



DERECHOS Y LIBERTADES

Número 31, Época II, junio 2014



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



FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

Dykinson, S.L.

La revista Derechos y Libertades está incluida en la valoración integrada e índice de citas que realiza el CINDOC con las Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas (RESH) y figura en el catálogo de revistas de LATINDEX, DICE, MIAR, CARHUS, INRECJ, Qualis, Dulcinea, International Political Science Abstract, Worldwide Political Science Abstracts, Philosopher's index, IBSS. Se encuentra incluida en el repositorio DIALNET.

La Revista superó la I Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y obtuvo el Sello de Calidad FECYT.

Redacción y Administración

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

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

Adquisición y suscripciones



Suscripción en papel

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

Suscripción versión electrónica (revista en pdf)

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

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

ISSN: 1133-0937

Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:

Dykinson, S.L.

C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

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

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

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

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

Revista fundada por GREGORIO PECES-BARBA

Director:

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI (Universidad Carlos III de Madrid)

Subdirector:

ÁNGEL LLAMAS (Universidad Carlos III de Madrid)

Secretarios:

JAVIER DORADO PORRAS (Universidad Carlos III de Madrid)

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

Consejo Científico

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI (Universidad Carlos III de Madrid)

RAFAEL DE ASÍS (Universidad Carlos III de Madrid)

RICARDO CARACCILO (Universidad de Córdoba, Argentina)

PAOLO COMANDUCCI (Università di Genova)

J. C. DAVIS (University of East Anglia)

ELÍAS DÍAZ (Universidad Autónoma de Madrid)

RONALD DWORKIN (†) (New York University)

EUSEBIO FERNÁNDEZ (Universidad Carlos III de Madrid)

CARLOS FERNÁNDEZ LIESA (Universidad Carlos III de Madrid)

VINCENZO FERRARI (Università di Milano)

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO (Universidad de León)

PETER HÄBERLE (Universität Bayreuth)

MASSIMO LA TORRE (Università Magna Graecia, di Catanzaro)

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

JAVIER DE LUCAS (Universidad de Valencia)

JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA (Universidad de Cantabria)

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

ANTONIO E. PÉREZ LUÑO (Universidad de Sevilla)

PABLO PÉREZ TREMPES (Universidad Carlos III de Madrid)

MICHEL ROSENFELD (Yeshiva University)

MICHEL TROPER (Université de Paris X-Nanterre)

AGUSTÍN SQUELLA (Universidad de Valparaíso)

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

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

GUSTAVO ZAGREBELSKY (Università di Torino)

VIRGILIO ZAPATERO (Universidad de Alcalá)

Consejo de Redacción

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

Sentido de la Revista

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

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

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

ÍNDICE

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

ARTÍCULOS

Privacidad en un tiempo de terror	17
<i>Privacy in a time of terror</i>	

OWEN FISS

Sobre desobediencia y democracia. La hora de la ciudadanía	57
<i>On disobedience and democracy. The hour of citizenship</i>	

JAVIER DE LUCAS

Islams y Occidentes: límites de la interpretación esencialista	77
<i>Islams and the Wests: on the limits of essentialist interpretation</i>	

ENRICO FERRI

El dilema de las cláusulas de irreversibilidad en el ejercicio de la autonomía individual	103
<i>The dilemma of the clauses of irreversibility in the exercise of individual autonomy</i>	

LAURA MIRAUT MARTÍN

La salud como derecho en España: reformas en un contexto de crisis económica	127
<i>Health as a right in Spain: reforms in a context of economic crisis</i>	

ÁNGELES SOLANES CORELLA

El derecho de sufragio en el siglo XX	163
<i>The right to sufragge in the XXth century</i>	

LUIS A. GÁLVEZ MUÑOZ

Los derechos de las víctimas de crímenes internacionales como límite jurídico a la discrecionalidad negociadora de las partes en procesos de paz: El caso de Colombia	191
--	-----

The rights of victims of international crimes as a legal limit to discretionality of negotiating parties in peace processes: Colombia's case

FÉLIX VACAS FERNÁNDEZ

El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos	227
---	-----

The right to know one's origins versus the anonymous donation of gametes

NOELIA IGAREDA GONZÁLEZ

Feminismo y discapacidad	251
<i>Feminism and disability</i>	

MARÍA LAURA SERRA

RECENSIONES

Rafael de Asís Roig, <i>Sobre discapacidad y derechos</i>	275
---	-----

M. CARMEN BARRANCO AVILÉS

Luis M. Lloredo Alix, <i>Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico</i>	281
--	-----

FERNANDO H. LLANO ALONSO

Fernando Rey Martínez, <i>La dignidad humana en serio. Desafíos actuales de los derechos fundamentales</i>	289
--	-----

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE

Rafael Escudero Alday y Carmen Pérez González (eds.) <i>Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo</i>	299
PIETRO SFERRAZZA TAIBI	
Oscar Pérez de la Fuente (ed.), <i>Una discusión sobre inmigración y proyecto intercultural</i>	309
ANDRÉS MURCIA GONZÁLEZ	
Participantes en este número	323

NOTA DEL DIRECTOR

Este número 31 de *Derechos y Libertades* incluye una serie de trabajos que abordan diversas cuestiones, todas ellas vinculadas al discurso de los derechos. De esta manera, el contenido de la revista es muestra de lo plural de la problemática de los derechos y de la riqueza de las perspectivas desde la que la anterior puede ser abordada.

Como el lector podrá observar, el primer trabajo es el de Owen Fiss, "*Privacidad en un tiempo de terror*". En él se abordan las vicisitudes por las que ha pasado la protección de la privacidad en Estados Unidos como consecuencia de los desarrollos legales y jurisprudenciales que tuvieron lugar después del 11 de septiembre de 2001. En particular, se analiza la progresiva supresión de los requisitos que, desde 1967, estaban encaminados a proteger la privacidad de las llamadas telefónicas. En efecto, si se había exigido la expresa existencia de una orden judicial y la publicidad de las razones en las que se apoyaba la creencia de que el objetivo de la interceptación había iniciado o iba a iniciar una actividad delictiva, se ha asistido a una paulatina reducción del carácter imperativo de esas exigencias, con la puesta en peligro de un derecho central como es el derecho a la intimidad, en este caso vinculado al secreto de las comunicaciones.

Por su parte, Javier de Lucas reflexiona sobre el aumento de la indignación social en tiempos de crisis y sobre las consecuencias de ello para una nueva comprensión del significado de la desobediencia civil. Así, en "*Sobre desobediencia y democracia. La hora de la ciudadanía*", señala que los movimientos sociales van más allá de la denuncia de las consecuencias de la crisis; además, denuncian lo que entienden como límites del modelo de democracia representativa y postulan lo que se califica como "democracia real". Desde el momento en que su estrategia incluye acciones que podrían calificarse de desobediencia civil o incluso de resistencia, el autor se pregunta si estamos ante una manifestación más de esa categoría clásica o la "nueva" desobediencia civil exige una reconceptualización.

En el siguiente trabajo, Enrico Ferri aborda la cuestión de la interpretación esencialista del Islam, contrastándola con el discurso que reconduce

todas las virtudes políticas a Occidente. Es esta una cuestión de directa trascendencia para el discurso fundamentador de los derechos y que incide en la comprensión del sentido de la universalidad de los derechos. Así, en *“Islams y Occidentales: límites de la interpretación esencialista”*, Ferri destaca y critica la llamada interpretación esencialista del Islam, difundida no solo en algunos entornos del orientalismo europeo y americano, sino también en contextos intelectuales de las más variadas orientaciones políticas. De acuerdo con esta interpretación, el Islam sería en su naturaleza y esencia “intrínsecamente incompatible” con Occidente. De esta forma se identifica Islam e islamismo fundamentalista, considerándose este último como la real, constante e inmodificable expresión del Islam, no susceptible de transformación. A esto se opone un Occidente descrito como una realidad con carácter universal, absoluto y ahistórico, como la libertad y la democracia. Para Ferri, estamos frente a una interpretación ideológica y abstracta, siendo inconsistente desde el punto de vista histórico el planteamiento que reduce al Islam y a Occidente a dos “ideas platónicas”.

En *“El dilema de las cláusulas de irreversibilidad en el ejercicio de la autonomía individual”*, Laura Miraut parte de la consideración de que la autonomía individual se puede proyectar en la consolidación de situaciones que hagan imposible a su titular el ejercicio futuro de su capacidad de decisión. El problema adquiere matices diferentes en los supuestos de expresa asunción del compromiso intemporal de renuncia a la libertad, de disponibilidad de la vida por parte de su titular, haciendo de hecho inviable cualquier actuación subsiguiente, y de aprobación del establecimiento de cláusulas inamovibles en los textos constitucionales. Para la autora, la solución a adoptar requerirá en todo caso la activación de los mecanismos necesarios para que la decisión adoptada pueda considerarse libre de cualquier inducción por parte de otro individuo o del conjunto de la sociedad.

Ángeles Solanes analiza las consecuencias de la crisis económica en la configuración normativa y en la efectividad del derecho a la salud. En efecto, en su trabajo *“La salud como derecho en España: reformas en un contexto de crisis económica”*, partiendo de la vinculación entre el derecho a la salud y la dignidad humana, de un lado, y del reconocimiento de la posición principal de este derecho en las estructuras del Estado de bienestar, de otro, centra el análisis en el contexto español actual para valorar la concepción normativa de la salud como un auténtico derecho, incidiendo en las consecuencias prácticas de la misma. Para ello, aborda cuestiones como el acceso a la asistencia sa-

nitaria, desde los parámetros de universalidad y gratuidad, o la calidad de ésta.

El análisis de la consolidación del derecho al sufragio como derecho fundamental en el último siglo constituye el objeto del trabajo de Luis Gálvez, *“El derecho al sufragio en el siglo XXI”*. Para ello, adopta una perspectiva, no solo histórica, sino también general y comparada, tomando como referencia el significado y evolución del sufragio en el conjunto de los países occidentales en un determinado momento histórico. Son tres las cuestiones sobre las que se articula el análisis: la delimitación básica de la naturaleza del derecho de sufragio, el principio de universalidad del mismo y las limitaciones que ha experimentado durante el siglo XX.

El actual proceso de paz que se está viviendo en Colombia constituye el contexto que Félix Vacas toma como referencia en *“Los derechos de las víctimas de crímenes internacionales como límite jurídico a la discrecionalidad negociadora de las parte en procesos de paz: el caso de Colombia”*. En efecto, el estudio trata de mostrar, en primer lugar, el nuevo consenso alcanzado en torno a las complejas relaciones entre Justicia y Paz y el muy relevante papel que, en relación a las mismas, han comenzado a jugar las víctimas de crímenes internacionales, lo cual permite establecer el estatuto jurídico internacional de las víctimas de crímenes internacionales. Lo anterior permite dibujar un nuevo marco jurídico internacional que debe ser respetado por Colombia en su ordenamiento jurídico interno y, dentro de éste, muy especialmente en los resultados de las negociaciones de los distintos procesos de paz que se han venido desarrollando en el país. Para el autor, ello va a limitar el margen de maniobra que los actores deben utilizar para alcanzar los equilibrios que hagan culminar dicho proceso en una paz con justicia en Colombia.

En *“El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos”*, Noelia Igareda parte del hecho de que el derecho a conocer los orígenes biológicos cuenta cada vez con una mayor aceptación como derecho fundamental de las personas, desde la doctrina hasta el derecho internacional especialmente desde la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño en 1989 en el marco de las Naciones Unidas. Este derecho puede entrar en colisión con la legislación existente en materia de técnicas de reproducción asistida, y en concreto, con las que permiten la donación anónima de gametos masculinos y femeninos, como es el caso de España. A partir de lo anterior, la autora analiza los argumentos a favor y en contra del anonimato de donantes, para concluir que debería respetarse el derecho

a conocer los orígenes de los niños/as concebidos con gametos donados, y que por lo tanto, se debería producir un cambio legal al respecto, al igual que sucede en Europa.

El trabajo "*Feminismo y discapacidad*", de María Laura Serra, cierra la sección en este número. En el artículo, se asume el hecho de que las mujeres con discapacidad se encuentran bajo, al menos, una doble discriminación y exclusión social, en cuanto mujeres y en cuanto personas con discapacidad. Si el objetivo es el de realizar un análisis profundo de la situación real de las mujeres con discapacidad, parece necesario comprender cuáles han sido los modelos que pueden darle una respuesta político-jurídica. La autora se centra en el modelo feminista, y aborda la cuestión de la posible conexión, o no, con el modelo social de la discapacidad. En conclusión, el trabajo reconoce la relevancia y lo acertado del pensamiento feminista cuando aborda la cuestión de la desigualdad entre el hombre y la mujer, pero al mismo tiempo lo considera incompleto respecto a la mujer con discapacidad como parte de este movimiento.

Para terminar, quisiera señalar que desde *Derechos y Libertades* seguimos trabajando para aumentar, no sólo la calidad de la revista, sino también su presencia en índices y bases de datos nacionales e internacionales. Así, en los próximos meses, la revista estará incluida también en *Fuente Académica Premier* y en una versión internacional de *Academic Search*.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Director

ARTÍCULOS

PRIVACIDAD EN UN TIEMPO DE TERROR*

PRIVACY IN A TIME OF TERROR

OWEN FISS**
Yale University

Fecha de recepción: 7-10-13

Fecha de aceptación: 13-12-13

Resumen: *Desde 1967, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha buscado proteger la privacidad de las llamadas telefónicas, requiriendo que el Gobierno obtenga de un juez una orden judicial autorizando la interceptación de una llamada. Para obtener esa orden judicial, el gobierno debía aportar las razones para creer que el objetivo de la interceptación había iniciado o iba a iniciar una actividad delictiva. Este artículo analiza los desarrollos de la era post 11 de septiembre –primero con una Orden del Ejecutivo y luego con una ley del Congreso– que eliminó este requisito y así comprometió la protección de la privacidad.*

Abstract: *Starting in 1967, the Supreme Court of the United States has sought to protect the privacy of telephone calls by requiring the Government to obtain from a judge a warrant authorizing the interception of a call. To obtain such a warrant, the Government would have to set forth the reasons for believing that the target of the interception has engaged or was about to engage in criminal activity. This article traces the developments in the post-9/11 era – first by Executive Order and then by a Congressional Statute – that abrogated this requirement and thus compromised the protection of privacy.*

* Traducido por Oscar Pérez de la Fuente. Universidad Carlos III de Madrid. Agradezco a Bradley Hayes y Javier Ansuátegui sus consejos sobre esta traducción en sus sucesivas versiones.

** Estoy especialmente agradecido a Ned Hirschfeld y Michael Pomeranz por la asistencia en la investigación. También me he beneficiado en gran medida de las discusiones del Seminario de la Yale University School en otoño de 2001 sobre Derecho y Terrorismo y de los trabajos escritos para ese seminario por Laura Raposo, Jane Rosen y Tyce Walters.

- Palabras clave:** Cuarta Enmienda, Guerra contra el Terror, derecho a la privacidad, espionaje de inteligencia extranjera, escucha telefónica, vigilancia, seguridad nacional, contraterrorismo
- Keywords:** Fourth Amendment, War on Terror, right to privacy, foreign intelligence gathering, wiretapping, surveillance, national security, counterterrorism

1. INTRODUCCIÓN

En décadas recientes, se han sucedido muchos cambios en nuestro sistema de comunicaciones, algunos que llaman bastante la atención, pero el teléfono aún continúa siendo una parte importante de ese sistema. Este es el medio que nos permite tener conversaciones con amigos, familia, y colegas de trabajo situados cada vez a más distancia. Ciertamente muchos de los intercambios que tuvieron lugar alguna vez mediante el teléfono, ahora se dan a través de *e-mails*, especialmente cuando el objetivo es facilitar información, emitir órdenes, o dar una opinión. Seguimos utilizando el teléfono, no obstante, cuando una conversación es necesaria, debido a que la transmisión de la voz humana permite un compromiso directo, altamente interactivo y, a veces, espontáneo con los otros.

La capacidad conversacional del teléfono ha sido reforzada por recientes avances técnicos que permiten la transmisión de imágenes y voces de las partes en una conversación. Más aún gracias a la aparición del teléfono móvil, se ha convertido en algo más normal realizar o recibir una llamada telefónica. Durante casi todo el siglo XX, el teléfono fue un dispositivo inmóvil situado en la casa, en la oficina o accesible públicamente en cabinas telefónicas. Hoy el teléfono es móvil y puede ser fácilmente llevado allí donde alguien pueda estar.

Entablar una conversación personal no es como escribir un diario. Podemos asumir que los pensamientos o sentimientos expresados en la conversación permanecen con la persona a la que nosotros estamos hablando, pero esa asunción puede ser errónea. Esto es así incluso en un encuentro cara a cara. La persona con la que estamos hablando puede darse la vuelta y compartir con otros los contenidos de esa conversación –de hecho él o ella podrían haber grabado secretamente la conversación con ese objetivo–. Aunque ese riesgo está presente en una conversación desarrollada por teléfono, esta forma de comunicación presenta, además, otra amenaza a la privacidad de una conversación y se deriva del hecho de que la conversación es transmitida

electrónicamente. Un tercero podría obtener acceso a esa transmisión, escucharla y grabar cualquier cosa que se dijera.

En el siglo XX, como el teléfono se ha convertido en ubicuo y las conversaciones telefónicas son algo habitual, el Derecho cada vez más busca proteger frente a los peligros de esas interceptaciones por una tercera persona (que, debido a la tecnología inicialmente utilizada para transmitir las señales telefónicas, son conocidas como “escuchas telefónicas¹”). Ya en 1954, el Congreso² prohibió a los particulares cualquier tipo de escucha telefónica³. Aunque existía la cuestión acerca de si los funcionarios públicos estaban sometidos a esta ley⁴, en 1967 la Corte Suprema elaboró la Cuarta Enmienda para limitar el poder de los funcionarios federales de escuchar a escondidas de esta forma, requiriéndoles que fueran ante un juez y obtuvieran una orden judicial autorizando la interceptación⁵.

La prohibición legal contra escuchas telefónicas por particulares permanece sin condiciones y aparece hoy como una característica fija del panorama jurídico. Sin embargo, la regla constitucional protegiendo la privacidad de las conversaciones telefónicas de las interceptaciones gubernamentales se encuentra ahora socavada. Este giro de los acontecimientos es, en parte, atribuible a la reticencia de la Corte Suprema a la completa y contundente salvaguarda de los valores protegidos por la Cuarta Enmienda. Cuando, en 1967, la Corte primero estableció la regla requiriendo órdenes judiciales para las escuchas telefónicas, dejó para otra ocasión la cuestión de si la regla aplicada para éstas estaba diseñada para proteger la seguridad nacional⁶. En 1972, la Corte varió su posición con una resolución sobre este tema aplicando el re-

¹ Se ha optado traducir *wiretap* por “escuchas telefónicas” y no como “pinchazos telefónicos”, aunque el significado es el mismo. Además, la traducción elegida de *eavesdropping* ha sido “escuchar a escondidas” o “escuchar subrepticamente”. *Nota del Traductor*

² En el texto se hace referencia, si no hay indicación contraria, a los órganos constitucionales y de la Administración de los Estados Unidos de América. En este caso, el Congreso norteamericano. *N. de T.*

³ *Communications Act* de 1934, Pub. L. No. 73-416, § 605, 48 Stat. 1064, 1103-04 (codificada como enmienda en 47 U.S.C. § 605 (2012)).

⁴ Compare *Nardone v. United States*, 302 U.S. 379, 381-83 (1937) (sosteniendo que la ley no cubre agentes federales), con la autorización de escuchas telefónicas: Audiencias de H.R. 2266 y H.R. 3099 en la Subcomisión sobre el Poder judicial 77º Congreso. 17-18 (1941) (manteniendo que la ley no prohíbe la distribución dentro del gobierno federal de la transcripción de una escucha telefónica).

⁵ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

⁶ ID. en 358 n. 23.

quisito de la orden judicial a un individuo que había sido perseguido por volar un edificio de la CIA en Ann Arbor, Michigan⁷. Al mismo tiempo, no obstante, la Corte identificó otra cuestión –de si la regla requiriendo una orden judicial se aplicaba al espionaje a los servicios de inteligencia extranjeros– y dejó esa cuestión sin resolver⁸. A día de hoy, cuarenta años después, la Corte Suprema no se ha pronunciado sobre este asunto de forma directa y obvia, y por defecto reconoce la completa competencia a los órganos políticos para regular esas interceptaciones.

En 1978, el Congreso estableció un esquema comprensivo para la regulación de las escuchas telefónicas dirigidas al espionaje de la inteligencia extranjera⁹. Aunque este esquema requería al ejecutivo obtener la aprobación de un juez antes de establecer la escucha telefónica, reafirmaba los principios que regulan la emisión de órdenes judiciales requeridas bajo la Cuarta Enmienda. Más aun, durante la última década, como la lucha contra el terrorismo internacional ha logrado mayor impulso y relevancia política, estos principios estaban más implementados, y el poder del ejecutivo para interceptar las llamadas telefónicas se incrementó en gran medida.

El aumento del poder de vigilancia empezó con una orden ejecutiva en otoño de 2001, poco después del ataque terrorista del 11 de septiembre, pero culminó con una ley –promulgada primero en 2007¹⁰ y [renovada] de nuevo en 2008¹¹–. Esta ley rompió la conexión analítica entre terrorismo internacional y escuchas telefónicas y justificó esta vigilancia como una manera de obtener inteligencia extranjera, que incluía –pero no estaba limitada a– la vigilancia de personas sospechosas de terrorismo internacional dirigido contra los Estados Unidos. Presentada como una enmienda al esquema de 1978, la ley de 2008 mantuvo el requisito original de la aprobación del tribunal pero significativamente disminuyó –casi a un punto en el infinito– los principios para obtener la aprobación de llamadas internacionales de teléfono entre personas en los Estados Unidos y extranjeros en el extranjero.

⁷ *United States v. U. S. District Court (Keith)*, 407 U.S. 297 (1972).

⁸ ID. en 309 n. 8.

⁹ *Foreign Intelligence Surveillance Act* de 1978, Pub. L. No. 95-511, 92 Stat. 1783 (codificada como enmienda en secciones dispersas de 8, 18, and 50 U.S.C. (2012)).

¹⁰ *Protect America Act* de 2007, Pub. L. No. 110-55, 121 Stat. 552 (codificada en secciones dispersas of 50 U.S.C. (2012)).

¹¹ *FISA Amendments Act* de 2008, Pub. L. No. 110-261, 122 Stat. 2474 (codificada en 50 U.S.C. § 1881a (2012)).

En febrero de 2013, la Corte Suprema desestimó una demanda contra la ley sobre la base de que los demandantes carecían de legitimación para interponer esa demanda. Algunos demandantes eran abogados que representaban a terroristas sospechosos que debían ser juzgados. Otros eran periodistas que regularmente cubrían Oriente Medio y las actividades de contraterrorismo del gobierno en esa región. Otros eran investigadores para ONG's, como Amnistía Internacional, dedicadas a la protección de los derechos humanos. Debido a la naturaleza secreta de la interceptación bajo amenaza, ninguno de esos individuos podría mostrar que el gobierno estuviera de hecho grabando sus llamadas telefónicas. Aunque ellos demandaban que existía un riesgo sustancial de que sus llamadas eran o podrían ser interceptadas, la Corte Suprema concluyó que esto era insuficiente y que tenían que demostrar que el daño era "ciertamente prejudicial".¹²

En este artículo, voy más allá del asunto de la legitimación activa y analizo los peligros sustantivos derivados de la ley de 2008 –y para ese tema, el esquema de 1978 en general– y los valores protegidos por la Cuarta Enmienda. Las escuchas telefónicas interfieren en el ejercicio de las libertades personales esenciales para la vida democrática y de este modo, incluso en este tiempo de terror, es necesario el requisito de orden judicial proclamada, durante mucho tiempo, por la Corte Suprema. Como secuela del 11 de septiembre, se aumenta, naturalmente, la tentación de permitir una excepción del requisito de orden judicial para delitos extraordinarios. Explico por qué esa tentación debe resistirse y por qué, incluso si una excepción es permitida, esa cesión de autoridad en la ley de 2008 debe ser declarada inválida bajo la doctrina que condena interferencias excesivas a la libertad.

2. LA GUERRA CONTRA EL TERROR Y LA PROMULGACIÓN DE LAS ENMIENDAS FISA¹³ DE 2008

Poco después de los ataques del 11 de septiembre, el Presidente George W. Bush declaró una "Guerra contra el Terror" y concretó esa declaración lanzando una campaña militar contra Al Qaeda, la extensa organización terrorista que era responsable de esos ataques. También invadió Afganistán cuando ese gobierno, entonces controlado por los Talibanes, rechazó entre-

¹² Ver *Clapper v. Amnesty Int'l USA*, 133 S. Ct. 1138 (2013).

¹³ *Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA)*.

gar a Osama Bin Laden y otros líderes de Al Qaeda que estaban refugiados allí.

En el contexto de esta campaña militar, el Presidente Bush emitió un número de órdenes como Comandante en jefe de las fuerzas armadas. La más notoria de esas órdenes regulaba el trato a las personas capturadas en el campo de batalla. Determinó que personas que luchasen en nombre de Al Qaeda o Afganistán eran “combatientes enemigos ilegales” y, por consiguiente, no estaban bajo la protección de la Tercera Convención de Ginebra¹⁴. El Presidente Bush decretó que algunos de esos individuos estarían sujetos a juicio ante comisiones militares y otros estarían retenidos por periodos indefinidos, prolongados –hasta que las hostilidades cesaran– sin que se permitiera juicio de ningún tipo. También estableció, en enero 2002, una prisión en la Base Naval de Guantánamo para estos objetivos.

Las órdenes del Presidente Bush no estaban, no obstante, confinadas al campo de batalla lejano o a aquellos capturados en él. Algunas de sus órdenes tenían un impacto directo e inmediato sobre la calidad en vida de los Estados Unidos, aunque ellas estaban también emitidas conforme a sus poderes como Comandante en jefe. Una de las más llamativas, emitida en el otoño de 2001, estableció el denominado “Programa de Vigilancia Terrorista/ *Terrorist Surveillance Program*” (TSP)¹⁵, que estaba dirigido por la Agencia Nacional de Seguridad para grabar las llamadas telefónicas internacionales entre personas de los Estados Unidos y personas en el extranjero que fueran sospechosas de tener relación con Al Qaeda o fuerzas asociadas. La interceptación de esas llamadas no estaba autorizada por una orden u otra forma de aprobación judicial.

En sus inicios, el Programa de Vigilancia Terrorista fue ocultado al conocimiento público. Dado que su objetivo era sorprender a los incautos, no es tan extraño. El 15 diciembre de 2005, no obstante, cuatro años después de ser instituido, el *New York Times*¹⁶ reveló la existencia del programa, lo cual pronto se convirtió en objeto de una acalorada controversia pública. Aunque se formularon muchas objeciones al programa, la principal surgía de la resis-

¹⁴ Ver p.e., Military Order de Nov. 13, 2001: Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, 66 Fed. Reg. 57,883 (definiendo “combatientes enemigos ilegales” mientras evita la frase).

¹⁵ De ahora en adelante será citado por sus siglas en inglés. *N. del T.*

¹⁶ J. RISEN, E. LICHTBLAU, “Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts”, *New York Times*, 16 diciembre 2005. Disponible en <http://www.nytimes.com/2005/12/16/politics/16program.html> (corrección adjuntada).

tencia del Presidente a acatar los requisitos de *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA).¹⁷

FISA fue adoptado por el Congreso en 1978 como consecuencia de las revelaciones de un Comité del Senado, encabezado por el Senador Frank Church, sobre las actividades de vigilancia, de amplio alcance y muy poco controladas, de las agencias de inteligencia norteamericanas. En su promulgación original, la ley requería al ejecutivo obtener permisos o autorización de un tribunal especial –el Tribunal de Vigilancia de la Inteligencia Extranjera– antes de la grabación de los teléfonos de agentes o empleados de un poder extranjero. La ley decretó que el tribunal estaba formado por once jueces federales especialmente designados para este puesto por el Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos¹⁸. Cada uno estaba autorizado para actuar solo. Tanto sus identidades como sus procedimientos debían mantenerse secretos¹⁹. La ley de 1978 definía un poder extranjero para incluir no sólo una nación extranjera, sino también “un grupo implicado en terrorismo internacional”²⁰. La ley, además, estableció qué información de inteligencia extranjera incluía información relativa a “actividades de inteligencia clandestina”, “sabotaje”, “terrorismo internacional” y “la conducta de los asuntos exteriores de los Estados Unidos”²¹. La ley declaró que los procedimientos establecidos era un canal exclusivo de espionaje electrónico de la inteligencia extranjera²².

El Fiscal General de Bush, Alberto Gonzalez, defendió el rechazo presidencial a acatar los procedimientos de la ley de 1978²³. Gonzalez sostenía que la resolución del Congreso de 18 de septiembre de 2001 autorizando el

¹⁷ *Foreign Intelligence Surveillance Act* de 1978, Pub. L. No. 95-511, 92 Stat. 1783 (codificada como enmienda en secciones dispersas de 8, 18, y 50 U.S.C. (2012)). De ahora en adelante se hará referencia en el texto a esta ley como FISA, sus siglas en inglés. *N. de T.*

¹⁸ 50 U.S.C. § 1803(a) (2012).

¹⁹ La disposición fue también hecha para la revisión de las decisiones de los jueces individuales por una corte de apelación de tres jueces especialmente designados. Dada la naturaleza secreta de los procedimientos FISA, este derecho de revisión estaba solo disponible para el gobierno. ID. § 1803(b).

²⁰ ID. § 1801(a)(4).

²¹ ID. § 1801(e).

²² 18 U.S.C. § 2511(2)(f) (2012).

²³ Ver *Poder del ejecutivo en tiempo de guerra y la Autoridad de Vigilancia Agencia Nacional de Seguridad: Audiencia en la Subcomisión sobre Poder judicial*, 109º- Congreso 10-15 (2006). Disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/search/pagedetails.action?granuleld=CHRG-109shrg27443&packageId=CHRG-109shrg27443>

uso de fuerza militar contra aquellos que eran responsables de los ataques del 11 de septiembre había modificado implícitamente la “disposición” de la ley de 1978 que lo convertía en procedimiento exclusivo para interceptar las llamadas telefónicas de los agentes de un poder extranjero. En la visión de Gonzalez, la resolución de 2001 había eliminado cualquier conflicto entre el Programa de Vigilancia Terrorista y la ley FISA de 1978²⁴.

Pero Gonzalez no se detuvo con esa afirmación. También negó que el Congreso tuviera el poder de interferir con el esfuerzo del Presidente en cumplir con sus deberes como Comandante en jefe. El artículo II de la Constitución otorga al Presidente la autoridad y responsabilidad de actuar como Comandante en jefe y, de este modo, tiene, según Gonzalez, la autoridad –la autoridad constitucional– de hacer caso omiso de las disposiciones de cualquier ley que, a su juicio, interfieran exageradamente con el desempeño de sus deberes. El Congreso no puede explicar al Presidente como desplegar las fuerzas armadas, y de forma similar, Gonzalez continuaba, el Congreso no puede instruir al Presidente en sus esfuerzos de reunir la inteligencia necesaria para la finalización con éxito de la campaña militar contra Al Qaeda y sus aliados²⁵.

El argumento era parte de una estrategia más amplia de la Administración, encabezada por el Vicepresidente Dick Cheney y su jefe de gabinete, David Addington, para ampliar –o, en su visión, recuperar– las prerrogativas del Presidente para actuar por sí mismo. De hecho, la posición de la Administración en el Programa de Vigilancia Terrorista era paralela a la posición que había asumido sobre los métodos que se utilizaban al interrogar terroristas o personas sospechosas de tener conexiones con al Qaeda. Un memorandum de 2002 del *Office of Legal Counsel* en el Departamento de Justicia, obviamente preparado con intención de explicar al Presidente lo que quería escuchar, declaró que el Presidente podría no estar limitado en su elección de los métodos para interrogar a los combatientes enemigos por la ley que fue aprobada por el Congreso en 1988 para implementar la Convención contra la Tortura²⁶. Gran parte de este

²⁴ ID. en 13-14 (argumentando que la resolución de 2001 “debe permitir vigilancia electrónica a aquellos asociados con Al Qaeda.”)

²⁵ ID. en 12 (la autoridad inherente conferida al Presidente en la Constitución incluye el poder de espiar enemigos como Al Qaeda sin aprobación previa de otros órganos del gobierno.”)

²⁶ Memorandum de Jay S. Bybee, Ayudante de Fiscal General, Oficina del Consejo Jurídico, a Alberto R. Gonzales, aconsejando al Presidente (Aug. 1, 2002), <http://www.justice.gov/olc/docs/memo-gonzales-aug1.pdf> (preparado por John C. Yoo).

memorándum, específicamente el artificioso esfuerzo para limitar el alcance de la ley por acotar la definición de tortura, fue posteriormente repudiado en diciembre de 2004 por el mismo Departamento, una vez que el anterior memorándum fue hecho público²⁷. Este nuevo memorándum, no obstante, no repudiaba la parte donde el anterior negaba la Congreso al autoridad de limitar el poder del Presidente, actuando como Comandante en jefe, para elegir los métodos a utilizar al interrogar a los terroristas sospechosos. El memorándum simplemente decía que era innecesario afrontar este tema ya que el Presidente había declarado que él se oponía a la tortura.

El Presidente no se ocultó detrás de estos memoranda departamentales para definir el alcance de su autoridad para interrogar terroristas sospechosos. Al promulgar la *Detainee Treatment Act* de 2005²⁸, reivindicaba para sí mismo el derecho de actuar unilateralmente al dirigir la Guerra contra el Terror, incluso hasta el punto de hacer caso omiso del Congreso. En su declaración en el acto de firma, el Presidente puso en duda la eficacia de la prohibición de la tortura que, gracias a la campaña del Senador John McCain, era una parte de esa medida. Bush puso de relieve el error del añadido de McCain para facilitar una solución para hacer cumplir esta prohibición de la tortura e, incluso más importante, Bush declaró que no dejaría que esta prohibición legal interfiriera en el adecuado cumplimiento de sus deberes como Comandante en jefe. Hizo la declaración el 30 de diciembre de 2005, poco después de que el *New York Times* sacara a la luz la existencia del programa de escuchas telefónicas TSP. Esta coincidencia prestó fortaleza al argumento del Fiscal General que, a pesar del pretendido conflicto con la ley FISA 1978, el decreto de escuchas telefónicas TSP constituía un ejercicio legal de poder del Presidente como Comandante en jefe.

Sobre el asunto de las escuchas telefónicas, no está claro quien tenía el mejor argumento para resolver el conflicto entre el Presidente y el

²⁷ Ver Memorandum de Daniel Levin, Actuando como ayudante del Fiscal General, Oficina del Consejo Jurídico, a James B. Comey, Fiscal General adjunto. (30 diciembre 2004). Disponible en http://www.thetorturedatabase.org/files/foia_subsite/pdfs/DOJOLC001109.pdf

²⁸ Presidente George W. Bush, Declaración en la firma en el Departamento de Defensa de la Ley de asignaciones suplementarias de emergencia para hacer frente a los huracanes del Golfo de México y a la Pandemia de Gripe A 2006 (30 diciembre 2005), disponible en <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?%20pid=65259> (declarando que “[el ejecutivo debe construir “la prohibición” en una forma consistente con la autoridad constitucional del Presidente para supervisar a los órganos ejecutivos de forma unitaria como Comandante en jefe y consistentemente con los límites constitucionales sobre el poder judicial” en orden a “proteger al pueblo americano de más ataques terroristas.”)

Congreso. El artículo II, que enumera los poderes del Presidente, dice que es el Comandante en jefe de las fuerzas armadas, pero la Constitución también concede al Congreso poderes de guerra. El artículo I da al Congreso la autoridad de declarar la guerra, hacer regulaciones generales sobre las fuerzas armadas, y asignar fondos para el ejército. En el ámbito de la guerra, muchos de los poderes del Presidente y el Congreso son compartidos o entrecruzados y cada órgano puede adelantarse en demandar primacía cuando exista un conflicto. El Presidente habla por la nación. Los senadores y congresistas es más probable que sientan la llamada de los distritos locales que los eligen, aunque esas ataduras locales pueden mejorar su responsabilidad hacia los electores y, por consiguiente, fortalezcan su autoridad a la hora de hablar en nombre del pueblo.

Aquellos que discuten la concepción del poder ejecutivo reflejada en el programa de escuchas telefónicas de TSP hacen frecuente referencia a la opinión concurrente del Juez Jackson en la decisión *Youngstown*²⁹. En ese caso, la Corte dejó a un lado la ocupación por el Presidente Truman de una planta siderúrgica, que, según el mismo, era necesaria para prevenir una huelga de trabajadores organizados que interferían con el esfuerzo militar de los Estados Unidos en la Guerra de Corea. La opinión mayoritaria en *Youngtown*, de la que fue ponente el Juez Black, sostuvo que la captura constituía un acto de creación del Derecho, un poder perteneciente al Congreso y, de este modo, no podría ser visto como el adecuado ejercicio del poder del Presidente como Comandante en jefe³⁰.

El Juez Jackson estaba de acuerdo con el resultado, pero introdujo un esquema más pragmático para definir los límites del poder del Presidente. Ese poder, decía, varía de acuerdo con su relación con el ejercicio del poder del Congreso y está en su mínima expresión cuando está en conflicto con un mandato legal explícito³¹. Ese enfoque pragmático, no obstante, no resolvía completamente la disputa entre el Presidente y el Congreso sobre el Programa de Vigilancia Terrorista, tan diferente en muchos aspectos de la ocupación de la planta siderúrgica. El poder del Presidente puede estar de lo más debilitado cuando está en conflicto con una ley, pero el Juez Jackson era cuidadoso en no negar el poder del Presidente incluso bajo esas circuns-

²⁹ Ver *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 634-55 (1952) (Jackson, J., concurrente).

³⁰ ID. en 588-89 (con la opinión de la mayoría).

³¹ ID. en 635-38 (Jackson, J., concurrente).

tancias si, como Gonzalez mantuvo, se basa en la cesión constitucional del poder del Presidente como Comandante en jefe.

Al final, la nación se salvaba de las dificultades inherentes a resolver el conflicto entre el Presidente y el Congreso. En enero 2007, después de un año de debate público sobre el Programa de Vigilancia Terrorista, el Fiscal General cambió su estrategia. Se dirigió al tribunal FISA y consiguió lo que quería. En una carta al Presidente y miembro de la minoría influyente del Comité Judicial del Senado, el Fiscal General informó que el 10 de enero de 2007, un juez del tribunal FISA había dado órdenes –puede decirse que pueden ser caracterizadas como órdenes “amplias”– autorizando las escuchas telefónicas dispuestas en el Programa de Vigilancia Terrorista³². Como Gonzalez declaró, un juez FISA había establecido “órdenes autorizando al gobierno a centrarse en recopilar comunicaciones internacionales dentro o fuera de los Estados Unidos donde exista causa probable para creer que uno de los comunicantes es un miembro o agente de Al Qaeda”³³. El Fiscal General también dijo a la luz de ese giro de los acontecimientos que el Presidente había determinado que no existía necesidad de continuar el Programa de Vigilancia Terrorista, aunque el Fiscal afirmó su creencia de que el programa “cumple completamente con la ley”³⁴.

En sectores dentro de la Administración pronto creció la inquietud sobre esta nuevamente anunciada disposición del Fiscal General para presentar los requisitos de FISA. Algunos objetaron el alcance de FISA, que había sido construida para cubrir cualquier comunicación enviada en los Estados Unidos, incluso llamadas telefónicas entre los extranjeros situados en el extranjero³⁵. Otros objetaron sobre la necesidad de obtener la aprobación del

³² 153 Cong. Rec. 1380-81 (2007).

³³ ID.

³⁴ ID. at 1381.

³⁵ *Your World with Neil Cavuto* (Fox News television broadcast, 31 julio 2007) (transcripción disponible <http://www.foxnews.com/story/0,2933,291763,00.html#ixzz22U84w38c> (Citando la comprensión de John Boehner de acuerdo con un juez FISA “prohibió la posibilidad de nuestros servicios de inteligencia y nuestra gente de contrainteligencia para escuchar a dos terroristas en otras partes del mundo pero donde la comunicación podría venir a través de los Estados Unidos”) Ver también M. HOSENBALL, “‘An ‘Intel Gap’: What We’re Missing”, *Newsweek*, 6 agosto 2007, p. 9 (“El conjunto de funcionarios de inteligencia concluyeron que las autorizaciones del tribunal FISA deben ser obtenidas para escuchar a escondidas no sólo sobre mensajes donde al menos una de las partes está en el interior del país, sino también para escuchar a escondidas sobre mensajes entre dos partes en el exterior que pasan a través de la red de comunicaciones de los Estados Unidos.”)

tribunal cuando las personas en Estados Unidos fueran partes en la conversación aunque el objetivo de la interceptación fuera un extranjero localizado en el extranjero³⁶. Otros tenían problemas por la decisión de otro juez FISA, quien en marzo 2007, cuando consideraba la renovación de las órdenes originales del 10 de enero, entendió de que solicitudes para la autorización de escuchas telefónicas bajo FISA tenían que hacerse sobre una base particularizada o persona a persona³⁷. El 13 de abril de 2007, sólo meses después de la amable carta de Gonzalez al Comité Judicial del Senado, la Administración dio forma a esta reacción negativa e introdujo una legislación que modernizaría FISA –o, dicho de otra forma, dio a las agencias de inteligencia todo el poder que ellas pensaban que necesitaban³⁸–.

El Congreso respondió favorablemente a las insinuaciones de la Administración, primero el 5 de agosto de 2007, cuando se aprobó la *Protect America Act*³⁹. Esa ley estaba concebida como una medida temporal. En sus propios términos estaba programada para expirar en seis meses, y de hecho expiró, después de una pequeña prórroga, el 16 de febrero de 2008. El 10 de julio de 2008 el Congreso promulgó la ley que la sustituía⁴⁰. Fue presentada como una enmienda de la ley de 1978, y así fue apropiadamente denominada *FISA Amendments Act* de 2008. Esencialmente permitía a los jueces FISA autorizar las escuchas telefónicas en los términos y condiciones propuestas

³⁶ G. MILLER, “New Limits Put on Overseas Surveillance”, *Los Angeles Times*, 2 agosto 2007. Disponible en <http://articles.latimes.com/2007/aug/02/nation/na-spying2> (citando funcionarios confirmando que los casos afectados FISA “donde una parte es extranjera y no sabes si la otra parte lo es queriendo decir que las órdenes judiciales serían requeridas incluso cuando no esté claro si las comunicaciones estaban cruzando los Estados Unidos o involucraban personas en los Estados Unidos”).

