justifica la existencia de víctimas y la vulneración de sus derechos. Lo veremos en el último apartado.

5.2. Imperativo categórico contra los procesos de victimización y la historia a contrapelo

En segundo lugar, el compromiso y la fe antropológica por lo humano plural, concreto y diferenciado es una semilla que puede ayudar a construir un mundo en el que quepamos todos y todas, junto con el respeto a la Naturaleza. Si hablamos de la universalidad de los derechos humanos, para que sea coherente, realmente efectiva y llegue al máximo de personas, tiene que ser construida sobre el rechazo de toda expresión de violación de derechos y de toda manifestación de injusticia social. Por esta razón, el compromiso por la dignidad universal sin modulaciones como marco de lo posible, se manifiesta responsablemente a través del denominado imperativo categórico contra todos los procesos que producen víctima y que Franz Hinkelammert retoma a partir de los planteamientos marxianos y del cristianismo originario.

Siguiendo la idea de Karl Marx sobre la supremacía del ser humano sobre el ser humano que ya señalamos, se da un paso más en el reconocimiento de la dignidad de toda la Humanidad, pasada y presente. Ahora

⁵⁵ R. MATE, *El tiempo, tribunal de la Historia*, cit., p. 95.

⁵⁶ H. GALLARDO, *Siglo XXI: militar en la izquierda*, Arlekin, San José, 2005; y Id., *Siglo XXI: producir un mundo*, Arlekin, San José, 2006.

el centro está en el humanismo de la praxis mencionado arriba y en lo que Hinkelammert dijo acerca de Pablo de Tarso sobre el Reino de Dios y la fe de Jesús (no la fe en Jesús), referido a *Gálatas*, 3, 26-29: “ya no hay judío ni griego, ni esclavo ni libre, ni hombre ni mujer”. Los protagonistas y los referentes para construir una sociedad sin injusticias y sin sufrimientos elegidos son los pobres, los plebeyos y los despreciados, que son la raíz de que se entiende por derechos humanos. Se trata de un proyecto de un humanismo de la praxis, un proyecto universal de justicia para toda la Humanidad que denuncia cualquier discriminación individual y cultural con base en las diversidades y las diferencias humanas. Su origen está en la tradición judía, donde los elegidos son las viudas, los huérfanos y los extranjeros que buscan refugio. Pablo de Tarso, en la *Primera carta a los Corintios* 1: 28, señala quienes son los elegidos por Dios en su declaración de igualdad: los plebeyos y los despreciados del mundo, que son los maltratados y los pobres perseguidos por quienes mandan⁵⁷. Nos encontramos con un Dios liberador que llama a oponerse a cualquier esclavitud y abre un horizonte de liberación de los seres humanos que orienta la praxis. La igualdad se convierte en la exigencia de la opción por los pobres. En ese horizonte que abre, el ser humano pasa a ser el protagonista como ser supremo, desde la afirmación de la vida como la vida de todos. Ya no lo es Dios.

Franz Hinkelammert señala que, tras múltiples expresiones en las que Dios va dejando de ser el ser supremo (en tanto que Dios es el ser supremo hay un sometimiento a las clases dominantes) y que culmina en la Modernidad, Karl Marx retoma ese testigo en su crítica de la religión. Para Marx esta crítica desemboca en la doctrina de que el hombre es la esencia suprema para el hombre y va seguida “del imperativo categórico de echar por tierra todas las relaciones que el hombre sea una esencia humillada, esclavizada, abandonada y despreciable,”⁵⁸ entendiéndolo como principio de acción liberadora y en respuesta a la ética kantiana de carácter más formal y epistémico. Con Pablo no se daban las condiciones para llevar a cabo la transformación, por no haber en su época sujetos humanos con capacidad de realizarla. Con la llegada de la Modernidad, se hace presente con la lucha de clases y con el papel del proletariado.

Para Reyes Mate, el que el hombre sea la esencia suprema para el hombre tiene que dar respuesta a cualquier situación de humillación, esclavitud,

⁵⁷ F. HINKELAMMERT, *Cuando Dios se hace hombre*, cit., pp. 65,164, 242-245.

⁵⁸ K. MARX y F. ENGELS, *Escritos sobre la religión*, cit., p.100.

abandono o desprecio del ser humano. Cuando la soberanía del ser humano es negada, esta soberanía se muestra realmente cuando enfrenta las situaciones de negación. Entonces, el sufrimiento se convierte en el lugar filosófico de la verdad⁵⁹.

Desde mi punto de vista, este imperativo contra la producción de víctimas va más allá del imperativo que Theodor Adorno reivindicó como deber de la memoria y con motivo de intentar impedir que surgiera, de nuevo, y que no vuelva a ocurrir la barbarie impensable de Hitler y el Holocausto y nada semejante. No se trata solo de orientar el pensamiento y la acción, de modo que Auschwitz no se repita⁶⁰. Va más allá, debiendo manifestarse incluso en situaciones de aparente normalidad y no solo en acontecimientos impensables, inesperados y de excepcionalidad.

El imperativo categórico contra los procesos de victimización, consiste en el hecho de denunciar y enfrentar las situaciones en la que cualquier ser humano sea denigrado, humillado, abandonado, sojuzgado, vejado y vilipendiado; implica una opción por quienes son producidos como víctimas (victimizados) por medio de lógicas y dinámicas de dominación, discriminación, opresión, exclusión y marginación, dando cuenta tanto analíticamente de las causas y condicionantes que las producen, como contribuyendo, colaborando y participando en la generación de dinámicas, prácticas y procesos que las enfrenten. Ese cuestionamiento implica saber percibir la fuente de los gritos que demandan un más real y socio-material contenido de lo universalmente justo. Cuestionamiento que hay que hacerlo siempre, porque en todo momento de la historia de la Humanidad hubo, hay y habrá víctimas.

No por otra razón, Reyes Mate afirma que “allí donde el hombre es más negado y entregado a una estrategia de destrucción de la condición humana, allí precisamente se hacen presentes las exigencias del ser humano, las demandas de justicia”⁶¹. Asimismo, según Ignacio Ellacuría, la mejor forma y el método más adecuado para percibir un derecho humano real y dinámico es el de negar aquella condición de esclavitud, debilidad y opresión que viola una dimensión vital y existencia de los seres humanos que se traduce y significa en términos de dignidad, de libertad o de derechos, ya que este estado o condición negadora es la que ofrece un dato temático primario que sirve de

⁵⁹ R. MATE, *El tiempo, tribunal de la Historia*, cit., p. 80.

⁶⁰ Th. W. ADORNO, *Dialéctica negativa*, Taurus, Madrid, 2005, p. 334; también ver R. MATE, *El tiempo, tribunal de la Historia*, cit., p. 13.

⁶¹ R. MATE, *Tratado de la injusticia*, cit., p. 70.

fuentes no solo de análisis, sino, principalmente, para poder hacer justicia enfrentándola y, de modo dialéctico, anulándola, mediante su superación crítica y transformadora. Por ello, la situación de sufrimiento e injusticia exige vislumbrar el problema de los derechos humanos, la justicia y la dignidad desde lo que es la raíz más profunda de esa realidad negadora que produce el daño y la inferiorización de unos sujetos por otros, pues la condición de esclavo, débil u oprimido no cae del cielo ni es “primigenia, ni tampoco consiste en una mera carencia, sino que es derivada de una estricta privación, de un despojo múltiple y diferenciado”, socio-históricamente producido⁶².

También, con una mirada afín al protagonismo de los despreciados, para el iusfilósofo mexicano de la liberación Alejandro Rosillo, “el sujeto por antonomasia de la praxis de liberación es la víctima que, adquiriendo consciencia de su situación, y en diálogo con otras víctimas, emprende acciones para dejar atrás, para superar, la situación que le niega las posibilidades de producir y reproducir su vida.”⁶³ Incluso basándose en los textos bíblicos, los derechos humanos son entendidos como una limitación de los privilegios de los poderosos a favor de los más débiles con el objetivo de crear y disfrutar una vida social más justa y fraterna. La integralidad de los derechos humanos está en función de la vida y a los medios de vida, como son la integridad física, la salud, el trabajo, la alimentación, la vivienda, la seguridad social, la educación y las libertades. Siguiendo a Leonardo Boff, a partir de las necesidades de los pobres se establecerían el orden de prioridades para su garantía⁶⁴.

Nadie puede ser subordinado ni ser discriminado por ningún otro ser humano, ni tampoco, por las instituciones que creamos (propiedad, dinero, mercado, Estado, religión). Estas deben estar en función del reconocimiento y la satisfacción tanto de nuestras necesidades, como de nuestras capacidades. Este imperativo categórico dirige la mirada tanto a las causas que ocasionan discriminaciones y opresiones como a las reacciones que las enfrentan. Por ello, los derechos humanos tienen en su reclamación frente a una injusticia a uno de sus componentes más importantes. Incluso Franz

⁶² I. ELLACURÍA, “Historización de los derechos humanos en los países subdesarrollados y oprimidos”, en J.A. SENENT DE FRUTOS, Juan Antonio (ed.). *La lucha por la Justicia. Selección de textos en Ignacio Ellacuría (1969-1989)*. Universidad de Deusto. Bilbao, 2012, pp. 298-299.

⁶³ A. ROSILLO, *Fundamentación de derechos humanos desde América latina*, Ítaca, México D.F., 2014, pp. 110.

⁶⁴ A. ROSILLO, *Liberación y justicia social*, cit., p. 107.

Hinkelammert subraya que es el punto de vista de los seres humanos de abajo, los oprimidos y explotados quienes conciben su libertad desde un más allá de aquella ley que no transgreden, pero que contribuye, aunque la cumplan, a seguir siendo victimizados y empobrecidos porque viven en sociedades desiguales que discriminan⁶⁵. Mostrándose los padecimientos de la comunidad de víctimas que sufre distintos procesos de inferiorización, dominación, marginación, humillación y exclusión y que busca subvertir el sistema que le niega las condiciones para la producción, reproducción y desarrollo de una vida digna de ser vivida, puede ser enriquecedor para poder reaccionar y no incurrir en ser causantes de equivalentes infamias y maldades.

Además, para Juan Luis Segundo, el Reino de Dios en Jesús al que se refiere Pablo de Tarso en la interpretación de Franz Hinkelammert, parece ser llamado como salida, por la propia historia de la deshumanización del hombre, historia que hay que enfrentar socio-históricamente intentando lograr que no existan los pobres, los empobrecidos y los victimizados para que todos puedan vivir en goce y plenitud de vida⁶⁶.

Por otra parte, en relación con la denuncia, la reclamación y la crítica a los procesos de victimización y a las luchas sociales, convendría recuperar las historias no oficiales de los vencidos y de los olvidados por la desmemoria de los vencedores. En la línea marcada por Walter Benjamin, para quien el sujeto de la historia es el lumpen, el que sufre, el oprimido, el que está en peligro, pero que lucha, protesta y se indigna⁶⁷. Nos permitiría ampliar nuestro horizonte de las demandas, reivindicaciones y reclamaciones contra diversos modos de ejercicio de poder.

Walter Benjamin empleó gran parte de su vida en comprender la historia de las clases sociales y los grupos oprimidos de todas las épocas y todos los continentes, los lumpen, pero poniendo especial atención a las víctimas producidas en el seno de la historia de la cultura occidental. El filósofo alemán era solidario con todos los que cayeron en nombre de la civilización, el progreso y la modernidad y por esa razón denunciaba, al igual que Bertolt Brecht, que todos los bienes culturales eran documentos de la barbarie, ya que nacen de las injusticias de clase, de la opresión social y con motivo de la

⁶⁵ F. HINKELAMMERT, *El grito del sujeto: del teatro-mundo del Evangelio de Juan al perro-mundo de la globalización*, DEI, San José, 1998, p. 116.

⁶⁶ J. L. SEGUNDO, *La historia perdida*, cit., p.165.

⁶⁷ R. MATE, *Medianoche en la historia*, 2ª edición, Trotta, Madrid, 2009, p. 20.

implementación de políticas de desigualdad y exclusión⁶⁸. Las historias oficiales se construyen siempre desde quienes vencen y oprimen, silenciándose las de los vencidos. Masacres y guerras suelen ser el vehículo de transmisión que se justifican blanqueando la sangre roja derramada por el sufrimiento y la esclavitud de la mayoría popular, deshumanizada y vilipendiada, en nombre de la razón, el bien común y el proceso de madurez, evolución y avance de la humanidad. De ahí la necesidad de visibilizar, recuperar, resignificar esas otras historias que vayan a contrapelo, que sean críticas y cuestionadoras de las opresiones y recuperen otras versiones del pasado basadas en luchas emancipadoras y de liberación. Porque las vidas de unos no pueden ser el trampolín para que otros vivan mejor, ni tampoco se puede permitir pisotear las florecillas al borde del camino. Ningún individuo singular puede ser el precio del progreso de la historia⁶⁹.

En lo que afecta a la historia de los derechos humanos, supondría conocer la historia de las luchas a partir de todos los colectivos y grupos humanos que en todos los continentes se han levantado contra las perversidades cometidas por los imperios de todo tipo con el capitalismo a la cabeza en nuestra época presente, los fundamentalismos idolátricos e inquisitoriales religiosos, contra cualquier ejercicio de poder que discrimina, explota, margina, oprime, victimiza por razones raciales, económicas, familiares, ideológicas, sexuales. Colectivos como pueblos o nacionalidades indígenas, luchas obreras, proletarias y campesinas, movimientos anticoloniales y luchas anti-racistas; movilizaciones y demandas contra patriarcalismos y heterosexismos, comunidades religiosas anti-idolátricas y con espiritualidades de fraternidad y ecuménicas, etc., suelen ser los de abajo silenciados, eliminados, ocultados e incapacitados como actores de las historias oficiales.

5.3. Contra idolatrías y endiosamientos. La inversión ideológica de los derechos humanos

Para terminar, de manera breve, me referiré a una de las consecuencias de tener en cuenta la fe antropológica por el ser humano, la racionalidad reproductiva y de desarrollo de vida, además de caminar teniendo como referente el imperativo categórico contra la producción de víctimas.

⁶⁸ Ver en este sentido M. LÖVY, *Walter Benjamin: aviso de incendio*, Boitempo Editorial, Sao Paulo, 2010.

⁶⁹ R. MATE, *Medianoche en la historia*, cit., pp. 70 y 91.

Los procesos de fetichización e idolatrización de las creaciones y producciones humanas consisten en endiosar y poner en una posición de superioridad algo que crea y produce el ser humano para gestionar sus relaciones consigo mismo, con sus semejantes y con la Naturaleza. La fuente de su dispositivo de funcionamiento guarda relación con la crítica de Marx a la sociedad burguesa y la destrucción que provoca el capitalismo por su ideal de progreso infinito y sin fin, desencadenado por la abstracción de las relaciones y el modo de desarrollar las ciencias y los avances tecnológicos. También alude a la relación entre el capital y el trabajo vivo que queda subordinado, cuando la capacidad de producción de los trabajadores y los trabajadores mismos se cosifican como medios de producción y mercancías tasables en el mercado, alienándolos y reificándolos. No obstante, los procesos idolátricos funcionan en un plano más general y más amplio. En un lenguaje teológico, aparecen cuando se sustituye un dios supremo por otros dioses supremos. Es decir, cuando se transforma cualquier objeto producido por el ser humano en sujetos superiores a este, teniendo como consecuencia que se termina sacrificando y destruyendo las vidas y condiciones de existencias de los seres humanos en nombre de esa creación o producto creado por ellos⁷⁰.

Sucede con cualquier producción humana. Aunque Franz Hinkelammert,⁷¹ los analiza con relación a dos mecanismos muy comunes en el ámbito de las ciencias empíricas y las ciencias sociales: a) en primer lugar, con los marcos categoriales de las ciencias sociales y empíricas; y b), en segundo lugar, con la razón utópica de los proyectos modernos de sociedades ideales y plenas y su relación con el arte de la política que juega con lo que es posible, lo que es deseable, lo que es imposible y lo que es factible. No voy a entrar a describirlos de nuevo en detalle, pues lo he hecho en otros trabajos⁷². Solo comentar que, en virtud del ideal de progreso infinito presente en el imaginario científico y político, se producen procesos de mala infinitud que repercute sobre las condiciones de existencia de los seres humanos. Las consecuencias nefastas se ocasionan cuando, por ser los conceptos trascendentales utilizados imposibles de alcanzar en su perfección y nunca serán hechos en la realidad, provocan la destrucción de lo humano y se sacrifica la realidad de lo posible y de lo factible, al caer en un proceso de regresión asintótica y de mala infinitud. Tanto los marcos categoriales de las ciencias

⁷⁰ F. HINKELAMMERT, *Crítica de la razón utópica*, cit., pp. 22 y 23.

⁷¹ Ídem, pp. 21, 23, 26-27.

⁷² D. SÁNCHEZ RUBIO, *Filosofía, derecho y liberación*, cit., pp. 191; y Id., *Miradas críticas*, cit., pp. 55 y ss.

sociales y empíricas como la racionalidad utópica de los proyectos modernos de sociedades ideales y plenas, utilizan conceptos e ilusiones trascendentales. Desde ellos construimos espacios imaginados que no existen en la realidad con los que elaboramos mundos sin imperfecciones y abstractos. El error y el problema aparece cuando perdemos la funcionalidad y el propósito de esos ideales de perfección que están destinados a establecer el marco de lo que es posible y de lo que es factible, porque no hay que entenderlos como fines en sí mismos a los que hay que acudir como destino final. Eso implicaría arrasar con todo lo que impide lograrlo. Se convierten en procesos de mala infinitud por ser inalcanzables. En cambio, hay que usarlos como muletas o mapas mentales con los que poder modificar, mudar, transformar la realidad en función de la vida de los sujetos humanos y las condiciones que la posibilitan. La ilusión de perseguir y realizar lo ideal, lo perfecto y lo imposible desvirtúa la persecución y la realización de lo que sí es posible para poder existir⁷³.

A nivel más general, si el ser humano debe ser siempre el referente en toda producción y entorno relacional, el problema de la fetichización y la idolatrización aparece cuando no se le reconoce su condición de dignidad, se le rechaza y se le pierde como horizonte de sentido y como bandera en los objetivos y medios destinados a gestionar las sociedades. Cualquier producción humana debe tener como referente las necesidades y las condiciones de existencias dignas de los sujetos protagonistas de esas creaciones y mediaciones: los seres humanos con nombres y apellidos, sin excepciones. El Derecho, el Mercado o los mercados, el Estado, cualquier ideología o creencia religiosa, la comunidad de comunicación, etc., son instrumentos y producciones que deben estar en función de nosotros y no, al revés, nosotros estar en función de ellos. Pero intentaré aclarar mejor esto con un ejemplo. Si hacemos referencia a la enseñanza de los Evangelios, en concreto, la recogida en *Mt.* 2: 27-28 sobre el sábado, y si se hizo para el hombre y no el hombre para el sábado, proyectemos a continuación la misma pregunta, pero con cualquier otra mediación o producción humana. Por ejemplo, sustituyamos el sábado por el Mercado, ¿se hizo y se hace el Mercado para el ser humano o el ser humano para el Mercado?, o sustituyámoslo por el Estado: ¿se hizo y se hace la institución del Estado para el ser humano o el ser humano para el Estado? Lo mismo podemos hacer con el Derecho: ¿es el Derecho que generamos para el ser humano o el ser humano es para el Derecho? Asimismo, ¿el ser humano debe estar en función de una espiritualidad religiosa o toda manifestación

⁷³ Idem, p. 56 y 57.

religiosa debe estar en función del ser humano? Siguiendo con más interrogantes: ¿la mayoría de la Humanidad está supeditada a distintas expresiones del trabajo o casi todos los humanos estamos en función de un trabajo que depende de algo superior, el capital? ¿O sucede lo contrario, esas distintas formas de trabajo y el capital están al servicio de los seres humanos? Y así podemos seguir sucesivamente y hacernos la misma reflexión sobre el concepto de ciencia, de nuevas tecnologías, de desarrollo, de fe, de ideología, de propiedad privada o de valores como la libertad y la igualdad y, también con el modo como interpretamos los derechos humanos y la idea de Humanidad. ¿Los entendemos en función de los seres humanos o como seres humanos nos subordinamos a ellos? Evidentemente, una cosa es lo que debería ser y otra lo que es y realmente pasa en nuestra realidad. Pocos somos los humanos que privilegiadamente podemos estar fáctica y realmente por encima de un Estado, un Mercado, un trabajo, un capital, una propiedad privada, un desarrollo o una libertad que anula, somete, humilla, empequeñece y aliena, de múltiples maneras, a la gran mayoría de la Humanidad. Mientras que la realidad nos dice lo contrario de lo que debe ser, pues por lo general, todos los humanos estamos subordinados a nuestras propias producciones que fetichizamos e idolatramos, la fe antropológica que describí arriba reclama el referente humano como ser supremo para subvertir esa realidad alienante y para que siempre sea el sujeto protagonista y destinatario de todo lo que crea relacionamente.

Para terminar, decir que, curiosamente, este dispositivo o esquema de comportamiento de idolatría y fetichización también aparece proyectado sobre el modo como se aplican, garantizan, reconocen y defienden los derechos humanos. Este problema tiene su dilema en términos de derechos y como una de sus principales paradojas, con los denominados procesos de inversión o reversión ideológica de los derechos humanos, en la terminología de Franz Hinkelammert y Helio Gallardo⁷⁴. Aparecen cuando se imposibilita, se impide, se coarta y se sanciona cualquier derecho humano o reivindicación a favor de la dignidad humana en nombre de otros derechos, es decir, cuando para defender y garantizar determinados derechos, se vulneran, simultáneamente, otros derechos, ya sea en nombre del progreso, de la fe, de la ciencia, del libre mercado o de la misma democracia.

⁷⁴ F. HINKELAMMERT, *Democracia y totalitarismo*, cit.; y H. GALLARDO, *Teoría crítica: matriz y posibilidad*, cit.

En términos de relaciones de poder, el ya mencionado arriba, método de la acción dominante que orienta el modo como se puede reaccionar ante los entornos de las relaciones humanas, en tanto que es el sistema director y el principio directriz de los procesos ideológicos, de los contenidos concretos y específicos que deben orientar las acciones humanas, así como de las formas de producción de los valores sociales con sus prácticas, que siempre están presentes en el mundo del Derecho, cuando se cuestiona, se justifica violar los derechos de quienes lo interpelan, critican y demandan. Cuando se impide a un ser humano su capacidad socio-material de reaccionar culturalmente frente al mundo, de reaccionar frente a sus entornos relacionales para establecer una vida digna, cuando se anula y limita su potencialidad para construir los medios y las condiciones necesarios que posibiliten la capacidad de hacer y des-hacer mundos o cuando se discrimina a un pueblo negándole la capacidad para producir su Humanidad y todo ello se hace en nombre de los mismos derechos humanos, aparece la inversión ideológica de los mismos.

Suele ser un comportamiento propio de nuestra cultura jurídica y política, que se activa cuando establece un orden de prelación jerárquico de principios, valores, mediaciones e instituciones (p.e. la libertad, la propiedad privada y el mercado competitivo) y los defiende y protege vulnerando y violando los derechos de quienes lo confrontan o, simplemente, de quienes son ignorados porque no entran dentro del patrón o modelo de lo que, desde ese orden de prelación, se considera como humano. El mismo discurso de los derechos humanos se modula, se revierte y se pone entre paréntesis dependiendo a quiénes, cuándo, dónde y cómo se les reconoce o no se les reconoce su dignidad y libertad, por razones raciales, religiosas, etno-culturales, de clase, de sexo y género, etarias, etc. Esta inversión ideológica de los derechos es más general, más estructural y, también, más violenta, pues implica todo un mecanismo de suspender la Humanidad de quienes se oponen al orden de derechos predominante y jerarquizado, quienes terminan siendo acusados de cometer un delito de *lesa humanidad*⁷⁵. Se trata de calificar a un colectivo como un enemigo de todo lo humano, que pierde por ello toda su dignidad. La consecuencia es que se mata sin escrúpulos a quien pone en peligro el sistema.

Termino señalando que, para Franz Hinkelammert, la primera gran inversión ideológica de los derechos humanos sucedió con el mensaje del cristianismo originario de su primera etapa, y que estaba basado en una de las

⁷⁵ F. HINKELAMMERT, *El grito del sujeto*, cit., p. 136.

versiones de la tradición hebrea enraizada a partir de los mandatos ético de “no matar” y del “amor al prójimo”. Cambia y pasa de ser un mensaje pacifista que no puede constituir ni afirmar ningún imperio, ni tampoco es útil ni sirve para ninguna política del poder, a convertirse en una religión del imperio que da buenas razones para matar, y modula y casi elimina el reclamo ético del amor al prójimo. Y afirma: “quien piensa el mundo a partir de un principio que es el no al matar, difícilmente puede cristianizar al imperio que se basa sobre la dinámica de dar las buenas razones para matar.”⁷⁶ Posteriormente, a lo largo de la historia de Occidente, en todos los procesos revolucionarios han sucedido múltiples “termidores” que han invertido y revertido el mensaje de dignidad, liberación y emancipación de los de abajo, de los pueblos desposeídos, victimizados y sufrientes, resignificándose en su contrario, para pasar a ser nominado por los de arriba, por las clases dominantes. En nuestro presente, la ideología neoliberal del poder dominante lleva una lucha de clases desde arriba, donde los derechos humanos dejan de ser criterio de toda acción social, pasando a ser el mercado. Funcional a esta institución, los derechos se reducen a una minoría privilegiada de la Humanidad. Pero este es un tema que ahora no voy a tratar⁷⁷.

DAVID SÁNCHEZ RUBIO

Departamento de Filosofía del Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de Sevilla.

c/ Enramadilla, 18-20.

41018 Sevilla.

e-mail: dsanche@us.es

⁷⁶ Idem, p. 149.

⁷⁷ F. HINKELAMMERT, *Cuando Dios se hace hombre*, cit., pp. 20 y 21.

DERECHOS HUMANOS: USOS, ABUSOS, DESUSOS Y DEMÁS*

HUMAN RIGHTS: USES, ABUSES, DISUSES AND OTHERS

ANDRÉS ROSSETTI

Universidad Nacional de Córdoba

<https://orcid.org/0009-0003-1804-2364>

Fecha de recepción: 6-3-25

Fecha de aceptación: 20-3-25

Resumen: *El texto busca analizar críticamente el uso de la expresión “derechos humanos” en la práctica cotidiana. Se cuestionan, a su vez, en razón del mal uso y el escaso resultado positivo logrado desde su aparición, las alternativas a seguir para defender la causa y los objetivos iniciales de los derechos humanos.*

Abstract: *The text seeks to critically analyze the use of the expression “human rights” in everyday practice. The alternatives to be followed to defend the cause and the initial objectives of human rights are questioned, in turn, due to the misuse and the few positive results achieved since its appearance.*

Palabras clave: derechos humanos, usos, prácticas, alternativas, perspectivas
Keywords: human rights, uses, practices, alternatives, perspectives

* He discutido este texto en distintas ocasiones. Destaco en particular las disertaciones en la Universidad Carlos III de Madrid el 24 de abril del 2017, en la Università degli Studi di Milán el 6 de junio del 2017 y en la Universidad Torcuato Di Tella de Buenos Aires el 6 de noviembre del 2017. En todos los casos han surgido comentarios, aportes, interrogantes que han sido de extrema utilidad para la redacción de este escrito y por tanto agradezco a quienes participaron e intervinieron. Por cierto, la responsabilidad de lo dicho es sólo mía.

1. INTRODUCCIÓN

Los “derechos humanos” constituyen una presencia constante en la vida de las personas. Se los invoca continuamente, se los reclama, se argumenta sobre los más variados aspectos en base a ellos, se los menciona en infinitas ocasiones, se los tiene en cuenta en casi todas las discusiones y debates, sean políticos, económicos, morales, sociales, entre otros. Puede decirse, siguiendo a Bobbio, que vivimos el tiempo de los derechos humanos¹.

Pese a ello, y a lo que podría considerarse la carga emotiva favorable que tiene la expresión, parece necesario realizar un análisis *crítico* sobre el tema porque si bien su invocación es constante e importante en los tiempos que vivimos, su lenguaje, su mensaje y su utilización se constroen con una realidad fáctica que parece no tenerlos tan en cuenta, al menos si lo que se considera son los resultados efectivos. En efecto, hoy no se visualiza un gran progreso –y hay incluso retrocesos– en su implementación a nivel global y en las diferentes zonas del planeta².

Lo que sigue son ideas en desarrollo, pero que considero importante compartir para reflexionar y debatir³. Por cierto, el principal impulso puede estar dado, en buena medida, en razón de lo que –con vaivenes– sucede en mi país, Argentina, en Latino-América, pero también en todo el mundo, en donde encontramos fuertes retrocesos en materia de derechos. A su vez, diferentes textos leídos en tiempos recientes no han hecho más que aumentar las dudas e inquietudes que aquí desarrollaré⁴.

¹ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Turín 1990. Téngase presente la fecha en que lo dice. No caben dudas que sigue siendo válido en la actualidad, esto más allá de que pueda o no acordarse con la frase o bien que pueda considerarse paradójico que así sea frente a la situación de la mayoría de las personas en los tiempos actuales. En efecto, C. DOUZINAS, “The paradox of Human Rights”, *Constellations*, vol. 20, núm. 1, 2013, p. 51 señala, con razón: “If the twentieth century is the epoch of human rights, their triumph is, to say the least, something of a paradox”.

² Entre los muchos documentos y textos que pueden visualizarse para corroborar lo dicho cito los de Oxfam. El último de ellos se titula: El saqueo continúa: Pobreza y desigualdad extrema, la herencia del colonialismo, 2025 que puede visualizarse en este link: <https://www.oxfam.org/es/el-saqueo-continua-pobreza-y-desigualdad-extrema-la-herencia-del-colonialismo>

³ A su vez, deseo destacar que estas ideas se vinculan, en buena medida, con el avance de la edad, con planteos y cuestionamientos relacionados con mi propia biografía, mis estudios, mis ilusiones, mis esperanzas y, particularmente, mis desesperanzas.

⁴ Se trata de muchos textos. Señalo, entre los principales: B. CLAVERO, *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2014; N. PERUGINI y N. GORDON, *Il diritto umano di dominare*, Nottetempo, Roma, 2016. Existe versión en inglés *The*

2. ALGUNAS PREGUNTAS, HIPÓTESIS Y ESTIPULACIONES

Como se acaba de señalar, no puede negarse que los “derechos humanos” están omnipresentes en nuestras vidas. El discurso de los derechos humanos se ha “apoderado” de nosotrxs, eso parece claro. Las cuestiones a preguntarse, como derivación de ello, pueden ser: ¿Esto se debe a qué razón? ¿Es una cuestión “ideológica”? ¿Es una cuestión “estratégica”? ¿Es por razones religiosas? ¿O “políticas”? Por cierto, los interrogantes presentados no pretenden, ni remotamente, ser exhaustivos ni tampoco excluyentes. Me detengo en dos puntos que guiarán lo que sigue y que considero fundamental tener presente:

- a. ¿Estamos hablando de lo mismo cuando nos referimos a los “derechos humanos”?
- b. ¿Cuál es el uso y la estrategia del discurso de los derechos humanos y, en particular, cuáles son sus “efectos”?

Mis hipótesis iniciales en relación con lo preguntado son: 1. No hablamos de lo mismo cuando nos referimos a los derechos humanos, pese a que se sostenga, a veces, la “evidencia”, el consenso unánime y que todxs saben lo que son a más que todxs los defienden⁵. 2. Creo que los usos y estrategias que se realizan con los derechos humanos son bien distintos según quiénes sean los actores (o las actrices), cuáles sean los intereses y las circunstancias y demás aspectos que estén en juego.

Agrego algo más: los derechos humanos –su discurso– ha cambiado con el tiempo –lo que puede haber sido incluso “estratégico”– pasando de ser, inicialmente, un discurso que podríamos denominar “progresista”, en defensa de los más débiles, vulnerables y oprimidxs, a lo que es en el momento actual que puede considerarse “de transición”, ya que hoy, claramente, hay una mezcla en el discurso donde se visualiza una fuerte “apropiación” del

Human Right to Dominate, trad. A. Aureli, Oxford University Press, Oxford, 2015; W. BROWN, *El pueblo sin atributos. La secreta revolución del neoliberalismo*, trad. V. Altamirano, Malpaso, Madrid, 2016; S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, trad. P. Bassotti, Luiss, Roma, 2019; N. FRASER, *Cannibal capitalism. How our system is devouring democracy, care, and the planet - and what we can do about it*, Verso, Londres, 2022; Y. VAROUFAKIS, *Tecno-feudalismo. El sigiloso sucesor del capitalismo*, trad. M. Valdivieso Rodríguez, Ariel, Buenos Aires, 2024.

⁵ Afirma S. LUKES “El principio de que los derechos humanos deben defenderse se ha convertido en uno de los lugares comunes de nuestro tiempo” en S. LUKES, “Cinco fábulas sobre los derechos humanos” en S. SHUTE, y S. HURLEY, (eds.), *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993*, trad. H. Valencia Villa, Trotta, Madrid, 1998, p. 29.

mismo por parte de los sectores más reaccionarios, conservadores y poderosos con el fin de mantener sus privilegios y beneficios, ello en nombre de los derechos humanos. Esto pese a que paradójicamente en tiempos actuales también se los denosta, según la conveniencia o por otras razones, en particular a algunas clases de derechos, generalmente los colectivos, los económicos y sociales, entre otros. Por tanto, si los derechos humanos –su discurso– sirve, en buena medida, para lo contrario de lo que, al menos nominal y supuestamente, generó su surgimiento parece necesario concentrarse en la cuestión y reflexionar al respecto.

En base a lo dicho, con la intención de lograr un lenguaje común, es posible preguntarse: ¿Qué “son” (o, mejor dicho, a qué le llamamos⁶) los derechos humanos? Pareciera que hay consenso en favor de los derechos humanos, de eso hay pocas dudas, pero esas “certezas” empiezan a terminarse cuando se plantea aquella pregunta. En este sentido, vale decir que “*Estamos de acuerdo acerca de los derechos, pero a condición de que nadie nos pregunte por qué*”⁷ y menos aún por su contenido.

Un aspecto relevante a tener en cuenta es el que se plantea si los derechos humanos son derechos jurídicos o derechos morales. Tomo posición –por su inextricable relación con todo lo que se dice a continuación y con el enfoque del presente texto– por la que considera los derechos humanos como “jurídicos”⁸, pese a la indeterminación que este mismo término comporta en sí mismo.

Hay, a su vez, expresiones similares como derechos naturales, derechos del hombre, derechos constitucionales, derechos básicos, derechos fundamentales, entre otras a las que se les asignan diferencias, en algunos casos muy sutiles, pero para este trabajo usaré la expresión “derechos humanos” en la forma estipulada y que tiene una buena dosis de inclusión de todos ellos sin detenerme en las diferenciaciones que puedan atribuírseles⁹.

⁶ Decir que “son” denota una cierta idea “esencialista” de los derechos humanos. En mi opinión los derechos humanos no tienen nada de “esencial” sino que se trata de construcciones, estipulaciones, acuerdos, decisiones o bien imposiciones en base a la razón, el poder o tantos otros elementos, todos ellos de parte de los seres humanos.

⁷ L. HUNT, *La invención de los derechos humanos*, trad. J. Beltrán Ferrer, Tusquets, Barcelona, 2009, p. 18.

⁸ En consonancia con G.R. CARRIÓ, *Los derechos humanos y su protección. Distintos tipos de problemas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, por lo que considero los derechos humanos en el sentido que los plantea el derecho internacional y regional de los derechos humanos.

⁹ Ver G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999, pp. 21 y ss.

3. SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

Cabe manifestar que el origen de la expresión “derechos humanos” es muy reciente¹⁰. Se suele citar como razón para el desarrollo de los derechos humanos –entendidos, como ya se señaló, estos, a su vez, como aquel cúmulo de normas (y prácticas) que se dan en el derecho internacional y regional de los derechos humanos– el hecho que buena parte de la humanidad se vio envuelta en la llamada Segunda Guerra Mundial (1939-1945) que incluyó el terrible holocausto –que no ha sido el único, por cierto, ya que incluso hoy existen situaciones que pueden considerarse tales– vivido en particular por las personas hebreas lo que generó o justificó discursivamente la creación de Naciones Unidas y, con ella, la aparición de los derechos humanos. Este surgimiento de los llamados “derechos humanos” en su concepción “actual” se supone que obedeció al objetivo supuestamente “real” (más allá de la imposibilidad de saber las reales o ficticias intenciones de quienes los impulsaron) y seguramente declarado de lograr un mundo mejor, más igualitario, menos injusto: los derechos servirían para esos fines, en particular para liberar, para proteger a lxs más oprimidxs, a lxs más indefensxs, a lxs más desamparadx, etc. Dice Flores¹¹:

“Come strumento per limitare e trasformare il potere in sintonia con idee di libertà e giustizia, di uguaglianza e dignità della persona, la battaglia dei diritti umani è stata quasi sempre una forma di mobilitazione dal basso, anche se spesso sono stati necessari l’ausilio e l’intervento di qualche potere perché essa potesse affermarsi e consolidarsi”.

Por cierto, los derechos humanos en su creación fueron pensados y estipulados como derechos “universales”, es decir válidos para todos los seres humanos como principal característica. Esto pese a las dificultades enormes existentes en relación con las diferencias culturales desde lo teórico pero fundamentalmente desde lo práctico con la determinación que los intermediadorxs para el cumplimiento de los derechos fuesen los Estados con sus ciudadanías que marcan grandes diferencias ya desde el nacimiento de los seres humanos supuestamente iguales, según lo que se establece discursivamente,

¹⁰ M. ATIENZA, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 207 señala “El consenso actual en torno a los derechos humanos es, en efecto, un hecho cargado de significación, como lo prueba el que sólo se haya llegado a él en época muy reciente: tras la segunda guerra mundial”.

¹¹ M. FLORES, *Storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bolonia, 2008, p. 10.

en ese momento. A su vez: ¿son universales los derechos o más bien contextuales? Quedan pocas dudas de que se trata de lo segundo, pese a que el discurso hegemónico sostiene lo contrario. ¿Es posible la universalidad? Todo indica que no¹², sin embargo, cuando se piensan los derechos humanos y sus caracteres, se suelen presentar los siguientes en relación con ellos, afirmando que “son”¹³:

1. **Inalienables**, es decir irrenunciables, imprescriptibles;
2. Tienen un presunto carácter de **Absolutos**, en el sentido de válidos con independencia del contexto¹⁴;
3. **Universales**, es decir que se adscriben a todos los seres humanos;
4. **Eternos**, o ahistóricos; y,
5. Derechos basados en la idea de la **igual dignidad humana**.

Estos caracteres suelen ser presentados en los textos en los que se estudian los derechos humanos. Sin embargo, otra forma de caracterizarlos puede ser la que los considera en el siguiente modo:

1. **Construidos socialmente**, o sea, que pueden darse y quitarse;
2. **Contingentes**, su contenido depende del contexto;
3. **Particulares**, es decir específicos de cada cultura;
4. Limitados temporalmente, **históricos**, abiertos al cambio; y,
5. Derechos basados en la **utilidad**, el poder.

Después de la lectura de este segundo grupo de caracteres, si se acuerda con ellos, se hace difícil seguir aceptando el primero, ya que ambos grupos se contradicen. En efecto, el primer grupo de caracteres puede afirmarse que se

¹² He trabajado este tema en A. ROSSETTI, “La universalidad de los derechos humanos en el derecho internacional”, *Derechos y Libertades*, núm. 13, 2004, pp. 67-85.

¹³ La traducción del inglés me pertenece. En el original se presenta así: “1. inalienable as opposed to socially constructed, given and taken; 2. absolute - qualified, contingent, content dependent on context; 3. universal - particular, culturally specific; 4. eternal, ahistorical - historicist, evolving, open to change; 5. based on equal human dignity - based on utility, power. Esquema tomado de P. ALSTON y R. GOODMAN, *International Human Rights. The successor to international human rights in context. Texts and materials*, Oxford University Press, Oxford 2013. Coloco las comillas “son” porque es claro que los derechos en sí no “son” esencialmente nada, sino que somos los seres humanos –en sus variadas formas y con sus distintos roles– quienes determinamos que vamos a entender por ellos (ver nota al pie 6).

¹⁴ Por cierto, este carácter puede tener (como los otros) características muy puntuales. Por ejemplo, en relación con el criterio de “absolutez” F. LAPORTA, en una concepción que entiende a estos derechos como “morales”, señala que esto se da “prima facie”, que podría decirse que se entiende como “en principio”. Vid. F. LAPORTA, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 22-46. Link: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/n-4---1987/>

mueve en el campo del “deber ser” (por supuesto, no queda claro de quién y menos aún cómo se determina el mismo) mientras que el segundo lo hace en el del “ser”. Uno parece moverse, a su vez, en lo que podría decirse que es lo “teórico” (real o declamado) mientras que el segundo lo hace en el mundo de lo empírico. Podría seguir diferenciando, pero es claro que, en algún sentido, los dos grupos de caracteres son “válidos”, ya que reflejan aspectos que se les atribuyen o “tienen” los derechos humanos. Sin embargo, el primero pretende moverse en el mundo de lo ético –con sus enormes problemas de determinación– que busca imponerse en el campo de lo jurídico (y otros) y el segundo lo hace más en el campo de la sociología, lo político pese a que, a su vez, muestra la faz “práctica” de lo jurídico.

Relacionado con los caracteres, se presenta la cuestión de la decisión de cómo se define cuáles son estos derechos. Incluso antes de esto valen las preguntas: ¿Qué es el derecho? ¿Para qué sirve y cuáles son las funciones del derecho? ¿Es, a su vez, el derecho internacional o regional “derecho”? Las respuestas aquí exigirían muchas páginas y no pretendo detenerme en ello. Simplemente, en forma sintética, cabe manifestar que el derecho no es simplemente “norma” (o conjunto de normas y menos aún ellas vinculadas con “lo justo” como se lo suele presentar) sino que se trata de una *práctica social disciplinadora* que es la que logra imponerse para “orientar” / disciplinar / determinar las conductas y reglas que se siguen y cumplen en una determinada sociedad¹⁵. Por tanto, en relación con sus funciones, estas dependen del uso de esas “prácticas” y según quién las defina o imponga: pueden ser prácticas que buscan “liberar” a las personas, facilitar su convivencia o bien para mantener un *status quo*, privilegios o incluso prácticas para dominar, oprimir o explotar y, por cierto, una infinidad de posiciones intermedias¹⁶. Es decir, el derecho cumple la función que determine quién lo define. Por cierto, esa definición es una construcción que reconoce a muchas partes, pero en cada caso hay puntos finales que lo determinan. Esas últimas definiciones, basadas en distintas fuentes, con diferentes argumentos y demás, es lo que termina sien-

¹⁵ Sobre el tema la bibliografía es interminable. Dos textos relevantes e importantes, a título ejemplificativo, sobre el tema son H. L. A. HART, *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, trad. G. Carrió, Buenos Aires, 1998; C. S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1984. También J. R. CAPELLA, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Trotta, Madrid, 2008.

¹⁶ M. ATIENZA, *El sentido del derecho*, cit., en especial el cap. 6, pp. 145-171 y C. M. CARCOVA, “Acerca de las funciones sociales del derecho” en E. E. MARÍ et al., *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, pp. 203-218.

do “derecho”. Al respecto a lo largo de la historia el derecho, así entendido, ha tenido y tiene serias connotaciones patriarcales, racistas, clasistas, supremacistas, coloniales, misóginas, especistas, por citar algunas, en razón que esa determinación y definición ha pasado y pasa por sujetos con estas características que, por tanto, se plasman en la determinación de las prácticas que lo constituyen en una determinada sociedad (global, regional, nacional o local) y en un determinado momento. Los derechos humanos, en tanto y en cuanto “jurídicos”, no escapan a lo dicho, como así también, por cierto, el derecho internacional (y regional), más allá de lo problemático que comporta afirmar que este derecho sea tal. En efecto, carece de dos elementos claves para determinar lo jurídico: la coerción y una autoridad “legítima”. En referencia con esto último, y en relación con las “autoridades” del llamado derecho internacional (y regional), o sea excluyendo otros “derechos” como podría ser el transnacional que no parece ser aceptado como derecho, cabe preguntarse: ¿Qué grado de “legitimidad” tiene? Por cierto, determinar lo legítimo y sus criterios es bien problemático, pero en relación con “lo jurídico”, más allá de lo polémico que comporta adoptar esta posición, esto parece definirse por “lo estatal”, lo que no deja de ser un criterio particularmente débil. A su vez, puede hablarse, desde otra óptica, de una legitimidad de origen y otra de ejercicio: en ambos casos los organismos del derecho internacional no quedan bien parados. Otro aspecto: ¿es el derecho internacional “democrático”? Debiéramos incursionar en el concepto de democracia, pero sin necesariamente hacerlo, la respuesta que surge espontánea se inclina por la negativa. Por último, el derecho internacional y la universalidad de los derechos chocan, de forma evidente, con la delegación en los estados su realización y control a más que el establecimiento de las ciudadanía nacionales confieren a las personas diferentes *status* desde el momento del nacimiento en base al Estado en que lo hacen (y que por cierto, no es el único criterio que contradice la universalidad de los derechos, ya que hay muchos otros).

No obstante lo dicho, no puede negarse que la evolución desde 1945 en relación con el sistema universal y los sistemas regionales de derechos humanos ha sido incesante, intensa, profunda. Cada vez hay más tratados, declaraciones, convenciones, pactos junto con órganos, comisiones, tribunales que, al menos declamativamente “protegen” los derechos humanos en distintas formas y en distintas categorías y niveles. Por cierto, se crean órganos de protección y monitoreo pero es necesario ver no solo quien crea el órgano, al igual que quien y por qué consagra “el derecho”, sino como se conforma, quien lo domina, como

se toman las decisiones, etc. y esto hace que sus decisiones tengan algún valor importante o escaso en relación con la *real* protección, pese a que casi todas, en el derecho internacional, no dejan de ser meras recomendaciones.

En otro orden de problemas, una vez que se admite que existen los derechos humanos, vale cuestionarse la importancia de lo que significa tener un derecho que deriva o deviene de ellos. ¿Basta con que un derecho esté consagrado en “la norma” con independencia de que se cumpla o no? Esta es una concepción muy débil. Al menos se tiene que poder exigir, ante alguna autoridad o sujeto, que se cumpla. De todos modos, ese reclamo puede o no ser acogido, por lo que para afirmar que existe un derecho, en realidad, este debe verse satisfecho y cumplido¹⁷, lo que, incluso, no está exento de muchos otros problemas: ¿cuándo puede considerarse que está realmente “cumplido” un derecho¹⁸? Esto, al margen, por cierto, de los criterios individuales y subjetivos que siempre están presentes para poder responder a esta pregunta, tan relacionada a su vez con los contextos, las culturas y los diferentes marcos posibles de análisis como el individual, social, estadual, global, etc.

Una disputa y controversia de difícil solución, vinculada estrechamente con lo que se viene presentando, se conecta con la dicotomía de la conveniencia, o no, de más y nuevos derechos o, en cambio, si conviene que ellos sean pocos lo que hace suponer –pero no es para nada descontado– que por ello hay más posibilidad que se cumplan. Es una discusión vinculada con el minimalismo de los derechos, su llamada “inflación” y con las estrategias para los que estos sirven en relación con sus fines. No hay respuestas unívocas y siempre ellas se relacionan con los intereses, la ideología y el poder. Lo que sí es claro es que la aparición –por distintas razones– de nuevas necesidades e intereses hacen que con el pasar del tiempo se vayan exigiendo y reclamando nuevos derechos para grupos específicos: mujeres, niñxs, personas con habilidades especiales, adultxs mayores, personas LGBTQ entre muchos otros que llevan incluso a incluir a grupos en sí, o sujetos no humanos como los animales, los robots o la misma naturaleza en sí¹⁹. Es decir, la titularidad de los derechos, según cómo se los determine en la “práctica social”, hace que lxs titulares –tanto activxs como pasivxs– de los

¹⁷ R. GUASTINI, “Diritti”, *Distinguendo*, Giappichelli, Turín, 1996.

¹⁸ He reflexionado sobre este aspecto en A. ROSSETTI, “¿Mínimos o proporciones? Reflexiones sobre el cumplimiento y respeto de los derechos (sociales)” en S. RIBOTTA y A. ROSSETTI (eds.), *Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 37-63.

¹⁹ Vid. T. MAZZARESE, “Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?”, *Ragion Pratica*, núm. 26, 2006, pp. 179-208.

mismos puedan ser muy diferentes. Lxs primerxs –quienes tienen la potestad, libertad, privilegio, inmunidad, garantía reconocida por el derecho– varían según lo dicho y, por cierto, aquí vale lo relatado sobre lo normativo y lo real. Menos trabajado, pero para nada menos importante, es la cuestión de quiénes son lxs titulares pasivxs, es decir lxs sujetos que están obligados al respeto de los derechos y a hacer posible que se cumplan. Aquí depende, precisamente, de lo que determine “el derecho” y sus categorías van desde solamente el Estado a sólo algunxs sujetos según las circunstancias. Por supuesto, desde el punto de vista teórico las opciones son mucho mayores e incluyen a todos los seres humanos, grupos económicos, sociedades, etc. y se relaciona, también, con una categoría que puede ser considerada igual o más importante que la de los derechos y que es su contracara: los deberes humanos²⁰. De la construcción de ambas categorías se determinan –no como únicos elementos, pero sí determinantes– los diferentes modelos sociales y por cierto las razones que hacen que se elijan ciertos derechos y deberes esconden o se relacionan con los intereses, las ideologías, los egoísmos, las miserias, las bondades y virtudes de quienes lo hacen, con las influencias que tienen las luchas, las presiones y demás que ponen límites, en algunas circunstancias, a esa construcción.

4. DISCURSOS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y REALIDADES

Los discursos –así en plural, y entendiendo a ellos en forma amplia no sólo desde lo lingüístico sino también como tales a las políticas públicas y sus formas de expresión– sobre los derechos humanos son de muy variados tipos: hegemónicos o contrahegemónicos, liberales o conservadores, liberadores u opresivos, emancipadores o para dominar, sinceros, falsos o estratégicos y un largo etcétera. Depende de quiénes sean las actrices y los actores, cuáles sean los contextos, cuáles los usos y demás. Lo que despierta cierto consenso, en cambio, es que los discursos iniciales abrían esperanzas y –en forma mayoritaria– pues los derechos humanos eran planteados como elementos, instrumentos, mecanismos que

²⁰ Vid. J. A. ESTEVEZ ARAUJO, *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013. También E. GARZON VALDES, “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, *Doxa*, núm. 3, 1986, pp. 17-33. Link: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/los-deberes-positivos-generales-y-su-fundamentacin-0/> He trabajado, en forma indirecta, el tema en A. ROSSETTI, “Derecho(s) y pobreza: reflexiones sobre una relación problemática” en A. ROSSETTI y M. I. ÁLVAREZ (coords.), *Derecho y pobreza. Un análisis desde el método de casos*, Advocatus Ediciones y Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, cap. 3, Córdoba, 2015, pp. 101-122.

buscaban y perseguían un mundo con más paz, más igualdad, más libertad, más armonía entre los seres humanos y las distintas sociedades. Hoy, aquel discurso, es diferente y, por tanto, la pregunta clave sería: ¿Ha habido un cambio en el discurso o siempre fue así pero ahora es más evidente? No es fácil encontrar una respuesta única. Voy con algunas situaciones o ejemplos²¹ que pueden ayudar a pensar las respuestas. 1. En Argentina la reforma constitucional de 1994 introdujo en el texto constitucional el artículo 41 que tutela el medioambiente sano. La protección quedó, fundamentalmente, en la norma, ya que luego de la consagración del artículo la vulneración del ambiente ha sido intensa y constante: deforestación, minería a cielo abierto, contaminación, etc²². 2. La misma reforma en el mismo país consagró una fuerte protección de las minorías, de los sectores más vulnerables e impuso (art. 75, inciso 23) la igualdad real de oportunidades y de trato, entre otras protecciones normativas en ese sentido. Paradójicamente, en ese momento se aplicaba, desde el gobierno del momento, un plan neoliberal de la economía que consagraba (y siguió consagrando) políticas exactamente contrarias a lo que pregonaba el nuevo y flamante articulado constitucional que se aprobó. Estas políticas, con altibajos, siguen vigentes pese a que también lo sigue el texto constitucional. 3. En un plano más general puede pensarse en la figura de la objeción de conciencia que, en sus orígenes, tuvo una clara función de protección de los sectores más débiles frente a decisiones estatales controvertidas como la negación a armarse en defensa de la patria, realizar el servicio militar o el respeto a los símbolos patrios como la bandera. De todos modos, estas conductas si bien admitidas comportaban algunas consecuencias mientras que ahora se usa el instituto para permitir que se vulneren derechos, por ejemplo, como sucede con lxs profesionales de la salud y su negativa al aborto en relación con tratamientos vinculados con los derechos sexuales reproductivos y no reproductivos sin consecuencias negativas de ningún tipo para estxs objetorxs (e incluso con algunos beneficios, directos o indirectos, en ciertos casos). 4. Otro ejemplo es el del uso de los derechos humanos para castigar, siendo que ellos surgieron para proteger las garantías procesales²³. 5. Pasando de lo que sería el

²¹ Situaciones y ejemplos tomados, principalmente, de la realidad latinoamericana y argentina y su contexto jurídico y del uso del lenguaje de los derechos.

²² Vid. M. SVAMPA y E. VIALE, *Maldesarrollo. La Argentina del extractivismo y del despojo*, Katz, Buenos Aires, 2014 y D. ARANDA, *Tierra arrasada. Petróleo, soja, pasteras y megaminería. Radiografía de la Argentina del siglo XXI*, Sudamericana, Buenos Aires, 2015, entre otros.

²³ Vid. D. R. PASTOR, "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", *Nueva Doctrina Penal*, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 73 y ss. Puede verse en <http://www.juragentium.org/topics/lati>

plano individual y concentrándonos ahora en un aspecto más amplio, basta visualizar el uso de los derechos humanos para realizar lo que se da en llamar “guerras preventivas” o “intervenciones humanitarias”. Al respecto, se señala:

“La ideología de nuestra época, al menos cuando se trata de legitimar la guerra, ya no es el cristianismo, ni ‘la responsabilidad del hombre blanco’ de Kipling ni la ‘misión civilizadora’ de la República Francesa, sino un determinado discurso sobre los derechos humanos y la democracia, combinado con una particular representación de la Segunda Guerra Mundial. Ese discurso justifica las intervenciones occidentales en el Tercer Mundo en nombre de la defensa de la democracia y los derechos humanos o contra los ‘nuevos Hitler’. Ese discurso y esa representación son lo que debe ser cuestionado para lograr constituir una oposición radical y sólida contra las guerras actuales y futuras”²⁴.

Creo que esta cita, al igual que los ejemplos presentados anteriormente, refleja algo que crece día a día, es decir el uso que se hace de la expresión derechos humanos para, precisamente, violarlos en forma abyecta y a veces criminal y alevosa. Hay infinitos ejemplos del pasado y del presente que avalan esta posición²⁵. Queda la sensación de que se dice una cosa, se hace otra, pero siempre bajo la invocación de los derechos humanos. Estos han sido una importante invención humana. Se supone, ya se dijo, que se trató, con ellos, de lograr sociedades más justas, más igualitarias, más libres y no lo contrario. Vimos, sin embargo, que pueden ser usados para liberar o para oprimir, para los más desvalidos o para los más fuertes, para los ricos o para los pobres, entre otras alternativas posibles. Pensando en los sectores más

na/es/pastor.htm y A. ROSSETTI, “Derechos humanos y punitivismo en la Argentina actual”, *Anuario XIV*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2012, pp. 187-203.

²⁴ J. BRICMONT, *Imperialismo humanitario. El uso de los Derechos Humanos para vender la guerra*, El viejo Topo, trad. A. J. Ponziano Bertoucini, Barcelona, 2008, p. 65.

²⁵ Un último ejemplo se visualiza en esta cita: “Di conseguenza, nonostante il nuovo contesto che, per effetto della prima Intifada, ne favoriva l'utilizzo, i diritti umani conservarono la loro natura paradossale. Le istituzioni statali, che erano parte integrante del sistema coloniale, si appropriarono della critica prodotta dalle organizzazioni palestinesi e filopalestinesi attraverso il discorso dei diritti umani, per attribuirsi legittimità e legalità. Il fatto stesso che gli avvocati per i diritti umani comparissero in aula e i giudici dovessero arbitrare tra i querelanti e le istituzioni governative responsabili delle violazioni, ha contribuito a far sì che lo Stato assumesse un'immagine di equanimità e moralità. In questo senso, la dimensione critica dei diritti umani è diventata uno strumento per legittimare la dominazione. In un'ulteriore manifestazione del paradosso, la protezione dallo Stato si è fusa con la protezione dello Stato” en N. PERUGINI y N. GORDON, *Il diritto umano di dominare*, cit., pp. 73 y 74.

vulnerables, no caben dudas de que muchas de las conquistas logradas han sido gracias a la utilización de los derechos humanos. Por cierto, siempre en base a luchas, ya que difícilmente los seres humanos privilegiados renuncien sin resistencia y dócilmente a su situación de privilegio. Esto no quiere decir, a su vez, que algunos de esos triunfos no hayan sido triunfos pírricos o bien meros “ajustes episódicos”²⁶ para hacer creer que algo está cambiando, pero para mantener intacta la estructura de poder, de privilegio, de desigualdad.

Llevamos décadas y décadas fomentando, argumentando, defendiendo, elogiando, creando órganos y comités, comisiones, tribunales de derechos humanos y demás, con la convicción de que los derechos son instrumentos válidos para cambiar, para bien, estas sociedades perversas, indecentes, desiguales. La realidad no solo no cambia, sino que en algunos campos –la desigualdad, por ejemplo– incluso empeora. De lo dicho, cabe preguntarse: ¿Sirven los derechos humanos, entonces, o son más bien cortinas de humo, distractores, etc.? Hay buenas razones para “desconfiar” y dudar de ellos o al menos de su utilidad y, fundamentalmente, de su función. También hay buenas razones para seguir apostando en la lucha por los derechos humanos y muchos de los ideales que de ellos derivan. Sin embargo, en esta dicotomía, si tuviese algo de razón la primera posición, cabe cuestionarse: ¿qué hacer con los derechos humanos? Pensemos en las siguientes opciones, pensamientos, alternativas:

1. ¿Seguir cuál si todo anduviese de mil maravillas, enseñando, invocando, alegando en base a los derechos humanos para que los logros que se obtienen sean mínimos y, en general, en hechos puntuales e individuales que no cambian las grandes realidades? Creo que es entre ingenuo y pueril –al menos desde la “academia”– seguir este camino. Los derechos humanos, como concepto e instrumento teórico para liberar, para proteger a los más vulnerables y desvalidos, parecen haber fracasado, por lo que al menos hay que pensar algo novedoso.
2. Los derechos humanos, como se ha señalado, son un “credo” que se ha impuesto –hoy con algunas voces críticas– en la comunidad internacional y en un buen número de países y sociedades como algo que sirve para mejorar, para progresar, para cambiar positivamente. Sin embargo, de esto, que parece indudable, se puede colegir que ellos comportan, en base a lo dicho, impedimentos u obstáculos para que los sectores progresistas, de izquierda y también lxs opri-

²⁶ W. BROWN, *El pueblo sin atributos. La secreta revolución del neoliberalismo*, cit.

midxs, lxs vulnerables, lxs explotadx, reaccionen, desobedezcan, actúen, se “rebelen” a una realidad no solo injusta sino oprimiente, indecente. Es decir, los derechos humanos ilusionan y generan esperanzas y, por tanto, inhiben o sirven como argumento para morigerar o eliminar actitudes o comportamientos desobedientes, la revolución o la insubordinación. Es más, han sido calificados como “adormecedores de revoluciones” frente al horror que se vive²⁷.

3. En base a lo visto: ¿Abandonar los derechos humanos? No, necesariamente, vistas las grandes conquistas y los importantes aportes logrados con su ayuda, ya que ellos representan “lo bueno”²⁸.
4. Otra opción puede ser resignificarlos, readaptarlos, reinventarlos. En cuanto instrumento valioso que ha servido para importantes conquistas, la idea de su abandono es fuertemente resistida, pero seguir como hoy también lo es. Un punto intermedio es el de pensar en los derechos humanos en clave diferente, con un uso diferente, con una fuerza diferente. Esto, por cierto, requiere acuerdos de muy difícil concreción, pero al menos teorizarlo puede ayudar a que se empiece a pensar, proyectar y actuar en forma distinta y para que cumplan el objetivo para el que fueron pensados (supuestamente) en forma inicial²⁹.
5. En forma indirecta en relación con los derechos, se ha sostenido que muchas veces la fuerte preocupación, con razón, por los derechos –y su incumplimiento o deficiente cumplimiento, etc.– se debe a un “descuido” de lo que se ha dado en llamar la “sala de máquinas”³⁰, es decir la estructura y la dinámica del poder –tanto estatal, como fundamentalmente real– que es de quien depende la formalización

²⁷ La muy descriptiva expresión, que señala gráficamente esta función pocas veces advertida de los derechos humanos, fue dicha en el debate por una profesora en mi conferencia en la Universidad Carlos III de Madrid citada en la nota al pie 1.

²⁸ J. A. CRUZ PARCERO, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007, p. 164. El autor sostiene que “En última instancia la noción de derechos deriva de la noción de lo bueno”. Con independencia de que se comparta, o no, esta posición, no deja de ser muy sostenida.

²⁹ J. HERRERA FLORES, *La reinención de los derechos humanos*, Atrapasueños, Sevilla, 2008. Ver también M. GANDARA CARBADILLO, *Los derechos humanos en el siglo XXI. Una mirada desde el pensamiento crítico*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2020 y A. ESTEVEZ y D. VAZQUEZ (coords.), *9 Razones para (des)confiar de las luchas por los derechos humanos*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, México, 2017.

³⁰ R. GARGARELLA, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América latina (1810-2010)*, Katz, Buenos Aires, 2014.

y realización de los derechos. Este es un punto clave, fundamentalmente en el campo de la academia, pero también en el del activismo, que parece importante tener presente incluso en relación con lo señalado en el punto anterior.

Las opciones pueden continuar. En efecto, hay posibilidad de pensar más y ellas pueden desarrollarse mejor que las aquí presentadas. De todos modos, creo que *“Los derechos humanos pueden convertirse en la pauta jurídica, ética y social que sirva de guía a la construcción de esa nueva racionalidad. Pero, para ello, debemos sacarlos de la jaula de hierro en la que los tiene encerrados la ideología de mercado y su legitimación jurídica y abstracta”*³¹. Por tanto, todo lo dicho sobre los derechos humanos se puede (y debe) vincular con el poder, con el capitalismo y el neoliberalismo que hoy se expande por el planeta.

5. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Los reclamos actuales por los derechos ya no son, como aparentemente fue en el pasado, para tener y pedir más derechos, sino que las manifestaciones, protestas, concentraciones se movilizan más bien para pedir que no se quiten derechos existentes, que no se saquen los que ya se tienen para no perderlos. Es que el mundo actual, en estas sociedades vigiladas³² con su dosis de neoliberalismo acuciante³³ que permite afirmar que estamos en un momento cercano al post-capitalismo que dan en llamar *“tecno-feudalismo”*³⁴ que parece concentrarse, casi exclusivamente, en los derechos de y para algunos, ya no todos. Esos algunos son los ganadores del sistema que, como se vio, concentran niveles de riqueza y poder inenarrables. Frente a esto, los derechos humanos parecen armas inadecuadas para tratar de cambiar una situación fáctica (o situaciones fácticas) desigual, desproporcionada, inmanejable, máxime en la forma que se conciben hoy que terminan siendo usados por ese grupo, con su enorme poderío mediático y virtual en su propio beneficio y provecho. Es necesario pensar los derechos en clave diferente y no *“beberse”* los discursos y las teorías sin análisis crítico. Por supuesto, la fuerza del derecho y los derechos es muy limitada. La relación con el poder,

³¹ J. HERRERA FLORES, *La reinención de los derechos humanos*, cit., p. 11.

³² S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, cit.

³³ N. FRASER, *Cannibal capitalism. How our system is devouring democracy, care, and the planet - and what we can do about it*, cit.

³⁴ La expresión es de Y. VAROUFAKIS, *Tecno-feudalismo. El sigiloso sucesor del capitalismo*, cit.

la economía, la política, las relaciones internacionales es total y no puede soslayarse en estos tiempos de “dronización” del poder en los que desde una pantalla se cambian realidades con un click con efectos devastantes y a veces monstruosos. Se trata de un poder –el que da el capitalismo aún vigente– que no parece ya tener miedo porque la riqueza, dividida entre 8 personas que tienen lo mismo que la mitad de la humanidad, da niveles de seguridad e impunidad notables. No hay revolución por prudencia, por precaución, por imposibilidad, pero las víctimas del sistema atacan a las otras víctimas y lxs oprimidxs eligen al opresor. Son tiempos de desfases³⁵ en los que los derechos humanos cuentan poco. Esto es claro, y ellos no pueden influir en el real cambio de la estructura de poder existente. De todos modos, es de destacar que los derechos humanos siguen siendo un instrumento de lucha. Por cierto, hay que estar atentxs –máxime cuando se es docente, investigador/a, miembrx de una ONG, activista en derechos humanos, operador/a jurídico-cx, comunicador/a, etc.– con los discursos sobre derechos humanos, ya que muchas veces se presentan, plantean o ejecutan desde posiciones opresivas, para dominar, para sojuzgar y no hay dudas que esto atenta contra la idea, al menos teórica, de los derechos humanos que, si no buscan proteger la dignidad humana de todxs, no “son”.

ANDRÉS ROSSETTI

Universidad Nacional de Córdoba

Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales,

Caseros 301

5000 Córdoba - Argentina

email: andresarg@hotmail.com

³⁵ Vid. B. de SOUSA SANTOS, Se necesitan horizontes, *Diario* Página 12, 10 de mayo de 2017 quien a su vez dice “Debido al pensamiento anacrónico inverso, vivimos un tiempo colonial con imaginarios poscoloniales; vivimos un tiempo de dictadura informal con imaginarios de democracia formal; vivimos un tiempo de cuerpos racializados, sexualizados, asesinados, descuartizados con imaginarios de derechos humanos; vivimos un tiempo de muros, fronteras como trincheras, exilios forzados, desplazamientos internos con imaginarios de globalización; vivimos un tiempo de silenciamientos y de sociología de las ausencias con imaginarios de orgía comunicacional digital; vivimos un tiempo de grandes mayorías que solo tienen libertad para ser miserables con imaginarios de autonomías y emprendimiento; vivimos un tiempo de víctimas que se vuelcan contra víctimas y de oprimidos que eligen a sus opresores con imaginarios de liberación y de justicia social”.

DERECHO INTERNACIONAL CONTRA LA IRRACIONALIDAD IMPERANTE*

INTERNATIONAL LAW AGAINST REIGNING IRRATIONALITY

CAROL PRONER

Universidad Federal de Rio de Janeiro
<https://orcid.org/0009-0004-9267-7461>

Fecha de recepción: 16-2-25

Fecha de aceptación: 17-3-25

Resumen: *Durante la última década, activistas de derechos humanos, representantes de organizaciones internacionales y estudiosos del Derecho Internacional han advertido que el orden internacional establecido en el período de posguerra está amenazado. Este trabajo aborda la afirmación de que el Derecho Internacional está actualmente en crisis identificando señales de su declive, como la escalada de los conflictos armados y el debilitamiento del multilateralismo, e identifica la profundización de las asimetrías en el sistema de gobernanza global y el aumento del nacionalismo de extrema derecha como los principales factores de la actual regresión. Después, reconociendo la importancia indispensable del Derecho Internacional a pesar de sus fallas constitutivas, analiza caminos alternativos para la revitalización del multilateralismo, enfatizando el papel del Sur Global en el rescate y perfeccionamiento del orden internacional moderno.*

Abstract: *Over the past decade, human rights, activists, representatives of international organisations and scholars of International Law have warned that the international order established in the postwar period is under threat. This work deals with the claim that International Law is currently in crisis by identifying signs of its decline, such as the escalation of armed conflicts and the weakening of multilateralism, and points to the deepening of imbalances of power in the global governance system and the rise of far-right nationalism as the main*

* Este trabajo contó con la investigación y revisión de Helena Pontes, investigadora vinculada al Instituto Joaquín Herrera Flores - América Latina y académica de derecho en la Universidad Federal de Rio de Janeiro.

factors in the current setback. Then, in acknowledgment of international law's indispensable importance despite its constitutive faults, it looks at alternative paths for the revitalization of multilateralism, emphasizing the role of the Global South in rescuing and improving the modern international order.

Palabras clave: Derecho internacional de los derechos humanos, Derecho internacional humanitario, Sur global, multilateralismo, paz
Keywords: International Human Rights Law, International Humanitarian Law, Global South, multilateralism, peace

1. INTRODUCCIÓN

El 18 de septiembre de 2024, un conjunto de expertos asociados al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos firmó una Declaración advirtiendo que el orden internacional estaba amenazado¹, ante la omisión de la mayoría de los Estados de cumplir las obligaciones del Derecho Internacional.

La Declaración de los expertos de ONU fue motivada por la continuación de las violaciones masivas del Sistema Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario en Palestina, sobre todo en la Franja de Gaza, a despecho de la entonces reciente opinión consultiva² de la Corte Internacional de Justicia que juzgó ilegal la ocupación de territorios palestinos por el Estado de Israel. A pesar de este contexto especialmente trágico, la afirmación de que el orden internacional enfrenta un momento de precariedad parece aplicable, de manera más general, a todo el edificio del Derecho Internacional moderno, ante el escenario actual de fracaso de la gobernanza global a la hora de cumplir los propósitos que orientaron su diseño en la segunda mitad del siglo XX.