³⁷ J. WARRICK, W. PINCUS, “How the Fight for Vast New Spying Powers Was Won”, *Washington Post*, 12 agosto 2007. Disponible en <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/08/11/AR2007081101349.html> (“Las decisiones tienen el efecto práctico inmediato de forzar a la NSA a preguntar laboriosamente a los jueces sobre el Tribunal de Vigilancia de la Inteligencia Extranjera cada vez que quiera capturar esas comunicaciones extranjeras de un cable o fibra en suelo de los Estados Unidos.”)

³⁸ Ver Comunicado de Prensa, Departamento de Justicia de los Estados Unidos, Ficha técnica: Título IV de la ley de Autorización de la Inteligencia Extranjera del año fiscal de 2008, Asuntos relacionados con la ley de Vigilancia de la Inteligencia Extranjera (13 abril 2007). Disponible en http://www.justice.gov/opa/pr/2007/April/07_nsd_247.html.

³⁹ *Protect America Act* de 2007, Pub. L. No. 110-155, 121 Stat. 552 (codificada en 50 U.S.C. §§ 1801, 1803, 1805 (2012)).

⁴⁰ *FISA Amendments Act of 2008*, Pub. L. No. 110-261, 122 Stat. 2436 (codificada at 50 U.S.C. § 1881a (2012)).

por la Administración. Esta ley fue originalmente programada para expirar al final de 2012 y, en ese tiempo, fue renovada hasta 2017 –que es más de quince años desde que el Programa de Vigilancia Terrorista fue instituido por primera vez–.⁴¹

3. LA POSICIÓN DE OBAMA SOBRE LAS ENMIENDAS FISA DE 2008

Aunque la ley de 2008 fue auspiciada por el Presidente Bush y está históricamente conectada con el Programa de Vigilancia Terrorista que él instituyó, ha sido respaldada por su sucesor, el Presidente Obama. Ha firmado la prórroga de la ley, pero, incluso antes, había dado apoyo a la medida. Como senador, Obama se opuso a la disposición de la ley de 2008 que daba impunidad, desde las demandas civiles, a las operadoras telefónicas que habían participado en el Programa de Vigilancia Terrorista original dando acceso al NSA a sus instalaciones. Obama perdió esa lucha⁴² y, al final, votó la ley de 2008⁴³. Su Fiscal General, Eric Holder, posteriormente declaró en su audiencia de confirmación en enero de 2009 que defendería la constitucionalidad de la ley⁴⁴. Poco después de la promulgación de la ley de 2008, se presentó un recurso encaminado a declararla inválida⁴⁵, y esta acción –desestimada por la Corte en febrero de 2013– estaba todavía pendiente cuando se celebró la audiencia sobre el nombramiento de Holder.

La garantía de Holder a los senadores debía ser vista no como reconocimiento reticente de un deber ministerial, sino más bien como la expresión de la posición política más amplia de la Administración Obama: una disposición –quizá una disposición reacia, pero aun una disposición– de continuar la mayoría de las políticas contraterroristas de Bush. El Presidente Obama ha evitado cuidadosa y consistentemente utilizar la frase “Guerra contra el Terror”, pero ha declarado repetidamente que los Estados Unidos están en guerra con Al Qaeda. Ha mantenido esa posición incluso después de que Osama Bin Laden fuera asesinado en mayo de 2011 durante un ataque a su

⁴¹ *FISA Amendments Act Reauthorization Act* de 2012, Pub. L. No. 112-238, 126 Stat 1631 (codificada en una sección dispersa de 18 and 50 U.S.C.).

⁴² 154 Cong. Rec. 14,378-79 (2008).

⁴³ ID. at 14,385.

⁴⁴ *Nombramiento de Eric H. Holder, Jr., Propuesto para ser Fiscal General de los Estados Unidos: Audiencia en la Subcomisión sobre el Poder judicial*, 111º Congreso. 104 (2009).

⁴⁵ Ver *Amnesty Int'l USA v. McConnell*, 646 F. Supp. 2d 633 (S.D.N.Y. 2009), revocada 638 F.3d 118 (2d Cir. 2012), cert. concedida 132 S. Ct. 2431 (2012).

residencia en Pakistán. Ciertamente, el 22 de enero de 2009, el día después de su toma de posesión, Obama dio órdenes ejecutivas que buscaban minimizar el riesgo de tortura en el interrogatorio de terroristas sospechosos imponiendo el Manual de Campo del Ejército a la CIA y cerraban los centros clandestinos de detención –los “*black sites*”– que la CIA había mantenido⁴⁶. También ordenó que la prisión de Guantánamo se cerrara en el plazo de un año⁴⁷. El Congreso había bloqueado la implementación de esta orden, aunque la significación de este cierre temprano se convirtió en poco claro, desde que en mayo de 2009, en su ahora famoso discurso de los Archivos Nacionales⁴⁸, Obama aceptara las políticas clave de Bush que dieron notoriedad a la prisión de Guantánamo, como la detención indefinida, prolongada sin juicio de algunos prisioneros que estaban allí y la utilización de comisiones militares para procesar a algunos otros.

Al dirigir la Guerra contra el Terror, el Presidente Bush a veces siguió un estilo enfático de unilateralismo y demandó, como vimos en su defensa del Programa de Vigilancia Terrorista, el poder de actuar en formas que violaban los mandatos del Congreso. Esta actitud de Bush se ha utilizado para distinguirse de la estrategia contraterrorista de Obama, pero la diferencia no es tan grande como en principio podría parecer. Aunque Bush inicialmente habló de forma desafiante, últimamente giró hacia el Congreso, como hizo con la enmienda FISA de 2008, para los poderes que él inicialmente reivindicaba como Comandante en jefe. Más aún, cuando el primer mandato de Obama estaba acabándose y los desacuerdos con el Congreso sobre el cierre de Guantánamo aumentaron, hizo una excepción a una disposición en el presupuesto anual de las asignaciones a defensa que limitaba sus poderes de transferir prisioneros a Guantánamo. De una forma que recuerda la respuesta de Bush a la prohibición de la tortura de McCain en el *Detainee Treatment Act* de 2005, Obama emitió una declaración firmada en la que declaraba que “en el caso que esas restricciones legales operasen en una forma que violen los principios constitucionales de la separación de poderes, mi Administración las implementará en una manera que evitará el conflicto

⁴⁶ Exec. Order No. 13,493, Review of Detention Policy Options, 74 Fed. Reg. 4901 (22 enero 2009).

⁴⁷ Exec. Order No. 13,491, 74 Fed. Reg. 4893 (22 enero 2009); Exec. Order No. 13,492, 74 Fed. Reg. 4897 (22 enero 2009).

⁴⁸ Presidente Barack Obama, Comentarios del Presidente sobre Seguridad Nacional (21 mayo 2009). Disponible en <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/remarks-president-national-security-5-21-09>.

constitucional⁴⁹." Al defender alguna de estas políticas, como asesinatos con objetivo, Obama solía señalar que la resolución del Congreso del 18 de septiembre de 2001, autoriza el uso de la fuerza contra aquellos responsables de los ataques del 11 de septiembre. Pero esta práctica no le diferencia de Bush, quien, como hemos visto, también utilizó tanto la resolución del 18 de septiembre como la autorización del Congreso para la campaña militar que empezó contra Al Qaeda y Afganistán como fundamento para su ejercicio de poder de Comandante en jefe.

4. LOS ORÍGENES DEL CONCEPTO DE "ESPIONAJE DE INTELIGENCIA EXTRANJERA"

La ley de 2008 estaba desconectada de la guerra. Fue promulgada durante una era definida por el inicio de la Guerra contra el Terror, pero, al contrario del Programa de Vigilancia Terrorista, no tenía conexión analítica con la lucha contra Al Qaeda o cualquier otra operación militar lanzada en respuesta a los acontecimientos del 11 de septiembre. Como una enmienda a la ley FISA de 1978, la ley de 2008 está conectada, no a la guerra, sino más bien a un proceso regulado por esa ley –espionaje de inteligencia extranjera–.

El concepto de "espionaje de inteligencia extranjera" surgió como una categoría jurídica distinta en una forma más bien extraña –en las fisuras de un tira y afloja entre el Congreso y la Corte Suprema sobre las reglas que debían regular las escuchas telefónicas–. La Corte Suprema tomó la iniciativa en 1967, durante los días felices de la Corte Warren, cuando sostuvo en *Katz v. United States*⁵⁰ que la Cuarta Enmienda requería que las escuchas telefónicas gubernamentales debían ser autorizadas por una orden judicial.

⁴⁹ President Barack Obama, Declaración del Presidente sobre H.R. 4310 (2 enero 2013). Disponible en <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/01/03/statement-president-hr-4310>. En diciembre de 2011, en el presupuesto de las asignaciones de defensa, el Congreso con retraso respaldó la política de aprisionamiento sin juicio e intentó requerir todos los juicios por una comisión militar o aprisionamiento sin juicio para todos los nacionales extranjeros que hayan sido considerados combatientes enemigos ilegales o sin privilegios. *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012*, Pub. L. No. 112-81, §§ 1021-34, 125 Stat. 1298, 1562-74. En respuesta a esa medida, Obama subsiguientemente emitió exenciones que dispensaban a amplias categorías de prisioneros de los requisitos de la ley. Ver Oficina de Prensa de la Casa Blanca, *Presidential Policy Directive-Requirements of the National Defense Authorization Act*, Casa Blanca (28 febrero 2012). Disponible en <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2012/02/28/presidential-policy-directive-requirements-national-defense-authorization>.

⁵⁰ 389 U.S. 347 (1967).

Al dar este paso, la Corte Suprema rechazó el enfoque de la Cuarta Enmienda, planteado por el Presidente de la Corte Suprema Taft a finales de la década de 1920 en *Olmstead v. United States*⁵¹, que había situado las escuchas telefónicas más allá de la Cuarta Enmienda en la teoría que no era una “búsqueda” ni una “captura”. Para la Corte en *Katz*, estas dos palabras no iban a ser tratadas como Taft imaginó –reducidos ámbitos en los que la Corte tiene que encajar la actividad controvertida del ejecutivo. Formaban parte de la frase inicial de la Enmienda (el derecho del pueblo a estar seguro en sus personas, casas, papeles, y efectos, contra búsquedas y capturas irrazonables⁵²) y esta frase, tomada en conjunto, debía ser comprendida como indicativa de un objetivo de proteger la privacidad de los ciudadanos comunes. En términos de la opinión concurrente del Juez Harlan, que suele pensarse como la glosa autorizada de lo que la Corte decidió en *Katz*, la aplicabilidad de la Cuarta Enmienda, ahora vista en parte como una protección de la privacidad, depende de dos condiciones: primero, una persona debe “haber exhibido una expectativa (subjética) real de privacidad y, segundo, la expectativa (debe) ser tal que la sociedad esté preparada para reconocerla como ‘razonable’⁵³.”

Como tema puramente técnico – sin interés para la Corte en *Katz* ni tampoco, de hecho, en ninguno de los casos derivados– el caso delante de la Corte no involucraba escuchas telefónicas, pero algo cercano a las escuchas a escondidas. Los agentes del FBI habían situado un dispositivo de espionaje fuera de una cabina telefónica. La Corte reconoció completamente el carácter limitado y circunscripto de la acción del ejecutivo. Los agentes del FBI habían limitado su escucha a escondidas a solo seis ocasiones cuando el acusado utilizó la cabina telefónica y habían limitado su escucha subrepticia a un corto periodo de tiempo (de una media de tres minutos). Aún así, la Corte decidió que esa acción del ejecutivo requería una autorización judicial previa –la emisión de una orden judicial por un magistrado neutral e independiente–.⁵⁴

Al insistir en la orden judicial, la Corte se guiaba por la comprensión que concebía que la difusión de poderes entre los varios órganos del gobierno como una forma de proteger la libertad. También hacía uso de las reglas establecidas que regulan las intrusiones en el hogar, pensadas desde hace mucho tiempo como la ciudadela de la privacidad. La orden tenía que identificar el

⁵¹ 277 U.S. 438 (1928).

⁵² Constitución de los Estados Unidos de América. Enmienda. IV.

⁵³ 389 U.S. at 361 (Harlan, J., concurrente).

⁵⁴ ID. at 358 (opinión de la mayoría).

objetivo de la grabación en particular. Tenía también que estar basado en la solicitud que diera, bajo juramento, las razones para creer que el individuo había cometido, estaba cometiendo o iba a cometer un delito⁵⁵.

La Corte en *Katz* hizo notar cuidadosamente el carácter banal del caso bajo consideración. Involucraba la persecución de un individuo que era acusado de participar en una banda de juegos y apuestas. La Corte distinguió ese caso de uno que involucrara asuntos de seguridad nacional y específicamente declinó, en la penúltima nota al pie, decir si las órdenes judiciales serían necesarias en esos casos. Como la Corte dijo “si las salvaguardas distintas de la autorización previa por un magistrado satisficieran la Cuarta Enmienda en una situación que se viera involucrada la seguridad nacional no es una cuestión que esté presente en este caso⁵⁶”.

En 1968, poco después de la decisión *Katz*, el Congreso, movido por una animada campaña pública para tener mano dura contra la delincuencia, aprobó la *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*⁵⁷. En el título III de esa medida, el Congreso establecía las reglas que regulaban las escuchas telefónicas. Apoyaba fielmente los requisitos de *Katz* y prescribía los procedimientos para obtener órdenes judiciales para las escuchas ilegales. Aunque finalizaba con una disposición –similar a la nota al pie de *Katz*– que declaraba que nada en esa medida debía ser leído como que se requiera una orden judicial en casos de seguridad nacional⁵⁸. La clausula identificó específicamente dos situaciones que estaban exentas de los requisitos de la ley de orden judicial. Una de esas situaciones surge cuando el presidente busca proteger contra el ataque u otros actos hostiles de un poder extranjero, salvaguarda de la información de seguridad nacional contra actividades de inteligencia extranjeras, u obtener información de inteligencia extranjera considerada esencial para la seguridad de los Estados Unidos. La otra situación cubierta por la clausula surge cuando el Presidente intenta proteger contra peligros presentes y claros la estructura o existencia del gobierno.

La dialéctica entre la Corte y el Congreso tuvo aún otro giro en 1972, en el denominado caso *Keith*⁵⁹, la Corte tuvo que considerar esta clausula de

⁵⁵ ID. en 356-57.

⁵⁶ ID. en 358 n.23.

⁵⁷ *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act* de 1968, Pub. L. No. 90-351, 82 Stat. 197 (codificada en secciones dispersas de 5, 18, y 42 U.S.C. (2012)).

⁵⁸ ID. § 2511.

⁵⁹ *United States v. U. S. District Court (Keith)*, 407 U.S. 297 (1972).

la ley de 1968. Por ese tiempo la Corte Warren había empezado a desintegrarse, aunque no había comenzado una nueva institución completamente nueva. La decisión de la mayoría fue escrita por el Juez Powell, que había sido recientemente nombrado para la Corte por el Presidente Richard Nixon. Otro nuevo nombramiento de Nixon, el Juez Blackburn, compartió su opinión, como los cuatro que habían apoyado *Katz* –Jueces Douglas Brennan, Marshall y Stewart, que habían escrito la opinión de la mayoría en *Katz*. El caso surge de la política radical generada por la amplia oposición a la Guerra de Vietnam y apareció sobre la etiqueta de la Corte “en un tiempo”, como el Juez Powell reconoció “de ebullición mundial y... desordenes civiles.”⁶⁰

Tres individuos fueron acusados de participar en una conspiración para destruir propiedad gubernamental. Uno de los tres fue también acusado de volar una oficina de la CIA en Ann Arbor, Michigan. En respuesta a la moción antes del juicio de este individuo, el Fiscal General hizo una declaración jurada en la que reconocía que los funcionarios federales habían interceptado conversaciones telefónicas en las que el acusado había participado. El Fiscal General también reconoció que esas grabaciones no estaban autorizadas por una orden judicial aunque él siguió, insistiendo que la interceptación era un ejercicio razonable del poder del Presidente para proteger la seguridad nacional y que la orden judicial no era requerida para esas interceptaciones.

El Juez Powell empezó su análisis poniendo el Título III aparte. Esta disposición eximía al Fiscal General de los requisitos generales de la ley en casos de seguridad nacional, pero no era una cesión de autoridad. Según el Juez Powell, la disposición dejaba al Fiscal General donde él comenzó—esto es, sujeto a la Cuarta Enmienda. Sin embargo, la Corte, recordemos, ha declinado en *Katz* resolver cómo la Cuarta Enmienda se aplica en los casos de seguridad nacional. El Juez Powell ofreció una respuesta parcial a esta cuestión haciendo una distinción, que podría decirse estaba insinuada en la disposición del Título III, entre las amenazas a la seguridad nacional debidas a “organizaciones domésticas” –que se refieren, a lo largo de su opinión, como “asuntos de seguridad domésticos”– y amenazas a la seguridad nacional debidas a “poderes extranjeros o sus agentes”⁶¹. Definió organizaciones domésticas para referirse a un “grupo u organización (ya sea formal o informalmente constituidos) compuestos por ciudadanos de los Estados Unidos y que no tiene una conexión significativa con un poder extranjero, sus agen-

⁶⁰ ID., p. 319

⁶¹ ID., p. 321-22.

tes o agencias⁶². Entonces aplicó los requisitos de orden judicial de la Cuarta Enmienda a los “asuntos de seguridad doméstica” como caracterizando el caso que tenían enfrente. De una forma que recordaba al caso *Katz*, no obstante, también declaró que no expresaba una opinión “sobre el alcance de los poderes de vigilancia del Presidente con respecto a las actividades de los poderes extranjeros, dentro o fuera del país”.⁶³

La ley FISA de 1978 buscaba ocupar el ámbito de decisión dejado por la Corte primero en *Katz* y luego en *Keith*. La ley estableció el procedimiento que requería que el Fiscal General solicitara a un tribunal especial un permiso o autorización para interceptar llamadas telefónicas –tanto domésticas como internacionales–, que fueran transmitidas a través de instalaciones localizadas en los Estados Unidos. Este requisito de FISA de la previa aprobación del tribunal no debía, no obstante, ser confundido con el requisito de orden judicial que había sido impuesto por la Corte en *Katz* y *Keith*. La ley FISA no requería, como esas dos decisiones hacían, que el gobierno describiera las razones para creer que el objetivo de la grabación era culpable de un delito. El gobierno necesitaba solo describir las razones para creer que el objetivo de la vigilancia es un agente o empleado de un poder extranjero y que la interceptación es probablemente para asegurar la inteligencia extranjera, que, recordemos, es definida ampliamente por la ley como información que podría estar, pero no necesita estar, relacionada con actividad criminal como sabotaje o terrorismo internacional. En los términos de la ley, la inteligencia extranjera puede también estar relacionada con presuntas actividades de inteligencia clandestinas o la gestión de los asuntos exteriores.

Como resultado de la ley de 1978, una estructura dual emergió para las escuchas telefónicas. Algunas grabaciones requerían ordenes judiciales basadas en la causa probable, otras, aquellas específicamente diseñadas para espionar a la inteligencia extranjera, no los necesitaban. De forma llamativa, hasta hoy, casi treinta y cinco años después, la Corte Suprema no ha decidido sobre la constitucionalidad del esquema FISA o la estructura doble que creó. No obstante, un número de tribunales inferiores ha apoyado la ley⁶⁴. Esos tribunales entonces afrontaron un nuevo dilema: ¿puede la transcripción de

⁶² ID., p. 309 n.8.

⁶³ ID., p. 308.

⁶⁴ Ver, p.e., *United States v. Duggan*, 743 F.2d 59 (2d Cir. 1984); *United States v. Nicholson*, 55 F. Supp. 588 (E.D. Va. 1997).

una conversación telefónica obtenida por los procedimientos de FISA admitida como prueba en procesos penales?

Estos tribunales podrían haber sostenido que los requisitos de la causa probable de *Katz* y *Keith* tienen que ser satisfechos si el resultado de la grabación iba a ser introducido en un proceso penal. Ellos eligieron, no obstante, una regla más permisiva y definieron esa regla en los términos del objetivo de la interceptación. De tal forma que si el objetivo primario de la grabación era espiar la inteligencia extranjera, el gobierno podría utilizar los menos exigentes procedimientos FISA para obtener un permiso del tribunal y entonces utilizar los resultados de esa interceptación en un proceso penal contra el objetivo de la grabación, incluso aunque ese permiso no estuviera basado en mostrar una causa probable como se entendía en *Katz* y *Keith*⁶⁵.

Este fallo disminuyó la fuerza de los estándares que la Corte Suprema había enunciado en *Katz* y *Keith*, una tendencia que continuó con una ley aprobada en los días posteriores a los ataques del 11 de septiembre –la *USA Patriot Act*⁶⁶–. Esa medida preveía que el espionaje de la inteligencia extranjera solo tenía que ser objetivo significativo, como opuesto a primario, de interceptación para que los menos exigentes procedimientos FISA sean aplicables. En la práctica, esto permitió al gobierno evitar el requisito de la orden judicial de la Cuarta Enmienda como se entendía el requisito enunciado por *Katz* y *Keith* si podía mostrar una razón que dejaba creer que el objetivo de la interceptación era un agente de un poder extranjero y que inteligencia extranjera sería obtenida por la interceptación. Espiar una inteligencia extranjera podría ser un objetivo sustancial o significativo de la grabación y, de este modo, legítimo bajo los menos exigentes procedimientos de FISA, incluso si el objetivo primario de la interceptación era reunir pruebas para un proceso penal.

5. LOS TÉRMINOS DE LAS ENMIENDAS FISA DE 2008

Las enmiendas de 2008 preservaron los cambios efectuados por la *Patriot Act*. El gobierno solo necesitó mostrar que el espionaje de la inteligencia extranjera es un objetivo significativo, como opuesto a primario, de la grabación. La ley de 2008 también mantuvo los requisitos originales de FISA para

⁶⁵ Ver p.e., *United States v. Pelton*, 835 F.2d 1067, 1075-76 (4th Cir. 1987).

⁶⁶ Unir y fortalecer América proveyendo las herramientas adecuadas requeridas para interceptar y obstruir al Terrorismo (*Usa Patriot Act*) of 2001, Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272 (codificada en secciones dispersas de 8, 12, 15, 18, 20, 31, 42, 47, 49, and 50 U.S.C. (2012)).

autorizar grabaciones donde el objetivo es una persona localizada en los Estados Unidos. En esos casos, el gobierno debe, además de mostrar un objetivo significativo –establecer una razón para creer que el objetivo es un agente empleado de un poder extranjero–. No obstante, la ley de 2008 introdujo una mayor complejidad en la estructura FISA al establecer, como propuso la Administración Bush, un conjunto especial de reglas para aplicar cuando el objetivo de la grabación está localizado fuera de los Estados Unidos.

Algunas de estas personas en el extranjero pueden ser estadounidenses o, en las palabras de la ley, “personas de los Estados Unidos”, una categoría definida para reagrupar a los ciudadanos de los Estados Unidos y las personas legalmente admitidas a la residencia permanente en los Estados Unidos⁶⁷. Con respecto a ellos, como con los americanos en los Estados Unidos, los requisitos para la vigilancia son de acuerdo con la ley original FISA como fue enmendada por la *Patriot Act*. El gobierno debe establecer que un objetivo significativo de la grabación es espiar la inteligencia extranjera o que el individuo es un agente empleado por un poder extranjero. Estos requisitos se aplican con independencia de si de la interceptación se efectúa a través de instalaciones situadas en los Estados Unidos o instalaciones localizadas en el extranjero.

Sin embargo, en el caso de personas que no sean de los Estados Unidos –en mis términos, extranjeros– que están situados en el extranjero, la ley de 2008 se aparta radicalmente de los principios originales FISA. Como bajo la ley original, no existe necesidad de obtener autorización de ningún tipo de un juez FISA cuando la grabación no requiere acceso a las instalaciones localizadas en los Estados Unidos⁶⁸. Cuando, no obstante, la grabación está dirigida a los extranjeros en el extranjero y requiere acceso a las instalaciones de los Estados Unidos, es requerido el permiso de un juez FISA, pero el principio tradicional FISA es drásticamente reducido. Aunque el gobierno debe exponer un objetivo significativo a la grabación para espiar la inteligencia extranjera, poco más se requiere. El gobierno no necesita tener razón para sospechar que los objetivos de las grabaciones son agentes o empleados de un poder extranjero, sólo que son extranjeros y que están situados fuera de los Estados Unidos⁶⁹.

⁶⁷ Ver *FISA Amendments Act* de 2008, Pub. L. No. 110-261, § 701, 122 Stat. 2436, 2437 codificada en 50 U.S.C. § 1881 (2012)).

⁶⁸ 50 U.S.C. § 1802(a)(1) (2012).

⁶⁹ ID. § 1881a(a)-(g).

La ley de 2008 no solo aligera los principios para autorizar grabaciones dirigidas a extranjeros individuales o específicos en el extranjero. También facilita la emisión de autorizaciones “amplias” de grabaciones para esas personas como el TSP original había hecho⁷⁰. Incluso aunque el procedimiento completo FISA es secreto, la ley de 2008 libera al gobierno de la necesidad de revelar al juez FISA la identidad de cada individuo que sea objetivo. Solo requiere que el gobierno describa y emplee procedimientos razonablemente diseñados para asegurar que esta actividad propuesta de vigilancia sólo tendrá como objetivo extranjeros en el extranjero⁷¹. Esto quiere decir que se puede permitir que el gobierno obtenga autorización de un juez FISA para grabar las llamadas telefónicas de un grupo entero de extranjeros en el extranjero (p.e. “personas sospechosas con conexiones con Al Qaeda” u “oficiales de alta graduación del ejército paquistaní”).

Todas las solicitudes para órdenes judiciales, incluso aquellas requeridas por *Katz and Keith*, son consideradas por un juez sin referencia al objetivo. La esperanza es que un juez, actuando por su cuenta, hará escrutinio de las bases fácticas de la solicitud. Esta esperanza, se puede considerar, persistió incluso bajo el esquema original de FISA, aunque dos de sus características disminuyen la probabilidad de que esa esperanza pueda realizarse alguna vez –los jueces del tribunal FISA son cuidadosamente seleccionados por el Presidente de la Corte Suprema y aseguran un grado de anonimato–. Pero la ley de 2008 fue más allá y buscó eliminar los poderes de un juez FISA para desafiar los predicados fácticos de la solicitud gubernamental para la autorización para una grabación cuando el objetivo es un extranjero en el extranjero.

En 2004, el Congreso aprobó una ley estableciendo la Oficina del Director de la Inteligencia Nacional para coordinar y supervisar el trabajo de todas las agencias de inteligencia y espionaje de los Estados Unidos⁷². Esta ley también enmendaba la ley original FISA que requería que aquellas solicitudes que tenían que ser conjuntamente autorizadas por el Director de la CIA y

⁷⁰ Ver W. C. BANKS, “Programmatic Surveillance and FISA: Of Needles in Haystacks”, *Texas. Law Review*, núm. 18, 2010, pp. 1633, 1635 (“La [ley de 2008] codificó un procedimiento para permitir la vigilancia programática, amplia centrada en pautas de actividades sospechosas y no en un individuo específico o los contenidos de sus comunicaciones a través de los cambios en FISA que superan la orientación específica-del-caso de la ley original.”)

⁷¹ 50 U.S.C. § 1881a(a)-(g).

⁷² *Intelligence Reform and Terrorism Protection Act* de 2004, Pub. L. No. 108-458, 118 Stat. 3638 (codificado en secciones dispersas de 42 y 50 U.S.C. (2012)).

por el Fiscal General; ahora tenían que ser autorizadas por el Director de la Inteligencia Nacional y el Fiscal General⁷³. Las enmiendas FISA de 2008 continuaron con este requisito de autorización conjunta del Fiscal General y el Director de la Inteligencia Nacional⁷⁴. Estos funcionarios debían conjuntamente establecer un plan para regular estas actividades de vigilancia dirigidas a extranjeros en el extranjero, enviar un plan al juez FISA y certificar que los nuevos requisitos para esos objetivos se cumplieran⁷⁵. En otro cambio radical desde el esquema original de FISA, la ley de 2008 busca proveer que el juez deba aprobar la aplicación si la certificación “contiene todos los elementos requeridos⁷⁶.” No hay lugar para que el juez haga escrutinio, como podría o debía haber hecho en el pasado, de los predicados fácticos de la aplicación FISA del gobierno. La ley de 2008 también sitúa un límite estricto –treinta días– sobre el tiempo que el juez FISA tiene para considerar la solicitud⁷⁷.

Habiendo minimizado el papel de los jueces, la ley de 2008 prevé una medida de revisión tras las actividades de vigilancia del Departamento de Justicia y de las varias agencias de inteligencia que puedan estar implicadas en las escuchas telefónicas. Este poder de revisión fue encomendado a un grupo de inspectores generales, que son funcionarios administrativos, no magistrados imparciales e independientes. Los inspectores generales son elegidos por el Presidente y sujetos a destitución por él. El Senado debe confirmar su nombramiento y ser informado a los 30 días de su cese⁷⁸. Fueron creados por la ley de 1978, también en respuesta a las revelaciones del Comité Church, y se les encargaron de informes al Congreso y el ejecutivo con las prácticas de las agencias administrativas a las cuales pertenecían. Las enmiendas FISA de 2008 específicamente instruían al Inspector General del Departamento de Justicia y su contraparte en cada una de las agencias de inteligencia involucradas en la vigilancia que revisen y comuniquen cuantas personas objetivo de vigilancia al final se encontraban en el país y cuantos ciudadanos estadounidenses están identificados en los informes de la vigilancia⁷⁹.

⁷³ ID. § 1071(e).

⁷⁴ 50 U.S.C. § 1881a(a).

⁷⁵ ID. § 1881a(a)-(g).

⁷⁶ ID. § 1881a(i)(3).

⁷⁷ ID. § 1881a(i)(1)(B).

⁷⁸ *Inspector General Act* de 1978, 5 U.S.C.A. App. 3 (2010).

⁷⁹ 50 U.S.C. § 1881a(l)(2).

6. EL CONFLICTO CON LA CUARTA ENMIENDA

La protección de la privacidad no es absoluta. La Cuarta Enmienda no niega totalmente el acceso del gobierno a la información que necesita para cumplir con su deber elemental de asegurar el país. Más bien, busca minimizar o evitar los peligros inherentes a la vigilancia al restringir las técnicas y métodos que el gobierno puede emplear para adquirir esa información. Sitúa una zona sobre ámbitos y actividades del individuo –aquellas que otorgan una “razonable expectativa de privacidad”⁸⁰– y entonces construye una barrera para proteger esta zona. Esta barrera está reforzada por la comprensión de que cada intrusión no solo perjudica el interés individual en la privacidad y, de este modo, socava las condiciones necesarias para el florecimiento humano, sino que, dadas las circunstancias particulares de la intrusión y las razones para ella, amenazan una multitud de otros intereses, incluyendo aquellos protegidos por las garantías constitucionales de la libertad de expresión, juicio imparcial e igualdad de trato.

Las enmiendas FISA de 2008 son una cesión de autoridad. Permiten al gobierno interceptar conversaciones telefónicas y, de este modo, interferir en una actividad ciertamente muy dotada de una expectativa razonable de privacidad. La validez de la ley gira sobre las condiciones que impone para el ejercicio de su autoridad y si esas condiciones son bastante estrictas para llevarse bien con la Cuarta Enmienda y las barreras que impone contra esas intrusiones a la privacidad. Normalmente, la Cuarta Enmienda ha sido utilizada para revisar condenas penales, en ese contexto constituye un principio para medir la actividad investigadora de los funcionarios encargados de la aplicación de la ley. También ha sido utilizada para establecer un principio con el que medir cesiones legislativas a la autoridad investigadora y el poder de los funcionarios del gobierno para implicarse en varias formas de vigilancia, incluyendo escuchas telefónicas⁸¹.

6.1. El requisito de la causa probable

Las condiciones establecidas por *Katz* y *Keith* tiene dos características. Requiere una aprobación del tribunal previa a la interceptación y condiciona

⁸⁰ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 360 (1967) (Harlan, J., concurrente).

⁸¹ Por ejemplo en *Berger v. New York*, 388 U.S. 41 (1967), la Corte Suprema anuló una condena por soborno basada en las pruebas obtenidas sin una orden judicial que siguiese los principios de particularidad de la Cuarta Enmienda. La Corte también declaró inconstitucional por sí misma la ley de Nueva York que establecía el esquema que gobernaba la vigilancia electrónica bajo el cual la orden judicial era emitida obviando incluir un requisito de suficiente particularidad.

esa aprobación a mostrar una causa probable. FISA –como fue originalmente promulgada y como fue enmendada– satisface el primer requisito de la aprobación previa del tribunal. Pero restringe en gran medida el segundo –la necesidad de mostrar una causa probable–⁸².

La Cuarta Enmienda no elabora el significado de la causa probable, pero, como en *Katz y Keith* y en muchos otros casos, ha declarado que la causa probable es –tal y como se emplea en la Cuarta Enmienda– un término técnico conectado con la criminalidad. No significa simplemente una razón para creer que alguien es sospechoso, sino más bien una razón para creer que esa persona cuyas llamadas están siendo interceptadas ha cometido un delito, está cometiendo un delito, o va a cometer un delito⁸³.

La carga de mostrar la causa probable puede pesar gravemente sobre el gobierno. El gobierno puede, algunas veces, necesitar grabar para adquirir la información que le permitirá identificar a un delincuente, o confirmarle que un individuo va a cometer un delito. Lo mismo puede decirse sobre las intrusiones en el hogar. Pueden ser necesarias para establecer una causa probable. No obstante, bajo la Cuarta Enmienda, esa información debe asegurarse que será garantizada por medios que no comporten la interceptación de una conversación o intrusión en un ámbito que sea considerado dentro de una expectativa razonable de privacidad. En *Katz* y de nuevo en *Keith*, la Corte Suprema se detuvo un momento antes de aplicar esta manera de

⁸² Algunos han sugerido que la cualificación FISA del requisito de causa probable no va lo suficientemente lejos y que esa mayor cualificación, e incluso la eliminación de ese requisito, mejorará la ley (o legislación de sustitución) Ver p.e., S. C. BLUM, “What Really Is at Stake with the FISA Amendments Act of 2008 and Ideas for Future Surveillance Reform”, *Boston University Public Interest Law Journal*, núm. 18, 2009, pp. 269, 291-294, 308-312.

⁸³ Una comprensión contraria del término relacionado “sospecha individualizada” recientemente aparecido en la nota al pie 2 de la opinión del Juez Scalia para la Corte en *Ashcroft v. Al-Kidd*, 131 S. Ct. 2074 (2011), un caso que involucra un arresto sobre la ley de testigos de material federal. En su opinión concurrente, el Juez Ginsburg argumentó que la “sospecha individualizada” necesaria para una orden judicial es un término jurídico que significa sospechoso de actividad delictiva. ID. en 2088 n.3 (Ginsburg, J., concurrente). El Juez Scalia, no obstante, utilizó el término sin mucha rigidez y concluyó que la orden judicial de testigos materiales en el caso había estado adecuadamente basada en la “sospecha individualizada” de que el objetivo poseía información relevante sobre otros. ID. en 2082 n.2. Él dijo: “Ningún uso de la palabra es más común y más idiomático que una declaración como “tengo una sospecha de que él sabe algo del delito” o incluso “tengo la sospecha que me está preparando una fiesta sorpresa de cumpleaños” ID. Ninguna autoridad ha ofrecido apoyo de la visión – tan extraña para un originalista– de que este uso contemporáneo o idiomático fuera pretendido por los Constituyentes en el contexto de la Cuarta Enmienda.

entender la causa probable a las grabaciones dirigidas al espionaje de una inteligencia extranjera y reservó esa cuestión para otro día –un día que aún no ha llegado–.

Como una cuestión hipotética, es difícil decir si la Corte dará un paso adicional y aplicará a las grabaciones FISA –ni como fueron originalmente promulgadas en 1978 o enmendadas en 2008– la comprensión de la causa probable anunciada en *Katz* y *Keith*. La actual Corte debería incluso, en el peor de los casos, decidir en contra de esas decisiones. Pero esta investigación no es predictiva, sino más bien normativa –¿qué diría un jurista justo e imparcial actuando como miembro de la sociedad civil? Desde esa perspectiva, el paso adicional parece necesario. Es difícil de entender como al término “causa probable” dependiendo del tipo de información buscada podría darse un significado diferente, el objetivo del gobierno al buscar esta información, o la ciudadanía o localización de las personas que son objetivo de la interceptación.

La ley de 2008 varía las condiciones para obtener la aprobación del tribunal dependiendo del objeto de la vigilancia y la ciudadanía y la localización del objetivo, aunque en ninguna instancia se requiere la sospecha de criminalidad que es la esencia de la causa probable. En todas las grabaciones FISA, el gobierno debe mostrar que un objetivo significativo –no solo el objetivo, ni incluso el objetivo primario– de la interceptación es espiar una inteligencia extranjera, que naturalmente puede no tener ninguna conexión con actividades delictivas sospechosas⁸⁴. La ley impone otra condición para obtener la aprobación del tribunal cuando el objetivo de la grabación es un ciudadano americano o una persona que está legalmente en Estados Unidos: el gobierno debe mostrar que el objetivo es un empleado o agente de un poder extranjero⁸⁵. Si el poder extranjero es una organización terrorista internacional, puede ser imparcialmente asumido que existe una razón para creer que el objetivo es un terrorista y, de este modo, que el requisito de causa probable sea satisfecho. Pero las escuchas telefónicas están permitidas bajo FISA incluso si el poder extranjero es otra nación, por ejemplo el Reino Unido o Arabia Saudí y, en ese caso, no habría razón para sospechar de una finalidad de actividad delictiva.

Existe incluso un alejamiento más llamativo de los requisitos de la causa probable cuando el objetivo es un extranjero en el extranjero. En esos casos, no existe necesidad de mostrar incluso que el objetivo es un empleado o

⁸⁴ Ver la nota al pie 22 y el texto que acompaña.

⁸⁵ ID. § 703 (codificada en 50 U.S.C. § 1881b).

agente de un poder extranjero, sólo que él o ella es un extranjero en el extranjero. Más aún, en esos casos, al juez FISA se le niega la capacidad, presente en cualquier audiencia de causa probable, de hacer escrutinio de las bases fácticas de la solicitud del gobierno. Por encima de eso, las Enmiendas de 2008 autorizan al juez FISA a aprobar escuchas telefónicas “amplias” dirigidas a grupos o categorías de personas compuestos de extranjeros en el extranjero –una vez más bruscamente en desacuerdo con el concepto constitucional de causa probable, que requiere la sospecha de criminalidad y, por consiguiente, debe, necesariamente, proceder sobre una base individual o persona a persona–.

Poco después de la promulgación de las Enmiendas FISA de 2008, una demanda –aquella que la Corte Suprema finalmente rechazó por falta de legitimación activa– se interpuso en contra de la ley. La demanda fue diseñada para centrar la atención en las disposiciones de esa ley respecto a los extranjeros en el extranjero –y con buenos motivos–. Esas disposiciones marcan la separación más clara e inquietante del requisito de la causa probable de la Cuarta Enmienda. Aún al establecer esas disposiciones, el Presidente Bush y el Congreso las había hecho depender de una decisión de 1990 de la Corte Suprema, *United States v. Verdugo Urquidez*⁸⁶, que podría leerse como situando a los extranjeros en el extranjero en una “tierra de nadie” constitucional.

En ese caso, el Presidente de la Corte Suprema Rehnquist negó la protección de la Cuarta Enmienda a un ciudadano mexicano que había sido traído a la fuerza a los Estados Unidos para someterse a un juicio con cargos por drogas y cuyo domicilio en México había sido registrado por los funcionarios anti-drogas de los Estados Unidos sin orden judicial. Según Rehnquist, la Cuarta Enmienda –y quizá la Carta de Derechos por entero– no provee protección a las personas faltando una conexión voluntaria con los Estados Unidos y, de este modo, no regulaba de ninguna forma el registro de un ciudadano mexicano en México⁸⁷. Al decir esto, Rehnquist buscaba repudiar la comprensión que había prevalecido durante la era de la Corte Warren que veía que la Constitución imponía límites a los funcionarios estadounidenses dondequiera que ellos actuaran y de forma independiente al objetivo de sus acciones⁸⁸. Esta comprensión estaba basada en una lectura generosa de

⁸⁶ 494 U.S. 259 (1990).

⁸⁷ ID., pp. 274-75.

⁸⁸ Ver O. FISS, “The War Against Terrorism and the Rule of Law”, *Oxford Journal Legal Studies*, núm. 26, 2006, p. 235.

la decisión de 1957 de la Corte Suprema en *Reid v. Covert*⁸⁹, una lectura que Rehnquist tomó medidas para desacreditar y anular⁹⁰.

La opinión de Rehnquist fue considerada la “Opinión de la Corte”, pero necesitaba el apoyo del Juez Kennedy para lograr ese status. El Juez Kennedy, en aquel tiempo recién nombrado, escribió una opinión separada, en la que decía que compartía la opinión del Presidente de la Corte, pero, de hecho, avanzaba una concepción más cosmopolita de la Constitución⁹¹. Y dejó a un lado una parte del énfasis de Rehnquist sobre las palabras del prefacio de la Cuarta Enmienda –“el derecho del pueblo”⁹²-. Según Kennedy, esas palabras no eran más que artificios retóricos, una forma de enfatizar la importancia de lo que era perseguido más que los medios de restringir a los estadounidenses la protección del derecho garantizado. Kennedy concedió que sería poco práctico requerir a los funcionarios federales cuando actuaran en el extranjero que estuvieran sujetos a los mismos requisitos que los impuestos para ellos cuando actuaran en los Estados Unidos. Por esa razón, no estaban sujetos, de acuerdo con Kennedy, al requisito de orden judicial de la Cuarta Enmienda⁹³. En cambio, continuaba, ellos están siempre sujetos a actuar de manera equitativa, en el marco de la Cuarta Enmienda, “de forma razonable”⁹⁴. Kennedy coincidía con el resultado de Rehnquist, pero sólo porque él consideraba que los funcionarios federales habían actuado de hecho razonablemente.