En efecto, el proyecto de mantenimiento de la paz, establecido después del trauma de la Segunda Guerra Mundial, no logró prevenir la multiplicación de los conflictos armados que hoy atañen a Oriente Medio, Europa Oriental y otros tantos países por todo el mundo, incluso Sudán, Myanmar y Etiopía,

¹ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER "UN experts warn international order on a knife's edge, urge States to comply with ICJ Advisory Opinion 18", noviembre 2024, en <https://www.ohchr.org/en/statements/2024/09/un-experts-warn-international-order-knives-edge-rge-states-comply-icj-advisory>

² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, "Legal consequences arising from the policies and practices of Israel in the occupied Palestinian territory, including East Jerusalem", *Advisory Opinion*, 19 de julio de 2024, en <https://www.icj-cij.org/index.php/node/204160>

que viven hoy letales guerras civiles. Asimismo, el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario no son capaces de contener las consecuencias resultantes de esos conflictos.

Además de su propósito principal de mantener la paz y seguridad, el actual sistema de gobernanza global tampoco parece eficaz para solucionar otras cuestiones de interés transfronterizo, como los cambios climáticos, el control de enfermedades y el comercio internacional. Esto es lo que indican el fiasco de la última Conferencia de las Partes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP)³, el debilitamiento de la Organización Mundial de la Salud (OMS)⁴ y el declive de la Organización Mundial del Comercio (OMC)⁵.

Ante semejantes circunstancias, es innegable reconocer que el Derecho Internacional vive hoy una crisis, caracterizada por la impotencia de las reglas de mantenimiento de la paz y contención de la guerra para impedir o mitigar la multiplicación de los conflictos armados y por el vaciamiento de

³ En efecto, la COP 29 en Azerbaiyán fue duramente criticada por activistas ambientales, expertos políticos y analistas, sea por la elección de un país anfitrión con una economía basada en combustibles fósiles, sea por la ausencia de compromisos suficientemente ambiciosos por parte de los países desenvueltos cuanto al financiamiento colectivo y a la reducción de emisiones. Vid. "A climate finance summit with no real money on the table: how COP 29 failed Africa", en <https://www.greenpeace.org/africa/en/blog/56750/a-climate-finance-summit-with-no-real-money-on-the-table-how-cop-29-failed-africa/>; "Climate Diplomacy's \$300 Billion Failure", en <https://www.theatlantic.com/science/archive/2024/11/cop-climate-baku-outcome-finance/680789/>; "The Guardian view on Cop29: poor-world discontent over a failure of rich countries to deliver", Editorial, en <https://www.theguardian.com/commentisfree/2024/nov/24/the-guardian-view-on-cop29-poor-world-discontent-over-a-failure-of-rich-countries-to-deliver>; "Explainer: 10 takeaways from Cop 29, a collective failure", en <https://www.irishtimes.com/environment/climate-crisis/2024/11/24/explainer-10-takeaways-from-cop-29-a-collective-failure/>

⁴ En el 20 de enero de 2025, el presidente Donald Trump firmó una orden ejecutiva que determina la salida de EEUU de la OMS dentro del periodo de un año. Esta es la segunda vez que el presidente Trump tomó medidas para dejar la organización, tras de una primera tentativa en julio de 2020 que fue frustrada por el presidente Biden en 2021. Vid. THE WHITE HOUSE, "Executive Order 14155 (Withdrawing the United States from the World Health Organization)", January 20, 2025, en <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/withdrawing-the-united-states-from-the-worldhealth-organization/>

⁵ La OMC vivió su auge en el período que sucedió la caída de la Unión Soviética, en la era del consenso pro libre comercio y de las Rodadas Uruguay y Doha. Hoy, el escenario es muy diferente, dado el renacer del proteccionismo en detrimento del libre comercio y del plurilateralismo en detrimento del multilateralismo debilitaron el proyecto de la OMC. Además, la actual guerra comercial entre EEUU con Trump y China es tratada por ciertos analistas como una amenaza existencial para la OMC. En este sentido, ver "The World Is Abandoning the WTO And America and China Are Leading the Way", en <https://www.foreignaffairs.com/united-states/world-abandoning-wto-china-leading-way-kristen-hopewell>

los mecanismos de cooperación multilateral integrantes o adyacentes al sistema de la ONU (apartado 2.1).

También es evidente la multiplicación de los conflictos armados, que afrontan no solo el principio de no agresión, consagrado en el artículo 2(4) de la Carta de la ONU, sino también las normas de Derecho Internacional Humanitario previstas en las Convenciones de Ginebra, el Estatuto de Roma y otros dispositivos internacionales de contención de las guerras y conflictos armados. La urgencia de tal situación es reconocida por numerosas organizaciones no gubernamentales, incluso Amnistía Internacional⁶ y Human Rights Watch⁷, en sus respectivos informes mundiales de derechos humanos en el año de 2024, y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en un pronunciamiento a la Asamblea General de la ONU en enero de 2025⁸.

2. AMBIVALENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Decadencia, regresión, naufragio del Derecho Internacional son algunas de las expresiones utilizadas para caracterizar la impotencia del Derecho

⁶ En el lanzamiento del Informe Anual de la situación de los derechos humanos en el mundo, en abril de 2024, la secretaria general de Amnistía Internacional, Agnès Callamard, expresó la preocupación de que “el orden internacional basado en reglas está en riesgo de aniquilación”, citando como ejemplos de esto fracaso de los conflictos en Gaza y Ucrania y las violaciones masivas de derechos humanos en Sudan, Etiopía y Myanmar. Vid. AMNESTY INTERNATIONAL, *Informe Anual de la situación de los derechos humanos en el mundo: Amnesty International sounds alarm on a watershed moment for international law amid flagrant rule-breaking by governments and corporate actors*, abril 2024, en <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2024/04/amnesty-international-sounds-alarm-international-law-flagrant-rule-breaking-governments-corporate-actors/#:~:text=Big%20Tech's%20platforms%20have%20stoked,and%20an%20escalating%20climate%20crisis>

⁷ En el artículo introductorio del Informe Mundial 2024 de Human Rights Watch, su directora ejecutiva Tirana Hassan alardeó una “crisis de derechos humanos” evidenciada por el fracaso de contención de conflictos armados, el agravamiento de los desastres ambientales y el declive de las democracias en todo el mundo. Vid. HUMAN RIGHTS WATCH, *Informe Mundial 2024: El sistema de Derechos Humanos está bajo amenaza: Un llamado a la acción*, en <https://www.hrw.org/es/world-report/2024?story=keynote>

⁸ En esta ocasión, la presidente del CICR, Mirjana Spoljaric, advirtió que “el respeto por el Derecho Internacional Humanitario está en crisis, amenazando la propia humanidad que estas leyes pretenden preservar”, e instó los estados miembros de la AGNU a apoyar la iniciativa global de revitalización del DIH lanzada por CICR en conjunto con Brasil, China, Francia, Jordania, Kazajistán y África del Sur. Vid. *Every human life deserves safety and dignity: A call to make international humanitarian law a political priority*, en <https://www.icrc.org/en/statement/icrc-president-international-humanitarian-law-political-priority>

acordado por las Naciones ante un escenario de crecientes conflictos armados y amenazas a la paz. Por otra parte, el Derecho Internacional es también el único criterio legal para purgar la irracionalidad prevalente. Aunque, como señala críticamente Hernández González analizando el estado actual del Derecho Internacional Público-DIP respecto al cumplimiento de las normas de conducta entre los diferentes sujetos de derecho, que no es el DIP el que se encuentra en decadencia, sino, que es la debacle de sus sujetos, las personas situadas en contextos complejos, quienes son las encargadas de articular y mover las piezas en este gran conglomerado denominado Comunidad Internacional. No es el Derecho Internacional Público el que se encuentra en crisis o decadencia en opinión de sus negadores, advierte, si no, por el contrario, en la medida que surgen contradicciones en la aplicación de las normas en la comunidad internacional, el DIP se fortalece, generando normas de control interno⁹.

Al momento de escribir este artículo, en el primer mes del nuevo gobierno de Donald Trump, nadie es capaz de predecir el futuro del orden internacional. Los acontecimientos que dominan los titulares de los medios de todo el mundo anuncian una degradación inimaginable de los pactos multilaterales en el ámbito de la ONU y de las organizaciones internacionales que previenen y promueven la paz y la seguridad internacionales¹⁰.

El caso más desalentador es, sin duda, lo que está sucediendo en la Franja de Gaza. Por decisión del gobierno en Israel, más de 64.000 personas fueron eliminadas como parte de una respuesta ya reconocida internacionalmente como absolutamente ilegal y genocida. Mientras escribo, las potencias que llevan a cabo la masacre están discutiendo deliberadamente la evacuación de la población restante –aproximadamente 2 millones de personas– para que el territorio pueda convertirse en una oportunidad de negocio. Es verdad que la tragedia de Gaza es reconocida por órganos jurisdiccionales encargados de aplicar el Derecho Internacional, a saber, la Corte Internacional de Justicia, a través de sus medidas provisionales aplicadas a Israel en enero, marzo y mayo de 2024, y la Corte Penal Internacional, a través de las órdenes de arresto emitidas en noviembre de 2024 contra el primer

⁹ N.G. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “¿Auge o decadencia del Derecho Internacional Público?”, *LEX. Revista de Investigaciones en Ciencias Jurídicas*, vol. 1, núm. 2, 2018, pp. 22-32.

¹⁰ El grupo CLAJUD realiza un estudio de los impactos parciales de las órdenes ejecutivas de Donald Trump sobre el Derecho Internacional y los intereses de América Latina. En <https://www.grupodepuebla.org/clajud/>

ministro Netanyahu y su exministro de defensa Yoav Gallant. No obstante, las órdenes de las Cortes Internacionales no fueron cumplidas, ni fueron impuestas sanciones por su incumplimiento. Ante tal escenario de desenfreno e impunidad, se intensifica el descrédito del orden internacional, expresado incluso por la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los Territorios Palestinos Ocupados, Francesca Albanese, que en numerosas ocasiones recientes ha lamentado la precariedad y el fracaso del Derecho Internacional en cuanto a la población de Palestina¹¹. Ni siquiera el Consejo de Seguridad de la ONU fue capaz de inhibir el ímpetu violento de los dirigentes políticos y jefes militares de Israel¹².

También en Ucrania las cifras de la guerra son horripilantes. Se estima que hasta un millón de vidas fueron sacrificadas¹³ en un conflicto que solo puede explicarse por la geopolítica de las grandes potencias y que desafía

¹¹ Trump ha manifestado que la Franja de Gaza podría convertirse en la “Riviera del Medio Oriente”. Vid. “If International Law Has Failed Palestinians, Why Keep Studying It?”, en <https://www.universitas.no/aktivisme-francesca-albanese-palestina/if-international-law-has-failed-palestinians-why-keep-studying-it/385265>; *If This Is Not Genocide, What Is? An interview with Francesca Albanese* en <https://tribunemag.co.uk/2024/11/if-this-is-not-genocide-what-is-francesca-albanese-palestine>

¹² Evidentemente, la situación en Palestina, sobre todo en la Franja de Gaza, es la manifestación más extrema de la actual crisis del derecho internacional humanitario. Desde el ataque del 8 de octubre de 2024, la carnicería llevada a cabo por las Fuerzas de Defensa de Israel en la región alcanzó la marca de 48.365 muertos, en su mayoría civiles, según un informe oficial del Ministerio de Salud de Gaza publicado el día 27 de febrero de 2025. Sin embargo, un estudio científico reciente publicado en la revista médica *The Lancet* estima que el número de muertes sea aún más grande, llegando a un total de 64.260 hasta junio de 2024, cifra aproximadamente 41 por ciento más alta que el recuento oficial del Ministerio de Salud palestino. El estudio dijo que el 59,1% eran mujeres, niños y personas mayores de 65 años, y no proporcionó una estimación de combatientes palestinos entre los muertos.

¹³ También en Ucrania, el Derecho Internacional se muestra incapaz de garantizar efectivamente el mantenimiento de la paz y la contención humanitaria. Desde la invasión rusa de Ucrania en febrero de 2022 (precipitada, conviene recordar, por la expansión de la OTAN en Europa Oriental), el conflicto armado en la región desafía cualquier límite del derecho convencional, con impactos devastadores sobre las poblaciones de los dos países. A pesar de la ausencia de estadísticas completas sobre el número de muertes en el conflicto, la cantidad de personas desplazadas por el conflicto, estimada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en un total de 6.906.500 según datos de febrero de 2025, es un indicador del costo humano y humanitario de la invasión ilegal. Para una discusión profunda del papel de la OTAN en la escalada de las tensiones entre Rusia y Ucrania, sus antecedentes históricos y las incursiones militares de 2014 y 2022, vid. L. A. MONIZ BANDEIRA, *A desordem mundial: O espectro de total dominação*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2016. Otras referencias: UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *Ukraine Refugee Situation*, en <https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine>; INTERNATIONAL COURT

cualquier límite del Derecho convencional¹⁴. En estos momentos, Estados Unidos, Rusia y Ucrania buscan criterios para resolver la guerra que contemplen el mayor número de ventajas económicas y territoriales para cada parte. En medio de la crisis de la OTAN y del descrédito de las instituciones europeas en la contención de la guerra, Estados Unidos encuentra formas de hacer cumplir su promesa de campaña recibiendo laureles y créditos económicos y militares. Independientemente de las razones que dieron origen a cada caso, ambos son ejemplos drásticos de conflictos actuales que no podrían resolverse ni siquiera contenerse mediante normas jurídicas acordadas internacionalmente.

Otros casos son aún más devastadores, como los conflictos que persisten y se renuevan en África, un continente olvidado. La guerra civil en Sudán y las guerras en general en el continente más criminalizadas por Occidente están lejos de la actualidad occidental y ni siquiera despiertan el interés del sistema internacional de protección de los derechos humanos.

Entre los conflictos considerados como guerras en curso en los últimos tiempos –Myanmar, Ucrania/Rusia, Etiopía, Sudán, Siria, Yemen, Palestina/Israel y otros– se ve claramente que el Derecho Internacional no responde a las razones de su inicio y menos aún actúa en su solución. Por otra parte, encontramos la paradoja: solo el Derecho Internacional es capaz de afirmar los límites sobrepasados en las guerras, señalar los crímenes cometidos, describir la conducta, atribuir autoría y recomendar castigos para los perpetradores. Incluso si no se puede hacer cumplir en las circunstancias actuales, el Derecho sobrevivirá para exigir responsabilidades en tiempos mejores.

Esta ambivalencia del Derecho Internacional –de ser implacable y al mismo tiempo inofensivo– surge de la impotencia de la llamada Sociedad Internacional para establecer reglas coercitivas y sancionadoras eficaces frente al poder. Es un reflejo de las asimetrías acumuladas y de la incapacidad de los Estados para hacer cumplir acuerdos que, en otros tiempos, evitaron escaladas e incluso guerras. Esta contradicción es, pues, resultado de la incapacidad de los Estados para promover la paz y la seguridad internacionales

OF JUSTICE, *Ukraine v. Russian Federation*, Order of 16 March 2022 (provisional measures), en <https://www.icj-cij.org/node/106135>

¹⁴ Ver “The number of Ukrainians and Russians killed or wounded in the grinding 2½-year war has reached roughly one million, a staggering toll that two countries struggling with shrinking prewar populations will pay far into the future”, en https://www.wsj.com/world/one-million-are-now-dead-or-injured-in-the-russia-ukraine-war-b09d04e5?mod=hp_lead_pos8

frente a la imposición de la *realpolitik*, una lógica de poder que actualmente supera límites sorprendentes.

Obviamente, una visión realista de las relaciones internacionales ve las asimetrías desde los orígenes de la ONU sin ninguna ilusión respecto de un universalismo pacifista. El “a priori” siempre ha sido el de la capitulación de unos y la imposición de las reglas de otros: un mundo basado en las reglas de los ganadores. No hay que hacerse ilusiones al respecto, ni siquiera para legitimar la imparcialidad de las reglas establecidas por el Tribunal de Tokio y el Tribunal de Núremberg. Pero, con el tiempo, el uso asimétrico de las reglas acordadas se hizo absolutamente explícito. Es un clásico recordar la posición idealista de Norberto Bobbio sobre la guerra de Irak de 1991 y el esfuerzo discursivo sobre la legalidad de una guerra supuestamente quirúrgica, esto solo durante los primeros 15 días¹⁵. Desde entonces, se han acumulado ejemplos de aplicación excepcional del Derecho Internacional (episodios como el 11 de septiembre y la guerra contra el terror, la construcción de la extraterritorialidad punitiva internacional, las guerras humanitarias, el principio de la responsabilidad de proteger y la imposición del unilateralismo para la seguridad planetaria, además de toda injerencia *soft power* y la desestabilización de gobiernos con apoyo en organizaciones internacionales cooptadas).

A la vez, no se puede negar que la ONU fue y sigue siendo el edificio institucional mejor construido a nivel planetario y que, incluso en franco descrédito, sigue siendo la organización más sólida jamás creada por la humanidad. En este mismo sentido, no se puede negar la validez intrínseca de las normas y reglas humanitarias y de justicia recogidas a lo largo de la historia, acumuladas y reorganizadas para la construcción de Declaraciones y Pactos universales y regionales sobre derechos humanos (límites reflejados en el derecho constitucional de los Estados).

En el organigrama de la ONU hay espacios que funcionan razonablemente bien y otros que nunca se han activado. Hay grupos de trabajo y diversos comités que funcionan como foros de debate entre las partes, hay principios que han dejado de ser normativos y se han convertido en consuetudinarios, y hay decisiones que han contribuido para evitar guerras e incluso han promovido la concordia. Por otra parte, tal vez nunca la ONU

¹⁵ A. RIBEIRO REGIANI, “La “guerra justa de los aliados”: puntos de vista y opiniones de la Guerra del Golfo en los periódicos. Historia, debates y tendencias”, *PASSO FUNDO*, vol. 23, núm. 2, 2023, p. 48-75. DOI 10.5335/hdtv.23n.2.14258

haya sido tan contradicha en sus preceptos fundamentales establecidos en la Carta de San Francisco de 1946.

La conclusión básica de los estudios de Derecho Internacional es que el momento actual representa un declive innegable de las organizaciones internacionales y del multilateralismo. Un ejemplo extremo: ni siquiera la pandemia del COVID-19 pudo evitar el debilitamiento de la Organización Mundial de la Salud, uno de los organismos multilaterales más imparciales ante una enfermedad que amenazaba a toda la humanidad, sin distinción de nacionalidad, raza o clase social. Lo mismo ocurre con el Sistema de Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, con las normas del Derecho Internacional Humanitario y con el propio órgano máximo de seguridad, el Consejo de Seguridad de la ONU, paralizado por los vetos ante las recientes guerras. En cuanto al primer factor, las asimetrías latentes en el Derecho Internacional reinante desde la segunda mitad del siglo XX son en efecto evidentes en el diseño jurídico e institucional de la ONU, cuya naturaleza rígida y jerarquizada persiste inalterada desde sus orígenes en el período posguerra. El Consejo de Seguridad (CSNU), órgano máximo de la organización, presenta la expresión más ostensiva de esa asimetría originaria, dado que sus cinco asientos permanentes son reservados, conforme el artículo 23(1) de la Carta de la ONU, a China, Francia, Rusia, Reino Unido y Francia, los estados vencedores de la Segunda Guerra Mundial. En vista de eso, un análisis de la conducta de cada miembro permanente del CSNU es un buen punto de partida para investigar las posibles causas de el actual deterioro del orden internacional. Para empezar, fijamos la atención en EE. UU., principal arquitecto de la ONU y mayor beneficiado en el orden internacional de posguerra. De hecho, la utilización de la ONU por parte de la superpotencia norteamericana siempre ha sido utilitaria e instrumental a sus propios intereses, habiendo distorsionado cada vez más su contenido humanitario para perseguir intereses geoestratégicos. Al menos desde la Doctrina Monroe en los años 1820, esta ha sido la postura de los Estados Unidos en sus relaciones internacionales, actuando a través de sus agencias gubernamentales, frecuentemente en violación al principio de la no-intervención, a fin de asegurar los resultados más favorables para su clase dominante.

Debilitadas por su incapacidad de actuar y por los frecuentes ataques, las organizaciones internacionales apenas logran mantenerse a flote. Mirándolo en perspectiva, en el proceso corrosivo de la estructura de autocontención y del llamado sistema multilateral destaca la conducta de algunas potencias,

especialmente por el comportamiento del gobierno de Estados Unidos en contraposición a China y Rusia.

La utilización de la ONU por parte de la superpotencia norteamericana siempre ha sido utilitaria e instrumental a sus propios intereses, habiendo distorsionado paulatinamente su contenido humanitario para perseguir intereses geoestratégicos. La novedad puede ser el abandono de viejas prácticas oportunistas de *soft power* y extraterritorialidad coercitiva unilateral al adoptar la confrontación explícita al negarse a cumplir decisiones imperativas, retirarse de organizaciones constituyentes como la OMS, negarse a cumplir obligaciones de financiamiento y, según el caso más reciente, promover la persecución a individuos que representan organizaciones internacionales¹⁶.

Por otra parte, China contribuye a la erosión del modelo de otras formas. Desde la perspectiva de la diplomacia china, el país se define como un defensor activo y militante del sistema multilateral y de las reglas establecidas en 1945, siempre actualizado con las obligaciones de financiamiento y la estructura operativa. China repite con frecuencia que el multilateralismo es un factor de estabilidad para el derecho al desarrollo y que la no intervención es la piedra angular del sistema¹⁷. Al mismo tiempo, y sin desacreditar explícitamente a la ONU, China promueve eficazmente otros espacios multilaterales independientes, como la Organización de Cooperación de Shanghai, y espacios de cooperación económica y comercial como las iniciativas de las Nuevas Rutas de la Seda y el Grupo BRICS.

Rusia, a su vez, actúa con una retórica similar a la de China, operando en los órganos más destacados de la ONU mientras participa en el desarrollo paralelo de espacios independientes. En los últimos años, con la decisión de invadir Ucrania, Rusia ha abierto una confrontación explícita con las normas del Derecho Internacional en respuesta a lo que considera un incumplimiento

¹⁶ El caso del fiscal de la Corte Penal Internacional Karim Khan es emblemático de los tiempos de regresión. Es la primera persona afectada por las sanciones económicas y de viaje autorizadas por el presidente estadounidense, Donald Trump, contra las investigaciones de estadounidenses por parte del Tribunal de Crímenes de Guerra.

¹⁷ Por ello, es de interés para el país participar en una amplia gama de foros internacionales, especialmente sobre temas competitivos como la inteligencia artificial. También es notable el interés del país oriental en el sistema de bloqueo del uso de la fuerza, utilizando su posicionamiento para evitar conflictos armados siempre que sea posible, pero también es sensible que el sistema chino evite la aplicación de las normas universales de derechos humanos, especialmente los derechos civiles y políticos.

to reiterado de las reglas de seguridad internacional por parte de la OTAN y del propio Occidente. Tenía razón el politólogo brasileño Luiz Alberto Moniz Bandeira cuando, mucho antes de que estallara el conflicto en territorio ucraniano, ya advirtió de los riesgos que suponía la expansión de la OTAN¹⁸.

Solo por citar a otros dos países que participan en el Consejo de Seguridad debido a los ajustes de 1945, Francia e Inglaterra experimentan grandes contradicciones actualmente. Francia, reconocida históricamente como la cuna del Derecho Internacional contemporáneo, se descalifica ante la falta de una posición respecto al genocidio en Gaza. Ignorando el impacto de las decisiones de la Corte Penal Internacional y de la Corte Internacional de Justicia contra Israel y Benjamín Netanyahu, Francia cae en contradicción al reconocer sanciones de Derecho Internacional contra el líder ruso Vladimir Putin. El descrédito de la diplomacia francesa es ahora innegable ante los recientes reveses de las ambiciones coloniales en África y la incapacidad de liderar una agenda europea para la paz en Ucrania, todo ello en medio de una grave crisis en la política interna.

Lo mismo se puede decir de Inglaterra. La posición de decadencia de la gobernanza británica en el mundo ha empeorado después del Brexit y el fracaso de Inglaterra en mantenerse como potencia con influencia global. Abrumado por problemas políticos y económicos internos, el país actúa como títere de Estados Unidos en Europa en temas bélicos, a diferencia de sus antiguos socios.

Estos son solo algunos ejemplos que nos obligan a reconocer que, por razones diversas y acumulativas, estamos ante una degradación inestimable del modelo multilateral de las Naciones Unidas. Nunca las organizaciones internacionales se han visto tan confrontadas como ahora, obligando a los Estados a reorganizarse y crear alternativas al proceso de degradación.

¹⁸ Moniz Bandeira explica que en 1995, cuando la Casa Blanca presionó al Congreso para acelerar el proyecto de expansión de la OTAN a los países de Europa central y oriental, es decir, a las fronteras de Rusia, Theodore C. Sorensen, ex asesor y amigo del presidente John F. Kennedy (1961-1963), publicó un artículo contundente en *The Washington Post* contra la política exterior del presidente Bill Clinton, señalando que era difícil imaginar una decisión más provocadora, tomada con un mínimo de consulta y consideración de sus consecuencias. Esta iniciativa, asegura, de incorporar a los países de Europa oriental a la OTAN, violó los compromisos asumidos por el presidente George H. W. Bush con el presidente Mijail S. Gorbachov, tras la reunificación de Alemania. Ver L.A. MONIZ BANDEIRA, *El desorden mundial. El espectro de la dominación total*, Civilização Brasileira, São Paulo, 2016.

3. EL SUR GLOBAL Y LA BÚSQUEDA DEL MULTILATERALISMO PERDIDO

En este escenario de atrofia del sistema multilateral aparece el llamado Sur Global, definido como un grupo heterogéneo de países que comparten historias de colonialismo, desigualdades socioeconómicas y desafíos de desarrollo.

El término Sur Global surge como una alternativa a clasificaciones peyorativas como “Tercer Mundo” o “países subdesarrollados” y busca proyectar fortaleza política y cultural, no solo económica¹⁹. El sentido común entre los analistas es la falta de uniformidad entre los países y gobiernos que se reconocen como parte del Sur Global, pero es posible encontrar características que explican el fenómeno y ayudan a entender la irreversibilidad de un proceso en curso²⁰.

Los miembros son diversos en términos de nivel de desarrollo e identidad poblacional –como China y Brasil– y también tienen diferentes sistemas políticos. ¿Y entonces qué los une? Precisamente, las razones que hacen que el sistema multilateral universal se deforme con el tiempo retroceden. Es posible identificar como objetivos comunes entre los países conocidos como el Sur Global la búsqueda de la reducción de la dependencia de las instituciones occidentales (FMI, Banco Mundial), la promoción de la cooperación Sur-Sur y la reforma del multilateralismo debido a sus límites intrínsecos e inaceptables. El mayor ejemplo de demanda es la ampliación del Consejo de Seguridad de la ONU.

En efecto, a pesar de sus considerables diferencias en términos de nivel de desarrollo e identidad poblacional y sistemas políticos, los estados del Sur Global están unidos precisamente por el interés en corregir las asimetrías del actual orden mundial, las mismas que actualmente contribuyen para el declive del multilateralismo. De hecho, una de las demandas identificadas

¹⁹ Popularizado en la década de 1980, el término tiene sus raíces en la Conferencia de Bandung (1955), que reunió a países recientemente independizados para promover la cooperación fuera del eje de superpotencias de la Guerra Fría. Fue acuñado por el activista Carl Oglesby en 1969, vinculado a la *teoría de la dependencia*, que critica la explotación económica perpetuada por el Norte global. El Informe Brandt (1980) consolidó la visión geopolítica Norte-Sur, destacando las disparidades económicas y poblacionales, aunque no estrictamente geográficas (por ejemplo, Australia no es parte del Sur Global).

²⁰ C. PRONER, *BRIC. A incontornável nova ordem mundial*, Prerrogativas, 2023. <https://prerro.com.br/brics-plus-a-incontornavel-nova-ordem-mundial/>

con el Sur Global es la ampliación del Consejo de Seguridad de la ONU, cuya actual disfunción, resultante de su composición anacrónica y occidental céntrica fue abordada *supra*.

Más allá de la reforma del sistema de la ONU, los países del Sur Global ambicionan también participar de la creación de otros foros multilaterales, que reflejen la realidad del mundo multipolar y atiendan a los intereses particulares de países con sus circunstancias históricas, socioeconómicas y geopolíticas. Entre esos nuevos foros encabezados por el Sur, el más maduro y exitoso es el bloque de BRICS, que hoy ya se expandió para más del doble de sus cinco miembros originales. En conformidad con su objetivo de búsqueda de la reducción de la dependencia de las instituciones occidentales, el BRICS logró crear una sólida institución financiera, el Nuevo Banco de Desarrollo (NDB), como alternativa al Banco Mundial y al Fondo Monetario Internacional. Así, aunque el Sur Global se ha destacado por desarrollar diferentes estrategias de cooperación y asociaciones, la más efectiva es el bloque conocido como BRICS, formado inicialmente por Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica, ampliado en 2025 con nuevos miembros (por ejemplo, Arabia Saudita, Irán) y asociados (Cuba, Bolivia) y que representa aproximadamente el 35% del PIB mundial y el 45% de la población²¹. Otras estrategias de Cooperación Sur-Sur pueden observarse en contratos de intercambio o transferencia de tecnología (por ejemplo, la biotecnología cubana), en la cooperación para el financiamiento climático y en proyectos ambiciosos como la “Nueva Ruta de la Seda” en China.

Evidentemente, las estrategias Sur-Sur desmovilizan el esfuerzo de las Naciones Unidas para resolver la paz y el desarrollo universal a través de los mecanismos instituidos y deformados a lo largo de las décadas. La deformación y descrédito de las organizaciones internacionales por parte de las grandes potencias y las relaciones de poder hacen inevitable la búsqueda de alternativas. Pero consolidar estos caminos no será sencillo.

Las diferencias políticas y económicas dificultan la cohesión. Por ejemplo, muchos en el Sur Global tienen opiniones divergentes sobre comercio y democracia. Lo que puede ser un facilitador a la hora de incorporarse, tam-

²¹ Desde el 6 de enero de 2025, el BRICS tiene 11 miembros plenos. Además de los fundadores Brasil, Rusia, India, China y África del Sur, el grupo cuenta con Arabia Saudita, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Etiopía, Irán y Indonesia, entre otros. Vid. PLANALTO, *Brazil announces Indonesia as full member of BRICS*, 06-1-2025, en <https://www.gov.br/planalto/en/latest-news/2025/01/brazil-announces-indonesia-as-full-member-of-brics>; <https://infobrics.org/>

bién puede representar un factor limitante para la permanencia y el desarrollo de las relaciones dada la falta de previsibilidad y seguridad entre los modelos de gestión gubernamental. Aun así, el acceso a formas de relaciones internacionales menos imperialistas y más equitativas es un camino sin retorno. Puede decirse que el Sur Global representa un intento de reequilibrar el poder internacional e, incluso, frente a los dilemas entre autonomía y alineamiento geopolítico, las iniciativas de cooperación Sur-Sur están ganando fuerza y multiplicándose.

Para Brasil, fundador del bloque BRICS, este esfuerzo está entre sus prioridades de desarrollo. En el año actual 2025, Brasil lidera el bloque BRICS y es sede de la COP30, dos eventos globales que representan apuestas multilaterales en paralelo. Me aventuraría a decir que, al menos parcialmente, se trata de propuestas no excluyentes e incluso complementarias y convergentes.

Contrariamente a lo que parece creer Estados Unidos, la participación en ambos espacios no enfrenta a sus miembros ni los convierte en enemigos. Desde la perspectiva del Derecho Internacional, por ejemplo, hay racionalidad convergente y complementariedad en ambas fórmulas. Este es el caso del principio de no injerencia y de todo el conjunto de principios y normas que buscan garantizar la paz, la seguridad y el derecho al desarrollo.

Con mucho menos esfuerzo argumentativo, podemos rescatar y defender como imperativas las normas y principios del Derecho Internacional humanitario, así como el derecho que protege el medio ambiente, la fauna, la flora, el clima, los océanos, la vida en el planeta, sin los cuales no habrá futuro para la humanidad. Estas normas son vinculantes en cualquier sistema multilateral construido sobre la base de la justicia internacional.

Esto no significa que no existan diferencias importantes. Los BRICS surgen como un contrapunto al poder unipolar ejercido por Estados Unidos y sus aliados, especialmente Israel. Es absolutamente legítimo que el Sur Global busque alternativas frente a la coerción unilateral, la extraterritorialidad y el sistema económico y financiero ejercido arbitrariamente.

4. RUTAS ALTERNATIVAS Y FUTURO

El principio de no injerencia defendido por el Sur Global ha unido a diferentes países para reaccionar contra las distorsiones del orden internacional y contra la imposición de un sistema unipolar. En un pasado no muy lejano,

este tema fue muy controvertido en los círculos del Derecho Internacional europeo, siendo considerado un *asunto latinoamericano* o del Tercer Mundo. Pero los recientes conflictos entre Ucrania y Rusia, así como el papel de Estados Unidos junto a Israel en la guerra genocida contra Hamás, han despertado el sentido crítico de la academia europea respecto de su propia relación instrumental con Estados Unidos.

El recién iniciado gobierno de Trump II acentúa aún más las contradicciones de un imperialismo que ya se está volviendo desvergonzado, remontrándose a los tiempos anteriores a la propia Sociedad de Naciones, precursora de la ONU. Pero los abusos no son nuevos. Son numerosos los episodios que demuestran la falta de respeto a los acuerdos de limitación del uso de la fuerza establecidos en la Carta de San Francisco, siendo una referencia inaugural la Guerra de Kosovo en 1999²². Después vino Irak y hoy sabemos que los principios de la responsabilidad de proteger y de la intervención humanitaria han sido completamente instrumentalizados durante años de connivencia occidental. La guerra de Afganistán y muchas otras han profundizado estas certezas, con graves consecuencias para la humanidad en la promoción de la industria bélica y la corrosión de una cultura humanista frente a la manipulación mediática planetaria.

Esto sin contar las diversas formas de guerras y desestabilizaciones indirectas, los golpes institucionales blandos y otras estrategias de injerencia que afectaron a todos los países latinoamericanos en diversos laboratorios a lo largo del siglo XX y principios del XXI, con énfasis en los estudios de las llamadas guerras jurídicas y el fenómeno del *lawfare*²³.

Aun con tantos ejemplos, nada parece tan obvio como los atentados de los últimos días, según las órdenes ejecutivas emitidas por el nuevo gobierno de Estados Unidos. No sabemos si las amenazas explícitas contra el orden internacional se llevarán a cabo. No sabemos si la tendencia a la baja de las organizaciones internacionales podrá revertirse, pero es seguro que las propuestas de caminos alternativos son válidas y necesarias. Tanto Brasil como

²² Considerada la primera guerra fuertemente apoyada por noticias falsas y el uso del Derecho Internacional humanitario como laboratorio de expansión económica y manipulación geopolítica. La Guerra de Kosovo desde la perspectiva de una alianza atlántica, una intervención instrumentalizada con un llamado a utilizar la fuerza para penetrar en el antiguo espacio soviético y enviar el mensaje a Moscú.

²³ C. PRONER, "Lawfare como herramienta de los neofascismos", en A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. ARAGONESES y S. MARTÍN MARTÍN (dirs.), *Neofascismo: la bestia neoliberal*, Siglo XXI Editores, Madrid, 2019, pp. 219-228.

los países de América Latina y Europa deben dedicarse al trabajo de reconstruir la diplomacia internacional y rescatar los principios fundamentales de garantizar la multipolaridad, la no injerencia y la justicia internacional. De hecho, África contemporánea ofrece ejemplos de autonomía y soberanía, siguiendo el ejemplo de los países asiáticos y del Este europeo.

La importancia del Derecho Internacional, en este sentido, es absoluta: el Derecho como medida imparcial para descubrir la irracionalidad dominante. En este sentido, como juristas y defensores de derechos humanos, debemos reivindicar la fuerza del Derecho Internacional y de la justicia como instrumento y factor indiscutible del progreso humano.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

El sistema de gobernanza global establecido en el periodo posguerra enfrenta hoy un momento de crisis. La actual precariedad se explica por la ambivalencia del Derecho Internacional, pilar del orden mundial. De hecho, las reglas acordadas colectivamente por la sociedad internacional son al mismo tiempo implacables e inocuas, dado que sus miembros violan cada vez más sus obligaciones sin temor de castigo. Debido a eso, se multiplican los lamentables eventos que el Derecho Internacional debería ser capaz de evitar, como los conflictos armados desenfrenados y los abusos masivos de derechos humanos. Además, el descrédito del multilateralismo mina las iniciativas de cooperación internacional a favor de los intereses comunes de la humanidad²⁴.

Las causas de la decadencia del actual orden mundial están interconectadas: por un lado, el desequilibrio evidente en el sistema de gobernanza global contribuye con su desmoralización y asegura la impunidad de los actores hegemónicos y sus aliados por cualquier violación. Por el contrario, un movimiento ultraderechista organizado y hostil a la cooperación internacional

²⁴ Chomsky explica que las principales amenazas a la continuación de la existencia humana que según entiende deben ser el foco de la cooperación internacional, destaca el peligro de aniquilación nuclear, los cambios climáticos (o el “Antropoceno”) y, más tarde, el vaciamiento de la democracia. Sin disentir de esas prioridades, añadimos a ellas el crecimiento de desigualdades y el hambre, que son problemas aún más severos en el Sur Global. Ver N. CHOMSKY, *Cooperación o extinción*, trad. de J. Negro García, Penguin Random House, Barcelona, 2019.

y a las limitaciones al poder de los gobiernos nacionales aprovecha la debilidad del multilateralismo para sabotear aún más sus bases.

Así, las asimetrías del orden mundial moderno abren camino para el triunfo de la llamada *Internacional Reaccionaria*²⁵.

A pesar de todo esto, la cooperación internacional no está perdida. Al contrario, la cooperación Sur-Sur experimenta un momento de efervescencia, y se fortalece como una alternativa al tratamiento del sistema de la ONU. Sin embargo, los nuevos foros propuestos por los países del Sur Global, entre los cuales China emerge como potencia en el siglo XXI, no son excluyentes, pero sí complementarios y convergentes al proyecto de la ONU. Esta armonía es bien ilustrada por la posición de Brasil que en 2025 es el anfitrión de la Cumbre del BRICS y de la COP 30; la primera COP realizada en la selva tropical, revitalizando las expectativas de progreso significativo en las negociaciones para el clima.

El ejemplo de Brasil es la prueba de que la aceptación de la multipolaridad es el único camino viable para la preservación del multilateralismo, y la salvaguarda de las conquistas civilizatorias del Derecho Internacional contra las fuerzas irracionales y regresivas que intentan su destrucción.

CAROL PRONER

Universidade Federal de Rio de Janeiro

Faculdade Nacional de Direito

Rua Moncorvo Filho, n. 8/2º andar

CEP: 20211-340 Centro – Rio de Janeiro – RJ – Brasil

e-mail: carolproner@uol.com.br

²⁵ En vista de la interrelación entre esos dos factores de la erosión del sistema de gobernanza global, el peor escenario posible es el de un gobierno como el de Donald Trump, en el cual el poderoso aparato de política externa de los Estados Unidos cae en las manos de un reaccionario “antiglobalista”. Parte de estos análisis ya estaban en C. PRONER, “Derecho internacional: el Polifemo y el ejercicio de humanidad”, en J.C. ABELLÁN MUÑOZ, A. CORTÉS GONZÁLEZ, E. GARCÍA VALLINAS, R.M. GILES CARNERO, C. GONZÁLEZ CANALEJO, F.A. MUÑOZ, M. TORRES AGUILAR, M. VÁZQUEZ LIÑÁN (eds.), *Las praxis de la paz y los derechos humanos: Joaquín Herrera Flores in memoriam*, Universidad de Granada, Granada, 2012, pp. 227-240.

ARTÍCULOS

**LA UTILIZACIÓN DE PERFILES ÉTNICOS
COMO UNA PRÁCTICA DE DISCRIMINACIÓN SISTÉMICA
DE CARÁCTER INSTITUCIONAL:
ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS WA BAILE CONTRA SUIZA***

*ETHNIC PROFILING AS A PRACTICE
OF SYSTEMIC INSTITUTIONAL DISCRIMINATION:
AN ANALYSIS OF THE JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS IN WA BAILE V. SWITZERLAND*

ANDRÉS GASCÓN CUENCA

Universitat de València

<https://orcid.org/0000-0001-6417-9722>

Fecha de recepción: 3-6-24

Fecha de aceptación: 17-9-24

Resumen: *La utilización de perfiles raciales por parte de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado en la materialización de sus funciones de parada y registro es una práctica claramente discriminatoria que supone la adscripción a determinadas minorías fenotípicamente diferentes a la mayoría social, comportamientos, situaciones o tendencias delictivas basadas en prejuicios. Numerosas instancias internacionales de protección de derechos humanos se han pronunciado en este sentido. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido la oportunidad de revisar diversos casos sobre esta materia, sin que se haya producido una condena hasta la sentencia Wa Baile contra Suiza. Por lo*

* Esta investigación se ha realizado dentro los proyectos de investigación Jurisdicción y argumentación en derechos humanos: Estudio cualitativo y cuantitativo de la aplicación de los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos por parte de los órganos jurisdiccionales españoles (ArgumentaDH), financiado por las Subvenciones para Grupos Investigadores Consolidados de la Generalitat Valenciana CIAICO/2023/050 y I+D financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y fondos FEDER Tiempos y espacios de una justicia inclusiva. Derechos para una sociedad resiliente frente a los nuevos retos. IN_JUSTICE. Ref. PID2021-126552OB-I00.

tanto, el presente texto pretende analizar, en primer lugar, en qué consiste la identificación policial por perfil étnico, y por qué es una práctica que debe ser considerada como racismo sistémico de carácter institucional. Una vez determinado esto, en segundo lugar, se analizará la situación material descrita en la Sentencia y las razones que llevan a la condena, para finalmente poder analizar críticamente si existe una correspondencia entre la primera parte y la segunda, y así valorar los argumentos ofrecidos por el tribunal del Estrasburgo.

Abstract: *The use of racial profiling by state security forces in the exercise of their stop and search functions is a clearly discriminatory practice that involves the attribution of behaviours, situations or criminal tendencies to certain minorities, who are phenotypically different from the social majority, on the basis of prejudice. Numerous international human rights bodies have ruled on this issue. The European Court of Human Rights (ECHR) has had the opportunity to examine several cases on this issue, without reaching a conclusion until the *Wa Baile vs. Switzerland* judgment. The aim of the present text is therefore, firstly, to analyse what ethnic profiling by the police consists of and why it is a practice that should be considered as systemic racism of an institutional nature. Once this has been established, the material situation described in the judgment and the reasons that led to the condemnation will be analysed in order to critically examine whether there is a correspondence between the first part and the second part, and thus to evaluate the arguments put forward by the Strasbourg Court.*

Palabras clave: discriminación, perfil étnico, control identidad

Keywords: discrimination, ethnic profiling, identity checks

1. EN QUÉ CONSISTE LA UTILIZACIÓN DE PERFILES ÉTNICOS, A QUIÉN AFECTAN Y CUÁLES SON LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARA PREVENIRLAS

Es importante señalar que no cualquier tratamiento diferente debe ser identificado como discriminatorio. Así, individuos con un mismo derecho subjetivo o en una misma situación jurídica pueden recibir respuestas diferentes y estas no tienen por qué conculcar el derecho a no ser discriminado¹. Así, si el trato desigual ofrece una justificación objetiva y razonable que se aprecie en la finalidad y efectos de la medida que estamos revisando, y existe una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, el comportamiento en cuestión no tiene por qué discriminatorio.

¹ C. MCCRUDDEN, y S. PRECHAL, *The Concepts of Equality and Non-discrimination in Europe. A practical approach*, Comisión Europea, Bruselas, 2009, pp. 12-13.

Esta relación de proporcionalidad se debe dar entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida por el legislador, que ha de ser legítima dentro del Estado social y democrático de Derecho.

Cuando nos encontramos ante una situación de estas características existen una serie de categorías sospechosas² que establecen una serie de factores diferenciadores expresamente prohibidos³ por la legislación, en las que la fundamentación del juicio de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad legítima perseguida por parte de los poderes públicos debe satisfacer un escrutinio agravado o estricto⁴. Es decir, *prima facie*, podemos entender que un trato diferenciado que se base en una de estas categorías sospechosas no satisfará este juicio de proporcionalidad, dado que está basado en una característica compartida por un colectivo que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, normalmente por la historia de discriminación formal y material sufrida, o por los prejuicios sociales en contra de sus miembros, que suelen precipitar en una situación desigualdad material⁵.

En este sentido, la elaboración de perfiles raciales para ser usados en la aplicación de determinados ámbitos normativos, y específicamente por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en la ejecución de las tareas que tienen asignadas es una práctica meridianamente discriminatoria, reconocida como tal por parte de las instituciones internacionales encargadas de la protección de los derechos humanos que, sin embargo, reconocen como un “fenómeno persistente en todas las regiones del mundo”⁶. Puede ser identificada a partir de las siguientes características: “a) es obra de los agentes del orden; b) no está motivada por criterios objetivos o una justifi-

² C. MCCRUDDEN, y S. PRECHAL, *The Concepts of Equality and Non-discrimination in Europe...*, cit. pp. 23-26.

³ Como, por ejemplo, los incluidos en el artículo 1 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, o el 14 de la Constitución española, entre muchos otros textos que establecen garantías frente a la discriminación.

⁴ O. PÉREZ DE LA FUENTE, *Igualdad. Una Inmersión Rápida*, Tibidabo Ediciones, Barcelona, 2023, p. 22.

⁵ D. GIMÉNEZ GLUCK, “Igualdad y no discriminación de las personas mayores”, *Teoría y Derecho*, vol. 33, 2022, p. 68. La etnia es una categoría fuente de tratamientos discriminatorios que ha servido para oprimir a cualquier grupo social diferente de aquel que hegemónicamente ha detentado el poder.

⁶ Documento UN CERD/C/GC/36 para. 13. Ver también: Naciones Unidas, *Preventing and Countering Racial Profiling of People of African Descent: Good Practices and Challenges*, Naciones Unidas, Nueva York, 2009, V.

cación razonable; c) se basa en motivos de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico o su interrelación con otros motivos pertinentes, como la religión, el sexo o el género, la orientación sexual y la identidad de género, la discapacidad y la edad, la situación migratoria o la situación laboral o de otro tipo; d) se utiliza en contextos específicos, como el control de la inmigración y la lucha contra el delito, el terrorismo u otras actividades que constituyen o pueden constituir presuntas violaciones de la ley”⁷. La Comisión Europea Contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), en su Recomendación de Política General número 11, sobre la lucha contra el racismo y la discriminación racial en el ámbito policial, define esta práctica como “la utilización por la policía, sin justificación objetiva y razonable, de motivos como la raza, el color, la lengua, la religión, la nacionalidad o el origen étnico en actividades de control, vigilancia o investigación”⁸. Existen más definiciones similares en este sentido, como la del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia⁹, la de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹⁰, la del Programa de Acción de Durban¹¹, o la que ofrece el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CoEDR) en su recomendación general (RG) número 36¹², o las de la doctrina¹³, y todas ellas comparten las características de la ofrecida por la ECRI.

⁷ Documento UN CERD/C/GC/36 para. 13.

⁸ Texto original: *The use by the police, with no objective and reasonable justification, of grounds such as race, colour, language, religion, nationality or national or ethnic origin in control, surveillance or investigation activities.*

⁹ Documento UN A/HRC/29/46, para 2.

¹⁰ NACIONES UNIDAS, *Preventing and Countering Racial Profiling of People of African Descent: Good Practices and Challenges*, Naciones Unidas, Nueva York, 2009, V.

¹¹ NACIONES UNIDAS, *Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. Declaración y Programa de Acción*, Naciones Unidas, Nueva York, 2002, 73.

¹² Documento UN CERD/C/GC/36.

¹³ D. WAGMAN, *Perfil Racial en España: Investigaciones y recomendaciones*, Grupo de Estudios y Alternativas 21, Madrid, 2006, pp. 2-5; J. GARCÍA AÑÓN, “Discriminación, exclusión social y conflicto en sociedades multiculturales: La identificación por perfil étnico”, en J. GARCÍA AÑÓN, y M. RUIZ SANZ, *Discriminación racial y étnica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 286-290; J. GARCÍA AÑÓN, *et al Identificación policial por perfil étnico en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 39-40; E. MELERO ALONSO, “Las identificaciones policiales con perfil racial o étnico como instrumento de control migratorio: Derecho administrativo del enemigo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 193, 2018, s. p.

Escapa del objeto de este texto el análisis pormenorizado de todas las instancias internacionales que cuenta con directrices que concretan de mayor forma en qué consiste esta conducta, imponiendo obligaciones concretas para su prevención. Sin embargo, y por su relevancia, sí que se analizarán sucintamente las emitidas por el CoEDR, que cuenta con varias RG en las que advierte la extendida utilización de estas técnicas y cómo ponen en peligro derechos humanos protegidos internacionalmente en varios pactos internacionales. Además, en estas incluye características determinantes de la práctica que la detallan en mayor medida, y que deben ser estudiadas para ofrecer una definición completa, así como las acciones que deberían emprender los Estados parte¹⁴ de estos textos para erradicarla.

Así, la RG número 27, de 2000, relativa a la discriminación de los romaníes, recomendaba a los Estados parte a adoptar las medidas necesarias para evitar la utilización ilícita de la fuerza por parte de la policía en su contra, particularmente en el arresto y la detención, lo que es un indicador de la falta de proporcionalidad que podía estar sucediendo en la materialización de estas prácticas.

La RG número 30, de 2004, amplía la recomendación anterior, estableciendo en su párrafo 12 la necesidad de tomar medidas para combatir toda tendencia a atacar, estigmatizar, estereotipar o caracterizar sobre la base de la raza, el color, la ascendencia y el origen nacional o étnico a los miembros de grupos de la población que no sean ciudadanos, especialmente, por parte de los políticos y de los funcionarios.

La RG número 31, de 2005, centrada en la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal, pedía concretamente a los Estados parte la recolección de datos o indicadores fácticos que permitan evaluar el impacto que la discriminación tiene en todos los niveles del funcionamiento de la administración de justicia, desde el primer contacto policial, hasta la finalización del procedimiento para detectar posibles casos de discriminación indirecta¹⁵. Así, los Estados parte

¹⁴ Por lo que interesa aquí, Suiza forma parte de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

¹⁵ De acuerdo con la definición adoptada por la ECRI en su Recomendación Número 7 de Política General, estaremos ante una discriminación indirecta cuando nos encontremos con un caso en los que un factor aparentemente neutral, como pueda ser una disposición, un criterio o una práctica, sea más difícil de cumplir o ponga en una situación de desventaja a las personas pertenecientes a un grupo determinado por motivos de raza, color, idioma, religión, nacionalidad, u origen nacional o étnico, a menos que dicho factor tenga una justificación objetiva y razonable. Tal sería el caso si se persigue un objetivo legítimo y si existe una rela-

deberían ofrecer¹⁶: información estadística periódica del número y el porcentaje de personas pertenecientes a minorías étnicas que son víctimas de delito, especialmente cuando hayan sido perpetradas por agentes de policía u otros órganos del Estado; evaluación de la confianza en los órganos policiales y judiciales por parte de las minorías étnicas; datos sobre los índices *supuestamente* más elevados de delincuencia atribuidos a las personas pertenecientes a estas minorías, sobre todo de la pequeña delincuencia callejera y las infracciones relativas a la droga y la prostitución; la posible existencia de imposición de penas más severas o inadecuadas a las personas pertenecientes a esos grupos por parte de los tribunales de justicia; entre otros. Como podemos ver, ya en el 2005 el CoEDR recomendaba a los Estados parte¹⁷ realizar una importante labor de recopilación de datos estadísticos que permitirán visibilizar situaciones discriminatorias sistémicas que se pudieran estar produciendo en contra de las minorías étnicas presentes en nuestras sociedades. Pero más importante es la recomendación realizada en el párrafo 20, en el que el CoEDR afirma que los “Estados parte deberían adoptar todas las medidas necesarias para impedir que los interrogatorios, las detenciones o en los cacheos se basen *de facto* exclusivamente en el aspecto físico del individuo, su color, sus rasgos faciales, su pertenencia a un grupo racial o étnico, o cualquier otra categorización que pueda hacerle particularmente sospechoso”. Por lo tanto, el CoEDR está dando indicaciones claras de que, aunque los Estados cuenten con normas neutrales respecto de los poderes policiales discrecionales de parada y registro, estos *de facto*, pueden ser aplicados de forma discriminatoria en contra de un determinado colectivo, y por lo tanto se deben establecer medidas que permitan evaluar materialmente cómo se están ejecutando esas potestades.

Estas recomendaciones se recuerdan en la RG número 34¹⁸, de 2011, que trata la discriminación racial contra afrodescendientes. Concretamente, el

ción razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar. Ver: O. PÉREZ DE LA FUENTE, *Igualdad. Una Inmersión Rápida*, Tibidabo Ediciones, Barcelona, 2023, pp. 80-82; M.J. AÑÓN ROIG, “Discriminación racial: el racismo institucional revelado”, en ARCOS RAMÍREZ, F. (ed.). *La justicia y los derechos en un mundo globalizado*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 146-165.

¹⁶ Párrafos 1 y siguientes de la RG número XXXI sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal.

¹⁷ Recomendación que, en el caso del Estado español ha sido ignorada ya que no existen estadísticas públicas en este sentido, lo que dificulta de forma exponencial la evaluación del comportamiento policial en las paradas y registros en vía pública.

¹⁸ Documento UN CERD/C/GC/34.

párrafo 31 establece la obligación de tomar medidas que sean eficaces para contrarrestar cualquier tendencia a atacar, estigmatizar, estereotipar o caracterizar a afrodescendientes por su pertenencia a este grupo étnico (aunque en el documento oficial se dice “en razón de su raza [sic]”), por parte de funcionarios del orden público o políticos.

En último lugar, la RG número 36¹⁹, de 2020, es específica con la prevención y la lucha contra la elaboración de perfiles raciales por los agentes del orden. En esta se recuerdan las definiciones desarrolladas en RG anteriores y pone de relieve que, con base en la experiencia del CoEDR en sus informes a los Estados parte, estas prácticas afectan a grupos específicos, como son “los migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo, las personas afrodescendientes, los pueblos indígenas y las minorías nacionales y étnicas, incluidos los romaníes”²⁰. Las consecuencias de esta práctica no afectan únicamente a los colectivos que las sufren, sino que tienen un alcance negativo general. Estas fomentan ideas basadas en el odio racial o étnico, y se sustentan en la transmisión del discurso de odio por parte de los medios de comunicación, y en discursos políticos racistas, asentando estereotipos que posteriormente son interiorizados por los agentes de policía²¹. Son conductas que afectan a la garantía y disfrute de una pluralidad de derechos civiles y políticos, pero también económicos, sociales y culturales, y que incorporan nuevos desafíos, como, por ejemplo, la utilización de la inteligencia artificial y de algoritmos en el control de la población.

El CoEDR recuerda que la utilización de perfiles étnicos vulnera el artículo 2 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR), dado que este prohíbe la discriminación racial ejercida por los Estados parte; el artículo 6 CEDR, porque los Estados tienen la obligación de asegurar a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción una protección efectiva contra todo acto discriminatorio; y el artículo 7 CEDR, que establece el papel de enseñanza, la educación, y la cultura en la lucha contra la discriminación, y que incorpora las obligaciones estatales respecto de la formación de los funcionarios, encargados de la aplicación de la ley y la eliminación de prácticas discriminatorias estén arraigadas.

Por lo tanto, el CoEDR establece las siguientes recomendaciones: la creación de leyes y políticas que definan y prohíban efectivamente la utilización

¹⁹ Documento UN CERD/C/GC/36.

²⁰ Documento UN CERD/C/GC/36 para. 11.

²¹ Documento UN CERD/C/GC/36 para. 27.

de perfiles raciales por parte de los agentes de policía, que incorpore orientaciones claras para los organismos encargados de hacer cumplir la ley, revisando los procedimientos operativos estándar y los códigos de conducta. Además, se deberán incluir directrices detalladas sobre cómo desarrollar las paradas y los registros e incluir a auditorías periódicas, con la ayuda de expertos independientes, que identifiquen las lagunas en las políticas anteriores y sus prácticas internas. Se deben de revisar los programas de formación especializados y obligatorios para los agentes del orden, para que se traten los prejuicios que pueden afectar al desarrollo de sus funciones y cómo actuar de forma no discriminatoria²². En esta formación deberían de participar las personas que sufren este tipo de discriminación²³. También se debería implementar medidas activas de contratación que promovieran plantillas diversas. De forma muy importante se vuelve a recordar la necesidad de contar con estadísticas fiables y objetivas que, por un lado, sirvan para no perpetuar los estereotipos y los prejuicios en contra de los grupos étnicos que son objetivos de los perfiles, y por otro, muestren datos desglosados sobre las comprobaciones de identidad, los controles de tráfico y los registros fronterizos, incluyendo datos relevantes²⁴ para poder evaluar si estás se realizan por una motivación étnica. Se debe crear un mecanismo de denuncia independiente a los organismos de la aplicación de la ley que puedan recibir denuncias de los ciudadanos en los casos de discriminación racial, racismo o elaboración de perfiles raciales. Y en último lugar, recuerda los desafíos que la inteligencia artificial incorpora en esta materia.

²² El resultado de estas formaciones debería ser evaluado desde el punto de vista cualitativo, dado que investigaciones previas muestran que los agentes que llevan más años en el cuerpo tienden a ver estos cursos como: 1) una forma de culparles de los problemas sociales que existen respecto de la gestión de la diversidad, 2) no útiles, dado que la formación recibida no tiene en cuenta “las reglas de la calle”, y 3) contradictorios, dado que su contenido no se corresponde con las instrucciones que reciben cuando materialmente tienen que desarrollar sus funciones en la calle. Ver: L.A. GOULD, “Can an old dog be taught new tricks? Teaching cultural diversity to police officers”, *Policing*, núm. 20, vol. 2, 1997, pp. 351-355.

²³ Este tipo de actividades formativas conjuntas, entre otras, como la participación en celebraciones u otras festividades, actividades de difusión de información recíproca, o una mayor comunicación de las necesidades y opiniones de los grupos minoritarios, han probado su eficacia para recobrar la confianza entre estos y los cuerpos policiales. Ver: L. ARENAS-GARCÍA, y E. GARCÍA-ESPAÑA, “Police stop and search in Spain: an overview of its use, impacts and challenges”, *InDret*, núm. 2, 2022, p. 252.

²⁴ Como por ejemplo la motivación de la parada, el tiempo que duró, el resultado de esta, entre otros.

Como podemos observar el CoEDR ha tratado de forma extensa en sus RG las identificaciones policiales por perfil étnico, introduciendo prohibiciones y obligaciones muy claras que tiendan a erradicar esta práctica que atenta contra el núcleo esencial de protección que la CEDR protege.

2. POR QUÉ LA UTILIZACIÓN DE PERFILES ÉTNICOS ES UNA FORMA DE RACISMO INSTITUCIONAL

Una vez tratado qué debe ser considerado por perfil étnico y las herramientas que los Estados deberían implementar para hacerle frente, aquí veremos por qué debe ser considerada como una práctica de racismo institucional²⁵ que no puede ser amparada por un ordenamiento jurídico democrático de derecho.

Tradicionalmente se identifica a Carmichael y Hamilton como los primeros autores que en 1967 definieron en qué consistía el racismo institucional y cuáles eran sus diferencias con el materializado de forma individual. Así, “el racismo es tanto manifiesto como encubierto. Adopta dos formas estrechamente relacionadas: los actos individuales de los blancos contra los negros y los actos de toda la comunidad blanca contra la comunidad negra. Los llamamos racismo individual y racismo institucional. El primero consiste en actos manifiestos de individuos que causan la muerte, lesiones o la destrucción violenta de bienes. Este tipo puede ser grabado por las cámaras de televisión; con frecuencia puede ser observado en el proceso de comisión. El segundo tipo es menos manifiesto, mucho más sutil, menos identificable en términos de individuos específicos que cometen los actos. Pero no es menos destructivo para la vida humana. El segundo tipo se origina en el funcionamiento de fuerzas establecidas y respetadas en la sociedad, por lo que recibe mucha menos condena pública que el primer tipo”²⁶.

²⁵ Entendiendo por racismo institucional aquel que tiene que ver con la falta de reconocimiento y de redistribución económica dentro los sistemas de poder de las sociedades actuales, que, además, en el caso de la discriminación étnica está ampliamente ligado con el eurocentrismo y el desprecio por determinados grupos sociales diferentes a aquel que detenta el poder de forma hegemónica. N. FRASER, “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era ‘postsocialista’” en J. BUTLER, y N. FRASER, *¿Reconocimiento o redistribución? Un debate entre marxismo y feminismo*. Traficantes de sueños, Madrid, pp. 23-68.

²⁶ S. CARMICHAEL, y V. HAMILTON CHARLES, *Black power: the politics of liberation in America*, Random House, Nueva York, 1967, 20.

En este sentido, Macpherson, en el informe realizado en el Reino Unido como consecuencia del asesinato racista de Stephen Lawrence y la acción deficiente de la policía, definió el racismo institucional como la “incapacidad colectiva de una organización para prestar un servicio adecuado y profesional a las personas debido a su color, cultura u origen étnico. Puede verse o detectarse en procesos, actitudes y comportamientos que equivalen a discriminación por prejuicios involuntarios, ignorancia, desconsideración y estereotipos racistas que perjudican a las personas pertenecientes a minorías étnicas. Persiste porque la organización no reconoce y aborda abierta y adecuadamente su existencia y sus causas mediante la política, el ejemplo y el liderazgo. Si no se reconoce ni se actúa para eliminarlo, el racismo puede prevalecer como parte de la ética o la cultura de la organización. Es una enfermedad corrosiva”²⁷.

Por lo tanto, la utilización de perfiles raciales por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en la ejecución de sus funciones debe ser considerada como un comportamiento racista sistémico de carácter institucional porque:

1. Supone que unos determinados grupos étnicos reciben por parte del sistema (en este caso los cuerpos policiales, funcionarios del Estado) y de forma generalizada un peor trato²⁸, que no es dispensado al resto de la población, sin que exista una justificación objetiva y suficiente fundamentada en la protección de los derechos humanos y fundamentales, dado que se basa en prejuicios involuntarios, la ignorancia, la desconsideración y en estereotipos racistas, que en ningún caso pueden dirigir el trato que el Estado, a través de sus representantes, debe garantizar al conjunto de la ciudadanía.
2. Este comportamiento está amparado normalmente por legislación *neutral* que no establece directamente que se deba ejercer una mayor

²⁷ W. MACPHERSON, *The Stephen Lawrence Inquiry Report of an Inquiry*, 1999, p. 49 [para 6.34]. Traducción propia, texto original: *The collective failure of an organisation to provide an appropriate and professional service to people because of their colour, culture, or ethnic origin. It can be seen or detected in processes, attitudes and behaviour which amount to discrimination through unwitting prejudice, ignorance, thoughtlessness and racist stereotyping which disadvantage minority ethnic people. It persists because of the failure of the organisation openly and adequately to recognise and address its existence and causes by policy, example and leadership. Without recognition and action to eliminate such racism it can prevail as part of the ethos or culture of the organisation. It is a corrosive disease.*

²⁸ T. HOPKINS, “Litigating Racial Profiling: The Use of Statistical Data”, *Law in Context*, núm. 37, vol. 2, 2021, pp. 39-40.

presión sobre un determinado grupo social, dado que supondría una violación directa de las cláusulas antidiscriminatorias presentes en las democracias actuales y en diversos pactos internacionales de protección de derechos humanos. Sin embargo, el establecimiento de amplios poderes discrecionales a los funcionarios policiales en la ejecución de las paradas y registros, junto con la inexistencia de mecanismos de control o de información estadística de cómo estas se llevan a cabo, abstrae del control antidiscriminatorio la evaluación de cómo se ejecutan materialmente. Desde la visión de la igualdad ante la ley, cuando se parte de una pieza legislativa neutral se presupone que su aplicación también lo será, y por lo tanto, no se comprueba si efectivamente pasamos de una situación de igualdad *ante la ley* a una de igualdad *en la ley*²⁹. Esta concepción de la igualdad únicamente adscrita a la formal es lo que se conoce como falso universalismo³⁰, puesto que el derecho utiliza este modelo de igualdad como el adecuado para garantizar de forma universal los derechos. Sin embargo, y como se puede comprobar, existen grupos que sistemáticamente son excluidos de estas garantías, o cuya evolución es diferente a la del grupo dominante, y la utilización de perfiles étnicos es un claro ejemplo.

3. Por lo tanto, como podemos observar, la utilización de perfiles étnicos es un tipo de discriminación menos manifiesta e identificable en términos individuales. Es decir, en principio no se materializa sistémicamente porque las personas que conforman los cuerpos policiales sean racistas, sino porque están basadas en prejuicios involuntarios, ignorancia, desconsideración y estereotipos que llevan a la utilización de criterios racistas en la ejecución sistémica de las paradas y registros.

²⁹ Como ha sucedido, entre otros, en la necesidad de introducir determinadas acciones en el sistema de admisión en las universidades de EE.UU., que ahora está siendo desmantelado después de la sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano SFA, Inc. V. President and Fellows of Harvard College y la University of North Carolina, de 29 de junio de 2023. Ver: F. REY MARTÍNEZ, "Manual de instrucciones para utilizar el concepto de igualdad a fin de que las minorías étnicas no la alcancen. Sentencia del Tribunal Supremo Federal norteamericano SFA, Inc. V. President and Fellows of Harvard College y University of North Carolina, de 29 de junio de 2023", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 129, 2023, pp. 294-297.

³⁰ L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 74-75; M.A BARRÈRE UNZUETA *et al*, "Igualdad y no discriminación en tiempos de pandemia", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 44, 2021, pp. 41-42.

4. El impacto que esta realidad tiene en la vida de las personas que la sufren no puede encontrar ningún tipo de amparo en la supuesta protección de la seguridad ciudadana, o frente al delito. En primer lugar, porque no se puede demostrar que controlando de forma desproporcionada a aquellas personas que tienen rasgos fenotípicos diferentes a los de la mayoría social se reduzca el número de ilícitos³¹, y en segundo lugar, porque la situación de irregularidad migratoria, en sí misma, no está tipificada.
5. Muy al contrario, la utilización de perfiles étnicos tiene un impacto muy grave en la vida de las personas³² que sufren esta práctica. No únicamente limita de forma ilegítima su derecho a la libertad de movimiento, sino que además, manda un claro mensaje al considerarles como *infrasujetos*³³, personas cuyos derechos fundamentales pueden ser limitados por la aplicación de una regulación que invisibiliza el resultado lesivo que tiene en la protección de derechos fundamental y humanos, derivada de obligaciones nacionales e internacionales, fomentando los estereotipos que vinculan la inmigración con la delincuencia.
6. Finalmente, esta es una realidad corrosiva para cualquier sistema social y democrático de derecho, puesto que, aparte de atacar sus valores fundamentales, mina la confianza³⁴ que parte de la sociedad deposita en él y en sus instituciones al observar que reciben un trato que no es justo, lo que afecta a su funcionamiento general.

³¹ Open Society Justice Initiative. *Ethnic Profiling in the European Union: Pervasive, Ineffective, and Discriminatory*, Open Society Institute, Nueva York, 2009, pp. 11-12 y pp. 113-118; J. GARCÍA AÑÓN *et al*, *Identificación policial por perfil étnico en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 145-153

³² No únicamente desde el punto de vista jurídico, sino también de la salud haciéndoles sentir indignos, invisibles y se relaciona con la alta prevalencia de hipertensión, enfermedades cardíacas y cáncer en determinados barrios constituidos por personas afroamericanas en EE. UU. Ver: V. R. CLARK, "The Perilous Effects on Racism in Blacks", *Ethnicity & Disease*, num. 11, vol. 4, 2001, pp. 769-772.

³³ J. DE LUCAS, "Institutional Xenophobia Against Immigrants in Spain", *Critical Legal Thinking*, 2012. Acceso el 22 de abril de 2024: <https://criticallegalthinking.com/2012/05/08/institutional-xenophobia-against-immigrants-in-spain/>

³⁴ B. BRADFORD, y J. JACKSON, "Trust and confidence in the police: A conceptual review", *SSRN*, S.n., 2010, pp. 2-4. B. BRADFORD, y J. JACKSON "Different Thing to Different People? The Meaning and Measurement of Trust and Confidence in Policing Across Diverse Social Groups in London", *SSRN*, S. n., 2010, pp. 1-25.

3. LA SENTENCIA WA BAILE CONTRA SUIZA

3.1. Las circunstancias del caso

El caso versa sobre un control de identidad realizado en la estación de tren de Zúrich que el demandante, Sr. Wa Baile, afirma se originó por su color de piel, y por lo tanto, iniciado por una motivación racista. Él se dirigía a su centro de trabajo cuando la mañana del 5 de febrero de 2015 fue parado por la policía municipal de la ciudad para realizarle un control de identidad. Wa Baile se negó a seguir las indicaciones recibidas por parte de los policías, lo que motivó que lo apartaran a un lado de la estación, le obligaran a levantar las manos y a separar las piernas para hacer un registro completo de su persona. Mientras se desarrollaba, encontraron su documento de identidad, lo que permitió llevar acabo de identificación, y que pudiera abandonar el lugar.

Ese mismo día, el policía que llevó a cabo la parada redactó un informe, del que es interesante destacar los siguientes pasajes:

“Durante el patrullaje [...], me llamó la atención un individuo varón de piel oscura (más tarde identificado como el Sr. Wa Baile) que me pareció sospechoso. Esto se debió al comportamiento de la persona en cuestión (el Sr. Wa Baile apartó la mirada cuando se dio cuenta de que yo era policía, y queriendo evitarme). Por lo que existía la sospecha de infracción de la Ley Federal de Extranjería”³⁵; “El Sr. Wa Baile nos llamó racistas y describió el control que estábamos desarrollando como una artimaña”³⁶.

En el mismo informe se recogen una serie de afirmaciones realizadas por Wa Baile durante la parada en las que asevera: “Yo también tengo derechos. Allá a donde voy, me paran. No voy a pagar la multa. Preferiría ir a la cárcel”³⁷. Finalmente, afirma que ninguna otra persona de la estación fue

³⁵ STEDH Wa Baile contra Suiza de 20 de febrero de 2024, para 5.

³⁶ STEDH Wa Baile contra Suiza de 20 de febrero de 2024, para 6.

³⁷ STEDH Wa Baile contra Suiza de 20 de febrero de 2024, para 7. Existen estudios que acreditan la desproporción de identificaciones que sufren las personas fenotípicamente diferentes a la mayoría social. Ver: J. GARCÍA ANÓN, *et al*, *Identificación policial por perfil étnico en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 153-178; J.M LÓPEZ-RIBA, “Justicia distributiva y legitimidad policial: la distribución demográfica y geográfica de las identificaciones policiales en España”, *Política Criminal*, vol. 16, núm. 31, 2021, pp. 159-160.

identificada y que cuando pidió que le explicaran por qué había sido parado, no recibió ninguna respuesta. Como consecuencia de esta parada, se iniciaron dos procedimientos, uno penal de oficio por la negativa a identificarse, y otro administrativo iniciado por Wa Baile en el que solicitaba a la policía de Zúrich que declarara la parada como ilegal. Ambos serán analizados a continuación.

3.2. El procedimiento penal nacional

Respecto del primero, le fue impuesta una multa pecuniaria, que recurrió ante el juez local (*Stadttrichteramt*) de la Ciudad de Zúrich. En este, Wa Baile solicitó que se adjuntara al expediente los materiales de enseñanza que se utilizan en la formación de la policía para el desarrollo de las paradas y registros, cualquier directiva interna emitida por la policía y datos estadísticos relevantes sobre esta materia. Es interesante señalar que, mientras que las autoridades sí que ofrecieron información sobre los dos primeros puntos, no dieron información estadística, alegando que “el caso en cuestión debía ser examinado sobre la base de las circunstancias concretas de este, y por lo tanto esta información no iba a ofrecer ningún elemento relevante más a este respecto”³⁸.

La condena fue confirmada sobre la siguiente base. En primer lugar, el juez afirmó que la versión de lo ocurrido ofrecida por el policía era creíble, es decir, que la inspección se realizó porque Wa Baile le pareció sospechoso por su actitud (apartarles la vista e intentar esquivarles). En segundo lugar, se afirma que aunque podamos admitir que es cuestionable que una razón de este tipo sea suficiente, se debe tener en cuenta que el policía tuvo muy poco tiempo para decidir si la inspección era necesaria o no. En tercer lugar, el juez no encuentra evidencia de que la parada se llevara a cabo por el color de piel de Wa Baile, y aunque esto hubiera sido así, él tenía la obligación de seguir las instrucciones del policía, y haber denunciado la situación posteriormente.

Wa Baile recurrió esta decisión ante el Tribunal Cantonal de Zúrich, que confirmó la sentencia anterior, dado que no concurría ninguna circunstancia que permitiera declarar la parada y registro como viciada por irregularidad. Esto es así porque en el expediente no figura ninguna referencia a un comportamiento incorrecto o inapropiado por parte del policía, ni ninguna

³⁸ STEDH Wa Baile contra Suiza de 20 de febrero de 2024, para 12.

prueba de que esta fuera motivado por su color de piel, y el recurrente no aportó ninguna otra que demostrara sus alegaciones³⁹. Por lo tanto, de acuerdo con el Tribunal Cantonal de Zúrich, la naturaleza tenue de los elementos utilizados para realizar la parada no podía llevar a la conclusión de que esta fuese manifiestamente ilegal. Finalmente, aunque se recurrió esta sentencia ante el Tribunal Supremo Federal, se confirmó el resultado de los tribunales inferiores.

De lo expuesto en este apartado, es interesante analizar las razones por las que la policía se negó a aportar datos estadísticos, la posición del juez local sobre el poco tiempo de acción del policía, y la conclusión del Tribunal Cantonal sobre la imposibilidad de declarar la parada manifiestamente ilegal.

En primer lugar, el análisis de datos estadísticos es fundamental⁴⁰ para probar una situación de discriminación en los casos en los que esta se pueda haber producido forma indirecta, como es el que estamos analizando. Es decir, el caso juzgado no tiene por objeto un comportamiento abiertamente racista del policía, el que de forma manifiesta haya decidido realizar la parada por sus ideas sobre la superioridad de una *raza* sobre la otra. Por lo tanto, no lo podemos calificar como un comportamiento individual. Al contrario, su comportamiento forma parte de una forma de racismo soslayada o encubierta, que no puede ser identificada en términos individuales, sino sistémicos⁴¹, basado en el convencimiento a través de prejuicios, de que las personas

³⁹ Es importante poner de relieve que el Tribunal Cantonal de Zúrich ignora la jurisprudencia del TEDH que establece la necesidad de invertir la carga de la prueba en casos en los que se pueda estar produciendo una discriminación indirecta. Ver: STEDH Natchova y otros contra Bulgaria de 6 de julio de 2006; STEDH DH y otros contra la República Checa de 13 de noviembre de 2007. Asimismo, ver: M.J. AÑÓN ROIG, "Discriminación racial: el racismo institucional revelado", en F. ARCOS RAMÍREZ, (ed.). *La justicia y los derechos en un mundo globalizado*. Dykinson, Madrid, 2016, pp. 156-158; L. CASADO CASADO, "Recopilación y documentación de asuntos tramitados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos relacionados con la discriminación por motivos raciales, étnicos o por razón de nacionalidad", en J. GARCÍA AÑÓN, y M. RUIZ SANZ, *Discriminación racial y étnica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 124-127.

⁴⁰ J. GARCÍA AÑÓN, "Discriminación, exclusión social y conflicto en sociedades multiculturales: La identificación por perfil étnico", en J. GARCÍA AÑÓN, y M. RUIZ SANZ, *Discriminación racial y étnica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 290-292; M.J. AÑÓN ROIG, "Discriminación racial: el racismo institucional revelado", en F. ARCOS RAMÍREZ, (ed.). *La justicia y los derechos en un mundo globalizado*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 164.

⁴¹ Y este cambio de visión de los jueces encargados de decidir sobre estos asuntos es fundamental, porque la visión tradicional de que la discriminación racial se experimenta de

con un determinado color de piel son inmigrantes irregulares. Por eso, la afirmación de la policía de que la parada debía basarse en las circunstancias concretas en las que esta se realizó y que los datos estadísticos no aportarían ninguna prueba nueva⁴² debe rechazarse, dado que, sin estos, no es posible probar la situación que está intentando demostrar *Wa Baile*⁴³.

En segundo lugar, la afirmación del tribunal local del Zúrich en la que admite que puede ser cuestionable que las razones para la ejecución de la parada fueran suficientes, pero que el policía tuvo muy poco tiempo para decidir si esta era necesaria, debe ser claramente rechazada por no encontrar ningún razonamiento basado en derechos. Es decir, el escaso margen de tiempo en la toma de una decisión no puede ser admitido como un razonamiento legítimo que cuando debemos ejecutar una acción que afecte a derechos fundamentales que, *prima facie*, sea cuestionable o no proporcionada. Pensemos, por ejemplo, en un conductor que, para enviar un accidente con otro vehículo, acaba atropellando a un peatón. El poco tiempo de reacción ante esta situación, no debería ser por sí mismo y considerado únicamente como eximente del daño provocado, puesto que se deberían tener en cuenta otras circunstancias relevantes, como la velocidad, si había consumido alcohol, el estado del vehículo, entre otras. Todas las circunstancias relacionadas con la parada, que en el caso de *Wa Baile* no fueron evaluadas, podrían haber indicado que esta se inició debido a su color de piel. Esta decisión debe ser puesta en relación con la conocida como injusti-

forma puramente individual y aislada no responde de forma satisfactoria a otras formas de racismo, como es el sistémico. Por lo tanto "Para colmar esta laguna, los tribunales deben estar dispuestos a utilizar datos estadísticos y de las ciencias sociales para deducir la existencia de discriminación racial en casos concretos". T. HOPKINS, "Litigating Racial Profiling: The Use of Statistical Data", *Law in Context*, núm. 37, vol. 2, 2021, p. 49.

⁴² En otras ocasiones, los Estados suelen alegar la incompatibilidad entre las leyes de protección de datos y la recopilación de información sobre las paradas. Contradicción que no existe en la realidad, dado que la propia Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, prevé su utilización para este fin. De forma similar, el artículo 9.2. del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, prevé que se puedan tratar datos que revelen datos relativos a la étnica cuando sea necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión.

⁴³ Z. BOBIS, *et al* *Combatiendo los perfiles étnicos en Europa*, Open Society Foundations, Nueva York, 2021, p. 34.

cia epistémica⁴⁴, en su aspecto de injusticia testimonial. Esta hace referencia a la falta de credibilidad que se le da al discurso o declaración de una persona por motivos prejuiciosos. En este caso, se puede entrever que el juez defiende que, aunque el policía tuvo poco tiempo para evaluar la situación y su razonamiento para justificarla es débil (y además no sigue las directrices que veremos posteriormente respecto de las condiciones objetivas para realizar una parada⁴⁵), el comportamiento del policía en ningún caso puede ser racista, porque Suiza es un Estado de democrático de derecho, y estos comportamientos no se producen *aquí*.

En tercer lugar, el razonamiento utilizado para señalar la imposibilidad de declarar la parada manifiestamente ilegal por parte del Tribunal Cantonal también presenta debilidades en su argumentación que no deberían ser desdenadas. Afirma que las motivaciones para realizar la parada (recordemos, apartar la mirada e intentar esquivar el control) aunque tenues, no pueden llevar a la conclusión de que este fuese *manifiestamente* ilegal. Una vez más, ahora desde el punto de vista jurisdiccional, vemos cómo se exige que el comportamiento sea meridianamente ilegal, es decir, se requiere que el comportamiento del policía sea abiertamente racista. No se entiende qué razones llevan al Tribunal a ignorar que existen comportamientos típicos que pueden ser materializados de forma indirecta, especialmente en el ámbito de la discriminación, y que son igualmente lesivos para los bienes jurídicos tutelados. Precisamente, la interpretación que del artículo 8.2 de la Constitución Federal⁴⁶ realiza el Tribunal Supremo⁴⁷ prevé la evaluación tanto directa como indirecta de los efectos discriminatorios que pueda tener una determinada regulación expresada en términos neutros. Además, la Ley Federal en Igualdad de Género⁴⁸ de 24 de marzo de 1995, reconoce la posibilidad de que los comportamientos discriminatorios regulados puedan ejecutarse de forma directa e indirecta (por ejemplo, en el ámbito laboral), creando la Oficina

⁴⁴ M. FRICKER, *Epistemic Injustice. Power & the Ethics of Knowing*, OUP, Oxford, 2009, pp. 17-29.

⁴⁵ Ver apartado 3.4.

⁴⁶ Además del artículo 8.2 de la Constitución Federal, Suiza cuenta más regulación antidiscriminatoria por motivos raciales, como, por ejemplo, el artículo 35 de la Constitución Federal, o el artículo 261 bis del Código penal, que sin embargo, no mencionan específicamente la materialización indirecta de las conductas.

⁴⁷ Ver, entre otras, las siguientes sentencias: DFT 125 I 71, considerando 2.a); y DFT 2 P 313 de 2015, considerando 3.1. Ambas adscritas al ámbito del género.

⁴⁸ *Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann*.

Federal para la Igualdad de Género que tiene por objetivo eliminar ambos tipos de discriminación. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico suizo trata la discriminación indirecta, y aunque se vea específicamente en el área del género, este tipo de comportamientos no se circunscriben únicamente a esta, y el Tribunal, teniendo indicios de que el razonamiento utilizado para iniciar el contacto es débil, en aras de la tutela judicial efectiva y la protección de la dignidad, debería haber realizado un ejercicio de ponderación serio entre los derechos en juego, iniciando una investigación con todas las garantías que ahondara en los motivos que llevaron a iniciar el contacto.

3.3. El procedimiento administrativo nacional

Wa Baile, además del procedimiento penal, inició en marzo de 2016 un procedimiento administrativo ante la policía municipal de Zúrich con el objetivo de que la parada fuera declarada ilegal, solicitando la inversión de la carga de la prueba. Esta no fue acogida, y en la resolución se utilizaron los argumentos desarrollados por el Tribunal Federal. La decisión fue apelada por orden jerárquico ante el Ayuntamiento de Zúrich y la prefectura del distrito de Zúrich, desestimada en ambas ocasiones.

En último lugar, llegó ante el Tribunal Administrativo del Cantón de Zúrich, que anuló las decisiones de los tribunales inferiores y declaró que la parada había sido ilegal. Este acogió parte de la argumentación ofrecida por Wa Baile, y entendió que no puede ser considerado como razón suficiente para iniciar una parada que una persona le aparte la mirada a un policía. Sin embargo, es importante señalar que este tribunal únicamente determinó que la parada había sido ilegal, pero no que esta se hubiera iniciado por el color de piel del actor, circunstancia que el propio Tribunal declaró que quedaba abierta a estudio. Así, Wa Baile recurrió la sentencia ante el Tribunal Federal, que no la admitió, dado que al haber ganado el caso en sede administrativa el recurso no pedía la revocación o anulación de la sentencia, sino que se ampliara el argumentario por el cual se había declarado ilegal la parada, y el derecho de recurso no ampara esta posibilidad.

3.4. Requisitos constitucionales de los controles de identidad en Suiza

El Tribunal Supremo Federal, en su sentencia DTF 109 1a 146, de 1983, establece una serie de características importantes que debe ser tenidas en cuenta en el momento de desarrollar un control de identidad. Así, afirma

que “aunque no constituye en sí misma un ataque muy significativo a la libertad personal, no deja de ser una intervención directa en la esfera íntima de los individuos. Por tanto, su práctica está sujeta, al igual que la de otras medidas de control [...], a los principios constitucionales de interés público y proporcionalidad”⁴⁹. La sentencia continúa afirmando “la policía no está autorizada a detener sin motivo alguno y en ninguna circunstancia a ninguna persona que pasee por la vía pública o se encuentre en un establecimiento público. Un interrogatorio verbal, con solicitud de datos personales o exhibición de documentos de identificación, no debe resultar vejatorio o molesto, ni responder a un sentimiento de curiosidad gratuita; por ejemplo, no sería admisible que ciertos ciudadanos, con un comportamiento correcto, fueran sometidos sistemática y regularmente a control policial con pretextos inútiles o puramente subjetivos”⁵⁰. Por lo tanto, de acuerdo con el razonamiento desarrollado en la sentencia, las paradas deben obedecer a unas razones objetivas mínimas, como pueden ser: que exista una situación de conflicto, la presencia del interesado en las proximidades de un lugar donde se acaba de cometer un delito, su parecido con una persona buscada, o su inserción en un grupo de personas sobre las cuales hay motivos para creer, basándose en pruebas, que aunque sean débiles, de que esta persona o cualquier otra del grupo se encuentra en una situación ilegal que necesita de la intervención policial.

Por lo tanto, debemos tener en cuenta dos circunstancias. Por un lado, se exige que exista una motivación que no abandone a la arbitrariedad y al poder discrecional de la policía al ciudadano/a que está siendo objeto de control. Por otro lado, el principio de proporcionalidad exige que los agentes de policía muestren consideración y cortesía hacia las personas que están

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Federal DTF 109 1a 146, para 4b. Texto original: *Quand bien même elle ne constitue pas en soi une atteinte très sensible à la liberté personnelle, elle n’en est pas moins une intervention directe dans la sphère intime des individus. Sa pratique est donc soumise, au même titre que celle des autres mesures de contrôle instituées dans la loi attaquée, aux principes constitutionnels de l’intérêt public et de la proportionnalité.*

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Federal DTF 109 1a 146, para 4b. Texto original: *les organes de police ne sont pas habilités à interpeller sans raison aucune et dans quelque circonstance que ce soit n’importe quel quidam déambulant sur la voie publique ou séjournant dans un établissement public. Une interpellation verbale, avec demande de renseignements personnels ou d’exhibition de papiers de légitimation, ne doit pas avoir un caractère vexatoire ou tracassier, ni obéir à un sentiment de curiosité gratuite; il ne serait par exemple pas admissible que certains citoyens, au comportement correct, soient systématiquement et régulièrement soumis au contrôle policier sous des prétextes futiles ou d’ordre purement subjectif.*

siendo identificadas, y sin que sea posible plantearles preguntas indiscretas innecesarias, ni ser sometidos a vejaciones.

En una segunda sentencia (DTF 136 I 87), el Tribunal Supremo Federal procedió a la revisión de los artículos 21 y 22 de la Ley sobre Policía del Cantón de Zúrich, en base a los criterios establecidos en la sentencia DTF 109 1a 146. Se confirma que los controles personales y de identidad afectan al derecho fundamental a la libertad de movimiento protegido en el artículo 10 de la Constitución federal, y al 8.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y que la regulación recurrida no establecía una correlación proporcional entre las posibilidades de la actuación policial y el derecho a la libertad personal.

En este caso, el Tribunal llega al convencimiento de que la regulación era demasiado vaga, permitiendo a las autoridades policiales dar el alto a personas con el único fin de determinar su identidad. Esto no respetaba el principio de necesidad, que requiere que los controles no puedan realizarse sin un motivo. Es decir, “deben existir razones objetivas, circunstancias especiales, o elementos especiales de sospecha que den lugar o justifiquen dicha actuación”⁵¹. Estas razones objetivas son las establecidas en la DTF 109 1a 146. Así, el Tribunal descarta que respeten el principio de necesidad y proporcionalidad las identificaciones que se lleven a cabo por motivos meramente basados en pretextos, la curiosidad personal u otros motivos triviales.

3.5. El caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El caso se sigue ante el TEDH por una violación del artículo 13 CEDH (acceso a un remedio efectivo), bajo el 14 CEDH (prohibición de discriminación) en conjunción con el artículo 8 CEDH (derecho a la vida privada y familiar). Esto permite vencer el problema de la admisibilidad, porque recordemos que el Tribunal Administrativo del Cantón de Zúrich acogió parcialmente la demanda de Wa Baile. Sin embargo, al no entrar a valorar si esta fue motivada por el color de piel, y por lo tanto, la decisión de declarar ilegal la parada no se fundamentó en esta circunstancia, el TEDH entiende que esta circunstancia continúa abierta a revisión, puesto que la utilización de perfiles raciales en los controles de identidad, de acuerdo con su jurisprudencia⁵²,

⁵¹ BGE 136 I 87 S. 102. Traducción propia. Texto original: “Es müssen objektive Gründe, besondere Umstände, spezielle Verdachtselemente dazu Anlass geben oder diese rechtfertigen”.

⁵² STEDH Basu contra Alemania de 18 de enero de 2023 (<https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-220007>); STEDH Muhammad contra España de 06 de marzo de 2023 (<https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-219984>).

es una conducta discriminatoria que afecta a los derechos reconocidos en los artículos 8, 13 y 14 CEDH.

El TEDH evalúa en primer lugar la posible vulneración de los artículos 8 y 14 CEFD desde una doble perspectiva, formal y material.

Respecto de la primera, el TEDH empieza recordando los principios generales del trato discriminatorio y la obligación que tienen los Estados de combatirlo por ser una de las formas más reprobables de comportamiento, que tiene consecuencias estructurales en la degradación de los valores democráticos. Como hemos mencionado al inicio, uno de los problemas principales de las decisiones a nivel nacional es que en ninguna se planteó la necesidad de realizar una investigación en profundidad sobre las motivaciones reales que llevaron a realizar la identificación. Se dieron por válidas las razones argumentadas por el policía⁵³, sin que se realizara una ponderación adecuada entre los derechos en juego. Además, no se procedió a la inversión de la carga de la prueba, imponiendo en Wa Baile la necesidad de acreditar una situación que materialmente no le era posible documentar⁵⁴.

Por otra parte, pese a que el Tribunal Administrativo del Cantón de Zúrich determinó que la parada había sido ilegal, puesto que no estaba fundamentada en alguno de los criterios aceptados, no llegó a estudiar si esta se inició por el color de la piel de Wa Baile. Cuando recurrió la sentencia para que esto fuera valorado, el Tribunal Supremo Federal, pese a tener un indicio claro de la irregularidad del proceso de identificación, negó la admisión del caso, por lo que tampoco se produjo una investigación seria sobre los motivos reales que habían llevado al policía a iniciar el contacto, y si estos estaban motivados por su color de piel.

Todas estas circunstancias llevan al TEDH al convencimiento de que el control de identidad no respetó el umbral mínimo de protección del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH en lectura conjunta con el 14 CEDH. Pese a las alegaciones realizadas por Wa Baile de que este se había producido por su color de piel, y su la falta de proporcionalidad y de ade-

⁵³ Aun cuando estas contradicen la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo Federal para su desarrollo.

⁵⁴ Justamente porque normalmente en estos casos, el agente que causa la discriminación es quien posee la información relevante que la puede demostrar. C. HERMIDA DEL LLANO, "La discriminación racial de los niños gitanos en las escuelas", *Revista de derechos humanos y educación*, núm. 6, 2022, p. 135.

cuación a los requisitos para su desarrollo, no se produjo a nivel nacional ninguna investigación en la que se estudiara esta situación⁵⁵.

En segundo lugar, desde el punto de vista, el TEDH inicia su análisis estableciendo la obligación positiva que los Estados tienen en el aseguramiento de la igualdad sustancial de los derechos protegidos en la CEDH, especialmente de las minorías⁵⁶. Una de las establecidas por el TEDH⁵⁷ en este marco es que la policía reciba el entrenamiento y las directrices necesarias que eviten la utilización de perfiles étnicos en la ejecución de sus funciones. En este sentido, el TEDH reúne las suficientes evidencias para asegurar que la policía suiza no recibe una formación adecuada en esta materia, dado que así fue puesto de manifiesto por el CoEDR en sus observaciones finales sobre este país en el año 2021. El informe sobre Suiza afirmaba la necesidad de incluir en su legislación una prohibición expresa del establecimiento de perfiles raciales, y la elaboración de un plan de acción contra su uso, incluyendo medidas, entre otras, relativas a la formación básica y complementaria impartida a la policía y las fuerzas del orden en materia de racismo y establecimiento de perfiles raciales; el establecimiento de un sistema independiente para tratar las denuncias relacionadas con el establecimiento de perfiles raciales; y la recogida de datos desglosados sobre el establecimiento de perfiles raciales⁵⁸. Además, la queja administrativa fue revisada por un órgano que no era independiente al poder ejecutivo, lo que también contravenía las recomendaciones internacionales.

⁵⁵ Circunstancia que, además, va en contra la de la OG número 31 del CoEDR que recomienda al Estado parte que adopte medidas para garantizar que todos los incidentes racistas cometidos por agentes de policía o en los que estos estén implicados sean objeto de una investigación rápida, exhaustiva e imparcial.

⁵⁶ J. DE LUCAS, "Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 15, 1993, p. 124; M.A. AÑÓN ROIG, "Derechos humanos y obligaciones positivas", en M.A. BERNUZ BENEITEZ, y M. CALVO GARCÍA, (eds.). *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 43-72. Obligación que se además se deriva de textos internacionales de protección de derechos humanos y que ha tenido un acogimiento muy dispar en Europa. Ver en este sentido: E.J. RUIZ VIEYTEZ, "Derechos humanos y minorías nacionales en el siglo XX", *Derechos y libertades*, núm. 23, vol. 2, 2010, pp. 58-67. Respecto a las obligaciones positivas de protección en el marco de la sentencia crucial de Campo Algodonero de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ver: V. ABRAMOVICH, "Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso "Campo Algodonero" en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6, 2010, pp. 167-182.

⁵⁷ Ver: STEDH Natchova y otros contra Bulgaria de 6 de julio de 2006, para. 97.

⁵⁸ Documento UN CERD/C/CHE/CO/10-12 para 20. Obligaciones que ya habían sido señaladas por el CoEDR en la OG número 36 del año 2020 analizada anteriormente.

En último lugar, el TEDH tiene en cuenta que las razones utilizadas por el policía para iniciar la parada fueron declaradas como insuficientes por no estar basadas en los criterios objetivos desarrollados por el Tribunal Supremo Federal, lo que llevó a declararlo ilegal. Por lo tanto, existe una presunción fuerte de que este se realizó utilizando unos indicadores discriminatorios, dado que Suiza no aportó información estadística, ni general, ni concreta de cuántas personas más se había parado en la estación de trenes de Zúrich ese día, por lo que la simple afirmación de que se habían realizado más controles de identidad es demasiado vaga. Así, el TEDH concluye que hubo una violación material del artículo 14 CEDH en conjunción con el artículo 8 CEDH.

Finalmente, y respecto del artículo 13 CEDH, el TEDH llega al convencimiento de que también existió una violación en este sentido, dado que el Tribunal Administrativo del Cantón de Zúrich, aunque declaró la parada como ilegal, no analizó si esta se produjo por el color de piel de Wa Baile, y por lo tanto el Tribunal Supremo Federal debería haber conocido el caso para determinar cuál fue la motivación real.

Esta es la primera vez que el TEDH determina que una parada realizada por la policía no respeta el contenido de los artículos 14 CEDH y 8 CEDH, ya que en casos anteriores no encontró razones suficientes que le llevaran a este convencimiento⁵⁹. Tanto es así, que el propio TEDH explica qué diferencia este caso de los previos, desarrollando un argumentario problemático desde el punto de vista de su razonamiento, que gira principalmente en torno a dos características.

En primer lugar, afirma que en los dos casos recientes sobre esta materia, las personas que habían sufrido los controles eran los que habían iniciado los procedimientos penales y administrativos, mientras que, en el presente caso, el procedimiento penal fue iniciado por el Estado, y en su defensa, Wa Baile se vio forzado a acudir a la jurisdicción administrativa, dado que no encontró reparación en la penal⁶⁰. Esta última estableció que no existían razones objetivas que justificaran la parada, declarándola ilegal, y por lo tanto, Suiza tenía la obligación de determinar si esta se inició o no sobre la base de una motivación racial. Independientemente de quién inicie el procedimiento, el TEDH tiene la obligación de evaluar si la parada respetó el contenido fijado

⁵⁹ STEDH Basu contra Alemania de 18 de enero de 2023 (<https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-220007>); STEDH Muhammad contra España de 06 de marzo de 2023 (<https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-219984>).

⁶⁰ SETDH Wa Baile contra Suiza de 20 de febrero de 2020, para. 93.

por el CEDH, por lo que no se entiende que un factor decisivo sea quién inicia el procedimiento. Una vulneración de derechos se puede producir independientemente de quién inicia acción.

La segunda diferencia que caracteriza este caso de los anteriores es el reconocimiento a nivel nacional⁶¹ (aunque parcial), de que la parada no se realizó de acuerdo con la legislación vigente. En los casos Basu contra Alemania y Muhammad contra España se comprueban muchas de las otras características que en esta ocasión llevan a la condena, como pueden ser la falta de datos estadísticos, la inexistencia de una entidad independiente que conozca de las quejas, la formación deficiente en esta materia de los agentes de policía, o la existencia de recomendaciones por parte del CoEDR que señalan la posible utilización de perfiles étnicos en estos Estados. Sin embargo, estos casos no cuentan con una sentencia a nivel nacional que reconozca la ilegalidad de la parada. En este sentido, la necesidad de que exista un reconocimiento nacional para que el TEDH entienda que ha existido una vulneración de derechos, significa no entender que el propio sistema de justicia también puede estar afectado por comportamientos discriminatorios estructurales de carácter sistémico⁶², y por lo tanto, pueden existir tratos discriminatorios que no obtengan protección a nivel nacional precisamente por la falta de credibilidad⁶³ o el silenciamiento testimonial⁶⁴ que sufren los miembros de ciertas minorías cuando declaran haber sido víctimas de discriminación en Estados

⁶¹ SETDH Wa Baile contra Suiza de 20 de febrero de 20204, para. 134.

⁶² Como se reconoce por parte de, entre otros, el CoEDR en la recomendación general número 36 (2020). Documento UN CERD/C/GC/36 para. 30. Debemos recordar aquí lo expuesto anteriormente respecto de la injusticia testimonial. Fricker, Miranda. *Epistemic Injustice. Power & the Ethics of Knowing*, OUP, Oxford, 2009, pp. 17-29.

⁶³ C. LEMA AÑÓN, "De la ignorancia del derecho la injusticia epistémica en el derecho: injusticia testimonial e injusticia hermenéutica como obstáculos para el acceso a la justicia", *Oñati Socio-Legal Series*, núm. 13, vol. 3, 2023, pp. 781-789.

⁶⁴ Esta situación se produce cuando un público determinado (en este caso los miembros del poder judicial), no le reconocen a una persona que está dando un testimonio que esta tenga la capacidad o el conocimiento necesario para declarar sobre este hecho, debido a un prejuicio identitario. Es decir, el público no considera al orador como una fuente de conocimiento fiable por motivos normalmente sexistas o racistas. Por lo tanto, aunque un orador preste testimonio, no solo sufre un déficit de credibilidad, sino que su declaración puede llegar a ser ignorada por completo. R. MCKINNON, "Epistemic Injustice", *Philosophy Compass*, núm. 11, 2016, p. 442; K. DOTSON, "Tracking Epistemic Violence, Tracking Practices of Silencing", *Hypatia*, núm. 26, vol. 2, 2011, pp. 242-243; C. LEMA AÑÓN, "Racismo e injusticia epistémica. Variaciones sobre el Atticus Finch de Javier de Lucas", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 49, 2023, pp. 826-829.

democráticos de derecho que creen tener todas las salvaguardas que impiden la materialización de estas conductas.

Este argumento debe ser rechazado, en primer lugar, porque abandona la tutela de los derechos en juego a un margen de apreciación nacional extremadamente amplio que puede acabar invisibilizando patrones sistémicos de discriminación, y en segundo, porque los tribunales nacionales, en un número muy importante de ocasiones, no juzgan los hechos teniendo en cuenta los estándares fijados por la Convención Europea de Derechos Humanos, sino su legislación nacional. Por lo tanto, es tarea del TEDH comprobar si el comportamiento en cuestión está en línea con ellos o no, independientemente de que exista un reconocimiento parcial de la vulneración a nivel nacional.

4. CONCLUSIONES

Tras el análisis de la situación que dio origen al caso, se puede concluir que la Confederación Suiza no incorporó a su legislación interna una cantidad muy relevante de estándares de protección frente a la utilización de perfiles étnicos a la que estaba obligada por ser un Estado parte de la CEDR, circunstancia que fue decisiva, entre otras, en la condena ante el TEDH.

En primer lugar, es importante tener en cuenta que Suiza no únicamente desoyó de forma sistemática las advertencias y las recomendaciones que el CoEDR realizó a través de sus OG para la prevención de la utilización de perfiles étnicos, sino también, las que se le realizaron de forma individualizada a través de los informes de Estado. Esto debería haber sido un claro indicador de que la policía no estaba recibiendo el entrenamiento adecuado sobre cómo ejecutar sus poderes de parada y registro sin un sesgo racial, implementando unos criterios que efectivamente hagan que estas sirvan para el correcto desarrollo de sus funciones generales. Por lo tanto, esta realidad debería haber sido tomada como un indicio de que la situación de discriminación podría haber ocurrido, y por lo tanto, haber realizado una investigación con todas las garantías que operan en los casos de discriminación indirecta. Existían datos suficientes para que no se descartara la posibilidad, al menos inicialmente, de que el contacto se había iniciado por razón del color de piel.

En segundo lugar, no se aportaron datos estadísticos sobre las paradas y registros realizados, ni a nivel Estatal, ni en el día de la parada. Estas son una prueba esencial en los casos de discriminación indirecta, y una obligación estructurada por el CoEDR. Además, como consta en el informe policial, Wa

Baile ya manifestó que “allá a dónde iba, era parado”⁶⁵, circunstancia indicaria de que podría estar sufriendo un número desproporcionado de controles policiales que posiblemente no tendrían que ver *con evitar la mirada del policía*, sino con sus rasgos fenotípicos. Por otro lado, no se procedió con la inversión de la carga de la prueba, exigiéndole a la víctima que demostrara que la parada se había iniciado debido a un motivo racista, situación que no le era posible dado que la información pertinente para ello la tenía el Estado.

En tercer lugar, la argumentación utilizada por el TEDH para condenar en el presente caso, que lleva a su diferenciación con las sentencias de Basu contra Alemania y de Muhammad contra España, es muy débil desde la perspectiva de la protección de los derechos recogidos en el CEDH y que la utilización de perfiles étnicos pone en riesgo. Si el Tribunal Administrativo del Cantón de Zúrich no hubiera declarado la parada como ilegal, ¿esta hubiera dejado de estar fundamentada en prejuicios basados en el color de la piel de Wa Baile? La respuesta es no. Por lo tanto, cualquier razonamiento que no se base en el análisis del comportamiento de la policía en su conjunto, de cómo se ejecutan las paradas y registros, de la existencia de estadísticas, de órganos imparciales de investigación de quejas que las afronten mediante indagaciones rigurosos de las alegaciones de las víctimas, o de informes vinculantes de protección de derechos humanos, no debería tener un impacto en el estudio del caso concreto. La exigencia de un comportamiento abiertamente racista por parte de la policía no ofrece una respuesta adecuada a este tipo de situaciones.

En último lugar, no se entiende por qué los tribunales penales que valoraron el caso, pese a concluir que las razones para la iniciación de la parada eran vagas e imprecisas, no decidieron realizar una investigación con todas las garantías en la que se evaluara los motivos que realmente llevaron a iniciar el contacto. Además, es muy problemático que, tanto los tribunales penales inferiores, como el Tribunal Supremo Federal no contrapusieran las circunstancias concretas de la parada con las causas objetivas desarrolladas por la jurisprudencia de este último, que sí son utilizadas por el Tribunal Administrativo del Cantón de Zúrich para declarar su ilegalidad. Asimismo, que el Tribunal Supremo Federal no admitiera a trámite el recurso, generó una situación clara de indefensión dado que, aunque la parada fue declarada ilegal, no se determinó la motivación, que en este caso era fundamental para poder determinar que fue un incidente racista. En general, se puede afirmar

⁶⁵ STEDH Wa Baile contra Suiza de 20 de febrero de 2024, para 7.

que el proceso judicial seguido a nivel nacional es un ejemplo de cómo la injusticia epistémica impacta en el ámbito de la justicia.

Como hemos afirmado al principio, la utilización de perfiles raciales es una práctica deleznable que afecta a los derechos de las personas que las sufren, y que degradan, estructuralmente, los valores democráticos de las sociedades en las que estas desarrollan. La STEDH *Wa Baile* contra Suiza puede ser un primer paso adelante en el castigo de esta práctica, pero con las cautelas señaladas. Las acciones que los Estados toman para prevenir y superar este tipo de acciones son muy limitadas. Consecuentemente, y como señalan entre otros el CoEDR, continúa estando ampliamente extendida, sistematizando el desprecio hacia la diferencia y la pluralidad de nuestras sociedades.

ANDRÉS GASCÓN CUENCA
Dept. Filosofía del Derecho y Política
Facultat de Dret
Universitat de València.
Avd. Tarongers S/N
46022 Valencia
e-mail: andres.gascon@uv.es

LA ENSEÑANZA DE CREENCIAS
O COSMOVISIONES NO RELIGIOSAS
EN LA ESCUELA PÚBLICA
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INGLÉS*

THE TEACHING OF NON-RELIGIOUS BELIEFS OR WORLDVIEWS IN
PUBLIC SCHOOLS IN THE ENGLISH LEGAL SYSTEM

JOSÉ RAMÓN POLO SABAU

Universidad de Málaga

<https://orcid.org/0000-0003-3313-6855>

Fecha de recepción: 5-08-24

Fecha de aceptación: 17-09-24

Resumen: *En este trabajo se estudia el fenómeno relativamente novedoso del reconocimiento de la enseñanza de las creencias o cosmovisiones no religiosas en el sistema educativo inglés, que se ha verificado en paralelo al reconocimiento que también se viene produciendo, en las últimas décadas, en los ordenamientos de las islas británicas de las formas de celebración matrimonial propias de estos llamados grupos de creencia o grupos seculares. La enseñanza de esas cosmovisiones se ha incorporado al sistema educativo inglés en el marco de la asignatura de educación religiosa, de oferta obligatoria en los colegios públicos, mediante una interpretación amplia del concepto "otras religiones" y fundamentalmente por la exigencia de interpretar la legislación de este país de manera conforme a lo establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros países como es el caso concretamente de Gales, allí donde se ha establecido una categoría propia prevista para dar cobertura a la*

* Este trabajo ha sido realizado como parte de las actividades del Proyecto de Investigación "El derecho a una educación inclusiva como manifestación del derecho a la igualdad" (MCINN-24-PID2023-146139NB-I00) del que es investigador principal el prof. Aláez Corral, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades a través de la convocatoria 2023 de ayudas a Proyectos de generación de conocimiento, en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

enseñanza de esas creencias no religiosas. Esa incorporación al currículo de las escuelas públicas de la enseñanza especialmente del humanismo y de las cosmovisiones no religiosas en general ha recibido, en los últimos tiempos, un importante respaldo judicial, mediante una jurisprudencia cuyos rasgos esenciales también son estudiados en estas páginas. Se analizan también algunas de las consecuencias y derivadas que esta temática presenta más ampliamente, tales como las que derivan de la necesaria plena garantía del principio de igualdad entre las creencias religiosas y las que no lo son o, también, las relacionadas con los problemas definitorios que plantea en esta temática la misma noción legal de religión o la de las cosmovisiones no religiosas.

Abstract: *This paper studies the relatively recent phenomenon of the recognition of the teaching of non-religious beliefs or worldviews in the English education system, which has occurred in parallel to the recognition, that has also been taking place in recent decades in the legal systems of the British Isles, of the forms of marriage characteristic of these so-called belief groups or secular groups. The teaching of these worldviews has been incorporated into the English education system as part of the subject of religious education, which is compulsory in state schools, through a broad interpretation of the concept of 'other religions' and primarily because of the requirement to apply English law in a manner consistent with the European Convention on Human Rights, unlike in other countries such as Wales, where a separate category has been established to cover the teaching of these non-religious beliefs. This incorporation of humanism and non-religious worldviews in general into the curriculum of public schools has recently received significant judicial backing, through case law whose essential features are also studied in these pages. This paper also gives consideration to some of the consequences and derivatives that this issue presents more broadly, such as those derived from the necessary full guarantee of the principle of equality between religious and non-religious beliefs, or those related to the definitional problems posed by the legal notion of religion itself or that of non-religious worldviews.*

Palabras clave: educación religiosa, libertad religiosa, cosmovisiones no religiosas, Derecho inglés
Keywords: religious education, freedom of religion or belief, non-religious worldviews, English law

1. INTRODUCCIÓN

En el Reino Unido se viene produciendo, desde hace algún tiempo ya, un fenómeno sumamente interesante para el jurista como es el de la actuación de determinados grupos sociales que se presentan a sí mismos como organizaciones ideológicas o filosóficas, esto es, que encuentran su propia razón de

ser en la defensa y promoción de un determinado sistema de creencias o, si se prefiere, de una determinada cosmovisión que se reputa no religiosa, pero que desempeña o aspira a desempeñar en la vida de los individuos un papel semejante al que, por su parte, pueden llegar a jugar en ella las creencias religiosas.

El fenómeno es perceptible con similares connotaciones en las islas británicas en general, pues se ha verificado asimismo en la República de Irlanda, aunque jurídicamente esos grupos han merecido en uno u otro país denominaciones distintas, ya sea la de grupos de creencia (*belief bodies*) o la de grupos seculares (*secular bodies*)¹, y si bien estamos ante una categoría genéricamente establecida por el Derecho en atención a esos mencionados rasgos de identidad, cabe señalar que en realidad toda esa dinámica de reconocimiento jurídico, que afecta como veremos a distintos ámbitos de la regulación, se ha producido fundamentalmente a instancias de una de esas organizaciones en especial que, de hecho, es la que goza en este ámbito geográfico de una incomparablemente mayor implantación social, como es concretamente el grupo de los llamados humanistas.

Hasta la fecha, las reivindicaciones de este grupo social, básicamente fundadas en la pretensión de recibir un trato no discriminatorio respecto del que se dispensa a las confesiones religiosas, se habían visto satisfechas sobre todo en la esfera del sistema matrimonial, en la medida en la que actualmente el reconocimiento de la eficacia civil de sus privativos ritos conyugales está ya muy extendido en estos países, pero recientemente aquella aspiración se ha visto asimismo correspondida en el marco del sistema educativo en Inglaterra, allí donde no hace mucho que la jurisprudencia ha avalado una cierta presencia del ideario de este tipo de organizaciones, junto al de las confesiones religiosas, en las escuelas públicas permitiendo en ellas también la enseñanza de su propia cosmovisión ideológica o filosófica, veremos más adelante en qué términos específicos.

El análisis de este último aspecto que es el que centra el objeto de este trabajo requiere, por tanto, para su adecuada contextualización, de la previa

¹ De hecho y desde una perspectiva más amplia se han utilizado otras distintas denominaciones para aludir jurídicamente a este mismo tipo de grupos u organizaciones, como es el caso por ejemplo de la expresión “organizaciones de tendencia” o, también, de la categoría “organizaciones filosóficas y no confesionales” que se emplea en esta ocasión en el ámbito del ordenamiento de la Unión Europea (Cfr. art. 17 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

determinación al menos de las características generales de todo este fenómeno del reconocimiento jurídico de los grupos de creencia y, muy especialmente, de aquellos aspectos en los que dichos grupos ya habían sido en alguna medida equiparados jurídicamente a las confesiones religiosas, como es el caso de los cambios que se han venido produciendo en los distintos sistemas matrimoniales. A ello se dedican preliminarmente las páginas que siguen.

2. EL RECONOCIMIENTO DE LAS ORGANIZACIONES IDEOLÓGICAS O FILOSÓFICAS EN EL MARCO DE LOS SISTEMAS MATRIMONIALES EN LAS ISLAS BRITÁNICAS

Desde un punto de vista global y tratando ahora de exponer solo los rasgos más generales que son comunes a los sistemas matrimoniales de raíz anglosajona que están vigentes en estos países, cabe señalar que estos modelos se venían caracterizando tradicionalmente, en lo esencial, por admitir un solo tipo o clase de connubio, el matrimonio civil, que a su vez podía ser válidamente celebrado ya sea en forma religiosa o bien en forma estrictamente civil. Esta última expresión adquiere su pleno sentido si se tiene en cuenta que la forma religiosa, en cierto modo, puede ser contemplada como una más de las formas civiles de celebración marital –o dicho de otra manera como una más de las formas de celebración del único tipo de matrimonio reconocido, el civil–, pues como es sabido en los ordenamientos anglosajones en los que rige esa única clase de matrimonio se da lo que, muy oportunamente, se ha calificado como una suerte de *civilización* de las formas religiosas conyugales², y por ello entre la doctrina científica es habitual entender en estos casos que el ministro de culto que eventualmente asiste a la ceremonia nupcial como celebrante lo hace, precisamente, en representación del Estado.

Pues bien, como señalé, desde hace ya tiempo, junto a las tradicionales formas civil –o estrictamente civil– y religiosa de celebración del connubio, se viene dando acogida en estos ordenamientos a una tercera modalidad conyugal, la del matrimonio celebrado con arreglo a los ritos propios de los mencionados grupos de creencia también denominados, como se dijo, grupos seculares.

Más concretamente, en el ámbito de las islas británicas, en la actualidad el reconocimiento jurídico de los denominados, según los casos, matrimo-

² Cfr., J. A. SOUTO, *Derecho matrimonial*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 72.

nios de creencia (*belief marriages*) o matrimonios seculares (*secular marriages*) se ha verificado tanto en la República de Irlanda, allí donde por primera vez tuvo lugar, como también y ya en el marco del Reino Unido, en Escocia e Irlanda del Norte así como en dos de las dependencias de la Corona británica que conforman las comúnmente conocidas como las islas del Canal, concretamente en las Bailías de Jersey y Guernsey³. En el caso de Inglaterra y Gales, donde la implantación social del grupo de los humanistas es asimismo muy estimable, paralelamente se han venido sucediendo las iniciativas tendentes a propiciar también en estos países un similar reconocimiento de esta modalidad núbil⁴ y, finalmente y tras la puesta en marcha a instancias del Gobierno de un proceso de revisión y reforma legal en esta materia, en julio de 2022 ha visto la luz el correspondiente informe oficial de la *Law Commission* que, ya con toda seguridad, habrá de dar paso en un futuro próximo a los cambios normativos que permitan al fin la introducción en ambos ordenamientos del matrimonio de creencia⁵, algo que, en efecto, parece inevitable especialmente teniendo en cuenta que, en sede jurisprudencial, ya se había declarado el carácter discriminatorio de la falta de reconocimiento de dicha modalidad

³ He tenido ocasión de estudiar con alguna profundidad y explorar las principales implicaciones del fenómeno del reconocimiento de esta modalidad conyugal en todos estos ordenamientos, respectivamente en J. R. POLO, "El matrimonio en forma religiosa y el matrimonio de los grupos ideológicos o filosóficos en el ordenamiento jurídico irlandés", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 2025; Id., "La eficacia civil del matrimonio religioso y el nuevo matrimonio de creencia en el ordenamiento jurídico de Escocia", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVIII, Fasc. 1, 2015; Id., "El reconocimiento del llamado matrimonio de creencia en Irlanda del Norte: la revolucionaria sentencia de la High Court de 9 de junio de 2017", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, núm. 29, 2017; Id., "La consolidación del matrimonio de creencia en Irlanda del Norte. Comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones en el caso Smyth, Re Judicial Review, de 28 de junio de 2018", *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, 2018; Id., "El reconocimiento legal de los matrimonios de creencia en Jersey tras la aprobación de la Marriage and Civil Status (Amendment no. 4) (Jersey) Law 2018", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 770, 2018; Id., "El reconocimiento del matrimonio de creencia en la Isla de Guernsey mediante la Marriage (Bailiwick of Guernsey) Law 2020", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 790, 2022. Algunos de estos trabajos también publicados en el libro recopilatorio: J. R. POLO, *Matrimonio, Derecho y factor religioso*, Dykinson, Madrid, 2016.

⁴ Vid, al respecto J. R. POLO, "Una reciente propuesta de reforma del sistema matrimonial inglés: el informe de la Law Commission de 17 de diciembre de 2015", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 762, 2017.

⁵ Vid, J. R. POLO, "Algunos desarrollos recientes en el sistema matrimonial inglés: matrimonio religioso y matrimonio de creencia", *Secularización, cooperación y Derecho. Estudios en homenaje a la profesora Dra. D.^a Ana Fernández-Coronado González*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023.

marital, aunque por razones prácticas se autorizase entonces al Gobierno a demorar la subsanación de esa tacha hasta que precisamente culminase el referido proceso de revisión⁶.

El reconocimiento de la eficacia civil de esta peculiar modalidad conyugal ha tenido implicaciones jurídicas de diversa índole que han afectado, como es lógico, tanto a la misma noción del matrimonio asumida por estos ordenamientos (flexibilización de la forma de celebración y consiguiente reforzamiento de la función del consentimiento como verdadera causa eficiente del connubio, entre otras) como, también, a la más amplia concepción del sistema matrimonial en tanto que sector del ordenamiento estatal en el que se dan cita algunos intereses públicos de primer orden, tales como la salvaguarda de la certeza y de la seguridad jurídica en el terreno de las relaciones familiares, y en el que, asimismo, confluyen y juegan un papel protagonista las esferas de tutela de ciertos derechos fundamentales como es el caso, singularmente, del *ius connubii* y de la libertad ideológica y religiosa, siempre bajo las pautas que ha establecido en esta materia una jurisprudencia europea⁷ a la que, concretamente en Inglaterra y Gales, se ha conferido un importante valor como elemento hermenéutico a la hora de aplicar toda esta normativa⁸.

En todo caso, por lo que ahora me interesa anticipar, en el reconocimiento jurídico del matrimonio de creencia se plantean de manera destacada dos cuestiones que, estando íntimamente relacionadas entre sí, van a suscitarse también, y casi en los mismos términos, respecto del tema de la presencia de las organizaciones ideológicas o filosóficas en el sistema educativo que constituye el objeto principal de este trabajo. Esas dos cuestiones que, por lo que acabo de señalar, serán examinadas después comparativamente con mayor detenimiento son, por un lado, la del papel que desempeña el principio de igualdad y no discriminación en todo este proceso de reconocimiento y de equiparación a las confesiones religiosas de dichos grupos ideológicos o filosóficos, y, por otro, la de la necesidad de definir a esos efectos lo que haya de entenderse jurídicamente por tales grupos de creencia, un asunto este último

⁶ Vid, J. R. POLO, "La (parcialmente exitosa) tentativa de reconocimiento del matrimonio humanista en Inglaterra y Gales por la vía jurisprudencial", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, vol. 74, 2021.

⁷ Vid, al respecto J. R. POLO, "Anotaciones sobre la eficacia civil del matrimonio religioso en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Civitas Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 54, 2015.

⁸ Cfr., la Human Rights Act 1998.

particularmente espinoso que suscita, como se verá, muy parecidos problemas a los que paralelamente ha planteado la propia definición legal de la religión o de los grupos religiosos en estos ordenamientos.

3. LA ENSEÑANZA DE LA RELIGIÓN EN EL SISTEMA EDUCATIVO INGLÉS: CONDICIONANTES CONSTITUCIONALES Y CARACTERÍSTICAS GENERALES

El análisis del régimen jurídico de la enseñanza religiosa en las escuelas públicas, como el de cualquier otro de los aspectos que de uno u otro modo se relacionan con el estatuto de la libertad religiosa o, si se quiere y más ampliamente, con eso que convencionalmente hemos dado en llamar las relaciones Iglesia-Estado, debe inicialmente enmarcarse en un contexto iusfundamental que en el caso de la legislación inglesa, como es sabido, se encuentra básicamente condicionado por la vigencia del principio de confesionalidad estatal, cuya principal consecuencia es la del reconocimiento a la Iglesia de Inglaterra de una posición jurídica especial y claramente privilegiada, que hunde sus raíces en una muy arraigada tradición histórica y se concreta en toda una serie de manifestaciones jurídicas específicas, los denominados *incidents of establishment* ⁹.

De entre estos incidentes y desde la perspectiva ahora de lo que la doctrina científica suele denominar el *High Establishment* ¹⁰, cabe destacar todo un conjunto de elementos en los que se verifica algún tipo de vinculación institucional o, como también suele decirse, estructural entre el Estado y la confesión oficial, vínculos estos que principalmente atañen tanto a la institución monárquica como al Parlamento.

En el primer caso, como es notorio, el monarca es también la máxima autoridad de la Iglesia anglicana (*the Supreme Governor of the Church of England*) ¹¹, lo que, entre otros aspectos, le permite intervenir en el proceso de nombramiento de los obispos y arzobispos de esta confesión, si bien es cierto que en la

⁹ Una visión panorámica de los rasgos más sobresalientes de esa confesionalidad puede verse en J. R. POLO, "El principio de neutralidad religiosa de las instituciones públicas en el Reino Unido" en B. ALÁEZ y S. DÍAZ RENDÓN (coords.), *Modelos de neutralidad religiosa del Estado: experiencias comparadas*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2020.

¹⁰ Cfr., B., MORRIS, "The Future of 'High' Establishment", *Ecclesiastical Law Journal*, num. 13, vol. 2, 2011.

¹¹ Así lo establece el canon A7 de los Canons of the Church of England.

actualidad esa intervención se ha visto reducida a lo que puede considerarse como una mera formalidad, ya que hoy es la propia Iglesia anglicana la que, a través de la *Crown Nominations Commission*, decide de manera prácticamente incondicionada quiénes han de ocupar esos puestos; esto último es consecuencia del fenómeno que se viene experimentando en este país en los últimos tiempos, caracterizado por la concesión de cada vez mayores cotas de autonomía a la Iglesia de Inglaterra, pero sin llegar a renunciar en ningún momento formalmente a la vigencia del principio de confesionalidad, lo que se conoce como *disengagement without disestablishment*. Por otra parte, en lo que concierne a la sede del poder legislativo, la presencia de la Iglesia de Inglaterra en el Parlamento británico se concreta en la actualmente cada vez más controvertida institución de los llamados lores espirituales, mediante la que la confesión oficial ejerce su representación en la Cámara de los Lores¹².

Adicionalmente, cabría hacer mención de ciertos otros aspectos en los que, asimismo, queda en evidencia esa suerte de vinculación estructural de la confesión oficial con el Estado que la acoge, aspectos tales como el hecho de que algunas normas internas de la Iglesia de Inglaterra (las medidas y los cánones) son propiamente consideradas como parte integrante del ordenamiento jurídico inglés (*a semi-autonomous branch of English law*¹³) y tienen reconocida en él la condición de legislación primaria y secundaria respectivamente, una circunstancia que supone, entre otras cosas, que en su proceso de elaboración intervengan preceptivamente, de una u otra manera, los poderes públicos (así por ejemplo en ambos casos se requiere para su entrada en vigor la sanción regia o *Royal Assent*); paralelamente, en contextos específicos y bajo ciertas condiciones, tanto el poder legislativo como el ejecutivo pueden dictar determinadas disposiciones reguladoras tanto de la organización como del funcionamiento interno de la propia Iglesia de Inglaterra.

Aparte de ese tipo de manifestaciones institucionales del principio de confesionalidad, este último se expresa asimismo en otros diversos ámbitos de la legislación inglesa.

Por ejemplo, lo hace en el terreno del sistema matrimonial, en el que se establece todo un estatuto propio previsto para el matrimonio anglicano y más

¹² Para un análisis más detenido de esta figura puede verse J. R. POLO, "La representación institucional de la Iglesia de Inglaterra en el Parlamento británico: un controvertido anacronismo amenazado de extinción", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 116, 2019.

¹³ Cfr., J. RIVERS, "The Secularisation of the British Constitution", *Ecclesiastical Law Journal*, num. 14, vol. 3, 2012, p. 391.

beneficioso que el que rige para las restantes formas religiosas de celebración conyugal¹⁴, pero además, por lo que ahora más directamente nos concierne, se proyecta igualmente de forma muy clara sobre el sistema educativo¹⁵ aunque en este caso con rasgos un tanto peculiares, en la medida en la que no es solo la Iglesia de Inglaterra la que goza de una posición preponderante y privilegiada en este ámbito, sino que, más ampliamente, es el cristianismo en general el que disfruta de dicha posición y ello se refleja fundamentalmente en dos aspectos concretos, ambos estrechamente relacionados entre sí: de una parte, la normativa inglesa estipula que en el currículo de las escuelas públicas deberá incluirse la enseñanza religiosa¹⁶, en cuya programación debe quedar claramente reflejado el hecho de que las tradiciones británicas en este terreno son principalmente de naturaleza cristiana, sin perjuicio de que en dicha enseñanza deban ser tenidas en cuenta también las doctrinas y prácticas de otras religiones asimismo presentes en el Reino Unido¹⁷; de otra, la legislación inglesa llamativamente exige también que en dichas escuelas públicas sea realizado diariamente un acto colectivo de culto¹⁸ que,

¹⁴ Al respecto puede verse J. R., POLO, "Sistema matrimonial y concepto legal de confesión religiosa en el ordenamiento jurídico inglés", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. XXXI, 2015.

¹⁵ Para una muy ilustrativa exposición de las principales características del sistema educativo inglés puede verse, por ejemplo, N. HARRIS y S. GORARD, "United Kingdom" en W. HÖRNER et al (eds.), *The Education Systems of Europe*, Global Education Systems, Springer, Cham, 2015; más concretamente en relación con la enseñanza de la religión, un buen resumen de las características generales del sistema puede también verse en O. CELADOR, "El sistema de enseñanza de la religión en el Reino Unido y España. Análisis comparativo de la Ley de Calidad de la Educación", *Historia de la Educación*, núm. 24, 2005. Más ampliamente, L. REVELL, "Religious Education in England", *International Review for the History of Religions*, Numen., núm. 55, vol. 2/3, 2008.

¹⁶ Una sintética exposición del modo en el que se implementa esa asignatura en los distintos tipos de escuelas inglesas puede verse por ejemplo en N. HARRIS y J. GARCÍA OLIVA, "Adapting to Religious Diversity. Legal Protection of Religious Preference in State-Funded Schools in England" en C. J. RUSSO (ed.), *International Perspectives on Education, Religion and Law*, Routledge, New York, 2014, pp. 141-142.

¹⁷ "Every agreed syllabus shall reflect the fact that the religious traditions in Great Britain are in the main Christian whilst taking account of the teaching and practices of the other principal religions represented in Great Britain" (Sección 375 (3) de la Education Act 1996).

¹⁸ Según estableció la sección 25(1) de la Education Act 1944, "Subject to the provisions of this section, the school day in every county school and in every voluntary school shall begin with collective worship on the part of all pupils in attendance at the school, and the arrangements made therefor shall provide for a single act of worship attended by all such pupils unless, in the opinion of the local education authority or, in the case of a voluntary school, of

asimismo, habrá de ser de naturaleza total o principalmente cristiana (*wholly or mainly of a broadly Christian character*)¹⁹, si bien debe señalarse que, como es lógico y así lo demanda la garantía de la vertiente inmunitaria de la libertad religiosa, la asistencia tanto a dicho acto de culto como a las precitadas clases de religión no es obligatoria²⁰, a lo que habría que añadir el hecho de que la normativa asimismo contempla la posibilidad de que las escuelas públicas que así lo soliciten queden exceptuadas de la obligación de que el mencionado acto de culto colectivo sea de índole total o principalmente cristiana, una excepción que puede verificarse ya sea de manera general o bien respecto de algún grupo determinado de sus alumnos y siempre bajo ciertos requisi-

the managers or governors thereof, the school premises are such as to make it impracticable to assemble them for that purpose"; como se ha puesto de relieve, esta peculiar exigencia por sí misma hace que, en cierto sentido, las escuelas públicas en Inglaterra no puedan ser propiamente consideradas como escuelas seculares (J. GARCÍA OLIVA y H. HALL, H., "The Legal Framework of Education in England: Complexities and Shortcomings", *CIRIEC Working Papers 1810*, CIRIEC - Université de Liège, 2018, p. 11).

¹⁹ Cfr. la sección 7 (1) de la Education Reform Act 1988; tal y como más concretamente establece el parágrafo 3 del Schedule 20 de la School Standards and Framework Act 1998, "(2) [...] the required collective worship shall be wholly or mainly of a broadly Christian character. (3) For the purposes of sub-paragraph (2), collective worship is of a broadly Christian character if it reflects the broad traditions of Christian belief without being distinctive of any particular Christian denomination". Una circular del Ministerio de Educación de 31 de enero de 1994 especificó algo más el modo en el que había de ser interpretada esa exigencia en los siguientes términos: "provided that, taken as a whole, an act of worship which is broadly Christian reflects the traditions of Christian belief, it need not contain only Christian material. Section 7(1) is regarded as permitting some non-Christian elements in the collective worship without thus depriving it of its broadly Christian character. Nor would the inclusion of elements common to Christianity and one or more other religions deprive it of that character. It must, however, contain some elements which relate specifically to the traditions of Christian belief and which accord a special status to Jesus Christ" (Circular number 1/1994, Religious Education and Collective Worship, ap. 63).

²⁰ En este sentido la legislación inglesa permite a los padres solicitar que sus hijos queden exonerados de la obligación de asistir a cualquiera de esas dos actividades escolares o a ambas si así lo desean: "If the parent of a pupil at a community, foundation or voluntary school requests that he may be wholly or partly excused — (a) from receiving religious education given in the school in accordance with the school's basic curriculum, (b) from attendance at religious worship in the school, or (c) both from receiving such education and from such attendance, the pupil shall be so excused until the request is withdrawn" (sección 71 de la School Standards and Framework Act 1998). La redacción del precepto sería ulteriormente modificada para incluir también en el ámbito de ese derecho a los alumnos del último periodo del bachillerato (*sixth-form pupils*), mediante lo establecido en la sección 55 de la Education and Inspections Act 2006.

tos como, por ejemplo, el de la presencia significativa en dichas escuelas de alumnos pertenecientes a otras distintas religiones²¹.

Por lo que respecta ya más concretamente al tema de la enseñanza religiosa en las escuelas públicas, las características generales del modelo que se desarrolla bajo las premisas expuestas son las siguientes: el régimen de la prestación de dichas enseñanzas gira básicamente en torno a la institución de los llamados consejos asesores para la educación religiosa (*Standing Advisory Councils for Religious Education* o, más abreviadamente, SACRE), instaurados legalmente en 1996²², concebidos como organismos consultivos independientes que participan en la determinación de los correspondientes contenidos curriculares y con atribuciones fundamentalmente relativas a la gestión, supervisión y control del desarrollo de estas enseñanzas en el ámbito propio de competencia de las distintas autoridades educativas locales²³. Estos consejos estarán compuestos por grupos de personas designados por la Administración educativa, los denominados grupos representativos, y entre ellos la norma menciona a aquellos que representen a las confesiones cristianas y a otras confesiones religiosas que, a juicio de dichas autoridades

²¹ Cfr., el párrafo 4 del Schedule 20 de la School Standards and Framework Act 1998.

²² Cfr., sección 390 (4) de la Education Act 1996.

²³ "(1) The purposes referred to in section 390(1) are – (a) to advise the local authority on such matters connected with – (i) religious worship in community schools or in foundation schools which (within the meaning of Part II of the School Standards and Framework Act 1998) do not have a religious character, and (ii) the religious education to be given in accordance with an agreed or other syllabus in accordance with Schedule 19 to that Act, as the authority may refer to the council or as the council may see fit, and (b) to carry out the functions conferred on them by section 394. (2) The matters referred to in subsection (1)(a) include, in particular, methods of teaching, the choice of materials and the provision of training for teachers. (3) The representative groups on the council required by section 390(4), other than the group consisting of persons appointed to represent the authority, may at any time require a review of any agreed syllabus for the time being adopted by the authority. (4) Each representative group concerned shall have a single vote on the question of whether to require such a review. (5) Paragraph 3 of Schedule 31 has effect to require the authority, on receiving written notification of any such requirement, to cause a conference constituted in accordance with that Schedule to be convened for the purpose of reconsidering any agreed syllabus to which the requirement relates. (6) The council shall in each year publish a report as to the exercise of their functions and any action taken by representative groups on the council under subsection (3) during the last preceding year. (7) The council's report shall in particular – (a) specify any matters in respect of which the council have given advice to the authority, (b) broadly describe the nature of the advice given, and (c) where any such matter was not referred to the council by the authority, give the council's reasons for offering advice on that matter [...]" (Sección 391 de la Education Act 1996).

locales, reflejen adecuadamente las principales corrientes o tradiciones religiosas presentes en cada uno de los ámbitos geográficos sobre los que dichas autoridades ejercen su jurisdicción²⁴.

Sentado todo ello, es obvio que tanto la inserción de la enseñanza religiosa en el currículo de las escuelas públicas, con los caracteres señalados, como asimismo el referido acto colectivo de culto de naturaleza primordialmente cristiana, están ambos estrechamente ligados a la muy larga tradición histórica de la confesionalidad en Inglaterra, y en este sentido se ha subrayado que nos hallamos aquí en presencia de dos aspectos del sistema educativo cuya justificación, en última instancia, solo puede ser cabalmente explicada si se tienen en cuenta los factores históricos y locales, muy especialmente si se toma en consideración la peculiar e íntima relación institucional existente en Inglaterra entre el Estado y su religión oficial²⁵.

²⁴ Según estipula la sección 390(4) de la Education Act 1996, "The representative groups required by this subsection are: (a) a group of persons to represent such Christian denominations and other religions and denominations of such religions as, in the opinion of the authority, will appropriately reflect the principal religious traditions in the area; (b) except in the case of an area in Wales, a group of persons to represent the Church of England; (c) a group of persons to represent such associations representing teachers as, in the opinion of the authority, ought to be represented, having regard to the circumstances of the area; and (d) a group of persons to represent the authority".

²⁵ Cfr., N. BEATTIE, "The Religious Education and Collective Worship Clauses of the 1988 Education Reform Act: past, present and future", *Cambridge Journal of Education*, num. 22, vol. 1, 1992, p. 13; a este respecto, se ha señalado por ejemplo, en relación al carácter que ha de tener la enseñanza de la religión en la escuela pública, que este obedece a la continuada importancia y la pervivencia actual del cristianismo como la principal tradición religiosa del país (the major "heritage" tradition) (Cfr., D. CUSH, "What Have We Learned from Four Decades of Non-confessional Multi-faith Religious Education in England? Policy, Curriculum and Practice in English Religious Education 1969-2013" en J. BERGLUND et al., (eds.), *Religious Education in a Global-Local World*, Springer, Switzerland, 2016, p. 57. Por su parte y por lo que concierne al acto colectivo de culto, en el que asimismo se ha detectado inequívocamente ese vínculo con la confesionalidad estatal (entre otros, cfr., N. HARRIS y J. GARCÍA OLIVA, J., "Adapting to Religious Diversity. Legal Protection of Religious Preference in State-Funded Schools in England", cit., pp. 143-144), se ha postulado igualmente que los requisitos legales relativos a la naturaleza de ese acto de culto fueron establecidos con el claro propósito de reafirmar o reivindicar la herencia cristiana de la nación en el seno de sus centros educativos (Cfr., J. D. C. HARTE, "The Religious Dimension of the Education Reform Act 1988", *Ecclesiastical Law Journal*, num. 1, vol. 3, 1988, p. 52), razón por la cual la ley de 1944 con la que se introdujo la obligatoriedad de este acto de culto colectivo en las escuelas públicas llegó incluso a ser considerada, en sede doctrinal, como posiblemente una de las últimas grandes leyes de la cristiandad inglesa (one of the last great acts of English 'Christendom') (Cfr., R. CHEETHAM, "Collective Worship: A Window into Contemporary Understandings of the

Así las cosas y como es fácilmente comprensible, la mayor parte de las más incisivas críticas que, desde una perspectiva iusfundamental, se han formulado a la regulación de ambos aspectos participan básicamente del mismo fundamento de aquellas otras objeciones que se han venido planteando a las restantes facetas de la normativa en las que, de uno u otro modo, se refleja el principio de confesionalidad²⁶.

Nature of Religious Belief?", *British Journal of Religious Education*, num. 22, vol. 2, 2000, p. 71); más ampliamente, sobre las características de esa norma e incidiendo en la idea de que sus disposiciones relativas tanto a la enseñanza religiosa como al acto de oración colectiva pueden ser vistas, en última instancia, como el resultado de un delicado compromiso político orientado a la satisfacción de las aspiraciones de una Iglesia de Inglaterra que, con ese propósito, había ejercido una notable presión en el período de elaboración de aquella norma, puede verse por ejemplo, P. CHADWICK, "The Anglican Perspective on Church Schools", *Oxford Review of Education*, num. 27, vol. 4, 2001, pp. 478-479.

²⁶ Algunos autores han considerado que la mayor parte de las manifestaciones concretas del principio de confesionalidad tienen, en la práctica, un carácter más bien simbólico y una escasa trascendencia en la vida cotidiana de los individuos, lo que ha permitido hablar aquí de una confesionalidad débil (weak establishment) (Cfr., M. DAVIES, "Principles of a Pluralist Secularism" en R. SANDBERG (ed.), *Religion and Legal Pluralism*, Ashgate, Farnham, 2015, pp. 240-242) o, similarmente, de la existencia solo de una leve preferencia del Estado por la religión oficial (mild preference) (Cfr., M. HILL, "Church and State in the United Kingdom: Anachronism or Microcosm?" en S. FERRARI y R. CRISTOFORI (eds.), *Law and Religion in the 21st Century. Relations between States and Religious Communities*, Ashgate, Farnham, 2010, p. 199). Pero no es menos cierto que fue el propio Home Office, en un conocido y muy frecuentemente citado informe de 2001, el que claramente sugirió que la confesionalidad anglicana, lejos de tener un alcance meramente simbólico, estaba en efecto ocasionando un perjuicio real (a religious disadvantage) a las restantes confesiones religiosas presentes en el país, y a este respecto cabe señalar que, en las últimas décadas, la contestación a la confesionalidad y a sus diversas y concretas manifestaciones se ha venido haciendo cada vez más presente en el debate científico, y ello por su carácter intrínsecamente discriminatorio especialmente en materia de libertad religiosa. Así por ejemplo, uno de los planteamientos críticos más incisivos en ese sentido puede verse en Ch. SMITH, "A very English affair: establishment and human rights in an organic constitution" en P. CANE, C. EVANS y Z. ROBINSON (eds.), *Law and Religion in Theoretical and Historical Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008; como también se ha postulado, la legislación de este país otorga globalmente a la Iglesia de Inglaterra un papel en el gobierno del Estado que hace que efectivamente la confesionalidad vaya mucho más allá de lo meramente simbólico, al proporcionar a la confesión oficial un nivel de influencia sobre la gestión de los asuntos públicos del que obviamente carecen las restantes religiones (Cfr., A. LYNCH, "The constitutional significance of the Church of England" en P. RADAN, D. MEYERSON y R. F. CROUCHER (eds.), *Law and Religion. God, the State and the Common Law*, Routledge, Abingdon, 2005, p. 181). En un sentido parecido se pronuncia, K. O'HALLORAN, *The Church of England - Charity Law and Human Rights*, Springer, Cham, 2014, p. 191.