Similares rasgos de cosmopolitismo pragmático pueden encontrarse en la opinión del Juez Kennedy, en esta ocasión con la mayoría, en la decisión de 2008 en *Boumediene v. Bush*⁹⁵. En este caso, Kennedy declaró inconstitucional una disposición de una ley federal (la *Military Commission Act* de 2006) que se había aplicado para denegar el acceso al mandato judicial de *habeas corpus* a los nacionales extranjeros que estaban detenidos en Guantánamo. Kennedy concluía que la ley constituía una suspensión ilegal del mandato judicial de *habeas corpus* y entonces repudiaba el esfuerzo del Congreso, similar al llevado a cabo con las Enmiendas FISA de 2008, para liberar al ejecutivo implicado en la Guerra contra el Terror de los límites constitucionales a su trato

⁸⁹ 354 U.S. 1 (1957).

⁹⁰ *Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. at 269-70.

⁹¹ ID. p. 275 (Kennedy, J., concurrente).

⁹² ID., pp. 276-77.

⁹³ ID. pp. 277-78.

⁹⁴ ID.

⁹⁵ 553 U.S. 723 (2008).

a los nacionales extranjeros localizados en el extranjero, aunque en esta instancia denegársele el acceso al mandato judicial de *habeas corpus* era un *test* a la legalidad de su detención. Formalmente, el Juez Kennedy parece menos motivado por una consideración a los derechos de los prisioneros que por la separación de poderes –la necesidad de preservar la capacidad de los jueces de revisar la legalidad de las detenciones del ejecutivo–. Sin embargo, la consecuencia de su acción para los derechos de los prisioneros de Guantánamo –todos nacionales extranjeros detenidos en el extranjero– era manifiesta y, de este modo, la decisión *Boumediene* puede leerse como una extensión del alcance de la Constitución a los extranjeros en el extranjero.

No necesitamos, no obstante, entrar en los debates generados por estas lecturas de las opiniones del Juez Kennedy, pues incluso si adoptamos la posición del Presidente de la Corte Suprema Rehnquist en *Verdugo-Urquidez* y limitamos la protección de la Cuarta Enmienda en la forma que él sugiere, existe un razón buena y suficiente para estar preocupados con la autoridad de vigilancia cedida al ejecutivo en la ley de 2008 sobre llamadas telefónicas de extranjeros en el extranjero. Puede ser que partes de esas llamadas sean estadounidenses y que la interceptación de esas llamadas puede afectar en su expectativa razonable de privacidad. Según entiendo, la atención no debe limitarse al objetivo de la interceptación, sino más bien debe extenderse a todas las partes en la conversación.

Las enmiendas de 2008 requieren la autorización de un tribunal para grabar conversaciones de extranjeros en el extranjero sólo cuando la interceptación comporta acceso a las instalaciones localizadas en los Estados Unidos. Aunque algunas veces la conversación entre dos extranjeros localizados en el extranjero puede ser transmitida a través de instalaciones en los Estados Unidos, esto es raro. Presumiblemente la mayor parte de las llamadas telefónicas internacionales enviadas a través de los Estados Unidos involucran al menos a una parte que está en los Estados Unidos. Alguna de estas personas pueden ser visitantes transitorios, o incluso personas que están ilegalmente en el país y por tanto fuera de la protección de la Cuarta Enmienda de Rehnquist. Pero más probablemente, serán ciudadanos de los Estados Unidos o personas con residencia legal en los Estados Unidos –personas que tienen la conexión voluntaria a los Estados Unidos que Rehnquist demandaba en *Verdugo-Urquidez*–.

En consecuencia, una escucha telefónica autorizada por un juez FISA que está dirigida a un nacional extranjero viviendo en el extranjero dará,

con toda probabilidad, el acceso al gobierno a las conversaciones privadas de personas incuestionablemente bajo la protección de la Cuarta Enmienda. Esto es verdad para los demandantes en una causa desestimada por la Corte Suprema en febrero 2013 –eran periodistas, abogados e investigadores de derechos humanos cuyo trabajo exigía hacer llamadas telefónicas frecuentes y regulares a gente en el Oriente Medio–. Estos individuos pueden no ser, de hecho, el objetivo de la vigilancia y, por esa razón, pueden ser caracterizados, como un asunto puramente técnico, como víctimas incidentales de vigilancia pero, que no haya error, ellos son víctimas de la vigilancia. Mucha de su información privada o personal puede ser captada como ocurre con los nacionales extranjeros que viven en el extranjero. Estarán temerosos de hablar libre y completamente o pueden ser desincentivados por completo de utilizar el teléfono.

Por supuesto, en el contexto de la aplicación ordinaria de la ley, la causa probable debe relacionarse con el objetivo, no necesariamente con todas las partes de la conversación. Las declaraciones de cualquiera que entabla una conversación telefónica con el objetivo puede ser utilizada por el gobierno en un juicio penal⁹⁶. Las enmiendas FISA de 2008 pueden ser vistas como siguiendo una regla similar, pero en verdad los peligros son mucho mayores. El objetivo de la interceptación no necesita ser un individuo; puede consistir en grupos o categorías de nacionales extranjeros, no existe necesidad de establecer, con relación al objetivo, la causa probable contemplada en *Katz* o *Keith*. El gobierno necesita solo dar razones para creer que un objetivo es un extranjero localizado en el extranjero y que una meta significativa de la interceptación es espiar la inteligencia extranjera. El umbral para la interceptación es, de esta forma, disminuido dramáticamente y, como consecuencia, las denominadas víctimas incidentales –ciudadanos de Estados Unidos o residentes

⁹⁶ Ver, p.e., *United States v. Perillo*, 333 F. Supp. 914, 919-21 (D. Del. 1971) (citando *Al-derman v. United States*, 394 U.S. 165, 175 n.10 (1969)) considerando constitucional el uso del gobierno de conversaciones entre el objetivo de la vigilancia y un tercero en un proceso penal subsiguiente sobre el tercero, cuando la vigilancia estaba llevada a cabo conforme a una orden judicial aplicando solo al objetivo de la vigilancia y el gobierno no ha mostrado una previa causa probable respecto al tercero. Ver también *United States v. Kahn*, 415 U.S. 143, 157 (1974) (sosteniendo que la interceptación gubernamental de unas llamadas telefónicas incriminatorias de la esposa del objetivo de la vigilancia y el subsiguiente uso de esas llamadas en un proceso penal contra la mujer, no violaban la Cuarta Enmienda incluso aunque el gobierno no estableció causa probable respecto a la mujer con anterioridad al inicio de la vigilancia).

permanentes legales en Estados Unidos- están más expuestos que nunca a interceptación de sus conversaciones privadas.

Al criticar las enmiendas de 2008, y quizá el esquema FISA de 1978, en general en el fallo del acatamiento del requisito de la causa probable de la Cuarta Enmienda, estoy subestimando –quizá demasiado– el juicio considerado del Congreso y del Presidente sobre el significado de ese término crucial. Es difícil, no obstante, reconocer a las decisiones del Presidente y del Congreso con la fuerza normativa que deriva de nuestros compromisos democráticos y por esa razón posponer su juicio. La causa probable es un término técnico y el significado que los órganos políticos le han dado solo puede encontrarse en las leyes largas y complicadas no fácilmente accesibles o comprensibles por el público general, o quizá incluso por sus representantes. Más aún, la responsabilidad del esquema FISA –disolución o derogación del requisito de la causa probable– es, en gran parte, aunque no enteramente, asumida por personas que no están llamadas a participar en el proceso electoral. Esto es particularmente cierto en la ley de 2008 y su cesión de autoridad para señalar como objetivo las llamadas de los extranjeros situados en el extranjero. Evidentemente el Presidente y el Congreso son órganos coordinados del gobierno también encargados de dar significado concreto a la Constitución. Pero no están obligados por las restricciones de la razón pública –por encima de todo, la regla que requiere juicio basado en principios– que da a los jueces la autoridad para interpretar la Constitución y, si es necesario, decidir en contra de la interpretación de los órganos políticos⁹⁷.

5.2. La excepción de “necesidades especiales”

La Cuarta Enmienda tiene una inusual estructura gramatical. Como la opinión concurrente del Juez Kennedy en *Verdugo-Urquidez* hizo evidente, la Enmienda consiste en dos cláusulas. La primera cláusula proclama el derecho de las personas a ser protegidos contra búsquedas y capturas irrazonables⁹⁸. La segunda, unida con la primera por la palabra “y”, describe los requisitos

⁹⁷ See O. FISS, “Between Supremacy and Exclusivity”, en R.W. BAUMAN & T. KAHANA (eds), *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge University Press, 2006, pp. 452, 452-467.

⁹⁸ Constitución de los Estados Unidos de América, Enmienda IV (“El derecho del pueblo a estar seguro en sus personas, casas, papeles y efectos contra búsquedas y capturas irrazonables no debe ser violado. . .”).

para las órdenes judiciales⁹⁹. Algunos académicos han avanzado una lectura disyuntiva de las dos cláusulas, argumentando que, en la mentalidad de los Constituyentes, la Clausula de la Orden judicial buscaba limitar la disponibilidad de las órdenes judiciales, no haciendo que su emisión fuera definitiva para determinar si una interceptación es, en el significado de la primera cláusula, razonable¹⁰⁰. La posesión de una orden judicial válida –sigue el argumento– proveería una defensa absoluta para un funcionario gubernamental subsiguientemente acusado de dirigir una búsqueda irrazonable. Al prescribir firmemente los requisitos de una orden judicial válida, la Cuarta Enmienda busca limitar la emisión de órdenes judiciales –y, de forma correspondiente, la disponibilidad de una defensa absoluta– para búsquedas irrazonables.

Esta comprensión de la Clausula de la Orden judicial puede ser una versión plausible de los orígenes históricos de la disposición, pero incluso así, no socava la regla ahora antigua –afirmada en *Katz y Keith* en el contexto de las escuchas telefónicas– requiriendo que el gobierno, salvo en casos en los que es absolutamente imposible, pida de antemano una orden judicial para dirigir una búsqueda y, más allá, que la orden judicial se emita sólo si reúnen ciertos requisitos –incluyendo la exhibición de una causa probable–. De hecho, esta regla bien podría implicarse de la prohibición del uso defensivo de las órdenes judiciales que no satisfacen los principios indicados. Las reglas de responsabilidad suelen reflejar cierta comprensión de las mejores prácticas.

En el mismo caso *Katz*, la Corte reconoció dos excepciones limitadas al requisito de la orden judicial: una por las búsquedas llevadas a cabo en el curso de un arresto y la otra por búsquedas llevadas a cabo en una “persecución implacable” de un delincuente sospechoso¹⁰¹. La Corte concluye que ninguna excepción es aplicable a las escuchas telefónicas y no muestra ninguna inclinación a crear otra excepción¹⁰². En décadas recientes, no obstante, el número de casos en que una excepción del requisito de la orden judicial se ha pedido –la más familiar involucra a las búsquedas de los pasajeros y

⁹⁹ ID. (“y ninguna orden judicial deberá ser emitida sino es con causa probable, apoyada por juramento o afirmación, y particularmente describiendo el lugar para ser registrado y las personas o las cosas para ser capturadas.”).

¹⁰⁰ Ver p.e., A. R. AMAR, *The Constitution and Criminal Procedure: First Principle*, Yale University Press, 1998, pp. 31-45; A. R. AMAR, “Fourth Amendment First Principles”, *Harvard Law Review*, núm. 107, 1994, pp. 757, 762, 774 Ver también C. S. STEIKER, “Second Thoughts About First Principles”, *Harvard Law Review*, núm. 107, 1994, p. 820.

¹⁰¹ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 357-58 (1967).

¹⁰² ID.

sus equipajes en los aeropuertos¹⁰³ – ha crecido. Estas excepciones son ahora agrupadas bajo la etiqueta de “necesidades especiales”¹⁰⁴ y han sido típicamente justificadas sobre la base de que la intromisión en la privacidad es momentánea, obtener una orden judicial antes de la búsqueda no es ni remotamente práctico, y rectificar abusos de poder puede ser conseguido a través de una acción por daños.

Estas condiciones no están claramente satisfechas por las grabaciones FISA. Esa vigilancia no es una intromisión momentánea, sino que dura un periodo considerable de tiempo. Bajo las enmiendas de 2008, por ejemplo, la grabación puede durar un año¹⁰⁵. No puede afirmarse que obtener una orden judicial previa a la vigilancia es una imposibilidad práctica¹⁰⁶. En contraste con los registros en los aeropuertos, la ley de 2008 requiere que el gobierno busque primero la aprobación judicial de la interceptación¹⁰⁷ –el único asunto es qué debe mostrar para obtener ese permiso–. Más aun, dados los requisitos de secreto a las interceptaciones FISA, una acción retroactiva de daños por abusos del poder ejecutivo no es una alternativa viable. El secreto no impide el trabajo de los inspectores generales, pero ellos no son más que funcionarios administrativos y su tarea es informar si las prácticas del ejecutivo están de acuerdo con los requisitos de la ley en vigencia, no con el principio constitucional de causa probable o cualquiera de los principios relacionados con él. Su trabajo no es proveer una solución para esos abusos, sino más bien informar al ejecutivo y al Congreso sobre la extensión de la vigilancia que ha sido llevada a cabo o si los informes de inteligencia producidos mencionan a personas en los Estados Unidos.

¹⁰³ Ver p.e., *United States v. Edwards*, 498 F.2d 496, 499-500 (2d Cir. 1974).

¹⁰⁴ El Juez Blackmun introdujo la frase en *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325, 351 (1985) (Blackmun, J., concurrente con el juicio). Ver también *MacWade v. Kelly*, 60 F.3d 260, 268 (2d Cir. 2006) (reconociendo que *United States v. Edwards* ejemplifica lo que después fue conocida como la “excepción de las necesidades especiales”).

¹⁰⁵ 50 U.S.C. 1881a(a) (2012).

¹⁰⁶ Aunque el Fiscal General y el Director de la Inteligencia Nacional deben normalmente esperar una orden judicial antes de autorizar la vigilancia, las enmiendas FISA de 2008 permiten la establecimiento de escuchas telefónicas sin orden judicial cuando el Fiscal General y el Director determinen que existen “circunstancias exigentes” ID. § 1881a(c)(2); Ver también ID. § 1881a(a) (concediendo al Fiscal General y al Director la habilidad de autorizar la vigilancia). En esos casos, el Fiscal General y el Director deben enviar una certificación para la interceptación durante siete días desde su fecha de inicio, si esto un certificado no está también pendiente.” ID. § 1881a(g)(1)(B).

¹⁰⁷ ID. § 1881a(g)(1)(A).

Bajo el Título III, el gobierno está obligado a avisar a todos los sujetos de una escucha telefónica de una interceptación después de que la vigilancia se complete. No existe ese requisito de aviso en FISA. En el caso desestimado por la Corte Suprema en febrero de 2013 por falta de legitimación activa, el gobierno indicó en el argumento oral que los individuos serían proveídos de aviso de una interceptación cuando el gobierno intente utilizar la interceptación como parte de un juicio penal¹⁰⁸. Aunque los términos y condiciones de este aviso aun permanecen poco claros para mí, podemos asumir como un resultado de ese prometido aviso que un individuo puede, ahora y entonces, conocer que él o ella ha sido sujeto de una grabación FISA. Entonces ese individuo podría demostrar en una acción subsiguiente por daños que la vigilancia fue llevada a cabo por las peores razones, por ejemplo, hacer la vida difícil a un enemigo político o descubrir la estrategia del acusado en un juicio penal en curso.

Pero este escenario imaginado no satisface en absoluto una de las asunciones subyacente de la excepción de necesidades especiales: específicamente, que una acción retrospectiva por daños pueda responsabilizar al gobierno y, de este modo, evitar lesiones no razonables de la privacidad. Es probable que la recepción del aviso prometido para una grabación FISA sea un acontecimiento raro y aislado, disponible solo si un proceso penal se inicia contra el individuo. En todo caso, ese aviso no protege adecuadamente contra el principal daño de las escuchas telefónicas –el miedo de ser escuchado por otros–. Este miedo puede limitar conversaciones, o desincentivarlas por completo, lo que sería una pérdida tremenda para un individuo y perjudicar el carácter democrático de la sociedad, aunque no sea una base suficiente para una acción por daños.

5.3. Delitos extraordinarios y el problema de la medida excesivamente amplia

En una época que empezó con los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, la tentación era grande para desarrollar una reglas especiales

¹⁰⁸ Transcripción de la Discusión oral, p. 4, *Clapper v. Amnesty Int'l USA*, 29 octubre 2012, (No. 11-1025). Disponible en http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/11-1025.pdf (comentarios del Procurador general Donald Verrilli, Jr.) (“Señoría, bajo la ley, existen dos claros ejemplos de situaciones en las que los individuos tienen legitimación. La primera es si es una persona agraviada, alguien que es una parte de una comunicación tenga noticia de que el gobierno pretende introducir información en un proceso judicial contra ella.”) Ver también ID., p. 42-43

sobre las actividades de vigilancia dirigidas a prevenir más ataques terroristas. Estas reglas liberarían al gobierno del requisito de órdenes judiciales de la Cuarta Enmienda y podrían justificarse en términos de la magnitud de la severidad del daño a ser evitado. Pueden ser entendidas como una expansión de la excepción de las necesidades especiales, que está basado sobre la lectura disyuntiva de las dos cláusulas de la Cuarta Enmienda que hace de la razonabilidad el criterio de legalidad. El test no es si la vigilancia está autorizada por una orden judicial mostrando una causa probable, sino más bien si la acción del gobierno es irrazonable. En un caso reciente, *United States v. Jones*¹⁰⁹, el Juez Alito sugirió aun otra forma de conceptualizar estas reglas especiales, aunque el resultado sería el mismo – ninguna orden judicial sería requerida–. Para el Juez Alito, la Cuarta Enmienda no protege la privacidad, sino solo una expectativa razonable de privacidad así que la severidad del daño a ser evitado entraría dentro del juicio como si existiera una violación de esa expectativa¹¹⁰. Cuando se investigan delitos extraordinarios, puede no haber, según Alito, la intromisión de una expectativa razonable de privacidad y, entonces, ninguna orden judicial sería requerida¹¹¹.

En el caso *Jones*, la policía había instalado un GPS (*Global Positioning System*) dispositivo de seguimiento en el chasis del coche del sospechoso sin obtener primero la adecuada orden judicial. El dispositivo era utilizado para seguir los movimientos de vehículo sobre los siguientes veintiocho días¹¹². El Juez Scalia escribió la opinión para la Corte y en ella aplicó la metodología subyacente a la decisión del Presidente de la Corte Taft en *Olmstead*. Scalia primero dijo que el coche era un “efecto” en el sentido de la Cuarta Enmienda y entonces concluyó que el acto de instalar un dispositivo de GPS constituye una violación y, de este modo, era una “búsqueda” o captura en el significado de esa Enmienda¹¹³. El Juez Alito redactó una opinión concurrente especial en la que separa su punto de vista del modo de análisis del Juez Scalia. Condenando la práctica de la policía en el marco de *Katz*, Alito mantuvo que la policía había violado una expectativa razonable de privacidad y, de esta forma, se requería obtener la orden judicial apropiada autorizando la vigilancia¹¹⁴.

¹⁰⁹ 132 S. Ct. 945 (2012).

¹¹⁰ ID., pp. 957-64 (Alito, J., concurrente con el enjuiciamiento).

¹¹¹ ID.

¹¹² ID., p. 948 (opinión de la mayoría).

¹¹³ ID., pp. 949-53.

¹¹⁴ ID., p. 958, 964 (Alito, J., concurrente con el enjuiciamiento).

Al insistir en esa orden judicial, el Juez Alito subrayó la larga duración de la vigilancia –28 días–.¹¹⁵ Opinó que plazos relativamente cortos para seguir los movimientos de una persona en la vía pública podrían considerarse de acuerdo con “las expectativas de privacidad que nuestra sociedad reconoce como razonable”¹¹⁶. Al reafirmar esta conclusión, no obstante, Alito también dio importancia a la naturaleza del delito para determinar si existía una interferencia de una expectativa razonable de privacidad y, por consiguiente, si la orden judicial era necesaria. En sus términos: “el uso de seguimiento de GPS de larga duración en la investigación de muchos delitos impacta sobre las expectativas de privacidad.”¹¹⁷ Al decir esto, el Juez Alito parece contemplar una regla especial para delitos extraordinarios o excepcionales. Consciente de la novedad de este enfoque, no obstante, y quizá en un esfuerzo de satisfacer a los otros Jueces que compartían esta posición –los Jueces Breyer, Ginsburg y Kagan– finalizó su opinión con este descargo de responsabilidad, tan evocador del descargo de responsabilidad de la seguridad nacional en *Katz* y el descargo de responsabilidad sobre el espionaje de inteligencia extranjera en *Keith*: “Nosotros tampoco necesitamos considerar si el seguimiento prolongado por GPS en el contexto de la investigación relativa a delitos extraordinarios podría de forma similar inmiscuirse en una esfera de privacidad constitucionalmente protegida.”¹¹⁸

El acusado en *Jones* lo era por tráfico de drogas –seguramente no es un delito extraordinario. Las actividades terroristas de la escala del ataque del 11 de septiembre u otros actos de terrorismo internacional puede tener la cualidad de extraordinarios al que el Juez Alito se refería. Mi inclinación, no obstante, es la de resistir la tentación de permitir una excepción del requisito de orden judicial para los denominados delitos extraordinarios, independientemente de cómo es esté la excepción formulada. Puede ser difícil identificar el criterio necesario para implementar esa distinción, pero mi interés con este enfoque va a algo más profundo.

Para empezar, temo que una excepción al requisito de orden judicial para delitos extraordinarios sea susceptible de un gran abuso. El gobierno siempre puede afirmar que está buscando prevenir un delito extraordinario, justificándose sobre la base de conocimientos que solo él tiene. Incluso

¹¹⁵ ID., p. 964.

¹¹⁶ ID.

¹¹⁷ ID.

¹¹⁸ ID.

más, temo las consecuencias jurisprudenciales de este enfoque. Podría perjudicar la autoridad y casi sagrada calidad de la Constitución como un acta constitutiva que establece la estructura del gobierno y define los ideales más elevados de la nación. Podría también poner a los jueces en la tarea de hacer excepciones a una regla de principio que no es fácilmente delimitada y que es contraria a su obligación de decir lo que es el Derecho. Consideraciones pragmáticas suelen entrar en los juicios judiciales, pero nunca en una forma que permita ignorar un mandato o interpretación constitucional claramente establecidos.

No obstante, incluso si se le permite al Juez Alito tener su excepción a los requisitos de la orden judicial de la Cuarta Enmienda para delitos extraordinarios, es difícil ver como puede salvarse la ley de 2008, o incluso el esquema FISA en general. Estas leyes, en contraste, por ejemplo, con el Programa de Vigilancia Terrorista del Presidente Bush, no están de ninguna forma limitados a la vigilancia que esté dirigida a Al Qaeda o fuerzas asociadas, o incluso a terrorismo internacional en general. Como estableció en un principio, la ley FISA de 1978 definía un poder extranjero para incluir un grupo implicado en terrorismo internacional y, entonces, definía inteligencia extranjera de manera que incluía información sobre el terrorismo internacional. Sin embargo, la ley no está limitada al terrorismo. En 2004, FISA fue enmendada para incluir terroristas sospechosos que actuaban por su cuenta¹¹⁹, pero el cambio solo amplió el alcance de la ley.

Al utilizar los poderes cedidos por la ley de 2008, puede que el Fiscal General estuviera guiado por una comprensión del contexto histórico en el que la ley fue promulgada –un contexto definido por la Guerra contra el Terror– y, en esencia, buscaba dar una autorización legislativa al Programa de Vigilancia Terrorista del Presidente Bush. En estas circunstancias, el Fiscal General podría bien decidir utilizar la cesión de autoridad conferida a él sólo para prevenir el terrorismo internacional o perseguir a aquellos que estuvieran implicados en esas actividades terroristas. Pero nosotros no podríamos nunca estar seguros de eso. El régimen FISA –como fue promulgado originalmente y enmendado en 2008– tiene una extensión más amplia y, de esta manera, implica una reducción de nuestra libertad. La existencia de la ley provoca el miedo de que las llamadas telefónicas internacionales puedan ser

¹¹⁹ *Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act* de 2004, Pub. L. No. 108-458, § 6001(a), 118 Stat. 3638, 3742 (codificado como enmienda en 50 U.S.C. § 1801(b)(1)(C) (2012)).

grabadas sin el nivel de escrutinio judicial y autorización requerida por la Cuarta Enmienda.

En el contexto de la Primera Enmienda y su garantía de la libertad de expresión, hemos aprendido a juzgar las leyes tal y como son escritas –sobre la base de todas sus posibles aplicaciones–. Sobre la denominada doctrina de la medida excesivamente amplia, la Corte deroga leyes, aunque se pueda sostener que tengan algunas aplicaciones constitucionalmente permisibles, si existen un número sustancial de aplicaciones que infringen actividades que están, sin duda, protegidas constitucionalmente¹²⁰. La Corte declarará la ley inválida por sí misma como una forma de ampliar la libertad de los ciudadanos a participar en aquellas actividades que están protegidas constitucionalmente. Los legisladores permanecen libres de prohibir actividades que podrían ser constitucionalmente desprotegidas, pero solo en una forma que defina de manera estrecha esas actividades y, de este modo, minimiza el sacrificio de las libertades de la Primera Enmienda.

Se necesita reconocer una doctrina similar en el contexto de la Cuarta Enmienda¹²¹. En el contexto de la Primera Enmienda, la doctrina de la medida excesivamente amplia fue anunciada como una protección contra el efecto desincentivador de una ley penal. Tanto la ley de 2008 como la ley FISA original son una cesión de autoridad al ejecutivo, no una ley penal dirigida a la ciudadanía, y aunque sea una cesión de autoridad, la ley puede tener el efecto de desincentivar –o silenciar– el ejercicio de la libertad personal, en este caso la libertad de tener conversaciones telefónicas privadas. Por consiguiente, incluso si el punto del Juez Alito es admitido –si aceptamos que hay delitos tan extraordinarios que permitimos al gobierno investigarlos sin una orden judicial– debe revocarse la ley que permite o autoriza esa actividad de investigación cuando abarca una categoría tan amplia como “inteligencia extranjera”. En tal caso, los legisladores pueden volver al punto de partida para formular una ley limitada a investigaciones relacionadas con terrorismo internacional. Entonces, pero solo entonces, la Corte Suprema tendrá razón para decidir si el terrorismo internacional es el tipo de delito extraor-

¹²⁰ Ver *Dombrowski v. Pfister*, 380 U.S. 479 (1965).

¹²¹ Como se ha analizado anteriormente, ver nota 81, la Corte Suprema en *Berger v. New York*, 388 U.S. 41 (1967), declaró inconstitucional una ley de Nueva York que establecía un proceso para obtener órdenes judiciales permitiendo la escucha a escondidas. La Corte declaró esa ley inválida en sus términos y habló de su “amplia extensión”, *ID.*, p. 54, pero formalmente no invocó la doctrina de la medida excesivamente amplia de la Primera Enmienda.

dinario que el Juez Alito contemplaba y si la investigación de ese delito justifica el abandono del requisito de la orden judicial tradicional de la Cuarta Enmienda.

Un pilar del principio que establece la separación de poderes es la advertencia contra los ejercicios unilaterales del poder ejecutivo. Desde esta perspectiva, la ley de 2008, comparada con el Programa de Vigilancia Terrorista del Presidente Bush, puede verse como un paso adelante, o quizá como medio paso. En la ley, el papel de los jueces está minimizado, pero el Congreso autorizó lo que Bush había decretado. Desde la perspectiva de la Cuarta Enmienda y los valores que busca proteger, no obstante, la ley de 2008 representa un paso atrás, por su autorización de las escuchas telefónicas sin orden judicial que no están limitadas al terrorismo o a la investigación de cualquier otro delito que puede ser posiblemente considerado como extraordinario. Como mucho de lo que ha sucedido durante la pasada década, como el uso de comisiones militares y la detención indefinida, prolongada sin juicio, la medida de 2008 ha convertido la excepción en regla. Actualmente, la autoridad para establecer escuchas telefónicas sin orden judicial está limitada al proceso de espionaje de la inteligencia extranjera, ampliamente construida, pero dejada sin control, permitirá el establecimiento de una autoridad similar en otros ámbitos y, de este modo, podría convertirse, me temo, en un nuevo punto de partida.

OWEN FISS
Yale Law School
127 Wall Street
New Haven, CT 06511
Estados Unidos de América
e-mail: owen.fiss@yale.edu

SOBRE DESOBEDIENCIA Y DEMOCRACIA. LA HORA DE LA CIUDADANÍA

ON DISOBEDIENCE AND DEMOCRACY. THE HOUR OF CITIZENSHIP

JAVIER DE LUCAS
Universitat de València

Fecha de recepción: 14-2-14
Fecha de aceptación: 14-3-14

Resumen: *En el contexto de crisis, se ha producido en España y en otros países un incremento significativo de los movimientos sociales que desarrollan estrategias que no sólo serían ostensivas de la indignación, crítica y rechazo de los déficits de gestión de la crisis, sino incluso denuncian lo que entienden como límites del modelo de democracia representativa y postulan lo que se califica como "democracia real". Su estrategia incluye de acciones que podrían calificarse de desobediencia civil o incluso de resistencia. ¿Estamos ante una manifestación más de esa categoría clásica o la "nueva" desobediencia civil exige una reconceptualización?*

Abstract: *In the context of crisis, in Spain and other countries, there is a meaningful increase of the social movements that develop strategies that not only would be ostensive of indignation, criticism and rejection of the deficits on the management of crisis, but even they denounce what they understand as limits of the model of representative democracy and defend what is qualified as "real democracy". Their strategy includes actions that could be called as civil disobedience or even of resistance. Are we in front of a form more of the classic category or the "new" civil disobedience requires a reconceptualization?*

Palabras clave: democracia, ciudadanía, desobediencia civil, derecho de resistencia, derecho de protesta

Keywords: democracy, citizenship, civil disobedience, right of resistance, right of protest

El funcionario dice: ¡no razones, adiéstrate! El financiero: ¡no razones y paga! El pastor: ¡no razones, ten fe! (Un único señor dice en el mundo: ¡razonad todo lo que queráis y sobre lo que queráis, pero obedeced!)

Kant, *Respuesta a la pregunta: ¿Qué es Ilustración?* (1784)

1. SOBRE EL LUGAR DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL EN DEMOCRACIA

En lo que sigue trato de plantear algunos argumentos que permitan avanzar en la discusión en torno a dos problemas que están profundamente relacionados entre sí y que, a mi juicio, constituyen uno de los desafíos de mayor entidad que afrontan los movimientos sociales en nuestro país y aun la democracia misma.

El primero, *la necesidad de revisar el lugar del disenso y de la crítica, de la desobediencia civil, en democracia*. Creo que se extiende peligrosamente la tesis de que toda crítica radical (en el sentido de la crítica que reivindica las raíces de lo que, por definición, es la democracia) es radical en el sentido peyorativo: desmesurada, irreal, en suma, *antisistema*. El corolario es la descalificación (la criminalización incluso) de la desobediencia civil¹, que no estaría justificada en democracia, por cuanto dentro de la democracia siempre había posibilidades de crítica institucionalizada que no comporta desobediencia. Como se verá, mi propuesta final apuesta más bien por recuperar incluso el derecho de protesta –si no de resistencia– como instrumento en la lucha por los derechos, cuando ésta plantea la necesidad de frenar lo que se ha llamado (Pisarello y Asens) el proceso de deconstitucionalización, la secuencia destituyente en que vivimos hoy, debido a la cerrazón del modelo de gestión de

¹ Para la desobediencia civil acepto la definición de Hugo Adam Bedau, retomada por Rawls: “un acto público, no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas de gobierno”. El desobediente civil apela al sentido de justicia de la mayoría y declara que los principios de la cooperación social entre personas libres e iguales, no están siendo respetados. Casi en sentido idéntico, el recientemente desaparecido Howard Zinn, autor de un manual en el que recopila casi dos centenares de modalidades de desobediencia civil, afirma que ésta “consiste en vaciar intencional y voluntariamente una ley para realizar un propósito vital”. Zinn consideraba que quienes opten por una desobediencia civil “deben seleccionar las tácticas menos violentas para hacer eficaz su protesta y significar su problematicidad”, aunque no exige la no violencia o la publicidad como elementos constitutivos de la desobediencia civil.

la crisis². Para llegar a esa tesis será necesario recuperar la discusión sobre la función positiva de la desobediencia civil en democracia y quizá de su relación con lo que tradicionalmente se había entendido como “derecho de resistencia” (*Widerstandsrecht*) y hoy se reivindica como “derecho a la protesta”. Aún más, como expresión de la democracia misma, entendida como insurrección, por recuperar propuestas de Balibar y Rancière³.

Volviendo a la tan frecuente descalificación de la desobediencia civil, en mi opinión se asienta paradójicamente en un prejuicio. Y hablo de paradoja porque es fruto de la insistencia en una convicción que –siempre a mi juicio– es hija de la ignorancia y de lo que denominaría en el mejor de los casos ingenuo “fundamentalismo democrático”, propio de quienes sostienen ideas recibidas y asaz conservadoras –en realidad, reaccionarias– y desde esa perspectiva ideológica invocan –para secuestrarlo– el denominado *patriotismo constitucional*. Por eso, de nuevo en mi opinión, tienen mucho del (peor) patriotismo, el que denostara Oscar Wilde (“el último refugio de los cobardes”) y muy poco de constitucional, pues confunden la Constitución con la Carta Magna, si no con las tablas de la ley. Y por eso identifican legalidad democrática y legitimidad (que no es una tesis idéntica a la de la fuerte presunción de legitimidad a favor de la legalidad democrática, que no excluye la posibilidad de que se produzcan normas, mandatos, actuaciones que, aun siendo conformes a la legalidad, infrinjan aspectos básicos de la legitimidad).

² Cfr. G. PISARELLO, “Reino de España: perspectivas de un proceso destituyente-constituyente”, *SinPermiso*, 17-03-2013. Disponible también en: <http://bit.ly/13ClOkJ>. La tesis del proceso constituyente-destituyente y su conexión con la lucha por los derechos y el derecho de resistencia ha sido ampliamente desarrollada por Pisarello, en algunos –a mi juicio– imprescindibles trabajos recientes de su autoría, buena parte de ellos en colaboración con J. Asens. Cfr., por ejemplo, G. PISARELLO, *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Trotta Madrid, 2011; G. PISARELLO y J. ASENS, *No hi ha drets. La lluita contra la il·legalitat del poder*, Icaria, Barcelona, 2012; G. PISARELLO y J. ASENS, *La bestia sin Bozal. En defensa del derecho a la protesta*, Catarata, Madrid, 2014, también G. PISARELLO, *Procesos constituyentes*, Trotta, Madrid, 2014.

³ Rancière ha desarrollado esa tesis a lo largo de toda su obra, en trabajos como *Le Maître ignorant: Cinq leçons sur l'émancipation intellectuelle*, Fayard, París, 1987 (hay trad castellana, *El maestro ignorante. Cinco lecciones para la emancipación intelectual*, Libros del Zorzal, Buenos Aires, 2007) y *La haine de la démocratie*, La Fabrique, París, 2005. También *Momentos políticos*, Clave Intelectual, Madrid, 2011. Por su parte, sobre la tesis de Balibar, presentes ya en *Las frontières de la démocratie*, La Découverte, París, 1992, conviene tener en cuenta *La crainte des masses. Politique et philosophie avant et après Marx*, Galilée, París, 1997, *Droit de Cité. Culture et politique en démocratie*, PUF, 2002, y sobre todo *La proposition de l'égaliberté*, PUF, París, 2010 y su reciente *Cittadinanza*, Bollati Boringhieri, Torino, 2012.

Es decir, estas posiciones –que insisto en calificar como fundamentalistas– creen que la Constitución (y toda ley adoptada conforme al procedimiento legal y por tanto formalmente derivada de ella, en particular aquellas que son parte de lo que entre nosotros se denomina “bloque constitucional”) es un texto sagrado, otorgado por benéficos y patriarcales poderes a los que no se debe ofender y, por ende, no se debe desobedecer... Por entendernos, me parece que abundan los que, sin conciencia de ello, como Monsieur Jourdan, el personaje de Molière, son presas de ese “odio a la democracia”, que en realidad parte del miedo al pueblo, tal y como lo ha estudiado y denunciado Jacques Rancière y que, por simplificar, se concreta en una actitud de sospecha y temor cada vez que el pueblo, es decir, la ciudadanía, parece tomar la voz para recuperar aquello que la democracia significa, frente al mixtum de aristocracia cultural y oligarquía económica, que se basa en el clientelismo y degenera en corrupción institucionalizada, una democracia demediada a la que han abocado en no poca medida bastantes democracias representativas.

Me parece que esa actitud, cada vez más presente en muchos medios de comunicación, opinadores, analistas y responsables políticos, se puede concretar en la *descalificación de la desobediencia civil y de los movimientos sociales que la ejercen*: entre nosotros es obligado referirse a la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (la PAH), claro, pero también al Movimiento Sanidad para todos, o las denominadas “Mareas”, etc. La descalificación se basa en el argumento de que, en el mejor de los casos, esas estrategias son sólo un remoto, ultimísimo recurso –casi un supuesto de laboratorio– cuando hablamos de democracias. A decir verdad, las más de las veces, esas corrientes de opinión hoy, en España, proceden pura y simplemente a su descalificación, tachando esas iniciativas de *antisistema* (esto es, antidemocráticas). Y es que para esas posiciones ideológicas (como lo expresó muy bien la secretaria general del PP, la señora de Cospedal y el propio Presidente del Gobierno, el señor Rajoy) la ciudadanía, el modelo del buen ciudadano, es sobre todo la “mayoría silenciosa”: el ciudadano que ha depositado su voto y después permanece callado permitiendo afirmar así que está de acuerdo con todo lo que haga el Gobierno al que votó (incluso si ese Gobierno incumple palmariamente su programa electoral). No hay otro lugar para el ciudadano, para los movimientos sociales. Y así, se permiten afirmar que si un ciudadano quiere hacer algo más, lo que debe hacer es fundar un partido político y concurrir a las elecciones.

Esta es una flaca idea de la desobediencia civil, de la ciudadanía y de la democracia. Por continuar con la primera, recordaré que, si bien su pri-

mer referente contemporáneo, Henry David Thoreau, es un exponente de una concepción anarco-liberal, lo interesante hoy es que, al menos desde los movimientos de lucha por los derechos civiles y políticos que encabezaron Martin Luther King y el Mahatma Gandhi y, desde luego, hoy, los movimientos de desobediencia civil se aproximan más bien a la noción y estrategia de acción colectiva, que a su vez remite a la idea de *sociedad-red* que Castells supo detectar como una de las claves de nuestras sociedades en este cambio de época. Eso nos sitúa precisamente ante la conveniencia e incluso la necesidad de reconocer que las prácticas de desobediencia, resistencia y disenso, paradójicamente, lejos de constituir ejemplos de elitismo egoísta, suponen vías de solidaridad y de participación, es decir, manifestaciones de una ciudadanía activa y solidaria... Por esa y otras razones estoy convencido de que debemos discutir la oportunidad e incluso la necesidad del recurso a la desobediencia civil, lo que supone discutir en concreto, es decir, plantear si no sólo es plausible, sino necesaria, justa, equitativa y saludable. Y para elucidar esas cuestiones tendremos que precisar también de qué tipo de desobediencia civil hablamos, por qué, cómo y cuándo.

2. SOBRE DEMOCRACIA, CIUDADANÍA Y DISENSO

Todo lo anterior, como se ve, nos remite en realidad a una segunda cuestión, de mayor calado, esto es, al debate sobre *las raíces mismas de la democracia y así a su relación con el disenso y a la identificación de la democracia y de la ciudadanía con el modelo de democracia representativa*. Porque no olvidemos que hablamos de modelos, de conceptos históricos, que han evolucionado y pueden y deben seguir transformándose, para dar respuesta a los problemas del ahora y aquí y aún más, de las generaciones futuras.

Pues bien, si hay dos características o, mejor, dos desafíos que muestran las aporías del modelo liberaldemocrático que encarna en la democracias representativas, estos son los déficits de inclusión, es decir, de igualdad, y de pluralismo, que están fuertemente entrelazados. Son déficits que remiten a la *vexata quaestio* del papel del pueblo, de la ciudadanía, la misma que plantea ya Rousseau en el *Contrato Social*, su famoso aserto sobre el pueblo inglés, que es una crítica a la identificación reductiva de democracia y derecho al sufragio. "El pueblo inglés cree que es libre, pero se equivoca: sólo lo es durante la elección de los miembros del Parlamento; una vez elegidos, se convierte en su esclavo, no es nada. En los breves momentos de libertad, el

uso que hace de ella merece que la pierda". Por eso, responderé claramente que no: se equivocan quienes piensan que el único papel de la ciudadanía en democracia es el de ejercer el derecho al sufragio (o, en todo caso, como ha recomendado la secretaria general del PP a los movimientos sociales, constituirse en un partido político más) y a continuación dejar hacer a sus representantes (y, por supuesto, sin molestarles con críticas acerbas) hasta la siguiente elección.

La ciudadanía, el pueblo, ya no puede seguir siendo tratado como menor de edad, ya no se puede seguir apelando al consenso construido sobre la vía pasiva de su reducción a cuerpo electoral una vez y consumidor pasivo el resto del tiempo, con el output de los derechos y el bienestar en tiempos de vacas gordas y del miedo y el miedo en momentos de vacas flacas, de crisis (por no decir, el chiste bien conocido del nosotros o el caos, que tiene hoy la versión del dogma TINA -*There is not alternative*- de Thatcher y Tietmayer, que se traduce en tragar, en callar, en sacrificarse con paciencia, que algún día mejorarán las cosas). Y tampoco puede seguir manteniéndose una noción imaginaria (como todas, por cierto) de pueblo que lo identifica con una categoría etnonacional, homogénea, tanto en el sentido cultural como en el socioeconómico. Eso, que se concretaría en la importancia de una amplia clase media, está yéndose por el sumidero y posiblemente no se recuperará. Con el vertiginoso incremento de la desigualdad (y España ha alcanzado en los últimos cinco años récords negativos en el índice Gini respecto a la media europea) reaparece la amplitud de sectores desagregados, marginalizados e incluso excluidos del mínimo de participación en la distribución de la riqueza, de los derechos, del poder. Con ello vuelve el fantasma de las "clases peligrosas" y el riesgo de fragmentación y confrontación social que, de momento, parece combatirse sólo a base del mensaje del miedo. Y eso es letal para la democracia, porque exige ahondar en la ignorancia, en el prejuicio, en la minoría de edad de los ciudadanos, convertidos en consumidores pasivos y sujetos activos sólo de *reality shows*... Es lo que ilustra, en mi opinión de forma tan sutil como genial, una novela de culto de Richard Yates, poco conocida en España, a pesar de haber sido recientemente traducida al castellano y de su versión cinematográfica (que no le hace justicia en absoluto): *Revolutionary Road*.