En este sentido, una parte de la doctrina científica ha venido situando el principal foco de atención en las evidentes implicaciones que tienen en este terreno tanto la idea de la neutralidad religiosa de las instituciones públicas como, asimismo y en estrecha relación con dicha idea, el principio de igualdad y no discriminación en materia religiosa, unos planteamientos críticos que, por lo demás, se han intensificado en las últimas décadas especialmente a raíz de la aprobación de la *Human Rights Act* de 1998 con la que, como es sabido, el Convenio Europeo de Derechos Humanos pasó a desempeñar un muy relevante papel en la tutela de los derechos y libertades fundamentales dispensada por el ordenamiento inglés²⁷.

Por solo citar algunos ejemplos, uno de los más reputados especialistas en el estudio de este sector del Derecho ha postulado que, en la medida en la que los dos aspectos que nos ocupan representan posiblemente los más claros exponentes de la preferencia que abiertamente muestra el ordenamiento inglés por el cristianismo, en la actualidad únicamente pueden ser considerados como sendos anacronismos que, en tanto resultan claramente incompatibles con el principio de la neutralidad del Estado, deberían sin duda ser suprimidos de la legislación de este país²⁸. Desde una óptica similar y adoptando la misma premisa, se ha sostenido también, en este caso específicamente en relación con ese obligado acto colectivo de culto en las escuelas, que estamos aquí en presencia de una normativa que resulta no solo intrínsecamente discriminatoria sino también contraria a la necesaria neutralidad religiosa de los poderes públicos²⁹, y lo cierto es que, como asimismo se ha hecho notar, parece claro que existe en la actualidad un amplio y cada vez mayor consenso entre los miembros de la comunidad educativa acerca de que, en efecto, ese polémico acto colectivo de culto debería ser definitivamente suprimido³⁰.

²⁷ Como se ha puesto de relieve, una de las consecuencias que trajo consigo la promulgación de esa norma, con la que en alguna medida se reforzó la tutela tanto de la libertad como de la igualdad religiosas conforme a esos parámetros convencionales, fue precisamente la del estímulo que asimismo supuso para las cada vez mayores críticas a la privilegiada posición jurídica de la Iglesia de Inglaterra y a su papel preponderante en muy diversos aspectos de la vida social (Cfr., S. KNIGHTS, *Freedom of Religion, Minorities, and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 270).

²⁸ Cfr., R. SANDBERG, *Law and Religion*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 159-160.

²⁹ Cfr., N. HARRIS, *Education, Law and Diversity*, Hart Publishing, Oxford, 2007, p. 440.

³⁰ Cfr., E. MOORE, "The surprising origin of Collective Worship in schools" en www.secularism.org.uk, post del 10 de marzo de 2016 (<https://www.secularism.org.uk/opinion/2016/03/the-surprising-origin-of-collective-worship-in-schools/>); abogando similarmente por la abolición de la

A propósito de este último aspecto, cabe destacar que hace algunos años fue impugnada judicialmente la validez de ese acto de culto en las escuelas públicas por parte de unos padres que consideraban que dicho acto, así como otros que también estaban religiosamente connotados como era el caso de la ceremonia de graduación, suponían en cierto modo la imposición a sus hijos de unas creencias religiosas que no compartían, y en la medida en la que se veían obligados a solicitar que estos quedaran exentos de su participación en esa ceremonia o fuesen excluidos de aquel acto de culto sin ofrecerles ninguna alternativa de valor educativo equivalente (*a meaningful alternative of equal educational worth*), todo ello implicaba dar a sus hijos un trato no inclusivo en contra de lo demandado generalmente por la legislación educativa y, en última instancia, llevaba a privarles del beneficio de participar en aspectos importantes de la vida académica y comunitaria³¹. Sin embargo, el tema se resolvió finalmente mediante un acuerdo extrajudicial por el que la escuela en cuestión accedió a satisfacer todas las pretensiones de los demandantes, tanto la oferta de una actividad alternativa de valor formativo equivalente

exigencia legal de realización del acto de culto colectivo en las escuelas públicas, CH. CLARKE y L. WOODHEAD, *A new settlement: Religion and belief in schools*, 2015, pp. 63-64 (informe accesible en <http://faithdebates.org.uk/wp-content/uploads/2015/06/A-New-Settlement-for-Religion-and-Belief-in-schools.pdf>); por su parte, en otro muy ampliamente difundido dictamen sobre este asunto (P. CUMPER y A. MAWHINNEY (eds.), *Collective Worship and Religious Observance in Schools: An Evaluation of Law and Policy in the UK, An AHRC Network Report*, November 2015) en términos semejantes se ha postulado también la conveniencia de suprimir esta exigencia legal ("A consideration of the rationale to require schools to hold acts of collective worship/religious observance –coupled perhaps with the concerns relating to the associated legislation– may conclude there is no justification for continuing to impose these statutory requirements in any form" [p. 9]), o, en su defecto, al menos de suprimir el requisito de que ese acto de culto colectivo sea de naturaleza total o principalmente cristiana (p. 11), y todo ello precisamente como consecuencia de las muy serias dudas que esta regulación suscita al contraste con el marco iusinternacional en materia de derechos fundamentales ("The protection of the right to freedom of religion or belief of those who do not wish to participate is undermined by current practices. There may also be questions of discrimination against those pupils and their families who do wish to have collective worship provided but who are not Christian. While the right to withdraw exists, concerns surround its effectiveness in protecting the standards of the UN Covenant on Civil and Political Rights (1966), the UN Convention on the Rights of the Child (1989), the European Convention on Human Rights (1950) and the Human Rights Act 1998" [p. 7]). El informe se encuentra accesible en este enlace: <http://collectiveschoolworship.com/documents/CollectiveWorshipReligiousObservanceAHRCNetworkReport13November2015.pdf>

³¹ Vid., al respecto, más ampliamente, J. R. POLO, "La presencia de la religión en la escuela pública inglesa: los actos de culto colectivo por primera vez impugnados ante la High Court", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, num. 29, 2019, pp. 95-110.

para quienes desearan no participar en la clase de educación religiosa como, asimismo, la supresión de las connotaciones estrictamente religiosas del acto de graduación³², todo lo cual, dicho sea de paso, si bien no deja de resultar muy significativo en relación con ese cierto consenso existente actualmente entre la comunidad educativa, ha hecho no obstante que se perdiese una ocasión propicia para que se abordase frontalmente esta cuestión en sede judicial.

Con todo, dejando ahora aparte las obvias implicaciones que, en efecto, tiene en todo este asunto el principio de confesionalidad y su, como mínimo, sumamente problemática coexistencia con la idea de la neutralidad religiosa de las instituciones públicas, por lo que hace al tema que propiamente constituye el objeto principal de este trabajo, esto es el de la enseñanza de las cosmovisiones no religiosas en la escuela pública, me centraré seguidamente en el cuestionamiento de la legislación vigente que ha venido teniendo lugar en los últimos años ante la falta de un reconocimiento de ese tipo de creencias equivalente al que se dispensa en este terreno a las doctrinas religiosas –un cuestionamiento similar en sus fundamentos al que se ha verificado en la esfera del sistema matrimonial–, con el trasfondo, por tanto, de la reivindicación aquí de la plena vigencia del principio de igualdad y que, como se verá, ha recibido recientemente una importantísima respuesta judicial que me dispongo a examinar más detalladamente en las páginas que siguen.

4. LA ENSEÑANZA DE CREENCIAS O COSMOVISIONES NO RELIGIOSAS EN LA ESCUELA PÚBLICA

Como se anticipó, en paralelo a las reclamaciones basadas en el principio de igualdad que han terminado por fructificar en la esfera de los sistemas matrimoniales, dando lugar al reconocimiento del llamado matrimonio de creencia en casi todas estas jurisdicciones anglosajonas, también en el ámbito educativo desde hace tiempo se vienen produciendo ese tipo de reivindicaciones tendentes, en este otro caso, a satisfacer la pretensión de incluir en las escuelas públicas la enseñanza también de otro tipo de creencias o cosmovisiones no religiosas, y muy significadamente, al igual que ha sucedido en el

³² El contenido del referido acuerdo extrajudicial puede consultarse en este enlace: https://www.google.com/search?q=Lee+and+Lizanne+Harris+v.+Oxford+Diocesan+Schools+Trust&rlz=1C5CHFA_enES971ES971&oq=Lee+and+Lizanne+Harris+v.+Oxford+Diocesan+Schools+Trust&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOdIBBzkxNWWowajeoAgCwAgA&sourceid=chrome&ie=UTF-8

terreno del sistema matrimonial, la de las creencias y doctrinas propias del grupo de los denominados humanistas, la organización que efectivamente goza en la actualidad de una enorme implantación social en estos países y concretamente en Inglaterra³³.

En septiembre de 2018, el Consejo para la Educación Religiosa de Inglaterra y Gales hizo público su informe final bajo el título *Religion and Worldviews: the way forward. A national plan for RE*³⁴, en el que se incide en la importancia de incorporar al currículo educativo la enseñanza también de las cosmovisiones no religiosas, hasta el punto de que se propone formalmente la sustitución de la asignatura de educación religiosa por otra que se desarrollaría bajo la rúbrica *religiones y cosmovisiones*³⁵, pero en cualquier

³³ Esa reivindicación ha cobrado especial fuerza en las últimas décadas pero, en realidad, ha estado presente en el debate público en Inglaterra desde mucho antes. Vid., por ejemplo, R. FREATHY y S. G. PARKER, "Secularists, Humanists and religious education: religious crisis and curriculum change in England, 1963-1975", *History of Education*, num. 42, vol. 2, 2013.

³⁴ El informe completo puede consultarse en este enlace: <https://religiouseducationcouncil.org.uk/rec/wp-content/uploads/2017/05/Final-Report-of-the-Commission-on-RE.pdf>

³⁵ "Instead of 'religion', 'worldview' may be useful here as a term that does not just denote traditional religions but also allows for looser or more transitory affiliations, beliefs and practices that do not centre on religions but nevertheless may form a coherent way of understanding life. It is perhaps for these reasons, the concept of 'Religion and Worldviews' education has been advanced in England [...] This is defined as a 'person's way of understanding, experiencing and responding to the world' [...] While the proposed name change from religious education is to 'Religion and Worldviews Education', I assume that a strict dichotomy is not intended between 'religions' and 'worldviews' – that what are commonly referred to as religions are also understood to comprise ways of 'understanding, experiencing and responding' to the world" (D. MOULIN, "Religion and worldviews education and the paradox of inclusivity", *Journal of Religious Education*, num. 71, 2023, p. 275); como se ha puesto de relieve, en cierto modo este informe supuso la consolidación de lo que se ha considerado como un auténtico cambio de paradigma en relación con el carácter de la asignatura de educación religiosa, en la medida en la que se ha pasado del tradicionalmente imperante paradigma de las religiones (world religions paradigm) al actualmente generalizado paradigma de las cosmovisiones (worldviews paradigm) (Cfr., P. SMALLEY, "English RE: under pressure?", *Journal of Religious Education*, num. 71, 2023, pp. 215-219). Cabe señalar que este informe, aunque como era previsible suscitó también algunas serias objeciones (Vid., al respecto T. COOLING, "Worldview in religious education: autobiographical reflections on The Commission on Religious Education in England final report", *British Journal of Religious Education*, num. 42, vol. 4, 2020, pp. 405-408), encontró no obstante un amplio respaldo social incluso entre las confesiones religiosas pues, si bien algunas como es el caso por ejemplo de la comunidad judía mostraron ciertas reticencias al entender que esa propuesta implicaba una suerte de dilución de la enseñanza propiamente religiosa en ese otro más amplio contexto,

caso lo cierto es que aquella pretensión se había visto en la práctica frecuentemente atendida en la medida en la que, en un gran número de casos, las autoridades educativas locales ya habían decidido incorporar específicamente a ese grupo de los humanistas como miembro de los correspondientes consejos asesores para la educación religiosa, permitiendo así que estas otras enseñanzas se incluyeran en el currículo escolar por esta vía más propia de lo que se conoce como el *soft law*³⁶.

No obstante, un más firme apoyo legal –en este caso jurisprudencial– a dichas reivindicaciones no llegaría hasta 2015, cuando fue dictada la sentencia *R (on the application of Fox) v Secretary of State for Education*³⁷, en la que la High Court hubo de pronunciarse sobre el tema de la inclusión de la enseñanza de otras creencias no religiosas en el currículo de la educación secundaria. Más concretamente, se trató de un caso en el que habían sido impugnadas ciertas directrices establecidas por el Gobierno en relación con la asignatura de educación religiosa, a las que había de acomodarse cada una de las autoridades educativas locales a la hora de fijar más pormenorizadamente el contenido curricular de estas enseñanzas, y ello por entender los recurrentes, entre otros aspectos, que dichas directrices priorizaban ilegítimamente la enseñanza de la religión respecto de la de otras doctrinas o cosmovisiones, en presunta vulneración de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos y específicamente de los arts. 9 del Convenio y 2 del Primer Protocolo en conjunción con la garantía convencional del principio de igualdad³⁸.

otras como la Iglesia de Inglaterra, así como también determinadas organizaciones tales como la asociación de profesores de educación religiosa o, como era de esperar, la propia organización de los humanistas, todas ellas dieron su aval al documento (Cfr., R. LONG, P. LOFT y S. DANECHI, *Briefing Paper. Religious Education in Schools (England)*, House of Commons Library, 10 october 2019, p. 30).

³⁶ Al parecer fue en 1970 cuando, por primera vez, se incorporó localmente la enseñanza del humanismo y de las cosmovisiones no religiosas a la asignatura de educación religiosa, concretamente en el currículo que establecieron entonces las autoridades educativas de Bath (Cfr., D. LUNDIE y C. O'SIOCHRU, "The right of withdrawal from religious education in England: school leaders' beliefs, experiences and understandings of policy and practice", *British Journal of Religious Education*, num. 43, vol. 2, 2021, p. 162).

³⁷ [2015] EWHC 3404 (Admin).

³⁸ "At the core of the Claimants' case is the proposition that The Subject Content and The Assertion, in combination, give unlawful priority to the teaching of religious views as compared to non-religious views, including those of humanism. The Claimants' case is that the state has a duty to ensure that any educational provision it makes for religious education ("RE") treats religious and non-religious views on an equal footing, and in a non-partisan

Expuesto de manera más específica, las mencionadas directrices estaban formuladas de un modo tal que admitían, en su ulterior y necesaria concreción por parte de las distintas autoridades educativas locales, ser interpretadas de una manera que eventualmente diese lugar a la fijación de un contenido curricular propio de la asignatura circunscrito exclusivamente a la enseñanza de las doctrinas religiosas y, consecuentemente, excluyente de la de otro tipo de doctrinas ideológicas o filosóficas. Los recurrentes trataron de que el tribunal cerrase ya la vía a esa posible interpretación incluso antes de que las directrices fuesen aplicadas *ad casum*, lo que, por otra parte, suscitó en el proceso algunas cuestiones de orden procesal tales como la que atañe a la posible extemporaneidad del recurso, pero, por lo que ahora me interesa destacar, la sentencia efectivamente dio acogida a esa pretensión y declaró con toda claridad que semejante interpretación excluyente sería en todo caso contraria a Derecho en los términos planteados en la impugnación, contravendría la obligación estatal de respetar igualmente en el ámbito educativo tanto las convicciones religiosas como las filosóficas de los individuos así como la de garantizar el pluralismo en el establecimiento del currículo escolar, ambas consagradas en el art. 2 del Primer Protocolo del Convenio³⁹, y, en última instancia, vulneraría los principios de neutralidad e imparcialidad de los poderes públicos⁴⁰.

way; and that it has failed to discharge that obligation [...] The challenge is grounded in human rights law, relying on the combined effect, via the Human Rights Act 1998, of Article 9 of the Convention (Freedom of thought, conscience and religion) and Article 2 of the First Protocol ("A2P1") (Right to education)" [2015] EWHC 3404 (Admin) [5 y 6].

³⁹ "Taken overall, the human rights jurisprudence establishes the following points of relevance to this claim. In carrying out its educational functions the state owes parents a positive duty to respect their religious and philosophical convictions; the state has considerable latitude in deciding exactly how that duty should be performed, having regard among other things to available resources, local conditions and, in particular, the preponderance in its society of particular religious views, and their place in the tradition of the country; thus, the state may legitimately give priority to imparting knowledge of one religion above others, where that religion is practised or adhered to by a majority in society; but the state has a duty to take care that information or knowledge included in the curriculum is conveyed in a pluralistic manner" [2015] EWHC 3404 (Admin) [35].

⁴⁰ "The Strasbourg jurisprudence shows that the duty of impartiality and neutrality owed by the state do not require equal air-time to be given to all shades of belief or conviction. An RE syllabus can quite properly reflect the relative importance of different viewpoints within the relevant society. The same would seem to follow for a region or locality. The duty might therefore be described as one of "due" impartiality. No criticism can be or is made therefore of s 375(3) of the 1996 Act. In addition, of course, a generous latitude must be allowed to the decision-maker as to how that works out in practical terms. But the complete exclu-

Con estos antecedentes, el 26 de mayo de 2023 fue dictada la sentencia de la High Court en el caso *R (on the Application of Bowen) v Kent County*⁴¹. Dado lo relativamente reciente del fallo, cuando se escriben estas páginas todavía son escasos los estudios doctrinales sobre esta resolución, sus consecuencias e implicaciones, pero no obstante cabe señalar que las reseñas aparecidas en algunos foros jurídicos muy pronto la saludaron como una sentencia de enorme relevancia, eso que en el mundo anglosajón se denomina un auténtico landmark case.

En lo fundamental, este pronunciamiento judicial ha venido a zanjar el debate acerca de la inclusión, en los ya mencionados consejos asesores para la educación religiosa, de representantes no ya solo de las confesiones religiosas sino también de otras organizaciones ideológicas o filosóficas; el caso concierne directamente al grupo de los humanistas en tanto que impulsor de esta concreta acción judicial, pero obviamente el sentido del fallo afecta en general a todo este tipo de organizaciones, los también denominados grupos de creencia.

Esquemáticamente presentados, los hechos del caso nos remiten a la actuación de una de las autoridades locales, concretamente el Consejo del Condado de Kent, que se negó a satisfacer la pretensión de un miembro del grupo de los humanistas, el Sr. Bowen, que había solicitado ser incluido en el correspondiente consejo asesor para la educación religiosa, concretamente como integrante del grupo A de dicho consejo al que se refiere la precitada sección 390 (4) de la Education Act 1996, esto es el grupo formado por los representantes de las confesiones cristianas y de otras religiones que, a juicio de la Administración, adecuadamente constituirán el reflejo de las principales tradiciones religiosas presentes en esa área geográfica. La principal razón aducida por las autoridades locales para justificar su negativa fue, precisamente, la de que el solicitante no podía ser considerado propiamente como el representante de una religión o de una confesión religiosa, por lo que su eventual designación hubiese sido contraria al sentido del precepto legal mencionado⁴².

sion of any study of non-religious beliefs for the whole of Key Stage 4, for which the Subject Content would allow, would not in my judgment be compatible with A2P1" [2015] EWHC 3404 (Admin) [73] (La cursiva es mía).

⁴¹ [2023] EWHC 1261 (Admin).

⁴² "Mr Bowen sought to be appointed to join Group A of the Standing Advisory Council for Religious Education ('SACRE') of Kent County Council ('KCC'). Pursuant to section 390(4)(a) of the Education Act 1996 ('the 1996 Act'), [...] Group A is required to be 'a

El solicitante impugnó esa resolución denegatoria apelando, básicamente, a la necesidad de interpretar la referida disposición legal en consonancia con las previsiones del CEDH y más específicamente con la salvaguarda del principio de igualdad, y lo hizo, como era de esperar, apoyándose expresamente en la doctrina sentada en el precedente de Fox, esto es, aduciendo que la expresión legal “otras religiones” debía ser interpretada en un sentido muy amplio e inclusivo también de las doctrinas o creencias no religiosas, pues de otro modo estas últimas se verían discriminadas y quedaría en entredicho la obligación de neutralidad estatal en este terreno⁴³.

La prolija fundamentación de la sentencia atañe a distintos aspectos del enjuiciamiento, tales como los relativos a la satisfacción o no de los distintos requisitos que determinan la implicación en el caso de unos u otros preceptos convencionales con arreglo a lo establecido por la jurisprudencia europea⁴⁴, pero nuevamente, por lo que ahora más directamente nos concierne,

group of persons to represent such Christian denominations and other religions and denominations of such religions as, in the opinion of the authority, will appropriately reflect the principal religious traditions in the area.’ KCC refused to appoint Mr Bowen because, as a humanist, Mr Bowen does not represent ‘a religion or a denomination of a religion’ for the purposes of section 390(4)(a) of the 1996 Act. KCC considered that it did not have the power to appoint Mr Bowen to Group A and that it would have been unlawful for it to do so” [2023] EWHC 1261 (Admin) [2] (La cursiva en el original).

⁴³ “Mr Bowen brings this case to challenge KCC’s decision. Put simply, he says this is discriminatory and so in breach of Article 14 of the European Convention on Human Rights (‘ECHR’). As such, he contends that pursuant to section 3 of the Human Rights Act 1998 (‘HRA 1998’), section 390(4)(a) must be read in such a way as to avoid the breach. It is accepted by David Wolfe KC, on behalf of Mr Bowen, that on any normal use of language, humanism is not a ‘religion’ or a ‘denomination of a religion’ (‘religion’ involves a spiritual or non-secular belief system: see *R (Hodkin) v Registrar General* [2014] 1 AC 610. However, it is argued that the words ‘other religions’ can and should be, pursuant to section 3 of the HRA 1998, construed as incorporating the duty of care of neutrality recognised by the ECHR, in much the same way that Warby J construed the phrase ‘religious education’ in *R (Fox) v Education Secretary* [2016] PTSR 405. Mr Bowen’s challenge, therefore, stands or falls on the proper construction of section 390(4)(a) of the 1996 Act, in light of section 3 of the HRA” [2023] EWHC 1261 (Admin) [3].

⁴⁴ Así por ejemplo, a propósito de la pretensión gubernamental de excluir la aplicabilidad conjunta de los arts. 14 y 9 del CEDH, alegando que el acceso al SACRE no puede ser considerado en sí mismo como parte del contenido de la libertad de religión o creencia consagrada en ese último precepto, el tribunal rechaza esa idea con la siguiente argumentación: “It is clear that before attracting the protection of Article 9, the thought, conscience and religion must attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance. Humanist beliefs undoubtedly qualify in this regard. Indeed, [...] humanism has already been afforded equal status to the major world religions in many aspects of public life in the United Kingdom. Once

la resolución da la razón al recurrente y proclama que, en efecto, el entendimiento convencionalmente adecuado de la disposición inglesa reclama que bajo la expresión “otras religiones” sean también consideradas las creencias o cosmovisiones no religiosas y, por tanto, que estas sean también objeto de alguna atención en la asignatura de educación religiosa, lo que consiguientemente presupone la obligación de permitir el acceso de los representantes de las organizaciones ideológicas o filosóficas, y específicamente del grupo de los humanistas, a los correspondientes consejos asesores para la educación religiosa⁴⁵.

Tras la emisión de este histórico fallo, en septiembre de 2023 el Ministerio de Educación inglés ha hecho públicas unas breves directrices aclarando su posición sobre este asunto⁴⁶, en las que se proclama, ya de manera inequívoca, que las solicitudes presentadas por los representantes de las organizaciones no religiosas para ser admitidos como miembros de los correspondientes consejos deben ser consideradas en los mismos términos que las formuladas por quienes representan a las confesiones⁴⁷, estableciéndose, además, como

this threshold has been satisfied, the state’s duty of neutrality and impartiality is incompatible with any power on the state’s part to assess the legitimacy of holding religious beliefs or the ways in which those beliefs are expressed or manifested [...]” [2023] EWHC 1261 (Admin) [50]; “the very structure by which the state in England has determined that the specific syllabus and methods of teaching for religious education should be decentralised to local authorities is a recognition of the importance of religious education being reflective of the make up of that local community. [...] This approach, in which the SACRE forms a central role, is fundamentally about tolerance and pluralism in society, the core value of article 9. Therefore, it is plain that the ability to be a representative of a particular relevant belief on a SACRE is (at the very least) more than tenuously connected with that core value, so as to bring the alleged discrimination through the prevention of membership of SACRE within the ambit of article 9” [2023] EWHC 1261 (Admin) [53].

⁴⁵ “Where a religious education curriculum is wholly based on the teaching of religions, with a weighting towards Christianity and the Church of England in particular, it would be entirely unsurprising for the composition of Groups A and B to reflect that. However, it is plain from Fox that a religious education curriculum must, in order to be compliant with the HRA 1998, cover more than religious faith teaching. The content of religious education teaching must include, at least to some degree, the teaching of non-religious beliefs (such as humanism). In this context, when seeking to consider the ‘analogous situation’ criteria, it is plainly wrong, and circular, to define Group A solely by reference to holders of religious based beliefs” [2023] EWHC 1261 (Admin) [68].

⁴⁶ Department of Education. Guidance for local authorities about membership of Standing Advisory Councils for Religious Education (SACREs), September 2023.

⁴⁷ “The recent legal case of *Bowen v Kent County Council* [...] clarified that applications for Group A membership from persons who represent holders of non-religious beliefs

única exigencia fundamental a ese respecto la de que se trate de creencias o cosmovisiones análogas a las religiosas, en el sentido en el que ello está explicitado por la jurisprudencia de Estrasburgo relativa al ámbito de amparo del derecho consagrado en el art. 9 del Convenio, en la que esa analogía se determina en función del hecho de que las creencias no religiosas en cuestión sean profesadas por el individuo con el mismo nivel de coherencia, seriedad y cohesión⁴⁸.

A raíz de lo dictaminado en esta importante resolución, por lo demás, Inglaterra se sitúa en línea con lo acontecido, también recientemente, en otros países cercanos como es el caso de Gales –en esta ocasión, como se verá más adelante, por el cauce de una reforma legal– o, también, de Irlanda del Norte donde, en 2022, la High Court of Justice declaró, asimismo apoyándose entre otros casos en el precedente de Fox, que el contenido de la asignatura de educación religiosa, hasta ese momento casi exclusivamente atinente al cristianismo y del que estaba ausente toda referencia a las cosmovisiones no religiosas, no estaba establecido de manera objetiva, crítica y pluralista vulnerando así efectivamente los derechos del demandante consagrados en el art. 2 del Primer Protocolo y el art. 9 del CEDH⁴⁹.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES

En la sentencia dictada en el caso Bowen, tal y como ya había sucedido en el precedente de Fox en el que aquella se apoya parcialmente, como se ha visto desempeña un papel protagonista el principio de igualdad y no discriminación en lo que respecta al tratamiento que la legislación inglesa concede a la manifestación social de los distintos tipos de creencias o cosmovisiones. A este respecto y sin desconocer las connotaciones que le añade a este asunto la invocación asimismo, por parte del tribunal, de las obligadas imparcialidad y neutralidad de los poderes públicos en este

should be considered in the same way as applications from those who represent holders of religious beliefs”.

⁴⁸ “In the Department’s view, the non-religious beliefs adhered to by the person to be appointed must be analogous to a religious belief. To be ‘analogous’, the non-religious beliefs must, in accordance with case law under the European Convention of Human Rights and the Human Rights Act 1998, attain the necessary level of cogency, seriousness, cohesion, and importance to attract protection under the Convention Rights”.

⁴⁹ [2022] NIQB 53. El contenido de esta sentencia puede consultarse en este enlace: <https://www.bailii.org/nie/cases/NIHC/QB/2022/53.pdf>

terreno –por lo demás íntimamente conectadas ambas, como es evidente, con la propia vigencia del valor de la igualdad–, parece claro que en el centro de la fundamentación de ambos fallos judiciales debe situarse la prohibición de discriminar, en esta faceta del sistema educativo, a quienes profesan convicciones ideológicas o filosóficas respecto de quienes tienen creencias religiosas.

Más concretamente, la importancia de la sentencia dictada en *Bowen* radica en el hecho de que, si bien se parte de la premisa según la cual la decisión de incorporar la educación religiosa al currículo escolar obedece básicamente a una decisión política (a *measure of social strategy*) para cuya implementación práctica las autoridades educativas gozan de un amplio margen de actuación, al mismo tiempo se reafirma el criterio judicial, previamente establecido en *Fox*, de que la asignatura de educación religiosa debe incluir también, en alguna medida, la enseñanza de otro tipo de creencias por exigencias del principio de igualdad. Además, lo que resulta especialmente relevante, teniendo en cuenta que jurídicamente cualquier diferencia de trato basada en las creencias requiere de un especialmente estricto escrutinio judicial, al rechazar todos los argumentos esgrimidos por la Administración en este caso, se establecen algunas de las pautas que habrán de seguirse a la hora de valorar si una concreta actuación de los poderes públicos en este ámbito resulta o no discriminatoria al contraste con las previsiones del Convenio Europeo⁵⁰. Es justamente en este sentido en el que se ha postulado que los criterios aquí fijados por la High Court están llamados a trascender este caso concreto y, previsiblemente, habrán de tener alguna repercusión en otros distintos sectores de la legislación inglesa en los que se verifican este tipo de discriminaciones, en la medida en la que tales criterios se orientan a evaluar y, eventualmente, desautorizar las posibles justificaciones ofrecidas por los poderes públicos para excluir a esa otra clase de cosmovisiones de la

⁵⁰ “In the present case, it is plain that discrimination on the basis of faith is, indeed, one of the types of differences of treatment which are regarded as especially serious, and therefore call, in principle, for a strict test of justification. However, it is equally plain that the provision of religious education (now including, for the avoidance of doubt, the inclusion of at least some teaching of non-religious belief systems) is a measure of social strategy and one in relation to which a legislature will generally be afforded a wide margin in respect of its policy choice. I consider that, whilst a matter of real significance as it touches upon the important rights protected by article 9 and A2P1, I should nevertheless be satisfied that the policy choice is manifestly without reasonable foundation if I am to consider it to be disproportionate and without justification” [2023] EWHC 1261 (Admin) [80].

tutela dispensada a las creencias religiosas, allí donde esa exclusión efectivamente se produzca⁵¹.

En términos resumidos, básicamente esos parámetros de validez son los siguientes: en primer lugar, la apelación al hecho de que el análisis de los trabajos parlamentarios que precedieron a la aprobación de la vigente ley educativa deja claro que la asignatura de educación religiosa se concibió, en dicha ley, como exclusivamente circunscrita al ámbito del cristianismo y de otras principales religiones, no afecta al hecho de que, una vez que ha quedado claro judicialmente que esa materia debe incluir también alguna enseñanza de las cosmovisiones no religiosas bajo una interpretación convencionalmente adecuada de la norma, como es actualmente el caso, ello deba reflejarse en los correspondientes organismos gestores –en este caso el SACRE– que habrán de ser capaces de incorporar a los representantes de estas otras cosmovisiones⁵²; en segundo término, el argumento de que el tratamiento diferente está justificado porque en la práctica resulta muy difícil determinar jurídicamente qué cosmovisiones no religiosas merecen estar representadas en los consejos educativos es también rechazado de plano por el tribunal al señalar este que, en realidad, estamos sustancialmente ante el mismo problema definitorio que ya han tenido que afrontar y solventar los poderes públicos al decidir que esas creencias no religiosas deben estar también presentes en el currículo escolar, lo que presupone que algún concepto de grupo ideológico o filosófico ya ha tenido que ser normativamente fijado a esos efectos⁵³; por último, conviene resaltar que ante la objeción planteada

⁵¹ Cfr., R. SANDBERG, “Humanism and religious instruction in schools: the landmark case of Bowen”, *Law & Religion UK*, post del 30 de mayo de 2023 (<https://lawandreligionuk.com/2023/05/30/humanism-and-religious-instruction-in-schools-the-landmark-case-of-bowen/>).

⁵² “It is quite clear to me from reviewing the Parliamentary material in full that the entire context of the debate at the time was that religious education was to be confined to teaching Christianity and other principal faiths. It is right that there was consideration of whether that should be the case, but that is an entirely different issue from whether, once it is recognised (as it is now, in a way it was not in 1993 and earlier) that the curriculum must include some elements of non-religious beliefs, a SACRE’s constitution should be capable of including representatives of those non-religious beliefs which are appropriate to be included in the curriculum. Therefore, the parliamentary material is not in my judgment of any relevance to the issue I have to decide” [2023] EWHC 1261 (Admin) [84].

⁵³ “First, Mr Giffin points to the practical difficulty of determining which non-religious beliefs qualify for representation. However, whilst in some circumstances this might no doubt be a difficult and sensitive question, the local authority and SACRE already have to grapple with the equivalent question of which non-religious beliefs should be included within the overall religious education provision [...]” [2023] EWHC 1261 (Admin) [86]; “[...] However,

por el demandado en el sentido de que, aun presuponiendo una determinada noción legal del grupo ideológico o filosófico, la exclusión aquí de sus representantes estaría justificada por las dificultades prácticas que plantea la determinación jurídica de qué personas concretas pueden ser tenidas por sus adecuados representantes, la sentencia proclama que esa pretendida dificultad es en esencia la misma que paralelamente presenta la designación de los representantes de las confesiones religiosas, que también ha sido ya normativamente resuelta⁵⁴.

whether or not it is 'fraught with difficulty', it is already the position that determining 'what ought to be taught' insofar as it relates to non-religious beliefs is an issue with which the local authority must grapple, following the recognition in Fox that at least some such teaching is required as part of religious education in order to be compliant with HRA 1998" [2023] EWHC 1261 (Admin) [87]; "Moreover, it is not a qualitatively different question to that which must already be asked in relation to religious representatives. The local authority in Kent, based upon the 2021 Census data, might already find itself having to decide whether SACRE should contain Satanist, Reconstructionist or Pagan representatives. In this context, a request for representation from someone with a particular belief system may require the local authority to consider the potentially difficult question of whether the beliefs attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance so as to merit consideration at all, irrespective of whether the belief system is religious or non-religious. Interestingly, it might also be noted that whilst the quote from Lord Agnew above highlights Confucianism as an example of a non-religious worldview giving rise to potential complexity, the Kent census data of 2021 has Confucianism listed under 'Other religion', rather than 'non-religion'. This aptly illustrates how the definitional problems already exist at what might be called (with no disrespect intended) the margins, irrespective of a distinction between religious and non-religious belief. Moreover, it is difficult to see how any such problem arises in any event in the case of humanism which is (a) not a non-religious worldview 'at the margins', but well recognised as one which should be afforded equal treatment (see Harrison) and (b) is already a subject matter included in 91% of agreed syllabuses, including that in Kent. Ultimately, a local authority must form a judgment in relation to these questions, which is not made more or less difficult by the inclusion of people wishing to represent recognized non-religious belief systems" [2023] EWHC 1261 (Admin) [88].

⁵⁴ "Similarly, the purported practically difficult task required in identifying a particular representative of a non-religious belief system when compared to a religious belief system is equally overstated, and certainly is wholly insufficient to justify the discriminatory nature of section 390 if construed so as to exclude those who adhere to belief systems which are themselves appropriate to be included within the agreed syllabus for religious education. In accordance with section 392, the local authority must, before appointing a person as a representative of a particular belief system, take all reasonable steps to assure themselves that the appointee is representative of that belief system. No doubt, that would involve enquiring into how and why the person considers themselves to be representative. In the case of a non-religious believer such as a humanist, the prospective appointee might readily identify participation in group meetings or holding positions of responsibility within relevant organi-

Con todo, como se ha puesto de relieve, si bien es cierto que la sentencia en el caso Bowen constituye un hito importante en cuanto al reconocimiento de que la libertad de religión o creencia consagrada en el sistema europeo de derechos humanos incluye también bajo su manto protector a las creencias no religiosas, lo que además, consecuentemente, obliga a interpretar la legislación inglesa en un sentido acorde a dicho reconocimiento y con el debido respeto al principio de igualdad, no lo es menos que esta resolución deja sin resolver satisfactoriamente una cuestión que, al cabo, resulta ser fundamental en este terreno, como es la del significado y alcance concreto que deba concederse en términos jurídicos a la noción de creencias o cosmovisiones no religiosas⁵⁵. A este respecto, en Bowen parece asumirse la premisa de que la jurisprudencia europea proporciona ya los parámetros necesarios para esclarecer adecuadamente los contornos jurídicos de esa categoría, lo cual realmente no es así en absoluto, y asimismo se apoya a ese propósito en lo establecido recientemente en este caso por la última reforma de la legislación galesa relativa a la composición de los consejos asesores para la educación religiosa, en la que, además de cambiar la denominación de la materia de educación religiosa, que pasará ahora a llamarse “Religión, valores y ética”, ya sí se menciona la categoría de los representantes de las cosmovisiones filosóficas no religiosas (non-religious philosophical convictions) junto al grupo de los representantes de las confesiones religiosas⁵⁶, cuando la verdad es que tampoco en esta ocasión la

sations in much the same way a religious believer would identify their equivalent suitability. Whilst it is obvious that one humanist is unlikely to be truly representative of all humanists, the same is equally true of representatives of religions and denominations. Indeed, the task of a local authority in this respect may be easier in the case of appointing a humanist representative than (say) an animist. Ultimately, again, judgment is required in a materially similar way whether the prospective appointee holds a religious or a non-religious belief” [2023] EWHC 1261 (Admin) [89].

⁵⁵ Cfr., R. SANDBERG, “Humanism and religious instruction in schools: the landmark case of Bowen”, cit.

⁵⁶ “[...] In Wales, legislative reform has since taken place, and following amendments to section 390 the position in relation to Wales is that the advisory council is on ‘Religion, Values and Ethics’ (section 390(1A)). The equivalent of the representative group required by section 390(1)(a) is: ‘a group of persons to represent – (i) Christian denominations and other religions and denominations of such religions (ii) non-religious philosophical convictions’” [2023] EWHC 1261 (Admin) [17]; “Thus, it is mandatory for SACRVEs in Wales to contain representatives of those holding non-religious philosophical convictions, broadly reflective of the proportionate strength of that non-religious philosophical conviction in the area. At the same time as this reform, the syllabus was overhauled to reflect greater emphasis on non-religious values and

normativa galesa aporta una mayor certeza a la hora de aplicar esas disposiciones relativas a esos grupos no religiosos⁵⁷.

Esta dificultad a la hora de definir jurídicamente lo que haya de entenderse por un grupo ideológico o filosófico ha estado invariablemente presente en todos aquellos supuestos en los que se ha tratado de dotar de algún reconocimiento a este tipo de organizaciones, y significadamente lo ha estado en el terreno del sistema matrimonial en el que, como se dijo, en gran parte de estas legislaciones anglosajonas se ha verificado la atribución de efectos civiles a sus ritos conyugales junto a la tradicionalmente vigente eficacia de las formas religiosas de celebración marital.

Esas dificultades definitorias son, por otra parte, esencialmente muy similares a las que por su parte ha planteado tradicionalmente el reconocimiento, en uno u otro ámbito, de los propios grupos religiosos, en la medida en la que ello ha implicado lógicamente algún tipo de acotación jurídica previa de ese objeto especial, esto es algún tipo de definición legal de la religión, de los fines religiosos o del grupo religioso que, como es notorio, bajo un prisma jurídico ha resultado ser sumamente problemática y ha sido abordada en sede judicial de manera por lo general eminentemente tautológica (por ejemplo mediante afirmaciones como la de que un grupo religioso es aquel que persigue fines religiosos, y otras por el estilo) y, por tanto, escasamente esclarecedora⁵⁸. De hecho, no deja de ser muy significativo que, como pudo verse, el demandante en Bowen ocasionalmente se apoye a estos efectos en el precedente de Hodkin, al que apela como supuestamente aclaratorio de este aspecto, cuando en realidad ya en esa misma apelación incidental queda en evidencia la naturaleza claramente tautológica del criterio que utilizó esta última sentencia (a efectos legales,

ethics" [2023] EWHC 1261 (Admin) [18]. La única referencia aclaratoria –supuestamente– que a estos efectos se contiene en la ley es la que se remite al contenido del CEDH en estos términos: "In subsection (3), the reference to "philosophical convictions" is to philosophical convictions within the meaning of Article 2 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights" (Sección 61(4) de la Curriculum and Assessment (Wales) Act 2021); un amplio e incisivo estudio de esta muy importante reforma legal en Gales puede verse en R. SANDBERG, *Religion in Schools: Learning Lessons from Wales*, Anthem Press, London, 2022.

⁵⁷ Cfr., R. SANDBERG, "Humanism and religious instruction in schools: the landmark case of Bowen", cit.

⁵⁸ Me he ocupado más ampliamente de esta cuestión, por ejemplo, en J. R. POLO, "Sistema matrimonial y concepto legal de confesión religiosa en el ordenamiento jurídico inglés", cit., pp. 606 y ss.

proclamó entonces el tribunal, por religión ha de entenderse un sistema de creencias espiritual o no-secular)⁵⁹.

Las causas de este espinoso problema definitorio son diversas, pero, sin duda, la principal de ellas estriba en el hecho de que, si lo que se pretende es garantizar la plena vigencia del principio de igualdad en la tutela de la libre manifestación de las creencias o convicciones, cualquiera que sea la naturaleza de las mismas –ideológica, filosófica o religiosa–, en este como en cualquier otro sector en el que se verifica esa libre expresión social, parece que lo lógico, al menos en el plano teórico, sería instaurar un régimen verdaderamente común de protección de esa libre exteriorización de todas las creencias o convicciones con independencia de su naturaleza⁶⁰, pues ello haría innecesario entrar a acotar previamente y, por tanto, a definir en el contexto legal lo que haya de entenderse por creencias religiosas o no religiosas, con las consecuencias, dicho sea de paso, que ello eventualmente tendría para la propia concepción de la libertad religiosa como un derecho especial, aunque esto último solo puede quedar aquí apuntado, ya que esta otra derivada requeriría de una mucho más amplia explicación⁶¹.

⁵⁹ Vid., supra nota 44; una incisiva y perspicaz crítica al modo en el que el tribunal afrontó en *Hodkin* esta cuestión, en los términos que acaban de señalarse, puede verse por ejemplo en R. SANDBERG, “Defining the Divine”, *Ecclesiastical Law Journal*, num. 16, 2014, especialmente pp. 201-202.

⁶⁰ En esa línea se situaba la premisa adoptada en el precitado informe del Consejo para la Educación Religiosa de Inglaterra y Gales de 2018, que proponía la sustitución de la asignatura de educación religiosa por otra genéricamente dedicada al estudio de todo tipo de cosmovisiones, tanto religiosas como no religiosas: “The English word ‘worldview’ is a translation of the German *weltanschauung*, which literally means a view of the world. A worldview is a person’s way of understanding, experiencing and responding to the world. It can be described as a philosophy of life or an approach to life. This includes how a person understands the nature of reality and their own place in the world. A person’s worldview is likely to influence and be influenced by their beliefs, values, behaviours, experiences, identities and commitments. We use the term ‘institutional worldview’ to describe organised worldviews shared among particular groups and sometimes embedded in institutions. These include what we describe as religions as well as non-religious worldviews such as Humanism, Secularism or Atheism. We use the term ‘personal worldview’ for an individual’s own way of understanding and living in the world, which may or may not draw from one, or many, institutional worldviews”.

⁶¹ Sobre ello puede verse, más ampliamente, J. R. POLO, “El fenómeno del reconocimiento jurídico de los matrimonios de creencia y la concepción de la libertad religiosa como un derecho especial” en VVAA, *El Derecho Eclesiástico del Estado. En homenaje al Profesor Dr. Gustavo Suárez Pertierra*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2021.

Al no haberse procedido de ese modo y haberse optado por añadir una nueva categoría especial, la de la enseñanza de cosmovisiones no religiosas junto a la ya existente de la enseñanza de la religión (ya sea por expresa prescripción legal, como en el supuesto de la normativa galesa o por una determinación jurisprudencial como en los casos ingleses que se han referido), subsisten los problemas ligados a la interpretación y aplicación de esos conceptos, tan sumamente vidriosos en el terreno jurídico, de la religión, los fines religiosos, o las cosmovisiones ideológicas o filosóficas no religiosas. En el caso Bowen todo ello es especialmente visible, ya que el tribunal, tras haber decretado que las normas relativas a la enseñanza de la religión deben ser interpretadas como inclusivas también de la de las cosmovisiones no religiosas, renuncia, sin embargo, a pronunciarse más concretamente sobre lo que haya de entenderse por estas últimas y se limita a declarar que el humanismo –la concreta cosmovisión que estaba implicada en este pleito– es un sistema de creencias que evidentemente es idóneo para ser incluido como objeto de la asignatura de educación religiosa (“humanism is self evidently a belief system which is appropriate to be included within a religious education syllabus”)⁶², lo cual, en este caso sí de manera evidente, ofrece escasa ayuda a la hora de conocer el significado jurídico de esa categoría⁶³.

Todas estas dificultades hermenéuticas, como señalé, ya se han experimentado en otras jurisdicciones de manera casi idéntica en especial en materia matrimonial, allí donde los operadores jurídicos se han visto en el trance de tener que identificar a los llamados grupos de creencia o grupos seculares, al haberse optado por tratar de garantizar el principio de igualdad mediante el establecimiento de un régimen especial de reconocimiento aplicable a estos grupos en paralelo al ya existente para las confesiones religiosas, en vez de adoptar la vía de la instauración de un estatuto común para todas las formas maritales, tanto las religiosas como las ideológicas o filosóficas, que hubiese hecho innecesarias esas tan problemáticas definiciones normativas.

En el caso de Inglaterra y a diferencia de lo sucedido en Gales, ni tan siquiera se ha dado el paso de establecer formalmente esa otra categoría

⁶² [2023] EWHC 1261 (Admin) [106].

⁶³ Algo más ampliamente, sobre las dificultades hermenéuticas que ha venido planteando en estos supuestos la determinación de lo que haya de entenderse por cosmovisiones no religiosas, a los efectos de su debido reconocimiento en el marco de la asignatura de educación religiosa, puede también verse, R. J. WAREHAM, “Death knell or revival? Navigating religious education in the age of the non religious”, *Journal of Religious Education*, num. 71, vol. 3, 2023, pp. 232-234.

mediante la pertinente reforma legal, de modo que la High Court, una vez declaradas las premisas derivadas del principio de igualdad de las que ha de partir el enjuiciamiento, se ha visto en la necesidad de dar cauce de satisfacción a las pretensiones de los demandantes mediante un entendimiento muy amplio de la expresión legal “otras religiones”, susceptible de englobar también a las cosmovisiones no religiosas. Esto es algo que, curiosamente, ya se dio por ejemplo en el ordenamiento escocés en el que inicialmente, y ante la falta de encaje legal de la nueva modalidad del matrimonio humanista, la forma escogida para salvaguardar coyunturalmente el valor de la igualdad durante un tiempo fue también la de entender incluidos a los representantes de estos grupos ideológicos o religiosos en la correspondiente categoría legalmente prevista en relación con la eficacia civil del matrimonio religioso⁶⁴, algo que, sin embargo, nunca llegó a ser aceptado plenamente por estos grupos al considerar que no era esta la vía idónea en tanto que ellos se reclamaban como organizaciones en rigor no religiosas, y, de hecho, con el tiempo ese expediente, de cuyo carácter extemporáneo eran también plenamente conscientes las propias autoridades escocesas⁶⁵, fue superado al establecerse finalmente una categoría propia y específica como fue la del matrimonio de creencia o matrimonio secular.

En definitiva, puede decirse que la evolución de la jurisprudencia inglesa en este tema está siendo, en los últimos años, notablemente llamativa en cuanto al paulatino afianzamiento del principio de igualdad entre quienes profesan convicciones religiosas y quienes por su parte se adhieren a otro tipo de cosmovisiones, y, en esa orientación, el precedente Bowen es obviamente de una gran importancia. Más allá de los problemas e interrogantes que, en efecto, deja sin resolver esta última resolución, desde la emisión de esta sentencia

⁶⁴ Como se ha destacado, una de las principales razones por las que la Administración decidió entonces recurrir a ese expediente tan claramente inadecuado, que implicaba concebir como religiosa a una forma marital que en rigor no lo era con tal de permitir el reconocimiento de la eficacia civil del matrimonio humanista, no fue otra que la constatación de que, en materia de derechos y libertades, en Escocia se estaba ya imponiendo de manera generalizada la afirmación legislativa y judicial de la igualdad entre las creencias religiosas y las que no lo son, algo que ya entonces era especialmente evidente en el caso de la tutela otorgada a la libertad de religión o creencia por parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Cfr., J. MAIR, “Public Ceremony and Private Belief: The Role of Religion in the Scots Law of Marriage”, *The Juridical Review*, num. 1, 2007, p. 282).

⁶⁵ Cfr., A. GRIFFITHS, J. FOTHERINGHAM y F. MCCARTHY, *Family Law*, W. Green, Edinburgh, 2013, p. 307; B. DEMPSEY, “Much Sound and Fury about Marriage Reform”, *Scottish Law Gazette*, num. 81, vol. 2, 2013, p. 35.

es ya muy difícil justificar una eventual ausencia de las cosmovisiones no religiosas en este ámbito concreto del sistema educativo, por lo que en alguna medida puede asimismo contemplarse ese fallo como convergente con la más reciente jurisprudencia de la High Court relativa al sistema matrimonial, con la que se decretó también la obligación de proceder al reconocimiento del matrimonio de creencia junto al matrimonio religioso en la legislación inglesa.

Como se ha dicho, Bowen constituye un importante hito en el reconocimiento de que la libertad de religión o creencia ampara también a las creencias no religiosas y de que, asimismo, la legislación europea obliga a interpretar la normativa doméstica en ese sentido⁶⁶, algo que por lo demás también fue similarmente resaltado en su día por la doctrina científica en relación con el precedente de Fox⁶⁷. Con el tiempo se podrá comprobar hasta donde están dispuestas a llegar las autoridades inglesas para hacer efectiva esa premisa no solo en este sino también en otros ámbitos de la regulación en los que ese reconocimiento en términos no discriminatorios aún no ha tenido lugar, pero por lo pronto, por lo que respecta a la materia que más concretamente nos ha ocupado en estas páginas, todo parece indicar que estamos, al fin, en la antesala de una importante y previsiblemente cercana reforma legal del sistema educativo inglés, que muy posiblemente lo aproxime en este aspecto a lo recientemente establecido en la normativa galesa⁶⁸, aunque obviamente esto es algo sobre lo que por el momento solo cabe especular.

JOSÉ RAMÓN POLO SABAU
Facultad de Derecho
Universidad de Málaga
Campus de Teatinos s/n.
29071 Málaga
e-mail: jpolo@uma.es

⁶⁶ Cfr., R. SANDBERG y F. CRANMER, "R (Bowen) v Kent County Council", *Ecclesiastical Law Journal*, num. 26, vol. 1, 2024, p. 124.

⁶⁷ Cfr., R. J. WAREHAM, "Achieving pluralism? A critical analysis of the inclusion of non-religious worldviews in RE policy in England and Wales after R (Fox) v Secretary of State for Education", *British Journal of Religious Education*, num. 44, vol. 4, 2022, p. 458.

⁶⁸ Cfr., P. SMALLEY, "Opportunity for RE? A possible vision of the future for Religious Education structures in England, drawing on the implications of Education for All, the UK Government's 2022 education White Paper", *Journal of Beliefs & Values*, num. 44, vol. 3, 2023.

LA VESTIMENTA RELIGIOSA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

RELIGIOUS DRESS IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

GONZALO FERNÁNDEZ CODINA
Universidad de Barcelona
<https://orcid.org/0000-0003-1342-477X>

Fecha de recepción: 27-6-24

Fecha de aceptación: 8-11-24

Resumen: *El objetivo de este texto es analizar críticamente la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 9 CEDH en relación con el uso de prendas y símbolos religiosos con el fin de evidenciar su naturaleza errática e incoherente y, en general, las muchas dudas que sugieren los diversos argumentos empleados a lo largo de los años.*

Abstract: *The objective of this text is to critically analyze the jurisprudence of the ECtHR on art. 9 ECHR in relation to the use of religious clothing and symbols in order to demonstrate their erratic and incoherent nature and, in general, the many doubts suggested by the various arguments used over the years.*

Palabras clave: libertad religiosa, neutralidad, minorías
Keywords: religious freedom, neutrality, minorities

1. INTRODUCCIÓN

Desde 2001 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante ‘TEDH’, o ‘la Corte’) ha ido desarrollando una doctrina en torno a la vestimenta de prendas religiosas muy permisiva para con los Estados. Con las excepciones que veremos, ha convalidado las distintas normativas suiza, francesa, turca y belga que limitaban el uso de determinadas prendas reli-

giosas en la mayoría de casos. Para ello ha esgrimido el mismo conjunto de argumentos: (i) la ausencia de un consenso europeo sobre la materia, (ii) la protección de los derechos ajenos, (iii) la igualdad entre los sexos, (iv) la protección del orden público, y (v) el principio de neutralidad religiosa.

En concreto, ha avalado la prohibición de que una profesora infantil (caso Dahlab contra Suiza, de 15 de febrero de 2001) y que una profesora universitaria llevaran velo en clase (caso Kurtulmus contra Turquía de 24 de enero de 2006); la obligación de retirarse el turbante en el control de seguridad del aeropuerto (caso Phull contra Francia de 11 de enero de 2005) y a la hora de realizarse la fotografía de los documentos de identidad (caso Mann Singh contra Francia de 13 de noviembre de 2008); la expulsión escolar de alumnas que se negaban a quitarse el velo durante la clase de gimnasia (casos Kervanci contra Francia y Dogru contra Francia de 4 de diciembre de 2008); la prohibición de que una trabajadora social llevara velo mientras desempeñaba sus funciones en un hospital público (caso Ebrahimian contra Francia, de 26 noviembre de 2015); la prohibición general de que los alumnos llevaran símbolos religiosos visibles en la escuela y en la universidad (caso Leyla Sahín contra Turquía de 29 de junio de 2004, caso Leyla Sahín contra Turquía de 10 de noviembre de 2005 *Grande Chambre*; caso Köse y otros contra Turquía de 24 de enero de 2006; casos Aktas contra Francia, Bayrak contra Francia, Gamaleddyn contra Francia, Ghazal contra Francia, J. Singh contra Francia y Singh contra Francia, de 30 de junio de 2009), y la prohibición de vestir velo integral por la calle (caso S.A.S contra Francia de 1 de julio de 2014)¹.

En cambio, no ha avalado la prohibición de llevar velo en un juzgado (caso Hamidović contra Bosnia Herzegovina de 5 de diciembre de 2017 y caso Lachiri contra Bélgica de 18 de septiembre de 2018)²; la prohibición de llevar turbante y otras prendas religiosas por la calle (caso Ahmet Arslan y

¹ En años previos, la entonces existente Comisión Europea de Derechos Humanos enfrentó casos similares y ofreció respuestas parecidas considerando que no vulneraba el art. 9 CEDH la obligación sin excepciones de llevar casco a la hora de conducir una moto, ni la necesidad de destaparse la cabeza para recibir un diploma universitario. Puede verse al respecto con más detalle J. MARTÍNEZ-TORRÓN, "La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo", *Derecho y Religión*, núm. 4, 2009, pp. 87-109.

² Dejamos fuera de esta lista el caso Barik Badidi contra España de 26 de abril de 2016 –sobre expulsión de una abogada del juzgado por comparecer velada– ya que la inadmisión de la demanda tuvo lugar por motivos, más o menos acertados, pero puramente procesales relacionados con el modo en que la interesada presentó los recursos en la jurisdicción española. Para más detalles puede verse M. VIDAL, "Las garantías procesales frente al uso del velo islámico: las razones de un conflicto", *Anales de Derecho*, vol. 34 núm. 2, 2016.

otros contra Turquía de 23 de febrero de 2010); ni tampoco la prohibición empresarial de llevar símbolos religiosos visibles en el trabajo (Eweida y otros contra Reino Unido, de 15 de enero de 2013).

Recientemente, en el caso Mikyas y otros contra Bélgica de 9 de abril de 2024, el TEDH ha declarado inadmisibile por estar manifiestamente infundada la demanda presentada contra Bélgica por vulnerar el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante ‘CEDH’, o ‘el Convenio’) sobre libertad religiosa mediante la ley que prohíbe *inter alia* vestir símbolos religiosos visibles en las escuelas flamencas. Al efecto indica que este problema ya ha sido resuelto en otros casos. Con ello el TEDH da a entender que el viejo *affaire du foulard* está resuelto y superado. ¿Cómo y por qué se ha llegado hasta aquí?

El objetivo de este texto es analizar críticamente la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 9 CEDH en relación al uso de prendas y símbolos religiosos con el fin de evidenciar su naturaleza errática e incoherente y, en general, las muchas dudas que sugieren los diversos argumentos empleados a lo largo de los años³.

2. EL MARGEN DE APRECIACIÓN DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE VESTIMENTA RELIGIOSA

En todos los pronunciamientos en que la Corte ha fallado a favor del Estado demandado ha traído a colación la doctrina del margen de apreciación⁴. En sí misma, la idea de que en este ámbito quepa dejar un amplio margen a los Estados ya es extraña dada la insistencia de la Corte en que los derechos del art. 9 CEDH son una de las bases de la sociedad democrática:

“freedom of thought, conscience and religion, as enshrined by Article 9 of the Convention, represents one of the foundations of a “de-

³ En cambio, dejaremos en el tintero la relación del uso de prendas y símbolos religiosos con otros derechos, como el derecho a la educación, a la propia imagen, a la vida privada, o a la no-discriminación, elementos empleados como argumentos adicionales en diversas de los casos analizados en Estrasburgo. Al respecto, puede verse para el asunto de la educación S. GARCIA, “El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco constitucional, normativo y jurisprudencial”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 17, 2013, pp. 371-408. En cuanto al tema de la imagen cabe citar a A. RIEZU, “El velo islámico y el derecho a la propia imagen”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, 2008, núm. 11, pp. 247-256.

⁴ Para una reflexión más general sobre el margen de apreciación en asuntos religiosos en la doctrina del TEDH véase M. IGLESIAS “Subsidiarity, margin of appreciation and international adjudication within a cooperative conception of human rights”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 393-413.

mocratic society" within the meaning of the Convention" (caso Dahlab contra Suiza, de 15 de febrero de 2001, FJ.1; caso Leyla Sahín contra Turquía de 10 de noviembre de 2005, párr. 104; caso Eweida y otros contra Reino Unido, de 15 de enero de 2013).

Ello debería implicar, por tanto, que las restricciones a estos derechos sólo podrían tener lugar cuando concurrieran razones especialmente poderosas apreciadas, además, de manera exigente. Es decir, que intereses públicos o privados que de ordinario podrían servir para limitar *otras* libertades, aquí deberían no ser suficientes. Y es que un derecho o libertad sólo puede ser considerado realmente básico o fundamental en un determinado ordenamiento si por cuyo respeto la comunidad en cuestión está dispuesta a incurrir en molestias y costes significativos que normalmente no serían tolerables⁵. Luego, *prima facie*, lo necesario en una sociedad democrática sería *no* interferir en esas libertades de modo que, sólo en casos muy concretos, el TEDH dejara el asunto en manos de los distintos Estados. De hecho, en diversas ocasiones la Corte se ha pronunciado claramente en estos términos, indicando que, fuera de casos muy excepcionales, el Convenio no deja espacio a la *discrecionalidad* del Estado para intervenir en la expresión religiosa:

"It recalls that, but for very exceptional cases, the right to freedom of religion as guaranteed under the Convention excludes any discretion on the part of the State to determine whether religious beliefs or the means used to express such beliefs are legitimate" (caso Hasan y Chaush contra Bulgaria, de 26 octubre de 2000, párr. 78).

"The Court has already held that the enumeration of the exceptions to the individual's freedom to manifest his or her religion or beliefs, as listed in Article 9 § 2, is exhaustive and that their definition is restrictive" (caso Hamidović contra Bosnia Herzegovina de 5 de diciembre de 2017, párr. 34).

Sin embargo, tal y como podremos constatar, la postura adoptada por el TEDH en relación con los símbolos religiosos ha sido la contraria: aceptar la interferencia mientras persiguiera, aunque fuera de manera muy vaga y sin

⁵ Estamos pensando en la doctrina del "escrutinio estricto" que ha desarrollado el TS estadounidense para los asuntos de índole religiosa. Véase al respecto el análisis comparado entre la postura del TEDH y del TS estadounidense de O. MAZZA, "The Right to wear Headscarves and other Religious Symbols in French, Turkish, and American Schools: How the Government draws a Veil on Free Expression on Faith", *Journal of Catholic Legal Studies*, vol. 48 núm. 2, 2009, pp. 303-344.

apenas prueba, algún fin legítimo, incluso aquellos de un valor comparativamente menor. Y todo ello, además, sin entrar a valorar realmente si la medida en cuestión era eficaz en la consecución de ese fin, ni si existían métodos alternativos menos lesivos.

Por ejemplo, en los casos Kervanci contra Francia y Dogru contra Francia, ambos de 4 de diciembre de 2008, se aceptó la expulsión escolar de alumnas por negarse a quitarse el velo durante la clase de gimnasia ya que ello impedía que pudiera realizar deporte en las condiciones adecuadas de “higiene y seguridad”. ¿La higiene y seguridad en una clase de gimnasia justificaba una importante interferencia en una libertad fundamental?⁶ Otro tanto sucedió en el caso Köse y otros contra Turquía de 24 de enero de 2006, en que se despachó el asunto destacando meramente que la normativa escolar en materia de uniformes que prohibía llevar la cabeza tapada era de aplicación general a todos los niños sin distinciones religiosas. Como si la generalidad de una norma fuera condición suficiente –en vez de meramente necesaria– para considerarla conforme al CEDH. Cuando la cuestión realmente esencial era otra bien distinta, a saber: ¿cuál era ese fin tan importante que la norma perseguía y que justificaba esos costes en materia de expresión religiosa?⁷

Para justificar esta manga tan ancha, la Corte ha recurrido en diversas ocasiones a la siguiente explicación:

“...where questions concerning the relationship between State and religions are at stake, on which opinion in a democratic society may reasonably differ widely, the role of the national decision-making body must be given special importance” (caso Leyla Sahin contra Turquía de 10 de noviembre de 2005, párr. 109; Ebrahimian contra Francia, de 26 noviembre de 2015, párr. 56).

⁶ Compárese el ¿inexistente? juicio de proporcionalidad que realizó el TEDH en este caso con el realizado por el Tribunal Supremo canadiense en el caso Multani sobre portar un puñal ceremonial (kirpaán) en el caso de los sijs. Véase al respecto S. CAÑAMARES, “Libertad religiosa del menor y simbología religiosa en la escuela” en VV.AA., *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España*, I. MARTÍN SÁNCHEZ Y I. GONZÁLEZ SÁNCHEZ (Coord.), Fundación Universitaria Española, Madrid, 2009, pp. 331-359.

⁷ Compárese con lo dicho en el caso Kurtulmus contra Turquía de 24 de enero de 2006, donde al menos se dijo que: “The Court notes that the rules on dress apply equally to all public servants, irrespective of their functions or religious beliefs. As public servants act as representatives of the State when they perform their duties, the rules require their appearance to be neutral in order to preserve the principle of secularism and its corollary, the principle of a neutral public service”

No cabe duda de que el Convenio no predetermina con detalle qué relación debe adoptar cada Estado con las religiones y sus iglesias⁸. Pero es que no es esta la verdadera discusión implicada en las polémicas en torno a la vestimenta de significado religioso. En efecto, una cosa es este asunto tan general, y otra bien distinta son los *límites* a la libertad religiosa que, al amparo de esa relación, pretenda establecer cada Estado. Y, mientras que la primera cuestión es más o menos ajena al CEDH, la segunda le es central. O, mejor dicho: el Convenio permite cualquier modalidad de relación Estado-Iglesia *de entre* las que no vulneren el art.9.2 CEDH. Luego que con la primera cuestión quepa ser muy generoso no excluye que con la segunda se deba ser muy estricto. En efecto, el CEDH nada dice sobre si la cabeza de Estado puede ser también cabeza de la Iglesia –a la británica–, o si el Estado puede tener una relación especialmente estrecha con la Iglesia católica –como en España o Italia. Todo ello es relativamente irrelevante mientras se garantice sin discriminación ni favoritismos a los ciudadanos “La libertad de manifestar su religión o sus convicciones (art.9.2 CEDH)”. La pregunta realmente relevante y compleja es: ¿qué leyes garantizan que cada cual practique y manifieste sus convicciones sin discriminación ni favoritismos?

Volviendo a la cuestión del margen de apreciación y su uso por la Corte, en diversos pronunciamientos también ha indicado a modo de refuerzo argumental que es necesario mostrar una gran deferencia hacia los Estados puesto que no existe un consenso europeo en la materia:

“The Court concludes in the present case that the decision whether crucifixes should be present in State-school classrooms is, in principle, a matter falling within the margin of appreciation of the respondent State. Moreover, the fact that there is no European consensus on the question of the presence of religious symbols in State schools” (caso Lautsi y otros contra Italia de 18 de marzo de 2011, párr. 70).

Sin embargo, la idea de que no existe un consenso europeo sobre todos estos asuntos está lejos de ser evidente, tal y como se ha puesto de relieve

⁸ No obstante, una de las críticas habituales contra esta jurisprudencia consiste en afirmar que el TEDH ha hecho suyo el modelo francés, en que se identifica equivocadamente neutralidad y laicidad. Véase, por ejemplo, E. RELAÑO y A. GARAY, “Los temores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al velo islámico: Leyla Şahin contra Turquía”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 12, 2006. C. DELPHY, “Género, raza y racismo la prohibición del velo islámico (hijab) en Francia”, *Derecho, género e igualdad: cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, vol I, 2010, pp. 59-76.

entre la doctrina así como en diversos votos particulares⁹. En esta línea es importante recordar que cuando el TEDH abordó la prohibición del velo integral, solo Bélgica y Francia la incluían en su ordenamiento. Es más, en la Recomendación 1927 del Consejo de Europa de 23 de junio de 2010 se indicaba que la prohibición general de vestir el burka o el niqab que algunos Estados se estaban planteando “would deny women who freely desire to do so their right to cover their face”. Tan es así que en el caso SAS contra Francia la propia Corte reconoció que “from a strictly normative standpoint, France is very much in a minority position in Europe: except for Belgium, no other member State of the Council of Europe has, to date, opted for such a measure (parr.156)”. Pero, aun así, mantuvo su postura por cuanto “the question of the wearing of the full-face veil in public is or has been a subject of debate in a number of European States (parr.156)”. Un peregrino argumento que ya criticaron en su voto particular los magistrados Nußberger y Jäderblom:

“In the Court’s jurisprudence, three factors are relevant in order to determine the existence of a European consensus: international treaty law, comparative law and international soft law (see *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 41, Series A no. 31). The fact that forty-five out of forty-seven member States of the Council of Europe, and thus an overwhelming majority, have not deemed it necessary to legislate in this area is a very strong indicator for a European consensus” (párr.19).

Sobre la prohibición del velo parcial en escuelas puede decirse algo muy similar pues en 2005, que es cuando tiene lugar la STEDH Leyla Sahin contra Turquía, solo Francia incluía una prohibición análoga. Además, en la Comunicación núm. 931/2000 de 5 de noviembre de 2004 el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ya había indicado que la expulsión de la Sra. Hudoyberganova en 1998 de una universidad uzbeka por negarse a quitarse el velo había violado su derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión¹⁰.

⁹ Sobre la situación entre los Estados del Consejo de Europa véase B. ALÁEZ, “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 483-520, y F. AMÉRIGO. “Ampliando el concepto de orden público como límite a los derechos fundamentales. Comentario a la sentencia del TEDH núm. 43835/2011, ECHR 2014, de 1 de julio de 2014. (*S.A.S. v. Francia*)”, *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, núm. 14, 2014, pp. 13-54. Sobre el círculo vicioso que el propio TEDH genera en este punto véase A. CATALÁ. “El difícil encaje del islam en la jurisprudencia del TEDH”, *Cuadernos Constitucionales*, núm. 4, 2023, pp. 73-102.

¹⁰ Vale decir, no obstante, que la argumentación de la Comisión también dejó que desear pues el razonamiento principal que adujo fue que Uzbekistán no había aportado razones

Y en cuanto a la cuestión de los crucifijos –que veremos a continuación–, sólo la legislación italiana, polaca, austríaca y alemana contemplan su inclusión en las aulas, tal y como también destacaron los magistrados Malinverni y Kalaydjieva en su opinión disidente en el asunto Lautsi y otros contra Italia de 18 de marzo de 2011.

3. LOS DERECHOS AJENOS

El argumento sustantivo más empleado por el TEDH en la jurisprudencia permisiva que ha ido desarrollando ha sido la apelación a los derechos ajenos. En abstracto, este es un enfoque perfectamente adecuado, pero comprobaremos que su aplicación ha sido muy cuestionable: (i) por la comprensión tan expansiva del concepto “derechos ajenos” que ha empleado la Corte, y (ii) por no contrastarse efectivamente que las prácticas censuradas los afectaban genuinamente. Veámoslo.

En el caso Dahlab contra Suiza, de 15 de febrero de 2001 –que inicia la jurisprudencia de Estrasburgo sobre esta materia–, el TEDH examinó el caso de una maestra suiza de educación infantil a la que se le prohibió vestir velo en clase. Entre los diversos argumentos que empleó el TEDH para inadmitir la demanda es especialmente atendible el relacionado con la libertad negativa de los niños. La prohibición estuvo justificada “by the potential interference with the religious beliefs of her pupils”, es decir, por su potencial adoctrinador:

“The Court accepts that it is very difficult to assess the impact that a powerful external symbol such as the wearing of a headscarf may have on the freedom of conscience and religion of very young children. The applicant’s pupils were aged between four and eight, an age at which children wonder about many things and are also more easily influenced than older pupils. In those circumstances, it cannot be denied

para esa restricción. Pero realmente sí que las aportó pues indicó que había una normativa universitaria contra la ropa que “que atraigan una atención indebida” así como la existencia de un prohibición de circular con el rostro tapado, es decir, unas razones –puede entenderse con facilidad–, mejores o peores, pero de orden público. Esta falta de profundidad por parte de la Comisión puede interpretarse de dos modos: o bien en un sentido “pro libertad” según el cual se presume que la intromisión es ilícita a menos que el Estado se explique muy bien. O bien en sentido contrario o mucho más descafeinado, de modo que el problema no fue la intromisión, sino la falta de motivación, de modo que si las autoridades uzbekas hubieran sido mínimamente diligentes en su defensa –como sí lo han sido suizos, belgas, franceses y turcos–, no habrían recibido ese espaldarazo.

outright that the wearing of a headscarf might have some kind of proselytising effect" (FJ.1).

Desde entonces, la cuestión del proselitismo se ha reiterado en todos los pronunciamientos tolerantes con las prohibiciones. ¿Qué decir al respecto? Sin duda el argumento tiene fuerza, pero aun así amerita diversos comentarios. En primer lugar, es llamativo que la prohibición se base en la existencia de un peligro abstracto de proselitismo, sin saber ni entrar a valorar si el uso del velo por parte de la profesora tenía realmente ese efecto o, cuanto menos, que era altamente probable –y no meramente posible– que lo tuviera. ¿Es esa la forma de operar cuando nos encontramos ante libertades tan básicas? ¿El estándar no debería ser significativamente más elevado?¹¹ Así lo indicaría años más tarde el magistrado Tulkens en su voto disidente en el caso Leyla Sahin contra Turquía de 10 de noviembre de 2005:

"Only indisputable facts and reasons whose legitimacy is beyond doubt –not mere worries or fears– are capable of satisfying that requirement and justifying interference with a right guaranteed by the Convention. Moreover, where there has been interference with a fundamental right, the Court's case-law clearly establishes that mere affirmations do not suffice: they must be supported by concrete examples" (párr. 5).

Lo cierto es que, dadas las circunstancias del caso, la concurrencia de ese peligro mínimamente concreto no estaba nada claro pues hacía tres años que la profesora vestía esa prenda y no había habido ningún problema, queja de los padres o signos de proselitismo. Además, dado que el uso del velo era una rareza en la sociedad suiza y en esa escuela, ¿podía ser demasiado impactante meramente *exponer* a los alumnos a esa realidad? No solo eso, como destaca Martínez-Torrón, cabría argumentar que el hecho que *una* profesora llevara el velo –en vez de que ninguna lo llevase– y que, aun así, la convivencia pacífica entre todos fuera posible encarnaría y serviría de ilustración práctica para los alumnos del principio de pluralismo, tolerancia y apertura al que se referirá el TEDH en diversos pronunciamientos como refuerzo argumental¹².

¹¹ Véase en el mismo sentido: M. GUTIÉRREZ, "El velo islámico ¿una causa de discriminación? Especial referencia a su uso en la escuela, en la documentación de identificación y en el ámbito judicial", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXVI, 2020, pp. 63-92. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, "La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo", cit.

¹² J. MARTÍNEZ-TORRÓN, "La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo", cit.

Con todo, insistimos, este es probablemente el caso menos discutible: siendo muchos y –por su edad– muy vulnerables los potenciales afectados, y siendo también *su* libertad de conciencia la que estaba en juego, no es descabellado contentarse con un riesgo abstracto. No obstante, pocos años más tarde se evidenció que la edad de los alumnos era una variable meramente adicional ya que la misma prohibición sobre un profesor *universitario* fue igualmente aceptada. Así, en el caso Kurtulmus contra Turquía de 24 de enero de 2006 la Corte entendió que el deber de neutralidad del Estado se extendía también a sus funcionarios y que la libertad religiosa de terceros exigía que no portasen velo durante el trabajo:

“the Court found that in a democratic society the State was entitled to place restrictions on the wearing of the Islamic headscarf if it was incompatible with the pursued aim of protecting the rights and freedoms of others and public order [...] As public servants act as representatives of the State when they perform their duties, the rules require their appearance to be neutral in order to preserve the principle of secularism and its corollary, the principle of a neutral public service” (caso Kurtulmus contra Turquía de 24 de enero de 2006, FJ.2).

Así pues, a juicio del TEDH, para evitar el proselitismo es necesario que cualquier profesor, de niños o de adultos, no porte símbolos religiosos. De nuevo, claramente cuestionable, pero aún así atendible: dada la posición de autoridad que ocupa al maestro, no es descabellado someterle a un estándar más elevado de lo normal. Y, para el caso que este razonamiento no fuera atendible, vendría suficientemente complementado por la cuestión de la neutralidad religiosa: más allá del efecto adoctrinador que pueda tener, el Estado *y sus representantes* deben presentarse de manera neutral, punto.

Sin embargo, y de nuevo, todas estas consideraciones eran meramente adicionales pues el año anterior la Corte ya había empleado el precedente del caso Dahlab para amparar por igual la prohibición turca contra el uso del velo por parte de *estudiantes* en las *universidades* turcas sosteniendo que:

“institutions of higher education may regulate the manifestation of the rites and symbols of a religion by imposing restrictions as to the place and manner of such manifestation with the aim of ensuring peaceful coexistence between students of various faiths and thus protecting public order and the beliefs of others” (caso Leyla Sahin contra Turquía de 10 de noviembre de 2005, párr. 111).

Es decir, una prohibición a un individuo privado –no a un funcionario o representante público– en un ambiente de personas adultas –y no de niños de parvulario. Naturalmente, la pregunta que surge es ¿de qué modo la expresión de la propia fe mediante la vestimenta por un particular puede afectar derechos ajenos? Es decir, una cosa es que temamos por la influencia indebida de una *profesora* sobre *niños*: es una figura de autoridad que estos valoran especialmente y toman como referencia, de modo que su comportamiento –i.e llevar un velo– *puede* ser percibido como modelo a seguir; de acuerdo. Pero ¿podemos decir algo similar respecto a las alumnas de una universidad? Ante un argumento tan llamativo hubiera sido esperable una sesuda argumentación, pero la Corte se contentó con una simple *mención* a la cuestión, haciendo suyas las consideraciones de las autoridades turcas:

“it must be borne in mind the impact which wearing such a symbol, which is presented or perceived as a compulsory religious duty, may have on those who choose not to wear it. As has already been noted (see Karaduman, decision cited above, and Refah Partisi (the Welfare Party) and Others, cited above, § 95), the issues at stake include the protection of the ‘rights and freedoms of others’ and the ‘maintenance of public order’ in a country in which the majority of the population, while professing a strong attachment to the rights of women and a secular way of life, adhere to the Islamic faith. Imposing limitations on freedom in this sphere may, therefore, be regarded as meeting a pressing social need by seeking to achieve those two legitimate aims, especially since, as the Turkish courts stated ..., this religious symbol has taken on political significance in Turkey in recent years” (caso Leyla Sahín contra Turquía de 10 de noviembre de 2005, párr. 115).

Son todas observaciones muy débiles. En primer lugar, la naturaleza política del velo sólo abunda en la legalidad de su uso: ¿acaso va a aceptarse también la prohibición de la manifestación pacífica de opiniones *políticas* en la universidad mediante el uso de determinadas vestimentas u otros símbolos? En segundo lugar, y en cuanto a la presión indebida sobre terceros, no puede aceptarse que la mera vestimenta de una prenda tenga tal efecto dado que, entonces, debería aceptarse su prohibición en *cualquier* espacio público. Y, en tercer lugar, los precedentes que cita la Corte en su favor –los casos Dahlab, Karaduman y Refah Partisi– son poco aplicables. Ya hemos visto que el caso Dahlab no era realmente aplicable porque se trató de una *profesora* portando un símbolo en una clase ante *niños* de muy corta edad. Y el caso

Karaduman y Refah Partisi tampoco era aplicable porque allí se discutió prohibiciones a grupos *abiertamente fundamentalistas* cuyo objetivo declarado era *acabar* con el secularismo turco. Por tanto, no tiene sentido comparar estos casos con el de una muchacha que porta en silencio y pacíficamente su velo sin ningún intención adicional.

Sin duda es jurídicamente relevante la pregunta retórica que formula Guillén en defensa de esta jurisprudencia: “¿qué es más lesivo para la libertad religiosa (y para la libertad en general), que alguien que quiere llevar el velo en un establecimiento público no lo lleve o que alguien que no quiera llevarlo se vea obligado a hacerlo?”¹³ Pero sería un error pensar que el debate que ahora afrontamos se confunde con aquel. En efecto, las críticas hacia el caso Leyla Sahin *no* derivan de responder de un modo u otro a la pregunta de Guillén; el quid reside en negar que el ejercicio de la libertad religiosa de una persona consistente en vestirse de un modo particular *afecte* la libertad ajena.

Lógicamente, una vez que se ha aceptado esta restricción entre alumnos universitarios –es decir, entre adultos con un nivel cultural elevado–, su restricción dentro de la educación secundaria ha quedado muy allanado¹⁴. Como consecuencia, desde el caso Leyla Sahin la simple mención al efecto proselitista del uso privado y pacífico de símbolos religiosos sin ulteriores intenciones se ha convertido en un mantra: si el Estado en cuestión afirmaba que el objetivo de la medida era evitar presiones indebidas sobre terceros, se toleraba la prohibición sin detenerse a juzgar realmente si la preocupación por el adoctrinamiento o la presión indebida sobre terceros tenía lugar efectivamente o si podía evitarse por otras vías menos lesivas. Así, en el reciente caso Mikayas contra Bélgica de 9 de abril de 2024 leemos:

“In so far as the impugned ban had been intended to protect pupils from any form of social pressure and proselytization, the Court reiterated that it was important to ensure that, in keeping with the principle of respect for pluralism and the freedom of others, the manifestation by pupils of their religious beliefs on school premises did not take on the

¹³ E. GUILLÉN, “La inescrutabilidad de los caminos del Señor. Comentario de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Leyla Şahin c. Turquía”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2, 2004, pp. 263-271.

¹⁴ Y, en respuesta al caso Sahin, algunos autores ya avanzaron que cuando las leyes francesas sobre el velo lleguen a Estrasburgo, recibirían la misma respuesta. Por ejemplo, K. BOUSTEAD, “The French Headscarf Law Before the European Court of Human Rights”, *Florida State University Journal of Transnational Law & Policy*, vol. 16 núm. 2, 2007, pp.167-196.

nature of an ostentatious act that would constitute a source of pressure and exclusion” (caso Mikyas y otros contra Bélgica de 9 de abril de 2024).

La medida belga perseguía proteger a los alumnos de cualquier forma de presión religiosa. No cabe duda de que ese es un objetivo amparado por el Convenio y una preocupación que no puede despacharse a la ligera, pero –insistimos– ¿de qué modo el uso del velo por parte de algunas alumnas constituía un caso de presión religiosa? Es posible que otras alumnas que acudían a la escuela fueran ataviadas con ropas muy provocadoras, pero no por ello concluimos que ejercían “presión sexual” sobre nadie, por ejemplo.

Dada esta concepción expansiva de la neutralidad estatal en materia religiosa, así como del fortísimo potencial adoctrinador atribuido a la mera presencia de símbolos religiosos, sería de esperar que, cuando el TEDH tuvo que examinar la presencia de crucifijos en las aulas, el sentido del fallo hubiera sido idéntico: fuera las cruces de las aulas, pues así lo exige el principio de neutralidad y la libertad de los niños. Sin embargo, en el caso Lautsi y otros contra Italia de 18 de marzo de 2011, la *Grande Chambre* le enmendó la plana a la Sala Segunda¹⁵ y concluyó que la presencia de cruces en las paredes de las escuelas públicas no eran contrarias al art.9.2 CEDH y que su presencia o retirada también caía dentro del ámbito de apreciación de las autoridades nacionales. La Corte adujo los siguientes tres argumentos: en primer lugar, aceptó que la presencia del crucifijo “confers on the country’s majority religion preponderant visibility in the school environment (párr. 71)” pero añadió que, como había dicho en los casos Folgerø y Zengin, eso no era, por sí mismo, un incumplimiento del CEDH. En segundo lugar, destacó que “a crucifix on a wall is an essentially passive symbol [...] It cannot be deemed to have an influence on pupils (párr.72)”. Y, en tercer lugar, adujo que la presencia del crucifijo no era un problema porque tenía lugar en un ambiente de apertura y tolerancia hacia otras religiones:

“Italy opens up the school environment in parallel to other religions. The Government indicated in this connection that it was not forbidden for pupils to wear Islamic headscarves or other symbols or apparel ha-

¹⁵ El asunto había sido originalmente resuelto por la Sala Segunda de la Corte en el asunto Lautsi de 3 de noviembre de 2009 –conocida como “Lautsi I”– donde se concluyó que “the restrictions incompatible with the State’s duty to respect neutrality in the exercise of public authority, particularly in the field of education (párr. 57)”. Sin embargo, la Gran Cámara abordó el caso posteriormente invirtiendo el sentido del fallo y ofreciendo uno de los pronunciamientos más discutidos y discutibles de la Corte en muchos años.

ving a religious connotation; alternative arrangements were possible to help schooling fit in with non-majority religious practices; the beginning and end of Ramadan were “often celebrated” in schools; and optional religious education could be organised in schools for “all recognised religious creeds” (see paragraph 39 above). Moreover, there was nothing to suggest that the authorities were intolerant of pupils who believed in other religions, were non-believers or who held non-religious philosophical convictions. In addition, the applicants did not assert that the presence of the crucifix in classrooms had encouraged the development of teaching practices with a proselytising tendency, or claim that the second and third applicants had ever experienced a tendentious reference to that presence by a teacher in the exercise of his or her functions” (párr.74).

El primer argumento no parece muy convincente porque los asuntos examinados en los casos Folgerø y Zengin fueron muy distintos: allí la discusión versaba sobre si en el currículum escolar de Noruega y Turquía podía dedicarse más tiempo a la enseñanza de la religión preponderante en la historia de ese país. Nada que ver con que las *instituciones* de ese país *adoptaran* la simbología propia de la religión preponderante. El segundo y tercero razonamiento aún dejan más que desear ya que, palabra por palabra, podría haberse dicho en el asunto Dahlab: ¿acaso el uso del velo no era también un símbolo *pasivo*? ¿Acaso no puede tener más influencia la cruz presente en *todas* las aulas, durante *toda* la educación y en un país católico? ¿Es que acaso la escuela donde trabajaba la señora Dahlab no era también un espacio abierto y tolerante con otras religiones? ¿Es que acaso la señora Dahlab *sí* había incurrido en prácticas proselitistas?

Según indicó la Corte, en el ámbito educativo, el deber de neutralidad se traduciría en:

“to take care that information or knowledge included in the curriculum is conveyed in an objective, critical and pluralistic manner, enabling pupils to develop a critical mind particularly with regard to religion in a calm atmosphere free of any proselytism. The State is forbidden to pursue an aim of indoctrination that might be considered as not respecting parents’ religious and philosophical convictions. That is the limit that the States must not exceed” (parr.62).

Pero entonces, ¿cómo puede ser que una profesora velada genere una atmósfera adoctrinadora mas no un crucifijo en el aula? La razón aducida es que el velo es calificado de “powerful external symbol” y la cruz de “essen-

tially passive". ¿Por qué? Nada se dice al respecto. Nótese pues la doble vara de medir: mientras que en el caso Dahlab la *mera posibilidad* de influencia bastaba, aquí se exigía que la influencia inadecuada se considerase rigurosamente probada. Un fallo muy difícil de comprender pues, ¿cómo puede ser que las exigencias de neutralidad sean más exigentes hacia personas que hacia instituciones? Obligando a retirar la cruz de las paredes escolares ningún ciudadano ve su expresión religiosa coartada; en cambio, prohibiendo el uso del velo esto sí sucede. ¿Qué sentido tiene entonces ser más laxo en la aplicación del principio de neutralidad en el primer caso en que los costes a nivel de libertad individual son mucho más bajos?¹⁶.

Visto todo lo anterior, no debemos olvidar que la libertad religiosa de terceros no ha sido el único derecho ajeno invocado como razón bastante para limitar el uso de determinadas prendas. La Corte también ha apelado a la higiene, a la no discriminación y, finalmente, al derecho de "vivir juntos".

Como ya avanzábamos, en los casos Kervanci contra Francia y Dogru contra Francia de 4 de diciembre de 2008 también tuvo lugar una extraña expansión de la noción "derechos ajenos". En estos asuntos los derechos en cuestión eran la higiene y la seguridad que, supuestamente, se ponían en peligro si *una* alumna realizaba la clase de educación física ataviada con el velo. ¿Higiene y seguridad? ¿De quién? Y ¿cómo es que la higiene y seguridad siguieron estando en peligro cuando la alumna propuso realizar la clase *sin* velo, pero con sombrero –para así poder mantener su pelo tapado en público? El TEDH no entró a analizar este extremo, produciendo así otro fallo lamentable.

Ahondando en esta línea prohibicionista, el TEDH también apeló a la libertad religiosa de terceros para justificar la prohibición del uso del velo en *otros* lugares públicos como los hospitales. En la sentencia Ebrahimian contra Francia, de 26 noviembre de 2015 se analizaba el caso de una trabajadora social de un hospital público cuyo contrato no fue renovado por negarse a quitarse el velo en horario laboral. La Corte aceptó la argumentación francesa

¹⁶ Entre la doctrina favorable ha sido común seguir el razonamiento expuesto por los Magistrados Bonello y Power en sus respectivos votos particulares concurrentes y distinguir entre el deber de "neutralidad e imparcialidad" y el deber de "laicidad", que sería solo una especie particular del primero y más general. Y, mientras el Convenio exigiría a los Estados ser religiosamente neutrales, no les exige también que sean laicos, siendo solo la laicidad aquello que exige que en los espacios públicos no haya símbolos religiosos. Naturalmente, la cuestión que esta distinción plantea es: ¿de qué modo el Estado es imparcial entre distintas confesiones si a una y solo a una da una clara preeminencia –hecho, este último, afirmado por la propia STEDH?

según la cual tal prohibición era necesaria para proteger la libertad religiosa de los pacientes y su derecho a no ser discriminados:

“...the Court considers that the interference complained of pursued the legitimate aim of protecting the rights and freedoms of others [...] the purpose was to ensure respect for all of the religious beliefs and spiritual orientations held by the patients who were using the public service and were recipients of the requirement of neutrality imposed on the applicant, by guaranteeing them strict equality. The aim was also to ensure that these users enjoyed equal treatment, without distinction on the basis of religion” (53).

De nuevo nos encontramos ante un razonamiento de lo más extraño pues no se ve de qué modo la libertad religiosa de alguien incluye el *no* ser tratado o *no* relacionarse en un hospital por personas con determinadas creencias religiosas. Al contrario, ¿no es este un deseo claramente discriminatorio: no quiero que me atiendan personas de determinada confesión? Asimismo, nada se gana en materia de “igual trato” al prohibir que los trabajadores lleven determinada ropa pues el trato que una persona dispensa no depende de qué ropa lleve. Otra cosa sería que se persiguiera que los empleados públicos –de cualquier tipo y en cualquier lugar– debieran *presentarse* al ciudadano con una apariencia que no pudiera sugerir simpatías o antipatías hacia determinadas personas o grupos. Pero entonces, la ley debería prohibir el uso de *cualquier* tipo de prenda con connotaciones ideológicas o identitarias y el fundamento de esta norma no tendría que ver con el secularismo ni la laicidad que se invocó, sino con el legítimo interés estatal de que sus funcionarios o trabajadores inspiren confianza entre la ciudadanía.

Finalmente, el caso más criticable dentro de esta jurisprudencia tendría lugar en el caso SAS contra Francia, de 1 de julio de 2014, en que la Corte avaló la prohibición francesa contra el velo integral en *todos* los espacios públicos –no por razones de seguridad, que hubiera sido atendible y coherente con otros pronunciamientos– sino por considerar que, con el uso de esta prenda sus portadoras no respetaban el derecho de los demás de “vivir juntos” (*le vivre ensemble* o *living together*):

“...under certain conditions the “respect for the minimum requirements of life in society” referred to by the Government –or of “living together” [...] can be linked to the legitimate aim of the “protection of the rights and freedoms of others” [...] the face plays an important role in social interaction. It can understand the view that individuals who are

present in places open to all may not wish to see practices or attitudes developing there which would fundamentally call into question the possibility of open interpersonal relationships, which, by virtue of an established consensus, forms an indispensable element of community life within the society in question. The Court is therefore able to accept that the barrier raised against others by a veil concealing the face is perceived by the respondent State as breaching the right of others to live in a space of socialisation which makes living together easier" (§121 y 122).

Nótese lo iliberal de la argumentación: el interés o deseo de la mayoría de no *ver* prácticas o actitudes que ponen en cuestión determinado ideal político pasa por encima de los derechos de expresión religiosa de una minoría. Es decir, que como la mayoría juzga negativamente esa práctica –y seguramente con razón–, tiene derecho a negarle su ejercicio a quien decide participar de la misma, incluso cuando tal práctica no interfiere ni afecta a su vida –pues, insistimos, el TEDH rechazó explícitamente que cupiera apelar a razones de seguridad. ¿De qué modo este mismo argumento no podría emplearse para restringir tantas y tantas conductas? Es la clase de argumentos que justificarían prohibir a los homosexuales pasear por la calle de la mano porque con ello cuestionan la familia tradicional, por ejemplo. Sin duda, en qué consistan exactamente lo que Dworkin llamaba “preferencias externas” –en contraposición a las “preferencias internas”– es muy difícil de precisar. Pero es igualmente claro que el deseo de poder ver las caras a los demás es un caso paradigmático de preferencia externa, esto es, la clase de preferencia que una democracia liberal *no* ampara. En este párrafo la Corte da carta de naturaleza a la definición misma de la intolerancia: prohibir una actividad que *no afecta* a terceros, pero que estos rechazan¹⁷.

Pero es que, además, lo afirmado es impreciso: las mujeres que visten el velo integral no *cuestionan* necesariamente determinada organización social –como cuando se organiza una manifestación o se publica un manifiesto–, simplemente no *participan* de la misma. Como indicaban en su voto particular los magistrados Nußberger y Jäderblom, las mujeres que portan el velo se comportan como “outsiders” y parece claro que el CEDH ampara tal cosa. En efecto, es parte esencial de una sociedad abierta *permitir* que determinadas personas vivan al margen de la misma y de sus valores, siempre y cuan-

¹⁷ Véase en sentido similar M. OLMEDO, “La sentencia del TEDH en el asunto S.A.S. c. Francia [GC], núm. 43835/2011, ECHR 2014, sobre la prohibición del velo integral en lugares públicos”, *Diario La Ley*, núm. 8363, 2014.

do no pretendan imponerlos a los demás o destruir las condiciones que los hacen posibles. ¿Quizás era eso lo que hacían las mujeres con burka? Quizás sí, pero habría que haberlo destacado y argumentando con sumo cuidado.

Es más, solo unos párrafos antes de llegar a esta conclusión, la Corte rechazó la alegación francesa según la cual el velo integral es contrario a la dignidad humana destacando que, sin perjuicio de la extrañeza que tal prenda pueda generar en la sociedad, es una expresión de identidad cultural y pluralismo religioso que debe ser respetada en democracia:

“...the Court takes the view that, however essential it may be, respect for human dignity cannot legitimately justify a blanket ban on the wearing of the full-face veil in public places. The Court is aware that the clothing in question is perceived as strange by many of those who observe it. It would point out, however, that it is the expression of a cultural identity which contributes to the pluralism that is inherent in democracy” (caso S.A.S contra Francia, de 1 de julio de 2014, párr.120).

No alcanzamos a comprender cómo se compadece esta afirmación con todo lo dicho sobre el derecho de los demás de “vivir juntos”.

De nuevo, dada esta comprensión tan expansiva de los derechos ajenos, sería esperable que la Corte hubiera amparado a una empresa que exigía a sus trabajadores que no portaran símbolos religiosos durante el trabajo. En especial porque aquí sí estaban en juego intereses claramente identificables –i.e., el interés de la empresa en proyectar cierta imagen– y porque sobre las empresas *no* pesa el deber de neutralidad con el que sí carga el Estado. Sin embargo, sucedió todo lo contrario. La conclusión a la que se llegó en un breve y apodíctico párrafo del caso Eweida y otros contra Reino Unido de 15 de enero de 2013, fue que el interés legítimo de la empresa en proyectar cierta imagen no era lo suficientemente importante como para pasar por encima del interés de la trabajadora de expresar su religión:

“On one side of the scales was Ms Eweida’s desire to manifest her religious belief [...] On the other side of the scales was the employer’s wish to project a certain corporate image. The Court considers that, while this aim was undoubtedly legitimate, the domestic courts accorded it too much weight. Ms Eweida’s cross was discreet and cannot have detracted from her professional appearance. There was no evidence that the wearing of other, previously authorised, items of religious clothing, such as turbans and hijabs, by other employees, had any

negative impact on British Airways' brand or image. Moreover, the fact that the company was able to amend the uniform code to allow for the visible wearing of religious symbolic jewellery demonstrates that the earlier prohibition was not of crucial importance" (caso Eweida y otros contra Reino Unido, de 15 de enero de 2013, párr. 94).

Nótese el inusitado rigor que ahora exigía la Corte: que no había evidencia de que el uso de la cruz perjudicara a la compañía. De acuerdo, pero ¿qué evidencia había de que el velo perjudicara al resto de alumnos o profesores en todos los casos en que ello se adujo y que hemos analizado? Que la compañía cambió la política de uniforme y tras ello no sucedió nada grave. De acuerdo, pero ¿qué gran problema existía en Francia, Bélgica o Turquía *antes* de que se introdujera la prohibición del velo y que desapareció tras su prohibición? En este sentido, compárese también esta afirmación sobre el cambio de regulación en materia de uniforme en la empresa, con la realizada en el caso Kurtulmus contra Turquía de 24 de enero de 2006 en respuesta al argumento de la señora Kurtulmus según el cual había vestido el pañuelo durante años en sus clases en la universidad sin que se produjera ninguna intervención universitaria:

"it is clear that the fact that an existing rule is applied less rigorously because of a specific context does not mean that there is no justification for the rule or that it is no longer binding in law" (caso Kurtulmus contra Turquía de 24 de enero de 2006, FJ.2).

No solo eso, poco antes se había indicado como argumento que la señora Kurtulmus había asumido su puesto como profesora en una universidad pública libremente, por lo que –se entiende– debía asumir las reglas que allí se impusieran:

"There is no doubt that the applicant assumed the status of a public servant of her own free will. As a university lecturer, and thus a person in authority at the university and a representative of the State, she could not have been unaware of the rules requiring her not to express her religious beliefs in public in an ostentatious manner"

Pero entonces surge la pregunta ¿es que acaso la señora Eweida no había ingresado también en la empresa de manera libre y consciente de la normativa en materia de vestimenta? Es más, si el origen voluntario de estas prohibiciones es un factor relevante ¿por qué no se ha tomado *nunca* en cuenta a

la hora de valorar la prohibición de llevar velo en la escuela *obligatoria*, esto es, allí donde uno *no* puede evitar verse sometido a esa prohibición? En fin, ¿donde ha quedado el generosísimo margen de apreciación otrora esgrimido? ¿Es que acaso en este asunto sí existe consenso europeo? Precisamente todo lo contrario pues en dos ocasiones el TJUE –asuntos Samira Achbita contra G4S y Asma Bougnaoui contra Micropole SA– ha indicado que, mientras no se persiga el objetivo de discriminar a nadie por su religión y existan motivos empresariales objetivos y racionales, las empresas están legitimadas para imponer códigos de vestimenta incompatibles con determinadas prácticas religiosas y exigir a sus trabajadores de cara al público no portar símbolos visibles políticos o ideológicos.

Finalmente, el paroxismo del rigor incomprensible tiene lugar en el más reciente caso Hamidović contra Bosnia Herzegovina de 5 de diciembre de 2017, donde se analizaba la prohibición de llevar velo durante un juicio. Sobre esta materia tampoco existe un consenso europeo; los juzgados son un espacio donde –presumiblemente– el principio de neutralidad religiosa debería regir de manera especialmente exigente; además, razones evidentes de seguridad aconsejan limitar todas aquellas actividades que dificulten la identificación de los presentes. Y, qué duda cabe, si un Estado juzga que determinados símbolos religiosos ponen en cuestión la autoridad e imparcialidad del tribunal, la Corte deberá respetar su margen de apreciación. En el párrafo 35 del fallo en que el TEDH se pronuncia sobre si la interferencia bosniaca perseguía un objetivo legítimo leemos:

“The applicant took the view that the interference with the exercise of his freedom to manifest his religion did not correspond to any of the aims listed in Article 9 § 2. The Government maintained, for their part, that the impugned measure pursued two legitimate aims: to protect the rights and freedoms of others; and to maintain the authority and impartiality of the judiciary. The Court notes that the second paragraph of Article 9 does not refer expressly to the second of those aims. As regards the first of the aims invoked –to ensure the protection of the rights and freedoms of others– the Government referred to the principle of secularism and the need to promote tolerance in a post-conflict society” (caso Hamidović contra Bosnia Herzegovina de 5 de diciembre de 2017, párr. 35).

Es decir, que el mismo Tribunal que pocos años antes había amparado una prohibición de vestimenta *en la calle* en base a un concepto tan suma-

mente vaporoso y de difícil encaje en la literalidad del Convenio como el derecho de “vivir juntos”, ahora sostenía que los conceptos “seguridad”, “orden público” y/o “derechos ajenos” de ninguna manera pueden interpretarse como incluyendo algo tan básico como es la protección de la autoridad e imparcialidad judicial.

Ahora bien, dado que sí aceptó como objetivo legítimo por parte de Bosnia la protección de los derechos y libertades ajenas ¿cómo motivó entonces la Corte su condena? Afirmó que (i) la señora en cuestión estaba penalmente obligada a acudir al juzgado (párr.37), (ii) y que, sin perjuicio de que otros creyentes de su misma fe hubieran adoptado en otras ocasiones comportamientos irrespetuosos o rebeldes para con los jueces, en su caso no había ningún indicio de que fuera a negar la autoridad del juez o negarse a testificar (párr.42), por lo que la condena por no destocarse habría excedido el margen de apreciación nacional (párr.43). Pero entonces ¿dónde queda ahora el argumento esgrimido en Köse y otros contra Turquía de 24 de enero de 2006 sobre la legitimidad de códigos de vestimenta aplicables por igual a todas las personas sin distinciones religiosas? ¿Cómo es que aquí sí se entra a valorar la existencia de peligros concretos en vez de contentarse con los abstractos? ¿Es que acaso las mujeres que salen a la calle con el velo integral tienen la opción de *no* salir a la calle?

¿Quizás se trató de un caso aislado? No. Todas estas conclusiones –que en sí mismas juzgamos acertadas– serían reiteradas al año siguiente en el caso Lachiri contra Bélgica de 18 de septiembre de 2018. En esta ocasión, a la hora de valorar si la interferencia belga perseguía un objetivo legítimo, se indicó que:

“l’obligation de se présenter à découvert devant le juge, telle qu’elle a été appliquée en l’espèce, vise à prévenir les comportements irrespectueux à l’égard de l’institution judiciaire et/ou perturbateurs du bon déroulement d’une audience. La Cour rappelle à cet égard que seul l’article 10 § 2 de la Convention se réfère au “maintien de l’autorité du pouvoir judiciaire” (pour le sens à donner à cette notion, voir *Sunday Times c. Royaume-Uni* (no 1), 26 avril 1979, §§ 55-57, série A no 30) et qu’il ne fait pas partie des buts légitimes visés par l’article 9 § 2 (*Hamidović*, précité, § 35). Rien ne s’oppose toutefois à considérer que les objectifs précités sont liés au but légitime de “protection de l’ordre” visé par cette dernière disposition” (caso Lachiri contra Bélgica de 18 de septiembre de 2018, párr.38).

Como puede verse, en las primeras líneas de este párrafo 38 parece que el TEDH se está cargando de razones y reforzando lo dicho en Hamidović contra Bosnia Herzegovina con un sólido argumento sistemático: no puede interpretarse que el mantenimiento de la autoridad judicial es una de las restricciones previstas en el art. 9.2 CEDH, porque allí no aparece mientras que sí aparece de manera explícita entre los límites a la libertad de expresión recogidos en el art.10.2 CEDH. Luego, si el legislador hubiese querido incluir ese límite entre los del art.9.2 CEDH, lo habría hecho. Si no está, no puede reputarse un mero error u olvido, pues lo encontramos de manera explícita en el siguiente artículo. Pues bien, justo después de este razonamiento niega totalmente lo dicho en Hamidović contra Bosnia y afirma que nada se opone a considerar que la autoridad judicial forma parte de “la protección del orden público”. Fijémonos:

- Hamidović contra Bosnia: “and to maintain the authority and impartiality of the judiciary. The Court notes that the second paragraph of Article 9 does not refer expressly to the second of those aims”
- Lachiri contra Bélgica: “Rien ne s’oppose toutefois à considérer que les objectifs précités sont liés au but légitime de “protection de l’ordre” visé par cette dernière disposition”

¿Quizás estos pronunciamientos no son contradicciones genuinas sino el inicio de una nueva tendencia jurisprudencial mucho más rigurosa y garantista que debe celebrarse más allá de estos tecnicismos? Es poco probable puesto que, como decíamos, en el reciente caso Mikyas y otros contra Bélgica de 9 de abril de 2024, la Corte ha despachado en unos pocos folios como manifiestamente infundada la demanda contra la prohibición belga de acudir velada al colegio empleando todos los lugares comunes ahora criticados. Además, en los casos Hamidović contra Bosnia y Lachiri contra Bélgica, la Corte insiste reiteradamente en que *no* está valorando si la prohibición queda protegida por el principio de neutralidad, abriendo la puerta a que, si la misma prohibición se invocase a su amparo, sí quedara protegida.

4. IGUALDAD DE GÉNERO

Desde el inicial caso Dahlab, el TEDH ha complementado sus argumentos tolerantes con las medidas prohibicionistas dejando caer breves comentarios sobre el significado sexista del velo islámico:

“...seeing that it appears to be imposed on women by a precept which is laid down in the Koran and which, as the Federal Court no-

ted, is hard to square with the principle of gender equality. It therefore appears difficult to reconcile the wearing of an Islamic headscarf with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society must convey to their pupils" (caso Dahlab contra Suiza de 15 de febrero de 2001, FJ.1).

"It also noted that wearing the Islamic headscarf could not easily be reconciled with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society should convey to their pupils" (caso Leyla Sahín contra Turquía de 10 de noviembre de 2005, párr. 111).

En contra de este argumento ha sido común replicar que el pañuelo no es o no tiene por qué ser un símbolo de sometimiento femenino¹⁸. El ya citado voto particular de la magistrada Tulkens decía:

"The ban on wearing the headscarf is therefore seen as promoting equality between men and women. However, what, in fact, is the connection between the ban and sexual equality? [...] wearing the headscarf has no single meaning; it is a practice that is engaged in for a variety of reasons. It does not necessarily symbolise the submission of women"

A nuestro parecer, sin embargo, las mejores objeciones van por otros derroteros y evidencian el carácter generalmente errático e incoherente de la jurisprudencia de la Corte en materia de símbolos religiosos. En primer lugar, la apelación a la igualdad de género es cuestionable ya que se compadecen mal con la idea, también muy repetida, según la cual:

"...the State's duty of neutrality and impartiality is incompatible with any power on the State's part to assess the legitimacy of religious

¹⁸ Véase: M. MELÉNDEZ, "El velo islámico: contexto y significado", *Anuario de Derecho Eclesiástico*, vol. XXVI, 2010, pp. 835-857. J. RUIZ, "La prohibición del velo islámico en la enseñanza pública: la perspectiva de la igualdad de género", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, 2011, pp. 103-140. F. AMÉRIGO, "El uso del velo islámico en el Derecho español", *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 13, 2013, pp. 5-34. C. PICCIONE, "Jurisprudencia de Estrasburgo y Luxemburgo sobre el velo islámico", en VV.AA., *Cultural Rights for a Tunisian-Spanish Bridge Analysis and Reflections on Human Rights and Diversity in times of Growing Human Mobility*, B. BARREIRO CARRIL y G. CARBÓ RIBUGENT (dir.), Teseo Press, Buenos Aires, 2019, pp. 83-96.

beliefs or the ways in which those beliefs are expressed” (caso Leyla Sahín contra Turquía de 10 de noviembre de 2005, párr. 107)¹⁹.

En segundo lugar, porque en el caso SAS contra Francia de 1 de julio de 2014 el TEDH indicó que la igualdad entre hombres y mujeres exige prohibir la *imposición* a una mujer determinadas conductas, mas no prohibir que, en ejercicio de su libertad, la mujer adopte determinada conducta con connotaciones sexistas:

“It does not doubt that gender equality might rightly justify an interference with the exercise of certain rights and freedoms enshrined in the Convention [...] Thus a State Party which, in the name of gender equality, prohibits anyone from forcing women to conceal their face [...] The Court takes the view, however, that a State Party cannot invoke gender equality in order to ban a practice that is defended by women [...] unless it were to be understood that individuals could be protected on that basis from the exercise of their own fundamental rights and freedoms” (párr. 119).

Y, en tercer lugar, porque la naturaleza sexista de un símbolo no es motivo suficiente para prohibirlo²⁰. Es decir, el problema con la apelación a la igualdad de género no reside en el significado del velo o cualquier otra prenda, sino en la sugerencia de que el Convenio no ampara la expresión de ideas sexistas o, en general, ideas contrarias a los valores de este. Es decir, el problema reside en asumir subrepticamente por parte del TEDH que el Convenio solo ampara la expresión de religiones democráticas, igualitarias, liberales, etc. Y es que, aun cuando el espacio que otorga la jurisprudencia del TEDH a la negación de esos valores es más restringida que el que le otorgan las democracias no militantes, está fuera de duda –así lo ha repetido la Corte– que cabe oponerse

¹⁹ En consecuencia, entendemos más acertada la postura del TS en la sentencia de 14 de febrero según la cual “que es el elemento subjetivo de la motivación de la conducta de vestir un determinado atuendo por motivos religiosos el dato a considerar desde la óptica del principio de libertad religiosa, que no puede sustituirse por un hipotético debate, a decidir con carácter previo por el Tribunal, acerca de si objetivamente las fuentes auténticas de la religión islámica consideran o no como deber el uso del velo integral por las mujeres, o se trata de un simple elemento cultural. Consideramos así absolutamente correcta la reserva de la sentencia a pronunciarse “sobre si este acto constituye en todos los casos un cumplimiento de un deber religioso” (FJ.8)”.

²⁰ En gran medida, este mismo debate –sobre el significado objetivamente sexista del velo y la ilegalidad que se seguiría necesariamente del mismo– tuvo lugar en España entre el TSJ de Cataluña en la sentencia 7 de junio de 2011, y la respuesta del TS en la sentencia de 6 de marzo de 2013, que la anula. Véase el comentario al respecto de D. MORONDO, “El principio de igualdad entre mujeres y hombres frente a la prohibición del velo islámico integral”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXX, 2014, pp.2 91-307.

públicamente a los valores básicos del Convenio mientras no se promueva, incite o justifique el odio basado en la intolerancia –sea eso lo que sea. Y la mejor prueba de ello se encuentra en varios casos resueltos en esas mismas fechas, contexto y religión: Gündüz contra Turquía de 14 de julio de 2004, Erbakan contra Turquía de 6 de julio de 2006, y Kutlular contra Turquía, de 29 de abril de 2008²¹. En el primero la Corte consideró que el líder de una secta islamista estaba legitimado bajo el Convenio a defender públicamente en televisión *inter alia* la sharía, oponerse duramente al secularismo político y criticar el sistema democrático porque no podía considerar un caso de verdadero *hate speech*:

“...it was difficult to declare one’s respect for democracy and human rights while at the same time supporting a regime based on sharia. [...] there is no doubt that, like any other remark directed against the Convention’s underlying values, expressions that seek to spread, incite or justify hatred based on intolerance, including religious intolerance, do not enjoy the protection afforded by Article 10 of the Convention. However, the Court considers that the mere fact of defending sharia, without calling for violence to establish it, cannot be regarded as “hate speech” (caso Gündüz contra Turquía de 14 de julio de 2004, párr. 51).

El caso del señor Erbakan también es muy ilustrativo ya que al momento de realizar sus declaraciones públicas en favor de la instauración de un régimen islamista en Turquía era el líder del partido *Refah*, que –como hemos visto– sería ilegalizado años más tarde por suponer un riesgo real para la democracia. Pues incluso en este contexto tan delicado la Corte argumentó que su libertad de expresión había sido violada al haber sido censurado por unas expresiones cuyo peligro *cierto e inminente* no había quedado suficientemente probado:

“...au vu des circonstances de l’espèce, pour la Cour, il n’est pas établi qu’au moment de l’engagement des poursuites à l’encontre du requérant, le discours incriminé engendrait “un risque actuel” et un danger “imminent” pour la société (paragraphe 48 ci-dessus) ou il était susceptible de l’être. A cet égard, à la différence du Gouvernement, le laps de temps assez long, à savoir quatre ans et cinq mois, écoulé entre la prétendue diffusion des propos litigieux et l’engagement des poursuites pénales est un élément à prendre en considération, compte tenu de ce qu’était l’enjeu pour le requérant de la procédure le concernant” (caso Erbakan contra Turquía de 6 de julio de 2006 párr. 68).

²¹ Véase en la misma línea J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo”, cit.

Finalmente, la Corte amparó al señor Kutlular contra la sanción turca en respuesta a su defensa pública de –precisamente– el uso del velo cuyo olvido por parte de muchas mujeres decía que habría provocado terremotos en el país como castigo divino:

“La Cour considère que, si choquants et offensants qu’ils puissent être pour ceux qui ne partagent pas les croyances et opinions du public auquel ils sont adressés, les propos du requérant n’incitent pas à la violence et ne sont pas de nature à fomentier la haine contre les personnes qui ne sont pas membres de la communauté religieuse à laquelle appartient le requérant” (caso Kutlular contra Turquía, de 29 de abril de 2008, párr. 49).

La conclusión de todo ello es que el significado sexista del velo sólo podría amparar su prohibición si se demostrase que *incita al odio*. Ahora bien, en tal caso su uso podría prohibirse en la escuela y en cualquier otro espacio público –pues el discurso de odio puede prohibirse en cualquier espacio público según ha indicado el propio TEDH.

5. SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO

Aunque la apelación al orden público ha sido otra constante, en realidad solo ha sido efectivamente empleado como argumento en los casos contra Turquía en que las prohibiciones al uso del velo se han justificado como medios necesarios para luchar contra el extremismo religioso y preservar así la democracia²². Por ejemplo, en el ya citado caso Leyla Sahin leemos:

²² Por ‘orden público’ pueden entenderse principalmente dos conceptos. O bien se trata de un concepto próximo al de la seguridad y se relaciona con la paz cívica y la tranquilidad ciudadana –oponiéndose al alboroto, la anarquía, el caos, etc. O bien, puede referirse al conjunto de principios y normas jurídicas básicas de determinada comunidad. Así, mientras el orden público en el primer sentido es el mismo en cualquier país, el segundo variará de Estado en Estado. ¿Cuál de estos sentidos emplea el CEDH en el art. 9.2? Solo puede ser el primero, ya que, de lo contrario, el CEDH quedaría vaciado de contenido puesto que puede ser parte del orden público de un país la negación de determinados derechos. Es decir, si el ‘orden’ que aparece en el 9.2 CEDH es o incluye el segundo sentido antes mencionado, entonces podría ser compatible casi cualquier limitación a la libertad religiosa siempre y cuando el Estado en cuestión tuviera como principio central de su ordenamiento la ausencia de libertad religiosa. Adicionalmente, en diversos pronunciamientos sobre los límites del art.9, el TEDH se ha pronunciado en unos términos que, implícitamente, evidencian que el sentido de ‘orden público’ que se adopta es el primero:

“The Court does not lose sight of the fact that there are extremist political movements in Turkey which seek to impose on society as a whole their religious symbols and conception of a society founded on religious precepts ... It has previously said that each Contracting State may, in accordance with the Convention provisions, take a stance against such political movements, based on its historical experience (see *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others*, cited above, § 124). The regulations concerned have to be viewed in that context and constitute a measure intended to achieve the legitimate aims referred to above and thereby to preserve pluralism in the university” (párr. 115).

En el plano abstracto, no puede negarse que un razonamiento así podría ser válido: si para preservar la democracia y la paz religiosa es necesario limitar ciertas manifestaciones de la propia fe, adelante. Sea lo que sea exactamente el “orden público” seguro que ampara estas preocupaciones. El problema está en que el TEDH se ha quedado sistemáticamente en este nivel de análisis y, contradiciendo su doctrina general, no ha entrado a valorar las concretas circunstancias del caso, a saber: si el peligro en cuestión era tal, si la medida empleada para combatirlo era eficaz, y si no existían otras medidas menos lesivas al efecto.

Además, esta clase de preocupaciones basadas en la conservación del orden democrático y secular son especialmente extrañas cuando lo que se discute es algo aparentemente tan inane como el uso privado y pacífico de símbolos religiosos. No solo eso, nos encontramos que el antecedente que continuamente citará la Corte será el caso de la ilegalización del partido *Refah Partisi*, cuya conexión con el asunto en lid no está nada claro. En efecto, como ya hemos indicado, en aquella ocasión se discutió si era conforme al Convenio ilegalizar un partido político con mucha influencia social y que abogaba abiertamente por subvertir el orden constitucional e instaurar un

“The Court has frequently emphasised the State’s role as the neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs, and stated that this role is conducive to public order, religious harmony and tolerance in a democratic society (caso *Leyla Sahin* contra Turquía de 10 de noviembre de 2005, párr. 107)”.

“Participants intended to assemble in support of their religion, Vaishnavism, and a particular lifestyle associated with it which in their view offered health benefits. There was no reason to presume a risk of any disturbance of public order or breach of peace on their part. The freedom of assembly as enshrined in Article 11 of the Convention protects a demonstration that may annoy or give offence to persons opposed to the ideas or claims that it is seeking to promote (caso *Krishna en Rusia* y *Frolov c. Rusia*, de 23 noviembre de 2021, párr. 56)”.

régimen no secular. En consecuencia, la doctrina que allí pudiera establecerse difícilmente sería aplicable al uso de símbolos religiosos por (i) simples particulares, (ii) carentes de influencia pública, y (iii) sin intencionalidad política o social conocida.

No solo eso, nos encontramos que en el caso del partido Refah Partisi la Corte entró efectivamente a valorar con detalle los indicios que atestiguaban el peligro que suponía Refah Partisi para la conservación del secularismo en Turquía. En cambio, en relación con los símbolos religiosos vemos que, de modo sistemático, la Corte se contenta con atestiguar que, entre los fines que motivaron la censura turca se encontraba la preservación del orden democrático y secular. Es decir, y de nuevo, un análisis puramente abstracto y del todo superficial.

Adicionalmente, la prohibición del uso de símbolos religiosos como método para combatir el fanatismo se compadece muy mal con la idea tan repetida según la cual la forma adecuada para alcanzar la paz religiosa *no* es eliminando la pluralidad religiosa, sino tomar las medidas encaminadas a que los distintos grupos de creyentes se respeten:

“The role of the authorities is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other” (caso SAS contra France, cited above, párr. 127-28; caso Bosnia Herzegovina de 5 de diciembre de 2017).

Pero ¿acaso no es esta la receta avalada? A saber, ¿que para que el radicalismo islámico no se imponga –“to remove the cause of tension”–, prohibimos el uso del pañuelo –“by eliminating pluralism”–?

6. EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD RELIGIOSA

Finalmente, el cuarto argumento sustantivo empleado en la jurisprudencia de Estrasburgo en torno a los símbolos religiosos ha sido el principio de laicidad, neutralidad o secularismo –empleando indistintamente todos estos términos²³.

²³ Sin embargo, en la doctrina estos términos –y tantos otros– suelen emplearse para designar modos distintos de entender el principio de neutralidad estatal y modelos distintos de relación Estado e Iglesia. Véase, por ejemplo, y aplicado al asunto que discutimos, S. CAÑAMARES, “Libertad religiosa del menor y simbología religiosa en la escuela”, cit. Una reflexión de orden más teórico en B. ALÁEZ, “Neutralidad del Estado y símbolos religiosos en el espacio público”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIII, 2017, pp. 217-256. Y la comparativa entre el modelo francés y el español en M. ALENDA, “La presencia de sím-

Al respecto ha sido común replicar que tal principio no viene recogido ni como derecho ni como límite a los mismos, por lo que no puede ser empleado en las argumentaciones del TEDH²⁴. Pero incluso dejando de lado esta cuestión, nos encontramos con que se ha invocado una razón adecuada en abstracto, pero corrompida en la práctica dado que se ha apelado a este principio por igual a la hora de limitar la libertad de trabajadores públicos o funcionarios, y a la hora de limitar la libertad de ciudadanos particulares sin vinculación alguna con el gobierno:

“The ban on all conspicuous religious symbols in all classes of state schools was based on the constitutional principle of secularism, which was consistent with the values protected by the Convention and the Court’s case-law” (casos *Aktas contra Francia*, *Bayrak contra Francia*, *Gamaleddyn contra Francia*, *Ghazal contra Francia*, *J.Singh contra Francia y Singh contra Francia*, de 30 de junio de 2009).

Como ha destacado buena parte de la doctrina, el deber de neutralidad se predica del *Estado* mas no de los particulares²⁵. ¿Quizás es que el TEDH adopta una concepción más expansiva de este principio? No lo parece, dadas las muchas definiciones y comentarios que sobre el mismo encontramos en sus pronunciamientos sobre libertad religiosa:

“The principle prevented the State from manifesting a preference for a particular religion or belief; it thereby guided the State in its role of impartial arbiter, and necessarily entailed freedom of religion and conscience. It also served to protect the individual not only against arbitrary interference by the State but from external pressure from extremist movements” (caso *Leyla Sahín contra Turquía* de 10 de noviembre de 2005, párr. 113-114).

“The Court again emphasised the importance of the State’s role as the neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs” (casos *Aktas contra Francia*, *Bayrak contra Francia*, *Gamaleddyn contra Francia*, *Ghazal contra Francia*, *J.Singh contra Francia y Singh contra Francia*, de 30 de junio de 2009).

bolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 9, 2005.

²⁴ Al respecto puede verse I. MARTÍN, “El caso *Lautsi* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVIII, 2012, pp. 215-252.

²⁵ Por todos, véase: A. RUIZ, y L. VILLAVICENCIO, “Estado y religión: una justificación liberal de la laicidad neutral”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, 2014, pp. 93-126. J. DE MIGUEL, “Neutralidad y Derecho constitucional”, *Teorías y Realidad Constitucional*, núm. 49, 2022, pp. 239-267.

“...the State’s duty of neutrality and impartiality is incompatible with any power on the State’s part to assess the legitimacy of religious beliefs or the ways in which those beliefs are expressed” (caso Eweida y otros contra Reino Unido, de 15 de enero de 2013, párr.81).

Como puede verse, se trata de una prohibición dirigida al Estado que, hasta cierto punto, es solo el reverso del derecho individual a la libertad religiosa y a la no discriminación. Lo que se sigue de ello es que, si bien la prohibición en el caso de funcionarios o trabajadores públicos puede ser discutible pero atendible, su extensión sobre los particulares carece de todo fundamento. Luego, ampararse en este principio para limitar la libertad religiosa es un error manifiesto. En su voto disidente en el caso Leyla Sahín contra Turquía de 10 de noviembre de 2005 la magistrada Tulkens ya afeó este punto:

“...the judgment makes no distinction between teachers and students, whereas in Dahlab (decision cited above), which concerned a teacher, the Court expressly noted the role-model aspect which the teacher’s wearing the headscarf had”

En el fondo, lo que Francia, Bélgica y Turquía persiguen es la creación de “espacios libres de religión”:

“it is understandable that the relevant authorities should wish to preserve the secular nature of the institution concerned and so consider it contrary to such values to allow religious attire” (caso Leyla Sahín contra Turquía de 10 de noviembre de 2005, párr. 116).

Pero tal política, lícita o no, ni se confunde ni viene amparada por el principio de neutralidad religiosa del Estado ni, más generalmente, se incluye en el Convenio como uno de los límites posibles de la libertad religiosa. En efecto, el Estado también debe ser neutral entre las concepciones de la buena vida, pero no por ello consideraríamos que los alumnos no pueden llevar ningún símbolo ideológico, por poner solo un ejemplo.

No solo eso, si fuera cierto que el principio de neutralidad religiosa justificase prohibir el uso de símbolos religiosos en la escuela, entonces *mutatis mutandi* nada excluye que también pudiera amparar la misma prohibición en otros espacios públicos, como la calle o las iglesias²⁶. Y, sin embargo, en el caso Ahmed

²⁶ Esta objeción la abanza tempranamente B. BLEIBERG, “Unveiling the Real Issue: Evaluating the European Court of Human Rights’ Decision to Enforce the Turkish Headscarf Ban in Leyla Sahin v. Turkey”, *Cornell Law Review*, vol. 91, 2005, pp.129-170.

Arslan y otros contra Turquía de 23 de febrero de 2010 la Corte consideró que el gobierno había violado el art.9 CEDH al castigar a un grupo religioso por pasearse por la calle ataviados con turbante, túnica y bastón. Los argumentos que ofreció la Corte fueron tres: (i) que los condenados eran meros particulares y no funcionarios o trabajadores públicos que representara al Estado o ejercieran funciones públicas (párr. 48), (ii) que los símbolos se portaron en “espacios públicos abiertos a todos”, en vez de en “establecimientos públicos” (párr. 49), y (iii) que no había indicio alguno de que, por el modo en que expresaban sus creencias, pusieran en riesgo el orden público o ejercieran una presión indebida sobre terceros (párr. 50). Dado que las razones (i) y (iii) concurren por igual en los casos en que sí se toleró la prohibición, el quid del asunto debe residir en (ii), esto es, la distinción entre dos clases de espacios públicos:

“La Cour rappelle ensuite son constat selon lequel les requérants ont été sanctionnés pour la tenue vestimentaire qu’ils portaient dans des lieux publics ouverts à tous comme les voies ou places publiques. Il ne s’agit donc pas de la réglementation du port de symboles religieux dans des établissements publics, dans lesquels le respect de la neutralité à l’égard de croyances peut primer sur le libre exercice du droit de manifester sa religion. Il s’ensuit que la jurisprudence de la Cour mettant l’accent sur l’importance particulière du rôle du décideur national quant à l’interdiction du port de symboles religieux dans les établissements d’enseignement public (voir, entre autres, Leyla Şahin, précité, § 109) ne trouve pas à s’appliquer dans la présente affaire” (caso Ahmed Arslan y otros contra Turquía de 23 de febrero de 2010, párr. 49).

Pero ¿por qué? ¿Cuál es la razón que justifica que *solo* en los establecimientos públicos “le respect de la neutralité à l’égard de croyances peut primer sur le libre exercice du droit de manifester sa religion”? Tampoco la Corte dijo nada al respecto.

7. CONCLUSIÓN

En este texto hemos repasado críticamente la jurisprudencia del TEDH en materia de vestimenta religiosa y de la misma cabe extraer las siguientes conclusiones.

- Toda una serie de nociones nucleares han sufrido una grave desnaturalización: “restricción *imperiosa* en una sociedad democrática”, “presión social y proselitismo”, “derechos ajenos”, “principio de

neutralidad religiosa”, son términos privados de su sentido natural por parte de la Corte.

- Se trata de una jurisprudencia en sí misma incoherente, e incoherente también con la doctrina sentada en otras materias conexas.
- Inexplicablemente, cuando la expresión de determinadas ideas religiosas se reivindica al amparo del art.10 CEDH la Corte es sumamente exigente con las prohibiciones estatales y redacta extensas sentencias al respecto. En cambio, cuando la expresión de ideas religiosas se reivindica al amparo del art.9 CEDH ese rigor desaparece, todo se fía al margen de apreciación estatal y lacónicas generalidades rellenan unas pocas páginas de fallo.
- La regla general que ha seguido la Corte ha sido contentarse con exámenes abstractos en los que no se entró a valorar cuán acertados eran en la práctica los argumentos esgrimidos por los Estados demandados. Sin embargo, y sin explicación aparente, esta norma ha sido alterada en no pocos pronunciamientos en que la Corte se vuelve inopinadamente rigurosa.

Con ello presente, entendemos que, en adelante, sería deseable que la Corte se apartara de la jurisprudencia seguida hasta el momento y se rigiera por los siguientes principios:

- En primer lugar, debería ser más exigente a la hora de apreciar la concurrencia de un fin legítimo para la interferencia estatal sobre la libertad religiosa. Es decir, debería adoptar un estándar probatorio más riguroso, no bastando con que el Estado demandado *alegara* de modo más o menos plausible la concurrencia de determinado fin. Por ejemplo, si el Estado sostiene que busca evitar presiones indebidas sobre terceros, se le debería exigir que indicara qué indicios concretos y relacionados con el caso examinado abalan ese temor.
- En segundo lugar, la Corte también debería ser más restrictiva a la hora de interpretar qué cualifica como un fin legítimo a la hora de limitar la libertad religiosa. Por tanto, nada de vaporosas alegaciones al “vivir juntos” o a una “seguridad” del todo indeterminada, por ejemplo. El fin en cuestión debe estar claramente recogido en el Convenio como uno de los posibles límites. No cabe una interpretación extensiva de las limitaciones a los derechos más básicos.
- En tercer lugar, las apelaciones al margen de apreciación estatal deberían sustituirse por un ejercicio de ponderación riguroso. En

suma, adoptar una postura próxima a la del “escrutinio estricto” que ha desarrollado el TS estadounidense para, entre otros, los asuntos de índole religiosa. O, sin ir tan lejos, que el TEDH adoptara en relación con la expresión religiosa la postura que mantiene desde hace décadas en relación con la libertad de expresión.

- En cuarto lugar, las motivaciones deberían ser mucho más pormenorizadas e individualizadas, en especial cuando se avale una interferencia. Y, lógicamente, dada la debilidad de los pronunciamientos examinados, la remisión a la jurisprudencia anterior debería tener un papel argumental muy secundario.
- Y en quinto y último lugar, abandonar esa errónea noción de la neutralidad estatal que impone límites a los individuos a la hora de expresar sus convicciones.

Los musulmanes practicantes son, hoy en día, la minoría paradigmática a la que las democracias liberales se enorgullecen de proteger: minorías, no solo extrañas, incomprendidas o algo incómodas para la mayoría –como podrían ser en su día los gays u hoy los trans– sino minorías hostiles, que generan miedo y que en muchas ocasiones rechazan el orden liberal. En fin, grupos que tradicionalmente habrían sido *enemigos* del Estado y de la sociedad –y no simples *marginados*. La postura que se adopte ante ellos será el “canario en la mina” del Estado de Derecho²⁷.

GONZALO FERNÁNDEZ CODINA
Facultad de Derecho
Universidad de Barcelona
Avenida Diagonal, 684
08034 Barcelona
e-mail: fernandezcodina@ub.edu

²⁷ A modo de cierre, planteamos una pregunta para futuras reflexiones: sin perjuicio de que la prohibición general de portar símbolos religiosos visibles en determinados espacios públicos pudiera ser conforme al CEDH, ¿acaso el derecho a la objeción de conciencia recogido según el propio TEDH en el art.9.2 CEDH –caso Bayatyan c. Armenia de 7 julio 2011 en relación al servicio militar; caso Adyan y otros c. Armenia de 12 de octubre de 2017 en relación al servicio sustitutorio; caso Polat contra Austria, 20 julio 2021, en relación a las autopsias– no exigiría hacer *algunas* excepciones para aquellos casos en que el uso de esas prendas fuera vivido por los sujetos, no como un deseo, sino como un inexcusable deber? Para una panorámica sobre el asunto véase J. MARTÍ, “Panorama actual de la objeción de conciencia, en defensa de la vida y su evolución en el TEDH”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 60, 2022, pp. 9-43.

DESAFÍOS DE LA POLÍTICA MIGRATORIA ESPAÑOLA EN EL SIGLO XXI*

CHALLENGES OF SPANISH MIGRATION POLICY IN THE 21ST CENTURY

ÁNGELES SOLANES CORELLA

Universitat de València

<https://orcid.org/0000-0002-4207-6113>

Fecha de recepción: 21-2-25

Fecha de aceptación: 24-3-25

Resumen: *Este trabajo analiza de modo crítico la actual política migratoria en España. Para ello, se presta especial atención al dilema transversal de la compatibilidad entre la normativa de extranjería y la de protección internacional. A continuación, se aborda las dos grandes cuestiones que resultan problemáticas con anterioridad a la entrada en territorio español y después de la misma, que tienen que ver especialmente con la gestión de las fronteras y la integración. En concreto, son primordiales en este punto las obligaciones que se establecen en los nuevos instrumentos a nivel europeo para asegurar la entrada legal, junto con los mecanismos que se habilitan a nivel nacional para potenciar la integración. Por último, se examinan las cuestiones básicas del nuevo reglamento de extranjería que ya se alinea con las directrices europeas. Desde este análisis de aspectos de gran complejidad se realizan propuestas para afrontar los retos pendientes inaplazables si se quiere articular una política migratoria que respete y garantice los derechos humanos.*

Abstract: *This paper carries out a critical analysis of the current immigration policy in Spain. To this end, special attention is paid to the transversal issue of compatibility between immigration legislation and international protection regulations. Next, the two major issues that pose problems before and after entry into Spanish territory are addressed, which are especially concerned with*

* Este artículo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Generación de Conocimiento PID2023-147896OB-I00, Multihuri, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

border management and integration. Specifically, the obligations established in the new instruments to ensure legal entry at European level, along with the mechanisms enabled at national level to promote integration are essential at this point. Finally, the basic concerns of the new immigration regulation that are already aligned with European guidelines will be examined. Based on this analysis of highly complex aspects, proposals are made to address the pending challenges that cannot be postponed if we want to articulate an immigration policy that respects and guarantees human rights.

Palabras clave: migración, asilo, pacto europeo, reglamento de extranjería, derechos humanos

Keywords: migration, asylum, European pact, immigration regulation, human rights

1. INTRODUCCIÓN: UNO, DOS, TRES

A punto de que la norma de referencia en materia de extranjería, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) cumpliera veinticinco años, dos disposiciones han venido a determinar su aplicación. Por una parte, a nivel internacional, el Pacto Europeo sobre Migración y Asilo, que el 10 de abril de 2024 el Parlamento Europeo votó a favor, y fue adoptado por el Consejo el 14 de mayo de 2024 (PEMA); y por otra, el Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la citada Ley Orgánica 4/2000 (RELOEX).

Estas reformas, como otras a las que se hará referencia a lo largo de este trabajo, evidencian la complejidad y la actualidad de la gestión del fenómeno migratorio. Tanto a nivel mundial como europeo y nacional, la regulación de todas las situaciones vinculadas a la movilidad humana supone un gran desafío que necesariamente hay que afrontar en conjunción con otros como el reto demográfico y el crecimiento económico.

En el ámbito europeo, los diferentes intentos de fortalecer el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) y la voluntad de conjugar de modo paralelo las disposiciones en materia de extranjería no han modificado en realidad los objetivos comunes de afrontar la migración y el asilo desde el control férreo de las fronteras y el incentivo de los retornos. Como se evidencia en el PEMA el refuerzo de las políticas de externalización de fronteras, el mecanismo de la solidaridad “a la carta” o “flexible” que no establece un reparto equitativo de las responsabilidades de asilo, la aplicación de procedimientos

acelerados y las detenciones sistemáticas en las fronteras, ponen de manifiesto una voluntad de hacer frente común en la articulación de una necesaria (atendiendo a parámetros como la exigencia de mano de obra) migración y una estricta (pero nada fácil de obtener) protección internacional. Los instrumentos jurídicos que configuran el PEMA serán aplicables dos años después de su entrada en vigor, el 11 de junio de 2024, es decir, a mediados de 2026, con la excepción del Reglamento (UE) 2024/1350 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece el Marco de Reasentamiento y Admisión Humanitaria de la Unión y se modifica el Reglamento (UE) 2021/1147, aplicable desde el 11 de junio de 2024.

La política de migración y asilo que plantea el Pacto pretende proporcionar a la UE el marco jurídico y las herramientas necesarias para seguir aumentando la eficacia de la gestión de sus fronteras exteriores y establecer procedimientos rápidos y eficientes de asilo y de retorno, ofreciendo al mismo tiempo unas sólidas salvaguardias. Para ello, entre otras cuestiones, implanta un sistema equitativo y efectivo de solidaridad y responsabilidad para gestionar de forma colectiva la migración, con la pretensión de que ningún Estado miembro quede aislado bajo la presión. Se trata de insistir en la necesidad de una actuación conjunta que comienza con el plan de ejecución común¹. En todo caso, como expresamente se reconoce, “común” no supone “igual” para todos los Estados. Cada uno de los países tiene flexibilidad para adaptar las obligaciones derivadas del PEMA a sus sistemas nacionales, de tal manera que pueda afrontar retos diferentes, con un grado de preparación distintos.

En el caso de España, la política de migración y asilo, y por tanto, y la legislación en materia de extranjería y protección internacional necesariamente debe alinearse con las directrices europeas que no difieren tanto de las mantenidas hasta ahora². Desde esta perspectiva, recientemente se han presentado los principales ejes de actuación del Gobierno español en esta materia desde la necesidad de afrontar el mencionado reto demográfico, con herramientas que permitan superarlo, y la urgencia de afrontar de manera adecuada los picos de llegadas irregulares. Todo ello desde una significativa

¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Plan de ejecución común del Pacto sobre Migración y Asilo*, COM (2024) 251 final, 12-6-2024.

² J. M. PORRAS RAMÍREZ (dir.) y D. M. REQUENA DE TORRE (coord.), *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

desinformación que predispone y genera una imagen negativa frente a la inmigración, con una colaboración decisiva desde las redes sociales³.

En su comparecencia en el Pleno del Congreso de los Diputados, el 9 de octubre de 2024⁴, el presidente del Gobierno sintetizó en cinco los ejes de la política migratoria española:

1. Refuerzo de las fronteras y el sistema de acogida: como primer frente de actuación, con especial atención al fortalecimiento del sistema de acogida, a la situación en Canarias y a la atención a menores no acompañados.
2. Migración legal, segura y ordenada: en la línea establecida por el Pacto Mundial para la migración segura, ordenada y regular⁵. En este punto se hace expresamente referencia a cuatro cuestiones fundamentales: el impulso en la presente legislatura de la agilización de la homologación de títulos académicos de quienes vengan a trabajar a España, que es una cuestión controvertida por las dilaciones extremas que se han producido; un nuevo programa de migración laboral para facilitar las contrataciones en origen con países como Mauritania, Gambia, Senegal o Guatemala; la agilización de los procesos de las personas migrantes que ya residen en España; y la regulación de nuevas figuras de arraigo en torno al empleo y las redes familiares.
3. Implicación de la Unión Europea: la política migratoria española debe ser corresponsable y solidaria con la europea. Como primera medida dentro del PEMA se avanza en la petición a la Comisión Europea del adelanto al verano de 2025 de la entrada en vigor de las herramientas de control fronterizo y reparto de personas migrantes.
4. Impulso de la integración: se anuncia la puesta en marcha de un plan de integración y convivencia intercultural y la activación de estrategias de integración para la inclusión basadas en los derechos humanos y que fortalezcan una España diversa y cohesionada.

³ A. SOLANES CORELLA y N. HERNÁNDEZ MORENO, *Formas de combatir el racismo en las redes sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

⁴ Vid. Discurso del presidente del Gobierno en su comparecencia ante el Congreso, <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/intervenciones/Paginas/2024/20241009-sanchez-comparecencia-congreso-diputados.aspx>, consultado el 14-10-2024.

⁵ Que fue formalmente aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas mediante Resolución de 19 de diciembre de 2018 (A/RES/73/195).

5. Ayuda a los países de origen: se apuesta por continuar fomentando el desarrollo económico de los países latinoamericanos y africanos de procedencia, con especial mención a la ayuda al desarrollo en los países del Sahel y la estrategia España-África 2025-2028.

La concreción que se hará de estas propuestas a nivel normativo es fundamental para garantizar el enfoque basado en derechos humanos en el ámbito de la migración que alude de manera genérica a la extranjería y a la protección internacional como movilidad humana. Este enfoque conforma un marco conceptual y teórico que conlleva el disfrute por todas las personas de todas las libertades fundamentales, lo que supone que desde el punto de vista normativo está basado en las normas internacionales de derechos humanos y desde el punto de vista operacional está orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos⁶.

El enfoque basado en derechos humanos puede entenderse como un instrumento metodológico que usa el discurso de la teoría constitucional e internacional de los derechos humanos, e incorpora una dimensión política en el análisis de la decisión pública adoptada a través de las políticas del Estado⁷.

En concreto, en relación con la movilidad humana, las políticas migratorias y redistributivas son los principales objetos de rechazo hacia las personas inmigrantes, de tal manera que la evolución de las actitudes ante la inmigración en España no dependerá de las posturas hacia dichas personas (o de intentos por influir en ellas, ya sea en sentido receloso o empático), sino de la percepción de las políticas públicas que afectan al hecho inmigratorio bajo criterios como su sostenibilidad, viabilidad y equidad⁸.

La dificultad de encontrar alternativas viables y duraderas ha hecho que tanto la LOEX como su reglamento de desarrollo hayan sufrido diferen-

⁶ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Preguntas frecuentes sobre el Enfoque de Derechos Humanos en la Cooperación para el Desarrollo*, Naciones Unidas, 2006, pp. 7 y 15, <https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/5139291b-edf7-412b-ba98-17ab8a39f72a/>, consultado el 2-10-2024.