Por eso es tan coherente que estos procesos coincidan con la exacerbación de los peores aspectos de la *sociedad del espectáculo* teorizada por Débord y que para gran sorpresa universal parece haber descubierto el año pasado (como los

que descubren el agua caliente o el Mediterráneo) el inefable filósofo y teórico social Vargas Llosa, que proclama a los cuatro vientos tan innovador descubrimiento en un muy prescindible ensayo que desdice de la admirable capacidad narrativa del Nobel de literatura... Es lo que se ha ejemplificado asimismo tantas veces en el cine: por ejemplo, por no ir a los clásicos, en un film de Shyamalan que ha pasado desapercibido, *The village* (2004), significativamente estrenado entre nosotros como *El bosque*. Eso es coherente con el desmantelamiento del sistema educativo, sobre todo del sistema de ciencia e investigación que vivimos, porque desde esa perspectiva es un lujo prescindible.

Y todo eso es precisamente lo que pone de manifiesto la necesidad de volver a pensar la a relación entre democracia y disenso como clave de comprensión de los déficits de la democracia participativa, que se evidencia más en momentos de crisis. Si el futuro de la democracia pasa por un modelo, es el de la ampliación de su carácter plural e inclusivo y en ambas dimensiones el reconocimiento del disenso es capital. Esto obliga a entrar en el debate sobre el modelo de ciudadanía que necesitamos en estos tiempos de desánimo, amenazados por el modelo de globalización que nos encorseta y somete, a la necesidad de enfrentarse con el miedo y a reivindicar la *isegoría* y la *eisangelía* para alcanzar la *isocracia*. Y por eso, la necesidad del debate sobre desobediencia civil, que no es lo mismo que la rebeldía ni que la revolución. Y no porque éstas sean malas opciones frente a aquella, sino porque sus condiciones y objetivos son muy diferentes.

Lo que trato de recordar, evocando un lema evidentemente camusiano, es que, como ejemplifican los protagonistas de las mencionadas *The Village* y *Revolutionary Road*, nuestra condición es la de la resistencia. Resistencia, en primer lugar, para decir no y para hacerlo públicamente con todas las fuerzas y medios posibles. Porque de lo que se trata es de hacer llegar ese no, esos noes, a la mayoría, y así convencerla de nuestras razones. Lo reitero, hic et nunc, la condición de ciudadanía, nuestra condición (y quizá se puede predicar esa condición de la propia filosofía), es la condición de resistente. Por eso, como ya he señalado, conviene retomar con Rancière y Balibar la idea de democracia como insurgencia, como insurrección, justificada precisamente por el leit-motiv de la lucha por los derechos que se remonta a Heráclito, aunque haya que esperar a Ihering (antes, desde luego, que Arendt) para encontrar su formulación expresa y detallada.

Siempre que se habla de democracia convendría recordar una vieja advertencia de Polibio (y antes de Herodoto) acerca de lo necesario que es para

la democracia la *isegoría*, es decir, la *igual libertad de palabra*, sin la que no es posible que florezca la libertad. La *isegoría*, asegura Polibio, es tan importante como la *isonomía* (igualdad jurídica) o la *isocracia* (igualdad de poder), porque si no se asegura a todos por igual la libertad de crítica, se pone la semilla para la pérdida de libertad. Y por eso el miedo, el miedo al miedo, el miedo a la libertad, es el mayor enemigo de la democracia. Porque siempre que se habla de ciudadanía sería bueno tener en cuenta que el modelo de individualismo posesivo, del liberal monadista, que subyace a la propuesta neoliberal, no es el único. Que cabe una ciudadanía diferente, una visión activa de la ciudadanía. Es decir, “la hora de los ciudadanos”, la hora de su responsabilidad, de la toma de conciencia de que su protagonismo activo en la vida pública no se concreta sólo en el derecho al sufragio, ni siquiera con el añadido necesario del control del ejercicio de los poderes, sino también en asumir las cargas, responsabilidades y deberes que derivan de la existencia de tal vida pública, y que no pueden ser vistas tan sólo como tarea de la Administración a partir de las contribuciones de tipo económico que los ciudadanos realizan. Desde luego, una *nueva concepción de la ciudadanía; la ciudadanía responsablemente solidaria*.

Frente a lo que suele argumentarse, no creo que el Estado social se construya sobre un modelo de ciudadano pasivo que lo espera todo (insaciablemente, cada vez más) del Estado/padre/intervencionista. Al contrario, exige una noción de ciudadanía que debe estar profundamente arraigada en el compromiso social y por tanto en la idea de responsabilidad, porque no hay solidaridad sin responsabilidad. Por consiguiente, y creo que es necesario advertirlo, el sentido de esta reflexión no coincide en absoluto con el proyecto de sustitución solapada de las exigencias político-jurídicas de la igualdad por un más o menos vaporoso alegato en pro de la solidaridad que las más de las veces oculta una mentalidad que trata de retrotraerse al modelo de la beneficencia, o, en todo caso al del asistencialismo, en los que la solidaridad, digámoslo otra vez, es un sucedáneo laico de la caridad, o, para ser más exactos, de la limosna, porque la caridad en sentido estricto es mucho más exigente para el creyente. No pretendo arrimar el ascua a la hoguera en que parece consumirse hoy el principio de igualdad, y en ese sentido me parece justo denunciar que una parte considerable de los conversos de la solidaridad se encuentra próxima a tales incendiarios, los mismos que claman contra la asfixia producida por el Estado clientelar. Esa es una de las perversiones de la solidaridad, de sus trampas, que es preciso estudiar y criticar. Por eso,

nuestra condición en cuanto ciudadanos nos conduce al recurso a la desobediencia civil. ¿A qué tipo de desobediencia civil?

El vínculo entre autonomía, ciudadanía y democracia⁴ que me interesa explorar ahora, tiene mucho más que ver con un clásico motto del gran Spinoza, invocado al principio de estas páginas: la necesidad de una ciudadanía crítica, activa, consciente de su soberanía, como clave de juicio de la bondad del orden político, según escribe en su *Tractatus Politicus* (Capítulo V, 4): “Por lo demás, aquella sociedad, cuya paz depende de la inercia de unos súbditos que se comportan como ganado, porque sólo saben actuar como esclavos, merece más bien el nombre de soledad que de sociedad”. Recordemos que, en opinión de ese espíritu libre que fue el filósofo y óptico *marrano* que encontró no sólo un refugio sino un efímero ejemplo de sociedad civil libre y próspera en el pequeño territorio de la República de las Provincias Unidas, bajo la guía de Johann de Witt, “No cabe duda que los contratos o leyes por los que la multitud transfiere su derecho a un Consejo o a un hombre, deben ser violados cuando el bien común así lo exige” (*Tractatus Políticus*, Capítulo. IV, 6).

Esa preocupación spinoziana está presente, a mi juicio, en la rigurosa exigencia que preside el ideal de ciudadano crítico plasmado en los textos de Henry David Thoreau (de indiscutible y genuino acento libertario) sobre la desobediencia civil y el derecho a la revolución, escritos hace más de 150 años y cuya actualidad no puede dejarse de invocar hoy⁵. Sí, las de Thoreau son reflexiones

⁴ Que tiene precedentes que quizá exigirían remontarse mucho más allá: desde el fragmento de Heráclito ya invocado, que recuerda que un pueblo debe luchar por sus leyes como por sus murallas, a la famosa reflexión del cardenal de Retz, el rival de Mazarino, en sus *Mémoires*: “Je choisis cette remarque entre douze ou quinze que je vous pourrais faire de même nature, pour vous donner à entendre l’extrémité du mal, qui n’est jamais à sa période que quand ceux qui commandent ont perdu la honte, parce que c’est justement le moment dans lequel ceux qui obéissent perdent le respect; et c’est dans ce même moment où l’on revient de la léthargie, mais par des convulsions». La frase que he destacado en letra normal, dentro de la cursiva, podría traducirse libremente así: “Cuando los que mandan pierden la vergüenza, los que obedecen pierden el respeto, y despiertan de su letargo pero de forma violenta”. Cfr. *Jean-François-Paul de Gondi, Cardinal de Retz, Mémoires, 1675*, tomo 1 p.66. Tomo la referencia de Massimo Ciavolella y Patrik Coleman, en su *Culture and Authority in the Baroque*, University of Toronto Press, 2005, pp 69 y 219.

⁵ Recordemos el aserto del parágrafo 20 de su *Civil Disobedience*: “any man more right than his neighbors constitutes a majority of one already” (“Un hombre con más razón que sus conciudadanos ya constituye una mayoría de uno” (cito por la trad castellana de JJ Coy, Alianza, 2005, p. 98). Pero Thoreau no es sólo su *Civil Disobedience* (1849). Como es sabido, para comprender el alcance de la reflexión de Thoreau conviene tener en cuenta otros ensayos, sobre

escritas en un contexto que para el ensayista norteamericano, muestra la frustración o agotamiento (o acomodamiento) del espíritu de la revolución de 1776, una revolución democrática. A mi juicio, esa circunstancia, la conciencia del desvío del proyecto democrático como proyecto revolucionario, se ha repetido y se repite en otros momentos históricos⁶. También hoy: es la condición de crisis de la democracia que vivimos en la actualidad y que nos obliga con urgencia a pensar de otra manera –por nuestra propia cuenta– la democracia y la ciudadanía. Una urgencia que, en realidad, remite a un proyecto no menos necesario, pero más amplio, el de ofrecer una nueva “gramática de la democracia”, según la expresión formulada por Bovero⁷ y reformulada por E. Balibar o J. Rancière, y también por W. Brown, B. Santos, A. Honneth o L. Ferrajoli.

Recuperar el impulso democrático. Aunque tradicionalmente se vinculan democracia y consenso, lo cierto es que tanto la historia como la teoría de la democracia nos hacen ver que es al contrario: la clave de la democracia es la capacidad para reconocer y aun garantizar el disenso y la crítica o, incluso más aún, la resistencia al poder establecido⁸. En efecto, la democracia es confianza, pero también y sobre todo desconfianza, permanente actitud crítica ante el ejercicio del poder al que es imprescindible controlar, si es que pretendemos que conserve algún sentido la noción de *poder del pueblo*. Pero es una desconfianza que circula en los dos sentidos. Porque, volviendo a J. Rancière⁹, la historia de la democracia puede ser explicada como la historia

todo *Life without Principles* (1849) y también *The Slavery in Massachussets* (1854), además de su muy influyente *Walden. Life in the Woods* (1854) y, por supuesto, a la verdadera clave de su obra, sus *Journals*, publicados en 1906 y que ocupan 16 volúmenes (existe una antología en castellano, *H.D. Thoreau. Diarios*, publicada en Pretextos, 2002). Cfr. la cuidada edición de escritos de Thoreau, a cargo de J. J. Coy, con traducción de M^a Eugenia Díaz, publicada con el título *Henry D. Thoreau, Desobediencia civil y otros escritos*, Madrid, inicialmente en Tecnos y luego en Alianza, 2005 (2^a edición, 2012).

⁶ Como en tantas ocasiones, esa quiebra encuentra su mejor expresión en la novela y el ensayo. Aquí, como botón de muestra, me remitiré a los textos del escritor y profesor murciano Miguel Espinosa (sobre todo *Reflexiones sobre Norteamérica, Escuela de mandarines y La fea burguesía*), y la obra maestra del novelista norteamericano Richard Yates, *Revolutionary Road*.

⁷ Cfr. M. BOVERO, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, Trotta, Madrid, 2003 (sobre ello, me permito la remisión al comentario bibliográfico de ese libro en *Le Monde Diplomatique*, abril 2003).

⁸ Y hablamos del disenso en sentido propio que se extiende más allá de un derecho de resistencia concebido como último recurso, tal y como lo encontramos en la Ley Fundamental de Bonn, bajo el imperativo de rechazar supuestos como el de la toma del poder por Hitler.

⁹ Cfr. a mencionada *La haine de la démocratie*, La Fabrique, París, 2005. También *Momentos políticos*, Clave Intelectual, Madrid, 2011.

del odio a lo que ésta significa, el poder del pueblo como soberano, el poder de los iguales, los dotados de *paria iura*, al decir de Cicerón cuando explica su noción de *respublica*. De ahí nace la dificultad, la renuencia que han experimentado siempre los centros de poder de la denominada “democracia institucionalizada” (la representativa, que, las más de las veces, es un mixtum de aristocracia “política” y oligarquía económica) para confiar en el pueblo como sujeto soberano auténtico.

En mi opinión, Balibar lo ha explicado de forma paladina: “la democracia, entendida de una manera radical, no es el nombre de un régimen político, sino sólo el nombre de un proceso que podríamos llamar tautológicamente la “democratización de la democracia” (o de lo que dice representar un régimen democrático), y por lo tanto el nombre de una lucha, una convergencia de las luchas por la democratización de la democracia... es más bien una lucha permanente por su propia democratización y en contra de su propia conversión en oligarquía y monopolio del poder”¹⁰. Dicho de otra manera, de nuevo con Rancière, lo que conocemos como democracia representativa administra de forma paternalista el interés general que, las más de las veces, queda secuestrado por los intereses particulares (oligárquicos) de acuerdo con la *ley de bronce* enunciada por R. Michels. Por eso la necesidad de esa *lucha por la democratización de la democracia* que, en gran medida, nace de la desconfianza, hoy quizá más viva porque precisamente hoy constatamos el auge de movimientos sociales que denuncian un alejamiento cada vez mayor de las elites políticas y de los cauces de representación respecto a las necesidades interés y expectativas de los ciudadanos, de donde la crítica que se ha convertido en lema original del denominado movimiento de los *indignados* en España, o *movimiento 15 M*: “no nos representan”.

3. LA DESOBEDIENCIA CIVIL EN LAS DEMOCRACIAS, HOY. ¿DE LA PROTESTA A LA RECUPERACIÓN DE UN DERECHO DE RESISTENCIA?

Coherentemente con lo que he propuesto con anterioridad, la tesis básica a sostener es desmentir que comoquiera que vivimos en una democracia y en Estado de Derecho no hay lugar para la desobediencia civil. La restricción de que, en un Estado democrático de Derecho, es obligado respetar la opi-

¹⁰ Vid., “Los dilemas históricos de la democracia y su relevancia contemporánea,” *Enrahonar*, núm. 48, 2012, pp. 14-15.

nión de la mayoría expresada en el Parlamento y recogida en las leyes no es un postulado al que haya que rendir culto. Pues es obvio que sólo una teoría estrechamente procedimentalista estaría dispuesta a defender que las democracias realmente existentes son democracias en sentido estricto (gobierno del pueblo). En la práctica de nuestras democracias hay todavía mucho que decir (críticamente) sobre quién es realmente el soberano, cómo se articulan realmente las mayorías y qué representan realmente los partidos políticos que proponen una determinada ley al parlamento (sobre el servicio militar, el presupuesto de defensa, el status de los inmigrantes, lo que hay considerar como familia, la ilegalización de tal o cual formación política, etc.).

Hay, por tanto, condiciones que, incluso en un Estado democrático, obligan a considerar hasta dónde es moralmente admisible el principio moral de obligación política y que siguen justificando la práctica de la desobediencia civil. Pensemos, por ejemplo, en cuatro supuestos verosímiles: (a) Ocurre que el mero principio de las mayorías no garantiza sin más, a priori, el respeto de los derechos humanos, pues las mayorías pueden decidir actuaciones que contradigan derechos de determinadas minorías. (b) Ocurre también que el principio de la división de poderes, característico de un estado democrático de derecho, no siempre se cumple, de manera que hay circunstancias en que pueden quedar bloqueadas las posibilidades de expresión y actuación de determinadas minorías. (c) Ocurre, además, que en estados democráticos plurinacionales y multilingüísticos, que son los más, hay conflicto entre el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y el reconocimiento efectivo del derecho a la diferencia. Y (d) ocurre a veces que, incluso en estados democráticos, y por reacción de la mayoría frente a actuaciones que no han tenido que ver con la desobediencia civil, se produce un recorte grave de los derechos humanos de determinados sectores de la población. Tales circunstancias no son supuestos hipotéticos, sino situaciones de hecho que se han dado y se dan en los países democráticos actuales.

Así, pues, en un Estado democrático la admisión formal de la desobediencia civil será un síntoma de autocontención, un reconocimiento de los límites del propio Estado y del carácter procesal de las constituciones vigentes. Por eso algunas Constituciones la admiten formalmente; y por eso se ha podido decir, con razón, que la desobediencia civil es precisamente la piedra de toque de la democracia o el más evidente de los indicadores de la madurez de las políticas democráticas. Teniendo en cuenta la imperfección y los déficits de las democracias representativas realmente existentes,

algo generalmente admitido, la desobediencia civil puede considerarse hoy en día no como un síntoma de deslealtad frente a la democracia, sino como una forma excepcional de participación política en la construcción de la democracia. Y no es casual en absoluto el que la afirmación de la desobediencia civil en el marco de ese movimiento de movimientos que es el movimiento antiglobalización vaya generalmente acompañada no sólo de la defensa de la universalización de los derechos humanos que la democracia proclama, sino también de la afirmación de la necesidad de una ampliación de la democracia representativa en democracia participativa.

De ahí que la justificación de la desobediencia civil en los estados democráticos representativos tienda a ser no sólo moral sino ético-política. Cuando en nuestros días los individuos o colectivos propugnan la desobediencia civil (por ejemplo, frente al reclutamiento en caso de guerra, frente a las leyes sobre los inmigrantes o frente a la ilegalización de formaciones políticas que, siendo minoría, alcanzan porcentajes por encima del diez o quince por ciento de los votos emitidos) no están tratando simplemente de salvar su alma (o su conciencia) frente a lo que consideran una ley injusta, sino que su actuación apunta a convencer a la mayoría parlamentaria (o al pueblo soberano) de su error en el ámbito de la esfera pública. Aun aceptando el principio moral de la obligación política, el desobediente tiende a buscar, por tanto, una justificación no sólo moral sino ético-política para su actuación, dado que ésta se produce en el ámbito de la ética de la responsabilidad pública, no sólo en el ámbito de la ética de las convicciones morales.

Al llegar aquí se puede discutir si tal o cual actividad o campaña concreta de desobediencia civil ante una determinada ley aprobada por el parlamento (sea ésta la LOU, la ley de extranjería, la ley de ilegalización de partidos políticos o las leyes por las que se rige actualmente el comercio internacional) es apropiada, correcta o la más adecuada para alcanzar el fin que los desobedientes dicen proponerse. Pero ésta es una discusión sobre medios y fines, sobre las consecuencias públicas de nuestras acciones colectivas, y tiene que hacerse con los mismos argumentos con los que se discuten las consecuencias, hipotéticas o previsibles, de cualquier otra acción ético-política (incluidas las acciones del partido o coalición que hayan resultado mayoritarios en las elecciones o las acciones de los jueces de los más altos tribunales en nombre del estado).

Es una actitud típicamente falaz de quienes se consideran representantes de la mayoría o del soberano en un momento histórico dado el descalificar

la desobediencia civil ante tal o cual ley aduciendo que el comportamiento de los desobedientes pone en peligro el conjunto de las instituciones democráticas, el estado de derecho o el sistema democrático establecido. La democracia, las constituciones (y, por extensión, las leyes subordinadas, incluida la ley penal) son siempre consecuencia de procesos históricos concretos, y procesuales ellas mismas. De donde se sigue que el peligro potencial para la democracia puede venir tanto de una consecuencia perversa de la crítica (justa) de sus déficits actuales como de la autocomplacencia de la mayoría (por representativa que sea) o del soberano mismo respecto de la democracia realmente existente. Hay ejemplos históricos de ambas cosas. Y el más reciente (el recorte de las libertades al que se asiste en el mundo a partir de los atentados del 11 de septiembre del 2001) apunta precisamente a esto último, a la autocomplacencia o la prepotencia, no al riesgo de la crítica (por global que sea) que los desobedientes hacen de la democracia realmente existente, que, como he mantenido en otro lugar, era y, antes del 11 de septiembre, una democracia “demediada”.

Y ahora que en nuestro país algunos se enrocan en la Constitución y otros ven como única salida de la democracia en España la reforma de la Constitución, ahora que asistimos a un tira y afloja poco edificante sobre lo que significa la Constitución y sobre la forma políticamente correcta de respetar y reformar, quizá convenga añadir alguna cosa. Creo que no es difícil resumir las dos posiciones que encontramos en este debate. De una parte, la de quienes insisten en hablar de la Constitución casi como un texto sagrado, que no debemos tocar, para no mancharla ni estropearla. Son, en no poca medida, quienes optan por una retórica que, sin embargo, no es vacía, porque comporta un proyecto preciso. La única tarea posible es la exégesis, glosa encomiástica de lo recibido (por eso la insistencia en equipararla con la Carta Magna, aunque eso revele un brutal desconocimiento de la historia y de la política, más incluso que del Derecho Constitucional). A lo sumo, se insiste en lo que *fue* la Constitución: una piedra miliar que puso fin a la historia de rencillas entre los españoles y a los problemas históricos: el igual reconocimiento y garantía de derechos, las relaciones entre Estado e Iglesia, la cuestión de la educación, la tensión entre una España centralista e imperial y el reconocimiento de la pluralidad nacional, lingüística, cultural, el peso desmedido del ejército, etc. *No la toquéis, es la rosa*. Y para garantizar que siga así, que perdure, hay que hacerse fuertes y cerrar filas en torno a los guardianes de la Constitución.

Porque el problema de esta concepción, consiste en esto, en que, en aras de defender la Constitución que ha preservado nuestra convivencia, se está utilizando la Constitución como arma arrojada, como argumento electoral e incluso más allá. El test de constitucionalidad (“ser constitucionalista o no”) se convierte así en un ejercicio del modo de pensar la política propuesto por Carl Schmitt: amigo/enemigo. Una deficiente comprensión de lo que Sternberger acuñara como “patriotismo constitucional” y fuera divulgado después por Habermas, ha servido para realizar este proyecto. Es un retorno a la tradición monista, cerrada, incluso excluyente, en la que se vuelve a con-jugar el conmigo o contra mí, so capa de que no hay alternativa: o se está con la Constitución (con nuestra interpretación de la Constitución, que imponemos porque tenemos el monopolio de la verdad constitucional) o extra muros de la democracia. Una visión que recuerda aquellos versos de Heine con los que Marx fustigaba la visión política de la escuela histórica del Derecho, que trata de encadenar la realidad al imperio de los antepasados, desde la visión de los antepasados que imponen un grupo de nuestros contemporáneos, los que tienen, diríamos ahora, la mayoría absoluta. Y en aras de esa visión maniquea no se duda en arrojar el código penal contra cualquier manifestación de disidencia, sobre todo si es seria. Es decir, una concepción antipluralista de la Constitución, que olvida lo que dice su artículo primero.

En realidad, como han subrayado buena parte de los estudiosos, la desobediencia civil entronca con un elemento básico de la democracia, incluso de la democracia liberal tal y como la prefigurara Locke: es su *appeal to Heaven* (que inspira los preámbulos de la declaración de independencia de 1776 y de buena parte de las Constituciones como la de Pensylvania o Virginia) el que da lugar a lo que entendemos como derecho de resistencia, como impugnación de la legitimidad del poder establecido y, por tanto, de la fuerza de obligar de sus mandatos. Ese derecho (cuyo origen se suele invocar la antigüedad clásica, al drama de Antígona) renació con los movimientos revolucionarios del XVIII, en particular las revoluciones americana y francesa, que harán posible su reformulación formal hasta conseguir lo que podemos considerar como su “constitucionalización”, que se concreta sobre todo en cinco artículos de la Constitución francesa de 1793 (en particular el artículo 35), más aún que en la Declaración de derechos del 89 (cuyo artículo 2 dispone: “*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance á l’oppression*”).

Este segundo punto de inflexión del derecho de resistencia, pues, es el que permitiría formular la democracia en términos de la tradición de “insurgencia”, que renace también con las dos revoluciones del XVIII marcadas por el ideal ilustrado de emancipación y en la tesis liberal de Locke que le conduce a enunciar ese derecho como básico¹¹. Y es en ese sentido, a mi juicio, como lo propone de nuevo Balibar, para quien “*Insurrección...* sería el nombre general para una práctica democrática que construye la ciudadanía universal. Se puede hablar de una lucha permanente en la dirección de la democratización de las instituciones existentes »¹².

La cuestión que se plantea hoy, ante la profundidad de la que fuera en su inicio crisis financiera y ha devenido en crisis social es si el descontento (incluso la indignación) que se extiende en relación con la calidad democrática de nuestras sociedades no es una buena razón para pensar, por así decirlo, en un nuevo punto de inflexión del derecho de resistencia: ¿tiene sentido hoy recuperar la noción de derecho de resistencia ? Bastaría con el recurso a la desobediencia civil ? acaso no deberíamos explorar la conexión con la impugnación más radical, la que es propia de la revolución y se expresa, pues, inevitablemente, en clave de conflicto bélico?

La legitimidad del derecho básico a la resistencia es particularmente evidente cuando nos encontramos ante regímenes desprovistos de legitimidad de origen y de ejercicio, esto es, las dictaduras, los regímenes totalitarios. En ese caso, el derecho de resistencia encuentra como expresión más clara la facultad de confrontar radicalmente al poder establecido, que no puede ser reformado para reconducirlo a la legitimidad, sino que debe ser sustituido y ello implica, las más de las veces, un conflicto armado, una revolución.

Dicho de otra manera, la población civil, los agentes sociales, tienen así un derecho de resistencia fuerte, como ha sido explicado por una tradición clásica en filosofía política. Un derecho que abocaría a un supuesto que puede y debe ser claramente diferenciado de las teorías de la guerra justa, puesto que el enemigo contra el que se entra en guerra en aras del derecho a resistir no es en este caso un Estado invasor o agresor, sino el poder del propio Estado que, por su ilegitimidad de ejercicio (que no necesariamente de ori-

¹¹ Hasta el punto de positivizarse en sede constitucional en modernas constituciones, como la de la RFA, la Ley Fundamental de Bonn y, más recientemente, en la nueva Constitución de Ecuador de 2012. En no poca medida, el mecanismo revocatorio incorporado a la constitución bolivariana de Venezuela se inspira en esa fundamentación.

¹² E. BALIBAR, *Cittadinanza*, cit., pp.16-17.

gen), no sólo ha perdido la razón de justificación del deber de obediencia a sus mandatos, sino que genera ese *derecho radical de resistencia* que se expresa a través de la fuerza armada y aboca al conflicto bélico (que no necesariamente comporta guerra civil), con mucha frecuencia a través de formas de insurgencia entre las que la *guerrilla* es la más común¹³.

Por todo eso, es interesante recordar el precedente de la democracia clásica en lo que se refiere a la necesidad de que, en democracia, exista el recurso a la *eisangelía*, esto es, la capacidad de llevar a juicio (y, con ello, resistir) las decisiones corruptas, incompetentes, abusivas del poder. Y con ello no estamos haciendo referencia ni prioritaria ni exclusivamente a la forma ortodoxa de entender ese *topos* de la arquitectura democrática que es la separación del poder, el sistema de *check and balances*, por utilizar la referencia a la tradición de los EEUU de Norteamérica. En efecto, aunque el ejercicio del recurso al control del poder por los tribunales no es habitualmente incluido como manifestación del derecho de resistencia, sí que lo es en su acepción más radical y original, precisamente aquella según la cual los ciudadanos son los sujetos mismos de la democracia y justamente por eso tienen el derecho y el deber de resistir en el sentido pristino del término: permanecer en su ser, como origen y fuente del poder legítimo –de la soberanía popular– y llegar hasta el final, lo que quiere decir no ya aguantar pasivamente para durar, sino agotar toda posibilidad de corregir el ejercicio del poder con el que se sientan en desacuerdo.

Llegados a este punto debemos plantearnos una *vexata quaestio* de la desobediencia civil y del derecho de resistencia: ¿constituye esta vía un prius que debe agotarse antes de dar el paso a la utilización de la fuerza? En mi opinión, la respuesta debe ser forzosamente afirmativa. Y la razón parece evidente: en esta manifestación de la resistencia lo que se pretende es recuperar la legitimidad vulnerada, y no impugnar *a radice* el poder establecido. Es importante retener que hablamos de regímenes que cuentan con los requisitos mínimos para que se hable de democracia, en el sentido institucional o formal. En otro caso, se impone el *appeal to heaven* y aparece en toda su legitimidad el recurso al derecho de resistencia como empleo *justo* de la fuerza.

¹³ Precisamente ese punto de partida es el que pone de manifiesto la necesidad de tener en cuenta ese carácter de derecho de resistencia que ampara a los insurgentes a la hora del restablecimiento de la verdad y de la justicia que se proponen los procesos de justicia restaurativa de los que hablaremos en el último epígrafe, con referencia concreta a los supuestos acaecidos en Sudáfrica, Argentina, Chile, El Salvador y Brasil. Pero también, claro, a España.

Pero casi todos somos conscientes que el agotamiento al que asistimos hoy por parte de instituciones y agentes propios de la democracia representativa para restituir en la prioridad de la agenda (de “su” agenda) las necesidades e intereses de los titulares de la soberanía popular, esto es, el pueblo, los ciudadanos, hace posible pensar en la posibilidad e incluso en la conveniencia de que se planteen, en sociedades democráticas como las nuestras (por más que demediadamente democráticas) procesos constituyentes que palíen el vacío de la “secuencia destituyente” en la que parece que nos hemos embarcado con la gestión de la crisis que nos imponen. Y no porque se pierda soberanía nacional, sino porque se pierde la soberanía, sin más. Así es cuando se plantea de una forma más radical el derecho de resistencia como defensa de una democracia para evitar que permanezca demediada o se degrade aún más, en línea con lo que se ha denominado « procesos destituyentes ». Un derecho de resistencia que podría entenderse incluso como la vía para construir un nuevo proceso constituyente que recupere el impulso democrático original¹⁴ y para continuar con la lucha por los derechos, esa exigencia que una ciudadanía activa jamás debe olvidar: los derechos no están adquiridos de una vez para siempre. Las políticas de respuesta a la crisis, regidas por el fundamentalismo neoliberal y consagradas en la regla de oro de la primacía normativa del objetivo de reducción del déficit, nos enseñan que el Derecho y los derechos no son nunca un don otorgado: en ese caso, se trata de privilegios o limosnas que desaparecerán en cuanto aparezcan las vacas flacas.

Desde esa perspectiva se puede entender cómo el ejercicio de actos de desobediencia civil como los criticados escraches, mientras mantengan la dimensión no violenta y no causen un perjuicio desproporcionado a los derechos de los afectados por las manifestaciones en cuestión, pueden ser entendidos, como lo han hecho recientes decisiones judiciales en nuestro país, como manifestación del derecho de participación democrática, en línea con la jurisprudencia constitucional y europea. La disidencia no debe ser respetada sólo cuando es insignificante, sino también y sobre todo cuando molesta, siempre que la ponderación de bienes jurídicos así lo permita. Así sucede en el caso de colisión entre, de un lado, el derecho de reunión y manifestación, conectados estrechamente con el derecho básico de libertad de ex-

¹⁴ En ese sentido, puede ser útil la lectura de los trabajos de De Cabo, Aparicio, Dalmau y Viciano, entre otros, *Por una Asamblea constituyente. Una solución democrática a la crisis de legitimidad*, en <http://www.ceps.es/images/pdf/asambleaconstituyente.pdf>

presión en su dimensión política y con el principio de pluralismo político y, de otro, el derecho a la privacidad¹⁵. Como lo ha mostrado con agudeza Miguel Presno¹⁶, precisamente ese es el test de la calidad de la democracia, de la recuperación de lo que, parafraseando a Arendt, denomina “Promesa de la democracia”.

Por eso, concluyo, el mensaje hoy, parece claro: ya no basta con el “Indignaos” que proclamara Hessel. Ahora hay que pasar al “¡Desobedeced!”, aunque quizá sería más correcto decir “¡Resistid!”.

JAVIER DE LUCAS
Instituto Derechos Humanos
Facultat de Dret
Campus Tarongers
Universitat de València
46071 Valencia
e-mail: javier.de-lucas@uv.es

¹⁵ Cfr. por ejemplo, el auto 81/14 de la sección 16 de la Audiencia provincial de Madrid, de 29 de enero de 2014, del que fue ponente la magistrada Isabel Valldecabres, recaído en un recurso contra un auto previo, del 10 de mayo de 2013 del Juzgado 4 de instrucción de Madrid, que había archivado la causa abierta tras la denuncia de D Iván Rosa, cónyuge de la vicepresidenta del Gobierno, Sra. Saéz de Santamaría, con ocasión de un escrache practicado ante su domicilio durante la campaña de la PAH contra el régimen legal de los desahucios. Entendidos, como sostiene el auto, “como ‘manifestación colectiva de la libertad de expresión’ y ‘cauce del principio democrático participativo’, en expresión del TC (SSTC 163/2006 de 22 de mayo, STC 193/2011 de 12 de diciembre), estrechamente vinculado al pluralismo político –como también destaca reiteradamente la jurisprudencia del TEDH, vid. Caso Rejah Partisi y otros c. Turquía, 31 de julio de 2001”.

¹⁶ Cfr. su artículo “Los escraches”, *El cronista del estado social y democrático de Derecho*, núm. 37, 2013, pp 17 y ss. Sobre la necesidad de revisión de la noción de democracia participativa y su relación con el derecho a la protesta, cfr recientemente su *El 15 M y la promesa de la política*, Agenda Pública/Bubok.es/libros, Madrid, 2014.

**ISLAM Y OCCIDENTES:
LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN ESENCIALISTA***

*ISLAM AND THE WESTS:
ON THE LIMITS OF ESSENTIALIST INTERPRETATION*

ENRICO FERRI
*Università Niccolò Cusano
Roma*

Fecha de recepción: 6-4-14

Fecha de aceptación: 2-5-14

Resumen: *El autor destaca y critica la llamada interpretación esencialista del Islam, difundida no solo en algunos entornos del orientalismo europeo y americano, sino también en contextos intelectuales de las más variadas orientaciones políticas. Según estas visiones, el Islam sería en su naturaleza y esencia "intrínsecamente incompatible" con Occidente. De esta forma se identifica, como hace Huntington en The Clash of Civilizations, Islam e islamismo fundamentalista, considerándose este último como la real, constante e inmodificable expresión del Islam, no susceptible de transformación. A esto se opone un Occidente descrito, de la misma manera, como una realidad con carácter universal, absoluto y ahistórico, como la libertad y la democracia. El autor muestra la dimensión ideológica y abstracta de tal interpretación y la inconsistencia histórica de una perspectiva que reduce al Islam y a Occidente a dos "ideas platónicas".*

Abstract: *The author identifies and criticizes the so-called essentialist interpretation of Islam, which is widespread not only in some European and American Orientalist circles, but also even in intellectual contexts of more diverse political orientation. According to this vision, Islam is by its nature, "intrinsically incompatible" with the West. In this way Islam is identified with fundamentalist islamism, as Huntington does in The Clash of Civilizations, and the latter is considered the true, constant and unchangeable expression of Islam, not susceptible to transformation. To this one counterposes a West described, in the same way, as*

* Traducción al castellano de Katerine Solorzano.

a reality with characteristics of universality, absoluteness and ahistoricity, such as freedom and democracy. The author demonstrates the ideological and abstract dimension from that interpretation and the historical inconsistency of a perspective that reduces Islam and the West to two "platonian ideas."

Palabras clave: Occidente, Libertad, Islam, Democracia, Laicidad

Key words: Western civilization, Freedom, Islam, Democracy, Secularism

"Cualquier persona con sentido común, debería decir alto y claro: el Islam es incompatible, en forma intrínseca, con los valores del Occidente, que son la igualdad entre hombres y mujeres, entre creyentes y no creyentes, entre conductas sexuales, la igualdad entre los pueblos. Estas afirmaciones validan la Declaración de los Derechos Humanos, y un musulmán no las puede suscribir".

El autor de estas consideraciones, Michel Onfray, las confirma en la misma página de manera drástica, con estos términos: "[el Islam] postula en el mismo texto del Corán, la desigualdad fundamental entre el hombre y la mujer, el creyente y el no creyente, los musulmanes y no musulmanes, los fieles y los apóstatas, la desigualdad entre el discípulo de Allah y el discípulo de otro Dios".

Las citas anteriores, se encuentran en la introducción que Michel Onfray escribió en el libro de Hamid Zanaz, *"L'impasse islamique, la religion contre la vie"*, en 2009 para Les Éditions Libertaires, y que recientemente se ha traducido al italiano con el título *Sfida laica all'islam. La religione contro la vita*, Elèuthera 2013. El autor, Hamid Zanaz, es un argelino que tuvo que dejar su país en 1993 "por sus posiciones radicalmente laicas"; ha enseñado filosofía en la universidad de Argelia y actualmente vive en Francia, en donde trabaja como periodista.

En el libro, en modo acuciante e insistente, como si fuera una verdadera declaración de guerra, Zanaz confirma sus creencias laicas resumiéndolas en las expresiones que subtitulan su libro, tanto en la edición francesa como en la italiana, "la religión [está] en contra de la vida", expresión traducida con una serie de *aut-aut* que considera al Islam en oposición/contradicción con todo lo que sea real, vital, racional, moderno. El Islam está "en contra de la vida", de los derechos del hombre, de la modernidad, la filosofía o la igualdad en sus diversas formas, como resume Onfray¹ en el párrafo con el cual he comenzado mis reflexiones.

¹ El mismo ONFRAY en su *Traité d'Athéologie*, Éditions Grasset et Fesquelle, París 2005, sobre todo en la segunda parte "Monothéismes", reúne Judaísmo, Cristianismo e Islam por una

Tanto el filósofo francés, como el escritor argelino están convencidos de que para salir del “punto muerto islámico” no es suficiente, mejor dicho, es totalmente inútil, promover una reforma del Islam en su interior, porque “criticar el discurso religioso no sirve para nada”² y de que la única solución es la de “expulsar la religión de la esfera pública, haciéndola un asunto privado”, como escribe Onfray en el prólogo de la edición italiana y se reitera varias veces en el libro.

Se puede notar que tanto Onfray como Zanaz están utilizando el Islam y la religión como sinónimos, en el sentido que el Islam encarna plenamente los límites –en términos dogmáticos y de intolerancia– de las otras dos religiones monoteístas-abrahámicas –Judaísmo y Cristianismo–, y los reproduce en modo más peligroso que las anteriores, que la revolución ilustrada y la modernidad ha dimensionado a un ámbito privado más limitado e inocuo. “Solución” que se quisiera adoptar incluso para los musulmanes de Europa y del mundo.

Antes de comentar algunos supuestos y certezas del análisis de Zanaz, quisiera llamar la atención sobre algunos aspectos que me parecen significativos: en particular, el área cultural y política de los editores, tanto de Zanaz como de Onfray. Tanto el editor francés como el italiano, son respectivamente, una directa e “histórica” expresión del movimiento anárquico y libertario de los dos países: Francia e Italia; mientras Michel Onfray, que es un conocido y fecundo filósofo, reivindica una visión de la vida y de las relaciones humanas inspiradas en principios y valores del anarquismo³. Esta doctrina política considera como un derecho fundamental e inalienable la libertad, en sus múltiples y diferentes expresiones, y no menos importante es la libertad de creer o de no creer en Dios, o inclusive en Abraham, en Moisés o en Muhammad; sin llegar a considerar a algunos de los padres fundadores de la anarquía como William Godwin, Pierre Joseph Proudhon o Lev Tolstoi⁴ que, a su modo, eran creyentes o teístas pero nunca ateos;

serie de características “contre la vie” como la hostilidad en contra de la inteligencia, el odio a la ciencia, “la obsesión por la pureza”, la desconfianza hacia las mujeres. En el Islam estas actitudes, no han sido contrastadas con la creación de una cultura y de un Estado laico.

² H. ZANAZ, *Sfida Laica all’Islam*, cit., p. 89.

³ Recientemente Michel ONFRAY, ha expuesto su prospectiva libertaria, en el libro *Le post-anarchisme expliqué à ma grand-mère*, Éditions Galilée, París 2012. He comentado este libro en “Il post - anarchismo e la tradizione libertaria francese: considerazioni critiche su un recente libro di Michel Onfray”, *Tigor: Rivista di Scienze della Comunicazione e di Argomentazione giuridica*, núm. 2, 2013, pp. 121-134.

⁴ Godwin nace en 1756, es el séptimo hijo de trece que tuvo un pastor protestante, un *dissenting minister*, como el abuelo y el tío. Tuvo una educación religiosa y a los 21 años llega a

cabe también recordar que una de las principales y agresivas representantes del movimiento anarquista italiano, durante los primeros años del siglo veinte, fue Leda Rafanelli, quien se hacía llamar “musulmana y anarquista”⁵.

Si un liberal, socialista o un libertario, tiene el legítimo derecho de organizar, según sus propias ideas, no solo su vida privada, sino también su vida pública como por ejemplo en su entorno cultural, artístico o productivo; entonces, ¿por qué un musulmán no puede tener las mismas ambiciones o reclamar lo que quiera⁶?

La respuesta sería menos retórica que la pregunta, según lo que ha escrito Onfray en el prólogo de la edición italiana: “¿Se trata de islamofobia o de un razonable miedo hacia el Islam?; ¿El intelectual debe ayudar a las masas para poder salir de la servidumbre voluntaria o debe consolarlas con sus propias creencias religiosas?”.

Por lo tanto, creo que se quiere actuar en dos frentes: por un lado se dirige a los “occidentales” para alertarlos e invitarlos a reaccionar; a esos “occidentales [que] por prudencia y miedo a ser acusados de racismo, de neocolonialismo y de islamofobia, se callan o permanecen condescendientes”. Por otro lado, el intelectual laico debería reivindicar el derecho a desafiar al Islam y exhortarlo en su mismo terreno para “orientar las masas a salir de la servidumbre voluntaria”.

ser *clergymen* hasta los 27 años. Su formación influirá en algunas características de su filosofía, sobre todo el rechazo de la transformación social a través de la violencia. Proudhon en *De la Justice dans la Révolution et dans l'Eglise*, obra del 1858, en las notas de la segunda parte de “Las personas”, afirma que no quiere ser considerado ateo, sino agnóstico.

⁵ He analizado esta problemática unión-relación en “¿Leda Rafanelli: un anarquismo islámico?”, *Tigor*, vol.2, 2012, pp. 69-88.

⁶ En el número 2, 2007 de *Oriente Moderno*, dedicado a *Islams and Democracies*, (edited by Massimo Campanini), se plantea la cuestión de la posibilidad de que la participación de partidos y movimientos religiosos, en los Estados en donde la mayoría está constituida por musulmanes, pueda tener un éxito parecido al que en Europa Occidental han tenido en el siglo XX los partidos y movimientos cristianos, gradualmente integrados en los Estados laicos y aconfesionales. Véase M. Ch. FERJANI, “¿Islam politique et démocratie: une évolution comparable à celle qui a donné la ‘démocratie chrétienne’ est-elle possible?”. Son particularmente interesantes, las conclusiones y las consideraciones de que “*l’urgence est de construire un pôle démocratique capable d’être une alternative crédible aux pouvoirs en place et à l’Islam politique*”, objetivo no fácil de perseguir. Sobre la compleja relación que ha existido entre los partidos y movimientos de inspiración cristiana y la democracia, en Europa, a partir del siglo XIX, véase la clara reconstrucción de Jean-Dominique DURAND, *L’Europe de la démocratie chrétienne*, Editions Complexe, Bruxelles, 1995.

Pero esta no es la perspectiva liberadora que da un esencial valor a la libertad porque ve al hombre como “naturalmente” sociable, y por tanto llevado a ejercitar la libertad en modo cooperativo y funcional para la comunidad. Si se reivindica la exigencia de “un razonable miedo al Islam”, o sea hacia los musulmanes, se reivindica el derecho evocado por todas las concepciones autoritarias, de que desde el exterior o del otro lado, puedan provenir la amenaza y el peligro de los que habrá que defenderse, incluso con las armas de la cultura. Hobbes, en sus escritos, insistía en la necesidad de enseñar en las universidades, una correcta doctrina del Estado, es decir la suya⁷. Es necesario que se tenga un “razonable miedo” a una real amenaza, la de más de mil millones de musulmanes que viven en cuatro continentes, incluso los más de veinte millones que se encuentran en la Unión Europea⁸. Por eso es necesario defenderse, desafiar al Islam, no padecerlo, situarlo de nuevo en la esfera privada como durante los primeros años cuando Muhammad en la Meca, recibió la revelación compartida con su mujer Khadigia y con pocos familiares y amigos.

⁷ En la base del anarquismo existe un optimismo antropológico, la convicción que el hombre es un ser naturalmente inclinado a socializar y a cooperar con los otros hombres. Por lo tanto la libertad, combinada con esta función natural, favorece la posibilidad de libres uniones y asociaciones, que excluyen un poder coercitivo y jerárquico. Para una profundización de este problema, menciono mi obra *La città degli unici. Individualismo, nichilismo, anomia*, Giappichelli, Torino 2001, en la sección “Elementi per un’antropologia elementale dell’anarchismo”, pp. 282-302. De diseño opuesto, es la prospectiva autoritaria expresada en modo ejemplar por la filosofía política de Thomas Hobbes que, en la *Prefatio ad Lectore* de la segunda edición del *De Cive*, dice poner como principio “*omnibus per experientiam noto*” que “*Ingenia hominum ejusmodi esse à natura, ut nisi metu potentiae alicujus communis coërceantur, fore ut sibi invoice diffidant et sese mutuò metuant, & ut propriis viribus singuli sibi cavere cùm jure possint, tum necesariò velint*”. Los que niegan que entre los hombres exista una desconfianza recíproca son al mismo tiempo “*illi qui quod actionibus confitentur, idipsum oratione negant*”, de hecho tanto los ciudadanos como el Estado se protegen a sí mismos en todos los modos, mostrando recíproco miedo y desconfianza.

⁸ “Lo que ahora está ocurriendo es el tercer intento de los musulmanes de realizar la misión divina de llevar la verdad de Dios a toda la humanidad. Esta vez no será por la invasión y la conquista, sino por la inmigración y la demografía.” Son afirmaciones de Bernard Lewis, reportadas en el cotidiano *Il Foglio*, 6 de septiembre de 2012. Tesis discutible pero no nueva, ya presente en la polémica musulmana de los siglos IX-XI. Por ejemplo Jacques De Vitry (1170-1240), teólogo francés y uno de los mayores sostenedores de la quinta cruzada, en su *Historia orientalis* (existe una edición crítica, a cargo de J. Donnadieu, Jacques de Vitry, *Historia orientalis*, Brepols, Turnhout, 2008) sostiene que los musulmanes, sobre todo en el mes del *ramadan* “se unen más frecuentemente a sus mujeres y a sus concubinas [...] sea para apagar la enfermedad de la lujuria que por el deseo de generar más hijos, en defensa de su religión”.

Merece atención y reflexión el hecho de que posiciones, como las que se acaban de indicar, que hasta hace pocos años eran prerrogativas de los partidos y de los intelectuales conservadores o radicales –de la derecha republicana estadounidense, al Front National de Le Pen, o la Lega Nord de Bossi– hayan sido elaboradas precisamente por personas de diferentes ideologías, tanto como para echar raíces, incluso en contextos libertarios o en todo modo laicos y “progresistas”.

Tratemos de aclarar lo indicado a través de un análisis más detallado de algunas de las evaluaciones de Hamid Zanz que lo llevaron a las conclusiones drásticas que se han mencionado anteriormente. Empecemos con los elementos básicos del libro de Zanz: el objeto de su investigación de “el Islam” y el método utilizado. Samuel Huntington, en su famoso libro *El choque de las civilizaciones*, en su capítulo sobre el Islam y el Occidente, llega a una conclusión dramática: “El verdadero problema para Occidente no es el fundamentalismo islámico, sino el Islam como tal, una civilización diferente cuya gente está convencida de la superioridad de su cultura y obsesionada por la falta de poder a su disposición”⁹. Zanz es igualmente dramático: “El integrismo es para el Islam lo mismo que el desempleo para el capitalismo. Es inherente, consustancial”. En otras palabras: “El islamismo, es solamente el Islam llevado a extremas consecuencias”¹⁰. De ello se desprende que, de acuerdo con estos puntos de vista, todos los musulmanes son de hecho, potencialmente fundamentalistas. Si fuera así, el panorama sería realmente trágico, nos encontraríamos en un planeta con un mildocientos millones de integristas/fundamentalistas posibles o reales, personas que, sin embargo, como buenos musulmanes, tendrían el radicalismo en su ADN. ¿Es éste es el “punto muerto” islámico? ¿Acaso todo musulmán es o puede llegar a ser un islamista o al mismo tiempo todo islamista puede llegar a ser un musulmán?

Tanto Zanz como Huntington o como Bernard Lewis, en los últimos años¹¹, y muchos otros intelectuales que van de libertarios a ultraconser-

⁹ S.P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* (1996), en las conclusiones indicadas anteriormente al final de la sección sobre “El Islam y el Occidente”.

¹⁰ H. ZANAZ, *Sfida laica all’islam*, cit., p. 72.

¹¹ Las posiciones de B. LEWIS, se radicalizaron sobre todo después del ataque terrorista a las torres gemelas de Nueva York en 2001. Una significativa muestra de las críticas de Lewis al mundo islámico contemporáneo se encuentra en algunos escritos recientes recogidos en *From Babel to Dragomans*, Oxford University Press, 2004, traducido en Italia con el título *Le origini della rabbia musulmana*, Mondadori Editore, Milano, 2004.

vadores, han tenido una posición ideológicamente transversal, como la de considerar al Islam como algo homogéneo y coherente, siempre igual a sí mismo en el espacio y en el tiempo, siempre agresivo y amenazador, que se diferencia sólo porque en la historia y en diferentes contextos geográficos ha adoptado diferentes tácticas, pero todas con un único y recurrente objetivo estratégico: islamizar el mundo.

En realidad este Islam único e indivisible no existe, siempre igual a sí mismo, inmutable en el tiempo y en el espacio, no ha existido nunca: cuando se trata de Islam deberíamos usar siempre el plural, y específicamente a partir del ámbito religioso, donde ya a raíz de la muerte de Muhammad asistimos a la primera gran división entre los que se autodefinían *ahl as-sunna wa 'l-gama'a*, “La gente de la tradición (*sunna*) y de la comunidad” es decir los sunitas y los Alides o secuaces de Ali (primo y yerno del Profeta) que se llamaron Chiitas, de *shi'a* (fracción o partido) que significa “el Partido de Ali”¹².

Según algunos seguidores del hanbalismo, los chiitas se parecen a los *munafiqun* “los hipócritas”, o incluso a los incrédulos (*kafirun*) y los militantes de Al-Qaeda consideran que en algunas circunstancias sea lícito y necesario su exterminio, oponiéndose a la teoría clásica (medieval) y a las teorías sucesivas que consideran a los chiitas parte de la *umma*¹³.

¹² Fueron cuatro “los califas bien guiados” que guiaron la comunidad islámica (*umma*) después de la muerte del Profeta hasta el año en que fue asesinado Ali, al igual que sus dos antecesores, dejando a la comunidad de creyentes en la más completa división (*fitna*). Desde entonces sunitas y chiitas han vivido períodos de convivencia alternados con períodos de enfrentamientos violentos y de guerra, incluso hoy en ambientes como el Líbano, Irak, o Siria minorías chiitas se enfrentan contra mayorías sunitas y viceversa, con el apoyo no solo de sus compañeros de fe de la región sino también de otros musulmanes. Por una historia de relaciones entre sunitas y chiitas es aún útil la consulta del libro de H. LAOUST, *Les schismes dans l'Islam*, Payot, París 1983, y el de A. BAUSANI *Persia religiosa*, Ediciones Leonello Giordano, Cosenza 1989, segunda y tercera sección. El nacimiento de una fracción chiita está históricamente ligada a las disputas por la sucesión del Profeta, después de su muerte en el 632 d. C. Para una definición de la cuestión chiita en relación al contexto histórico en el que nació, C. LO JACONO, *Storia del mondo islamico* (siglo VII-XIV), Einaudi, Torino, 2003, p.69 y siguientes. Sobre las fuerzas en juego en el actual conflicto sirio, tanto de parte sunita como de parte chiita, con los respectivos aliados en el área medio oriental, véase el número 1211 del semanal *Courrier international* del 16 de enero de 2014: “Islamistes contre islamistes. Syrie, Irak, Liban: la guerre fratricide qui oppose sunnites et chiïtes”.

¹³ Esta es la posición de Al-Qaeda. Véase por ejemplo, la carta a Bin Laden y al Zawahiri de Irak, con una propuesta de colaboración reportada en *Al-Qaeda dans les testes*, bajo la dirección de G. Kepel y J.P. Milelli, PUF, París, 2005. Los chiitas, mayoritarios en Irak, son considerados “hipócritas” (*al-munafiqun*), heréticos y politeístas, por la práctica de la disimulación

Todavía, la representación de un Islam que desde hace 14 siglos agrede y amenaza al Occidente es poco realística, es decir que gran parte de las batallas y de las guerras lo han sido entre los *occidentales*, desde la Grecia del siglo V a. C., hasta la Primera y Segunda Guerra Mundial. En 1914 los Imperios Centrales tenían como principal aliado el Imperio Otomano, que lanzó una llamada a todos los musulmanes, declarando combatir un *jihad* defensivo que habría implicado la obligación para la *umma* universal de entrar en guerra, si bien esta llamada tuvo poco éxito¹⁴. En la Segunda Guerra Mundial, tanto la Italia fascista como la Alemania nazi, trataron de involucrar a estados y partidos árabes y musulmanes, sobre todo en el contexto medio-oriental en perspectiva anti-británica, y los nazis no vacilaron en formar batallones de voluntarios de religión musulmana, como los Azeri, que combatieron enrolosados en la *Waffen SS*, en el frente oriental, en el ataque a Rusia.

Pero el mismo tipo de observación se puede hacer incluso en el otro lado, si consideramos por ejemplo que es difícil encontrar durante la edad media un soberano o una coalición de soberanos cristianos que hayan exterminado (sin hacer ninguna distinción entre militares y civiles, hombres y mujeres, niños y viejos, sanos y enfermos) tantos musulmanes como asesinó en algo menos de medio siglo *el Ghazi* ("combatiente por la fe") Timur Barlas, Timur "El cojo", conocido en Europa como Tamerlano. Atacó y subyugó reinos musulmanes de tres continentes, del Khoresan (Afganistán) al Egipto Mamalucco, de la Anatolia otomana al Irán, de la dinastía sunita de los Mozaffaridi y de la India Tughlaq a Azerbaiyán del Sultán Ahmed¹⁵.

A través de la selección de algunos personajes, datos y episodios históricos, aunque descontextualizándolos e interpretándolos de una manera unilateral, absolutizando las conclusiones, es decir, obteniendo juicios que se proponen como definitivos e inmutables; a través de este discutible método se puede argumentar todo y el contrario de todo. Es el discutible método de la llamada "Interpretación esencialista" compartida por orientalistas como Bernard

de la fe (*taqiyya*), por el culto de las tumbas y de los santos, por la veneración hacia los Imanes considerados perfectos.

¹⁴ Sobre la proclamación del *jihad* de parte del Imperio otomano, en contra del Triple Acuerdo, se vea el capítulo XIV "La muerte de un Imperio (1908-1923)", a cargo de P. Dumont y F. Georgeon, en particular el párrafo sobre la "Gran Guerra", que se encuentra en el volumen recopilado a cargo de Robert Mantran, *Histoire de l'empire ottoman*, Fayard, París, 1989.

¹⁵ Acerca de la política expansionista de Tamerlano y sobre sus conquistas, se vea de M. BERNARDINI y D. GUIDA, *I Mongoli. Espansione, imperi, eredità*, Einaudi, Torino, 2012, pp. 260-290.

Lewis y *milieux* culturales, políticos conservadores y no sólo, que consideran el Islam incompatible con la “Civilización occidental”; pero este método discutible es usado también por el radicalismo político islámico como por ejemplo *Al Qaeda*, que representa el Islam como un sistema de principios y valores, reglas y praxis que involucran todos los ámbitos de la vida, un sistema definido de una vez por todas, válido para todos los tiempos y lugares, sin una evolución determinada por los nuevos contextos históricos, y ni siquiera promovida desde su interior, a través de la confrontación de las distintas posiciones doctrinales, la reflexión y la reconsideración de la propia experiencia histórica.

Estas dos posiciones extremas que aparentemente son opuestas, en realidad se asemejan en muchos aspectos, a partir de las conclusiones, y sostienen que es imposible la convivencia entre Islam y modernidad, democracia e Islam, y este último con la “Civilización occidental” y con los inalienables “derechos del hombre”.

Aunque si bien los motivos son totalmente diferentes, ambas posiciones sostienen que es imposible la convivencia entre Islam y Occidente, entre mildoscientos millones de musulmanes y un número poco inferior de “occidentales”.

Desde otro punto de vista, estas dos posiciones extremas se conectan, por la fragilidad de sus hipótesis. Los primeros, los “occidentales”, toman la iniciativa de una realidad con la cual se identifican y que de hecho existe sólo como una construcción ideológica: “Occidente”, o si se prefiere “la Civilización occidental”. Pero ¿qué es Occidente en sí mismo?; ¿en dónde se encuentra, en el Occidente de qué Oriente?; ¿con qué se identifica?; ¿es un espacio, una cultura, una ideología, una religión, una historia?

Y si lo consideramos un espacio, ¿podríamos hacer que entren Rusia o Japón o Turquía?; ¿o quizás está representado por dos mil años de historia y civilización cristiana... en una religión de matrices hebreas que nació en Palestina?; ¿se identifica con la democracia y con qué democracia, la ateniense fundada en la diferencia entre hombre y mujer, ciudadano y extranjero, libre y esclavo?¹⁶; ¿o por democracia entendemos la que nació con la

¹⁶ Si bien el sistema político democrático en Grecia y en particular en Atenas, fue el más avanzado de la antigüedad, concedía los derechos políticos activos, es decir la posibilidad de participar en las diferentes magistraturas (*ekklesia*, Consejo de los 500, Tribunales, Aeropago, etc.) sólo a los ciudadanos varones, adultos, hijos de padres y madres atenienses (después de la reforma de Pericles del 450 a.C.) Estaban excluidos, a parte de las mujeres y los esclavos, también los extranjeros residentes, aunque si tenían una serie de obligaciones fis-

Revolución Francesa, que ha involucrado Estados que han tenido dominio colonial en tres continentes, hasta la mitad del siglo XX?; ¿o la democracia de países como Italia en donde las mujeres, han tenido el derecho a votar, solamente después de la Segunda Guerra Mundial?

¿Quizás el Occidente es la patria de la “libertad liberal”? Pero ¿de qué liberalismo?; ¿acaso la libertad no está en la base de las democracias antigua y moderna? Y fue en nombre de *Zeus Eleutheros* (“Zeus liberador”) que los marineros de la flota griega, que se enfrentaron en Salamina, contra la flota de Serse, déspota oriental, entonaban con una sola voz el *peana*¹⁷. ¿Y la palabra libertad no es acaso el primer carácter con el cual la democracia moderna se autodefine?¹⁸; ¿existe una diferencia entre libertad democrática y liberal, cuál de las dos encarna mejor el Occidente?¹⁹; si consideramos sucesivamente al cristianismo, la democracia y el liberalismo, expresiones de la “civilización occidental”, ¿no los ponemos al mismo nivel, considerando parecidas realidades como el cristianismo y la democracia que se han opuesto por más de un siglo?

cales y militares. Sobre el sistema político ateniense, véase la *Athenaion Politeia* de Aristóteles y el célebre elogio de Pericles a los caídos del primer año de la guerra del Peloponeso, debido a Tucídides, II, 36-45. Sobre la democracia antigua existen muchos estudios de autores contemporáneos. Me limito a señalar cuatro libros de diversas áreas culturales: C. MOSSÉ, *Les Institutions grecques*, A. Colin Éditeur, París, 1967; D. MUSTI, *DemoKratía, Origini di un'idea*, Laterza, Roma-Bari, 1995; M. H. HANSEN *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, Blackwell, 1991; K.A. RAAFLAUB, J. OBER, R.W. WALLACE, *Origins of Democracy in Ancient Greece*, University of California Press, 2008.

¹⁷ ESQUILO, *Los Persianos*, v. 401-408.

¹⁸ Moses I. FINLEY, en su famoso estudio del 1972, *Democracy Ancient and Modern*, por un lado reconoce que la libertad de los Atenienses estaba extendida, por ejemplo la libertad de palabra (*isegoria*) en la asamblea ciudadana y la libertad de expresar libremente el propio pensamiento (*paressia*), como también la falta de censura que permitía la comedia de ser la voz crítica de la ciudad. Por otro lado reconoce que la libertad griega excluía gran parte de la misma población ciudadana y no reconocía el derecho de los pueblos dominados. En referencia a las múltiples declinaciones que puede tener la noción de libertad, véase, M. BARBERIS, *Libertà*, Il Mulino, Bologna, 1999.

¹⁹ Benjamin CONSTANT, en el discurso leído en el Athenée Royal de París en 1819, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, sostuvo que “la libertad individual [es] la verdadera libertad moderna”, y con ella el cuidado de los “intereses privados”, es posible gracias al “sistema representativo” que prevé un “poder dado de la masa del pueblo a un cierto número de hombres” con la finalidad de tutelar sus intereses, de los que se preocupa aunque si no tiene tiempo de “defenderlos siempre en primera persona”. En cambio, la libertad de los Antiguos, sostiene Constant, refiriéndose a Atenas “estaba hecha de la participación activa y constante del poder colectivo”, pero al mismo tiempo la colectividad, tenía un poder mucho más extenso hacia el individuo, tanto que formas de libertad, como la libertad personal en materia religiosa, eran impensables.

Por otro lado excluimos de la identidad europea, fenómenos como el fascismo, comunismo, nazismo, que nacieron en Europa, primero como teorización ideológica y después como realidad histórica.

Ferdinand Braudel, define la civilización como el: “modo de nacer, de vivir, de amar, de casarse, de pensar, de creer, de reír, de nutrirse, de vestirse, de construir las casas... de comportarse los unos con los otros”²⁰, el modo con el cual el hombre se pone en relación consigo mismo, con el mundo, con los demás; las conscientes expresiones y manifestaciones de tales relaciones, en campos como la literatura, el arte, la historiografía, etc. Cada civilización es el resultado de encuentros, enfrentamientos, contaminaciones; cada civilización está en constante transformación porque los pueblos y los individuos que son su expresión, no son unos cristales, sino que viven y se transforman. Cada civilización es siempre un producto temporal de síntesis, una realidad siempre *in fieri*, que se convierte, en donde múltiples identidades se encuentran y se funden. Pensemos por ejemplo en el Islam: ¿sería imaginable el Islam sin el hebraísmo y el cristianismo?; ¿sin Abraham y la “distinción Mosaica”²¹, sin Aristóteles, Euclides y la ciencia griega?²²; ¿sería lo mismo el Islam sin Persia y la Turquía Otomana?

²⁰ F. BRAUDEL, *L'identité de la France*, Arthaud-Flammarion, Paris, 1986, vol.I, p.73.

²¹ Acerca de las relaciones entre Islam, Hebraísmo y Cristianismo existe una vasta documentación y muchos estudios, desde el siglo X, incluso por el hecho que el Islam es considerado una religión de la raza de Abraham y el mismo Muhammad el “sello de la profecía”, iniciada con Abraham. En el Corán encontramos una serie de referencias a muchos profetas y algunos episodios de la historia bíblica, en particular sobre Moisés, Jesús y María. Me limito a señalar una serie de textos, que desde diversas perspectivas hermenéuticas, analizan una serie de aspectos que tratan las relaciones entre el Islam y los otros monoteísmos abrahámicos. De las fuentes antiguas, al menos Pedro ABELARDO, *Dialogus inter Philosophum, Iudeum et Christianum* y Juan de DAMASCO, *Controversia entre un Sarraceno y un Cristiano*; entre los estudios contemporáneos señalo: W. MONTGOMERY WATT, *Muslim-Christian encounters. Perceptions and Misperceptions*, London-New York, Routledge, 1991; J. BOUMAN, *Der Koran und die Juden. Die Geschichte einer Tragödie*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1990; C. M. GUZZETTI, *Bibbia e Corano. Confronto Sinottico*, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo, 1995; J. GNILKA, *Bibel und Koran. Was sie verbindet, was sie trennt*, Verlag Herder, Freiburg im Breisgau, 2004; M. BORRMANS, *Jésus et les Musulmans d'aujourd'hui*, Desclée, Paris, 1996. Sobre la llamada “distinción mosaica”, fórmula acuñada por Jan Assmann para indicar la neta separación, introducida por el monoteísmo, entre el bien y el mal, verdad y error, etc., el libro del mismo ASSMANN, *Moses the Egyptian. The Memory of Egypt in Western Monotheism*, Harvard University Press, 1997.

²² Una sintética y eficaz presentación del tema, se encuentra en D. JACQUART, *L'épopée de la science arabe*, Gallimard, Paris, 2005; *Une histoire de la science arabe* está presentada en forma de entrevista por Ahmed DJEBBAR, Seuil, Paris, 2001.

Tratar de disminuir la dinámica complejidad que caracteriza cada civilización en una estática definición, equivale a representarla a través una sola prospectiva, fijarla y volver a proponerla en el tiempo, siempre igual a sí misma, convirtiéndola en un cuerpo muerto, inmóvil, momificado. Significa confundir la parte con el todo, ubicar el contingente fuera del tiempo, privilegiar un dicho, un aspecto, dañando todo el resto. Una prueba de lo que he dicho está en el hecho que los mismo cultores de la “Civilización occidental” cuando son llamados a definir cuáles son las “raíces”, los fundamentos, la esencia de tal civilización, definen la naturaleza en modos diversos, y totalmente incompatibles, como son irreconciliables Robespierre y Carlo Magno, Celso y Agustín de Hipona, Voltaire y Filón de Alejandría.

El “Occidente” parece tener múltiples padres y padrastros, porque sus orígenes han sido individuados en la cultura judía-cristiana, en el cristianismo, en la civilización griega o en la romana, o, en la griego-romana; en el Iluminismo, la democracia, en el pensamiento y la visión del mundo liberal, en la combinación de dos o más componentes entre los citados, por ejemplo: Samuel Huntington en su conocido estudio *The Clash of Civilizations*, sostiene que: “El Cristianismo Occidental, antes sólo el catolicismo, es decir, también el protestantismo, representan históricamente el elemento distintivo de la civilización occidental”²³; en otras páginas escribe que: “La expresión política de la civilización occidental, es la democracia”. Como si dijera que una civilización fundada, en primer lugar, en un Dios único, exclusivo, absoluto y eterno, se representa a sí misma a través de una forma de gobierno sustancialmente agnóstica y relativista, pone en su base, como ya se nota de la etimología, el poder y la soberanía del pueblo, su voluntad y su interés. Entonces, podríamos preguntarnos: ¿Por qué la democracia que ha sido históricamente la expresión política del catolicismo romano, no podría serlo del Islam Medinense?²⁴ Sería necesario preguntarse si es justo hablar de “civili-

²³ Estas afirmaciones, aparecen en el tercer capítulo del libro, en donde se analiza el significado de “Civilización universal”, pero en diversas ocasiones, como por ejemplo en el párrafo “Los nuevos confines del Occidente”, Huntington reitera que “Europa termina en donde termina el cristianismo occidental y comienza el islamismo y la ortodoxia”. De este modo también estaría fuera de Europa la Grecia ortodoxa, la misma a la que se debe la palabra “Europa”, por cuya independencia del Imperio Otomano, tantos voluntarios de las naciones europeas, como Lord Byron, combatieron y murieron.

²⁴ Cuando se habla de “compatibilidad” entre Islam y democracia, generalmente nos olvidamos de algunas decenas de millones de musulmanes que viven desde hace años en Europa, en los Estados Unidos y en otros países gobernados por sistemas políticos democráticos. En Italia, según los datos del *Dossier statistico sull'immigrazione*, UNAR 2013, en 2012

zación occidental” refiriéndola a una Europa que nace cristiana para luego ser agnóstica y atea, y ya no fundada en Dios sino en el pueblo. Al mismo tiempo se debería preguntar a algunos como Michel Onfray, que identifican el Occidente con el Iluminismo y la Revolución Francesa, si no sería más oportuno hablar no de “civilización occidental” sino de “Civilización de la Europa Moderna” o mejor aún de parte de Europa y del Occidente moderno, considerando que hasta los años 50 del siglo XX, la Europa Central no había conocido la democracia y gran parte de la Europa del Este, en primer lugar Rusia, había pasado de regímenes autocráticos y antiliberales a la dictadura comunista y sólo en las últimas décadas, ha tomado formas de gobierno de tipo democrático, o al menos, según los casos, cercanas a la democracia.

También la intención de representar en modo unitario el Occidente –una religión, una *Weltanschauung*, una ideología y una estrategia– de parte de los que se proclaman anti-occidentales está destinada a fracasar, por el simple motivo de que es imposible individualizar y definir cómo se caracteriza en modo incontrovertible, constante en el tiempo y sustancialmente inmodificable, una presunta “civilización occidental” que con estas características nunca ha existido; por ejemplo Yan Buruma y Avishai Margalit, en su *Occidentalism*, han tratado de descubrir el Occidente, así como lo representan sus enemigos, y piensan, como leemos en la introducción del libro, haber “individualizado algunos elementos de occidentalismo, que encontramos en todas las épocas y lugares en los que el fenómeno se ha manifestado”²⁵; en otros términos, las razones de la hostilidad hacia el “Occidente” que encontramos constantemente en el curso de la historia y en todos los contextos geográficos: desde China hasta Al Andalus, desde Afganistán hasta Sudán, parecerían comprenderse.

Este proyecto ambicioso, parece redimensionarse, algunas líneas después, cuando se hace la síntesis de estos elementos “conectados de manera de formar una cadena de hostilidad”. Según Buruma y Margalit, todos los enemigos del Occidente, en todos los tiempos, habrían individualizado y contrastado las siguientes características identificativas del Occidente: “La metrópolis y su cosmopolitismo privado de raíces”; “el pensamiento del occidente como se manifiesta en la ciencia y en el raciocinio”; “el bienestar burgués visto como

vivían 5.186.000 extranjeros, de los cuales casi un tercio era de religión musulmana. En las cárceles italianas, de sesenta mil detenidos, diez mil son musulmanes (datos que se refieren al mes de septiembre 2013). Datos recogidos del Dossier sobre “Le moschee negli Istituti penitenziari italiani”, a cargo del Ministerio de Justicia, que se pueden consultar en el sitio que está a mi cargo: www.musulmaniinitalia.it

²⁵ Ian BURUMA, Avishai MARGALIT, *Occidentalism*, Penguin Press, 2004.

antítesis del héroe listo al sacrificio”; el último elemento de hostilidad, sería el que se tiene en contra del “Infiel” que debe “ser aplastado para dar lugar a un mundo de pura fe”²⁶.

Esta “cadena de hostilidad”, como la definen los dos autores, deja algunas dudas, a partir de los que deberían ser los sujetos portadores de tales hostilidades: no enemigos del Occidente de todos los lugares y de todos los tiempos, sino principalmente algunas corrientes radicales del Islam contemporáneo.

Los mismos autores, luego, dimensionan todos los “eslabones” de esta presunta “cadena de hostilidad” a partir del primero, la identificación del Occidente con una civilización metropolitana.

Cada civilización antigua es una civilización urbana; la misma palabra moderna de civilización viene de *civitas*, ciudad; así como también ciudadano *civis* y el hombre civil, civilizado, son sinónimos. Al mismo tiempo la política, que es sinónimo de vida civil, de asociada como explica Protágoras, deriva de *polis*, ciudad.

Es así que formas de vidas complejas y evolucionadas se desarrollan primero en Oriente –*ex Oriente lux*– o mejor dicho, en Asia; se desarrollan como una civilización en donde el rol de la metrópolis es central. En el 539 a. C., cuando Roma es un poco más grande que una aldea de pocas centenas de chozas y en Atenas se cuentan casi 30.000 habitantes, Ciro El Grande conquista Babilonia. Nos cuenta Heródoto, (I, 191,6) que mientras los habitantes de la periferia de la ciudad ya habían caído en las manos de los Persianos, los babilonios que vivían en el centro, celebraban una fiesta y durante horas celebraban y danzaban, desconociendo lo que estaba sucediendo en la otra parte de la ciudad.

También el Islam nace como una religión y una cultura que se apoya en dos ciudades santas: Meca y Jerusalén²⁷. La Meca es la ciudad construida al-

²⁶ Así se concluye la introducción del libro en el que se presenta la “Guerra al Occidente” de los llamados “occidentalistas”, o sea de los críticos del Occidente.

²⁷ La Meca es la ciudad en donde se encuentra la Ka’ba, que tiene en su exterior la piedra negra. Es el lugar más sagrado para el Islam, hacia el cual dirigen su oración, todos los musulmanes, cinco veces al día. Una completa presentación de la “Ciudad santa” por excelencia se encuentra en S. ZEGHIDOUR, *La vie quotidienne à la Mecque de Mahomet à nos jours*, Hachette, Paris, 1989. Medina es la ciudad en donde el Profeta emigró en el 622, y vivió hasta su muerte, en el 632 d. C., y en donde está sepultado. IBN KALDUN, en su *Discurso sobre la historia universal (Al-Muqaddima)* dedica todo el capítulo IV del primer libro a las ciudades, consideradas factores de civilización y de vida material y culturalmente rica.

rededor de la Ka'ba, el santuario edificado por Abraham y su hijo Ismael, es el símbolo de la unicidad divina. Es el lugar en donde al menos una vez en la vida, todo creyente –que tenga la posibilidad, condición de salud o recursos económicos– debe ir en peregrinaje. El año 1 del Islam comienza con el año de la Hégira (622 d. C.) cuando Muhammad, con menos de cien seguidores, huye de La Meca y se dirige hacia la ciudad oasis de Yatrib, que luego se llamará “La ciudad del Profeta”, *Medinat an-Nabi*. Jerusalén es una ciudad santa porque ha sido la ciudad de los profetas del Islam que lo actuaron dentro de un contexto judío, la ciudad de Isa [Jesús] que, junto con Musa [Moisés] y Muhammad, es considerado uno de los principales profetas del monoteísmo. La tesis de la hostilidad “al pensamiento de Occidente, como se manifiesta en la ciencia y en la razón”, que se presenta como una constante histórica de la actitud anti-occidental, plantea también algunas perplejidades.

La forma más alta de conocimiento que el Islam recomienda, es el conocimiento de Dios y de la revelación que se envía al hombre para su bien y su salvación. Este conocimiento se persigue a través del Corán, el libro por excelencia, hecho “descender” sobre el Profeta y por consiguiente sobre todos los hombres en la “noche del destino”, en el monte Hira, el 17 de julio del 610 de la era cristiana. Conocer la palabra de Dios, revelada en “árabe claro”, es el primer objetivo de la educación del musulmán y tal conocimiento, es la base de todo el resto, así como el conocimiento de las causas, es necesario para comprender los efectos.

El Corán, por lo tanto, se debe leer, estudiar, comprender, memorizar –si es posible– recitar, constantemente meditarlo. Como es directa expresión de la voluntad divina, comunicada en árabe a los hombres durante la última fase de la revelación, es en lengua árabe que se recita toda la oración. Por estas razones, el aprendizaje del árabe, de parte de los musulmanes no árabes, es considerado un acto devocional particularmente meritorio. El musulmán retiene que en el Corán, existan en modo directo e indirecto, explícito e implícito, exotérico o esotérico, las respuestas a todas las preguntas que conciernen a los hombres en diversos aspectos de su existencia²⁸. Por consi-

²⁸ En el Corán está recopilada la revelación, transmitida por Allah a los hombres, a través de Muhammad, “el enviado de Dios” (*Rasul Allah*), luego recogida en la recopilación y edición definitiva de ‘Uthman, el tercero de los “cuatro Califas bien guiados” y aceptada por todos los musulmanes. Para una introducción a la estructura y temáticas del Corán: M. COOK, *The Coran. A very short introduction*, Michael Cook, 2000; P. BRANCA, *Il Corano*, Il Mulino, Bologna, 2001; M. CAMPANINI, *Il Corano e la sua interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

guiente la historia, o sea la fuente del derecho islámico, los principios de los que se obtienen las reglas, las leyes de la conducta humana, ponen en primer lugar al Corán, para indicar que todo nos viene de Dios y que es necesario dirigirse a Dios constantemente.

La segunda fuente del Derecho es la *Sunna*, la tradición que se obtiene de la vida del Profeta Muhammad, de sus acciones y de sus palabras, y de su ejemplo, porque Muhammad es considerado “el último de los Profetas”, el “sello de la Profecía” y el “mejor de los hombres”, o sea el mejor intérprete de la voluntad divina, el más santo y devoto de los hombres. Las otras fuentes de la *shari'a*, vuelven a remitirnos al esfuerzo interpretativo, a la intención de definir una regla de acción aparentemente, no inmediatamente asequible, deducible del Corán; por ejemplo el esfuerzo de comprensión (*ijtihad*)²⁹ que esencialmente consiste en el esfuerzo que el creyente tiene que hacer para definir la regla de la actitud, del comportamiento correcto, en el caso en que no parezcan existir indicaciones precisas deducibles del Corán o de la *Sunna* del Profeta. Lo mismo ocurre con la analogía³⁰, a la que se recurre cuando se quiere disciplinar un caso específico, refiriéndose a una regla definida para un caso similar, un caso disciplinado a través del mismo principio. Ibn Taymiyya, por ejemplo en una *fatwa* afirma la prohibición de consumir *hachís* sobre la base del mismo principio que se refiere para prohibir el consumo del vino: “Todo lo que hace que la razón sea ausente está prohibido”³¹.

Al creyente por lo tanto, se le requiere sobre todo el conocimiento de la “ciencia divina” (*ilm*) que se encuentra en el Corán y, en más de un *hadith*, Muhammad resalta el valor de esta ciencia, como cuando dice que la “búsqueda de la ciencia es una obligación para todos los musulmanes”, o cuando exhorta a “buscar la ciencia hasta en la China”, o también cuando da el mismo valor a la “tinta de los Sabios” y a la “sangre de los Mártires”³². Algunos

²⁹ Véase la voz *ijtihad*, a cargo de D. B. MACDONALD, de la *Enciclopedia de l' Islam*, II ed., Brill, Leiden.

³⁰ Sobre la analogía (*qiyas*) y las fuentes del derecho islámico, una clara introducción se encuentra en A. BAUSANI, *L' Islam*, Garzanti, Milano 1999, pp. 37-68.

³¹ IBN TAYMIYYA, *Le haschich et l'extase*, Les éditions Albouraq, Beyrouth, 1422/2001, p.112.

³² De este *hadith* se encuentran varias versiones, cuyo sentido siempre nos manda a la dignidad por el estudio y la investigación, puesta al mismo nivel del martirio, la más alta expresión de la fe. Según la doctrina religiosa, mientras en la tumba todos los musulmanes padecerán un interrogatorio, para verificar sus conocimientos del Islam, hecho por los dos ángeles, Munkar e Nakir, los mártires de la fe serán excluidos.

han objetado que este elogio a la ciencia se refiera a “la ciencia divina” (*‘ilm*) y que no ataca la ciencia profana. Pero la frontera entre las dos es porosa, si consideramos que por un lado es necesario el conocimiento de Dios para alcanzar todas las otras formas de conocimiento y por otro lado es necesaria una serie de conocimientos mundanos para comprender plenamente el mensaje coránico, como el conocimiento del idioma árabe, de la situación histórica y de la geografía de Arabia pre-islámica, de la historia bíblica, etc.

Al Ghazali, en *El Libro de la Ciencia* (*Kitab al-‘ilm*), nos recuerda muchas veces un hadith que viene de Abu Dharr: “Asistir a una reunión de ciencia tiene más valor que una oración de mil *raqa’a*, que visitar a mil enfermos, que participar en mil funerales (*janaza*)”. –Continúa Ghazali– “Preguntaron al Profeta ¿Es mejor que la lectura del Corán?” y él le respondió: “¿Cómo se puede comprender mejor el Corán, sin la ciencia?”³³.

En otra parte del *Libro de la Ciencia*, Ghazali subraya: “Los objetivos de las criaturas pueden estar conectados al mundo o estar conectados a la religión, entonces no hay disciplina (*mizân*) en la religión sin disciplina en la vida de este mundo, porque este es el lugar en donde se cultiva para la vida futura, es el instrumento a través del cual se puede alcanzar a Dios, poderoso y majestuoso”³⁴. Ghazali continúa diciendo: “Son las acciones de los hombres que dan a la vida de este mundo su orden (*intizâm*)”, y estas acciones se dividen en diferentes categorías, entre las que encontramos la agricultura, la construcción, la actividad textil, y “la política para la vida en sociedad”.

La religión, por otra parte, influenciaba la búsqueda en algunos sectores de la ciencia, como la astronomía, porque era necesario conocer la dirección de la Meca, hacia donde era necesario orientar la oración cinco veces al día, en cualquier lugar en donde nos encontrásemos; si consideramos que en el curso de un siglo desde la muerte de Muhammad, el Islam se extendió en vastos territorios que iban desde el Atlántico hasta el Indo, desde el norte de África hasta Afganistán, el problema matemático y astronómico, para definir la exacta colocación de la Meca, era bastante complicado de resolver.³⁵

Todavía hoy, está difundida la idea que toda la edad media, ha representado una especie de hueco negro para el desarrollo científico y tecnológico.

³³ Abu Hâmîd AL GHAZÂLÎ, *Le livre de la science*, La Ruche, Paris, 2001, pp. 38-39 p. 72.

³⁴ *Ivi*, p.52.

³⁵ Sobre el primer desarrollo de la ciencia árabe, se vea el primer capítulo del citado libro de Ahmed DJEBBAR, *Une histoire de la science arabe*.

Si esto es en gran parte válido para Europa, no vale para el mundo Islámico. “En realidad, durante más de 700 años la lengua internacional de la ciencia fue el Árabe”, como recuerda tantas veces Jim Al-Khabili en su interesante estudio, ya a partir del preámbulo. El libro se llama *Pathfinders* [Precursores]. *The Golden Age of Arabic Science*³⁶, para resaltar la influencia del pensamiento científico árabe y de sus aplicaciones en múltiples campos en la edad media cristiana y en la revolución científica, comenzada en el siglo XV con el Renacimiento.

Danielle Jacquart, ha escrito que “en oposición a la inmensa producción científica que han conocido los países musulmanes entre los siglos IX y XIV, la parte transmitida en latín al Occidente medieval, representa muy poco, en cantidad y en calidad. Pero a pesar de haber sido poca, ha constituido una contribución decisiva en el momento en el cual la ciencia europea comienza su desarrollo”³⁷.

El contexto histórico y cultural en el que tiene lugar el primer desarrollo de la ciencia, es el contexto islámico, con el inicio del programa de traducciones de las obras de autores griegos (que concernían a casi todos los ámbitos del saber de tipo humanístico y científico) en la Damasco del Califa abbaside Ma’ mun (831-833). En este período se asistió a una lucha entre los musulmanes de tradición mutazilita y los tradicionalistas: el racionalismo griego penetra en los debates individuales e inclusive en las discusiones teológicas³⁸. En particular por la lógica Aristotélica, como incluso del método lógico-filosófico, que se aplica hasta en el ámbito teológico: a partir de principios fundamentales como el de la unicidad de Dios, según el cual “Dios no genera y no es generado”, se argumenta en modo lógico deductivo, por ejemplo en la polémica anti-cristiana, método presente en forma elemental en el Corán³⁹.

³⁶ Jim AL-KHALILI, *Pathfinder: the golden age of arabic science*, Penguin Book Ltd., 2010.

³⁷ D. JACQUART, *L'épopée de la science arabe*, cit., p. 81.