⁷ C. A. ALZA BARCO, "El Enfoque basado en Derechos ¿Qué es y cómo se aplica a las políticas públicas?", en L. BURGORGE-LARSEN, A. MAUÉS y B. E. SÁNCHEZ MOJICA (ed.), *Derechos Humanos y Políticas Públicas*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, p. 54, <https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/5139291b-edf7-412b-ba98-17ab8a39f72a/content>, consultado el 9-10-2024.

⁸ C. GONZÁLEZ-ENRÍQUEZ, A. MARISCAL-DE-GANTE y S. RINKEN, "Las actitudes hacia la inmigración y los inmigrantes en España. Una tipología", *Papers*, núm. 109, vol. 3, 2024, p. 20.

tes reformas, incluso con modificaciones recogidas en normas de materias completamente ajenas. La constante evolución del fenómeno migratorio y la necesidad de adaptar la normativa a una realidad cambiante ha llevado a la aprobación del nuevo reglamento recogido en el citado RD 1155/2024. Quedan, en todo caso, cuestiones pendientes, como se evidenciará en este estudio, que necesariamente deberán aclararse y concretarse para que las previsiones que se recogen en vía reglamentaria puedan surtir sus efectos. Todo ello, sin obviar que el estatuto jurídico del extranjero en España, a partir de la regulación constitucional, se construye sobre la titularidad desigual de derechos entre los españoles y los extranjeros⁹.

Por tanto, es fundamental abordar los desafíos que afronta a corto plazo la política migratoria española y ver cómo se conjugan estos con la articulación a nivel normativo de un estatuto jurídico que, en cualquiera de sus formas, sea respetuoso con los derechos humanos. De ahí, el interés de analizar críticamente las dos disposiciones más recientes, el PEMA y el nuevo reglamento, que deben implementarse en breve. Sin que sea descartable, además, que se acabe produciendo una reforma de la LOEX.

En este trabajo se revisará de modo crítico la concreción de la política migratoria en España tomando en consideración los cinco ejes señalados. Para ello, se prestará especial atención al dilema transversal de la compatibilidad entre la normativa de extranjería y la de protección internacional. A continuación, se abordarán las dos grandes cuestiones que resultan problemáticas con anterioridad a la entrada en territorio español y después de la misma, que tienen que ver especialmente con la gestión de las fronteras y la integración. En concreto, son primordiales en este punto las obligaciones que se establecen con los nuevos instrumentos a nivel europeo para asegurar la entrada legal y los mecanismos que se habilitan a nivel nacional para potenciar la integración. Por último, se examinarán las tres claves básicas del mencionado RD 1155/2024, que son las de empleo, formación y familia. Desde este análisis de aspectos de gran complejidad articulados en un esquema de un dilema, dos cuestiones pendientes y tres claves, se realizarán, a lo largo de este estudio, propuestas para la acción que sugieran ideas para afrontar algunos de los retos pendientes inaplazables si se quiere articular una política migratoria que respete y garantice los derechos humanos.

⁹ I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, *El derecho a tener derechos: definición jurisprudencial del estatuto de la persona extranjera*, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 116-129.

2. UN DILEMA TRANSVERSAL: LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA NORMATIVA DE EXTRANJERÍA Y LA DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

El primer eje de la política migratoria española es, como se ha indicado, el refuerzo de las fronteras y el sistema de acogida. Tanto en la dimensión europea como en la española la política de migración y la de asilo están íntimamente unidas, dentro de la dinámica general de la movilidad humana caracterizada por los denominados flujos mixtos que aglutinan múltiples variables. En este contexto, el PEMA a nivel europeo y el RD 115/2024, en el ámbito de la LOEX, constituyen dos instrumentos de referencia. Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo del Pacto, que supera las posibilidades de este trabajo, es necesario al menos aludir a este complejo entramado normativo y a las novedades que introduce en la gestión de la migración y el asilo en cuanto a su impacto a nivel nacional¹⁰.

¹⁰ Dicho conjunto de actos legislativos está integrado por el Reglamento (UE) 2024/1351 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la gestión del asilo y la migración, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2021/1147 y (UE) 2021/1060 y se deroga el Reglamento (UE) n° 604/2013; el Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE; el Reglamento (UE) 2024/1349 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento fronterizo de retorno y se modifica el Reglamento (UE) 2021/1148; el Reglamento (UE) 2024/1359 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se abordan las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2021/1147; el Reglamento (UE) 2024/1358 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de datos biométricos a efectos de la aplicación efectiva de los Reglamentos (UE) 2024/1351 y (UE) 2024/1350 del Parlamento Europeo y del Consejo y de la Directiva 2001/55/CE del Consejo y de la identificación de nacionales de terceros países y apátridas en situación irregular, y sobre las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/818 del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga el Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo; el Reglamento (UE) 2024/1356 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se introduce el triaje de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores y se modifican los Reglamentos (CE) n° 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/817; el Reglamento (UE) 2024/1347 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas que pueden acogerse a protección subsidiaria y al contenido

El mencionado plan de ejecución común es el instrumento rector sobre cuya base la Comisión propone impulsar la aplicación del PEMA junto con los Estados miembros y las agencias pertinentes de la UE. El primer paso significativo ha sido la presentación, por parte de los Estados miembros, de sus planes de ejecución nacionales, tal como ha ocurrido en el caso de España, el 12 de diciembre de 2024. Es importante tomar en consideración que el Pacto apuesta por una significativa diferenciación entre la política migratoria y de asilo, siempre desde la perspectiva de que en el primer caso en el ámbito de la extranjería se busca la coordinación entre los Estados, mientras que el del asilo es imprescindible la armonización como base para el adecuado funcionamiento del SECA. Por eso muchos de los instrumentos que aglutina el PEMA pormenorizan las situaciones legales en las que estarán las personas que sean beneficiarias de uno y otro estatuto jurídico. La implementación del Pacto hasta 2026 perfilará los detalles de cada situación jurídica, con especial atención a la de aquellas personas que no vean reconocida su solicitud de protección internacional, en un sentido amplio, y quieran encauzarla al ámbito de la extranjería.

Si se parte de una presunción implícita, no escrita pero funcional en el ámbito práctico, que considera que quienes llegan a las fronteras exteriores son inmigrantes no es fácil demostrar los requisitos que permiten el acceso al derecho de asilo. Más complicado puede resultar incluso en situaciones de crisis y fuerza mayor. Por eso procedimientos como el denominado “triaje” de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores; las normas relativas al reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas que pueden acogerse a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, y las normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, de reasentamiento y de admisión humanitaria, son fundamentales. Una articulación desde el enfoque basado en derechos humanos, con especial atención a sus principios básicos (pro persona, universalidad, inviolabilidad, inalienabilidad, indivisibilidad,

de la protección concedida, y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y se deroga la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; la Directiva (UE) 2024/1346 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por la que se establecen normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional; y el Reglamento (UE) 2024/1350 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece el Marco de Reasentamiento y Admisión Humanitaria de la Unión y se modifica el Reglamento (UE) 2021/1147.

interdependencia y progresividad) reiterados pero sistemáticamente vulnerados, son irrenunciables en las fronteras y también en los Estados que finalmente admitan a estas personas, dentro de las exigencias del Estado de Derecho¹¹.

En buena medida ese tránsito entre las políticas de migración y asilo, entre las legislaciones de extranjería y protección internacional, queda en manos de los ordenamientos jurídicos nacionales que, en todo caso, siempre pueden mejorar las directrices europeas en cuanto al disfrute y las garantías de los derechos.

No cabe duda de que este es uno de los grandes desafíos que se presentan en la actualidad al discurso de los derechos humanos. En concreto en la clasificación que propone De Asís¹² dentro del desafío de los derechos de constituirse en el enfoque desde el que se aborda la regulación de las situaciones de vulnerabilidad, a partir de sus tres grandes referentes (condición, situación y posición), y de la estrecha relación entre vulnerabilidad y discriminación. En este ámbito, como en otros, el tratamiento de la no discriminación se hace a menudo sin un enfoque de derechos.

En el caso español, el nuevo reglamento de extranjería se alinea en buena medida con el mandato institucional que recoge la Comisión Europea en el plan de ejecución común. No puede obviarse que subyace la idea de que en España existe una situación de un elevado número de solicitudes de asilo y protección subsidiaria con un porcentaje reducido de reconocimiento. La voluntad de generar un efecto disuasorio en las solicitudes de protección está presente tanto en las disposiciones europeas como en el reglamento de extranjería español.

El RD 1155/2024 se ocupa expresamente de la concurrencia entre migración y asilo, en concreto, en la compatibilidad de los procesos de arraigo y la solicitud de protección internacional, en su artículo 126 y en la Disposición Transitoria Quinta. De estas disposiciones se desprende una aparente contradicción. Por una parte, se exige a las personas solicitantes de arraigo una renuncia previa de su solicitud de protección internacional en la medida en la que el artículo 126 RELOEX requiere para el arraigo “no tener la condi-

¹¹ F. SALVIOLI, *Introducción a los derechos humanos. Concepto, fundamentos, características, obligaciones del Estado, y criterios de interpretación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 429-471 y E. BEA, *Los deberes en la edad de los derechos*, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 197-250.

¹² R. DE ASÍS, “Cinco desafíos del discurso de los derechos”, *Derechos y Libertades*, núm. 50, 2024, pp. 23-24, <https://doi.org/10.20318/dyl.2024.8226>

ción de solicitante de protección internacional” y se establece que “cuando la persona extranjera haya sido solicitante de protección internacional, no será computable el tiempo de permanencia en España durante la tramitación de la solicitud de protección internacional hasta su resolución firme en sede administrativa, y, en su caso, judicial”. Además, por otra parte, la Disposición Transitoria Quinta fuerza una situación de irregularidad de al menos seis meses anteriores a la presentación de la autorización por arraigo.

Por tanto, el tiempo que una persona haya permanecido en España como solicitante de asilo, si su solicitud es denegada, no podrá ser computado a efectos del arraigo, lo cual significa que dicho cálculo se iniciaría en ese momento generando así una situación de irregularidad sobrevenida. Las dudas de índole jurídica que surgen sobre estas dos disposiciones son múltiples, comenzando por el hecho de que se regule en un Real Decreto que el tiempo de permanencia previa no contabilice a efectos de arraigo en estos casos. Debe tomarse en consideración, además, que la demora en la tramitación de la solicitud de protección internacional puede que no sea atribuible a la persona, con lo cual no se justifica que ese período no pueda computarse a efectos de arraigo. En principio, el procedimiento legamente previsto no requiere más de nueve meses de tramitación (un mes para presentar, seis meses para resolver y dos meses para resolver el recurso de reposición). La demora de tales plazos considero que no debería perjudicar a la persona interesada, que nada puede hacer a tal efecto y, en todo caso, estaría en una situación de indefensión.

Ciertamente, esta previsión trae causa del requisito recogido en el RD 629/2022, de 26 de julio de 2022, que reformó el ya derogado RD 557/2011, de 20 de abril, en relación exclusivamente con el arraigo laboral que exigía que la persona solicitante de esta autorización debía encontrarse en situación irregular en España. Las personas solicitantes de protección internacional, mientras esta no era denegada, habían estado trabajando al amparo de su condición de solicitantes, en algunos casos hasta 2 o 3 años, con lo cual optaban por solicitar un arraigo laboral como forma de regularizar su situación en España y podían también formalizar recursos ante las denegaciones. De acuerdo con lo establecido en el RD 629/2022 la administración denegaba las solicitudes de arraigo laboral procedentes de las personas solicitantes de asilo, cuando se les denegaba y recurrían, por entender que no cumplían el requisito de la estancia irregular.

En este escenario, el Tribunal Supremo español se pronunció sobre el caso de una solicitud de autorización de residencia por arraigo laboral de-

rivada de la situación de un solicitante de asilo cuya petición fue denegada. Esta sentencia clarificaba en su momento la interpretación aplicable en el contexto de arraigo laboral, especialmente en casos donde la persona solicitante había permanecido y trabajado en España e impugnaba la denegación de asilo tanto en vías administrativas como judiciales. En la sentencia 414/2024, de 24 de enero¹³, el Tribunal Supremo aborda la relación entre el arraigo laboral y el estatuto jurídico del solicitante de protección internacional a los efectos de encontrarse en situación regular o irregular.

Dicho Tribunal señala que el solicitante de protección internacional goza de un estatuto migratorio especial que no es de estancia, ni de residencia. En interpretación de las Directivas 2013/32/UE y 2013/33/UE, entiende que se encuentra en una situación de permanencia, esto es, en una situación de tolerancia a permanecer en el país de la solicitud y con carácter preventivo. Textualmente afirma que “la situación en que se encuentra el solicitante de asilo mientras se decide sobre la legalidad de la denegación administrativa de la protección internacional, es una situación peculiar que en nada puede vincularse a la situación tan siquiera de estancia, sino que es una medida de mera tolerancia de permanecer en país de solicitud de asilo y con carácter de medida preventiva, es decir, está en función del procedimiento de revisión de la denegación, solamente”. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sostiene, en sentencia de 9 de noviembre de 2023 (asunto C-257/22)¹⁴, que el solicitante de protección internacional tiene derecho a permanecer en el territorio del Estado en el que se presenta la solicitud. En todo caso ese derecho no constituye un derecho a obtener una autorización de residencia y tampoco es posible que se le pueda considerar irregular a los efectos de la Directiva 2008/115/CE.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2024, Roj: STS 414/2024 - ECLI:ES:TS:2024:414, Id Cendoj:28079130052024100007, n° de Recurso:8727/2022, n° de Resolución:103/2024.

¹⁴ Diario Oficial de la Unión Europea, Serie C, C/2024/421, 3.1.2024, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 9 de noviembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Krajský soud v Brně – República Checa) – CD / Ministerstvo vnitra České republiky, Odbor azylové a migrační politiky [Asunto C-257/22, (1) Odbor azylové a migrační politiky MV (Ámbito de aplicación de la Directiva sobre retorno)] (Procedimiento prejudicial - Espacio de libertad, seguridad y justicia - Retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular - Directiva 2008/115/CE - Artículo 3, punto 2 - Concepto de “situación irregular” - Directiva 2013/32/UE - Solicitante de protección internacional - Artículo 9, apartado 1 - Derecho de permanencia en el Estado miembro durante el examen de la solicitud - Decisión de retorno adoptada antes de que se haya dictado la resolución de primera instancia por la que se deniega la solicitud de protección internacional) (C/2024/421).

La Secretaría de Estado de Migraciones, a través de la Subdirección General de Régimen Jurídico, dictó el 9 de abril de 2024 unos criterios de aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la sentencia del Tribunal Supremo 414/2024 sobre la incidencia en los procedimientos de extranjería de arraigo laboral de la condición de solicitante de protección internacional en cuyas conclusiones al amparo del RD 629/2022 se señalaba:

1. La persona extranjera que solicitaba protección internacional gozaba, desde que adquiriera tal condición, de un estatuto migratorio singular que no era de estancia ni de residencia, sino de permanencia o tolerancia por lo que no se encontraba en situación administrativa irregular, desplegando, según lo que prescriben las directivas comunitarias y la legislación nacional, una serie de derechos a su favor mientras se mantuviera dicha condición.
2. Durante el tiempo en el que la persona extranjera ostentara la condición de solicitante de protección internacional, no era posible acceder a la autorización de residencia por circunstancias excepcionales por arraigo laboral al no encontrarse en situación irregular como exigía el artículo 124.1 del Reglamento de la LOEX tras la redacción dada por el RD 629/2022.
3. Para la tramitación de una solicitud al amparo del entonces vigente reglamento de la LOEX era necesario acreditar la comunicación de desistimiento de la condición de solicitante de protección internacional, momento en el que se entendía que existía una resolución definitiva y ello con independencia de la consideración de los efectos suspensivos del recurso e independientemente de que se hubiera solicitado o no a través de medida cautelar.
4. En el caso del arraigo laboral, para su concesión se debía acreditar por cualquier medio de prueba la existencia de una relación laboral previa, cuya duración no fuera inferior a seis meses, realizada en situación legal de estancia o residencia. Esta circunstancia no podía cumplirse por los solicitantes de protección internacional, ya que, según se recoge en la sentencia, “están en una situación peculiar que en nada puede vincularse a la situación tan siquiera de estancia, sino que es una medida de mera tolerancia de permanecer en el país y con carácter de medida preventiva, es decir, está en función del procedimiento de revisión de la denegación solamente”.

Son esenciales en esta cuestión las previsiones de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria y el Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional. Como acertadamente mantiene Ramos¹⁵ esta sentencia señala una confusa regulación en materia de asilo por la falta de adecuación de la mencionada legislación española a la Directiva 2013/32/UE y Directiva 2013/33/UE que reconocen derechos con plena eficacia por su efecto vertical. Así, puede entenderse que el artículo 37 de la Ley 12/2009, es contrario a estas normas, de forma singular, cuando detalla que al no admitirse a trámite o cuando se deniegue una solicitud de protección internacional procederá, de forma general, el retorno, la devolución o expulsión, cuando la Directiva 2013/32/UE señala que los Estados miembros permitirán que los solicitantes permanezcan en el territorio hasta que haya expirado el plazo dentro del cual pueden ejercer su derecho a un recurso efectivo y, cuando se haya ejercitado ese derecho dentro del plazo, en espera del resultado del recurso. Por otra parte, el tribunal considera que la Ley 12/2009 no contempla la permanencia de la persona solicitante de asilo con la extensión de estas dos Directivas, de tal forma que la situación de la persona solicitante puede considerarse como una medida de mera permanencia, de ahí la idea de tolerancia. Dicha interpretación restrictiva respecto al arraigo laboral es la que ahora podría afectar a otros tipos de arraigo como ha establecido el RD 1155/2024.

Aún tomando en consideración la interpretación que realiza el Tribunal Supremo, persisten muchas dudas de carácter interpretativo en la aplicación del actual artículo 126 y la Disposición Quinta Transitoria del nuevo reglamento de extranjería, que deben aclararse para su correcta aplicación. Es difícil justificar el hecho de que el artículo 37 a) de la Ley 12/2009 establezca la posibilidad de pasar al régimen general para quienes hayan recibido una resolución denegatoria de una solicitud de asilo y, en cambio, la Disposición Transitoria Quinta insista en un período de seis meses de situación irregular, lo que podría considerarse como una medida disuasoria que dificulta el acceso a la residencia legal.

En el mismo sentido, no se explica que en virtud del artículo 31.3 LOEX existan determinados supuestos en los que la Administración podrá con-

¹⁵ L. RAMOS POLEY, "La situación de las personas solicitantes de protección internacional cuando instan acceder al arraigo laboral a raíz de la STS 103/2024 (Sala de lo contencioso), de 24 de enero", *Lex Social, Revista de Derechos Sociales*, núm. 14, vol. 2, 2024, p. 23, <https://doi.org/10.46661/lexsocial.11087>

ceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente, pero que se establezca por Real Decreto la incompatibilidad a efectos del cómputo con las solicitudes de protección internacional. Ello significa que la existencia de suficientes vínculos de arraigo en España puede ser motivo para impedir una devolución por estancia irregular y para conceder una autorización de residencia, conforme a la LOEX, pero ese tiempo no computa si procede de la solicitud de protección internacional. Desde mi perspectiva, la permanencia como un hecho que la LOEX reconoce en los diferentes supuestos de arraigo y exige como requisito en estos, no puede desaparecer por decisión reglamentaria no amparada por ley ni en jurisprudencia consolidada, ya que, la lectura extensiva de la mencionada STS 414/2024, para considerar que es aplicable a todos los arraigos cuando en realidad el Tribunal se pronunció en relación con el arraigo laboral, es muy cuestionable.

En el Dictamen del Consejo de Estado¹⁶ a propósito del nuevo reglamento de extranjería, sobre el artículo 126 se alude a la STS 24/01/24 y a las Directivas de asilo, y se reconoce la finalidad de evitar la instrumentalización del procedimiento de asilo para solicitar residencia por arraigo. Sin embargo, no se aportó, durante el período de tramitación de la mencionada norma, informes y datos que acrediten el alcance de dicha instrumentalización ni se presentaron distintas alternativas que podrían barajarse para reducir esta problemática de instrumentalización. No hay en este documento ningún comentario sobre la Disposición Transitoria Quinta.

Desde mi punto de vista, la aplicación del régimen transitorio podría suponer una discriminación entre las personas solicitantes y las personas ex-solicitantes, puesto que, se exige que conste resolución desestimatoria del procedimiento de asilo antes del 20 de mayo de 2025. De esta forma depende de la Oficina de Asilo y Refugio el hecho de que se pueda acceder a dicho régimen de residencia, o no, en función de su demora en resolver los expedientes de asilo. Puede darse la circunstancia de que los casos de asilo más fundados sean los más perjudicados por imposibilidad de cumplir en dicha

¹⁶ Consejo de Estado: dictámenes, número de expediente: 1712/2024 (Inclusión, Seguridad Social y Migraciones), procedencia: Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, asunto: proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, fecha de aprobación: 7-11-2024.

fecha, puesto que, sus expedientes tardan más en resolverse. Esta regulación parece pensada para incentivar la renuncia al procedimiento e incluso a iniciar la solicitud de protección internacional en casos manifiestamente infundados, pero también puede surtir ese efecto en casos fundados si se tiene en cuenta la significativa demora en la resolución definitiva del procedimiento de asilo. En la práctica, la falta de claridad en esta medida puede suponer una vulneración del derecho de asilo al hacer que se opte por la irregularidad y el arraigo, frente a la protección internacional.

La nota aclaratoria sobre esta Disposición¹⁷ insiste en que las personas interesadas en acogerse a este régimen deberán contar con una resolución denegatoria (de la solicitud) o desestimatoria (de cualquier tipo de recurso) firme, no es admisible el desistimiento de la solicitud de protección internacional y las personas que no reúnan las condiciones para acogerse a este régimen transitorio podrán solicitar su permiso de residencia por circunstancias excepcionales por razón de arraigo (artículos 126 y 127 RELOEX), en concreto, deberán haber permanecido en España en situación administrativa irregular durante los dos años anteriores a la presentación de dicha solicitud.

3. DOS CUESTIONES PENDIENTES ANTES Y DESPUÉS DE LA ENTRADA EN TERRITORIO ESPAÑOL: FRONTERAS E INTEGRACIÓN

El primero de los ejes de la política migratoria española es el refuerzo de las fronteras y el primero de los cuatro pilares de la nueva política de migración y asilo que el PEMA recoge es el de las fronteras exteriores seguras. El Pacto aglutina un conjunto de normas que hacen referencia a procedimientos aplicables en frontera y que habrá que implementar en el ordenamiento jurídico español.

No hay duda de que se trata de una cuestión central y problemática que supone importantes desafíos para la política migratoria española. El Pacto insiste dentro de este pilar en cuatro aspectos básicos a los que la normativa española, teniendo en cuenta la significativa situación geográfica de España como frontera exterior de la UE, tendrá que adaptarse: a) controles exhaustivos: de tal forma que las personas que no reúnan las condiciones para entrar

¹⁷ Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones; Secretaría de Estado de Migraciones, Dirección General de Gestión Migratoria, “Nota aclaratoria sobre la Disposición Transitoria Quinta” del 30-1-2025, https://www.inclusion.gob.es/documents/d/migraciones/report_250129-nota-disposicion-transitoria-quinta-rloex_oex_v2-002-1-, consultado el 21-3-2025.

en la Unión serán registradas y sometidas a exámenes de identidad, seguridad y salud; b) base de datos Eurodac sobre asilo y migración: el citado Reglamento Eurodac convierte la actual base de datos en una base de datos de asilo y migración para la identificación de toda persona que entre en la UE como solicitante de asilo y migrante en situación irregular; c) procedimiento fronterizo y retornos: este procedimiento obligatorio será de aplicación a los solicitantes de asilo que engañen a las autoridades o que presenten un riesgo para la seguridad y los retornos eficientes con apoyo a la reintegración se aplicarán a aquellos que no puedan acogerse a la protección internacional; d) protocolos de crisis y medidas contra la instrumentalización a partir del Reglamento de crisis que cuenta con apoyo operativo y financiación.

Junto a este pilar fundamental del PEMA, tres más lo complementan: los procedimientos rápidos y (pretendidamente) eficientes, con normas que intentan ser más claras, reforzar y armonizar los criterios para la concesión de protección internacional; integrar la migración en las asociaciones internacionales con la finalidad de prevenir las salidas irregulares, luchar contra el tráfico de personas, cooperar en materia de readmisión y promover una reserva de talentos de la UE que establece la primera plataforma a nivel de la UE para facilitar la contratación internacional; y articular un sistema eficaz de solidaridad y responsabilidad. Este último aspecto merece una especial referencia en la medida en que es imprescindible para un adecuado funcionamiento del SECA que hasta ahora no se ha conseguido porque se ha frenado una auténtica acción común con todas sus potencialidades¹⁸. En ese sentido, el Pacto articula un sistema de solidaridad “a la carta” puesto que los Estados de la UE pueden optar por reubicaciones, contribuciones financieras, apoyo operativo, solicitudes de deducciones o “compensaciones de responsabilidad”. Esta visión flexible de la solidaridad conduce a la fragmentación y a que las responsabilidades que asumen los Estados sean asimétricas cuando precisamente, en esta cuestión, la acción común es fundamental. Podría darse el caso de que algún Estado decida contribuir solidariamente en cualquiera de las formas previstas sin reubicar a nadie. El TJUE ya señaló, en el asunto *República Eslovaca y Hungría contra Consejo*¹⁹, que las medidas como el refuerzo de fronteras exteriores o incluso la concesión de ayuda operativa o

¹⁸ S. MORGADES GIL, *De refugiados a rechazados. El sistema Dublín y el derecho a buscar asilo en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 35.

¹⁹ Vid. asunto *República Eslovaca y Hungría contra Consejo de la Unión Europea*, C-643/15 y C-647/15, ECLI:EU:C:2017:618, apdos. 258-259.

financiera pueden ser medidas complementarias, pero no puede entenderse que constituyen una respuesta suficiente cuando la afluencia de migrantes ya se ha producido, como ocurre en el caso de la reubicación.

En realidad, la implementación de la solidaridad entre Estados en la política de asilo europea, especialmente en lo relativo a la solidaridad en la acogida ha tenido un carácter tradicionalmente excepcional. Como acertadamente apunta Arenas²⁰ es necesario pasar de un enfoque de la solidaridad intergubernamental y voluntario a otro estructural y obligatorio, diseñado como parte del acervo en materia de asilo y conforme con el proceso de integración de estas políticas. Sería imprescindible un marco estructural, predeterminado y en plena coherencia con el mandato del artículo 80 TFUE que exige ir más allá de las situaciones excepcionales, para las que ya se dispone del artículo 78.3 TFUE. Desde mi punto de vista, no se ha aprovechado este conjunto de modificaciones del sistema Dublín para fortalecer la reubicación como una medida de solidaridad básica, ya que, al establecer esa solidaridad flexible se prioriza la posibilidad de retorno. En línea con lo apuntado por la mencionada autora, la solidaridad para ser conforme con el artículo 80 TFUE debe conducir a la mayor y mejor garantía del ejercicio efectivo del derecho de asilo, facilitar el acceso al procedimiento de protección internacional y a la acogida. A pesar de los esfuerzos realizados en el PEMA, y siendo conscientes de la postura restrictiva y las reticencias por parte de algunos Estados incluso a la redacción actual, sigue faltando un enfoque basado en derechos humanos de la solidaridad en el que participen también las personas solicitantes de asilo que ha sido una de las demandas tradicionales en este ámbito²¹.

El conjunto de los elementos del PEMA están estrechamente vinculados entre sí. Cuando una persona potencial solicitante de asilo llegue a una frontera europea deberá someterse a un control previo a la entrada (screening) de identidad, salud y seguridad, que incluye el registro de datos biométricos en Eurodac y un examen preliminar de vulnerabilidad. A partir de dicha información se dirigirá a la persona al procedimiento adecuado: si no tiene necesidades de protección, se le derivará al procedimiento fronterizo de retor-

²⁰ N. ARENAS HIDALGO, "El principio de solidaridad y reparto equitativo de la responsabilidad entre Estados en la política europea de asilo: la conformación de la reubicación en un contexto de crisis", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 73/2, 2021, pp. 21-36, p. 35, <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/389>, consultado el 25-10-2024.

²¹ E. KÜÇÜK, "The Principle of Solidarity and Fairness in Sharing Responsibility: More than Window Dressing?", *European Law Journal*, vol. 22, 2016, pp. 467-468.

no; y si manifiesta voluntad de pedir asilo, se orientará su solicitud de asilo por un procedimiento en frontera, acelerado u ordinario. Desde el principio, la ficción jurídica de introducir un control previo puede tensionar derechos y suscita múltiples dudas sobre aspectos como el rol de las agencias en el procedimiento previo a la entrada o la situación de “limbo jurídico” en la que pueden quedar estas personas²².

Las personas sometidas al control en la frontera exterior no serán autorizadas a entrar en el Estado miembro hasta el final de este, y permanecerán a disposición de las autoridades en las localizaciones asignadas, para evitar el riesgo de fuga. El control cesará cuando la persona voluntariamente abandone el Estado miembro, siempre que sea aceptada en otro país. Se establece de forma obligatoria la ficción jurídica de “no entrada”, como si estas personas no hubieran estado en territorio de la UE.

Sin embargo, existen múltiples dudas, que se pusieron de manifiesto en la discusión del PEMA, y que considero que no se han despejado, puesto que dependen en buena medida de la implementación. Entre ellas, no queda claro dónde se realizan esas funciones, por ejemplo, si deben realizarse en los puestos de control fronterizos, en las zonas de tránsito o en algún lugar dentro de la multiplicación de “zonas anómalas” para la gestión del asilo²³. Si se toma en consideración la primacía del Pacto por la dimensión externa, podría surgir el interrogante de si el procedimiento puede tener lugar en el territorio de un tercer país. Tampoco queda claro cuál es el estatus legal de la persona a lo largo del procedimiento, si efectivamente queda detenido o no. Por lo tanto, la restricción o privación de libertad se somete a la discreción del Estado.

El Estado miembro que registra la solicitud de asilo debe determinar si la responsabilidad del examen es suya o si corresponde a otro Estado miembro y, en consecuencia, debe efectuarse el traslado de la persona. Los derechos de las personas sometidas a estos procedimientos pueden verse afectados si existe una situación de presión migratoria, crisis o fuerza mayor en el Estado miembro que examina los méritos de su solicitud de asilo, lo que no es nada

²² J. SANTOS VARA, *El nuevo pacto de la Unión Europea sobre migración y asilo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 46-80.

²³ G. CAMPESI, “The EU Pact on Migration and Asylum and the dangerous multiplication of ‘anomalous zones’ for migration management”, in S. CARRERA and A. GEDDES, *The EU Pact on Migration and Asylum in light of the United Nations Global Compact on Refugees*, European University Institute, San Domenico di Fiesole, 2020, pp. 195-196.

descartable en aquellos que conforman las fronteras exteriores, como ha ocurrido ya, por ejemplo, en España o Italia. En estas situaciones, los Estados afectados por esa situación de crisis podrían recurrir a la reubicación de personas solicitantes de asilo, pero también existe la posibilidad de exceptuar las garantías básicas de los procedimientos de asilo. Dada la complejidad de la normativa y los riesgos para los derechos humanos en su concreción, la fase de implementación en España hasta 2026 es esencial para reducir las dificultades de aplicación práctica y garantizar los máximos estándares de protección en la legislación española.

No cabe duda de que la política de migración y asilo es, en este momento inicial previo a la entrada en el territorio nacional, una política de seguridad y externalización de las fronteras con la que el Estado español debe armonizar su normativa interna en la medida en que incide en el SECA. A pesar de las múltiples modificaciones introducidas, persiste la tendencia, muy marcada ya en las dos últimas décadas, que vincula esta política y su normativa con la seguridad, la externalización y la criminalización. Por eso, en el contexto de la UE se recurre tanto a normas administrativas como penales. Los elementos propios de la criminalización, como son la contención, la inmovilidad y la expulsión adquieren un especial protagonismo también en el sistema de asilo y configuran una causa adicional de desprotección en las fronteras²⁴.

Especial atención requieren en las fronteras las personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad. En el plan de implementación del PEMA; en el bloque 9 se incluyen sus garantías legales, protección y monitoreo con la finalidad de asegurar derechos y garantías que asisten a las personas solicitantes de protección internacional, especialmente menores no acompañados, familias con niños y niñas, mujeres solas y madres. Los Estados deben asegurar la aplicación efectiva de los derechos y garantías relacionados con la protección internacional reconocidos en el Reglamento de Procedimientos de Asilo y la Directiva de Acogida, entre otros: el derecho a la información, al asesoramiento legal y a la asistencia jurídica, a un intérprete, el derecho a permanecer y a recurso efectivo, el derecho a la identificación temprana de necesidades especiales, a la detención como último recurso (garantía de examen individualizado y prohibición de esta medida si la salud

²⁴ G. DE LA ORDEN BOSCH, *El derecho de asilo ante la criminalización de la migración en las fronteras. Un estudio sobre el derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 84-99.

está en riesgo), además de garantías especiales para la protección de la niñez, especialmente en aquellos casos sin referentes familiares. Para supervisar su respeto y garantizar plenamente el principio de no devolución, los Estados deben establecer un mecanismo independiente de monitoreo durante el triaje y el procedimiento fronterizo que también habrá que ver cómo se articula para garantizar el funcionamiento neutral.

En estos casos, es esencial la conformidad con los principios del interés superior del menor, el principio de unidad familiar y el respeto de las necesidades de acogida particulares que puedan tener las personas menores no acompañadas en la entrada, en el sistema de acogida y en caso de reasignación o traslado de los menores no acompañados a un alojamiento diferente. Es obligación del Estado responsable asegurar que las condiciones materiales de acogida estén disponibles para todos los solicitantes de protección internacional, según el artículo 17 de la Directiva de acogida²⁵.

Una segunda cuestión pendiente en relación con las personas extranjeras que ya se encuentran en territorio español es la de la integración. Dentro de los ejes de la política migratoria del gobierno español este sería el cuarto, dentro del cual se ha anunciado la puesta en marcha de un plan de integración y convivencia intercultural. Un punto de partida que parece obvio pero que, al menos aparentemente la normativa no aborda de manera eficiente, es el hecho de que no hay integración sin regularidad, o lo que es lo mismo, sin igual reconocimiento de derechos y obligaciones. Este posicionamiento supone insistir en la idea formulada hace más de dos décadas, en la COM (2000) 757, según la cual la integración se entiende como un proceso bidireccional basado en derechos mutuos y obligaciones correspondientes a los ciudadanos de terceros países en situación legal y de la sociedad de acogida, que permite la plena participación de los inmigrantes.

La voluntad manifiesta de fomentar la inmigración regular, segura y ordenada, tal como se indica en el eje segundo, exige propiciar alternativas a las situaciones de irregularidad administrativa. Las reformas normativas más recientes se han encaminado en ese sentido. Así, el citado Real Decreto 629/2022, ya incluía en el reglamento de extranjería importantes novedades para combatir la situación de irregularidad especialmente a través del arrai-

²⁵ Vid. European Asylum Support Office, *EASO Guía acerca de las condiciones de acogida para menores no acompañados: estándares operativos e indicadores*, diciembre de 2018, <https://euaa.europa.eu/sites/default/files/Guidance-reception-unaccompanied-children-standards-and-indicators-ES.pdf>, consultado el 30-10-2024.

go. La centralidad del arraigo se mantiene en el RD 1155/2024 ahora con cinco tipos: arraigo de segunda oportunidad, sociolaboral, social, socioformativo y familiar. Las modificaciones se centran en los requisitos que se han de cumplir y las características de estas autorizaciones. Una cuestión fundamental para agilizar el acceso a este tipo de residencia es que se ha reducido el periodo de permanencia en España a dos años, excepto para el arraigo familiar, y que se habilita a trabajar a todas las personas extranjeras que sean titulares de una autorización de residencia temporal por arraigo.

Para afrontar el problema consolidado de la irregularidad sobrevenida se ha creado un nuevo arraigo de segunda oportunidad para aquellas personas que hubieran sido titulares de una autorización de residencia, y que por distintas razones no han podido renovar su autorización de residencia. En cuanto al arraigo sociolaboral exige que el solicitante tenga un contrato de trabajo en las mismas condiciones que las autorizaciones de residencia inicial y trabajo por cuenta ajena. Al arraigo social podrán acceder aquellas personas extranjeras que tengan vínculos familiares en España o que puedan justificar que están integradas en la sociedad española a través de un informe de la Comunidad Autónoma correspondiente. El arraigo socioformativo, como se analizará más adelante, permite acceder a una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales a aquellas personas que están cursando o que están matriculadas en algunas formaciones. Por último, el arraigo familiar se limita a los progenitores de ciudadanos de otro Estado miembro de la Unión Europea y Espacio Económico Europeo y Suiza. La autorización de residencia para progenitores de menores de edad de nacionalidad española se regula en el capítulo VI del título IV en el mencionado apartado de residencia temporal de familiares de personas con nacionalidad española.

Además de las autorizaciones de residencia por arraigo, se concretan las autorizaciones por circunstancias excepcionales, entre ellas, por razones humanitarias, colaboración con autoridades, seguridad nacional o interés público que también permiten regularizar la situación administrativa.

Dentro del eje cuarto de la política migratoria del gobierno español en el que se piensa en articular un plan de integración y convivencia intercultural²⁶ es imprescindible tomar en consideración e implementar plenamente el

²⁶ Una propuesta embrionaria de índice y texto preliminar del Plan sobre integración, ciudadanía y convivencia fue informada por el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes en su pleno de 17 de marzo de 2025.

Marco Estratégico de ciudadanía e inclusión, contra la xenofobia y el racismo 2023-2027, que se alinea con las políticas en el ámbito europeo y también con la normativa más reciente en materia de discriminación en el contexto español²⁷.

Este Marco, como estrategia general de inclusión, recoge, al menos en teoría, muchos de los aspectos necesarios para impulsar la integración intercultural²⁸. Una política de integración intercultural debe, también, ahondar en la idea de interseccionalidad, puesto que, esa perspectiva basa la apreciación de la desigualdad en la identificación de los prejuicios derivados de la concurrencia de dos o más causas de discriminación (y no en la comparación de situaciones), y permite ir más allá de una concepción de la igualdad de trato fundada en un test de comparación, para proponer una concepción de la igualdad de trato basada en un test de perjuicio, que si se utiliza de modo adecuado puede permitir mejorar significativamente la aplicación práctica de la igualdad de trato²⁹.

Otro de los puntos fuertes del Marco Estratégico, es el de alinearse con las directrices europeas y apostar por la gobernanza participativa y multinivel tanto en el diseño, como en la elaboración, implementación, seguimiento y evaluación. Pasetti y Cumela³⁰ tras analizar la gobernanza de participación en seis regiones españolas, concretan tres aspectos que se pueden tomar en consideración en la implementación del Marco. Así, es necesario tener en cuenta que la red de actores implicados en la gobernanza suele tomar forma

²⁷ Entre ellas, la política de cohesión de la UE 2021-2027; el Plan de Acción en materia de Integración e Inclusión para 2021-2027; el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular (2018); la Recomendación CM/Rec (2022) sobre las políticas y la gobernanza multinivel para una integración intercultural y la Recomendación CM/Rec (2015) sobre integración intercultural del Comité de Ministros del Consejo de Europa; y el Pilar Europeo de Derechos Sociales y el Instrumento de Ratificación de 2021 de la Carta Social Europea (revisada). Asimismo, en la normativa española se alinea con la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación.

²⁸ El Panel de indicadores de seguimiento del Marco Estratégico de Ciudadanía e Inclusión contra el Racismo y la Xenofobia está disponible en: <https://www.inclusion.gob.es/web/oberaxe/w/el-oberaxe-y-el-opi-publican-un-panel-de-indicadores-para-el-seguimiento-del-marco-estrategico-de-ciudadania-e-inclusion-contra-el-racismo-y-la-xenofobia-2023-2027>, consultado el 22-3-2025.

²⁹ J. F. LOUSADA AROCHENA, "Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones", *Aequalitas: revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 41, 2017, p. 33.

³⁰ F. PASETTI y C. CUMELLA, "MIPEX-R: la gobernanza de la integración en seis regiones españolas", *CIDOB briefings*, núm. 37, 2022, p. 26.

y articularse internamente en el organigrama del gobierno autonómico, más que hacia el exterior. Existe poca relación entre las diferentes CCAA y también con el asociacionismo migrante.

Un segundo aspecto que constituye un punto crítico hace referencia a la falta de un enfoque basado en la evidencia empírica para la formulación de las políticas de inmigración en general y de integración en particular. En los diferentes ámbitos, las carencias más significativas se observan en el área de vivienda y trabajo, debido a la escasez de medidas que se ajusten a las necesidades de la población migrada lo cual se suma a problemas estructurales. Por eso es fundamental articular las diferentes medidas de los instrumentos de las políticas de integración a partir de los datos que sí se conocen sobre esos ámbitos prioritarios³¹ y la integración de los estudiantes extranjeros en el sistema educativo español³².

Un tercer aspecto relevante en la gobernanza multinivel y participativa de las políticas de integración es el contexto de creciente politización de la inmigración y la proliferación del discurso racista y xenófobo, ante el cual es imprescindible el incremento de herramientas institucionales dedicadas a la lucha contra la discriminación de la población migrante.

4. TRES CLAVES DEL REGLAMENTO: EMPLEO, FORMACIÓN Y FAMILIA

Si hay una regla suprema e inamovible en la política de inmigración y la legislación de extranjería en la UE y España es la de la protección del mercado de trabajo. Posiblemente la gestión del contexto laboral es uno de los ámbitos que evidencia con mayor claridad la aproximación utilitarista al fenómeno de la inmigración en la política y la normativa española. Una de las reducciones más evidentes y constantes en las medidas destinadas a gestionar la inmigración en el espacio europeo y en el español es aquella que circunscribe la figura de la persona inmigrante a la de trabajador.

³¹ R. MAHÍA CASADO y E. MEDINA MORAL, *Informe sobre la integración de la población extranjera en el mercado laboral español*, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y OBERAXE, Madrid, 2022; y R. APARICIO GÓMEZ y D. RODRÍGUEZ AZCÁRATE, *Aproximación Empírica a la Discriminación de los Hijos de Inmigrantes en el Mercado Laboral*, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y OBERAXE, Madrid, 2022.

³² R. MAHÍA CASADO y E. MEDINA MORAL, *Informe sobre la integración de los estudiantes extranjeros en el sistema educativo español*, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y OBERAXE, Madrid, 2022.

En más de dos décadas de modificaciones normativas desde la actual LOEX, esta perspectiva laboral restrictiva de la inmigración no se ha modificado. Las diferentes reformas se han orientado a articular una migración segura, ordenada y regular, en la línea de los recientes instrumentos internacionales como, por ejemplo, el citado Pacto Mundial de Naciones Unidas. Precisamente esa necesidad de “regularidad” ha fortalecido el protagonismo del acceso al mercado de trabajo. En el fondo, la idea que subyace de manera inmutable es que las personas inmigrantes, respecto a las premisas básicas del Estado de Bienestar que implican un núcleo estable de población que comparte interdependencias e intereses respecto a las generaciones pasadas y futuras, son vistas como un potencial peligro, aunque necesario en cuanto útil. Su renta menor y su movilidad mayor respecto a la población autóctona supone una doble preocupación para esta: por una parte, siendo personas en condiciones económicas más precarias tienen más posibilidades de acudir a las prestaciones del Estado; por otra, si su estancia en el país receptor puede ser temporal pone en cuestión esa interdependencia necesaria para que el sistema funcione, aunque tampoco se puede renunciar a su presencia si se quiere equilibrar la pirámide demográfica.

Subyace, por tanto, la tensión entre la necesidad económica y demográfica de personas inmigrantes para que se incorporen al mercado de trabajo y la voluntad de preservar este para los nacionales, al menos en los ámbitos mejor remunerados. Un tercer elemento completa este binomio: la voluntad de atraer talento por los beneficios que ello conlleva. Por eso, a pesar de las modificaciones normativas, a diferentes niveles, permanecen los principios de la política migratoria española que ya enunciaba la LOEX tras la reforma de la LO 2/2009. En ellos se encuentran la ordenación de los flujos migratorios laborales de acuerdo con la situación nacional de empleo, la integración social de las personas inmigrantes, la lucha contra la inmigración irregular y las relaciones con terceros países en materia de inmigración.

Las sucesivas modificaciones en el reglamento de desarrollo han permanecido fieles a la voluntad declarada de consolidar un modelo basado en la regularidad y vinculado al mercado de trabajo. En ese sentido, la gestión colectiva de contrataciones en origen (GECCO) y el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura vienen a cumplir una función análoga a la que antaño desempeñaron los contingentes. La consideración sistemática de la situación nacional de empleo persigue un objetivo básico: cubrir las ofertas de empleo con trabajadores que ya se encuentran en el mercado de trabajo nacional y que podrían satisfacerlas con actuaciones formativas promovidas por los servicios

públicos de empleo, y recurrir a la entrada regular de personas inmigrantes solo cuando esto no sea posible (con algunas salvedades en los supuestos específicos de exención que establece el artículo 40 LOEX). Este primer tipo de inmigración es al que la normativa de extranjería presta especial atención por su volumen y porque está destinada a cubrir, desde la óptica utilitarista a la que venimos haciendo referencia, las necesidades laborales de cada momento.

La reforma llevada a cabo por el Real Decreto 629/2022, ya insistía en la necesidad de un modelo de gestión laboral de la migración que se centrara en las vías de entrada regular con fines laborales en España. Para ello, introdujo modificaciones en el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, el arraigo laboral y social, creó el arraigo para la formación, flexibilizó el acceso al trabajo por cuenta propia por parte de personas extranjeras y reformuló la GECCO³³.

El nuevo reglamento aprobado por el citado RD 1155/2024 mantiene ese espíritu de intentar consolidar vías legales de entrada y de recurrir a la migración para cubrir las carencias del mercado nacional, si bien se contemplan novedades que son reseñables. En ese sentido, una de las novedades más destacable es la relativa a los visados para búsqueda de empleo que autorizan a la persona extranjera a desplazarse al territorio español con tal finalidad durante un periodo de residencia de doce meses. Si durante este periodo se obtiene un contrato, el empleador deberá presentar una solicitud de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena en favor de la persona extranjera. Además, la eficacia de la autorización concedida estará condicionada a la posterior afiliación y alta de la persona trabajadora en la Seguridad Social.

No se trata de una autorización abierta que pueda colisionar con el férreo control del mercado de empleo, si no que está dirigida a hijos o nietos de español de origen para la búsqueda de empleo en determinadas ocupaciones y ámbitos territoriales. Esta novedad permite ir cubriendo los sectores elegidos en los que existan vacantes, de manera continua, pero no alteran la idea materialista que impera en la política de extranjería.

Como acertadamente mantiene Izquierdo³⁴ para el caso de Andalucía, pero que considero que resulta aplicable al contexto nacional, en este tipo de

³³ L. RAMOS POLEY, "El nuevo modelo de gestión laboral de la migración a partir de la reforma operada por el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 475, 2023, pp. 107-140.

³⁴ A. IZQUIERDO ESCRIBANO, *Materiales para una política inmigratoria en Andalucía. Fundamentos y tendencias*, Actualidad CENTRA Ciencias Sociales, segunda época, núm. 97, Fundación Pública Andaluza, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2022, p. 132.

inmigración falta una mejora en la cantidad y en la calidad del empleo, que es al mismo tiempo uno de los aspectos que separa a los nativos de las personas inmigrantes. Falta movilidad ocupacional ascendente, consolidación y continuidad de esa movilidad. La precariedad en el empleo se refleja también en la remuneración salarial con una brecha entre nativos e inmigrantes que se agranda, entre otros, en el caso de las mujeres extranjeras poniendo así de manifiesto también la interseccionalidad en la discriminación que sufren las personas extranjeras.

Junto a esta primera inmigración de mano de obra que se considera, sin que necesariamente lo sea, no cualificada, cuya velocidad en la concesión de las autorizaciones se ralentiza en función de la demanda del mercado de trabajo. La atracción de investigadores y personal altamente cualificado, así como la regulación de los flujos laborales que afectan a actividades en que concurren razones de interés económico, social o laboral, o a actividades docentes, de investigación o artísticas, constituyen medidas que favorecerán indudablemente la competitividad de la economía española y la internacionalización de las empresas, por eso, tienen un régimen jurídico más benévolo.

En el RD 1155/2024 se eliminan las figuras de investigación, tarjeta azul-UE y prestaciones transnacionales de servicios, que se encuentran reguladas en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, y se transpone al ordenamiento jurídico español parte de la Directiva (UE) 2021/1883 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2021, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación.

La lógica que subyace en el caso de los profesionales altamente cualificados es la contraria a la de la inmigración no cualificada. Ciertamente, en comparación con los trabajadores menos cualificados, los trabajadores altamente cualificados tienen una mayor movilidad por diferentes motivaciones e implicaciones. Como señalan Giménez y Sandulli³⁵ las características del mercado laboral y la dinámica de la aglomeración del conocimiento crean incentivos para la concentración local de ingenieros y científicos. Por ejemplo, en el caso de España su investigación evidencia lo fuertes que son los flujos de trabajadores que se trasladan de regiones menos innovadoras hacia Madrid y Barcelona. Por eso en Europa se dan dos fenómenos coexistentes:

³⁵ E. M. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ y F. D. SANDULLI, "High skilled workers mobility in Spain and Europe: motivations and implications", *UCJC Business & Society Review*, vol. 17, núm. 2, 2020, pp. 70-89.

“islas de innovación” en algunos países que atraen a la mayoría de la mano de obra altamente cualificada de ese país y “valles de innovación” formadas por regiones innovadoras interconectadas. Los resultados indican que las concentraciones regionales de ingenieros y científicos en Europa se explican por las tasas de desempleo de las regiones exportadoras de trabajadores cualificados y las mayores concentraciones de actividades innovadoras en las regiones con mayor capacidad de atracción. Igualmente puede afirmarse que las perspectivas de una futura carrera profesional, en lugar de la disparidad salarial, es el factor más importante en la concentración regional de trabajadores altamente cualificados. En la carrera competitiva a nivel mundial por la atracción de talento, que exige rapidez y flexibilidad en el acceso al mercado de trabajo, España va de la mano de las disposiciones europeas.

El segundo eje que expresamente inspira el RD1155/2024 es el de la formación. El ya derogado RD 557/2011, de 20 de abril, fue reformado el 26 de julio de 2022, por el RD 629/2022 que culminó en un período de transformaciones con sucesivas reformas del Reglamento de extranjería por la vía, primero, de la adopción de Instrucciones por las autoridades competentes del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (MISSMI), tanto para flexibilizar algunos requisitos para facilitar los procesos de reunificación familiar como también para tomar en consideración la jurisprudencia de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo sobre los requisitos a cumplir para acceder al arraigo laboral; y después por la modificación del RD 557/2011 para atender la problemática especial de los menores no acompañados y de los jóvenes extranjeros extutelados³⁶. El RD 629/2022 introdujo el arraigo en formación, ahora denominado socioformativo³⁷.

Con el arraigo socioformativo se permite acceder a esta figura a aquellas personas que ya están cursando o que están matriculadas en algunas formaciones en aras de fomentar su integración. Se exige dos años de permanencia

³⁶ E. ROJO TORRECILLA, “Inmigración y mercado de trabajo. La reforma de la normativa española en materia de extranjería”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 7, 2023, p. 42.

³⁷ Dicho arraigo alcanzó a 23.097 personas en 2023. De cada cien autorizaciones de residencia para realizar la formación solo trece consiguen la autorización de residencia tras obtener un contrato de trabajo relacionado con la formación realizada. MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES, *Memoria de análisis de impacto normativo. Proyecto de Real Decreto XX por el que se aprueba el reglamento de la ley orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, Secretaría de Estado de Migraciones, Subdirección general de Régimen jurídico, Madrid, 2024, p. 31.

continuada en España; la realización de estudios de educación secundaria postobligatoria que conduzcan a la obtención de un título reconocido o formación profesional; de una formación completa conducente a la obtención de certificados profesionales de las ofertas de formación profesional de grado C, en sus niveles 1, 2 y 3; o de una formación promovida por los Servicios Públicos de Empleo orientada al desempeño de ocupaciones de difícil cobertura; y el informe de integración social.

Se mantiene en este caso el enfoque innovador del RD 629/2022 que ya combinaba educación y empleo. Se trata de una alternativa que es útil para jóvenes y personas que buscan mejorar su empleabilidad y habilita para trabajar por cuenta ajena por un máximo de 30 horas a la semana en cómputo global, remuneradas como mínimo con el salario mínimo interprofesional o el salario establecido, en su caso, en el convenio colectivo aplicable, en el momento de la solicitud en proporción a la jornada trabajada (artículo 131 b) RELOEX)³⁸. El mercado de trabajo, en todo caso, sigue siendo una pieza fundamental en esta figura.

Persisten algunas dudas relativas a la posibilidad que contempla el artículo 127 d) RELOEX cuando señala que “en casos debidamente justificados, se podrá presentar la matrícula para una formación distinta de la prevista inicialmente, siempre y cuando, se cumpla los requisitos de la formación referida en el párrafo anterior”. No se especifica la naturaleza de dichos casos debidamente justificados, ni cuándo se entienden como tales, por ejemplo, si obedece a cuestiones como que no exista plaza en el centro, que no se inicie el curso u otros.

El mismo precepto continúa señalando que “podrán solicitar una autorización de residencia temporal por arraigo socioformativo, las personas extranjeras que se comprometan a realizar una formación promovida por los Servicios Públicos de Empleo en España y orientada al desempeño de ocupaciones incluidas en el Catálogo al que se refiere el artículo 75.1. (...) Junto a los anteriores requisitos se exigirá un informe de integración social en España en los términos previstos en el apartado c) de este artículo”. No queda claro qué tipo de formación es esa que será promovida y si incluye aquella que los Servicios Públicos de Empleo reconocen como oficial, aunque no tengan la iniciativa organizativa. Además, surge la duda de si los cursos del SEPE orientados al artículo 75.1 RELOEX tendrán que ser cursos

³⁸ J. M^a. PEY GONZÁLEZ, “Los arraigos tras la última reforma del Reglamento de Extranjería (RD 629/2022)”, *Diario La Ley*, n^o 10153, Sección Tribuna, 19 de octubre de 2022.

completos de formación profesional o se permitirá microcredenciales en caso de que sean emitidas por el SEPE y encuadradas en los sectores incluidos en el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura. Respecto al informe que es preceptivo, no se señala si en los cursos que se exigen para dicho informe se tendrá en cuenta solo los cursos descritos en el artículo 127 d) RELOEX, o se admitirá otros cursos u otras formas de acreditar el esfuerzo de integración. De cómo se resuelvan esta y otras dudas en la normativa de desarrollo dependerá la viabilidad y la verdadera utilidad de este arraigo socioformativo como una alternativa más que permita combatir la irregularidad.

En cuanto al tercer eje, el relativo a la familia, el nuevo reglamento introduce importantes cambios en el ámbito de la residencia temporal por reagrupación familiar y trabajo. En la residencia temporal por reagrupación familiar se clarifican los miembros de la familia que pueden reagruparse; se regulan los requisitos exigidos, especialmente los referidos a recursos y vivienda; se establecen los supuestos en que esta autorización habilitará para trabajar sin necesidad de realización de más trámites administrativos; y se modifica el periodo de convivencia requerido para la autorización de residencia y trabajo independiente para el cónyuge o pareja de la persona reagrupante.

Igualmente, se ofrece respuesta a la cuestión del régimen jurídico de los familiares de personas con nacionalidad española que, cabe recordar, no son en todos los casos españoles por el mero hecho de esa relación. En el ya mencionado RD 629/2022, se amplió la figura del arraigo familiar a aquellas personas que, estando en España, tuvieran un vínculo con un ciudadano español como cónyuge, pareja de hecho acreditada, ascendientes o descendientes. El RD 1155/2024 regula el estatuto de familiar de personas con nacionalidad española de forma específica, dejando la figura de arraigo familiar para regular los supuestos de progenitores de ciudadanos comunitarios.

En la aplicación inmediata de estas nuevas previsiones tienen especial relevancia las Disposiciones Transitorias Tercera y Cuarta del RD 1155/2024 por las dudas interpretativas que plantean. Por lo que se refiere a la Disposición Transitoria Tercera surge la pregunta de si esa referencia que hace a la posibilidad de que las personas extranjeras en estos casos “conservarán la residencia mientras cumplan las condiciones del capítulo VII del título IV, sin que sea necesario presentar la solicitud de autorización de residencia temporal de familiares de personas con nacionalidad española” debe entenderse, o no, como una comprobación de oficio del cumplimiento de los requisitos de la residencia como familiar de persona con nacionalidad espa-

ñola. En caso de que no lo fuera habría que arbitrar de manera explícita el procedimiento a seguir.

En cuanto a la Disposición Transitoria Cuarta queda la incertidumbre respecto a los descendientes en relación con el artículo 94.1 d) RELOEX de si estando en territorio español con veintiséis años el 20 de noviembre de 2024 y cumplen veintisiete antes del 20 de mayo de 2025, se les exigirá demostrar el requisito de estar a cargo. En el mismo sentido, respecto a los ascendientes, a tenor del artículo 94.1 e), en conjunción con el 196.5 RELOEX, que se encuentren en territorio español menores de ochenta años después de la fecha de publicación del 20 de noviembre de 2024 y presenten solicitud sin resolver después del 20 de mayo de 2025 ¿se les exigirá demostrar estar a cargo? La actuación de oficio en estos casos permitiría agilizar este tránsito a la nueva regulación reglamentaria.

5. CONCLUSIONES

Todos los instrumentos a nivel internacional, europeo y nacional a los que se ha hecho referencia, en los que se menciona la gestión de la política migratoria y de asilo, aluden al enfoque basado en derechos humanos como una perspectiva esencial. Sin embargo, persiste desde dicha visión la brecha entre el diseño de la política y la normativa y su efectiva implementación. En este punto, es imprescindible insistir, como elemento obvio e inicial de dicho enfoque, en las obligaciones de los Estados en lo relativo a respetar, proteger, garantizar y promover. En especial la obligación de garantizar o cumplir conlleva que los Estados deben adoptar medidas positivas para asegurar que los derechos humanos puedan ser ejercidos. Por eso, a los Estados les corresponde crear las condiciones jurídicas, institucionales y de procedimiento que los titulares de derechos necesitan para poder ejercer sus derechos y disfrutar plenamente de ellos. Esta dimensión es esencial en la implementación del PEMA, y también en la normativa española que se desprenderá del Pacto en la que ya se alinea el RELOEX.

El enfoque basado en derechos humanos es un punto de partida como elemento transformador para garantizar dichos derechos en la práctica. Supone un avance en la construcción de los programas de política pública, en tanto que pone como centro del diseño, la implementación y la evaluación a las personas que son las titulares de los derechos. Además, representa un aporte de carácter sustantivo para los contenidos de las políticas públicas

que ponen énfasis en las obligaciones estatales, consagrándose estas como directrices de contenido, de tal forma que las políticas públicas se vislumbran como medios o mecanismos de garantía de satisfacción de derechos, y no solo como mecanismos para la solución de problemas y demandas insatisfechas³⁹.

Como elemento transversal en los cinco ejes de la política migratoria española y en la implementación del PEMA que como Estado de la UE le corresponde a España a nivel nacional, hay que priorizar el enfoque basado en derechos humanos como instrumento metodológico y criterio ético para el desarrollo y aplicación de la política pública de migración y asilo lo que implica⁴⁰:

1. Acotar la política pública, identificando y comprendiendo el problema público que dicha política resolverá y la alternativa de solución seleccionada.
2. Delimitar el derecho a partir de los estándares nacionales e internacionales en los que se encuentran reconocidos, de la definición de los derechos que se garantizan y de la identificación mínima de sus contenidos (siempre teniendo en cuenta la disponibilidad, la accesibilidad, la calidad y la adaptabilidad).
3. Identificar las obligaciones estatales de respetar, proteger, garantizar y promover.
4. Verificar los principios transversales (entre ellos el principio de igualdad y no discriminación, de progresividad y no regresividad; de participación ciudadana en la toma de decisiones; de transparencia y rendición de cuentas).
5. Establecer los contenidos específicos para verificar el enfoque basado en derechos humanos en la política pública (como son la arquitectura institucional, las políticas y estrategias, y los programas y proyectos).

Un segundo desafío que afrontar en la política migratoria española, de manera inaplazable, es el relativo al fortalecimiento de la protección inter-

³⁹ A. M. CHÍPULI-CASTILLO y K. N. MARTÍNEZ-MEZA, "Enfoque de derechos humanos, garantía y políticas públicas: conceptos y teoría", *UVSera*, núm. 12, octubre 2021 - marzo 2022, p. 220, <https://uoversa.uv.mx/index.php/Uoversa/article/view/2804>, consultado el 5-11-2024.

⁴⁰ C. A. ALZA BARCO, "El Enfoque basado en Derechos ¿Qué es y cómo se aplica a las políticas públicas?", cit., p. 60, <https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/5139291b-edf7-412b-ba98-17ab8a39f72a/content>, consultado el 1-10-2024.

nacional, para evitar que se continúe con lo que, desde mi punto de vista, puede considerarse como un vaciamiento del derecho de asilo. Es imprescindible buscar un equilibrio entre los dos elementos que vertebran el primer eje de la política migratoria española: el refuerzo de las fronteras y el sistema de acogida.

La importancia del enfoque basado en derechos humanos se intensifica si se toma en consideración la preocupación a nivel europeo por asegurar la seguridad fronteriza y luchar contra las amenazas híbridas. La UE prioriza diferentes acciones encaminadas a reforzar la capacidad de sus países para oponerse a esta amenaza híbrida y reforzar la seguridad en las fronteras exteriores. Entre ellas, está la de identificar los desafíos en las fronteras terrestres exteriores de la UE con Rusia y Bielorrusia y la amenaza a la seguridad de la UE con la finalidad de evitar que Rusia y Bielorrusia utilicen los principios y valores europeos, incluido el derecho de asilo, contra la UE. Se pretende, igualmente, reforzar la respuesta política y el apoyo operativo de la UE, con medidas contra el uso de los migrantes como armas en Finlandia, Letonia, Lituania y Polonia. Otra prioridad es establecer el contexto jurídico especialmente en los países de la UE que están obligados legalmente a proteger las fronteras exteriores de la UE, de tal forma que se respeten los derechos fundamentales y el principio de no devolución si bien, ante la actual amenaza híbrida, y de conformidad con los Tratados de la UE, los países de la UE pueden adoptar medidas nacionales (que en todo caso han de ser excepcionales, temporales, proporcionadas y para supuestos claramente definidos) que puedan afectar a tales derechos, entre ellos, el de asilo. Dichas medidas deben incrementar la cooperación entre los Estados de la UE para garantizar la coherencia y la eficacia de cualquier acción relacionada⁴¹.

En este contexto además de vigilar que no se desmantele o deje de ser sostenible el sistema de acogida, es esencial atender a la situación de personas especialmente vulnerables, entre ellas, los menores extranjeros no acompañados. No cabe duda de que, en el caso de España, la situación álgida de Canarias, como lo fue y lo sigue siendo también la de Ceuta, re-

⁴¹ European Commission (Directorate-General for Communication), *Commission proposes measures to strengthen border security and counter hybrid threats*, 11 December 2024, https://commission.europa.eu/news/commission-proposes-measures-strengthen-border-security-and-counter-hybrid-threats-2024-12-11_en, consultado el 12-12-2024.

quieren de una actuación inmediata y contundente⁴². Entre otras cuestiones, sigue pendiente la creación de un procedimiento de determinación de la edad que sea holístico y no solo físico, tal y como estaba previsto en la Disposición Final Vigésima Cuarta de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, de acuerdo con las resoluciones del Comité de Derechos del Niño, para garantizar la prevalencia del interés superior del menor, sus derechos y su dignidad.

En ese sentido, la implementación del PEMA debe atender a la situación específica de estos menores. Aunque en la redacción del Pacto se insiste en principios básicos en el ámbito de la infancia, como el mencionado principio del interés superior del menor, las previsiones que se establece no son siempre compatibles con dicho principio. En ese sentido, cuando se produzca la implementación hay que atender a la posibilidad de privación de libertad que contempla el Reglamento de triaje, el Reglamento del procedimiento fronterizo, y la Directiva de condiciones de acogida. A priori, dicho interés superior como principio rector supone, por una parte, una directriz para la formulación de políticas públicas respetuosas con la infancia en todas sus dimensiones, también la migratoria. Y, por otra parte, una garantía para asegurar que se priorizan los derechos de la infancia, tanto en la interpretación de las normas como en las actuaciones de las autoridades e instituciones públicas y privadas y los progenitores, y en la de resolución de conflictos jurídicos. Esta perspectiva no es fácilmente compatible con la privación de libertad.

Además, ese mismo principio debe imperar, de acuerdo con las disposiciones internacionales, en otros casos que la implementación del PEMA deberá clarificar las condiciones bajo las cuales se realizarán los retornos de los menores cuando correspondan y en las que se encontrará estos al llegar al país de destino. Igualmente, me parecen preocupantes algunas alusiones a la edad que se realizan en diferentes disposiciones del PEMA, por ejemplo, sería recomendable que la recolección de datos biométricos de menores de 14 años se planteara únicamente cuando sea absolutamente necesario para garantizar su identidad, su seguridad, o su integridad y sin que exista en ningún caso la posibilidad de coerción. Para que estas y otras exigencias se

⁴² Real Decreto-ley 2/2025, de 18 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes para la garantía del interés superior de la infancia y la adolescencia ante situaciones de contingencias migratorias extraordinarias, BOE de 19 de marzo de 2025.

cumplan es necesario que el representante del menor al que se refieren las normas del Pacto sea un letrado del turno de guardia con formación específica que le permita actuar para que se garantice el interés superior del menor. La implementación en el caso de España no puede obviar estas necesidades.

Por otra parte, no cabe duda de que la piedra angular de la política migratoria va a seguir siendo el mercado de trabajo, que como se ha visto es también una variable que determina, aunque sea indirectamente, el tránsito del régimen de protección internacional al de extranjería a través del arraigo, ya que, la restricción que ahora se hace general comenzó por el arraigo laboral. Si no se resuelven los múltiples interrogantes a los que se ha hecho referencia para favorecer que la situación de “tolerancia” sea computada como estancia a efectos del arraigo, no puede afirmarse que el enfoque de derechos humanos esté presente en el RD 1155/2024 porque se dificulta el acceso a la regularidad.

Un asunto fundamental, transversal a los cuatro tipos de arraigo, es la necesidad de un correcto funcionamiento del padrón municipal como mecanismo para acreditar la permanencia continuada en España. No se trata de un tema nuevo, sin embargo, siguen siendo manifiestas las deficiencias prácticas⁴³. En ese sentido, es fundamental insistir en la Resolución de 29 de abril de 2020⁴⁴ en la que se recuerda que el criterio general para la inscripción padronal es que se debe presentar un documento en vigor expedido por las autoridades españolas (preferentemente la tarjeta de identidad de extranjero) en el que figura el número de identificación de extranjero y, en el caso de no disponer de tarjeta de identidad de extranjero, se consignará el número del pasaporte. El objetivo de exigir esta documentación identificativa al solicitar la inscripción en el padrón es exclusivamente comprobar que los datos de identificación (nombre, apellidos, número del documento, nacionalidad, sexo y lugar y fecha de nacimiento) son correctos, con independencia de la situación legal del extranjero en España.

⁴³ Vid. A. MORA CASTRO (dir.), *Informe jurídico-social sobre la situación de las personas inmigrantes en la Comunitat Valenciana*, Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de València y Vicepresidència i Conselleria d'Igualtat i Polítiques Públiques Inclusives de la Generalitat Valenciana, Valencia, 2018.

⁴⁴ Resolución de 29 de abril de 2020, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución de 17 de febrero de 2020, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Autonómica y Local, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre la gestión del Padrón municipal, BOE nº 122, de 2 de mayo de 2020.

En la dimensión laboral de la inmigración considero que hay que prestar atención, también, a la calidad del empleo no solo a la cantidad. Como acertadamente advierte Izquierdo⁴⁵ las consecuencias más probables de una “relativa igualación laboral por abajo” entre autóctonos y foráneos, al estar cerca en el espacio de la precariedad laboral, puede empujar a los nativos hacia el recelo, el rechazo, la xenofobia y la exclusión respecto de las personas inmigrantes y ahondar en la visión populista que las presenta como el chico expiatorio de múltiples problemas. De momento, la ventaja de los nativos aún reside en la remuneración (brecha salarial) y en el reparto de los beneficios del Estado de bienestar, pero esa situación también genera problemas.

En este escenario, el mencionado autor recomienda oportunamente actuar sobre el nivel formativo (idioma, titulación y reconocimiento de la experiencia laboral) de los inmigrantes, con un reconocimiento oficial y formal. Esta cuestión enlaza con esa voluntad manifiesta del gobierno español de agilizar la homologación de títulos, que necesariamente debe combinarse con el impacto en el mercado y la población autóctona. Además, propone otras dos medidas: una selección de los inmigrantes por estudios y ayudar a elevar la formación profesional de los que ya se han establecido; e implicar, paso a paso, a los empleadores en la selección, formación y reconocimiento de las habilidades prácticas y de los saberes derivados de la experiencia laboral que desarrollaron en los países de los que proceden. Desde un enfoque de derechos humanos, estas recomendables medidas exigen un necesario esfuerzo gubernamental para fortalecer la igualdad material como principio y valor de la política y la normativa de inmigración y extranjería.

La integración es un quinto elemento esencial en los ejes de la política europea y española migratoria. Para impulsar el Marco Estratégico al que se ha hecho referencia y el anunciado plan de integración y convivencia intercultural, hacen falta estrategias de integración para la inclusión desde el enfoque basado en derechos humanos que se ha mantenido en este trabajo. Ello supone comenzar por asumir que la integración debe conllevar la necesidad de combatir la asimetría, impulsar la bidireccionalidad y fomentar la multidimensionalidad. La asimetría hace referencia a la desigual situación en la que se encuentran cada una de las partes en el proceso de integración. Dicha asimetría supone que los contextos de recepción pueden ser favorables, neutrales o desfavorables, pero subyace un denominador común de

⁴⁵ A. IZQUIERDO ESCRIBANO, *Materiales para una política inmigratoria en Andalucía. Fundamentos y tendencias*, cit., p. 133.

desigualdad estructural existente entre la persona inmigrante, por una parte, y la sociedad y el marco institucional por otra, esa desigualdad es la que se debe combatir con la inclusión. El proceso de integración se pretende que sea bidireccional entre las personas inmigrantes y la sociedad receptora, y a la inversa. Por último, la multidimensionalidad apela a la exigencia de tener en cuenta en la política de integración múltiples variables, como las ya apuntadas anteriormente, entre las que se incluyen las relaciones intergubernamentales, las redes de actores y la transversalidad, en la medida en que la integración afecta a todos los sectores públicos.

Esta perspectiva es necesaria para poder combatir las situaciones de discriminación, xenofobia y racismo que muchas veces sufren las personas migrantes. Como se ha señalado desde Naciones Unidas⁴⁶ suele asociarse crisis económica, medidas de austeridad, mayor desigualdad y discriminación. Así, es patente “la relación directa entre el aumento de la disparidad económica y el crecimiento de los partidos populistas y xenófobos”, siendo los migrantes, los refugiados y otros no nacionales considerados, a menudo, como el chivo expiatorio al que se hace responsable de esa situación de recesión del orden neoliberal cuando en realidad, como las personas autóctonas, son víctimas de ella.

En el ámbito español las estrategias de integración requieren, además, de la cooperación multinivel. La falta de un diálogo estructurado y permanente, tanto a nivel político como técnico entre las distintas administraciones implicadas, que constituye una de las principales debilidades del sistema de gobernanza migratorio español⁴⁷, se acentúa en materia de integración, puesto que, muchas de las medidas directamente conectadas con políticas inclusivas dependen de las competencias transferidas a las CCAA. Por ello, es imprescindible, además de evitar que la política migratoria sea un tema de confrontación política permanente, potenciar que todos los niveles de gobernanza (europeo, nacional, macrorregional, transfronterizo, regional y local)

⁴⁶ NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, elaborado en cumplimiento de la resolución 34/35 del Consejo de Derechos Humanos*, A/HRC/35/41, de 9 de mayo de 2017, párrafo 48.

⁴⁷ G. PINYOL JIMÉNEZ y M. PÉREZ RAMÍREZ, *La inmigración en España hoy. Reflexiones más allá de la pandemia*, Documento de trabajo nº 213, Fundación Alternativas y Fundación FundiPAX-Iniciativas para la paz, 2022, <https://fundacionalternativas.org/publicaciones/la-inmigracion-en-espana-hoy-reflexiones-mas-alla-de-la-pandemia/>, consultado el 15-9-2024.

se impliquen en el diseño y la ejecución de las estrategias de integración, con la finalidad de maximizar la eficacia de las actuaciones.

Habida cuenta tanto de la importancia como de la complejidad de la implementación del PEMA y del impacto que este tendrá en la legislación de extranjería y asilo de los Estados miembros, como muestra el ejemplo del RELOEX, es imprescindible prestar atención, desde una perspectiva crítica-constructiva, al abordaje desde la política española de los actuales retos sin sacrificar el enfoque basado en derechos humanos.

ÁNGELES SOLANES CORELLA
Dept. Filosofía del Derecho y Política
Facultat de Dret
Universitat de València.
Avd. Tarongers S/N
46022 Valencia
e-mail: Angeles.Solanes@uv.es

RECENSIONES

**Fernando H. LLANO ALONSO, *Homo Ex Machina.*
Ética de la inteligencia artificial y Derecho digital
ante el horizonte de la singularidad tecnológica,
Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 248 pp.**

MIGLE LAUKYTE
Universitat Pompeu Fabra

Palabras clave: inteligencia artificial, ética, filosofía del Derecho, algoritmos, sesgos, discriminación, transhumanismo
Keywords: artificial intelligence, ethics, legal philosophy, algorithms, bias, discrimination, transhumanism

Hace más de cuatro años tuve la oportunidad de escribir la recensión de otro libro del Prof. Fernando H. Llano Alonso, bajo el título “Homo Excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo” (Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 238 pp.). Ahora, con *Homo Ex Machina*, tengo entre las manos ya su segundo libro, en lo que espero represente un inicio de una serie sobre la temática de los avances tecnológicos, humanismo, Derecho y ética. No diré nada más sobre la relación entre estos dos libros, ya que el Prof. Stefano Pietropaoli –quien al escribir el *Prólogo* finaliza con una bella frase al llamar a este libro “una bandera que ondea con orgullo al duro viento de [...] campo de batalla [de la lucha por la dignidad humana]”–explica perfectamente la relación entre las dos monografías. Me limito a observar que uno de los muchos filós que entrelazan el pensamiento entre los dos libros es la presencia del pensamiento de José Ortega y Gasset (1883-1955) y sus ideas, como, por ejemplo, la del ser humano como centauro ontológico. El centauro ontológico es humano si y solo si existe la técnica que le permite crearse su mundo en paralelo a la naturaleza: mundo tecnológico, por lo tanto, es la dimensión alternativa, otra realidad donde escapamos, donde nos realizamos, donde nos expresamos y exploramos. Esta idea como ninguna otra nos lleva a entender mejor no solo la continua relevancia del pensamiento de José Ortega

y Gasset, sino también sus reverberaciones en los pensadores y filósofos (del Derecho) contemporáneos, que tienen que enfrentarse y dar sentido a los nuevos retos, responder a unas nuevas preguntas y situar la nueva realidad de este mundo paralelo en el contexto de la actualidad.

Dicho esto y tornando al libro en cuestión –libro *Homo Ex Macchina*– Fernando H. Llano Alonso demuestra una y otra vez su profundo conocimiento del desarrollo del pensamiento humano, tanto antiguo como contemporáneo, tanto mundial como nacional, tanto filosófico como filosófico-jurídico. Además, brilla por su habilidad para conectar este pensamiento –situarlo, enlazarlo o, mejor dicho, enraizarlo– con la actualidad tecnológica, evidenciando que lo que vivimos no es algo que nos ha pasado de un día para otro (como parece ser, por ejemplo, en el caso de la Inteligencia Artificial (IA), que explotó con la IA generativa, pero que ya estuvimos observando y analizando desde el siglo pasado), sino que es una natural continuación de la conversación entre ciencias naturales, ciencias exactas y las humanidades, entre los avances tecnológicos y los valores humanos, entre lo que somos, lo que nos hacen creer que somos y lo que queremos ser.

Este libro es también un *J'accuse...*! elegante contra lo que el autor mismo llama “la revolución pedagógica, mercadotécnica y científico-tecnológica,” que busca sustituir “contenidos cognitivos por sus contenedores” (pp. 29-30) en nuestras universidades. Esta realidad que estamos viviendo en tiempo real y a la que muchos intentamos oponer resistencia en las instituciones de educación. Parece que algo se está moviendo ya: “los contenedores” finalmente se ponen en duda. Obviamente, el Derecho tampoco se salva de estas dinámicas del mercado y disrupción tecnológica, pero dichas dinámicas son peligrosas solo si no son acompañadas por los ideales del humanismo: parafraseando a Pinker (2018), citado por el autor, este acompañamiento es lo que nos ayuda a distinguir entre progreso de la humanidad del dominio de la misma. En la versión en la que la humanidad viene dominada por la tecnología, no hay sitio para los humanos, ni para sus valores, y de consecuencia tampoco para el Derecho.

Por lo tanto, estamos frente a un libro que argumenta –entre muchas otras cosas– que para tratar los avances tecnológicos en la manera que no perjudique la humanidad tenemos que reforzar la relación entre las humanidades (la ética, la filosofía, la literatura, ...) y el Derecho. Es decir, que la tecnología en sí no soluciona problemas ni es la respuesta, sino que el ser humano necesita más herramientas-y algunas ya las tiene dentro, es decir

su creatividad, su empatía, su humanidad, compasión, sus valores, sus sentimientos, su vulnerabilidad-para tomar las decisiones sobre el futuro sea cual sea el ámbito de sus decisiones. Y en esta tarea tan compleja, donde se contraponen y se enfrentan tantos poderes y muchos intereses, el Derecho, con sus garantías, valores, principios, es esencial.

El autor dice que el objetivo de este libro es una teoría alternativa al iustecnicismo y la verdad es que es un libro que aboga por el humanismo tecnológico donde ambas partes –avance tecnológico e ideas humanistas– se encuentran y encajan, y además crean un terreno fértil para un nuevo Derecho, abierto a otras disciplinas y conocimientos y, gracias a esta abertura, se encuentra listo y preparado para afrontar los retos de las sociedades contemporáneas.

La obra está organizada en 6 capítulos y cada uno se merece una recensión más detallada porque cada uno lleva ideas con las que uno puede estar más o menos de acuerdo, pero todas son merecedoras de atención y consideración. Seguramente muchas de las ideas son conocidas a los que estén familiarizados con estos temas desde hace algún tiempo, pero no se puede prescindir del papel educativo y divulgativo de este libro: muchos aún no están plenamente al corriente del vasto abanico de cuestiones que trata este libro, ni están preparados para razonar críticamente sobre las mismas.

El autor divide los capítulos de la siguiente forma. Los capítulos relativos a la Ética (capítulo 1 y 3), al Derecho (2 y 4) y a la Política (5 y 6) si bien estas distinciones son más bien declarativas: estos temas se solapan, se sobreponen, se funden y lo hacen aún más cuando se trata del campo de tecnologías disruptivas que tan fuertemente han desestabilizado la vida humana.

En el Capítulo 1 *“Singularidad tecnológica, Metaverso e identidad personal: del Homo Faber al Novo Homo Ludens”*, Fernando H. Llano pone el enfoque en la identidad personal y la sitúa dentro de los avances neurocientíficos, que más que cualquier otra tecnología cuestiona la esencia humana: al final, es en el cerebro y no en ningún otro sitio, donde nace, se desarrolla y se muere la identidad de cada uno de nosotros. Para resguardar en alguna manera este proceso creativo-evolutivo de la identidad individual, hemos llegado a hablar de los neuroderechos y, en particular, de la protección del derecho a la identidad mental como una nueva versión de (o continuación del ya existente) derecho a la identidad personal.

Los matices de la identidad personal –atención a no confundirla con la identidad humana (la diferencia explicada por Rafael de Asís en la nota a pie

de página 2)– se descubren a través de un abanico de nuevos derechos digitales relacionados con el espacio virtual. Dichos derechos digitales muchas veces son reducidos erróneamente a los derechos de la privacidad y protección de datos, pero son muchos más. Lo podemos leer en la normativa de protección de datos española, dedicada a la “protección de datos y garantía de los derechos digitales” y también la “Carta de Derechos Digitales” adoptada por primera vez por España y un poco más tarde también en la UE bajo el título “La Declaración sobre los Derechos y Principios Digitales” donde la UE se compromete con (entre otras cosas) “velar porque se ofrezca a las personas que viven en la UE la posibilidad de una identidad digital accesible, voluntaria, segura y fiable que proporcione acceso a una amplia gama de servicios en línea”.

Fernando H. Llano Alonso parece estar de acuerdo con los derechos digitales (y la identidad digital), pero mucho más reacio a incluir entre los mismos los neuroderechos. Entre los entusiastas y los críticos a esta sugerencia de ampliar la lista de los derechos humanos e incluir una nueva categoría, el autor de este libro parece estar más con los críticos, si bien es verdad que deja la puerta abierta (en línea con la tradición filosófico-jurídica del Prof. Antonio Enrique Pérez Luño quien en 1993 decía en esta misma revista que “Una concepción generacional de los derechos humanos implica, en suma, reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada. Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamenten nuevos derechos”)¹.

La verdad es que tenemos que tener en cuenta el escenario en que los avances tecnológicos no nos ofrecerán esta posibilidad de nuevos derechos, sino que nos empujarán a exigirla: si hoy hablamos de posibilidad y oportunidad de expandir el listado (con todas las consecuencias negativas que esto podría conllevar a los derechos ya existentes), el día de mañana podremos encontrarnos en una situación de la urgente necesidad de tenerlos y –lo más importante cuando hablamos de derechos– disponer de herramientas para hacerlos reales tanto en el mundo físico, como en el digital.

El interesante pasaje que se hace en este capítulo aviene entre la identidad personal y el ensimismamiento y la autoconciencia como actos de la liberación humana de las cosas y los ruidos del mundo. Contrasta con esta

¹ A.E. PÉREZ LUÑO, “El concepto de los derechos humanos y su problemática actual”, *Derechos y Libertades*, núm 1, 1993. pp. 179-198.

visión, pues, la visión del Metaverso como realidad que absorbe todo, identidad humana incluida. En este contexto del Metaverso, que representa la versión nueva de la realidad, la identidad humana se fragmenta y es por eso que, si bien otros neuroderechos pueden ser puestos en duda, el neuroderecho de la identidad mental parece ser el más importante y urgente para garantizar. El Metaverso aún no ha desplegado con toda la fuerza, pero cuando lo haga –y ya hemos aprendido con la IA generativa que esto puede pasar de un día para otro– con sus avatares y (como los llama el autor) “no-cosas” podría ya ser tarde. Podría ser tarde, porque el mundo virtual siempre influye más sobre el mundo real: lo diseña, lo moldea, a veces parece que lo come y lo escupe en una nueva versión, más pobre, más limitada, más algorítmica y menos crítica. Redes sociales, criptomonedas, ... son solo algunos de los ejemplos de estas dinámicas: en el mundo del Derecho, por ejemplo, esto se refleja en la presencia de los contratos autoejecutables, siendo así que, en sentido jurídico de contratos tienen más bien el nombre pero no la esencia de encuentro de voluntades.

Lo más importante es que no somos del todo conscientes de que lo que antes considerábamos ser un espacio digital, es decir un lugar, una zona, ya no es solo un espacio, sino que es un espacio con otras entidades (avatares, robots, agentes, etc.) y nuestra tarea es situar el ser humano en este espacio y entre estas entidades sin que el ser humano pierda su esencia, que es su identidad personal y humana. Al final, todo se reduce a la pregunta un poco Hamletiana de si el papel del ser humano es el papel de objeto o de sujeto.

El Capítulo 2 “*Justicia digital, algoritmos y Derecho: de la predictibilidad del Big Data al mito del juez-robot*” nos lleva directamente a hablar de la justicia, o, mejor dicho, de Derecho a través del sistema de la justicia y su compleja relación con la IA. Hay que notar que este capítulo enfoca sobre todo en la IA predictiva –el autor aquí se refiere a la justicia predictiva que “reduce el Derecho a un pronóstico de un resultado cierto”– y su hipotético impacto sobre el sistema de la justicia, y sobre todo acerca del trabajo y del papel del juez (humano).

Es interesante observar cómo la posibilidad de sustituir al juez con un sistema de IA nos empuja a hacernos preguntas que a veces van más allá del sistema de la justicia: ¿dichas preguntas se quedarían sin formular, sino fuera por la IA? Sin duda esta necesidad que tenemos de hacernos preguntas esenciales sobre la sociedad, sus instituciones, estructuras, principios y valores, papeles y responsabilidades cada vez que nos encontramos ante un

nuevo avance tecnológico que promete irrumpir nuestra realidad (jurídica, económica, etc.) conocida, está entre los mejores efectos secundarios de toda la revolución digital. El problema verdadero se presenta cuando, si bien nos hemos formulado las preguntas, no trasferimos estas reflexiones en el diseño y despliegue de la tecnología, sobre todo cuando se tratan de unos sectores tan sensibles como la justicia.

Dicho esto, es también verdad que ninguna profesión jurídica –ni abogado, ni procurador, ni el fiscal, por nombrar algunas– haya sido sustituida tantas veces (por lo menos a nivel hipotético) por IA como el juez. La pregunta de por qué eso es así merecería un trabajo de investigación aparte: ¿no sería más fácil sustituir al fiscal? ¿Por qué enfocar al juez? La respuesta podría ser que sustituir el juez-última autoridad en el proceso para tomar las decisiones-es mucho más complicado que sustituir cualquier otro profesional de Derecho y, por lo tanto, una vez encontrada manera de hacerlo con el quien es más complicado, sería todo mucho más fácil con los restantes profesionales jurídicos. No sé si esta hipótesis mía es correcta, pero es obvio que la tarea del juez representa sin duda el reto más desafiante para la IA (y para los que la desarrollan): el trabajo de “hacer justicia” para las partes del juicio² es la llave para muchas otras tareas en distintas áreas de la actividad humana, pero por encima de esto, también hacer justicia se basa en tener la confianza de la sociedad. ¿Si la IA un día la llega a tener en cuestiones tan fundamentales, podremos decir que nos ha conquistado al cien por cien?

Sea cual sea la respuesta a esta pregunta, Fernando H. Llano dedica una parte considerable del segundo capítulo a tratar la diferencia entre la justicia de los algoritmos predictivos (justicia predictiva) y la justicia basada en reglas y principios. Sin duda, el autor está más en favor de esta última (basada en principios y reglas), mientras vea la primera como una herramienta para la “desinstitucionalización del derecho y la deshumanización de la Justicia en aras de un solucionismo tecnológico que nos asegura la certeza o la precisión de los resultados” (p. 85). En este sentido, Fernando H. Llano se une a una corriente de los pensadores fuertemente críticos con el tecno-solucionismo como única y mejor solución a los problemas complejos, sean estos de naturaleza económica, política, social, ambiental o, como en nuestro caso, jurídica. Hemos visto fallos de esta visión en Internet gracias al trabajo de

² D’AMATO, “On the Connection Between Law and Justice”. *Faculty Working Papers. Paper 2*, 2011 <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/2>

Evgeny Morozov³. Parece que tenemos dificultades abandonar esta visión: desde Internet-centrismo hemos pasado a la IA-centrismo y en este capítulo tenemos la explicación de cómo el techno-solucionismo se aplicaría en el ámbito judicial, donde la realidad ya no es la que es, sino sustituida por una recreada artificialmente y, por cierto, llena de falsas certezas.

Fernando H. Llano argumenta su oposición a la justicia predictiva a través de los principios de transparencia, la legalidad, la causalidad (sustituida en el mundo algorítmico por la correlación) entre otros, pero también subraya que lo que de verdad nos ayudará a entender la coexistencia entre los avances tecnológicos y el Derecho son dos paradigmas que nos llevarán verso “el nuevo modelo de Derecho en que el factor humano cohabitará con la IA legal y la justicia digital” (p. 97). El primero es el paradigma del humanismo tecnológico, mientras que el segundo es paradigma posthumanista. Sin ninguna duda, el autor es partidario del primero.

En el Capítulo 3 “*De máquinas y hombres. Tres cuestiones ético-jurídicas sobre la inteligencia artificial*” volvemos a los temas ético-jurídicos donde el discurso enfoca los grandes temas como la singularidad, conciencia, personalidad, identidad (¡de nuevo!) y responsabilidad. En este capítulo el autor se apoya en la literatura de la ciencia ficción para formular las preguntas al centro de este capítulo. Este método de tratar la ética jurídica a través del pensamiento literario es una manera de recordar la estrecha relación –¿a lo mejor no tan popular en los ambientes académicos continentales?– entre el Derecho y la literatura, porque, como ya lo observó la filósofa Martha Nussbaum, “la narrativa y la imaginación literaria no solo no se oponen a la argumentación racional [del Derecho], sino que pueden aportarle ingredientes esenciales”⁴.

Con la primera pregunta sobre la singularidad tecnológica, el autor expone los argumentos en favor y en contra de esta posibilidad. Ambas posiciones tienen argumentos muy válidos y la posición intermedia es a lo mejor la más prudente en este contexto, sobre todo observando la velocidad del avance tecnológico. Pero la más interesante es la segunda pregunta –la pregunta sobre la consciencia– que da el sentido a la primera: ¿esta singularidad puede ser consciente? ¿Tener la voluntad? ¿Parecerse a la consciencia humana?

³ E. MOROZOV, *To Save Everything, Click Here – The Folly of Technological Solutionism*, PublicAffairs, New York, 2013.

⁴ M. C. NUSSBAUM, *Justicia Poética. La imaginación literaria y la vida pública*, Editorial Andrés Bello, Barcelona, trad. Carlos Gardini. 1997, p. 16.

Para tratar esta cuestión nos adentramos en el mundo de Isaac Asimov y sus leyes de la robótica que han dado forma y contenido a numerosos análisis filosófico-jurídicos sobre las posibilidades, necesidades y responsabilidades de la IA en relación con los seres humanos (y al contrario, las de los humanos en relación con la IA). Pero Fernando H. Llano Alonso también entrelaza los relatos de Asimov con cuestiones jurídicas más profundas, cuál es la Teoría General del Derecho, y argumenta que al final la pregunta de base en la literatura de ciencia ficción es la pregunta sobre la consciencia robótica. Para analizarla, el autor adapta la clasificación de Margaret A. Boden quien en el trabajo de 2017⁵ propuso dividirla entre consciencia artificial funcional y consciencia funcional fenoménica. La revisión de distintas visiones al fin y al cabo lleva a que lo que nos ayudaría a entender mejor la cuestión es crear un doble plano educativo-cultural, basado en educación humanista, por un lado, y ético-jurídico, inspirado en las ideas de regulación antropocéntrica y antropogénica, por otro lado. Probablemente no estamos preparados para tratar estas cuestiones y separarlas de las meras hipótesis que siempre parecen lejanas y, por lo tanto, de una relevancia relativa.

Siempre navegando entre distintas obras de literatura, el autor llega a la tercera pregunta sobre la personalidad robótica y los derechos humanos (y no humanos). Esta cuestión, que tuvo sus momentos de mayor atención por parte del mundo académico hace algunos años sigue sobre la mesa porque la posibilidad de tener las máquinas que son algo más que meros objetos nunca ha desaparecido (véase por ejemplo los trabajos del autor estadounidense David J. Gunkel y también de los españoles como Prof. José Julio Fernández Rodríguez y Prof. María del Mar Méndez Serrano). Desde el punto de vista puramente jurídico, si bien distintas tendencias abundan, el autor hace hincapié en el papel de las instituciones internacionales, y sobre todo de la UE para equilibrar y alinear los principios fundamentales de nuestra convivencia y los avances en la IA y robótica. Sin ninguna duda, el original “no” a los derechos de los robots encuentra nuevos obstáculos y nuevos argumentos que llevan a ver la idea de los derechos no humanos y la personalidad jurídica de no humanos desde una nueva óptica.

En el Capítulo 4 “*Homo ex machina: el ser humano ante la inteligencia artificial y el gobierno de los algoritmos*”, tenemos delante el capítulo que ha dado nombre al libro y donde el autor aborda el tema de interacción humana con

⁵ M. A. BODEN “Artificial Intelligence” en J. AL-KHALILI (ed.), *What's Next? Even Scientist Can't Predict the Future – Or Can They?*, Profile Books, London, 2017, pp. 118-128.

distintas formas de IA y robótica. Es decir, nos alejamos de las hipótesis del capítulo 3 –consciencia artificial, personalidad robótica y demás– y enfocamos más bien las posibles configuraciones de control a través de las cuales el ser humano podría interactuar con los sistemas artificiales. En este sentido, las opciones son cuatro: la de control humano (*Human-in-the-Loop*), la de interacciones y transferencias de control entre el ser humano y la máquina (*Human-in-the-Loop for Exceptions* y *Human-on-the-Loop*) y aquella donde el control humano no existe (*Human-out-of-the-Loop*). Una vez analizadas estas opciones, el autor llega a concluir que sea cual sea la manera que adoptemos de interactuar con las distintas máquinas y sistemas que cada vez nos rodearán más, hay que garantizar que dichas interacciones lleven a las decisiones humanas auténticas, que se basen en (y surgen de) la transparencia algorítmica, que es la manera de garantizar nuestra participación y control de la IA. La transparencia, entendida no solo como posibilidad de acceder, sino también como la necesidad de entender cómo las máquinas llegan a los resultados, es la llave de todo.

En lo que resta del capítulo el autor entra también en el debate sobre como proteger el coto vedado a la intromisión y mal uso de la IA: la reserva de la humanidad probablemente no es suficiente, si bien el legislador europeo, adoptando el término de la supervisión humana de los sistemas de IA de alto riesgo obviamente piensa distintamente. Es decir, la supervisión humana en sí misma es problemática y tenemos que ser bien conscientes de sus limitaciones.

Por cierto, esta reserva de la humanidad choca no solo con la IA en sí, sino también –y probablemente, sobre todo– con la presunción humana de la perfectibilidad de la IA: el ejemplo sobre el uso de la IA en medicina es emblemático en este sentido y la falta de conocimientos por parte de seres humanos del funcionamiento, de las capacidades y también de los límites de la IA es el mayor obstáculo para hacer la reserva de la humanidad más efectiva. Eso nos lleva de nuevo a la importancia de la transparencia de la IA y no es casual que el legislador europeo incluya en la nueva ley de la IA el artículo sobre la alfabetización en la materia de la IA (artículo 4).

El Capítulo 5 “*Globalización y revolución tecnológica ante la crisis de paradigma humanista*” sitúa la IA y los avances tecnológicos en su conjunto, que han permitido el crecimiento de las Big Tech, dentro de los procesos de globalización, que en los últimos años se ha alineado y mutuamente reforzado con la proliferación de las ideas del transhumanismo. Bajo la bandera de la

cuarta revolución industrial y El Foro Económico Mundial como fondo, el autor nos advierte sobre el riesgo de tecnoutopía que justificaría el cambio del paradigma del humanismo al paradigma técnico-científico, tan caro a los transhumanistas.

Sigue un análisis detallado de las ideas de transhumanismo, ampliamente explicadas por su representante, el fundador del Foro Económico Mundial, Klaus Schwab, quien mejor que nadie representa estas ideas del nuevo inicio para la humanidad. Según él, dicho inicio se basa en la quiebra de la gobernanza mundial, descalificación y obsolescencia de las instituciones internacionales y la necesidad de un nuevo contrato social. Obviamente, siendo el fundador del Foro Económico Mundial, Klaus Schwab está en una posición de privilegio para comunicar su punto de vista y tiene la credibilidad y autoridad que pocos foros pueden otorgar y pocas instituciones pueden ofrecer, y por lo tanto, muchas de sus ideas han encontrado apoyo entre los gobiernos de muchos países.

El autor trata los mandamientos de Schwab y los desenreda con una argumentación clara y contundente, apoyándose también en otros autores como Shoshana Zuboff quien en el 2020 ha dado la vuelta al mundo con su libro de denuncia de lo que está pasando en el mundo globalizado por las tecnologías de vigilancia⁶. Su conclusión es invertir más-y no menos, como sostiene Schwab y sus seguidores-en la gobernanza global democrática, sobre todo a través del apoyo a la UE como un actor internacional que no solo se hace oír, sino también se hace seguir gracias al “efecto Bruselas” explicado tan bien por Anu Bradford en su libro de 2020⁷. Hemos podido observar este efecto en muchos ámbitos, como por ejemplo, la protección de datos, protección ambiental y alimentaria: esperamos poder repetir con la Ley de la IA que, a pesar de todas las deficiencias que tiene, lleva un enfoque de garantías para los consumidores.

El capítulo acaba con las reflexiones sobre el papel de la UE en crear un espacio tanto tecnológicamente competitivo y avanzado, como respetuoso con los derechos de los ciudadanos y los valores y los principios ético-jurídicos que están en la base de los Tratados. Obviamente, la nueva Ley de la IA ocupa un espacio especial en esta visión: los tiempos legislativos no han permitido al autor tratar el texto finalizado ni tampoco ver la última versión,

⁶ H. ZUBOFF, *La era del capitalismo de la vigilancia*, Paidós, Barcelona, 2020.

⁷ A. BRADFORD, *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, New York, 2020.

pero las otras iniciativas-desde el Reglamento General de Protección de datos, Directrices éticas para una IA fiable, La Ley de Servicios Digitales, entre muchas otras iniciativas-claramente representan el enfoque Europeo que es distinto de la visión de la UE y de otras regiones y continentes. Pero exactamente por este motivo -porque es distinto y enfocado en los valores que la mayoría de la humanidad, tan imprevisible y contradictoria, sin embargo, considera esenciales- no podemos cansarnos en promoverlas, explicarlas y divulgarlas en los foros que compiten con cada uno de nosotros como ciudadanos.

El último capítulo del libro, el capítulo 6 “*Inteligencia artificial, discriminación y sesgos algorítmicos*” se dedica a este problema tan inmenso y denunciado por muchísimos autores en todo el mundo. El autor analiza en detalle cómo surgen sesgos algorítmicos, sus conexiones con los sesgos humanos, que a veces son tan obvios y omnipresentes que se vuelven invisibles -no hace falta ni mencionarlos, si bien diría que los relativos al género tal vez son los más difundidos- y en la misma manera son transferidos al mundo digital y en las aplicaciones y sistemas de IA, que los repiten, hacen crecer y difunden más y mejor.

Lo que personalmente considero fascinante en el discurso sobre IA discriminatoria y sesgada es que la IA nos ha hecho ver nuestros sesgos, prejuicios y actitudes discriminatorias. Muchísimas veces no nos hemos dado cuenta de los sesgos, no los hemos pensado, no hemos revisado críticamente nuestras maneras de actuar; en fin, hemos hecho algo, pero no suficiente para detectarlos y eliminarlos. Lo que sí que hemos hecho es transferirlos -programarlos, digitalizarlos, convertirlos en lenguaje máquina- a la IA. Y luego, cuando IA ha generado las respuestas discriminantes y claramente en contra de la igualdad de las personas, nos hemos dado cuenta: muchas veces, escuchando los medios de comunicación, nos viene la impresión de que la discriminación es de la IA, pero no es así. La discriminación entendida como una injusticia representa un problema estructural que llevamos como una mochila a lo largo de la historia de la humanidad.

Y es por eso que el autor encuentra la raíz de IA sesgada en sus programadores que “no son plenamente conscientes de problema de prejuicios, ni tan siquiera de sus propios prejuicios, ...[ellos] no imaginan ni han reflexionado lo bastante sobre las consecuencias de la tecnología...” (p. 187). Leyendo este capítulo se cristaliza el lado oscuro de la IA y, de consecuencia, la del ser humano. Por ejemplo, los sistemas como COMPAS y HART re-

presentan los fallos en el diseño de la IA, pero también son ejemplos de los fallos humanos –¡de los profesionales del Derecho por cierto!– en utilizarlas sin cuestionarlas, sin poner en duda su funcionamiento, sin titubear ni un momento si estos sistemas pueden perjudicar a las personas reales. También hay que tener en cuenta que dichas personas perjudicadas están sujetas a estos juicios –no solo por el juez humano sino también por el sistema de la IA– no solo por las decisiones propias, que también, sino por los fallos del sistema de asistencia y servicios públicos en general. Los fallos de la sociedad son también, y no solo, fallos algorítmicos.

Seguramente necesitaremos años y años de alfabetización tecnológica y sensibilización de la sociedad para abandonar de una vez por todas las falsas creencias de que la tecnología (IA incluida) es neutra, porque nunca lo es; que la tecnología sirve a todos de igual manera; que es solo una herramienta para ayudar a las personas en sus tareas y nada más; que nunca se equivoca y siempre tiene los datos exactos, correctos y precisos para llegar a las decisiones; qué vulnerabilidad social es solo la cuestión de la brecha digital y no un problema más profundo que va más allá de lo digital, entre otras.

Así llegamos a las consideraciones sobre el estado algorítmico (algoritmocracia) y el *novus homo ludens* que intercambia las comodidades proporcionadas por el uso de dichos sistemas con sus derechos, sobre todo el derecho a la privacidad y protección de datos. Ante esta visión desoladora y pesimistamente realista, podemos decir que de alguna manera la respuesta a esta posibilidad es el enfoque de la UE, que se basa en los valores éticos europeos, derechos humanos, democracia, Estado de Derecho y otros principios, que encontramos siempre en cualquier herramienta de *soft* o de *hard law* sobre estos temas. Y si bien este enfoque tiene sus puntos débiles, ¿qué opciones o alternativas desde el punto de vista ético-jurídico tenemos? Parafraseando a Winston Churchill –quién sobre la democracia ha dicho que es el peor sistema del gobierno, a excepción de todos los demás que se han inventado y que son mucho peores–, hay que admitir que la visión de la UE es la peor forma de gobernanza de la IA, con la excepción de todas las demás que existen (o ni siquiera existen).

El epílogo se merece una reflexión aparte: ahí volvemos a los orígenes, a Ulises y a Homero, para una vez más confirmar su atemporalidad y relevancia para los tiempos actuales, donde todos somos Ulises expuestos a las sirenas digitales y todos luchamos para encontrar la manera de resistir. El verdadero problema son aquellos que no se oponen a las sirenas: pero Homero

ya nos ha contado lo que pasa con ellos y Fernando H. Llano Alonso nos lo recuerda de nuevo con este libro, que espero se leerá y se discutirá no solo en las aulas de filosofía del Derecho de nuestras universidades, sino también en otros foros.

Espero también que el autor esté preparando el siguiente volumen de *Homo* y la pregunta es: ¿de qué tipo de *Homo* hablaremos? No lo tengo claro, pero estoy segura de que el autor nos proporcionará muchas ideas, que nos dará esperanza en el ser humano y no le quitará el papel central en la escritura de su futuro.

MIGLE LAUKYTE
Universitat Pompeu Fabra
e-mail:migle.laukyte@upf.edu

Guillermo VICENTE Y GUERRERO (coord.),
La libertad de expresión. Avances, límites y desafíos futuros,
Colex, A Coruña, 2024, 326 pp.

VICTORIA C. GÓMEZ Y ALFONSO
Universidad de Zaragoza

Palabras clave: libertad de reunión, libertad de expresión, delitos de odio, responsabilidad social
Keywords: freedom of assembly, freedom of speech, hate crimes, social responsibility

Como bien explica en el prólogo de esta interesante obra Guillermo Vicente y Guerrero, Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Zaragoza, dada la diversidad de aspectos desde los que la libertad de expresión puede ser analizada, la obra que aquí se va a comentar optó metodológicamente, de forma consciente, por ofrecer un enfoque marcado por la multidisciplinariedad.

El volumen se abre con un capítulo de Óscar Vergara Lacalle, Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de La Coruña, en el que habla con precisión sobre *libertad de expresión, democracia y ciudadanía*. El autor considera que el derecho a la libertad de expresión en los términos del art. 20.1.a) CE constituye un medio esencial para el ejercicio de la actividad política, periodística, artística, científica y académica, entre otras. Pero no es un derecho absoluto, de manera que es preciso determinar caso a caso su alcance, sobre todo cuando determinadas expresiones ofenden a particulares o colectivos. En las últimas décadas, estos últimos están practicando una labor de vigilancia especialmente intensa sobre políticos, periodistas, artistas, académicos y particulares. Esta crisis tiene unos detonantes. Primero, los factores técnicos, que ponen de manifiesto que los nuevos derechos son el recurso técnico más eficaz para promover determinadas agendas al margen de los cauces democráticos ordinarios. Segundo, los ideológicos, que muestran que

el discurso de los derechos está en parte contaminado por las ideologías dominantes en cada momento. Tercero, los políticos, que expresan la tendencia a que el ciudadano se vea progresivamente sujeto a la tiranía de la mayoría y al poder del soberano. Cuarto, los económicos, que reflejan el deslizamiento de la condición de ciudadano, que es un presupuesto de la democracia, a la de consumidor. Quinto, los filosóficos, que contribuyen a explicar las tendencias actuales a deslegitimar las aportaciones y los valores de la civilización occidental. Sexto, los antropológicos, que muestran cómo las élites han puesto a las masas, bajo la benéfica tutela de los profesionales asistenciales, lo que da lugar a un ciudadano tendencialmente “victimizado”. Por último, los religiosos, que dejan en evidencia a un ciudadano que aspira a desplazar a Dios.

A continuación se ofrece el capítulo del coordinador del volumen, el Profesor Guillermo Vicente y Guerrero, titulado significativamente “*Habrá libertad de prensa*”. *Opinión pública, censura y poder en la Noruega contemporánea (1770-2020)*”. En dicho trabajo, el autor realiza un interesante análisis, basado en fuentes primarias nórdicas, sobre el desarrollo de la libertad de expresión en Noruega desde finales del siglo XVIII hasta la actualidad. A comienzos del siglo XIX, en 1814 en la pequeña localidad de Eidsvoll, la regulación constitucional final de la libertad de prensa quedó notablemente limitada, siguiendo lo previsto por los trabajos del Comité Constitucional, a través de toda una serie de importantes supuestos en contrario que recogió el artículo 100. Resulta llamativo que los representantes noruegos resolvieran la importante cuestión de la libertad de expresión adoptando posturas restrictivas. Y todavía lo es más al observar que el texto solo se refiriera a la libertad de prensa o imprenta, omitiendo por tanto cualquier tipo de protección a la libertad de expresión oral, cuestión particularmente importante para los individuos pertenecientes a los estratos inferiores, quienes por su falta de educación y de recursos económicos no tenían acceso a la imprenta. A comienzos del siglo XXI, en 2004, casi doscientos años después de que la Constitución de Eidsvoll fuera aprobada, el “Storting” (Parlamento noruego) procedió a una revisión de su famoso artículo 100. Con ello se intentó su armonización con la normativa internacional vigente, a la par que se procedió a una importante clarificación terminológica. Los legisladores noruegos no fueron ajenos a la influencia de la opinión pública, expresada de muy diversas formas, tanto en formatos audiovisuales como en diferentes tipos de publicaciones, periódicos, revistas. También, en los textos académicos de los

intelectuales. En todos ellos se palpaba unánimemente la necesidad de un cambio. Y actualmente, en 2024, resulta importante subrayar que, según el *Índice Mundial de libertad de prensa 2023*, elaborado anualmente por *Reporteros sin fronteras (RSF)*, Noruega ocupa hoy el primer lugar, y lo lleva haciendo ininterrumpidamente desde hace siete años, como el país en el que el entorno político y social es más satisfactorio para la práctica del periodismo.

Posteriormente María Elósegui Itxaso, Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (Consejo de Europa) y Catedrática de Filosofía del Derecho en la Universidad de Zaragoza, matiza con acierto *los límites a la libertad de expresión en decisiones recientes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre España*. La prensa distorsiona la realidad como si en este país hubiera muchos problemas de libertad de expresión cuando España se encuentra entre los países que reciben menos condenas entre los 46 que forman parte del Consejo de Europa. En relación con el art. 11, libertad de reunión, una destacada decisión de inadmisión es la de *Gozalbo Moliner c. España*. Es una estudiante que durante unas manifestaciones por la subida de las tasas en la matrícula de la universidad y pudiendo manifestarse sin ninguna cortapisa interrumpió con uso de fuerza e impidió que otra asociación de estudiantes en la universidad pudieran realizar su actividad. La estudiante recibió una multa por vía penal. Ante el Tribunal de Estrasburgo se queja por haber sido presuntamente condenada por una reunión realizada en el ejercicio legítimo de sus derechos a la libertad de reunión y a la libertad de expresión. Se consideró que el razonamiento de los tribunales domésticos había sido conforme a los criterios de la jurisprudencia del TEDH y que ella pudo ejercer su derecho a la manifestación, siendo que su condena no se debía a este hecho, sino a haber impedido a otros el ejercicio de su respectivo derecho con el uso de la coacción.

A continuación Andrés Gascón Cuenca, Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valencia, ilustra sobre *la libertad de expresión ante la negación de los delitos de genocidio*. Para él, la libertad de expresión es un derecho sin el cual no es posible construir un ordenamiento jurídico democrático y plural que garantice al conjunto de la ciudadanía el derecho a expresar y defender sus ideas. La CEDR reconoce la capacidad que los comportamientos discriminatorios tienen para afectar a la dignidad del ser humano, y de provocar conductas que pueden derivar en la exclusión y minoración del reconocimiento y protección que ciertos grupos tienen dentro del conjunto de la sociedad. Entiende que una situación de genocidio se puede

verificar, aunque no exista una sentencia judicial que así la declare, y la articulación de la prohibición de la negación pública de delitos de genocidio y crímenes de lesa humanidad, con la protección bajo la libertad de expresión de las opiniones sobre hechos históricos, no parece fácil de implementar. A este respecto, no tiene sentido afirmar que la libertad de opinión no puede conocer de ningún tipo de restricción en su conformación sobre hechos históricos, si la de expresión sí los tiene, dado que una necesita de la otra. Si el CDH hubiera querido incluir esta categoría dentro de las prohibiciones, la debería haber especificado bajo este epígrafe. En síntesis, las conductas que sí deberían ser típicas son aquellas que pretenden la justificación de los delitos de genocidio, en las que concurren juicios de valor humillantes, despectivos o denigrantes en contra de las víctimas, o que tienen por objetivo ensalzar o vanagloriar a sus verdugos. Aquí, sí se observa adecuada, cuanto menos, la investigación de dichos comportamientos por parte de los tribunales o los comités correspondientes, dado que las actitudes descritas podrían lesionar otros derechos protegidos por la CEDR, el PIDCP o la CEDH.

Más adelante Carmen Alastuey Dobón, Profesora Titular de Derecho penal en la Universidad de Zaragoza, realiza una muy buena reflexión sobre *discurso del odio criminalizado vs. libertad de expresión: una fina línea divisoria*. En el ámbito criminológico, pero también en las esferas social, mediática y política, han adquirido en los últimos años una significativa presencia las expresiones “discurso de odio” (*hate speech*) y “delitos de odio” (*hate crimes*), aunque no existe un consenso sobre cómo deben comprenderse, técnicamente dichos conceptos. En cuanto a la expresión “delitos de odio”, conviene advertir que no coincide ni debe coincidir con la anterior pues, por un lado, no todo discurso de odio ha de considerarse necesariamente delito, y, por otro lado, entre los delitos de odio se encuentran figuras delictivas que no castigan discursos, sino actos. *Stricto sensu*, son delitos de odio las infracciones penales contra los bienes jurídicos individuales cuando sea de aplicación la agravante de motivos discriminatorios del art. 22. 4.^a CP, si bien, en su sentido más amplio, pueden incluirse, entre otros, los tipos específicamente destinados a la sanción de actos discriminatorios recogidos en los arts. 314, 522 y 512 CP. Lo que considera el TC al respecto es que es legítimo el castigo de la difusión pública de las ideas justificadoras cuando dicha difusión “entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente”. Pero, según Alastuey Dobón, el peligro del efecto desaliento sobre un posible ejercicio legítimo de la libertad

de expresión desaconseja incluso la punición de las conductas más próximas a la provocación de delitos, las incitaciones indirectas a delinquir.

A continuación Eva Sáenz Royo, Profesora Titular de Derecho constitucional en la Universidad de Zaragoza, también merece mención especial al escribir sobre *el odio en las redes y el poder de moderación de las grandes plataformas: ¿pueden las plataformas digitales restringir libremente la libertad de expresión de sus usuarios?* Si se considera que la Constitución es un “ordenamiento-marco” que tiene como objeto organizar la vida político-estatal y regular la relación Estado-ciudadano, los derechos fundamentales se conciben como derechos subjetivos de libertad dirigidos a la defensa frente al Estado y la “competencia para la concretización creadora de derecho recaería en el legislador”. La eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se ha visto profundamente cuestionada a raíz de su aplicación en el ámbito digital y, concretamente, a raíz del poder de moderación que ejercen las grandes plataformas digitales en las redes sociales respecto a expresiones de odio. Estas plataformas han creado sus propias normas para controlar el contenido que circula en ellas, convirtiéndose así en controladoras del discurso público porque, si bien todos podemos producir, la capacidad de poner en circulación masiva el contenido que producimos lo tiene las grandes plataformas. Pueden aumentar o reducir la visibilidad, colocar contenidos primeros en las búsquedas o eliminarlos, cancelar cuentas o potenciarlas. En España no hay una normativa interna que regule el poder de moderación de las plataformas de internet. Sin embargo, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional podemos deducir que ese poder de moderación no entraría en el concepto “censura previa” prohibida constitucionalmente y que el poder de moderación de las plataformas tiene como límite los derechos fundamentales de los usuarios.

Más adelante interviene Olga Sánchez Martínez, Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Cantabria, quien destaca al hablar del *nuevo desorden informativo: retos y propuestas de regulación*. El derecho a la libertad de expresión y el derecho de información, en su vertiente individual, implican la facultad de transmitir o recibir ideas e informaciones sin interferencias injustificadas. En su dimensión social, se configuran como garantes de valores sobre los que se construyen otros derechos fundamentales, el Estado de Derecho y el sistema democrático. La verdad en democracia es una cuestión de acuerdo entre ciudadanos en condiciones de igualdad y en uso de su libertad, porque exige que las voluntades de todos formen parte

del proceso de toma de decisiones. Por ello, en un sistema democrático, las verdades como lógica consecuencia de su funcionamiento están abiertas al cambio. La veracidad está dirigida a producir una información “rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible”. Así, no se gozará de la protección del derecho cuando “se actúe con menosprecio a la veracidad o falsedad de lo comunicado. El desorden informativo, y en especial las noticias falsas, han alcanzado en la era digital una dimensión tal que ha llegado a ser calificado como una “epidemia”, o una “infodermia”, cuyos efectos se teme que aboquen en la implantación en nuestras sociedades de una “cultura de lo falso”. Para paliar este nuevo desorden informativo es necesaria una regulación que sea capaz de equilibrar los distintos intereses, que abarque el universo virtual, que sea capaz de adaptarse temporalmente a los cambios producidos en la red, que no desincentive la inversión e investigación de las empresas tecnológicas, que sea respetuosa con los derechos de los ciudadanos y los procesos democráticos, precisa apostar por los modelos de corregulación, implicando a Estados, organismos internacionales, empresas tecnológicas y usuarios de la red.

A continuación escribe Miguel Lacruz Mantecón, Profesor Titular de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza, analizando en profundidad una cuestión de actualidad: *la inteligencia artificial y los derechos humanos: una distopía imposible*. La preocupación por la irrupción de los sistemas inteligentes, y su posible efecto negativo para la protección de los derechos de las personas se detecta en la *Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial* que establecería un marco jurídico mediante normas claras para garantizar una IA fiable, segura y respetuosa con los derechos fundamentales. Dicha propuesta habla de los sistemas biométricos cuya aplicación estrella consiste en vigilancia policial, identificación de personas y seguimiento de las mismas. Es evidente que la incidencia de estas técnicas sobre los derechos fundamentales es brutal. Otra de las técnicas que se utiliza en la actualidad para influir en los comportamientos sociales es el *nudging*. Señalan Thaler y Sunstein que los *nudges* o “empujones” son intervenciones que buscan modificar la toma de decisiones individuales, induciendo a un comportamiento que se considera adecuado o deseable, pero sin prohibir ninguna opción, ni alterar en gran medida los incentivos económicos. También existen sistemas de calificación o crédito social cuya misión es, no solo regular las finanzas y acciones corporativas de empresas y ciudadanos, sino también el compor-

tamiento social de los individuos. Así, persigue conductas como evasión fiscal y alarmas sobre la seguridad alimentaria y deshonestidad académica mediante las “listas negras”. Y por si esto fuera poco, es posible la falsificación de la realidad mediante un sistema entrenado en utilizar datos de la realidad, también biométricos, y combinarlos para emitir versiones nuevas (y fingidas) de la realidad, ya sustituyendo a las personas por otros sujetos, ya creando sujetos enteramente nuevos. De esta manera puede fingirse la existencia de una realidad inventada, en vídeos o en fotografías, que puede ser admitida como auténtica por los sujetos destinatarios y alcanzar el fin que se persigue, generalmente de engaño, o para modificar su opinión, o simplemente –se dice– para entretenerse o reírse. En resumen, la mayoría de los problemas que nos causa la IA provienen de la perfección no humana y, por ende, incansable de su funcionamiento.

Posteriormente se ofrece el capítulo de Gerardo Aguas Valero, investigador de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, quien nos adentra en el novedoso tema de *los influencers: entre la libertad de expresión y la responsabilidad social*. Los *influencers*, gracias a su popularidad y a su conocimiento sobre determinados temas, influyen decisivamente sobre el comportamiento de sus seguidores y aunque, en principio, pudiéramos pensar que su trabajo posee cierto carácter altruista, como veremos, este extremo rara vez sucede. Por tanto y, aunque parezca una perogrullada, dos elementos son necesarios para ser considerado *influencer*: crear contenido en las redes sociales y, además, poder acreditar un número elevado de seguidores. La Ley General de Comunicación Audiovisual fue diseñada para regular el mercado audiovisual, pero tan solo va a afectar a aquellos creadores de contenido que generen ingresos significativos, conocidos como “usuarios de especial relevancia en el mercado audiovisual” (UER). Cabe hacer referencia a la sentencia del Tribunal Supremo 547/2022, del 2 de junio, que resuelve un caso que, como sostiene Pardeza Nieto, podría estar en la órbita del delito de odio y muestra las redes sociales como “lugar de comisión de delitos”. Un seguidor de un *youtuber* le propone el siguiente reto: rellenar galletas de una conocida marca, retirarles la capa de crema que tienen en su interior, sustituirla por pasta de limpieza dental y entregarlas a personas sin hogar, junto con 20 euros. Don Silvo, acepta la limosna y tras ingerir las galletas en cuestión vomitará y tendrá molestias digestivas. Tras colgar el correspondiente vídeo que contenía la “hazaña” realizada, el *youtuber* recibió importantes críticas en su canal. También resulta obligado aludir al control que los “prestadores de servicios”

como YouTube o Tik Tok pueden llegar a efectuar sobre la actividad de los *influencers* cercerando el contenido alojado en los servidores. En un mundo saturado de información y donde las redes sociales amplifican las voces de forma excepcional los ejemplos a seguir deben utilizar su plataforma para educar, inspirar y promover un cambio positivo en la sociedad, priorizando siempre el bienestar colectivo sobre el interés personal.

La obra se cierra con el capítulo de Carmen Bayod López, Catedrática de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza, reflexionando sobre un tema de singular interés: *los límites a la autonomía de la voluntad en relación a los capítulos prenupciales en Aragón*. El art. 3 CDFA recoge uno de los principios tradicionales aragoneses que, desde Joaquín Costa, en lo que atañe al Derecho civil, se vincula a la autonomía de la voluntad como principio que debe regir en Derecho privado y, en particular, en el Derecho civil. No obstante, el *standum est chartae* está sujeto a tres límites, lo imposible, el orden público y las normas imperativas del Derecho aragonés. La celebración del matrimonio conlleva unos efectos en el ámbito personal cuya competencia corresponde al Estado, al formar parte de “las formas del matrimonio”. El legislador aragonés desde el año 2003, a través de la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, reproduce los efectos personales del matrimonio contemplados en la legislación estatal en los arts. 183 y 184 CDFA, normas imperativas. Son válidos, en el Derecho aragonés, los acuerdos de indemnización por ruptura del matrimonio a modo de cláusula penal al no infringir los límites del *standum*, porque no afecta a la libertad para matrimoniar, cualesquiera de los cónyuges pueden solicitar la separación o divorcio. Los acuerdos sobre las indemnizaciones que compensan la pérdida de derechos o establecen una compensación por la ruptura son válidos como explica la SAPZ 31 marzo 2017 (Roj: SAP Z 666/2017). Los pactos sobre el lugar del establecimiento del domicilio común son equivalentes a la previsión del art. 70 Cc. y 184 CDFA sobre domicilio familiar. Pactos de este tipo solo serán ineficaces si, al tiempo de la ruptura, no hubiera hijos o fueran perjudiciales para ellos (art. 7.5 CDFA). No es posible un reparto desigual de los bienes gananciales, *ex art. 1404 Cc.*, norma imperativa. En relación con la asignación compensatoria (art. 83 CDFA) o pensión compensatoria (art. 97 CDFA), siempre ha sido posible pactar sobre la cuantía, el plazo, la forma de pago y la duración e, incluso, determinar quién será el pagador que renuncia a la misma en capítulos antenupciales. Estos pactos vinculan en el juicio y fuera de él (art. 3 CDFA). La compensación por trabajo doméstico no es un título

para obtener una indemnización, porque, como establece el art. 187 CDFA, es una forma de contribución a la satisfacción de las necesidades familiares. Los Tribunales aragoneses aplican la cláusula *rebus sic stantibus* a los capítulos prenupciales en los que se pacta una renuncia a la asignación compensatoria o una indemnización, siempre que se produzca un cambio de circunstancias. A fin de cuentas, la homologación judicial de los pactos prematrimoniales, y con mayor razón, si lo acordado ha sido en pactos prenupciales, solo afecta al interés del menor que, en cualquier momento puede ser objeto de revisión, pero no se establece lo mismo respecto de los pactos que tan solo afectan a los cónyuges.

En suma, la libertad de expresión es un derecho que caracteriza a las sociedades plurales y democráticas. Su promoción favorece que todos los ciudadanos tengan la posibilidad, tanto de estar bien informados, como de expresar sus opiniones libremente, de forma oral y escrita. También que puedan participar en importantes esferas de la sociedad en igualdad de condiciones. Esta obra supone una excelente oportunidad para reflexionar sobre todo ello, vindicando el estímulo y protección de la libertad de expresión por parte tanto de los poderes públicos como de los grupos de poder, lo que en muchos casos puede resultar ciertamente complejo en el seno de una sociedad tan profundamente tecnificada y diversa como es la actual.

VICTORIA C. GÓMEZ Y ALFONSO
Universidad de Zaragoza
e-mail: victoricia2002@gmail.com

**María José FARIÑAS DULCE, J. Daniel OLIVA MARTÍNEZ,
Ignacio A. PÉREZ MACÍAS, Oscar PÉREZ DE LA FUENTE (eds.),
Los retos normativos de la inteligencia artificial,
Colección Gregorio Peces-Barba, Dykinson, Madrid, 2024, 281 pp.**

INÉS HUERGO GONZÁLEZ
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: Inteligencia Artificial, ética, normatividad jurídica
Keywords: Artificial Intelligence, ethics, legal regulations

El cuarto número de la segunda época de la Colección Peces-Barba se encuentra editado e impulsado por el Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico, y Filosofía del Derecho, a raíz de las diferentes ponencias presentadas el día 4 de junio de 2024 en el Seminario titulado *Los retos normativos de la Inteligencia Artificial*. Tiene como objetivo abordar las reflexiones éticas, jurídicas, económicas y políticas que está generando la aparición de la Inteligencia Artificial y que afecta a las diferentes ramas del derecho.

Las cinco publicaciones se dirigen hacia un mismo objetivo que no es otro que esclarecer el camino de este nuevo instrumento tecnológico para proponer límites, propiciar buenas prácticas y garantizar responsabilidades tanto públicas como privadas.

En el primero de los capítulos, la profesora Nuria Belloso Martín aborda la compleja relación de la ética y del derecho en la revolución tecnológica actual de la Inteligencia Artificial (IA). El impacto tecnológico afecta a la vida de las personas y a sus derechos fundamentales en el marco de las sociedades democráticas y por ello, es necesario una respuesta tecnoética que guíe y limite el campo tecnológico y otra, desde el tecno derecho que implante una normatividad jurídica concreta para regular, limitar y establecer garantías. Un ejemplo normativo destacado es el Reglamento Europeo de la IA que aún con los interrogantes que plantea, ha sido el primer marco jurídico en la materia.

El capítulo abre el gran diálogo entre la tecnoética y el tecnoderecho para presentar cuáles son los principios éticos de la IA. Las relaciones entre ética y derecho son complementarias, siendo la ética el escenario sobre el que la normatividad jurídica se orienta, sin que necesariamente todo lo moral deba incorporarse en el ámbito legal. En definitiva, el objetivo del derecho es proteger a la sociedad a través de normas vinculantes donde se garantice el cumplimiento y en su caso, las consecuencias legales. Y el de la ética es favorecer el uso responsable de la IA a través de unos principios morales reflexionados y orientativos que, aunque no vinculantes, sean beneficiosos para proteger a las personas.

La autora continúa con un mapeo de los textos éticos de la IA a nivel internacional, a la vez que analiza las discusiones que tienen lugar en el Sur Global respecto de las que surgen en el Norte Global. De este modo, explica como en Europa se han sintetizado los principios éticos en cinco, que son los de la ética biomédica y que, por ello, algunas posturas apuntan a su traslación forzada¹. La profesora Beloso recoge algunas de las cuestiones más controvertidas que se han pronunciado ante los textos éticos de la IA, para después estudiar cuál es la fundamentación ética que subyace de estos códigos éticos sobre el diseño y el sistema de la IA. De este modo, expone las bases de la ética aristotélica de la virtud y de la ética discursiva de las que se adquieren ciertos rasgos en los modelos europeos, la fundamentación utilitarista es más definitoria del modelo de los Estados Unidos (pp. 42-49). En todo caso, es ardua la labor de identificar qué teoría ética es la que fundamenta la selección de unos u otros principios.

La vertiente normativa de Europa, como el RIA, ha suscitado algunas críticas entorno a la implementación superficial de los principios bioéticos a la IA, la falta de operatividad para superar posibles conflictos entre principios, la falta de consideración de algunos contextos culturales y la deficiente agilidad para resolver situaciones que son más complejas. Además, la autora advierte en estas páginas, que estos marcos regulatorios y éticos podrían perpetuar “estructuras de poder y de opresión” (p. 51), pues todas las culturas están expuestas a las amenazas del colonialismo y del poder económico-tecnológico de las grandes corporaciones.

¹ M. J. FARIÑAS DULCE, J. D. OLIVA MARTÍNEZ, I. A. PÉREZ MACÍAS y O. PÉREZ DE LA FUENTE. *Los retos normativos de la Inteligencia Artificial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2024, pp. 26. De ahora en adelante, las citas a esta obra se harán en el texto.

El último punto recoge el espíritu central del primer capítulo: la complementariedad ético-jurídica, que se refleja en la autorregulación a través de tres herramientas que garantizan el uso ético de los sistemas de la IA. En primer lugar, los códigos de conducta enfocados en la relación con el cliente; en segundo lugar, las guías de buenas prácticas con estándares técnicos para los profesionales; en tercer lugar, los sellos de calidad con criterios de calidad, ética y seguridad; y, por último, la interacción entre los principios éticos y la normatividad jurídica.

En el segundo de sus capítulos, el profesor Francisco J. Bariffi, invita a comprender el medio digital para entender el mundo de la IA. El entorno digital se distingue del físico esencialmente porque cada interacción en este entorno deja una huella digital y el conjunto de estas huellas conforma datos masivos o *Big Data*, que se han convertido en recursos de gran relevancia para la toma de decisiones y desarrollo de estrategias a nivel tanto público como privado (pp. 80-81).

A medida que la era digital ha avanzado, el régimen legal de protección de datos personales se ha convertido en un marco jurídico sólido e incluso, el único para proteger a las personas contra la vulneración y abuso en el uso de sus datos personales. En esta línea, el auge es cada vez mayor de los dispositivos e interfaces de las tecnologías biométricas que proporcionan información detallada sobre nuestras acciones, hábitos y preferencias, es decir, sobre nuestros patrones de conducta. La cuestión de estas recopilaciones masivas y encubiertas de datos e información puede conllevar riesgos en la discriminación y estigmatización, subrayando la necesidad de mantener los principios de consentimiento informado como cimientos estructurales de la confianza pública.

El profesor Bariffi explica que lo revolucionario de los sistemas de IA no es la habilidad de generar decisiones “como” humanos sino en ser capaces de tomar decisiones “sin” intervención humana. Actualmente, los sistemas IA están diseñados para actuar y funcionar sin necesidad de sus diseñadores, lo que significa que pueden tomar sus propias decisiones y realizar acciones que tengan un impacto en el mundo (p. 89). En este sentido, se presentan grandes retos sobre cómo controlarlos y predecir su funcionamiento.

En este punto se identifican tres atributos esenciales de la IA que conlleven cierta incertidumbre en el proceso de toma de decisiones de estos sistemas: la inteligencia, la autonomía y el aprendizaje. En relación con la autonomía a se diferencia entre la ética y la técnica, y se puede determinar que la

IA carece de la moralidad y dignidad intrínseca de la primera. Sin embargo, hay un interesante debate sobre si la inteligencia de la IA puede superar la inteligencia humana o si existe una brecha fundamental en la comprensión, la conciencia y las emociones entre las máquinas y los humanos. Abrir este debate permite comprender las posibilidades y limitaciones del desarrollo y uso de los sistemas de la IA, más aún si se tiene en cuenta que su aprendizaje está replicando las características del propio aprendizaje humano.

La incertidumbre del proceso de la toma de decisiones de la IA se relaciona con el concepto de la “caja negra”. Esto es la opacidad o la falta de transparencia en el funcionamiento interno de la IA y que presenta dos problemas, bien recogidos en las páginas de este capítulo: un problema técnico que se relaciona con los algoritmos de aprendizaje profundo –como las redes neurales– y un problema legal que se asocia con la propiedad intelectual de las empresas que desarrollan sus invenciones (pp. 98-99).

Con todo lo expuesto, es innegable que la IA está reconfigurando el derecho y en concreto, la comprensión de los derechos humanos. En el último apartado del capítulo escrito por el profesor Francisco Bariffi, se plantea el estatus jurídico de este sistema. Esta entidad emerge como un actor que, pese a carecer de humanidad, manifiesta una pseudo subjetividad jurídica y suscita interrogantes sobre la asignación de responsabilidades ante dichas decisiones autónomas o incluso la posibilidad de otorgarle derechos (p.101). Un segundo reto para el derecho es la superación de límites territoriales de la IA que complica la capacidad del Estado para ejercer su jurisdicción efectiva. El tercer aspecto vinculado al derecho es la implicación que tiene la IA en la democracia. Si bien esta tecnología facilita el acceso a la información sobre cuestiones públicas y fortalece la participación, los algoritmos tienden a presentar contenido relacionado con las creencias del usuario, lo que intensifica la polarización y reduce la posibilidad de comprender otras perspectivas.

Un análisis integral del alcance de la IA en el ámbito jurídico supone considerar su influencia en la administración pública. La implementación de los sistemas de IA conlleva la personalización de servicios, pero lo realmente disruptivo, como señala el profesor Bariffi, es la facultad de tomar decisiones políticas o incluso asignar recursos (p. 109). Del mismo modo, la incorporación de la IA en los sistemas judiciales está reconfigurando sus funciones más precisas como es predecir resultados, evaluar probabilidades de éxito de un caso e incluso tomar decisiones en sentencias.

Con todo lo expuesto, es evidente que la IA puede tener enormes beneficios, pero también puede poner en riesgo el cumplimiento de derechos fundamentales como la dignidad humana, la igualdad y la no discriminación, la privacidad y la intimidad y la libertad de opinión y de expresión. Por ende, los estándares universales y regionales de derechos humanos deben ser referentes que vertebran el entramado de control y regulación de las aplicaciones de la IA, sobre todo para aquellas que poseen el potencial de efectuar a las libertades y garantías fundamentales.

El tercer capítulo toma en consideración que, en el actual escenario del derecho internacional, existen una serie de actores que no son formalmente sujetos de derecho internacional y que han fragmentado su interpretación. La profesora Marta Sosa Navarro pretende analizar el paradigma de la IA desde los fundamentos teóricos de la metodología jurídica clásica con el objetivo de ofrecer una clave de lectura de la gobernanza de la IA desde el derecho internacional. En este sentido, la autora propone abordar la cuestión sobre si actualmente se está dando una modernización de las fuentes clásicas del derecho internacional pues los rápidos desarrollos tecnológicos y la urgencia de una respuesta efectiva, suponen la necesidad de apoyarse en instrumentos de *soft law* (p. 131).

Para ello, la profesora Sosa explora el concepto de *soft law* debido a su relevancia en la gobernanza de las grandes cuestiones globales y en el debate doctrinal. En este capítulo, se destaca la teoría de la triple función del *soft law* desarrollada por la profesora Enzamaría Tramontana que lo define en tres dimensiones: como *pre-law*, *post-law* y el *para-law* (pp. 132-143).

La creciente importancia del *soft law* en la gobernanza de la IA plantea la necesidad de revisar la interpretación clásica de las fuentes del derecho internacional recogidas en el artículo 38 apartado primero del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Por ende, en estas páginas se analiza el primer informe del Relator Especial de 2023 que plantea la existencia de otros medios auxiliares para la determinación de las reglas del derecho internacional (pp. 145-149). Más aún, considerando que la IA suscita ciertos retos para el derecho internacional como la vulneración del derecho internacional humanitario debido al uso de armas autónomas basadas en IA o su empleo en la manipulación de la opinión pública. A raíz del análisis de la profesora Marta Sosa, se concluye una revisión de los criterios tradicionales del derecho internacional con el propósito de entender el *soft law* como un mecanismo de fortalecimiento para el mismo y una herramienta óptima para promover propuestas que hagan frente a los desafíos globales.

Seguidamente en el cuarto capítulo, se presenta el desarrollo y la evolución del marco jurídico de la IA en la Unión Europea. Desde 2017, la Unión Europea ha tenido en cuenta los contextos de los sistemas de la IA, con propuestas enfocadas en convertir Europa en un espacio digital capaz de hacer frente al paradigma del futuro tecnológico. En este proceso, la Comisión constituye el hilo conductor del marco regulatorio de la IA en la región.

La profesora Anne-Sophie Firion expone la metodología de reestructuración y el resultado del marco jurídico integral de la IA en la Unión Europea, que ha contribuido al debate global sobre la regulación (p. 161). Desde esta perspectiva, el capítulo expone el proceso de adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de IA y se modifican determinados actos legislativos de la Unión Europea, para después continuar describiendo los rasgos del nombrado Reglamento. Desde un enfoque técnico, la Ley de la IA se elaboró a partir de consultas previas y una evaluación del impacto llevadas a cabo por la Comisión Europea. Tras ello, hubo una fase de elaboración legislativa seguida de un triálogo entre la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo. La autora continua con un análisis exhaustivo de la parte dispositiva, concretamente desde el capítulo I hasta el capítulo XIII, y de los mecanismos específicos del derecho de la unión para su correspondiente aplicación, evaluación y adaptación (pp. 172-186).

La tenaz labor de la Unión Europea para elaborar y adoptar una legislación supranacional de la IA debe continuar para hacerla llegar tanto a sus ciudadanos como a sus desarrolladores y emprendedores en esta materia. Por tanto, el desafío es alcanzar una IA responsable con los derechos humanos al mismo tiempo que es competitivamente innovadora a nivel internacional.

En el penúltimo y quinto capítulo, el catedrático José M^a Contreras Mazarío discurre sobre cómo la realidad de las nuevas tecnologías y en concreto de la IA, guarda relación con las creencias y nuestra conciencia (pp. 200-201). Atendiendo al ámbito jurídico y a una experiencia concreta, el autor aborda el derecho a tener ideas, creencias o convicciones religiosas y filosóficas en un contexto donde los grandes avances en neurotecnologías colisionan con la protección de los derechos humanos. El ámbito interno de este derecho se concibe como una libertad que garantiza la libre autodeterminación en la elección de su propio concepto de vida, de mundo o de su cosmovisión, así como de su libre decisión existencial.

A juicio del profesor Contreras, proteger el ámbito interno de la conciencia supone proteger la interioridad de la persona (pp. 203-204). En este senti-

do, el derecho se convierte en ilimitado porque no cabe intervención directa en el pensamiento interno de las personas, en tanto que no se exterioricen los pensamientos, las ideas o las convicciones.

Las neurotecnologías alteran radicalmente esta perspectiva porque pueden intervenir directamente en el procesamiento de las facultades mentales y del compartimiento, llegando a afectar a la esencia de quiénes somos y qué somos, esto es: nuestra propia identidad y dignidad. A este respecto, se analizan dos catalogaciones de los neuroderechos: el Proyecto BRAIN y la propuesta de Ienca y Andorno (pp. 214-215). Ambas surgen de la necesidad de la protección y seguridad jurídica de un modo efectivo de los derechos de personalidad y de la libertad de pensamiento y de conciencia, además de los nuevos derechos que se integran.

En cuanto al derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia en el contexto de los avances neurotecnológicos, el autor examina con precisión aspectos clave como el acceso al cerebro y a los datos de la conciencia, la escritura mental, el derecho a no declarar sobre ideas o creencias y, finalmente, la intervención en el cerebro para facilitar el olvido (pp. 216-240). Hasta ahora, la dimensión interna de este derecho ha sido considerada sin una aplicación práctica real; sin embargo, en la era de las neurotecnologías, surge la necesidad de que la doctrina lo desarrolle y los tribunales lo apliquen.

El último capítulo, el profesor Javier López de Goicoechea Zabala estudia el transhumanismo, es decir, el mejoramiento o transformación de las capacidades humanas y que abre una aguda reflexión sobre lo que se entiende por ser humano y su condición.

Ante esta tecnología, y como expone el autor en lectura con Adela Cortina, hay que dilucidar entre los avances realmente posibles y los meramente hipotéticos, porque la ética se fundamenta sobre realidades sociales y personales, aunque también puede tener una pretensión preventiva (p. 255).

En segundo lugar, el profesor López de Goicoechea entiende que los avances pueden resultar de intereses económicos de grandes empresas y en este sentido, la ciencia podría convertirse en ideología y desencadenar desigualdades e injusticias al reivindicar el derecho de los más fuertes y preparados (p. 256).

Por último, es fundamental definir la ética a la que se recurre para justificar la bondad moral de las propuestas, ya que no es lo mismo una ética consecuencialista que una principialista. Esta última se basa en un conjunto de principios previamente deliberados, antes de cualquier avance tecnocien-

tífico que implique una auténtica modificación del constructo humano o de su estar en la sociedad.