³⁸ Cfr. A. DJEBBAR, en la citada entrevista, a propósito de “Ciencia y racionalidad” en el Islam; Souleymane BACHIR DIAGNE, in *Comment philosopher en Islam?*, Éditions Jimsaan, 2014, recurriendo al juego de palabras, titula el primer capítulo “Et comment ne pas philosopher?”, refiriéndose al hecho que, como se explica en el texto, hubiera sido imposible no utilizar el razonamiento y la reflexión filosófica, después de la muerte del Profeta, en consideración de los múltiples problemas de naturaleza práctica, y también religiosa que la *umma*, la comunidad de los creyente, habría tenido que enfrentar.

³⁹ Por ejemplo, AL-GHAZALI, en el libro XXXV, “La unicidad divina (*tawhîd*) y el abandono confiado (*tawakkul*)”, de su principal obra (*La revivificación de las ciencias religiosas*), argumenta las características de la unicidad divina, a través de un discurso lógico deductivo,

Uno de los mayores historiadores de la ciencia árabe señala que: “La herencia que la civilización árabe-musulmana recibió de la antigüedad griega, implica un importante corpus científico, pero también el discurso sobre la ciencia que es obra de los filósofos. Este componente epistemológico, tomado de los sabios árabes, se ha forjado en gran parte sus comportamientos. Los pueblos ‘más griegos’, en su actitud intelectual, después de los Griegos, han sido los del Imperio musulmán”.⁴⁰

La apertura, el interés, el estudio de gran parte de la herencia de la cultura griego-alejandrina, que se extendió en ambientes específicos en India, Persia y en el mundo bizantino, no es una constante en el mundo árabe y musulmán y en su milenaria historia. No una constante, sino más bien una actitud difundida, al menos en ciertas disciplinas, al recurso al método lógico, incluso en el período de crisis con la prevalencia de las tendencias más conservadoras. En 1068 en Toledo, Sa’id al-Andalusi, escribe la primera historia de la ciencia que haya sido jamás escrita, *Kitab Tabakat al-Umam*⁴¹; el autor además narra los eventos del Califa al-Hakam que durante los primeros años del siglo IV a. C. llevó a Andalucía desde Bagdad, desde Oriente y desde Egipto, las obras más importantes y raras que conciernen a la ciencia antigua y moderna.

Said al-Andalusi, agrega una cantidad de volúmenes superior a la que acumularon por mucho tiempo los soberanos abbasidi. Cuando el Califa al-Hakam murió, en el mes de *safar* del 366 a. H. (septiembre 976) fue proclamado su hijo Hisham, su heredero, pero el poder fue realmente ejercido por su *hajib* (primer ministro) Abu ‘Amir, ya que el joven califa aún era menor de edad. El regente hizo reunir todos los libros de la biblioteca de al-Hakam y después de haber hecho separar los libros que trataban de medicina, aritmética y de otras pocas disciplinas, hizo destruir todos los libros que trataban las ciencias antiguas, y por consiguiente, los que cultivaban estas disciplinas, en particular los filósofos, o las abandonaron o continuaron a estudiarlas a escondidas; hasta el final de la dinastías omeyas de España, cuando al inicio del siglo V de la Hégira se dio un renacimiento de las disciplinas y de los textos antiguos, la alternancia de períodos más o menos largos de interés y de apertura hacia el pasado y hacia otros pueblos y culturas, caracteriza no

a partir de la unicidad/exclusividad de Dios, que es el núcleo esencial del Islam y primera parte de la profesión de fe, *shahada*.

⁴⁰ A. DJEBBAR, *Une histoire de la science arabe*, cit., “Las ciencias y la racionalidad”.

⁴¹ Literalmente, *El libro de las clases de los pueblos*.

sólo el mundo islámico, árabe y no árabe, sino también la misma Europa que después de los largos siglos de la edad media cristiana, verá un nuevo nacimiento en el siglo XIV, también a través del renacimiento del interés por la antigüedad griega y romana, en múltiples campos, caracterizando en modo neto el Humanismo, incluso gracias a la contribución esencial de los “precursores”, en buena parte árabes y musulmanes, que en esa tradición en sentido humanístico supieron recuperar, interpretar, conservar y transmitir al mundo de su tiempo y a las generaciones futuras.

Otro de los motivos de la hostilidad hacia el Occidente, según Buruma y Margalit, viene representado por el “bienestar burgués”, visto como antítesis del héroe listo para el sacrificio; en realidad la actitud de hostilidad hacia lo que se percibe como el bienestar del mundo Occidental –Estados Unidos de América y Europa– se debe al hecho que este último es considerado como exclusivo y excluyente, resultado de políticas agresivas en el ámbito económico, político y militar, construido a costa de gran parte de los que han sido excluidos. El desarrollo industrial, tecnológico, científico y económico, alcanzado por Europa y los Estados Unidos, es considerado por la mayoría del mundo islámico un modelo y un objetivo a seguir, una conquista a lograr en un contexto humano y cultural gobernado por principios y valores islámicos. Pero este tipo de visión no considera que el desarrollo científico y tecnológico tanto en Europa como en los Estados Unidos, haya sido el resultado de una revolución cultural que ha durado al menos cuatro siglos, que ha mutado la actitud hacia la realidad natural humana de un punto de vista metodológico y axiológico⁴².

Por otro lado, a partir de la que en la cultura europea será considerada la primera oposición entre Europa y Oriente⁴³, es decir el enfrentamiento entre Grecia y Persia⁴⁴, será Asia la que aparecerá como una realidad caracterizada

⁴² Sobre la revolución tecnológica, véase un texto que ya es parte de los clásicos, de Arnold GEHLEN, *Die Seele im technischen Zeitalter*, Rowohlts Taschenbuch Verlag, Hamburg, 1957; sobre las características y sobre la historia del predominio del Occidente, D. R. HEADRICK, *Power over People. Technology, Environment and Western Imperialism, 1400 to the Present*, Princeton University Press, 2010.

⁴³ Santo MAZZARINO, *Fra Oriente e Occidente*, Rizzoli, Milano, 1989, p. 45: “Asia y Europa son los dos términos con los que generalmente designamos la antítesis Oriente-Occidente”.

⁴⁴ La elaboración ideológica de la contraposición entre Europa y Asia, como choque de civilizaciones y culturas diferentes, viene desde la guerra entre el imperio persiano, potencia continental que dominaba toda Asia y Grecia. Un texto en donde están presentes gran parte de los estereotipos con los que la imaginación europea y especialmente la “occidental” ha definido el oriente es: “Simbolica del potere imperiale in Oriente ed Occidente”, de Claudio

por la opulencia combinada con suavidad, falta de libertad y desigualdad social.

Incluso en un escrito atribuido a Hipócrates, *Peri aeron hydaton topon*, se sostiene que a causa de la posición, del clima, de las aguas, de la orografía prevalente, etc., se producen espontáneamente abundantes productos naturales, los hombres “están bien alimentados, son de hermoso aspecto, altísimos de estatura”⁴⁵. A pesar de que son “más civiles” que los Europeos⁴⁶, les falta “osadía y coraje” y son “menos belicosos que los europeos”⁴⁷.

A este tipo de hombre hermoso, civilizado, pero al mismo tiempo débil y servicial de un déspota, el Gran Rey, se opone otro hombre, el ciudadano de la libre *polis* griega, que vive en un contexto geográfico más áspero y difícil, menos uniforme, que genera hombres que se diferencian en el aspecto. Pero tal realidad, empuja a los hombres a reaccionar a las condiciones ambientales, y les forja el carácter y “de la fatiga y del trabajo nacen los actos de valor”⁴⁸. A partir de los datos geográficos y naturales, se da una interpretación psicológica e ideológica de la relación del hombre con el ambiente, añadiendo también el dato político/institucional, de la diferencia derivada del hecho de que, quien vive bajo instituciones libres como el hombre griego es más valiente y determinado, porque combate en defensa de su libertad y de sus intereses, a diferencia de los asiáticos que no aman “fatigar y morir por los [sus] patrones”⁴⁹, para obtener una victoria de la que se beneficiarán solo sus soberanos.

Como hemos visto anteriormente, en relación con aspectos fundamentales referidos a las relaciones entre el mundo musulmán y el llamado Occidente, los dos extremos de los dos ámbitos, aunque desde diferentes perspectivas, llegan a las mismas conclusiones, la primera de todas ellas la “incompatibilidad” entre los dos mundos. La lógica consecuencia de dicha distancia, si bien a menudo no declarada de manera explícita, es que mientras que Islam y Occidente continúen siendo lo que son será imposible la convivencia: o el Islam se reconduce hacia las categorías de la modernidad y

BONVECCHIO, en *Concezioni del diritto e diritti umani. Confronti Oriente -Occidente*, a cargo de A. Catania e L. Lombardi Vallauri, ESI, Napoli, 2000, p. 117 ss.

⁴⁵ HIPÓCRATES, *Peri aeron hydaton topon*, § 13.

⁴⁶ *Ivi* § 16.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ivi*, § 23.

⁴⁹ *Ivi* § 16.

de la democracia o el mundo occidental corre el serio riesgo de ser “islamizado” a través del *jihād* y/o la demografía⁵⁰.

Pero, ¿qué significa “democratizar” y/o modernizar el Islam? Existen por lo menos dos perspectivas, en última instancia convergentes, y a menudo reiteradas por los críticos del Islam: de un lado se sostiene que la sociedad musulmana no se puede reformar desde dentro, ya que está basada en una serie de principios dogmáticos y de praxis estratificadas a lo largo de siglos; de otro, se repite que para convivir con la democracia el Islam debe aceptar y aplicar la perspectiva laica, que confina la religión en la esfera privada del individuo, como una de las expresiones de su cultura y de sus elecciones. Se pretendería que las comunidades musulmanas de planeta recorrieran, al menos en lo referido a los resultados, el *iter* histórico de la Europa moderna, uno de cuyos resultados ha sido la visión laica. Se olvida, sin embargo, que el mundo musulmán no ha conocido las guerras de religión que conmovieron gran parte de la Europa septentrional y occidental de los siglos XVI y XVII, no ha conocido una reforma como la protestante (1517-1555), ni el cisma anglicano de 1534, ni el Edicto de Nantes, ni la Paz de Westfalia de 1648 que marcó el nacimiento de la idea moderna de tolerancia religiosa.

Reducir el Islam a la esfera privada del creyente es la opción que en Italia ha hecho suya Renzo Guolo en un libro, *L'Islam è compatibile con la democrazia?*, en el que se reduce la cuestión del encuentro entre dos realidades milenarias a la de la “compatibilidad”, es decir la de la adecuación de la primera –el Islam– a la segunda. La solución del problema parece obvia, vistas las premisas: si el grado de aceptabilidad del Islam por parte de Occidente depende de su nivel de conformidad con el mismo Occidente, parece evidente que para ser plenamente aceptado debe ser del todo compatible, es decir similar a la modernidad democrática, y de hecho al modelo del capitalismo liberal-democrático de matriz anglosajona, ya que en última instancia se trata de esto. La solución del problema de la “compatibilidad” del Islam con la democracia es la reducción de la religión en la esfera privada, como fuente de inspiración ideal. Convertirse, por tanto, en algo conforme al modelo

⁵⁰ “De acuerdo con las actuales proyecciones, en 2020 habrá 2.000 millones de musulmanes”, escribe ZANAZ en el último capítulo de *Sfida laica all'Islam*, sin decir de dónde vienen estas proyecciones, cuando se han hecho y sobre qué bases, visto que sobre el número exacto de musulmanes en nuestro planeta no existen cifras ciertas y compartidas; se oscila entre 1.000 y 1.500 millones.

occidental, adecuándose a las prácticas y a las modalidades a través de las que dicho modelo se ha afirmado. Por otra parte, la imagen que aparece en la cubierta del libro de Guolo es por sí misma significativa: el dibujo de una mujer completamente recubierta de un *burqa*, que en la mano izquierda tiene un libro (no se sabe bien si es un Corán o el texto del original con la fecha de la independencia de los Estados Unidos) y en la derecha levantada tiene una antorcha. Una parodia de la Estatua de la Libertad que se encuentra en la bahía de Manhattan, en Nueva York, un oximorón considerando que la figura que tiene los dos símbolos está completamente cubierta por el *burqa* y sobre los ojos tiene red similar a los barrotes de una prisión. Simbologías fáciles, no muy logradas y refinadas, pero efectivas, que parecen una inmediata y explícita respuesta a la pregunta planteada como título del libro⁵¹.

Que el Islam no sea reformable desde su interior es la tesis compartida tanto por los islamistas radicales que mantienen que el Islam no necesita cambios, no *debe* ser reformado, como por los paladines de Occidente para los cuales el Islam no *puede* ser reformado. Ambos planteamientos recurren a menudo al discurso sobre la *ijtihad*, el esfuerzo interpretativo, una de las fuentes del derecho islámico. Antes de abordar este tema, no obstante, quisiera referirme a una investigación llevada a cabo entre 2007 y 2011 por Gallup, que ha entrevistado decenas de miles de musulmanes de 35 países diferentes, con mayoría o con una fuerte presencia musulmana, cuyos resultados han sido comentados en un libro preparado por John Esposito y Dalia Mogahed con el título *Who speak for Islam? What a billions Muslims really Thinks*, publicado en 2007 por Gallup Press⁵².

De la encuesta, desarrollada mediante entrevistas de una hora, se deriva que una gran parte de los entrevistados ha ofrecido un juicio positivo sobre las sociedades democráticas de las que aprecian la libertad política, de expresión y de autodeterminación; al mismo tiempo, sin embargo, consideran la espiritualidad como una parte importante de su vida y no son favorables a una adopción integral de los modelos de democracia occidental. Cuando se ha preguntado a las mujeres musulmanas cuáles eran sus principales motivos de preocupación y sus aspiraciones, han respondido haciendo referencia a su situación económica y a la de sus familias, declarándose preocupadas por el futuro de sus propios hijos; se han declarado favorables a la paridad de géne-

⁵¹ R. GUOLO, *L'Islam è compatibile con la democrazia?*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

⁵² Existe una traducción italiana, con el título *Tutto quello che dovrete sapere dell'Islam e che nessuno ti ha mai raccontato*, New Compton Editori, Roma, 2009.

ro, con la esperanza de que una mejora de su situación, desde el punto de vista de los derechos civiles, de su papel social y del bienestar económico, tenga lugar en armonía con su contexto cultural, incluso a través de la *shari'a*, que se considera que puede ser empleada para mejorar la condición de las mujeres. El juicio que la mayoría de las mujeres musulmanas entrevistadas dan de las mujeres occidentales es dialéctico y en cierto sentido crítico, sobre todo frente a la “promiscuidad, a la pornografía, y al comportamiento indecente”⁵³.

Anteriormente recordaba que los extremistas del frente anti-islámico, y también del contrario, recurren a menudo al tema de la *ijtihad*⁵⁴. Michel Onfray y Hamid Zanaz, por ejemplo, sostienen ya en la introducción y en la premisa del libro *Sfida laica all'Islam* la imposibilidad de una “relectura contextualizada” del Corán (Onfray) o que “la *ijtihad* [es] en realidad sólo un reposicionamiento del islamismo” (Zanaz), en cuanto que ninguna (re)lectura del texto sagrado podría modificar su naturaleza objetivamente oscurantista. Así no se discute un cierto modo de interpretar el Corán, sino sus mismos principios; en realidad se toman algunas interpretaciones históricamente determinadas, conservadoras y reductivas, como si fueran las únicas legítimas y verdaderas. En otros términos, se niega que en la revelación se puedan obtener principios como aquellos que invitan a la misericordia, a la benevolencia, al respeto por todas las formas de vida, para privilegiar sólo algunas lecturas del Corán producidas en ciertos contextos históricos, por algunos intérpretes, y en ciertos ambientes. Una vez más hay que recordar que dicho método es el mismo que adopta el radicalismo político islamista, como en el caso de *Al-Qaeda*, donde los teólogos a menudo improvisados querrían legitimar como el “verdadero Islam” o el “Islam más puro” sus construcciones, presentando como doctrina única e históricamente constante y reconocida por el Islam sus teorías, a menudo construidas, como aparece en sus textos, mediante la incorporación de citas de diversos autores clásicos, citas descontextualizadas y utilizadas libremente. Un Islam “collage” recubierto de ideología.

El radicalismo político islámico en el tema de *ijtihad* se refiere a la denominada cuestión de la “puerta cerrada” de la *ijtihad*, sintetizada de esta manera por Joseph Schacht: “a partir del comienzo del cuarto siglo de la égi-

⁵³ El segundo capítulo del libro editado por Esposito y Mogahed se dedica al tema ¿Democracia o teocracia?; el cuarto tiene por título: “¿Qué quieren las mujeres?”. La cita se encuentra en las pp. 123-4 de la edición italiana.

⁵⁴ El esfuerzo interpretativo que los musulmanes deben hacer para recabar del Corán y de la tradición (*sunna*) las reglas de comportamiento que aparentemente no son evidentes, como también para aplicar en los diversos contextos históricos los principios de la revelación.

ra (hacia el 900 d. C.) los juristas de todas las escuelas tuvieron la clara conciencia de que todos los problemas esenciales se habían discutido de manera profunda y se habían resuelto de una vez por todas; se afirmó una noción de consenso tal capaz de impedir que alguno pudiera considerarse en posesión de los requisitos necesarios para desarrollar un razonamiento autónomo en el ámbito jurídico y toda la actividad futura fue entendida únicamente como explicación, aplicación y, como mucho, interpretación de una doctrina ya definitivamente elaborada⁵⁵. Parece no obstante evidente que la explicación, la aplicación y la interpretación de un dato, en cuanto pueda ser considerado cierto, implica un esfuerzo hermenéutico, sin considerar un aspecto esencial, pero a menudo olvidado, subrayado en su momento por Vittorio Frosini: "*in claris non fit interpretatio* es una expresión engañosa, por no decir hipócrita, ya que la atribución de claridad es en realidad un postulado interpretativo, sobre el que se construye la consecuencia de la ley; pero la verdadera claridad es siempre aquella que resulta de la interpretación, nunca es aquella que la precede"⁵⁶. A lo cual se añade que dicha interpretación, aunque considerada cierta y definitiva, se remonta a más de mil años, a la realidad de otro tiempo y otro mundo. Que por otra parte además la interpretación del texto sagrado y de la tradición nunca ha desaparecido a lo largo de los siglos, también en ocasiones en la forma de la interpretación considerada definitiva, es algo que ha sido confirmado por la realidad y por estudios muy documentados como el de Wael B. Allaq, *Was the gate of ijthihad closed?*⁵⁷. Así resume las conclusiones de su estudio: "This study has shown that in Islamic legal theory ijthihad was reckoned indispensable in legal matters because it was the only means by which Muslims could determine to what degree their acts were acceptable to God"⁵⁸.

No se puede dejar de interpretar, de la misma manera que no se puede dejar de vivir. Aunque las interpretaciones son siempre históricamente determinadas y por tanto deben ser situadas en su tiempo y en los contextos en los que han surgido, los principios que se toman como referencia no son meramente reconducibles al dato histórico. Si es lícito pensar que principios como la libertad, la igualdad y la autodeterminación, propios de la democra-

⁵⁵ J. SCHACHT, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, 1964, pp. 70-71.

⁵⁶ V. FROSINI, *Lezioni di Teoria dell'interpretazione giuridica*, Bulzoni Editore, Roma, 1991, p.8.

⁵⁷ Wael B. HALLAQ, "Was the gate of Ijthihad closed?", *International Journal of Middle East Studies*, vol. 16, núm. 1, Mar. 1984, pp. 3-41.

⁵⁸ *Ibid*, p. 33.

cia griega sean vitales y actuales más allá del tiempo y del contexto histórico en el que han nacido, no se ve por qué no habría que reconocer la espiritualidad y el valor de una religión que ofrece un modelo de vida, de conocimiento y de esperanza a tantos hombres y mujeres vecinos y contemporáneos nuestros. No se trata de promover un “razonable miedo” del Islam, sino de promover un conocimiento de esta religión, de esta civilización y de esta manera de vivir, libre de prejuicios y de lugares comunes. Considerando que el pasado puede formar parte de nuestro presente como patrimonio y como enseñanza, pero no debe constituir una cadena; parafraseando un dicho de Heráclito de Efeso, podríamos decir que “nuestro destino (*daimon*) está en nuestro carácter”, no en nuestro pasado.

ENRICO FERRI
Università degli Studi Niccolò Cusano
Via Don Carlo Gnocchi, 3.
00166-Roma
e-mail: enrferri@tiscali.it

EL DILEMA DE LAS CLÁUSULAS DE IRREVERSIBILIDAD EN EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL

THE DILEMMA OF THE CLAUSES OF IRREVERSIBILITY IN THE EXERCISE OF INDIVIDUAL AUTONOMY

LAURA MIRAUT MARTÍN

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Fecha de recepción: 29-1-14

Fecha de aceptación: 18-3-14

Resumen: *La autonomía individual se puede proyectar en la consolidación de situaciones que hagan imposible a su titular el ejercicio futuro de su capacidad de decisión. El problema adquiere matices diferentes en los supuestos de expresa asunción del compromiso intemporal de renuncia a la libertad, de disponibilidad de la vida por parte de su titular, haciendo de hecho inviable cualquier actuación subsiguiente, y de aprobación del establecimiento de cláusulas inamovibles en los textos constitucionales. La solución a adoptar requerirá en todo caso la activación de los mecanismos necesarios para que la decisión adoptada pueda considerarse libre de cualquier inducción por parte de otro individuo o del conjunto de la sociedad.*

Abstract: *Individual autonomy can be manifest in situations which render impossible the future exercise of the individual's decision-making capacity. The problem acquires various nuances in cases of expressing acceptance of time-limitless commitment of the surrendering of freedom, of suicide (thereby rendering non-viable any subsequent conduct) and of the approval of the establishing of non-removable clauses in the constitutional texts. The solution to be adopted will always require the activation of the necessary mechanisms so that the decision that has been reached can be considered free of any type of inducement by any other individual or by society in general.*

Palabras clave: libertad, compromiso, paternalismo, democracia, soberanía
Keywords: freedom, commitment, paternalism, democracy, sovereignty

1. INTRODUCCIÓN

El respeto a la autonomía individual se asume en nuestros días como enseña de los ordenamientos democráticos. La intervención paternalista sobre la autonomía individual únicamente se legitima en principio en los supuestos en que el sujeto resulta incompetente o produce su acción daño a terceros. Fuera de ellos el individuo se considera dueño y señor de sus decisiones. Se entiende que la no intromisión en las decisiones de un individuo que sólo a él atañen es una exigencia inmediata del valor de la libertad¹. La libertad puede, sin embargo, proyectarse en decisiones que imposibiliten el ejercicio futuro de la misma libertad. En esos casos el ejercicio actual de la libertad produce consecuencias en cierto modo antilibertarias. Es por eso que se discute su legitimidad. Los supuestos típicos son la enajenación de la capacidad futura de decisión y la disponibilidad de la vida por parte de su titular. En la medida en que el texto constitucional resulta de la participación de las voluntades de los ciudadanos del Estado que se van a ver a su vez vinculados por sus disposiciones hay que entender que las cláusulas pétreas de las Constituciones constituyen también, indirectamente, cláusulas de irreversibilidad de la autonomía individual.

2. LA ENAJENACIÓN DE LA CAPACIDAD FUTURA DE DECISIÓN INDIVIDUAL

Los casos en que puede considerarse comprometida la libertad futura de los ciudadanos constituyen una aplicación directa de la misma capacidad que a éstos se les reconoce para obligarse a realizar prestaciones a otras personas o entidades, generalmente, aunque no siempre, a cambio de una contraprestación llevada a cabo de manera directa o indirecta por sus beneficiarios. Si el hombre es libre hay que entender que lo es también para establecer acuerdos con otros individuos igualmente libres. Y que tales acuerdos si quieren ser eficaces habrán de resultar lógicamente obligatorios para las partes que los firman. La libertad no podría resultar dirigida en su sentido de manera que quedara excluido de su ámbito el compromiso de la actuación a favor de los intereses ajenos, a menos

¹ J. S. MILL, *Sobre la libertad*, trad. de P. de Azcárate, Alianza, Madrid, 1997, p. 72, plasma la idea indicando que “la única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro bien, por nuestro camino propio, en tanto no privemos a los demás del suyo o les impidamos esforzarse por conseguirlo”.

que su ejecución pudiera ocasionar un perjuicio a otros intereses de terceras personas, porque ello supondría negar su propia consistencia.

En este sentido hay que considerar que la limitación parcial de la libertad durante un determinado período de tiempo puede tener una plena justificación cuando la misma se produce precisamente en el ejercicio de su autonomía para decidir por sí mismo. Se limita la libertad, por lo demás, normalmente a cambio de una determinada prestación que se entiende que compensa de sobra la restricción que la referida obligación supone. A esta situación se refería John Stuart Mill cuando señalaba que: “La libertad del individuo en aquellas cosas que tan sólo a él conciernen implica una libertad análoga en un número cualquiera de individuos para regular por mutuo acuerdo las cosas en las que ellos, y sólo ellos, estén conjuntamente interesados. Esta cuestión no ofrece dificultad en tanto la voluntad de todas estas personas no sufra alteración; pero como esta voluntad puede cambiar, con frecuencia es necesario, aun en cosas que tan sólo a ellos interesan, que estas personas adquieran compromisos entre sí, y entonces es conveniente, como regla general, que estos compromisos sean cumplidos”².

Difícilmente podría, en efecto, funcionar la vida social sin la existencia de compromisos mutuos entre los individuos en pos de la consecución de objetivos comunes a las partes del contrato. La incapacidad del individuo para dar por sí mismo, sin ningún apoyo exterior, satisfacción a todas sus apetencias está en la base de la sociabilidad humana y del recurso continuo a acuerdos vinculantes con los demás. Estos compromisos pueden realizarse entre un número mayor o menor de individuos, hipotéticamente entre sólo dos personas. Puede así decirse que hay compromisos de interés social, en los que normalmente intervienen muchas personas obligándose a algo que permita alcanzar en mayor medida un bien colectivo, y compromisos de interés particular en los que el número de personas que se obligan a realizar una determinada conducta activa o pasiva, y con ello a experimentar la correspondiente restricción de su libertad, es bastante menor. En todo caso, la buena marcha de la vida social exige que los individuos cumplan con sus compromisos, cualquiera que sea la entidad social o particular de éstos, en igual medida en que cumplen con las disposiciones del propio orden jurídico. El compromiso entre los particulares se constituye en este sentido en una auténtica ley para ellos.

El problema surge cuando, por las razones que sean, el individuo adopta la decisión de comprometerse a la enajenación completa de su libertad estableciendo cláusulas de irreversibilidad que impidan el retorno en ningún

² *Ibidem*, p. 189.

momento a la posición originaria³. En este tipo de casos hay que considerar que lo que está en juego no es tanto el respeto a la voluntad del sujeto en el ejercicio actual de su libertad, sino la posibilidad de hacer ejercitable el mismo en el futuro, porque la ejecución del compromiso establecido implicaría necesariamente la renuncia a cualquier ejercicio posterior de su autonomía en el ámbito fijado al respecto. Nada puede excluir sin embargo que una persona que hoy en día esté dispuesta a abdicar por completo de su libertad entregándose absolutamente al dominio de otra o de otras personas sobre ella pueda en un momento posterior cambiar de opinión. Evidentemente, la legitimación que se pudiera dar al contrato de enajenación de su capacidad de actuación autónoma reduciría a la nada las posibilidades de experimentar un cambio de parecer semejante. Comprometería así de manera definitiva la esencia del libre desarrollo de la personalidad.

No puede entonces extrañar que incluso los autores que en mayor medida han abogado por la prioridad del principio de la autonomía individual frente a otro u otros valores relevantes mantengan muchas reservas en relación a la pretendida justificación de estos casos. No ya por el perjuicio que en sí ocasiona la temporal eliminación de nuestra libertad de acción, como por el establecimiento de cláusulas de irretroacción que hacen imposible su ejercicio en un momento posterior. El ejemplo más claro al respecto lo proporciona John Stuart Mill cuando señala que: “En éste, como en los más de los países civilizados, un compromiso por el cual una persona se vendiera, o consintiera en ser vendido, como esclavo, sería nulo y sin valor; ni la ley ni la opinión lo impondrían. El fundamento de una tal limitación del poder de voluntaria disposición del individuo sobre sí mismo es evidente, y se ve con toda claridad en este caso. El motivo para no intervenir, sino en beneficio de los demás, en los actos voluntarios de una persona, es el respeto a su libertad. Su voluntaria elección es garantía bastante de que lo que elige es deseable, o cuando menos soportable para él, y su beneficio está, en general, mejor asegurado, dejando de procurarse sus propios medios para conseguirlo. Pero vendiéndose como esclavo abdica de su libertad; abandona todo el uso futuro de ella para después de este único acto. Destruye, por consiguiente, en su propio caso, la razón que justifica que se le permita disponer de sí

³ La posible “racionalidad por medios indirectos” que vislumbra J. ELSTER, *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, trad. de J. J. Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 67, en la actitud de Ulises quedaría lógicamente limitada en una perspectiva global de la vida de las personas al elevar a su nivel máximo la inderogabilidad de las consecuencias de cualquier opción.

mismo. Deja de ser libre; y, en adelante, su posición es tal que no admite en su favor la presunción de que permanece voluntariamente en ella. El principio de libertad no puede exigir que una persona sea libre de no ser libre. No es libertad el poder de renunciar a la libertad"⁴.

El dramatismo de este tipo de situaciones queda considerablemente relativizado en los casos en que se estipula que el compromiso de enajenación de la libertad que pueda realizar el individuo tenga un carácter reversible. Sin que ello suponga por nuestra parte adoptar una respuesta puntual a este problema, hay que decir, no obstante, que en este tipo de situaciones la prohibición de la estipulación del contrato perdería el fundamento aludido. Son en efecto dos cosas muy diferentes el perjuicio objetivo que se pueda ocasionar a sí mismo un individuo con la enajenación completa de su libertad por un período en principio indefinido y el que deriva de la asunción por parte del propio individuo de una puntual limitación de su libertad que le permite volver a ejercitar su capacidad de desarrollo autónomo en un determinado ámbito que puede hipotéticamente ocupar toda su proyección vital.

Está claro que cualquier enajenación completa de la libertad del individuo, aun en los casos en los que la misma tiene un carácter estrictamente temporal, conlleva una situación preocupante desde la perspectiva de la acción individual y del mismo progreso social. Parece, en efecto, esgrimible que en este tipo de casos la enajenación temporal de la libertad podría colisionar de manera directa con determinados valores a los que comúnmente se concede una especial relevancia. Así, por ejemplo, el ejercicio de determinados derechos que se entienden irrenunciables, o las más elementales aplicaciones del orden moral vigente⁵. Con ello el problema encontraría su solución en el

⁴ J. S. MILL, *Sobre la libertad*, cit., p. 190.

⁵ Conviene no obstante evitar la salida fácil que supone la instrumentalización de una moral presuntamente compartida como cauce para la prohibición de posturas que pudieran vulnerarla. La tesis de la autoprotección social que refiere P. DEVLIN, *La imposición de la moral*, trad. de M. A. Ramiro, A. Rodríguez Liboreiro, M. Sosa, Dykinson, Madrid, 2010, al considerar a la moralidad común como una "necesidad social" (p. 73), de contenido por lo demás relativo al resultar "irrelevante el origen de la comunidad de ideas" (p. 71), encontró ya un fuerte contrapunto en los argumentos de H. L. A. HART, fundamentalmente expuestos en *Derecho, Libertad y Moralidad*, trad. de M. A. Ramiro, Dykinson, Madrid, 2006, que insistía entre otras cosas en la eventual conveniencia de la desaparición de sociedades que comparten determinadas pautas y creencias morales. Un análisis general de la polémica en J. MALEM, "De la imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart", *Isonomía*, núm. 4, abril 1996, pp. 6 y ss.; M. A. RAMIRO AVILÉS, "Prólogo a la edición castellana: A vueltas con el moralismo legal", en H. L. A. HART, *Derecho, Libertad y Moralidad*, cit., pp. 9 y ss., y A. RODRÍGUEZ

marco del balance entre los intereses en juego aludidos. Pero en ningún caso en la imposibilidad futura de llevar a efecto el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad individual.

Éste es el objeto del compromiso irreversible de enajenación de la libertad. No desde luego el del compromiso con cláusula de reversibilidad. En cualquier caso es un objeto que podría llegar a justificar, a nuestro entender, la prohibición del compromiso irreversible. El uso futuro de la libertad quedaría así preservado frente al hipotético ataque que pudiera derivarle de la acción puntual, libre y autónoma del mismo individuo. En la elección crítica planteada entre un ejercicio puntual de la libertad individual y la preservación de las condiciones indispensables para ese mismo ejercicio de la libertad por parte del individuo prevalecería el segundo factor. La limitación de la libertad ocasionada de ese modo sería el precio a pagar para garantizar el bien superior que representa la pervivencia de la capacidad de decisión.

Se trata de un argumento ciertamente replicable por parte del sujeto afectado, que podría argumentar que no tiene ningún interés en mantener esa capacidad de decisión, que lo único que le interesa es actuar libremente en el momento presente. Cabría alegar que la opción elegida supone dar preferencia a una representación etérea de la libertad frente al valor que en sí mismo representa el individuo, lo que no parece en principio conciliable con la fórmula de la autonomía individual. Habría que pensar que la autonomía individual presupone el respeto a cada una de las manifestaciones de un individuo que se entiende que es lo suficientemente juicioso y responsable como para poder decidir por sí mismo lo que en cada momento le interesa, cualesquiera fueran las consecuencias derivadas de ello para el ejercicio futuro de su libertad⁶.

Conforme a esta visión la preocupación de los demás por la preservación de la capacidad futura de decisión sería la disculpa para la adopción de actitudes paternalistas que le imponen al individuo una preconcepción

LIBOREIRO, "Patrick Devlin, Juez", en P. DEVLIN, *La imposición de la moral*, cit., pp. 12 y ss., espece. pp. 25-34. No podría en definitiva identificarse en la presunta contradicción con la moral compartida la razón para la prohibición de este tipo de actitudes, que, al contrario, deberían ser analizadas desde una perspectiva crítica que pusiera precisamente en cuestión la legitimidad de la moralidad compartida que se pretende legalizar.

⁶ El control de la capacidad presente del sujeto cobraría no obstante aquí un especial papel al encontrarnos en un supuesto de daño irremediable a que alude M. ALEMANY, *El paternalismo jurídico*, Iustel, Madrid, 2006, p. 424, cuando señala que "cuanto más irremediable sea el daño arriesgado, tanto mayor debe ser el grado de competencia requerida para permitir la conducta".

de lo que para él es bueno, de cuáles son sus intereses. En sentido contrario se podría también argumentar que no cabe autonomía individual cuando se destruye su misma posibilidad de ejercicio, que el ejercicio puntual de la autonomía debería siempre ceder frente a los innumerables ejercicios de la autonomía que puede desarrollar una voluntad que en el momento presente resulta impredecible, de la que ni siquiera puede controlar sus derroteros el propio sujeto que la sostiene. Es un dilema de difícil solución que ofrece buenas razones por las dos partes.

En esa situación una salida prudente sería optar por la solución que menos consecuencias desagradables pudiera hacer derivar al individuo en el peor de los casos, esto es, en el supuesto de que se inclinara su voluntad en el futuro por la ruptura del compromiso adquirido. Está claro que llegados a este punto el mal menor sería la limitación de la libertad que supone la prohibición de establecer compromisos de enajenación completa de la libertad con cláusula de irreversibilidad. Es éste sin embargo un argumento que de nuevo se iba a topar con la acusación de la visión del individuo como un ser irresponsable, incapaz de velar por sus propios intereses. Su desestimación no se iba a fundar en la inconveniencia de la apelación a la prudencia, sino en el fundamento en el que se asienta la actitud prudente que se reclama.

La prudencia puede adoptar no obstante otras formas diferentes, que podrán considerarse respetuosas con el principio de autonomía individual en tanto no impliquen una consideración prejuiciosa de la supuesta incapacidad del individuo para valorar responsablemente las consecuencias de sus actos. Es lo que sucede cuando fijamos nuestra atención en las circunstancias en que ha podido adoptar el individuo la decisión de enajenar de manera irreversible su libertad. Está claro que no se puede en principio excluir que esa enajenación represente un puntual ejercicio libre de su voluntad en el sentido más preciso del término. Pero tampoco puede excluirse la hipótesis contraria. Es más, la consideración del valor que la generalidad de las personas atribuye a la preservación de la capacidad de decisión futura del individuo llevaría a presumir esta última posibilidad.

La presunción para ser efectiva como criterio de decisión no puede sin embargo basarse en la consideración de que lo normal es que el sujeto actúe conforme a la tónica general. Cabe también pensar en un sujeto que se realiza a sí mismo precisamente pensando y actuando en sentido contrario a como lo hace la mayoría social. Ese ir contra corriente constituye uno de los signos distintivos de las personalidades fuertes. Resultaría en ese punto curioso que

se pretendiera limitar la libertad de un individuo en el aspecto que de manera más llamativa pone de manifiesto el signo distintivo de su personalidad.

Habría en cualquier caso que llamar la atención sobre el hecho del desequilibrio de las situaciones en que se encuentran normalmente los individuos en la vida social, esto es, en el entramado de relaciones en las que concurren los compromisos que se establecen entre ellos. Es un desequilibrio que obliga muchas veces a la parte más débil a establecer acuerdos que satisfacen parcialmente sus intereses con un coste muy alto que desde luego no estarían dispuestos a pagar si la situación originaria hubiera resultado paritaria con la de la parte contraria.

No podría en estos supuestos decirse que el compromiso adquirido representa un ejercicio de la capacidad de disposición autónoma del individuo. Todo lo contrario. Es un comportamiento inducido directamente por la parte más poderosa de la relación, que no ofrece otra salida al afectado que elegir entre una solución mala y otra peor para sus intereses. Se trataría de comprobar entonces si entramos en los supuestos de paternalismo éticamente justificado que identifica Ernesto Garzón Valdés en la promoción de la autonomía y la superación del déficit de igualdad⁷. La solución conforme al principio de autonomía individual no radicaría en asegurar el reinado de la decisión menos mala sino en garantizar una actuación pública dirigida a preservar el equilibrio de las partes que permita que la decisión de cada una de ellas resulte efectivamente libre. En los supuestos más graves la interferencia sobre la decisión del individuo podría representar una actuación favorable a su libertad en cuanto priva a la parte más poderosa de uno de los medios más efectivos de compulsión de la voluntad de la otra parte⁸.

Aquí sí que nos encontramos con un fundamento razonable apoyado en argumentos prudenciales en pro de la interdicción de la enajenación de la capacidad futura de decisión. La hipótesis de la voluntad fuerte que impone un sentido a la propia vida contradictorio con la tendencia social, hipótesis

⁷ E. GARZÓN VALDÉS, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", en *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 377.

⁸ Estaríamos en definitiva ante un supuesto de compulsión externa que reconoce M. A. RAMIRO AVILÉS, "A vueltas con el paternalismo jurídico", *Derechos y Libertades*, núm. 15, junio, 2006, p. 239, entre los metacriterios para establecer la incompetencia básica, en el que la persona "manifiesta unos deseos, fines y planes que no son expresión de su personalidad sino el resultado de una instrucción o presión social", aunque se trate de una presión relativamente inconsciente al individuo al insertarse en una organización del mundo firmemente establecida que puede resultar muy difícil imaginar de otro modo.

perfectamente respetable, cedería ante la posibilidad mucho más verosímil de que la decisión adoptada por el sujeto resultara en gran medida dirigida por la parte que iba a obtener el beneficio inmediato de la acción emprendida. El respeto a la voluntad individual que supone dar vía libre al compromiso que conllevan las cláusulas de irreversibilidad cede no tanto porque valga más la preservación de la capacidad de decisión futura que el ejercicio puntual de la libertad que conlleva su expresa renuncia, sino porque no hay garantías suficientes de que la decisión adoptada represente efectivamente ese puntual ejercicio de libertad, y no una decisión promovida, de manera directa o indirecta, por la otra parte. No existiendo garantías al respecto es más prudente desde luego asegurar esa capacidad de decisión futura restringiendo de hecho la capacidad de presión, que pueden llegar a ejercer quienes ocupan las posiciones de fuerza en el grupo social.

Conviene por otro lado escapar de la representación del problema de la enajenación plena de la libertad con cláusula de irreversibilidad en un esquema simple de relación bilateral en la que las dos partes ocupan una posición diferenciada en términos de capacidad real de decisión. El desequilibrio no se proyecta únicamente sobre las situaciones de los más directamente implicados en la relación. Se manifiesta sobre todo en una organización social discriminatoria en la que brilla por su ausencia el principio de igualdad de oportunidades. No siempre se puede identificar en exclusiva en las personas que pudieran beneficiarse de la correspondiente prestación la responsabilidad por la inducción del comportamiento indicado. La responsabilidad tiene normalmente un alcance mucho más general, comprometiendo a los pilares básicos de la estructura social.

La solución a adoptar en estas circunstancias sólo puede pasar por una acción pública que garantice la vigencia efectiva de los derechos de todos, en particular la de los derechos sociales a los que por su naturaleza subsistencial corresponde una mayor relevancia con vistas a la devolución del equilibrio perdido. Sólo entonces podríamos decir que las decisiones de cada miembro del grupo son decisiones libres⁹. Mientras tanto cobra pleno sentido la adopción de actitudes prudentes que, aun a costa de limitar puntualmente la libertad del sujeto en ciertos supuestos, eliminan de raíz la posibilidad de poner en marcha determinados instrumentos de compulsión de la voluntad del individuo de los que en otro caso dispondrían a su antojo los sectores sociales más favorecidos. No se trata de proponer una solución paternalista

⁹ Sería la mejor forma de hacer viable el “Estado de bienestar sin paternalismo” que reclama J. ELSTER, *Ulises y las sirenas*, cit., p. 145.

sino, muy al contrario, la que reclama la consideración material de las exigencias implicadas en el respeto al principio de autonomía individual.

Junto a este fundamento teórico de la prohibición del compromiso irreversible de enajenación de la libertad se ha esgrimido también una cierta interpretación del valor que representa la igualdad como principio rector de la vida social. Evidentemente, una sociedad compuesta por individuos libres y por otros que no lo son no podría considerarse una sociedad igualitaria. Los partidarios de la legitimidad de las cláusulas de irreversibilidad argumentarían no obstante que los individuos se encontraban en una situación de igualdad a la hora de decidir o no la enajenación irreversible de su libertad. La cuestión está entonces en decidir si ha de prevalecer el sentido formal del valor de la igualdad a la hora de adoptar la decisión o el sentido de la igualdad como resultado de esa misma decisión. Es ésta, sin embargo, como bien se ha dicho, una justificación complementaria, que, como tal, no menoscaba en lo más mínimo a la auténtica justificación de la enajenación irreversible de la libertad. Esto es, a la misma posibilidad del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad de cada uno.