En este sentido, trazar el devenir de las tecnologías debería ser un quehacer de todas las personas, pues nos implica un cambio en nuestra condición humana incluso con la posibilidad de si dicho cambio nos mantiene como humanos o como una especie distinta. Como explica el autor, gozar o sufrir no son solo características aisladas en un individuo, sino que nos afecta a nuestro estar con los demás, son formas de relación solidaria y compasiva que siempre nos han acompañado como especie (p. 262). Por tanto, una alteración genético-neuronal de nuestro comportamiento, altera nuestras relaciones con los demás, esto es nuestros fundamentos racionales, cognitivos, perceptivos y relacionales.

Si un individuo busca liberarse del sufrimiento o la angustia mediante una intervención genética o neural, ¿podría considerarse un acto terapéutico? ¿Existe, entonces, un límite a la despersonalización? ¿es el estado quién debe trazar lo que se entiende por calidad de vida humana o puede abordarse desde la autonomía de elección? Todas estas cuestiones, entre muchas otras, son consideradas por el profesor López de Goicoechea en clave ética y jurídica (p. 270). Él distingue entre intervenciones terapéuticas, destinadas a mejorar la salud y, por lo tanto, generalmente aceptables, e intervenciones supra-terapéuticas, que podrían estar sujetas a restricciones según criterios de razonabilidad, universalidad y calidad de vida (p. 272). Diferente es el caso de las intervenciones que modifican la personalidad. En este ámbito, el profesor propone comprender al ser humano como un sistema complejo, donde el límite debe ser el equilibrio del propio sistema (p. 275). En consecuencia, el derecho podría asumir el papel de preservar esa integridad sistémica del individuo, regulando o limitando aquellas intervenciones que pongan en riesgo su estabilidad.

En definitiva, el libro que aquí se recensiona es una exhaustiva y estimulante obra que han escrito cinco profesores expertos en el tema que, con un cierto tono de responsabilidad, se adelantan a los retos que nos acontecen en el siglo XXI donde los derechos humanos deben marcar el devenir de la tecnología.

INÉS HUERGO GONZÁLEZ
Universidad Carlos III de Madrid
ihuergo@der-pu.uc3m.es

Asier MARTÍNEZ de BRINGAS,
Los derechos de los pueblos indígenas. Luchas por la descolonización,
Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 335 pp.

MARCO APARICIO WILHEMI
Universitat de Girona

Palabras clave: pueblos indígenas, descolonización, derechos colectivos, exclusión
Keywords: indigenous peoples, decolonization, collective rights, exclusion

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas como luchas por la descolonización, es un libro publicado en 2024 por Tirant Lo Blanch y el Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe (Universidad de Deusto). Su autor es el profesor Asier Martínez de Bringas, sin duda alguna uno de los máximos referentes en la materia. A lo largo de más de 25 años, Martínez de Bringas ha venido dedicando buena parte de su labor académica, y no solamente académica, al estudio, a la comprensión, a la pedagogía y, en términos generales, a la defensa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En sus 335 páginas y 7 capítulos, el libro nos ofrece una magnífica muestra de dos de las principales características del trabajo académico de su autor: un profundo compromiso humano y, consecuencia de este, la extrema rigurosidad del análisis. Se trata de una obra que compendia algunas de sus principales aportaciones en la materia, previamente publicadas en forma de artículos académicos en revistas de calidad contrastada. Como señala el propio autor, tal compendio ha llevado a la revisión y actualización de dichos textos. Así, cada capítulo cuenta con un apartado de conclusiones y diversas referencias al resto de capítulos, con lo que el resultado es una obra que, aunque puedan reseguirse los trazos del mosaico, goza de completa coherencia. Es más, al recoger en una única obra análisis que parten de diversas aportaciones previas, se nota que el autor ha querido, y ha conseguido, reforzar cada una de dichas contribuciones, ampliar su alcance, su consistencia teórica y la lucidez de las propuestas. Este libro nos brinda reflexiones de alto

vuelo, de amplia mirada, algo cada vez más marginal en el mundo académico actual, preñado de las exigencias del impacto indexado cuantificable.

Como trataré de exponer en las siguientes líneas, el libro tiene mucho de alquimia, o quizás sea de espeleología. Me explico: en mi también ya dilatada trayectoria académica en el terreno de los derechos colectivos de los pueblos indígenas he tenido ocasión, como es normal, de leer multitud de textos al respecto. Sin embargo, podría contar con los dedos de una mano las aportaciones que van más allá de una aproximación más o menos oportuna y más o menos bien contada sobre las normativas más novedosas, la jurisprudencia más relevante o los caracteres de las principales reivindicaciones indígenas. Entre las excepciones, sin duda la del profesor Bartolomé Clavero, nuestro maestro en la materia. Pues bien, si algo caracteriza el trabajo de Asier Martínez de Bringas, siendo este libro uno de sus más logrados resultados, es la clara intención de ir más allá de la letra de la norma, de la sentencia, de los textos y de los contextos. Me refiero a su incomparable capacidad de extraer la esencia de lo que cada previsión normativa y cada concepto de verdad implican o, si se prefiere, de adentrarse en el subsuelo para identificar los fundamentos, las raíces y los entramados de donde surgen los sentidos.

Vayamos por partes. Empezaremos por lo que plantea el título de la obra: la relación entre los derechos colectivos de los pueblos indígenas y la descolonización. Debemos partir de ello porque, en efecto, la razón de ser de esta obra es subrayar dicho vínculo, explicar de qué modo, con qué materiales y con qué alcances los derechos colectivos son condición indispensable de la descolonización. Como indica el propio autor, los derechos colectivos indígenas son “expresión señera de luchas por la descolonización, de reparación de las heridas y vulnerabilidades generadas por los procesos coloniales” y, en tal sentido, otorgan “perspectivas y alternativas sobre el reparto del poder en el ámbito de la soberanía, la organización territorial, las prácticas y formas de autonomía, los modelos de jurisdicción, las formas de desarrollo, el pluralismo jurídico y los derechos”.

¿Consigue el libro sustentar de modo convincente la radical naturaleza transformadora, y no meramente defensiva, de los derechos colectivos indígenas? En mi opinión, sí, y de manera rotunda. Y lo hace de un modo coherente, pues para ello se cree y ejerce la interculturalidad como metodología, algo que atraviesa toda la estructura y propuesta del libro.

Veamos cómo. El primer capítulo sitúa el piso conceptual esencial, esto es, el marco de la comprensión de los derechos colectivos, y lo hace combi-

nando dos dimensiones nucleares: por un lado, una concepción crítica de los derechos en la que estos recuperan su sentido más profundo: el de expresar el conflicto, la dialéctica que se produce en la relación entre poder y antagonismo; por otro lado, la mirada de los pueblos, sus propios parámetros, que fuerzan a entender los derechos en primer lugar frente al desprecio (se apoya aquí en Honneth) al que se da respuesta desde la que, según el autor, sería la auténtica ontología de los derechos indígenas: la especial consideración de la espacialidad con la que éstos viven y se expresan.

Así, y desde una incisiva crítica al “consenso racional liberal” y su operación de invisibilización de la dimensión política, esto es, conflictual y colectiva de los derechos, desarrolla los que el autor considera fundamentos materiales desde donde interpretar los derechos colectivos indígenas: i) Tierra, territorio y recursos naturales; ii) Patrimonio cultural indígena; iii) Formas de organización social; iv) Autonomía indígena.

El segundo capítulo es el dedicado a las herramientas metodológicas en que se fundamenta la naturaleza descolonizadora de los derechos colectivos. Pese a, diríamos, su carácter instrumental, a mi juicio se trataría de una de las piezas centrales de la obra. El autor busca ofrecer instrumentos metodológicos que permitan alejarse de la “analogía estratégica”, metodología con la que se ha venido disciplinando y asimilando el discurso indígena de los derechos. Ello se habría traducido “en una comprensión fatua y vacía de la interculturalidad, procediendo a proyectar sobre las maneras indígenas de vivir y expresar los derechos, el modo occidental de entenderlos y normativizarlos”.

Apoyándose en referentes como Tuhiwui (Descolonizar las metodologías. Investigación y Pueblos Indígenas, Tlalaparta, 2017) o Rivera Cusicanqui (Un mundo ch'ixi es posible. Ensayos desde un presente en crisis, Tinta Limón, 2018), el capítulo nos ofrece los instrumentos necesarios para otra comprensión de los derechos, una comprensión relacional y biocentrada. Se trata de una aproximación que identifica la ontología y la axiología que guían la epistemología indígena desde un diálogo múltiple y circular con la naturaleza, ecosistemas, con los ancestros... una relacionalidad que se nutre de principios como la correspondencia, la complementariedad, la reciprocidad y la ciclicidad. Se dibuja así la dimensión o esfera cósmica de la justicia, que es aquella que “transciende las relaciones sociales y las incluye en un proyecto de respeto y responsabilidad mayor. Es una justicia pluridimensional, siendo la dimensión social solo un momento de ella”.

El capítulo que sigue, el tercero, nos ofrece las “tramas para entender las luchas por la descolonización”. Para ello, se despliega buena parte del instrumental presentado en el capítulo segundo y se dibujan tres elementos clave: el diálogo intercultural entre órdenes jurídicos, los comunes-indígenas y la comprensión biocéntrica de los derechos de la Naturaleza. El autor insiste, pues, en la interculturalidad como metodología, para situar el diálogo entre el sistema normativo estatal y los sistemas normativos indígenas como piedra angular desde donde articular un verdadero pluralismo jurídico. No se trata, señala el autor, “de insertar los sistemas normativos indígenas en la Constitución de un Estado, como un capítulo más de su parte dogmática; resulta necesario construir un diálogo intercultural horizontal entre normatividades”.

La alusión a los comunes le sirve al autor para identificar el sujeto político de los derechos. En este sentido, los “comunes-indígenas” se presentan como modelo de abastecimiento de recursos basado en prácticas socio-colectivas de vida, “en interdependiente tensión con relaciones culturales y espirituales con el territorio y sus diferentes formas vivientes”. Se subraya, como cuestión esencial, que dichos modelos no son construcciones que surjan de un identitarismo esencialista, sino que son formas evolutivas y funcionales, estructuralmente dinámicas, en constante interrelación. Así, los comunes-indígenas “atraviesan y dan contenido material a la interculturalidad y plurinacionalidad como formas de organizar el poder; son condición de posibilidad y mediación necesaria para la implementación de los derechos colectivos”.

En tercer lugar, a través del instrumental que el libro viene desplegando, se nos ofrece algo tan oportuno como un antídoto frente a la banalización o mistificación de los derechos de la Naturaleza. Como señala el autor, “la mistificación implica transportar el discurso de Derechos de la Naturaleza, con su densidad semántica, más allá de la realidad, obviando reconocimientos y conquistas paralelas, complementarias, que ya regulan y desarrollan mucho de lo que esta retórica discursiva pretende”. Y se hace a partir, nuevamente, de la reivindicación de la dimensión política de los derechos: la subjetividad política de la Naturaleza se derivaría de la ontología vital que posee. Los derechos de la Naturaleza, así planteados, “nos obligan a ver y entender qué significa el ser humano en un mundo que está más allá de lo humano; nos fuerzan a mirar lo humano desde un poco más allá de lo humano”.

El cuarto capítulo nos lleva al desarrollo de la significación de la territorialidad indígena, y se hace desde una perspectiva decolonial, esto es, des-

de el marco de sentido de los pueblos indígenas. Así, frente a la concepción occidental que parte del concepto de propiedad de orden civilista, “los sistemas normativos indígenas construyen el concepto de territorio intrínsecamente adosado al concepto de pueblo (indígena), pero desde las posibilidades que otorgan derechos colectivos, como la autonomía, condición de posibilidad para gestionar soberanamente los territorios indígenas”. Se evidencia así la aporía del “consenso liberal de ensoñaciones trascendentales”, para, de nuevo, partir del “polémico y antagónico encuentro de pluralidad de bienes y valores, alérgicos a la conformidad uniformizante”. Pero, al mismo tiempo, el capítulo da cuenta de la viabilidad de un Derecho intercultural para los pueblos indígenas, acudiendo a la labor realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la célebre sentencia sobre el caso *Awas Tingni* (2001). Esta aproximación intercultural vendría a recoger, de algún modo, una noción de propiedad simultáneamente individual, comunitaria y supracomunitaria que comprende derechos de las antiguas y de las futuras generaciones. La propiedad indígena, añade el autor, “nunca es estrictamente absoluta o exclusiva; existen siempre un conjunto de mediaciones que actúan como restricciones o limitaciones a esa dimensión absoluta de la propiedad, como son las familiares, las comunitarias, las supracomunitarias, etc.”. Con esos mimbres se señala el germen de lo que debería ser no un mero encuentro de modelos o comprensiones normativas, sino un verdadero un pacto intercultural.

Los capítulos quinto y sexto abordan dos dimensiones imprescindibles: los sistemas normativos indígenas y la naturaleza del pluralismo jurídico y, en segundo lugar, la configuración de la autonomía. Al referirse al modo en que debería entenderse el pluralismo jurídico, aparece una idea medular: la profunda interdependencia de los sistemas normativos propios con el resto de los derechos colectivos indígenas (territorialidad, autonomía, cultura, jurisdicción indígena, etc.). De esta manera, tales sistemas normativos vendrían a ser el “nudo cosmovisional” de todos los derechos colectivos en su conjunto, siendo el “derecho al propio Derecho” la condición de posibilidad para la producción, reproducción y desarrollo de otros derechos indígenas. Tras ello, se abordan distintas formas de realización de los sistemas de justicia indígena, a partir de ejemplos de Derecho comparado y analizando su relación con el marco de los derechos humanos. En este ámbito, uno de los más frecuentemente debatidos, el planteamiento del autor defiende un “garantismo intercultural”, de nuevo de modo coherente con el hilo discursivo

de la obra en su conjunto. Se postula la relación entre los derechos colectivos y derechos individuales “no desde una prioridad lógica, analítica ni epistémica de lo individual sobre lo colectivo”, sino desde “una constante tensión y confrontación de lo uno con lo otro para resolver conflictos de bienes jurídicos entre derechos. Es necesario un reconocimiento de la doble dimensión de todo derecho –individual y colectiva–, para desentrañar la tensión cuya resolución exigiría un análisis intercultural localizado y situado”.

Respecto de las autonomías indígenas, el autor nos regala reflexiones que van más allá de lo que habitualmente puede hallarse en la bibliografía especializada. El punto de partida es el siguiente: “La autonomía implica una tensión intercultural de gran potencia que complejifica y hace difícilmente traducible el modelo indígena de autonomía, a las maneras estatales de comprenderla, formalizarla y normativizarla”. Dibuja el capítulo una dimensión emancipadora-crítica de la autonomía indígena en disputa con las formas de gobernanza estatal, con la razón de Estado y el modo en que las autonomías colectivas tratan de ser incorporadas por medio de una comprensión estatalizada del Derecho que tiende a –si no pretende– desactivar dicha dimensión emancipadora, descolonizadora. Reforzando el hilo que atraviesa la obra, también en la dimensión del autogobierno aparece la necesidad de abordar una comprensión compleja, amplia, materialmente exigente. Ello implica que, en palabras de Martínez de Bringas, no se pueda desvincular la autonomía indígena de la plurinacionalidad, de la habilitación intercultural de pueblos y naciones como sujetos políticos con soberanía, como, también, del reconocimiento de una economía plural, lo que implica la coexistencia articulada en el Estado de diferentes modos de producción y organización de la vida, así como de una plural comprensión de lo jurídico para su implementación. Tras estas consideraciones, el autor analiza los componentes del despliegue del proyecto autonómico, a través de la mencionada dialéctica, en cuatro países (Bolivia, Ecuador, Perú y Colombia).

Llegamos ya al último capítulo, el séptimo, dedicado a los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario. Debo reconocer que, en una inicial aproximación de primera lectura en diagonal, la impresión que tuve fue la de que se trataba de una especie de adenda, un *bonus track* sin duda interesante pero quizás prescindible. La posterior lectura, ya pausada, me llevó a la conclusión contraria: se trata de un excelente colofón al conjunto del libro, una parte que retoma y potencia los principales ejes que lo atraviesan y le dan forma.

En efecto, la mirada sagaz del autor le permite ubicar en un objeto *a priori* “menor”, las cuestiones con mayor carga de profundidad del debate jurídico-político en el que se insertan los derechos colectivos de los pueblos indígenas. El enfoque es el siguiente: si los derechos humanos surgen como exigencias para dar soluciones a situaciones complejas de exclusión y vulnerabilidad, los pueblos indígenas en situación aislamiento voluntario, dada la extrema vulnerabilidad que padecen, deberían ser objeto prioritario de protección y, añadiríamos, de análisis y comprensión. La razón, en palabras del autor, estaría en que “estos pueblos dan auténtico sentido a la universalidad de los derechos, precisamente, porque sus reclamaciones son un intento de recomponer la maltrecha e ideológica universalidad eurocentrada. Sin un compromiso prioritario por la causa de estos pueblos, la universalidad de los derechos estará en peligro de extinción”. Nos habla el capítulo de la necesidad de identificar “los mimbres de otra modernidad posible”, de otro universalismo y del papel central de los pueblos indígenas en dicha empresa.

A través de la figura del *homo sacer* del derecho arcaico romano, retomado por Agamben, se sugiere una analogía con la posición de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, pues representan las condiciones de una plena disponibilidad biopolítica, de su carácter explotable y, al mismo tiempo, prescindible, exterminable. Desde ahí, propone el autor una reconstitución de la universalidad de los derechos, desde un lugar de enunciación diferente, el de la vulnerabilidad, y para ello propone dar prioridad táctica y asumir un compromiso especial con los pueblos en aislamiento voluntario. De esta exigencia de justicia se deriva la cuestión de la responsabilidad colectiva por los daños causados en la estructura cosmovisional de los pueblos indígenas. Como conclusión, “todo planteamiento público de responsabilidad exige el desarrollo de políticas públicas de restitución (de territorios y recursos usurpados); de compensación (por el daño sufrido, por lo que resulta imposible restituir); y de reconocimiento (de derechos colectivos)”.

Como ha quedado de manifiesto, esta recensión no ha podido ocultar la debilidad de quien la firma, devoción incluso, por el trabajo de Asier Martínez de Bringas. Considero que se trata de un libro de lectura imprescindible, y no solamente para quienes tengan interés en entender las implicaciones de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en el contexto que estas se dan. Al mismo tiempo, y como consecuencia de ello, es una aportación de enorme trascendencia en la construcción, cada vez más urgente, de una teoría crítica de los derechos humanos.

La actualidad y urgencia del debate son indiscutibles. El libro nos invita a atrevernos a pensar también desde otros parámetros, y digo también y no al margen de. Como señala de manera incisiva el autor: “la crítica que ejercen los derechos colectivos pretende provincializar Occidente; enfatizar el carácter local de su manera de entender la Vida, los derechos, el desarrollo. Descolonizar, en este sentido, implica devolver a los derechos individuales su sentido particular, localizado en una cultura, lejos de la pretendida universalidad transversal y emancipatoria que se arrogan”.

Buena parte de quienes hemos querido dedicar nuestra atención académica (y no solamente académica, claro está) a las reivindicaciones de los pueblos indígenas lo hemos hecho a través al menos de la intuición de que se trataba de un punto nodal para la comprensión y para la crítica de los dispositivos de dominación y despojo de un sistema económico, el capitalista, profundamente depredador e injusto, a la par que incompatible con la continuidad de los ciclos naturales que nos han dado vida. Pero no basta con la crítica, es necesario identificar los elementos para su transformación y apuntalar en lo posible las herramientas que han de permitir su realización. Y sí, pese a todo, seguimos sin renunciar al instrumental de los derechos, aunque conscientes de que solamente se pueda sostener la apuesta con un intenso replanteamiento de su naturaleza, de sus sentidos y de sus formas de garantía. Para todo ello, y no es poco, este libro es desde ya referente e inspiración.

MARCO APARICIO WILHEMI
Universitat de Girona
e-mail: marco.aparicio@udg.edu

Elena Carolina DÍAZ GALÁN,
La protección diplomática. El caso español,
Dykinson, Madrid, 2024, 230 pp.

FÉLIX VACAS FERNÁNDEZ
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: protección diplomática, responsabilidad internacional de los Estados, derechos humanos
Keywords: Diplomatic protection, State international responsibility, human rights

La protección diplomática es una de las instituciones jurídicas clásicas de Derecho Internacional; en el doble sentido de que existe ya en, y es propia del, Derecho Internacional Clásico y que, como tal, ha sido objeto de una amplia y continuada práctica de los Estados y también de estudio por parte de la doctrina. En relación con lo primero, en efecto, la protección diplomática se ancla, por su misma esencia –su naturaleza, concepto, alcance y funcionamiento– en la lógica de relaciones de Estado soberano a Estado soberano, propia del Derecho Internacional Clásico, cuando los individuos eran tratados por el Derecho Internacional como mero objeto –el elemento población del Estado–, como propiamente *súbditos* del Estado del que eran nacionales únicamente; aproximación muy alejada, por tanto, de la lógica humanizante del Derecho Internacional Contemporáneo, a partir de 1945, en cuyo marco los individuos son, ahora ya sí, sujetos titulares de derechos reconocidos a nivel internacional; por sí mismos y por el hecho de ser humanos, independientemente de su nacionalidad y, por consiguiente, de los Estados de los que sean nacionales.

Sin embargo, ello no ha sido óbice para que la protección diplomática no solo haya seguido siendo utilizada por los Estados para defender a sus nacionales ante terceros Estados, sino, incluso, para ser vista por, al menos, parte de la doctrina, como un mecanismo existente y, por tanto, factible de

aplicación efectiva de los Derechos Humanos. De este modo, al menos para algunos, en el tiempo presente la protección diplomática habría experimentado una evolución para acabar convirtiéndose en institución jurídica, si no propia, sí al menos profundamente relacionada con la lógica contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y menos con el Derecho de la Responsabilidad Internacional de los Estados en sus puras relaciones interestatales clásicas.

Respecto a lo segundo, en efecto, tanto la práctica como la doctrina internacionales han prestado, y siguen haciéndolo a día de hoy, una sostenida y amplia atención a la protección diplomática. Así, por ejemplo, a nivel internacional la CDI aprobó en 2006 el *borrador de artículos sobre Protección Diplomática*; mientras que, a nivel interno de los Estados, tanto el legislador como los tribunales de los Estados vienen adoptando decisiones sobre ella hasta el presente, como es el caso de España. Ello es prueba, de un lado, de la buena salud de la que sigue gozando la protección diplomática como mecanismo de aplicación en el Derecho Internacional del tiempo presente; aunque, de otro, también lo sea, desgraciadamente debo decir, de las imperfecciones, vacíos e ineficacias de los mecanismos de aplicación internacionales de derechos humanos en sentido propio, en los que las personas posean *ius standi* –directo o indirecto– y, por consiguiente, tengan la capacidad de hacer valer su propio derecho por sí mismas y no a través, todavía, del Estado del que son nacionales: las carencias en la subjetividad activa de la persona humana como sujeto de Derecho Internacional explica, en fin, la continua vigencia en Derecho Internacional de la protección diplomática y el continuado atractivo para la doctrina que ésta genera.

Un buen ejemplo de ello es la monografía que la profesora Elena Díaz acaba de publicar: “buen”, en el doble sentido de servir de ejemplo perfecto a lo indicado, pero también de indicar su calidad como estudio profundo, sistematizado y riguroso de la materia. Y es que, en él la profesora no solo aborda las mencionadas cuestiones, centrales en los estudios y debates doctrinales sobre la protección diplomática, a partir de un análisis que parte de los orígenes de la institución clásica; sino que, con buen tino y de manera rigurosa, muestra la evolución de la práctica y los debates en la doctrina iusinternacionalista en torno a la misma hasta la actualidad. Y lo hace, además, con el objetivo, reconocido desde el título, de estudiar y extraer lecciones de la aplicación y regulación interna de la protección diplomática en España, donde, en los últimos años se ha desarrollado práctica y jurisprudencia en la

materia, cuyo necesario y muy útil análisis ayuda no solo a comprender los debates indicados, sino a alcanzar importantes conclusiones y, quizás incluso, a mostrar algunas buenas prácticas en la materia, junto, también, incertidumbres y ciertas críticas.

Así, la autora dedica el primer apartado de su monografía a mostrar la aproximación clásica a la figura de la protección diplomática; mientras que, en el apartado segundo, enlaza lo anterior con una aproximación más propiamente contemporánea, vinculándola con los derechos humanos. Para, a partir de estas bases teóricas propiamente iusinternacionales, pasar en el apartado III a analizar el “caso Couse”, la actuación de España en relación con él y la jurisprudencia interna a la que dio lugar; muy especialmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2021.

Este análisis de la teoría internacional y de la reciente práctica española sobre la protección diplomática le permitirá a la autora, en la segunda parte de la obra, adentrarse a tratar de responder algunas de las cuestiones abiertas respecto a la protección diplomática: en el apartado IV, la cuestión, ni simple ni sencilla, de las ventajas de contar con un concepto preciso de protección diplomática; el esencial, pero a la vez problemático asunto, abordado en el apartado V, de la discrecionalidad de los Estados a la hora de ejercitar la protección diplomática, como derecho propio de los Estados soberanos que es, y que muestra las imperfecciones y, por qué no decirlo, contradicciones que encierra la utilización de un mecanismo de naturaleza y esencia clásica como instrumento de respuesta a las imperfecciones del sistema internacional, propiamente contemporáneo, de protección de derechos humanos.

Para terminar en el apartado VI, como resulta lógico, abordando el contenido de la protección diplomática: la responsabilidad internacional, clásica, del Estado infractor; pero también su posible concreción a través de la responsabilidad del Estado, que la autora denomina “protector”; esto es, del Estado del que es nacional la persona cuyos derechos han sido violados y que se ha negado, con base en su discrecionalidad soberana, a ejercer su propio derecho a la protección diplomática de sus súbditos, de sus nacionales. Es aquí donde el análisis alcanza toda su complejidad, porque necesariamente debe saltar de la lógica clásica del Derecho Internacional –relaciones de Estado a Estado, derecho propio del Estado soberano, discrecionalidad en su ejercicio, etc.– a la lógica del Derecho interno de defensa de los derechos de las personas: el reconocimiento de un derecho a los ciudadanos a exigir de su propio Estado el ejercicio de la protección diplomática, como proyección

de un derecho a la tutela efectiva en el ámbito internacional –de naturaleza, en este caso y en atención al ámbito en el que se despliega, no judicial sino administrativa– de los derechos de sus ciudadanos, y, en caso de no hacerlo, el establecimiento de la correspondiente sanción jurídica interna al Estado a través de una indemnización pecuniaria, al caer en responsabilidad patrimonial interna por violación de ese derecho.

Y la profesora Díaz lo aborda con soltura, habilidad y claridad. Se trata, en fin, de un estudio sólido, riguroso y bien construido que muestra la protección diplomática y su evolución desde los ojos del presente fijos no solo en Derecho Internacional, sino en Derecho interno español, donde se ha experimentado un, en palabras de la autora, “doble giro” de gran trascendencia jurídica, al menos para España y sus ciudadanos.

FÉLIX VACAS FERNÁNDEZ
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: felix.vacas@uc3m.es

NOTICIAS

Proyecto EDI-DER
**“Derechos humanos y desinstitucionalización:
apoyos, cuidados y acogimientos inclusivos”**

El Instituto de Derechos Gregorio Peces-Barba desarrolló durante el año 2023 un Estudio sobre los procesos de desinstitucionalización y transición hacia modelos de apoyo personalizados y comunitarios (en lo que sigue EDI), financiado por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, que se proyectó sobre las personas con discapacidad, las personas mayores, las personas en situación de sinhogarismo y los niños, niñas y adolescentes (<https://estudiodesinstitucionalizacion.gob.es/>). EDI permitió realizar un diagnóstico fiel de la realidad y situación actual del sistema de cuidados en España, analizar las recomendaciones internacionales y europeas en la materia y diferentes experiencias de alternativas de vida en la comunidad y ofrecer algunas orientaciones generales para la materialización de la exigencia de desinstitucionalización en el sistema español.

Teniendo en cuenta la complejidad del cambio que se plantea y su carácter sistémico y gradual, el Proyecto EDI-DER (Código PID2023-149113NB-I00) financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación y FEDER/UE pretende arrancar de los resultados de EDI para avanzar en el conocimiento generado, llevando a cabo una investigación exhaustiva en un horizonte temporal más amplio y que se centrará específicamente en determinados ámbitos temáticos considerados esenciales, desde un enfoque de derechos humanos, para desarrollar con garantías los procesos de desinstitucionalización en España.

Así, EDI-DER, que se referirá a los cuatro grupos poblacionales tratados ya en EDI, parte de la hipótesis general de que los procesos de desinstitucionalización exigen cambios profundos en el marco ético-cultural del modelo de atención institucional que apuntan a un nuevo modelo de cuidados y apoyos cuya materialización requiere, a su vez, como dimensiones básicas, cambios en el marco jurídico y en el marco de calidad de evaluación de los servicios.

En este sentido, el proyecto EDI-DER gira entorno a los siguientes objetivos:

- 1) **Marco ético-cultural.** Profundizar en el estudio y comprensión del marco ético del enfoque de derechos identificando los elementos de una cultura de los cuidados basada en los derechos y los rasgos del modelo de cuidados, apoyos y acogimientos inclusivos. Se trata, en definitiva, de profundizar en los rasgos que caracterizan el modelo de apoyos y cuidados basado en la cultura institucional y el modelo de apoyos y cuidados basado en la cultura de los derechos humanos.
- 2) **Cambios jurídicos.** Realizar una revisión exhaustiva, amplia e integral del marco jurídico nacional –en el nivel estatal, autonómico y local– implicado en el proceso de desinstitucionalización y plantear propuestas concretas de implementación de los cambios jurídicos considerados necesarios con enfoque de derechos y perspectiva de género.
- 3) **Calidad ética.** Plantear un modelo completo de evaluación de calidad de los servicios basado en los derechos y con incorporación de la perspectiva de género, que incluya marcos de referencia –estándares, criterios– e indicadores –sistemas e instrumentos de evaluación– entre ellos auditorías éticas, acordes con el enfoque de derechos y que incorpore como marco específico para la medición del impacto socioeconómico la metodología del impacto social de la inversión.

En este proyecto, del que son investigadoras principales María del Carmen Barranco Avilés, Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid y Patricia Cuenca Gómez, Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid participan, además, como personal del equipo investigador investigadoras e investigadores de las Universidades Carlos III de Madrid, Valencia, Miguel Hernández, CUNEF, Pontificia de Comillas y Jaén a los que se suman, como equipo de apoyo, personal investigador, entre otros centros, de la Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, de la Università degli Studi di Ferrara, de la Universidad del Mar del Plata, del Consejo Superior de Investigaciones Científicas y de la propia Universidad Carlos III de Madrid, así como estudiantes del doctorado.

Los resultados del Proyecto, que se plasmarán principalmente en publicaciones, seminarios y congresos, impactarán en el nivel científico-técnico y propiciarán la transferencia del conocimiento al ámbito social contribuyendo a avanzar en la solución de un desafío central en nuestras sociedades, esto es, desinstitucionalizar el sistema de cuidados, lo que no sólo beneficiarán a diferentes grupos poblacionales en situación de vulnerabilidad que precisan atención, sino también a las personas que cuidan, y, además, a la sociedad en su conjunto.

La determinación de las exigencias que el enfoque de derechos proyecta en el modelo de atención y la materialización del cambio cultural y jurídico que este enfoque reclama redundarán en la construcción de comunidades que ponen los cuidados en el centro, que garantizan la igualdad de género, que promueven la inclusión y participación de todas las personas y les garantizan el desarrollo de proyectos de vida elegida.

Más información en: <https://estudiodesinstitucionalizacion.gob.es/proyecto-edi-der/>

PATRICIA CUENCA GÓMEZ

**Seminario "Per una critica organica del discorso razzista,
a cargo del profesor Alberto Burgio,
Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba
de la Universidad Carlos III de Madrid, 2 y 3 de abril de 2025**

El día 2 de abril el profesor de Historia de la Filosofía de la Universidad de Bolonia Alberto Burgio empezó su intervención explicando la dimensión conceptual del discurso racista, una forma discursiva cuya carga eminentemente emocional incita a la violencia. Señaló que, en el ámbito de la psicología social y la ética, las emociones tienen una influencia relevante a tal punto que son capaces de mover el mundo y, por lo tanto, que para entender el discurso racista hay que estudiar las emociones y sentimientos.

Resaltó que, si bien no existe en la naturaleza razas humanas, esto es, grupos humanos identificados por herencias genéticas diferentes y estables en el tiempo, el racismo como forma discursiva representa un conjunto de ideas, juicios y estereotipos que conforman una ideología que es propia del mundo moderno cuyo objetivo es legitimar y justificar la violencia estructural expresada a través de la discriminación, persecución, opresión y exterminio de lo que considera como razas humanas inferiores.

Burgio explicó que Ortega y Gasset proponía un modelo que asegurase la libertad humana, la libertad creativa del hombre. A partir de dicho presupuesto se pregunta ¿Pueden ser determinadas características antropológicas el motor decisivo en la conformación de una civilización? A lo que responde, el principio de razas entendida como entidad histórica consiste en la intervención de las diversas razas en la integración de una civilización. De tal manera que toda civilización está compuesta por distintas razas.

El profesor de la Universidad de Bolonia sostiene que el racismo como forma discursiva y expresión ideológica surge para resolver las contradicciones de la modernidad y crisis moral generada por la violación sistemática de los principios fundamentales de la ética universalista. La violencia estructural manifestada a través del brutal sometimiento de las colonias, el exterminio de las poblaciones nativas y el tráfico de millones de esclavos africanos -explica- solamente podría ser justificada por la ideología racista.

El día 3 de abril el profesor Burgio empezó su exposición explicando la dimensión sistémica del racismo según la cual todo grupo humano es potencialmente susceptible de ser considerado como una raza. Indicó que la dimensión taxonómica del discurso racista es un instrumento de lectura analítica de la realidad y normativa como fuente de modelo axiológico de la conducta. Además, señaló que la articulación del discurso racista en la transformación de un grupo en raza es sustancialmente simbólica y unitaria.

Para el profesor de la Universidad de Bolonia el racismo no es la expresión de una emoción o sentimiento, en todo caso, es una consecuencia que se traduce en una ideología que es proyectada a través de un discurso en determinado contexto histórico. Al racismo como antropología, ideología y discurso subyace, a su juicio, una lógica identitaria o desigualitaria. Por otro lado, agrega que la violencia no es necesariamente un elemento intrínseco y consustancial del racismo sino una representación semántica.

Además, expuso que la fuerza del discurso racista reside en su capacidad performativa y expansiva. Lo anterior significa que el racismo a través de su retórica es capaz de proyectar una realidad simbólica que se transforma en un sentimiento cuyo impacto es colectivo, el cual es para Burgio, un instrumento capaz de ejercer y justificar la dominación sobre las razas humanas inferiores. Lo anterior explicaría cómo la ideología racista resuelve la disonancia cognitiva originada en la crisis axiológica de la modernidad.

¿Cuál es la fuente primaria del racismo? El profesor Burgio sostiene que el origen del racismo reside en el sentimiento de culpa en la medida que este constituye un medio para resolver la contradicción ética derivada de la violación de los principios universalistas en los que se apoyó y fundó el tránsito a la modernidad. A través de la ideología racista los opresores se liberan del sentimiento de culpa que acompaña la angustia moral, utilizando sus palabras, el racismo permite silenciar el sentimiento de culpa.

SEBASTIÁN IBARRA GONZÁLEZ

CV DE LOS PARTICIPANTES

ANTONIO CARLOS WOLKMER

Doctor en Derecho. Profesor emérito y profesor catedrático jubilado de la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC). Profesor de los Programas de Postgrado en Derecho de la Universidad La Salle (Unilasalle, RS) y Unesc- SC, donde también coordinó la Maestría en Derechos Humanos y Sociedad (2016-2023), Brasil. Es investigador nivel 1-A del Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (CNPq). Miembro del Instituto Brasileño de Abogados (IAB/RJ). Socio de Honor de SASJu - Sociedad Argentina de Sociología Jurídica. También es miembro del Grupo de Trabajo “Pensamiento jurídico crítico y conflictos sociopolíticos” (CLACSO, Buenos Aires). Member International Political Science Association (IPSA, Canada), del Research Committee on Sociology of Law (RCSL), del RELADES (Colombia) y del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (Lima, Perú) y de la RED REDALC (Chile). Profesor visitante en varias universidades de Brasil, Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Venezuela, México, Italia y España (Máster en Derechos Humanos e Interculturalidad, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla).

ORSETTA GIOLO

Professoressa associata de Filosofía del Derecho en el Dipartimento di Giurisprudenza de la Universidad de Ferrara. Miembro del Consejo de Dirección de Macrocrimes - *European Legal Studies Centre on Major Crime* (<http://www.macrocrimes.eu/it/>). Desde 2010 coordina, con Lucia Re el “Gruppo di lavoro interuniversitario sulla soggettività politica delle donne”. Es también miembro del Consejo de coordinación de GIFTS Network - Studi di genere, Intersex, Femministi, Transfemministi e sulla sessualità, y uno de los miembros fundadores de ASSGE - Association for legal Gender Studies. Entre sus recientes publicaciones: *Una storia dei diritti delle donne* (with A. Facchi) (2023); *Giudizio e pregiudizio. Gli stereotipi di genere nel diritto* (with M.G. Bernardini, a cura di, 2024); *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto* (with A. Facchi) (2020); *Il diritto neoliberale* (2020).

DOLORES MORONDO TARAMUNDI

Es Investigadora Principal del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto (Bilbao). Obtuvo un doctorado en Derecho en el Instituto Universitario Europeo de Fiesole con una tesis de teoría feminista del Derecho dedicada al dilema de la diferencia. Es miembro de la Red Europea de expertas legales de igualdad y no discriminación de la Comisión Europea. Sus principales áreas de investigación y publicación son el derecho antidiscriminatorio, las teorías críticas del derecho, los derechos humanos y la metodología jurídica.

MARIA GIULIA BERNARDINI

Professoressa associata de Filosofía del Derecho, enseña Derecho y género, Teorías de los derechos humanos, Bioética y tecnologías emergentes y Clínicas legales en la Universidad de Ferrara. Ha participado en investigaciones de relevancia nacional e internacional sobre la lucha contra la institucionalización no voluntaria de personas con discapacidad y personas mayores, así como en la promoción del derecho a la vida independiente. En el ámbito de las teorías críticas del derecho, sus principales intereses de investigación se centran en los estudios sobre discapacidad, envejecimiento, feminismo y género, también desde una perspectiva interseccional. Entre sus publicaciones: *Disabilità, giustizia, diritto* (2016), *La capacità vulnerabile* (2021), *Anziani e diritto all'abitare. Bisogni, diritti e prospettive tra locale e universale* (2023), *Judith Butler* (2025). Junto a Orsetta Giolo, ha editado *Le teorie critiche del diritto* (2017), *Abitare i diritti* (2021) y *Giudizio e pregiudizio* (2024).

DAVID SÁNCHEZ RUBIO

Es Profesor Titular y director del Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Profesor invitado en diversas universidades de España, Bélgica, Portugal, México, Ecuador, Colombia, Costa Rica, Argentina y Brasil. Autor de más de 120 artículos y de diversos libros sobre teoría crítica de los derechos humanos, democracia, educación en ciudadanía, migración, trata de personas, poder constituyente y pensamiento de liberación latinoamericano. Entre sus libros destacan: *Encantos y desencantos de los derechos humanos* (2011); *Derechos humanos instituyentes. Pensamiento crítico y praxis de liberación* (2018); *Miradas críticas en torno al derecho y la lucha social: confluencias con América Latina* (2023).

ANDRÉS ROSSETTI

Abogado, Universidad Nacional de Córdoba. Master en International Human Rights Law, Universidad de Lund, Suecia. Dottore di ricerca in Diritti Umani, Universidad de Palermo, Italia. Profesor de Derecho Constitucional en la UNC. Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, UNC. Profesor de Posgrado en distintas universidades de Argentina, Italia, España y otros.

CAROL PRONER

Abogada, Doctora en Derecho Internacional, Profesora de la Universidad Federal de Rio de Janeiro, miembro de la Comisión de Ética Pública de la Presidencia de la República. Autora de artículos y libros sobre derechos humanos, derechos fundamentales y democracia, Derecho Internacional Público y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

ANDRÉS GASCÓN CUENCA

Es vicedecano de Investigación y Calidad de la Facultat de Dret, doctor en Derecho (premio extraordinario de doctorado de la Universidad de Valencia año 2018), investigador en el Instituto de Derechos Humanos, Codirector de la Clínica Jurídica per la Justícia Social de la Facultat de Dret, y profesor en el Departamento de Filosofía del Derecho y Política, todas ellas estructuras de la Universidad de València. Sus líneas principales de investigación son la filosofía del derecho que trata la teoría del reconocimiento, la protección de los derechos humanos en el contexto de las minorías sociales (sobre todo respecto del discurso del odio, el

racismo y la xenofobia, y la utilización de perfiles étnicos), el acceso a la justicia y la educación jurídico-clínica.

JOSÉ RAMÓN POLO SABAU

Es catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado en la Universidad de Málaga. Ha realizado siete estancias de investigación en diversas universidades extranjeras (Berkeley, Londres, Edimburgo, Dublín, La Sorbona y París II) y es autor de más de una decena de libros y cerca de setenta artículos y colaboraciones en obras colectivas sobre temas de su especialidad.

GONZALO FERNÁNDEZ CODINA

Profesor asociado de Filosofía del Derecho en la Universidad de Barcelona. Abogado ejerciente. Autor de dos monografías: “Gestación subrogada: crítica a sus críticas : sobre porqué es moralmente lícita y legalizable” (2019) y “Prisión permanente revisable: una nueva perspectiva para apreciar su constitucionalidad en tanto que pena de liberación condicionada” (2019). Especializado en temas de nacionalismo y secesión tras defender la tesis doctoral “Legalidad y legitimidad de la secesión: un análisis histórico, jurídico y filosófico” (2023).

ÁNGELES SOLANES CORELLA

Catedrática de Filosofía del Derecho y actualmente Vicerrectora de Formación Permanente, Transformación docente y Empleo de la Universitat de València. Preside el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes. Ha publicado diversos libros y múltiples artículos en revistas científicas especializadas y entre sus monografías más recientes puede citarse *Derechos y Culturas. Los retos de la diversidad en el espacio público y privado* (2018) y *¿Castigar o premiar? Las sanciones positivas* (2023). Ha participado en múltiples proyectos de investigación y en este momento dirige el Proyecto de Generación de Conocimiento PID2023-147896OB-100 “Derechos humanos e inmigración: repensar la integración en tiempos oscuros”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Ha realizado estancias de investigación en universidades y centros de reconocido prestigio internacional, entre otros, en París, Milán, Bruselas, Ginebra, Londres, San Diego, Bucarest, Toulouse, Moscú y Montreal.

Instrucciones para publicación de artículos en Derechos y Libertades

Instrucciones para los autores establecidas de acuerdo con la Norma AENOR UNE 50-133-94 (equivalente a ISO 215:1986) sobre Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie y la Norma AENOR UNE 50-104-94 (equivalente a ISO 690:1987) sobre Referencias bibliográficas.

- La extensión máxima de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 30 folios a espacio 1,5 aprox. y 10 folios a espacio 1,5 para las reseñas. Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract de 10 líneas con un máximo de 125 palabras y unas palabras clave (máximo cinco).
- Los originales serán sometidos a informes externos anónimos que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Derechos y Libertades no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a Derechos y Libertades comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de Derechos y Libertades. Los originales no serán devueltos a sus autores.
- Se deben entregar en soporte informático PC Word a las direcciones electrónicas de la Revista (fcojavier.ansuategui@uc3m.es; derechosylibertades@uc3m.es). Para facilitar el anonimato en el informe externo, se deberá incluir una copia donde se deben omitir las referencias al autor del artículo y otra copia donde existan estas referencias. En un fichero aparte, se deben incluir los datos del autor, ORCID, dirección postal de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas.
- Los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista y la separata digital.

Derechos y Libertades recomienda el uso de lenguaje inclusivo en los trabajos presentados para su evaluación. Asimismo, la Revista informará sobre aquellos trabajos que tengan en cuenta el género en sus datos de origen

Derechos y Libertades establece el uso de las siguientes reglas de cita como condición para la aceptación de los trabajos:

Libros: E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

Trabajos incluidos en volúmenes colectivos: G. JELLINEK, “La declaración de derechos del hombre y el ciudadano”, trad. de A. García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, “La semantica della teoria del diritto” en U. SCARPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

Artículos contenidos en publicaciones periódicas: N. BOBBIO, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *Anuario de derechos humanos*, núm. 1, 1981, pp. 2-28.

Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión cit., Como por ejemplo: M. WEBER, “La política como vocación”, en Id., *El político y el científico*, cit.

Los artículos deberán enviarse siguiendo las reglas de edición del siguiente formato:

TITULO PRINCIPAL TIMES NEW ROMAN 14 MAYÚSCULA NEGRITA

TITULO EN INGLÉS TIMES NEW ROMAN 14 MAYÚSCULA NORMAL CURSIVA

AUTOR TIMES NEW ROMAN VERSALITAS 12

Universidad Times New Roman Cursiva normal 12

Resumen: *Resumen, cursiva, Times New Roman 12*

Abstract: *Resumen en inglés, cursiva, Times New Roman 12*

Palabras clave: Times New Roman, 12, normal, separadas por comas, sin punto final.

Keywords: Times New Roman, 12, normal, separadas por comas, sin punto final.

1.- TITULO NIVEL 1, TIMES NEW ROMAN, 12, MAYÚSCULA NORMAL

1.1.- Título nivel 2, Times New Roman, 12, minúscula, negrita

1.1.1.- Título nivel 3, Times New Roman, 12, minúscula, cursiva

1.1.1.1.- Título nivel 4, Times New Roman, 12, minúscula, negrita

Texto del artículo, Times New Roman 12, interlineado 1,5, sangría 1 tabulador primera línea¹

AUTOR FIRMA TIMES NEW ROMAN VERSALITAS 12

Universidad Times New Roman Cursiva normal 12

Dirección postal Times New Roman Cursiva normal 12

E-mail: email Times New Roman Cursiva normal 12

1 Texto de las notas al pie, Times New Roman, normal, 10.

Política editorial sobre el uso de inteligencia artificial en *Derechos y Libertades*

1. Introducción

En *Derechos y Libertades. Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, perteneciente a la Universidad Carlos III de Madrid, estamos comprometidos con la integridad científica y la transparencia en el uso de la inteligencia artificial (IA). Esta política establece directrices claras sobre el uso adecuado de herramientas de IA para autores, revisores y editores.

2. Principios generales

De acuerdo con las directrices de la Declaración de COPE y las mejores prácticas en la comunidad científica:

- Las herramientas de IA no pueden cumplir con los criterios de autoría, ya que no pueden asumir la responsabilidad del contenido científico.
- No pueden gestionar conflictos de intereses, derechos de autor ni tomar decisiones éticas por su propia cuenta.

3. Uso de IA por parte de los autores

3.1. Declaración de uso:

Los autores deben declarar explícitamente el uso de cualquier herramienta de IA en la redacción o análisis de sus manuscritos. Se debe especificar el software utilizado, las funciones aplicadas y las secciones del manuscrito donde se ha empleado.

3.2. Responsabilidad de la originalidad

El autor es responsable de la originalidad del contenido generado o asistido por IA. El material generado no debe infringir derechos de terceros ni plagiar contenidos existentes.

3.3. Revisión de contenido asistido por IA

Los autores son responsables de revisar y verificar cuidadosamente cualquier contenido generado por IA para evitar sesgos, errores o inexactitudes.

4. Uso de IA en la revisión por pares

4.1. Declaración del uso de IA por los revisores

Si los revisores utilizan IA para ayudar en la evaluación de un manuscrito, deben declarar este uso. La IA puede servir como apoyo, pero el juicio crítico y la evaluación final deben ser realizados por seres humanos.

4.2. Evaluación de manuscritos

La IA no debe reemplazar la responsabilidad del revisor en la evaluación científica. El proceso debe ser realizado principalmente por humanos, y el uso de IA debe ser complementario.

5. Uso de IA por parte del equipo editorial

El equipo editorial puede emplear IA en tareas administrativas y de edición, como el formateo de manuscritos o la detección de plagio, siempre bajo una supervisión humana rigurosa para asegurar la coherencia y calidad.

6. Ética en el uso de IA

El uso de IA no debe, bajo ninguna circunstancia, llevar a la manipulación de datos, plagio o violaciones de propiedad intelectual. Cualquier mal uso de la IA, intencional o no, será tratado de acuerdo con las políticas de COPE y otras normativas éticas de la editorial.

7. Evaluación y actualización de la política

Esta política será revisada regularmente para adaptarse a los avances tecnológicos en IA y para garantizar las mejores prácticas dentro de la publicación científica.

8. Consecuencias del incumplimiento

El incumplimiento de esta política puede conllevar la retirada del manuscrito o la prohibición de enviar

Perspectiva de género

La perspectiva de género en una revista académica jurídica implica la promoción de incorporar un enfoque crítico y analítico que examine cómo las relaciones de poder basadas en el género influyen en la creación, interpretación y aplicación del Derecho, así como en la garantía de los derechos humanos. De esta manera, el correcto empleo de la información permitirá que se garantice el equilibrio de género, se hagan visibles desigualdades, se luche contra estereotipos, se ofrezcan datos fiables desglosados por género y se visibilice la contribución científica de las mujeres.

Esta sería una línea aplicada a la Ciencias jurídicas, similar a los “Sex and Gender Equity in Research: rationale for the SAGER guidelines and recommended use” (Disponible en: <https://researchintegrityjournal.biomedcentral.com/articles/10.1186/s41073-016-0007-6>).

Derechos y Libertades. Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos se compromete a promover la igualdad y a superar la discriminación de género en el ámbito académico. Por ello, *Derechos y Libertades* garantiza una presencia equilibrada de mujeres y hombres en el Equipo de dirección, en el Comité de Redacción y en el Comité Científico, así como entre los informantes elegidos para el proceso de evaluación por pares.

Asimismo, *Derechos y Libertades* promueve la buena práctica editorial en igualdad de género y ha incluido el correcto uso del lenguaje inclusivo en su normativa editorial.

Instrucciones a los evaluadores

Todos los artículos son revisados por, al menos, dos revisores en un sistema de doble ciego. En caso de duda entre dos evaluaciones contradictorias, se pide un tercer informe.

Los evaluadores han de cumplimentar un formato de evaluación que se encuentra en la web de la Revista. Los evaluadores tienen un mes para realizar el informe.

La recepción de un original, a incluir en la sección de artículos, no presupone la aceptación para su publicación. Los originales son, en primer lugar, leídos por el Consejo de Redacción para apreciar si cumplen tanto los requisitos formales indicados, como unos mínimos de contenido científico y de adecuación a las líneas y objetivos editoriales de la revista.

Los dictámenes serán anónimos y podrán recomendar al autor la introducción de determinadas modificaciones. En el caso de que los dos informes recibidos sobre un original sean contradictorios, se acudirá a un tercer revisor externo. Los autores cuyos artículos hayan obtenido un dictamen favorable, pero con sugerencia de correcciones lo volverán a enviar a la Redacción de la Revista, una vez incorporadas las mejoras. En el caso de modificaciones de calado, el artículo será nuevamente sometida a una evaluación externa. En caso de no aceptación, la decisión será comunicada al autor del trabajo junto al contenido de los respectivos informes

Desde esta perspectiva, se velará para que se cumplan las siguientes instrucciones a los evaluadores:

- a) Todo el contenido publicado por *Derechos y Libertades* habrá superado el proceso de evaluación establecido.
- b) El proceso de evaluación contará con evaluadores externos, expertos en el campo al que pertenezca la publicación a revisar.
- c) Los evaluadores no deben quedarse ni utilizar los manuscritos a los que se les da acceso para su evaluación.
- d) La obligación de los evaluadores es velar por la calidad científica y académica de los manuscritos que examinan, y por ello sus evaluaciones deben estar basadas en estos criterios, y no en ningún tipo de preferencias o gustos personales.
- e) Los evaluadores deben informar debidamente a los editores si detectan algún tipo de prácticas deshonestas en los artículos que deben evaluar.
- f) El proceso de revisión por pares ciegos tendrá lugar de manera absolutamente anónima. Tras la recepción del manuscrito, serán proporcionadas copias a dos evaluadores, que no podrán conocer la identidad del autor ni tener contacto entre sí. Estos emitirán un informe al equipo editorial, en el que especificarán si consideran que el artículo debe publicarse o no, y en caso de encontrar defectos, podrán llevar a cabo correcciones y recomendaciones para que el autor tenga la oportunidad de modificar y mejorar su manuscrito. Además, todos los artículos se revisarán mediante un sistema antiplagio (*Turnitin*). Una vez superado este proceso, y en caso de obtener un resultado positivo, el artículo podrá ser publicado.
- g) Los revisores también buscarán mejorar las referencias del artículo, si por ejemplo detectan que el autor no ha citado obras que consideren importantes para el caso.

- h) Se les explicará de modo claro y preciso lo que se espera de su tarea de evaluación, incluyendo el formulario que han de rellenar.
- i) La identidad de los evaluadores siempre se mantendrá en el anonimato.
- j) Se les exigirá honestidad a la hora de encargarse de una evaluación si creen que pueden tener un conflicto de intereses o motivaciones personales que pongan en juego la objetividad del proceso.
- k) Las personas encargadas de la evaluación de artículos procurarán incorporar la perspectiva de género en sus análisis, en la línea de la recomendaciones SAGER para la investigación científica, adaptándola a una revista académica de una disciplina jurídica y las recomendaciones del apartado “Perspectiva de género” (“Sex and Gender Equity in Research: rationale for the SAGER guidelines and recommended use” (Disponible en: <https://researchintegrityjournal.biomedcentral.com/articles/10.1186/s41073-016-0007-6>).

Compromiso ético de los evaluadores

El proceso de revisión por pares anónimos se basa en gran medida en la disposición de la comunidad académica a participar en él y en la confianza recíproca de los evaluadores y *Derechos y Libertades*. El correcto funcionamiento exige que todos los involucrados obren de modo responsable y ético.

Los/ las revisoras tienen la obligación de realizar revisiones de un modo ético y responsable. Una comunicación clara entre la revista y las/los evaluadores resulta esencial para facilitar una revisión que sea uniforme, justa y oportuna. La revista espera que las revisiones proporcionen orientación útil para los investigadores y que sean una referencia sólida para la toma de decisiones de los responsables de la revista. Quien realice una evaluación asume que el trabajo que ha de revisar es un documento confidencial y sensible hasta su publicación, tanto en el transcurso del proceso de revisión como después de este. Debe rehusar la realización de la evaluación si sospecha que concurren conflictos de intereses, parentesco, amistad o enemistad, tener publicaciones comunes, pertenecer a la misma institución o cualquier otra circunstancia que pueda interferir en la evaluación. Por otra parte, en ningún caso debe difundir ni usar la información, documentos, imágenes, detalles, hipótesis, argumentos, interpretaciones o conclusiones contenidos en el texto objeto de revisión para su propio beneficio o para el de otras personas, ni para perjudicar a terceros.

El incumplimiento de este principio de confidencialidad o el resultado de un comportamiento contrario a la ética, exonera a *Derechos y Libertades* y sus órganos de dirección de responsabilidad cualquiera que sea su naturaleza, toda vez que esta notificación advierte a las/los evaluadores de la obligación de actuar éticamente.

Instructions for publishing articles in Derechos y Libertades

Instructions for authors established following the norm AENOR UNE 50-133-94 (equivalent to ISO 215:1986) about Presentation of articles in periodic and serial publications and following the norm AENOR UNE 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1687) about Bibliographic references.

- The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12 and space 1,5, is 30 pages aprox. Books reviews maximum length should be 10 pages with 1,5 space. Also It has to be submitted an abstract of 10 lines with a maximum of 150 words and some keywords (5 max.) both in Spanish and English.
- Originals will be submitted to an anonymous and external referee that could: a) advise their publication b) not advise their publication c) propose some changes. Derechos y Libertades will not consider the publication of articles which had been submitted to other reviews. An original should be submitted to Derechos y Libertades as a compromise that the manuscript will not be sent for any other publication while the time it is under Derechos y Libertades consideration for publishing. Originals will not be returned to their authors.
- Two copies of the articles should be submitted in Pc Word format to the Journal's e-mails (fcojavier.ansuategui@uc3m.es; derechosylibertades@uc3m.es). For facilitating the anonymity of the external referee, author's details should be omitted in one of the copies. In a separated file, It should be included these details: author's name, ORCID, University's address, author's e-mail address and a brief five-lines CV.
- Authors of the published articles will receive an issue of the review and a digital copy of their own article.
- Originals should be submitted in Spanish.

Derechos y Libertades recommends the use of inclusive language in the articles submitted for evaluation. Likewise, the journal will report on those articles that take gender into account in their source data.

Derechos y Libertades establishes the use of the following reference's rules as a condition for accepting the articles:

Books: E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

Articles included in collective works: L. FERRAJOLI, "La semantica della teoria del diritto" en U. SCAPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*. Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

Articles included in periodic publications: N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm 1, 1981, pp.2-28;

In order to avoid the repetition of references is recommended the use of the expression cit.. As for instance, (M. WEBER, "La política como vocación", en Id., *El político y el científico*, cit.).

The articles must be sent following the editing rules of the following format:

MAIN TITLE TIMES NEW ROMAN 14 UPPERCASE BOLD, CENTERED JUSTIFIED

*TITLE IN ENGLISH TIMES NEW ROMAN 14 UPPERCASE REGULAR ITALICS
CENTERED JUSTIFIED*

AUTOR TIMES NEW ROMAN SMALL CAPS 12
Universidad Times New Roman regular italics 12

Resumen: *Abstract in Spanish, italics, Times New Roman 12*

Abstract: *Abstract in English, italics, Times New Roman 12*

Palabras clave: Times New Roman, 12, regular, separated by comas, no full stop.

Keywords: Times New Roman, 12, regular, separated by comas, no full stop.

1.- TITLE LEVEL 1, TIMES NEW ROMAN, 12, UPPERCASE REGULAR

1.1.- Title level 2, Times New Roman, 12, lowercase, bold

1.1.1.- Title level 3, Times New Roman, 12, lowercase, italics

1.1.1.1.- Title level 4, Times New Roman, 12, lowercase, bold

Text of the article, Times New Roman 12, spacing 1,5, bleeding 1 tab in the first line¹.

AUTHOR SIGNATURE TIMES NEW ROMAN SMALL CAPS 12
University Times New Roman, italics regular 12
Address Times New Roman, italics regular 12
E-mail: email Times New Roman, italics regular 12

1 Text of the footnotes, Times New Roman, regular, 10.

Editorial Policy on the Use of Artificial Intelligence in *Derechos y Libertades*

1. Introduction

At *Derechos y Libertades. Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, part of the Carlos III University of Madrid, we are committed to scientific integrity and transparency in the use of Artificial Intelligence (AI). This policy establishes clear guidelines on the appropriate use of AI tools for authors, reviewers and editors.

2. General principles

In accordance with the guidelines of the COPE Statement and best practices in the scientific community:

- AI tools cannot meet the criteria for authorship, as they cannot take responsibility for scientific content.
- They cannot manage conflicts of interest, copyright or make ethical decisions on their own.

3. Authors' use of AI

3.1. Declaration of use:

Authors must explicitly declare the use of any AI tools in the writing or analysis of their manuscripts. The software used, the functions applied and the sections of the manuscript where it has been employed must be specified.

3.2. Responsibility for originality

The author is responsible for the originality of AI-generated or AI-assisted content. The generated material must not infringe third party rights or plagiarise existing content.

3.3. AI-assisted content review

Authors are responsible for carefully reviewing and checking any AI-generated content for bias, errors or inaccuracies.

4. Use of IA in peer review

4.1. Declaration of AI use by reviewers

If reviewers use AI to assist in the evaluation of a manuscript, they must declare this use. AI can serve as a support, but the critical judgement and final evaluation must be performed by human beings.

4.2. Manuscript evaluation

AI should not replace the reviewer's responsibility in scientific evaluation. The process should primarily be performed by humans, and the use of AI should be complementary.

5. Use of AI by the editorial team

The editorial team may use AI for administrative and editing tasks, such as manuscript formatting or plagiarism detection, always under rigorous human supervision to ensure consistency and quality.

6. Ethics in the use of AI

The use of AI must not, under any circumstances, lead to data manipulation, plagiarism or intellectual property violations. Any misuse of AI, intentional or unintentional, will be dealt with in accordance with COPE's policies and other ethical standards of the publisher.

7. Evaluation and updating of the policy

This policy will be reviewed regularly to adapt to technological developments in AI and to ensure best practice within scientific publishing.

8. Consequences of non-compliance

Failure to comply with this policy may result in the withdrawal of the manuscript or a ban on future submissions to *Rights & Freedoms*.

Gender perspective

A gender perspective in an academic law journal means promoting the incorporation of a critical and analytical approach that examines how gendered power relations influence the creation, interpretation and application of Law, as well as the guarantee of human rights. The correct use of information will ensure gender balance, make inequalities visible, combat stereotypes, provide reliable gender-disaggregated data and make women's scientific contribution visible.

This would be a line applied to legal disciplines, similar to the "Sex and Gender Equity in Research: rationale for the SAGER guidelines and recommended use" (Available at: <https://researchintegrityjournal.biomedcentral.com/articles/10.1186/s41073-016-0007-6>).

Derechos y Libertades. Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos is committed to promoting equality and overcoming gender discrimination in academia. For this reason, *Derechos y Libertades* guarantees a balanced presence of women and men in the Board Committee, in the Assistant editors and in the Scientific Committee, as well as among the evaluators chosen for the peer review process.

Derechos y Libertades also promotes good editorial practice in gender equality and has included the correct use of inclusive language in its editorial guidelines.

Instructions to reviewers

All articles are reviewed by at least two reviewers in a double-blind system. In case of doubt between two contradictory evaluations, a third report is requested.

The evaluators have to fill in an evaluation form which can be found on the journal's website. Reviewers have one month to complete the report.

The receipt of an original article, to be included in the articles section, does not presuppose its acceptance for publication. The original articles are first read by the Editorial Board to assess whether they meet the formal requirements indicated above, as well as the minimum scientific content and suitability to the journal's editorial guidelines and objectives.

The opinions will be anonymous and may recommend to the author the introduction of certain modifications. If two reports received on an original are contradictory, a third external reviewer will be called in. Authors whose articles have obtained a favourable opinion, but with suggested corrections, will send it back to the journal's Board Committee, once the improvements have been incorporated. In the case of major modifications, the article will again be submitted to an external evaluation. In case of non-acceptance, the decision will be communicated to the author of the paper together with the content of the respective reports.

From this perspective, the following instructions to evaluators will be ensured:

- a) All content published by *Derechos y Libertades* will have passed the established evaluation process.
- b) The evaluation process will be carried out by external evaluators, experts in the field to which the publication to be reviewed belongs.
- c) Reviewers must not keep or use the manuscripts to which they are given access for review.
- d) Reviewers' obligation is to ensure the scientific and scholarly quality of the manuscripts they review, and therefore their evaluations must be based on these criteria, and not on any personal preferences or tastes.
- e) Peer reviewers must duly inform the editors if they detect any kind of dishonest practices in the articles they have to evaluate.
- f) The blind peer review process will take place in a completely anonymous manner. Upon receipt of the manuscript, copies will be provided to two reviewers, who will not know the identity of the author or have contact with each other. They will issue a report to the editorial team, specifying whether they consider that the article should be published or not, and if they find defects, they may make corrections and recommendations so that the author can modify and improve the manuscript. In addition, all articles will be reviewed using an anti-plagiarism system (*Turnitin*). Once this process has been passed, and in case of a positive result, the article can be published.
- g) The reviewers will also seek to improve the references in the article, if for example they detect that the author has not cited works that they consider important for the case.
- h) They will be given a clear and precise explanation of what is expected of their review task, including the form to be filled in.
- i) The identity of the evaluators shall always remain anonymous.

- j) They will be required to be honest in undertaking an evaluation if they believe they may have a conflict of interest or personal motivation that could compromise the objectivity of the process.
- k) Article reviewers should endeavour to incorporate a gender perspective in their analysis, in line with the SAGER recommendations for scientific research, adapted to an academic journal in a legal discipline and the recommendations of the section "Gender Perspective" ("Sex and Gender Equity in Research: rationale for the SAGER guidelines and recommended use" (Available at: <https://researchintegrityjournal.biomedcentral.com/articles/10.1186/s41073-016-0007-6>).

Ethical commitment of reviewers

The anonymous peer review process relies heavily on the willingness of the academic community to participate in it and on the mutual trust of reviewers and *Derechos y Libertades*. Its proper functioning requires that all involved act responsibly and ethically.

Reviewers have an obligation to conduct reviews in an ethical and responsible manner. Clear communication between the journal and reviewers is essential to facilitate a review that is consistent, fair and timely. The journal expects reviews to provide useful guidance for researchers and to be a sound reference for decision making by journal managers. The reviewer assumes that the work to be reviewed is a confidential and sensitive document until publication, both during and after the review process. You should refuse to undertake the review if you suspect conflicts of interest, kinship, friendship or enmity, common publications, membership of the same institution, or any other circumstance that might interfere with the review. On the other hand, under no circumstances should you disseminate or use the information, documents, images, details, hypotheses, arguments, interpretations or conclusions contained in the text under review for your own benefit or for the benefit of others, or to the detriment of third parties.

Failure to comply with this principle of confidentiality or the result of unethical behaviour exonerates *Derechos y Libertades* and its management bodies from any liability whatsoever, as this notice warns the evaluators of the obligation to act ethically.

DERECHOS Y LIBERTADES

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Deseo suscribirme a “Derechos y Libertades” (Año 2025), dos números al año

☐ Abonaré la cantidad de 44,00 € (IVA incluido) por la suscripción anual

Nombre y Apellidos _____

Institución _____

Dirección _____

CP _____ DNI/CIF _____

Población / Provincia _____

Teléfono _____ Fax _____

e-mail _____

Efectuaré el pago mediante domiciliación bancaria

(En caso de que no disponga de cuenta bancaria para hacer el pago, envíenos un e-mail a info@dykinson.com para buscar otra forma de pago)

Titular de la cuenta _____

Datos de la cuenta (IBAN incluido):

Firma (imprescindible)

Fecha:

Remitir a Dykinson, S.L. (C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid – Fax 915446040)

Los datos que nos facilite serán tratados con la máxima confidencialidad. Serán incorporados a nuestros ficheros a efectos de informarle sobre bibliografía, teniendo usted derecho a solicitar su consulta, actualización o anulación.

DERECHOS Y LIBERTADES
Periodicidad semestral (enero-junio)

SUSCRIPCIONES (envío incluido)

Suscripción formato papel

2 números 44,00 €
Número suelto 25,00 €

Suscripción on-line

2 números 40,00 €
Número suelto 22,00 €
Artículo suelto 6,00 €



ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS

- Los efectos disruptivos de la comunicación digital *por Sánchez Martínez, M^a Olga.*
- Barreras en el acceso a la justicia y desigualdad social *por Turégano Mansilla, Isabel*
- Los artefactos de la inteligencia jurídica: personas y máquinas *por Capione, Roger, Pietropaoli, Stefano*
- El espejismo de los bienes comunes. En busca de otra alternativa al capitalismo salvaje *por Vitale, Ermanno*
- Cartas sobre socialismo y democracia 1978-2000 *por Bobbio, Norberto, Peces-Barba Martínez, Gregorio*
- Los deberes en la edad de los derechos *por Bea, Emilia*
- Acceso a la justicia y vulnerabilidad *por Ansuátegui Roig, Francisco Javier. Barranco Avilés, M^a del Carmen. Editores*
- La ley de la confianza. En las raíces del Derecho *por Greco, Tommaso*
- Derechos y tecnologías *por Asís Roig, Rafael de*
- Los determinantes sociales de la salud: más allá del derecho a la salud *por Lema Añón, Carlos*
- Teorías de la mediación y derechos fundamentales *por Pérez Jaraba, M^a Dolores*
- La plausibilidad del derecho en la era de la inteligencia artificial. Filosofía carbónica y filosofía silícica del derecho *por Campione, Roger*
- Filosofía de la vulnerabilidad. Percepción, discriminación, derecho *por Zanetti, Gianfrancesco*

CONSULTE TODOS LOS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN EN
www.dykinson.com

CUADERNOS
"BARTOLOMÉ
DE LAS CASAS"



- Filosofía política y derechos humanos *por Ramiro Avilés, Miguel Ángel*
- El derecho frente a la exclusión. Los límites del derecho antidiscriminatorio *por Barranco Avilés, M^a del Carmen*
- Sobre la privación de la libertad por motivos de discapacidad. La cuestión de los internamientos voluntarios *por Cuenca Gómez, Patricia*
- Condición humana y derechos humanos. Algunas claves filosóficas para un modelo contemporáneo de derechos *por Barranco Avilés, M^a del Carmen*

Debates del Instituto Bartolomé de las Casas

- Current issues on Human Rights *por Sungurov, Alexander, Fernández Liesa, Carlos, Barranco Avilés, María del Carmen et al (eds.)*
- Los derechos de los reclusos y la realidad de las cárceles españolas. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas *por Campoy Cervera, Ignacio*
- Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria *por Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (eds.)*
- La Laicidad *por Pele, Antonio*
- Ética y medicina *por Ramiro Avilés, Miguel Ángel*

CONSULTE TODOS LOS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN EN
www.dykinson.com