3. LA DISPONIBILIDAD DE LA VIDA POR PARTE DE SU TITULAR

La disponibilidad de la vida constituye una forma radical de enajenación de la capacidad de decisión futura del individuo. En este caso no se necesita el establecimiento expreso de una cláusula de irreversibilidad de la decisión adoptada. El mismo acto de disposición implica una cláusula implícita, porque no va a existir una vez ejecutado posibilidad ninguna de volver a la posición inicial.

La preservación de la vida humana constituye en nuestros días un valor comúnmente asumido por las diferentes sociedades y por las instituciones que en las mismas conviven. Pero la existencia de ese sentimiento está muy lejos de justificar por sí sola la preservación obligatoria de la vida frente a la voluntad de un sujeto que siendo titular de su propia vida decide en un momento determinado darla por concluida. Que una persona o todas las personas que componen la comunidad social puedan sentir lástima ante la pérdida de una vida humana no legitima en absoluto la interferencia sobre la voluntad de su titular con el objetivo de intentar preservarla a toda costa.

Hay que acudir a otro tipo de argumentos que excedan a una consideración estrictamente sentimental del valor de la vida humana. Conviene a este respecto tener presente los tres sentidos diferentes en que puede considerar-

se valiosa a una entidad: podemos decir que una entidad es valiosa en un sentido subjetivo, instrumental o intrínseco¹⁰.

Se dice de una cosa que es valiosa en sentido personal o subjetivo cuando la misma resulta valiosa para una determinada persona, generalmente para quien ostenta su titularidad. Es éste el sentido más común que suele tener el carácter valioso que se predica de las cosas. Lo más normal es que las cosas tengan un determinado valor para su titular sin que los individuos que no tienen acceso a las mismas tengan mayor interés en relación a ellas. El interés se hace depender así, en alguna medida, de la titularidad de las cosas, porque las mismas resultan en principio indiferentes para quienes no pueden usarlas¹¹.

Decimos de una cosa que es valiosa en sentido instrumental cuando la misma resulta útil para la consecución de determinados objetivos. Puede a este respecto destacarse el carácter valioso de una cosa que, en sí misma considerada, carezca por completo de valor, pero que, sin embargo, adecuadamente utilizada, nos permita alcanzar fines estimables. Un ejemplo típico de cosa instrumentalmente valiosa son los medicamentos, que, careciendo de valor intrínseco, son sin embargo útiles para la obtención del fin deseable que representa la curación de las personas. Su utilidad en orden a la curación de las enfermedades constituye en este punto, precisamente, el valor instrumental de los medicamentos.

Por último, consideramos intrínsecamente valioso a un objeto cuando la valoración del mismo surge con independencia de la voluntad de las personas entendiéndose directamente determinada por su propia esencia. Es en este sentido un valor que trasciende a cualquier consideración personal o instrumental del mismo. No se excluye en este tipo de supuestos la valoración personal. Al fin y al cabo el carácter intrínseco del valor que se atribuye al objeto refiere un acuerdo de voluntades acerca de su propia calidad. Pero

¹⁰ R. DWORKIN, *El dominio de la vida*, trad. española de R. Caracciolo y V. Ferreres, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 94-95.

¹¹ Es posible, no obstante, distinguir una segunda acepción subjetiva del valor de una cosa, conforme a la cual la misma resultaría valiosa a una persona, y no a las demás, no tanto por la relación de dominio que pueda ésta tener sobre ella sino por otro tipo de vínculo personal que guardaría la misma con un determinado individuo. Así, un objeto sin valor material alguno puede tener un muy relevante valor sentimental para una persona, por haber pertenecido a un familiar suyo o por traerle recuerdos de una cierta situación. Obviamente, el valor personal o subjetivo varía también en función del aprecio que cada una de las personas pueda tener por las características definitorias de la cosa en cuestión.

esa misma conformidad general le sitúa en un ámbito exterior a la estricta perspectiva del sujeto atribuyéndole un significado que puede considerarse inmanente o constitutivo.

Con estas premisas se impone ante todo delimitar ¿qué tipo de valor representa la vida humana?, esto es, ¿en qué sentido puede considerarse a la vida humana como una entidad valiosa? Parece claro a este respecto que aunque pueda admitirse que la generalidad de los miembros de la comunidad social entienda a la vida humana como una entidad valiosa en los tres sentidos apuntados, la consideración de la misma como un valor que debe ser preservado adquiere unas tonalidades muy diferentes según se la entienda, siguiendo las indicaciones de Ronald Dworkin, como una entidad valiosa en sentido subjetivo, en sentido instrumental o en sentido intrínseco u objetivo.

El valor subjetivo o personal es el sentido que se toma en cuenta primordialmente cuando las Constituciones de los Estados o las Declaraciones internacionales de derechos recogen el derecho de cada individuo a la vida. Se entiende que las personas consideran normalmente a su propia vida como una entidad subjetivamente valiosa que se estima merecedora de la adecuada protección jurídica¹². Su positivación como derecho subjetivo vendría a dar forma jurídica al referido valor subjetivo.

Sin embargo, puede suceder, y de hecho sucede con mucha frecuencia, que ciertas personas entiendan a su propia vida como una entidad que ha dejado de ser valiosa para ellos, o que incluso se ha convertido en un mal que conviene eliminar a toda costa. Diremos en estos casos que nos encontramos ante supuestos en los que la vida no representa ningún valor subjetivo o personal para su titular. Son igualmente posibles, y se dan con frecuencia, casos intermedios en los que la vida tiene un valor personal o subjetivo reducido porque, aun constituyendo una entidad valiosa para el sujeto, éste la valora limitadamente, estando dispuesto a ponerla en juego con cierta facilidad. Evidentemente, con arreglo a este criterio cada vida humana tendrá un valor

¹² R. DWORKIN, *El dominio de la vida*, cit., p. 99: "Tratamos la vida de una persona como subjetivamente valiosa cuando medimos su valor para la persona misma, es decir, en términos de hasta qué punto quiere ella estar viva y hasta qué punto estar vivo es bueno para ella. Así pues, si decimos que la vida ha perdido su valor para alguien que está en la miseria o sufre mucho, estamos tratando esa vida en sentido subjetivo. Llamamos valor personal al valor subjetivo que una vida tiene para la persona de cuya vida se trata. Es este valor el que tenemos en mente cuando decimos que normalmente la vida es lo más importante que tiene una persona. Es este valor el que un gobierno intenta proteger, como de fundamental importancia, cuando reconoce y hace efectivo el derecho a la vida de las personas".

personal o subjetivo diferente en función del mayor o menor aprecio que de su preservación pueda realizar cada individuo.

Decimos finalmente que la vida humana constituye una entidad objetiva o intrínsecamente valiosa en la medida en la que se la considera acreedora de protección por lo que en sí misma representa, sin tener en cuenta su capacidad para la realización de objetivos relevantes ni la estima que su propio titular pueda tener de ella. Dado que en la perspectiva de esta concepción no se hace depender el valor de la vida humana de ninguna condición, considerándosela como fin en sí misma, no cabe hablar de diferenciaciones a la hora de valorar a cada una de las vidas. Todas ellas tienen un valor idéntico e indiscutible, puesto que su preservación constituye un imperativo que se impone como una auténtica evidencia ante los ojos de los miembros de la comunidad social. Así concebido, el concepto de valor objetivo o intrínseco de la vida humana se presenta como una realidad en cierto modo “misteriosa”¹³ cuya explicación se hace más patente en la medida en que dispongamos de un fundamento último al que podamos remitir la solución del problema que nos ocupa.

El cuestionamiento de la autoprivación y de la puesta en peligro de la vida propia se lleva a cabo normalmente sobre la base del valor subjetivo de la vida. Es muy común, en efecto, que se diga que la disponibilidad de la vida debe ceder ante el peso superior que se ha de reconocer al derecho a la vida. Este planteamiento representa una tergiversación del sentido del valor personal de la vida porque la consideración de la vida como un derecho subjetivo llevaría precisamente a la defensa de su disponibilidad por parte de su titular. Esta es la tesis que sostiene Ignacio Ara Pinilla cuando señala que: “La disponibilidad se ha objetado con argumentos de diferente calado. Un argumento simplista pero relativamente extendido apela a la vulneración del preeminente derecho a la vida que supuestamente representaría la disponibilidad. El derecho a la vida prevalecería siempre frente a cualquier pretendido derecho a la muerte. La inconsistencia del argumento se revela en la condición estructural del derecho (de cualquier derecho) como una posibilidad susceptible de ser ejecutada por su titular. No tendría sentido hablar de derecho a la muerte porque con ello no se estaría reivindicando otra cosa diferente a la posibilidad de no ejercitar, o, en su caso, ejercitar negativamente, la prerrogativa inherente al derecho a la vida. El mal llamado derecho a la muerte estaría implícito (en ningún caso se opondría) en el reconocimiento

¹³ *Ibidem*, p. 94.

del derecho a la vida”¹⁴. El argumento quedaba ya apuntado por Peter Singer al resaltar el aspecto volitivo inherente al derecho a la vida¹⁵. Es, no obstante, un argumento rechazado en parte por la jurisprudencia constitucional que ha insistido en la desvinculación entre el derecho a la vida y el presunto derecho a la muerte¹⁶. En cualquier caso el prestigio que en nuestros días ha adquirido la ideología de los derechos ha provocado la curiosa situación de que la tesis de la indisponibilidad de la vida se apunte en lo que en realidad constituiría una relevante razón para su desestimación¹⁷.

En favor de esa desvinculación se esgrime en general la idea de la inalienabilidad de los derechos fundamentales. Lo cierto es sin embargo que semejante tesis parte de una consideración desenfocada de lo que significa ser alienable, que atiende sobre todo a la idea de confiscación del contenido del derecho y no a la de la posible renuncia a su ejercicio. Es la tesis que defiende Carmen Juanatey, para quien el derecho a la vida “ha de entenderse como un derecho en un sentido inalienable, pero, al mismo tiempo, de libre disposición”¹⁸. La distinción entre los planos de la titularidad y del ejercicio

¹⁴ I. ARA PINILLA, “Los frentes abiertos del testamento vital”, en VV.AA., *Estudios de Filosofía del Derecho y Filosofía Política. Homenaje a Alberto Montoro Ballesteros*, Editum, Murcia, 2013, pp. 316-317.

¹⁵ P. SINGER, *Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional*, trad. de Y. Fontal Rueda, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 213-214: “Un derecho es algo que uno puede elegir ejercer o no... el aspecto más importante de tener derecho a la vida es que uno puede elegir si acogerse a él o no. Valoramos la protección que nos brinda el derecho a la vida sólo cuando queremos seguir viviendo. Nadie puede temer que le maten si lo pide de forma persistente, informada y autónoma”.

¹⁶ Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio de 1990, que en su fundamento jurídico 7 señala que “tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte... disponer sobre su propia muerte... constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo... no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte... la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho, sino simplemente manifestación de una libertad genérica”. Argumentos que se reiteran en el fundamento 5 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 137/1990, de 19 de julio de 1990.

¹⁷ R. CHUECA RODRÍGUEZ, “El marco constitucional del final de la vida”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, enero-abril, 2009, p. 115, señala que “Nos encontramos así paradójicamente ante un derecho fundamental que incluye en su contenido esencial una no-facultad, una prohibición, y, alternativamente, una habilitación a los poderes públicos para obligar a un ciudadano a ejercer un derecho cuyo objeto rechaza”.

¹⁸ C. JUANATEY DORADO, *Derecho, Suicidio y Eutanasia*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994, p. 373.

de los derechos permite en definitiva enfocar adecuadamente el problema de la disponibilidad de la vida como un supuesto de ejercicio puntual del derecho en cuestión.

Por más que resulte especialmente delicada la consideración del bien a preservar en la perspectiva de la dimensión subjetiva¹⁹, tendría mucho más sentido la propuesta de la indisponibilidad de la vida sobre la base de la consideración del valor objetivo de la vida bien en su dimensión religiosa o bien en su dimensión social, o bien en una fórmula que intentara aglutinar a ambas²⁰. El problema es que este supuesto valor objetivo se encuentra sometido a discusión. Por un lado, no todos los individuos tienen creencias religiosas, y además no todas las creencias religiosas coinciden en atribuir ese valor objetivo a la vida²¹. No faltan incluso doctrinas religiosas que promueven el sacrificio de la vida propia en pos de la realización de un determinado ideal que se supone más valioso²². Por otro lado, también la dimensión social del valor de la vida se presta a discusión. De hecho, muchas veces las personas deciden acabar con su vida al considerar el perjuicio social que en su opinión puede representar su preservación en términos de gastos médicos y de ocupación de tiempo y energía de sus familiares y demás personas que se han de ocupar de su cuidado. Desde una consideración más general se ha argumentado también que habiéndose alcanzado en la actualidad determinados niveles de superpoblación en ciertos lugares del planeta y no disponiéndose de bienes materiales suficientes para ni siquiera alimentar y atender en sus necesidades más perentorias a los habitantes presentes, las circunstancias sociales pueden aconsejar poner un límite al número de nacimientos al

¹⁹ L. M. DIEZ PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson, Civitas, Madrid, 2005, p. 216, destaca en el derecho a la vida la particularidad de que “toda violación del mismo tiene, por definición, carácter irreversible porque implica la desaparición del titular de la vida”.

²⁰ Es el caso de F. MANTOVANI, “Sobre el problema jurídico del suicidio”, trad. de J. Barquín Sanz, en C. ROXIN, F. MANTOVANI, J. BARQUÍN, M. OLMEDO, *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Comares, Granada, 2001, p. 82, quien hablará de una “coerción ideológica” a favor de la disponibilidad de la vida sobre la base del modelo “del hombre parcial, del hombre solo, privado de la alteridad que constituye el hombre completo, el ser humano integral”.

²¹ G. MENDES DE CARVALHO, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal. Estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de lege ferenda*, Comares, Granada, 2009, p. 92.

²² Eso no quita el trasfondo religioso que subyace a la idea de la santidad de la vida. P. SINGER, “Desacralizar la vida humana”, en *Desacralizar la vida humana. Ensayos sobre ética*, trad. de C. García Trevijano, Cátedra, Madrid, 2003, pp. 291-296, ha identificado precisamente en la descripción del elemento religioso irracional que acompaña al proceso de formación del principio de santidad de la vida la mejor razón para su desestimación.

menos en determinados núcleos sociales, lo que vendría a poner en cuestión la consideración de la vida humana como un bien instrumentalmente valioso para los demás. En cualquier caso, la representación del valor social de la vida resulta en principio difícilmente compatible con la impunidad de la tentativa de suicidio, a la vista del efecto disuasorio que pudiera provocar en los demás su castigo, y de las autolesiones dolosas graves que complican la realización por parte del individuo de las funciones sociales que se le presuponen²³. En definitiva, difícilmente compatible con el sentido general de los ordenamientos jurídicos de nuestro tiempo.

Habría que remitirse entonces a la idea del valor instrumental de la vida como soporte necesario de cualquier hipotético ejercicio de la autonomía individual²⁴, que, por lo demás, encontró pronta acogida en la jurisprudencia

²³ B. ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, "Sobre la disponibilidad de la vida", en C. GARCÍA VALDÉS, A. CUERDA RIEZU, M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, R. ALCACER GUIRAO, M. V. MARISCAL DE GANTE (coord.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 1.953 y ss., especte. pp. 1.964-1.972.

²⁴ Ésta es una consideración generalmente admitida en la doctrina constitucional. Así, por ejemplo, E. ALVAREZ CONDE, *Curso de Derecho Constitucional*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 2008, p. 387, para quien la vida constituye "el primero de todos los derechos fundamentales", afirmación común a I. MOLAS, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 303, y muchos más. O. ALZAGA, "Derechos y libertades individuales", en O. ALZAGA, I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, F. REVIRIEGO PICÓN, M. SALVADOR MARTÍNEZ, *Derecho Político Español según Constitución de 1978*, Vol. II, Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 73, lo considera "el derecho más fundamental de cuantos reconoce la Constitución y base de cualquier otro". J. C. BARTOLOMÉ CENZANOS, *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 211, hablará de "su carácter previo, su transcendencia como presupuesto del espíritu de los demás derechos fundamentales". Ese mismo carácter de presupuesto está presente, entre otros, en L. M. DIEZ PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pp. 215-216, que lo ve como "el soporte físico de todos los demás derechos fundamentales", en G. CÁMARA VILLAR, "Los derechos individuales", en F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.), *Introducción al Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 387, que lo considera como "un presupuesto sobre el que descansan todas las posibilidades de la libertad y el despliegue de la personalidad", en J. DE ESTEBAN, P. J. GONZÁLEZ TREVIJANO, *Tratado de D. Constitucional*, Vol. II, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2004, p. 39, que señalan que "desde un punto de vista lógico, el derecho a la vida es condición sine qua non para la existencia de los demás derechos fundamentales", o en J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 242, que lo entiende como el "presupuesto para el ejercicio de todos los demás derechos y libertades". Es una opinión asumida además por el Tribunal Constitucional español que ya en su sentencia 53/1985 hablaba de la vida como "el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible".

constitucional²⁵. La lógica del argumento es la misma que se esgrime en el caso de la enajenación de la capacidad futura de decisión del propio individuo. Este tipo de contrato es considerado por muchos condenable al entender que al margen de cualquier otro tipo de apreciaciones paternalistas el grupo social, bien a través de sus representantes o de los individuos en general, tiene no sólo el derecho sino también el deber de poner todos los medios a su alcance para impedir este tipo de situaciones. De igual modo, la disposición de nuestra propia vida en el hipotético ejercicio del libre desarrollo de la personalidad está de hecho impidiendo la posibilidad de ejercitar en el futuro nuestra libertad, lo que constituiría entonces, un motivo suficiente para interferir en la decisión que el individuo pueda tomar al respecto²⁶.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el caso de la enajenación de la capacidad futura de decisión, las situaciones en que está en juego la disponibilidad de la vida exigen también la consideración del valor subjetivo y del valor objetivo de la vida. Curiosamente, la consideración del valor subjetivo de la vida constituye el principal obstáculo a la regla general de la indisponibilidad que resultaría de la aplicación en exclusiva del valor instrumental de la vida. Se hace en este punto especialmente necesaria la realización de las condiciones económicas y sociales que pueden privar de sentido a la propia idea del contrato de enajenación de la capacidad futura de decisión del individuo²⁷. Su falta de realización explica la “presunción genérica de que el acto suicida no es suficientemente autónomo”, que hace en el caso del Estado “razonable que pretenda reflejar el especial interés de la sociedad en

Otra cosa es que se puedan o no deducir todas las consecuencias inherentes a esa aceptación generalizada en orden a la solución del problema que en este trabajo nos ocupa.

²⁵ Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril de 1985, que en su fundamento jurídico 3 considera el derecho a la vida como el “supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”.

²⁶ Es llamativo a este respecto que hay autores que entendiendo absolutamente ilegítima la celebración de compromisos voluntarios de esclavitud con cláusula de irreversibilidad, por afectar decisivamente a la posibilidad del ejercicio futuro de su libertad de opción, entiendan, sin embargo, condenable la interferencia del grupo social sobre la voluntad del individuo que decide directamente enajenar su vida. Parece que quienes así piensan entienden, otra cosa no tiene explicación, que más allá de la vida existe la posibilidad de tomar decisiones libres como ser vivo. Lo cual no resulta, desde luego, muy coherente.

²⁷ Se explica en este sentido la tendencia apuntada por C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 93, a trasladar el núcleo del problema de la disponibilidad de la vida desde el análisis de la posible reprochabilidad moral del comportamiento hasta el de la competencia, racionalidad, seriedad o libertad del propio acto de disposición.

valorar la vida de las demás personas, aunque ellas mismas no lo hagan”²⁸. Se trataría así de ofrecer una mayor base objetiva para que el individuo pueda reconocer un valor subjetivo real a su propia vida, eludiendo en la medida de lo posible los supuestos de colisión entre las distintas dimensiones del valor de la vida.

4. LAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES PÉTREAS

Las cláusulas pétreas de las Constituciones constituyen un compromiso irreversible para los votantes del texto constitucional. Estos asumen la indelegabilidad de la decisión adoptada en un momento determinado enajenando de manera definitiva en este punto su futura capacidad de decisión. La peculiaridad es por un lado que la enajenación de la capacidad de decisión no atiende tanto a materias que puedan interesar de manera particular al individuo como tal, sino que versa sobre cuestiones que afectan directamente a la propia organización social. Pero también que vincula igualmente a la capacidad de decisión de los sometidos al texto constitucional que no lo han votado afirmativamente. La cláusula de irreversibilidad compromete en este sentido al sujeto colectivo que asume el texto constitucional, aunque no todos los integrantes del mismo puedan estar conformes con su contenido, y se encuentra vinculado por sus disposiciones. Es un sujeto colectivo formado por individuos que se encuentran directamente involucrados por la norma establecida en la medida en que la integración en el grupo social presupone la aceptación general de las normas que regulan la convivencia, que en un sistema democrático resultan decididas por la mayoría.

Aquí el problema de la legitimidad de la mayoría para imponer su voluntad a la minoría tiene un significado especial, porque no se impone a la minoría una voluntad cualquiera sino la voluntad de que no pueda modificarse nunca la decisión adoptada, precisamente por constituir la expresión inmediata de la filosofía que inspira al orden constitucional. La autonomía individual no se ve afectada negativamente por el sometimiento a la regla colectiva aprobada por la mayoría, precisamente por ser la propia organización jurídica una condición para la realización pacífica de la libertad²⁹, sino

²⁸ A. RUÍZ MIGUEL, “Autonomía individual y derecho a la propia muerte”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 89, 2010, p. 30.

²⁹ L. HIERRO, “Qué derechos tenemos?”, *DOXA*, núm. 23, 2000, p. 361: “El primer límite de una libertad relacional, es decir, normativamente protegida en relación con los demás,

por el hecho de que los individuos se ven imposibilitados para modificar esa misma decisión colectiva, ni siquiera en el supuesto de que semejante modificación fuera reclamada por la mayoría social del momento.

Evidentemente, la incorporación de las cláusulas pétreas al texto constitucional deberá contar con el mayor respaldo social si no se quiere incurrir en una deslegitimación de entrada de su contenido. Pero ese respaldo no excluye el cuestionamiento de su justificación, porque no puede evitar que en un momento futuro los propios votantes del texto constitucional puedan cambiar de opinión. Por otra parte los miembros de la minoría social no se ven sólo sometidos a una norma que no han votado, sino que además pierden el estímulo que supone la posibilidad real de convencer a la mayoría de su hipotético error al aprobar el contenido del texto constitucional y de la necesidad por tanto de proceder a su modificación. No tendría sentido esforzarse por cambiar un texto que no hay posibilidad ninguna de derogar. La minoría no hace dejación de su capacidad de expresar libremente su opinión, pero es una opinión condenada desde el inicio a resultar jurídicamente irrelevante.

Las consecuencias de la aprobación de este tipo de cláusulas van por tanto más allá de lo que representa la privación a quien las aprueba de la posibilidad de ejercitar su autonomía en un sentido diferente al establecido en el primer momento, proyectándose de este modo en una cierta limitación del juego de la democracia. Los sistemas constitucionales que incorporan cláusulas pétreas no perderían su legitimidad democrática en cuanto son aprobados por la mayoría requerida para ello, pero sus efectos parecen a primera vista contrariar la lógica de la misma democracia. El compromiso de sus firmantes no sólo impide ejercer a todos los miembros del grupo en el futuro la autonomía personal que desarrollaron los votantes en el momento de la aprobación del texto constitucional, sino que deja sin sentido en ese ámbito concreto el funcionamiento de la discusión pública inherente a la democracia.

El compromiso adquiere incluso un alcance intergeneracional puesto que la pretensión de inderogabilidad de la cláusula pétrea contenida en el texto constitucional se proyecta en principio con carácter intemporal³⁰. Esto resulta aun más grave. El argumento contractualista que se esgrime para le-

es el de la igual libertad ajena". Es la paradoja de la libertad de que hablaba B. N. CARDOZO, *The Paradoxes of Legal Science*, Columbia University Press, New York, 1928, p. 94.

³⁰ Es lo que J. ELSTER, *Ulises y las sirenas*, cit., p. 159, considera "la paradoja de la democracia", al resaltar que "cada generación desea ser libre de atar a su sucesora, sin estar atada por sus predecesoras".

gitimar la imposición de la cláusula pétrea a los ciudadanos que rechazan su incorporación al texto constitucional no podría en ningún caso servir para legitimar su imposición a quienes ni siquiera existían en el momento de su aprobación. Aquí ni siquiera vale la ficción del contrato que implica el compromiso general de ajustarse a las reglas dispuestas por el grupo para el mejor desarrollo de la convivencia social. Los miembros de la mayoría enajenan en este sentido la capacidad de decisión de ellos mismos, la de los integrantes de la minoría contraria a la incorporación de la cláusula pétrea al texto constitucional y la de quienes no se encuentran en condiciones de plantearse de ninguna manera el sentido real del problema al no formar parte del núcleo de personas con derecho al voto en el momento de su aprobación. Hay que subrayar no obstante el muy diferente efecto restrictivo de cada situación.

La idea de la Constitución como sistema de autorrestricción, llevada a sus últimas consecuencias en el caso de las cláusulas pétreas, tiene un cierto fondo de razón que Jon Elster desarrolló con detalle en *Ulises y las sirenas*³¹, pero simplifica sobremanera la cuestión al eludir la consideración de las implicaciones reales de los mecanismos supuestamente autorre restrictivos³². Su posterior obra *Ulises desatado* afinará su sentido realista provocando un explícito cambio de actitud. La asunción de la idea de la política como actividad fundamentalmente dirigida a limitar al prójimo³³ le llevará a matizar el sentido de la Constitución como acto de restricción³⁴, consideración a la que no escapan tampoco las cláusulas pétreas. Así dirá que: “Ni siquiera éstas atan en sentido estricto, puesto que siempre queda la posibilidad de una acción extraconstitucional. El individuo que desea atarse a sí mismo puede confiar su voluntad a instituciones o fuerzas externas a su control, que le impidan cambiar de opinión. Pero nada hay externo a la sociedad, excepto el caso de precompromiso a través de instituciones internacionales con poderes ejecutivos... Pero ni siquie-

³¹ Ibidem, pp. 150-174.

³² El propio J. ELSTER denunciaba ya en *Ulises y las sirenas*, cit., p. 154, que frente a la interpretación de que las elecciones periódicas son “el método que tienen los electores, de atarse y de protegerse contra su propia impulsividad...”, en realidad para los políticos este sistema “constituye una tentación permanente de unir todas las medidas impopulares al comienzo del período electoral y las populares hacia el fin, con consecuencias subóptimas”, lo que sólo podría corregirse con un sistema de elecciones espaciadas al azar que él mismo considera “demasiado costoso” en algunos aspectos.

³³ J. ELSTER, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, trad. de J. Mundó, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 11.

³⁴ *Ibidem*, pp. 115 y 117: “Las Constituciones, más que ser actos de autorrestricción, pueden atar o restringir a los demás...”, y “pueden no atar”.

ra esta circunstancia puede hacer imposible actuar contra un precompromiso; sólo puede hacer que sea más costoso llevarlo a cabo"³⁵.

La extensión más allá del propio ámbito personal de quien toma la decisión de enajenar su capacidad futura de decisión con la incorporación de la cláusula pétrea parece en principio comprometer en mayor medida a la libertad individual de los demás. Las reservas frente a este tipo de cláusulas resultarían aparentemente justificadas en mayor medida que lo que puedan estar las que suscitan las cláusulas de irreversibilidad de la decisión individual y la disponibilidad de la vida. Pero no necesariamente es así. Todo dependerá del sentido pro o contra la libertad que pueda tener la cláusula pétrea. Una cláusula constitucional pétrea que imponga por ejemplo la indelegabilidad del régimen democrático, del voto secreto y universal, no podría entenderse que compromete la libertad futura de ninguno de los individuos afectados, ni la de la mayoría que impone su aprobación, ni la de la minoría que la rechaza, ni la de los ciudadanos que no pueden por razones generacionales intervenir en el proceso de deliberación que conduce a su incorporación al texto constitucional.

Es un supuesto que nada tiene que ver con el que representa el contrato de esclavitud o la pretendida disponibilidad de la vida por parte de su titular. La instauración de la cláusula pétrea en este caso no sólo no compromete la capacidad de decisión sino que constituye su garantía fundamental. Lo que está en juego aquí no es la legitimidad de la cláusula irreversible adoptada por la mayoría, sino la preservación de las condiciones que hacen posible el funcionamiento del régimen democrático.

Un juicio diferente merecen los supuestos de las cláusulas pétreas antilibertarias, que también se dan cita en muchos textos constitucionales. En ellos la renuncia a la libertad por parte de la propia mayoría que aprueba la cláusula pétrea habría que entender que se produce por encontrarse el individuo en una situación de necesidad o de especial debilidad para formar libremente sus juicios, esto es, en una situación en la que lo que falta es precisamente las condiciones materiales inherentes al juego de la democracia real. Situación que por eso mismo resulta injustificada moralmente y requiere ser modificada.

No puede considerarse su aprobación un ejercicio de la capacidad de decisión autónoma del individuo, sino, al contrario, una acción inducida por quien dispone del poder real en la sociedad dirigiendo a los ciudadanos en

³⁵ *Ibidem*, pp. 117-118.

un sentido contrario a sus intereses, fundamentalmente contrario al interés que a todos se supone en preservar la posibilidad futura de decidir libremente incluso el contenido diferente que se vaya a dar a la norma constitucional. La Constitución no puede representar un freno para la capacidad de decisión autónoma del individuo, sino que ha de crear las condiciones para que la misma pueda regir en toda su plenitud, aunque ello sea a costa de mantener la decisión relativa a la vigencia de las citadas condiciones fuera del ámbito de la decisión colectiva.

Habría que ir entonces a la remoción de las circunstancias de hecho desfavorables para el ejercicio real de la autonomía por parte del individuo que llevan a la adopción de una cláusula pétrea de ese tenor, deslegitimando su autoimposición por parte de quienes integran la mayoría favorable a su incorporación al texto constitucional. Y en mayor medida si cabe su imposición a quienes la rechazan y a quienes no disponen en el momento de su aprobación de la posibilidad de plantearse el problema, por razones intergeneracionales o de cualquier otro tipo. En el primer caso habría que entender que la idea de la mayoría favorable a la incorporación de la cláusula pétrea oculta en general la realidad de una mayoría que al no tener suficientemente garantizados sus derechos queda a merced en gran medida de quienes pueden dirigir por su desigual posición de fuerza en el grupo social el sentido de su actuación.

Sólo una sociedad regida por los derechos humanos podría considerarse capaz de hacer realidad el ideal democrático de la representación de la voluntad popular. Las cláusulas pétreas antilibertarias constituyen ya por ello un obstáculo a la realización del ideal. Un obstáculo que sólo puede entenderse autoimpuesto en una sociedad en la que el individuo se encuentra acomodado en la falta de libertad o en la libertad parcial que no le permite ir más allá tampoco en el planteamiento de sus objetivos como miembro del grupo social de las situaciones que experimenta como normales en la vida cotidiana. Si se admite que “los derechos humanos y la soberanía popular se presuponen mutuamente”³⁶ no podemos esperar ninguna decisión legítima, representativa de la voluntad del pueblo, donde sus integrantes no vean realizados sus derechos. Éste es el caso de las cláusulas pétreas antilibertarias, que colocan ya en la norma constitucional el primer problema para la realización del ideal que se le supone.

³⁶ J. HABERMAS, “Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana”, trad. de J. González Amuchastegui, *Derechos y Libertades*, núm. 3, 1994, p. 216.

Sucede lo contrario con las cláusulas que aseguran la vigencia del principio democrático. En este punto no hay que temer por el desfase intergeneracional entre la creación de la norma y su aplicación a un grupo social desvinculado del proceso de su producción. Al revés, es éste el mejor don que pueden recibir las sucesivas generaciones de sus predecesoras. Una forma de garantizar el sentido de la ley al servicio de la libertad, aun de la de quienes no tuvieron ocasión de legitimar formalmente el proceso de su elaboración.

5. CONCLUSIÓN

Los tres supuestos examinados merecen un juicio de valor muy diferente. La enajenación de la capacidad futura de decisión ha de ser reprobada porque atenta contra el fundamento mismo de la libertad que supuestamente pone en acción el individuo cuando decide enajenar su capacidad futura de decisión. Esta misma circunstancia concurre en el caso de la disponibilidad de la vida. Pero en este último caso el juicio deberá ser ponderado tomando en cuenta, junto al indiscutible valor instrumental de la vida, los datos relativos al valor objetivo y sobre todo al valor subjetivo de la misma, que no necesariamente arrojan un saldo positivo. La valoración de las cláusulas pétreas contenidas en los textos constitucionales dependerá directamente del sentido pro o contra la libertad de las mismas, admitiéndose en el primer caso por lo que tienen de preservación de las condiciones del juego democrático en el que la libertad encuentra su ámbito natural de actuación.

Laura Miraut Martín
*Facultad de Ciencias Jurídicas
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
C/ Saulo Torón s/n, Campus de Tafira
35017 – Las Palmas de Gran Canaria
e-mail: lmiraut@dcjb.ulpgc.es*

LA SALUD COMO DERECHO EN ESPAÑA: REFORMAS EN UN CONTEXTO DE CRISIS ECONÓMICA*

HEALTH AS A RIGHT IN SPAIN: REFORMS IN A CONTEXT OF ECONOMIC CRISIS

ÁNGELES SOLANES CORELLA
Universitat de València

Fecha de recepción: 16-7-13

Fecha de aceptación: 7-10-13

Resumen: *La salud se concreta en numerosos tratados internacionales como un derecho humano esencial por su estricta vinculación a la dignidad humana. Es, además, uno de los derechos sociales que por antonomasia evidencia la función de los modernos Estados de Bienestar. Desde esa importancia capital, este artículo se centra en el contexto español actual para valorar la concepción normativa de la salud como un auténtico derecho, incidiendo en las consecuencias prácticas de la misma. El análisis de cuestiones como el acceso a la asistencia sanitaria, desde los parámetros de universalidad y gratuidad; o la calidad de ésta, nos sirve para evaluar el presente y proyectar alternativas de futuro.*

Abstract: *Health is defined in various international treaties as a fundamental human right, which is essential to its close relationship with human dignity. Furthermore, it is one of the social rights which characteristically demonstrates the purpose of modern Welfare States. This article focuses on the current situation in Spain in order to assess the legal regulations of health as basic right, concentrating on the practical consequences. The analysis of issues such as access and quality to free universal medical assistance helps us to evaluate the current situation and propose alternatives for the future.*

* Este artículo se enmarca en el proyecto Consolider Ingenio *El tiempo de los derechos* CSD-2008-00007, financiado por el Ministerio de Educación; y el proyecto I+D+i *Derechos humanos, sociedades multiculturales y conflictos*, del Ministerio de Economía y Competitividad DER 2012-31771.

Palabras clave: derechos humanos, derechos sociales, salud
Keywords: human rights, social rights, health

1. MARCO LEGAL: LA SALUD COMO DERECHO SOCIAL

En el ámbito internacional, diferentes disposiciones concretan el reconocimiento, acceso y garantía de la salud como uno de los derechos humanos directamente vinculado con la dignidad humana¹. Dentro de éstos se cataloga entre los derechos sociales, junto a la educación o la vivienda, cuya universalidad como exigencia normativa no es renunciable a pesar de que ésta no se haya conseguido o de que no deje de aumentar el contraste abismal entre la aspiración a la misma y el panorama social de realidades como la española².

Desde la configuración de la salud como derecho humano, es relevante señalar que España ha ratificado el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado en Nueva York el 10 de diciembre de 2008, el cual entró en vigor en mayo de 2013³. Este instrumento es fundamental en la evaluación y supervisión del respeto a tales derechos, entre ellos el de la salud, por los Estados parte, permitiendo la presentación de quejas ante Naciones Unidas por vulneraciones y recordando la exigibilidad de es-

¹ Este derecho se recoge en el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y su desarrollo en la Observación General número 14; los artículos 11, 13 y 19.2 de la Carta Social Europea; y los artículos 31.3 y 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Fuera del sistema europeo, destaca el artículo XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, los artículos 11, 15. 3 b y 17 del Protocolo de San Salvador, y los artículos 11 y 16 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos. Vid. G. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002; J. ANSUATEGUI, "Derechos humanos: entre la universalidad y la diversidad", en E. RUIZ y G. URRUTIA (eds.), *Derechos Humanos en contextos multiculturales ¿Acomodo de derechos o derechos de acomodo?*, Alberdaina, Donosti, 2010, pp. 23-39; y M. C. BARRANCO, *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 47, Madrid, 2011, p. 11.

² J. DE LUCAS, "Los derechos sociales en tiempos difíciles. (Para una discusión genuinamente radical de los derechos sociales)", en V. ZAPATERO y M. I. GARRIDO (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de justicia*, Cuadernos de Democracia y Derechos Humanos, núm. 1, Universidad de Alcalá, 2009, pp. 167-199, p. 171 y M. CARBONELL, "El derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos: las observaciones generales de la ONU", en Ch. COURTIS y R. ÁVILA, *La protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, 2009, pp. 173-189.

³ BOE de 25 de febrero de 2013.

tos derechos⁴. La ratificación de este Protocolo puede interpretarse como una asunción por parte del legislador de nuevas obligaciones, o de mayores garantías, en relación a los derechos sociales, como un gesto de reconocimiento de la relevancia de los tales derechos sociales en tanto que derechos humanos⁵.

Asimismo hay que tomar en consideración, para el aseguramiento de la salud como un derecho, en aras de adoptar medidas de implementación, los informes presentados ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) así como las recomendaciones al Estado Parte en forma de observaciones finales, los informes periódicos del relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, los informes de la Organización Mundial de la Salud, y las disposiciones internacionales que abordan aspectos puntuales relacionados con este derecho.

El Comité DESC ha interpretado el derecho a la salud como un derecho inclusivo que no comprende solamente la atención oportuna y adecuada de la salud, sino también otros factores como el acceso al agua potable, el suministro adecuado de alimentos en buen estado, una vivienda digna, condiciones sanas en el trabajo, un medio ambiente saludable y el acceso a la educación sobre cuestiones relacionadas con la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante destacado por dicho Comité es la necesidad de que la población participe en todo el proceso de toma de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud⁶. Todos los Estados partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan esos derechos. En cumplimiento de dicha obligación, España presentó el quinto informe periódico que recoge las novedades legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole adoptadas desde el 2004 al 2009⁷. El Comité DESC examinó dicho informe y aprobó las observaciones finales en mayo de 2012 a las que se hará referencia a lo largo de la exposición para contrastar la práctica española con las exigencias de los estándares internacionales de derechos humanos⁸.

⁴ V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 19-64.

⁵ M. J. ANÓN, "Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010 pp. 15-41, p. 41; y G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

⁶ Comité DESC, Observación General nº 14 "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud" (artículo 12), 22º período de sesiones, 2000.

⁷ E/C.12/ESP/5, 31 de enero de 2011.

⁸ Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 48º período de sesiones 30 de abril a 18 de mayo de 2012, *Examen de los informes presentados*

En la dimensión nacional, el artículo 43 de la Constitución establece el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria de los ciudadanos, encomendando para ello a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Por su parte el artículo 51 de la Constitución, consagrada la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

Desde estas directrices constitucionales la salud ha sido entendida como un derecho a recibir cuidados sanitarios frente a la enfermedad, lo que ahonda tanto en la protección de la misma como en la asistencia sanitaria. Este derecho, aunque no esté expresamente incluido entre los principios rectores de la política social y económica se encuentra recogido en un precepto constitucional que como tal ha de informar el conjunto de la legislación positiva y la actuación de los poderes públicos en todos los niveles, de tal forma que éstos quedan obligados a llevar a cabo las actuaciones necesarias para hacerlo efectivo⁹.

Esto no significa que del artículo 43 de la Constitución pueda derivarse una especie de “derecho a estar sano toda la vida” y una correlativa obligación jurídica de resultado de los poderes públicos lo que sería, como en el caso de otros derechos sociales, absurdo. Pero sí la exigencia de prestaciones (de hacer y de no hacer) a los poderes públicos y de implementación de políticas públicas que permitan hacer efectivo y garantizar el derecho¹⁰. Todo ello desde una visión de los derechos humanos no compartimentada¹¹.

por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/ESP/CO/5, 6 de junio de 2012.

⁹ F. GARRIDO, “Comentario al artículo 43”, en VV. AA., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 789-791; S. MUÑOZ, *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza, Madrid, 1995, pp. 96-98; J. PEMÁN, “Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud”, *Derecho y Salud*, vol. 16., núm. 2, 2008, pp. 29-62; R. FERNÁNDEZ, “Dimensión del derecho a la protección a la salud: su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC)”, *Derecho y Salud*, vol. 19, núm. extra 1, 2010, pp. 11-30, y C. LEMA, *Salud, justicia, derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 67-69.

¹⁰ J. PONCE, *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Pública, Colección Monografías, Madrid, 2013, pp. 38-39.

¹¹ J. ANSUATEGUI, “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en V. ZAPATERO y M. I. GARRIDO (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de justicia, Cuadernos de Democracia y Derechos Humanos*, cit., pp. 143-163; y M. J. AÑÓN, “Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartimentada”, en VV. AA. *Teorías de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. III, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 21-43.

A partir de estas coordenadas, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, estableció como uno de sus ejes centrales, en su artículo 3, que el sistema sanitario se orientase prioritariamente hacia la prevención y la promoción de la salud, estableciendo las bases para la universalización de la asistencia sanitaria. La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, así como la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, a través de su disposición adicional sexta, complementaron la Ley 14/1986. Dicha norma de 2003 estableció entre los principios informadores el de la financiación pública del Sistema Nacional de Salud de acuerdo con el vigente sistema de financiación autonómica plasmado, en sus términos fundamentales, en la Ley 22/2009, de 18 de diciembre. Precisamente con esta norma se considera cumplida la medida 138 del I Plan Nacional de Derechos Humanos del Estado Español, según su evaluación en noviembre de 2012¹². Del conjunto de estas previsiones normativas se desprende que los principios de universalidad y financiación pública configuran el Sistema Nacional de Salud en España¹³.

Una de las previsiones legislativas de mayor impacto en los últimos años ha sido el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. El objetivo teórico básico de esta disposición es intentar garantizar el futuro del Sistema Nacional de Salud que se encuentra, según su preámbulo, "en una situación de grave dificultad económica sin precedentes desde su creación". Ello como consecuencia de medidas, entre otras, como la ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento en todo el territorio nacional, el crecimiento desigual en las prestaciones del catálogo, la falta de adecuación de algunas de ellas a la realidad socioeconómica y la propia falta de rigor y énfasis en la eficiencia del sistema. Así se reconoce que se ha perdido eficacia en la gestión de los recursos disponibles, lo que se ha traducido en una alta morosidad y en un insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias¹⁴.

El Real Decreto-ley 16/2012, generó una gran polémica y ha sido recurrido por inconstitucionalidad por las Comunidades Autónomas de Andalucía,

¹² *Plan de Derechos Humanos, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de diciembre de 2008, y su Informe de Evaluación de noviembre de 2012.*

¹³ J. REY, *Una nueva Ley General de Sanidad para sostener el Sistema Nacional de Salud*, Fundación Alternativas, Madrid, 173/2011.

¹⁴ Tribunal de Cuentas, *Informe de Fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos Comunitarios y Convenios Internacionales de la Seguridad Social*, nº 937, 29 de marzo de 2012. Disponible en <http://www.tcu.es>

Navarra, y el Principado de Asturias¹⁵. Por otra parte, el Defensor del Pueblo optó por no presentar recurso de inconstitucionalidad al no encontrar fundamentos jurídicos suficientes para ello, aunque hace cinco recomendaciones al Ministerio de Sanidad para el mejor funcionamiento del sistema sanitario español¹⁶. En todo caso, el Defensor del Pueblo deja constancia del impacto de esta norma al señalar que entre el 8 y el 20 de mayo de 2012 tuvieron entrada en dicha institución 80 escritos en los que se le solicitaba que interpusiera recurso de inconstitucionalidad¹⁷.

El Real Decreto-ley 16/2012 se completa con el Real Decreto 1192/2012. Este segundo regula, entre otras cuestiones: la condición de persona asegurada y de beneficiaria a efectos del derecho a la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud; y el procedimiento para el reconocimiento de la condición de persona asegurada y beneficiaria por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, del Instituto Social de la Marina, estableciéndose igualmente el control y la extinción de dicha condición a efectos del derecho a la asistencia sanitaria pública.

Por tanto, todas las personas que ostenten la condición de aseguradas o de beneficiarias tendrán garantizada la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, la cual se

¹⁵ Recurso de inconstitucionalidad n.º 4585-2012, contra los artículos 1. uno y dos; 4. uno y cuatro y 10. cuatro y cinco del Real Decreto-ley 16/2012, BOE 21 de septiembre de 2012; Recurso de inconstitucionalidad n.º 4123-2012, contra el art. 1. uno y, por conexión, 1. dos; 2. dos, tres y cinco; 4. doce, trece y catorce y disposición adicional tercera y transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012, BOE 24 de julio de 2012; y Recurso de inconstitucionalidad n.º 4530-2012, contra el artículo 10.4 del Real Decreto-ley 16/2012, BOE 21 de septiembre de 2012. Vid. C. APRELL, "El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: los efectos del real decreto-ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 32, 2013, p. 4.

¹⁶ Defensor del Pueblo, *Resolución de la Defensora del Pueblo (e.f.) con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones*, 20 de julio de 2012 (incluye Recomendación 82/2012). Disponible en (consultado el 25 de febrero de 2013):

<http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Recursos/inconstitucionalidad/PDFs/Resolucion.pdf>

¹⁷ Defensor del Pueblo, *Informe Anual a las Cortes Generales 2012*, p. 67. Disponible en (consultado el 26 de marzo de 2013):

http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/Informe_2012.pdf

hará efectiva por las administraciones sanitarias competentes mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual. La Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, establece que aquellas personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud podrán obtener, siempre que no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título, la prestación de asistencia sanitaria mediante la suscripción de un convenio especial cuyos requisitos básicos quedaban diferidos a su regulación por orden de la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

De enorme importancia es también la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 que ha incluido una disposición que establece que las personas desempleadas sin derecho a prestación ni subsidio de desempleo perderán el derecho a la Sanidad Pública española si están 3 meses fuera del Estado español¹⁸.

En este contexto normativo, y aún admitiendo que la situación sea tal como la describe el mencionado Real Decreto-ley 16/2012, lo cual es cuestionable, las medidas arbitradas suponen un ataque frontal al derecho a la salud, especialmente a las bases para la universalización del mismo. Desde la consideración de la salud como un derecho humano, este trabajo pretende ofrecer una panorámica crítica acerca de lo que suponen las actuales previsiones normativas en el acceso a la asistencia sanitaria, desde los parámetros de universalidad y gratuidad; y cómo han impactado en la calidad de ésta a través de los servicios que se prestan desde las diferentes Comunidades Autónomas, agravando problemas como el de las listas de espera, y como se han redefinido las prestaciones farmacéuticas. Todo ello sirve para evaluar el presente, dejando constancia de la inadmisibilidad de medidas de carácter regresivo cuya justificación sea dudosa, y enfatizar la necesidad de proyectar alternativas de futuro que apuesten por alcanzar la meta de la universalidad.

2. ACCESO A LA ASISTENCIA SANITARIA

Desde los parámetros constitucionales y legales indicados, el Sistema Nacional de Salud articula el conjunto coordinado de los servicios de salud de la Administración del Estado y los servicios de salud de las Comunidades Autónomas que integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que son

¹⁸ BOE de 26 de diciembre de 2013.

responsabilidad de los poderes públicos¹⁹. La distribución de competencias en un Estado descentralizado como el español, es fundamental para entender el acceso a la sanidad pública y por tanto al ejercicio y garantía del derecho a la salud desde las directrices de universalidad y gratuidad²⁰.

Para entrar a valorar el ejercicio y garantía del derecho a la salud en España el primer obstáculo, entre muchos otros, es el hecho de que las estadísticas y los datos oficiales de los distintos Ministerios y Administraciones autonómicas implicadas, se presentan con un importante desfase temporal, lo cual en el momento actual tiene una gran trascendencia para el conocimiento de la situación real. En efecto, habiéndose realizado los cambios normativos de mayor calado en el año 2012, las estadísticas e indicadores clave más recientes han sido presentados en marzo de 2013 respecto al año 2011, por tanto, no reflejan el impacto del 2012²¹. En los últimos años la sanidad ha sido una de las áreas de interés por parte de los ciudadanos que la identifican entre los primeros problemas²².

Básicamente desde la perspectiva de la equidad, entendida como el acceso a las prestaciones y el derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio y libre circulación de todos los ciudadanos, algunas de las carencias que se ha puesto en evidencia se focalizan en la universalidad del sistema. Sobre estas cuestiones el Defensor del Pueblo ha emitido en los últimos años diversas recomendaciones a las administraciones públicas, relativas a la extensión del derecho a la asistencia sanitaria pública a la totalidad de la población residente en España, insistiendo en la necesidad de impulsar una reforma legal que fijara la asistencia sanitaria como un derecho público subjetivo, personal y no contributivo²³.

¹⁹ J. J. SOLOZABAL, *Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico*, Fundación Alternativas, Madrid, 89/2006.

²⁰ S. MUÑOZ, "La cohesión del Sistema Nacional de Salud", *Derecho y Salud*, vol. 12, núm. extra 1, 2004, pp. 15-24; J. PEMÁN, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Comares, Granada, 2005, pp. 14-16 y F. SEVILLA, *La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social*, Fundación Alternativas, Madrid, 86/2006.

²¹ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, *Informe Anual del Sistema Nacional de Salud, 2011*, Ratificado por el Pleno del Consejo Interterritorial celebrado el 21 de marzo de 2013 y publicado el 27 de marzo de 2013. Disponible en (consultado el 4 de abril de 2013):

<http://www.msc.es/estadEstudios/estadisticas/sisInfSanSNS/tablasEstadisticas/InfAnSNS.htm>

²² CIS, Centro de Investigaciones Sociológicas, Barómetro de Junio de 2013, Disponible en (consultado el 2 de julio de 2013): http://datos.cis.es/pdf/Es2990mar_A.pdf p. 7

²³ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2012*, cit., p. 204.

Las previsiones legales introducidas por el Real Decreto-ley 16/2012 y completadas por el Real Decreto 1192/2012, al concretar el concepto de “asegurado”, han estrechado el lazo entre el derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita y el sistema contributivo de la Seguridad Social. Esta situación no deja de ser preocupante en la medida en que se aleja del sistema de financiación sanitaria universalista, que desde 1999 no se apoya exclusivamente en las cotizaciones sociales vinculadas al trabajo sino en la carga tributaria soportada por todos los contribuyentes, ya que la Ley 24/1997, de 15 de julio de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social estableció la separación y clarificación de las fuentes de financiación de la Seguridad Social, y la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1999, consagró la separación de las fuentes de financiación de la asistencia sanitaria coordinada por el Instituto Nacional de Salud, dando así cumplimiento a uno de los acuerdos alcanzados en los Pactos de Toledo. La universalidad y gratuidad del sistema público sanitario deben conectarse con la idea de que el gasto que conlleva se sostiene por el conjunto de los administrados, de acuerdo con su capacidad económica y mediante un sistema tributario basado en los principios de igualdad y progresividad, según el artículo 31.1 de la Constitución.

El caso más llamativo en lo relativo a la restricción del derecho a la salud es de los inmigrantes irregulares, que ahonda en la situación de desigualdad que marca en general su estatuto jurídico²⁴. La reforma aprobada por el citado Real Decreto-ley 16/2012, modificó el artículo 12 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social incorporando un retroceso en el ámbito de la asistencia sanitaria que ha dejado fuera del disfrute de este derecho a las personas en situación administrativa irregular. Así se ha suprimido el precepto que reconocía dicho derecho con carácter general a los extranjeros que se encontraran en España, con independencia de su situación administrativa pero requiriendo en su dimensión práctica la inscripción padronal. La nueva regulación remite a la legislación vigente en materia sanitaria, en concreto a la ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de la Salud, la cual ha sido a su vez reformada en su artículo 3, por el mencionado Real Decreto-ley para suprimir la referen-

²⁴ J. DE LUCAS, “Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración”, en VV. AA., *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo XXI*, Eurobask, Bilbao, 2012, pp. 11-91.

cia “a todos los españoles y los extranjeros en territorio nacional en los términos previsto en el artículo 12 de la LO 4/2000”, por el reconocimiento de la asistencia sanitaria en situaciones especiales a los extranjeros que no sean residentes en España, tan sólo en supuestos de urgencia por enfermedad grave o accidente, hasta la situación de alta médica y la asistencia al embarazo, el parto y el postparto. Quedan fuera de esta limitación los extranjeros menores de dieciocho años, que recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles²⁵.

Como se ha señalado anteriormente el Real Decreto-ley 16/2012 ha sido recurrido ante el Tribunal Constitucional, entre otras, por esta cuestión. La exclusión del sistema sanitario de los inmigrantes irregulares generó una importante respuesta social y una reacción dispar por parte de las Comunidades Autónomas. Así nueve Comunidades Autónomas aplican la exclusión sanitaria a los extranjeros en situación irregular, aunque de forma diversa. Aragón, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha y Murcia aplican la reforma de forma estricta, otro grupo de autonomías, como son Castilla y León, Comunidad Valenciana, Galicia y Navarra permiten la atención de los extranjeros irregulares por encima de los mínimos establecidos; mientras que Andalucía, Asturias, Cataluña y País Vasco rechazaron desde el principio la aplicación del Real Decreto-ley 16/2012²⁶.

Algunas Comunidades Autónomas, como por ejemplo la valenciana, han aprobado Convenios especiales de prestación de asistencia sanitaria para las personas que no sean aseguradas ni beneficiarias²⁷.

El caso del País Vasco es significativo, puesto que tras negarse a la aplicación de la normativa estatal aprobó el Decreto 114/2012, de 26 de junio, so-

²⁵ Vid. Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, *Dictamen 6/2012, de 1 de junio, sobre el Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones*, disponible en: <http://www.cge.cat/es/dictamens/>. Cfr. M. J. AÑÓN (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; y J. DE LUCAS y A. SOLANES (ed.), *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, Dykinson, Madrid, 2009.

²⁶ J. L. BELTRÁN, “Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2012, pp. 7-8.

²⁷ Vid. Decreto 190/2013, de 20 de diciembre, del Consell por el que se regula el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria en el ámbito de la Comunidad Valenciana a personas que no tengan la condición de aseguradas ni beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, DOGV de 24 de diciembre de 2013.

bre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi incluyendo las prestaciones a los inmigrantes irregulares. Este decreto fue recurrido ante el Tribunal Constitucional que ha acordado mantener la suspensión de la vigencia de los artículos que impedían la asistencia sanitaria a las personas en situación irregular en el ámbito de Euskadi²⁸. El Tribunal Constitucional no entra a determinar el conflicto de competencias, pero atiende las alegaciones del Gobierno vasco respecto a que excluir a determinados colectivos de la atención sanitaria supondría poner en riesgo su salud lo que repercutiría no solo en su estado de salud individual sino en la prevención de la propagación de determinadas enfermedades infecto contagiosas, afectando seriamente a la salud de toda la sociedad.

Apelando a la jurisprudencia constitucional en relación a la posibilidad de que las Comunidades Autónomas pueden dictar normas en materia de sanidad dirigidas a una mejora en su ámbito territorial del común denominador establecido por el Estado en su normativa básica, bien de las propias competencias de gestión o bien de la financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y sus Estatutos, la Comunidad Foral de Navarra ha aprobado la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra. En ella establece que todas las personas con residencia en Navarra tienen derecho de forma gratuita a la asistencia sanitaria primaria o especializada, prestada por el sistema sanitario público de la Comunidad Foral, con cargo a los Presupuestos Generales de Navarra, cualquiera que sea su edad, nacionalidad o situación legal o administrativa. El concepto de residencia a estos efectos no es el de la legislación de extranjería, si no que por tal la propia ley puntualiza que hay que entender el hecho de acreditar, por cualquier medio admitido en Derecho, incluido el empadronamiento, que el domicilio de la persona está en un municipio de Navarra, sin atención a tiempo alguno.

De la difícil situación en la que quedan los colectivos excluidos de la atención sanitaria advierte, por ejemplo, el Defensor del Pueblo que ha dirigido diversas recomendaciones al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e

²⁸ Para seguir garantizando la asistencia universal, el Gobierno vasco argumentó que el colectivo de los inmigrante irregulares es el que resulta más afectado por patologías infecciosas como el VIH, la tuberculosis, la meningitis tuberculosa, el paludismo y la hepatitis B, que presentan una prevalencia en la población inmigrante superior a la española y cuya falta de seguimiento puede dar lugar a un estado de alarma social por deterioro de la salud pública. Tribunal Constitucional, Auto de 13 de diciembre de 2012.

Igualdad para que se adopten las medidas complementarias necesarias que permitan asegurar el acceso efectivo a la protección de la salud para colectivos en situación vulnerable, recomendando en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que se dicten las instrucciones necesarias para la atención de las personas con padecimientos graves, tal como se mantiene, entre otros, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁹.

3. CALIDAD DE LA ATENCIÓN SANITARIA Y DIFERENTES SERVICIOS EN FUNCIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL

Una de las cuestiones fundamentales en la garantía práctica de la salud como derecho es el asegurar la equidad territorial³⁰. Las Comunidades Autónomas deben garantizar la cartera común de servicios a los usuarios del Servicio Nacional de Salud, pudiendo aprobar carteras de servicios complementarias no incluidas en la financiación general de las prestaciones de dicho Sistema³¹. El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud es el órgano de coordinación, cooperación y encuentro entre administraciones públicas sanitarias central y autonómica.

El I Plan Nacional de Derecho Humanos, en su medida 136, aludía a diversas acciones para promover la calidad, la equidad, la cohesión y la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, entre ellas algunas vinculadas a la hoja de ruta del Pacto por la Sanidad y los Servicios Sociales, establecida el 29 de febrero de 2012, y otras que se recogen en el Real Decreto-ley 16/2012. Esta medida se considera cumplida según el informe de evaluación del Plan de noviembre de 2012, y se relaciona con la medida 137 relativa a una estrategia de equidad, salud y género íntimamente conectada al Protocolo común para la actuación sanitaria ante la violencia de género, que ha sido adaptado a determinadas situaciones de especial vulnerabilidad y que se considera en desarrollo³².

²⁹ Defensor del Pueblo, Resolución de 20 de julio de 2012 y Recomendación 82/2012, nº 1, cit.

³⁰ B. GONZÁLEZ y P. BARBER, *Desigualdades territoriales en el Sistema Nacional de Salud (SNS) de España*, Fundación Alternativas, Madrid, 90/2006.

³¹ P. REY y J. REY, *La financiación sanitaria autonómica: un problema sin resolver*, Fundación Alternativas, Madrid, 100/2006.

³² Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, *Protocolo común para la actuación sanitaria ante la violencia de género 2012*, Informes, Estudios e Investigación 2012. Disponible en (consultado el 25 de marzo de 2013):

A pesar de la existencia del mencionado órgano de coordinación y de la proximidad que persigue la transferencia de la competencia en materia de sanidad a las Comunidades Autónomas, una parte de las quejas planteadas reiteradamente ante el Defensor del Pueblo tiene que ver con la calidad de la atención sanitaria y los diferentes servicios complementarios en función del territorio en que se prestan poniendo en evidencia la necesidad de una mayor coordinación entre los servicios de salud y una mayor homogeneidad en las prestaciones³³.

Las diferencias existentes en las carteras de servicios en las distintas Comunidades Autónomas se proyectan en distintas prestaciones³⁴, por ejemplo, en la atención a las enfermedades raras o poco frecuentes³⁵. A éstas hacía referencia la medida 142 del I Plan Nacional de Derechos Humanos desde la perspectiva de la equidad. En los últimos años se han incorporado diversas patologías que son tratadas en los centros, servicios y unidades de referencia del Sistema Nacional de Salud, y tal como apunta el informe de evaluación del mencionado Plan esta medida continuará en desarrollo durante la X Legislatura. En la misma línea, la medida 143 del Plan, que también se evalúa como en desarrollo, recogía el compromiso de universalizar los cuidados paliativos, proporcionando una adecuada atención a las personas que lo necesiten con independencia de su lugar de residencia o de su condición social.

Para hacer efectivo el derecho de las personas desplazadas a recibir la asistencia sanitaria que pudieran requerir en las mismas condiciones e idénticas garantías que los residentes en la Comunidad Autónoma, el Defensor

http://www.seepidemiologia.es/documents/dummy/PROTOCOLO_Violencia%20de%20Genero_2012_70844.pdf

³³ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2010, 2011 y 2012*. Además del Informe 2012 ya citado, los otros dos disponibles en (consultados el 26 de marzo de 2013):

<http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/annual/Documentos/InformeAnualCortesGenerales2010.pdf>

http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/annual/Documentos/Informe_2011.pdf

³⁴ Las notables diferencias entre las Comunidades Autónomas quedan patentes, por ejemplo, en Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, *Informe Anual del Sistema Nacional de Salud, 2011*, cit., pp. 17, 32, 61, 69, 94 y 103.

³⁵ Esta es una de las reivindicaciones recurrentes de la Federación Española de Enfermedades Raras (FEDER vid: <http://www.enfermedades-raras.org/> también por comparación a la situación a nivel europeo cfr. EUCERD (European Union Committee of Experts on Rare Diseases), *2012 Report on the state of the art of rare disease activities in europe of the european union committee of experts on rare diseases part*, disponible en (consultado el 26 de febrero de 2013):

http://ec.europa.eu/health/rare_diseases/docs/eucerd2012_report_state_of_art_rare_diseases_activities_1.pdf

del Pueblo inició de oficio una investigación con el Ministerio de Sanidad³⁶. En respuesta a la misma dicho Ministerio indicó que, en colaboración con el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, se crearía el Fondo de Garantía Asistencial. En efecto, la reforma del Sistema Nacional de Salud articulada por el citado Real Decreto Ley 16/2012, en su artículo 3, contempla la creación de dicho Fondo que estará destinado a la compensación entre las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla por las actuaciones que sus servicios de salud realicen en el marco de la aplicación de la cartera común básica de servicios asistenciales y de la suplementaria a las personas que gocen de la condición de asegurado en el Sistema Nacional de Salud en sus desplazamientos temporales. En teoría, el mecanismo de liquidación permitirá compensar a las Comunidades Autónomas por la atención prestada a aquellos que no residen habitualmente en su territorio.

El Real Decreto-ley 16/2012, como se viene señalando, fracciona la cartera común en tres: básica, suplementaria y de servicios accesorios. Además, introduce el denominado copago (bien como aportación o bien como reembolso) para las prestaciones de dispensación ambulatoria que se incorporen a la Cartera común suplementaria, que incluirá la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, productos dietéticos y el transporte sanitario no urgente, y para los servicios, técnicas y actividades de apoyo a patologías de carácter crónico, que se incorporen a la Cartera común de servicios accesorios. Para concretar la aportación económica se seguirán las normas del copago farmacéutico, pero sin los límites en las cuantías a aportar por los pacientes establecidos para éste³⁷, que se analizará más adelante, cuya eficacia para el mantenimiento de la sostenibilidad del sistema es, al menos, cuestionable³⁸.

³⁶ Defensor del Pueblo, *Informe Anual a las Cortes Generales 2011*, cit., pp. 403-406.

³⁷ Por otra parte, se introducen dos límites que hasta ahora no existían: a) la Cartera complementaria que una Comunidad Autónoma quiera ofertar queda sujeta a la garantía previa de suficiencia financiera de la misma en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria de acuerdo a los planes de ajuste estatales; b) las Comunidades Autónomas han de asumir, con cargo a sus presupuestos, los costes de aplicación de la cartera de servicios complementaria a las personas que tengan la condición de asegurado. No es posible introducir el copago en la prestación complementaria que éstas puedan incorporar. J. L. BELTRÁN, "Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas", cit., pp. 9-10.

³⁸ I. CORREAS, "El copago sanitario ¿un auxilio para el mantenimiento de la sostenibilidad del sistema?", *Derecho y Salud*, vol. 21, núm. 2, 2011, pp. 133-141.

El copago o repago supone que el usuario abona además de mediante el sistema tributario, un segundo pago que va unido a ciertas prestaciones como las médicas o farmacéuticas. Esta medida tiene en común con la reversión o regresión que persigue una misma finalidad teórica que es la de intentar reducir el déficit público y, en principio puede tener unos efectos semejantes en los administrados que se ven en la necesidad de pagar por la obtención de prestaciones. Una parte de la doctrina entiende que su lógica y articulación es distinta, ya que, no implica el recorte del contenido de un derecho sino su pago o encarecimiento y aunque puedan darse puntos comunes, desde un perspectiva técnica jurídica es conveniente su separación³⁹. Resulta difícil justificar dicha diferencia si se atiende al hecho de que la falta de pago supone la exclusión del disfrute de la asistencia sanitaria lo que hace que deje de ser un derecho, para convertirse en una suerte de privilegio en el caso de los usuarios que no puedan costearla. Ciertamente si la salud es un bien al que se tiene un acceso radicalmente desigual según la capacidad de pago, entonces puede afirmarse que los usuarios serán diferentes en la salud y en la enfermedad, no por causas naturales sino sociales, y por ello desiguales en dignidad⁴⁰.

Así se evidencia en el caso del transporte sanitario que es un buen ejemplo en este contexto de reducción sistemática de la asistencia vinculada al derecho a la salud. La situación es más grave para aquellos pacientes sometidos a tratamientos periódicos y de larga duración (quimioterapia, radioterapia, diálisis y rehabilitación, entre otros), que requieren continuos desplazamientos a centros hospitalarios en transporte sanitario. La frecuencia de estos desplazamientos y la imposibilidad de asumir el significativo coste económico del transporte sanitario pueden dar lugar a que no se sea posible continuar con el tratamiento con el consiguiente riesgo para la salud, la vida o la integridad física de dichos pacientes. Por ello el Defensor del Pueblo ha recomendado al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, que se adopten las medidas necesarias para asumir la totalidad del coste del transporte sanitario no urgente, en tales casos, siempre que sean necesarios desplazamientos frecuentes a centros hospitalarios y se acredite insuficiencia de medios económicos⁴¹.

³⁹ J. PONCE, *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, cit., pp. 29-30.

⁴⁰ C. LEMA, *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud. Historia del derecho a la salud en el siglo XX*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 107.

⁴¹ Defensor del Pueblo, Resolución de 20 de julio de 2012 y Recomendación 82/2012, nº 3, cit.

Especialmente preocupante es la realidad de los colectivos en situaciones de vulnerabilidad. Entre ellos, en primer lugar, hay que referirse a las personas con enfermedad mental. De forma reiterada, se han puesto en evidencia los derechos de los pacientes en los centros de internamiento y la necesidad de revisar la figura del internamiento tras la ratificación por España de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que obliga al ordenamiento jurídico español a su adaptación⁴². En 2010, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que la permite, alegando que al tratarse de una medida de privación de libertad debería haberse regulado por ley orgánica. Este medida viene justificada por la necesidad de intervención terapéutica urgente pero, según varias organizaciones civiles, atenta contra los derechos humanos de las personas con discapacidad. El Relator de Naciones Unidas contra la tortura en un informe presentado en julio de 2008 manifestó la incompatibilidad de los internamientos involuntarios por razón de discapacidad con los derechos humanos de este grupo social y por ende con la Convención⁴³.

En la misma línea, en sus Observaciones Finales en 2011, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas recomendó al Estado español que revisara las leyes que contemplan la privación de libertad por motivo de discapacidad, incluyendo la discapacidad mental, psicosocial o intelectual y, así mismo, que derogara las disposiciones que autorizan el internamiento involuntario por una discapacidad aparente o diagnosticada, adoptando medidas que garanticen que los servicios de atención

⁴² F. BARRIOS, "La regulación del internamiento psiquiátrico en España: carencias jurídicas históricas y actuales", *Derecho y Salud*, vol. 22, núm. 1, 2012, pp. 31-56. Cfr. R. DE ASÍS, "Discapacidad y Constitución", *Derechos y Libertades*, núm 29, 2013, pp. 39-52; R. DE ASÍS (coord.), "Capacidad jurídica y discapacidad: propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", Informe *El tiempo de los derechos*, núm. 23, abril 2012; y P. CUENCA, "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español", *Derechos y Libertades*, núm. 24, 2011, pp. 221-257.

⁴³ Vid. G. MERINO, "Autonomía de la voluntad e internamiento psiquiátrico: problemas y tratamiento jurisprudencial", *Derecho y Salud*, vol. 21, núm. 2, 2011, pp. 165-169. En la misma línea la Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mental (FEAFES) se ha mostrado reacia a los internamientos. Vid. VV. AA., *Informe conjunto al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con motivo del 5º informe periódico de España*, 48 periodo de sesiones mayo 2012, p. 44. Disponible en (consultado el 2 de marzo de 2013):

<http://www.cesr.org/downloads/Parallel%20Report%20CESCR%2048%20session%20Spain%20March%202012.pdf>

sanitaria (entre ellos todos los de salud mental), se basan en el consentimiento informado de la persona implicada.

Por lo que se refiere al colectivo de los jóvenes, el Comité DESC muestra su preocupación por el aumento del consumo de drogas y del abuso de alcohol, así como la ausencia de una información más detallada sobre este fenómeno y sus posibles causas. Recomienda al Estado español que fortalezca sus estrategias de lucha contra el consumo de drogas y el abuso de alcohol teniendo en cuenta los diferentes factores de riesgo y todos los actores involucrados; que desarrolle servicios de salud y de atención psicosocial adecuados; que incorpore una propuesta metodológica para el tratamiento de desintoxicación; y que implemente medidas administrativas, sociales y educativas para atender estos problemas⁴⁴.

El II Plan Estratégico Nacional de la Infancia y Adolescencia 2013-2016, aprobado el 5 de abril de 2013, incluye medidas de salud integral, entre ellas algunas específicas para promover una buena salud y hábitos saludables en la infancia y adolescencia, dando prioridad a las poblaciones más vulnerables.

En cuanto a los enfermos de VIH/SIDA, en los últimos años se ha reducido el presupuesto para llevar a cabo programas de prevención. Sin duda uno de los mayores logros en relación a este colectivo ha sido la aprobación del Plan Multisectorial frente a la Infección por VIH y el SIDA (2008-2012). La medida 141 del I Plan Nacional de Derechos Humanos hacía referencia al desarrollo de dicho Plan Multisectorial, y su informe de evaluación de noviembre de 2012 la considera cumplida, pero también enfatiza la necesidad del cumplimiento continuado. Es necesario insistir en la permanencia en el tiempo de dichas previsiones, por ejemplo, agilizando el Plan Multisectorial 2013-2017, a partir de los resultados a nivel de cumplimiento del anterior que es imprescindible evaluar.

En relación al colectivo de las mujeres, una primera cuestión hace referencia a la garantía de los derechos sexuales y reproductivos. En sus Observaciones Finales a España en 2004, el Comité DESC mostró su preocupación ante la elevada tasa de abortos entre las adolescentes entre 15 y 19 años instando al Estado español a intensificar los programas de educación sexual y salud reproductiva entre las adolescentes, puesto que entre este colectivo existía, y sigue existiendo un alto índice de embarazos no deseados. Sin embargo en España no se ha realizado ningún plan nacional de educación sexual, ni tampoco exis-

⁴⁴ Consejo Económico y Social, *Observaciones finales del Comité DESC. España. 2012*, cit., p. 25, p. 7.

te una materia obligatoria en el itinerario escolar sobre estas cuestiones. La Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, supuso un avance, sin embargo, en la práctica la decisión de introducir clases de educación sexual depende del centro educativo⁴⁵.

La misma inequidad territorial que ya se ha señalado aparece tanto en la ausencia de un protocolo común a todas las Comunidades Autónomas que regule la objeción de conciencia por parte del personal sanitario a la realización de interrupciones del embarazo; como en el acceso a prácticas de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE). Se aprecia también en el acceso a la anticoncepción, en concreto, a la de emergencia, y en la financiación de los anticonceptivos⁴⁶.

La medida 144 del I Plan Nacional de Derechos Humanos, relativa al compromiso de garantizar la seguridad, la calidad en la atención y la confidencialidad de los datos de las mujeres en las interrupciones voluntarios del embarazo, así como la seguridad jurídica de los profesionales, se consideró cumplida en la evaluación del mismo de noviembre de 2012, por la aprobación de la mencionada norma, del Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la misma y del Real Decreto 831/2010, de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la prestación e interrupción del embarazo.

Por último, en cuanto a las personas mayores, afectadas transversalmente por diversas medidas que impactan en su garantía del derecho a la salud, por ejemplo en su condición de pensionistas, el Parlamento Europeo recuerda a la Comisión que las restricciones y limitaciones en relación con la atención sanitaria, los servicios de asistencia, la protección y la seguridad sociales, aprobadas y aplicadas por la Comisión y/o los Estados miembros con objeto de cumplir con los ahorros financieros y presupuestarios y los recortes en el gasto (sanitario y social) fijados a raíz de la actual crisis económica y financiera, no deben interferir en modo alguno con la dignidad y las necesidades humanas básicas, ni afectarlas negativamente. Dichos ahorros han de ir acompañados de reformas meticulosamente preparadas y orien-

⁴⁵ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, *Estrategia Nacional de Salud Sexual y Reproductiva*, 2011. Disponible en (consultado el 4 de marzo de 2013):

<http://www.msps.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/ENSSR.pdf>

⁴⁶ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, *Interrupción Voluntaria del Embarazo. Datos definitivos correspondientes a 2011*, disponible en (consultado el 4 de marzo de 2013):

http://www.msps.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/docs/IVE_2011.pdf

tadas a los pacientes. De lo contrario, los recortes agravarán la salud global de las personas, las desigualdades en el ámbito de la salud, las desigualdades sociales y la exclusión social, poniendo también en peligro la solidaridad intergeneracional⁴⁷.

4. ATENCIÓN PRIMARIA Y ATENCIÓN ESPECIALIZADA: REDUCCIÓN DE RECURSOS Y LISTAS DE ESPERA

El año 2012 supuso un punto de inflexión en la atención primaria sanitaria⁴⁸ y un claro ejemplo de la progresiva mercantilización que afecta a la salud⁴⁹, con dos problemas que se han agravado significativamente y que se suman a otros que viene reiterándose en el tiempo tales como el envejecimiento de la población, la disponibilidad de nuevas tecnologías sanitarias, el incremento de enfermedades crónicas y la presión asistencial que sufren determinadas zonas.

Estas dos cuestiones que han disparado las quejas a nivel social respecto a la atención primaria, por parte de la ciudadanía pero también de diferentes colectivos profesionales, son la supresión o el cierre en horario nocturno de los denominados puntos de atención continuada (PAC-urgencias extrahospitalarias), y la insuficiente dotación de personal sanitario en los centros de

⁴⁷ Resolución del Parlamento Europeo 6 de febrero de 2013, sobre cooperación europea de innovación para un envejecimiento activo y saludable, 2012/2258 (INI), punto 25. Disponible en (consultado el 4 de marzo de 2013):

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-20130046+0+DOC+XML+V0//ES>

⁴⁸ La situación anterior era diferente. Según los datos del Ministerio de Sanidad, respecto a 2011, más del 70% de los ciudadanos tenían una valoración positiva del funcionamiento del Sistema Nacional de Salud; el 24,2% pensaba que el sistema sanitario funcionaba bastante bien y el 48,9% que funcionaba bien, pero necesitaba cambios, lo que justificaría una posible reforma, que para el 21,9% era más evidente, ya que afirmaban que el sistema sanitario necesitaba cambios fundamentales. La proporción de quienes manifestaban su descontento y reclamaban que el sistema se rehiciera por completo era muy inferior a 1 de cada 10 entrevistados (0,42), manteniéndose similar a las cifras de 2009 y 2010. Sin embargo, como ya se ha indicado, hay que prestar especial atención a las medidas de 2012 cuya valoración no se ha realizado aún. Vid. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, *Informe Anual del Sistema Nacional de Salud, 2011*, cit., 29 y VV. AA., *Reflexiones sobre la atención primaria de salud*, Fundación Alternativas, Madrid, 172/2011.

⁴⁹ J. DE LUCAS, "Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración", op. cit., p. 80.

salud. Estas previsiones dificulta la igualdad real, constante meta del sistema sanitario público⁵⁰.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, el informe del Defensor del Pueblo constata que dicho cierre se ha producido en determinados municipios de Castilla-La Mancha, Castilla y León, y Extremadura. Estas medidas afectan especialmente a colectivos sensibles como la población infantil o los mayores, al tiempo que agravan la situación de desigualdad en la que se colocan aquellas personas afectadas por medidas como, por ejemplo, la supresión de un centro sanitario y su derivación a otro que se encuentra a mayor distancia. Este tipo de previsiones requieren de información acerca de los criterios que las amparan, tales como la planificación sanitaria que motivó en su momento la creación de los PAC y fundamenta ahora su supresión, las futuras previsiones en cuanto al incremento de medios personales y materiales en el centro de salud de la zona básica, así como de transporte sanitario para compensar los posibles efectos derivados del cierre de los centros tomando en consideración la población que necesita atención; y la distancia, calculada en minutos con medios habituales de locomoción, entre el centro de salud y el municipio de la zona básica más alejado del mismo. Con las respuestas pendientes a estas cuestiones, será posible evaluar la proporcionalidad y necesidad de las medidas adoptadas⁵¹.

Por otra parte, la insuficiente dotación de personal en centros de salud y la restricción de los existentes, supera el ámbito de la atención primaria y afecta también a la especializada con problemas que se vienen arrastrando desde hace tiempo pero que han visto en la crisis económica la justificación perfecta para afianzar la disminución de recursos⁵². La falta de profesionales para atender a la demanda existente ha repercutido de forma fundamental en la garantía del derecho a la salud, generando quejas de pacientes y profesionales al respecto, propiciando una creciente saturación de los servicios, y constantes reivindicaciones a través del legítimo derecho de huelga de los profesionales de la salud.

⁵⁰ M. I. GARRIDO, "Los derechos sociales y la igualdad real y efectiva: presupuestos teóricos para una acción práctica de emergencia", en M. I. GARRIDO, *La eficacia de los derechos sociales hoy*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 45-57; y C. LEMA, *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud. Historia del derecho a la salud en el siglo XX*, cit., pp. 91-96.

⁵¹ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2012*, cit., p. 210.

⁵² J. VIDA, "Sostenibilidad del sistema sanitario: crisis económica, prestaciones sanitarias y medidas de ahorro", *Derecho y Salud*, vol. 21, núm. 2, 2011, pp. 13-34.

Precisamente la situación generalizada de recursos escasos ha provocado problemas por el acceso a los servicios más cercanos en relación a la asistencia sanitaria a la población situada en los límites entre Comunidades Autónomas, cuando éstos no pertenecen a la comunidad de origen del usuario. En el mismo sentido, se han suscitado quejas cuando la accesibilidad a los servicios pone en evidencia los desequilibrios territoriales, produciéndose denegaciones por razones territoriales y no clínicas. El caso de los servicios de urgencia y la saturación a la que se ven sometidos los profesionales, cada vez de forma más sistemática, también ha suscitado las denuncias de éstos por episodios de especial calado social ante la imposibilidad de atención sanitaria fluida, con resultados nefastos.

Las medidas de recorte tanto en el ámbito de la atención primaria como en la especializada, se han compaginado con la privatización de los servicios sanitarios públicos, también de forma desigual en las diferentes Comunidades Autónomas, algunas de las cuales como Galicia, Valencia o Murcia han optado por la gestión de las empresas privadas en los centros sanitarios públicos. Un caso notorio es el de Canarias donde el 40% de las camas son privadas y atienden al 37,5% de los procesos agudos financiados públicamente. Incluso se ha optado por las iniciativas de financiación privada para la construcción de hospitales y centros de salud. La restricción de personal sanitario se ha traducido en el empeoramiento de las condiciones de trabajo, el aumento de los horarios, y las disminuciones salariales con el consiguiente deterioro de las condiciones de trabajo que inevitablemente repercutirán, a corto y largo plazo, en la disminución de la calidad de las actuaciones del sistema sanitario⁵³.

En este contexto, las listas de espera podrían constituir un indicador de medida de los resultados en la asistencia sanitaria, puesto que ponen a prueba la efectividad del derecho a la salud y al tiempo tensionan la universalidad y equidad que legalmente se postula de él.

El sistema de información sobre listas de espera en el Sistema Nacional de Salud contiene los datos oficiales tanto en la espera quirúrgica como en la de consultas externas, realizando una distribución por número de pacien-

⁵³ Vid. Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública, *Informe sobre los recortes sanitarios en las Comunidades Autónomas*, Abril 2012, pp. 2-3. Disponible en (consultado el 25 de febrero de 2013): <http://www.fadsp.org/documents/Salud2000/136/S2mil136%2011-15.pdf>

tes, tiempos de espera y distribución por especialidades básicas⁵⁴. La división dual de los datos ministeriales lo que no recoge es la demora real que sufren los pacientes desde que se realiza la primera consulta en el centro de atención primaria hasta que se resuelve su problema de salud. En realidad lo que ocurre es que se producen esperas consecutivas para el paciente desde su visita al centro de atención primaria hasta su remisión al especialista, la dilación para la realización de las pruebas diagnósticas, la demora hasta que vuelve de nuevo al especialista y finalmente el tiempo hasta la intervención quirúrgica. La necesidad de computar esa demora real es precisamente una de las tradicionales medidas para conseguir la igualdad real que viene reivindicando, por ejemplo, la Organización Médica Colegial con propuestas concretas para mejorar el Sistema Nacional de Salud⁵⁵.

Asimismo hay que tener en cuenta otros problemas en relación a estos datos oficiales que los desvirtúan para servir como indicador. Se publican semestralmente, con lo cual llegan con un retraso que va de los seis meses al año y medio, y no están igualmente desglosados por Comunidades Autónomas, lo que hace imposible conocer la actuación de cada una de ellas (así como el impacto que están teniendo los recortes) y asumir como indicador el tiempo medio de espera que aparece en las estadísticas estatales. Las medias nacionales no recogen los máximos y los mínimos en las listas de espera. Además las diferentes Comunidades Autónomas, colaboran de diversa manera a la hora de proporcionar los datos desglosados al respecto,

⁵⁴ Si se comparan estas dos variables según los datos disponibles del 2008 al 2012, ambos inclusive, atendiendo estrictamente a los datos ministeriales, por ejemplo, el número de pacientes en lista de espera quirúrgica por cada mil habitantes, a junio de cada año en 2008 se situaba en el 9,38% mientras que en 2012 alcanzaba el 11,82%; el porcentaje de espera de más de 6 meses estaba en 2008 en 5,82, mientras que en 2012 se situaba en el 9,8% (a pesar de que en 2010 llegó a estar en el 4%). La población total en lista de espera quirúrgica pasó de 372.572 pacientes en 2008 a 536.911 pacientes en 2012. Por lo que se refiere a la espera en consulta, ésta se modera en el mismo período de tiempo de tal forma que el porcentaje de pacientes con espera a más de 60 días se situaba en 2008 en el 33% mientras que en 2012 se encontraba en el 37%. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, *Informe Anual del Sistema Nacional de Salud*, 2011, cit., pp. 59-60; L. GUTIÉRREZ, "Listas de espera: poco transparentes e incomparables", *Diario Médico, Primer Plano*, 11 de marzo de 2013; y SISLE-SNS, *Sistema de información sobre listas de espera en el Sistema Nacional de Salud*, situación a 30 de junio de 2012. Disponible en (consultado el 25 de febrero de 2013): http://www.msps.es/estadEstudios/estadisticas/inforRecopilaciones/docs/LISTAS_PUBLICACION_CI_JUN12_18122012.pdf

⁵⁵ Organización Médica Colegial (OMC), *85 propuestas para hacer sostenible el SNS preservando su calidad y todos sus principios y derechos*, 4 de abril de 2013. Disponible en: <http://www.medicosypacientes.com/articulos/85sns.html>

facilitando solo parcialmente información, como es el caso de la Comunidad Valenciana que detalla la lista quirúrgica pero no la de consultas; incluso algunas como Canarias que de forma sistemática se niega a hacer públicos los datos en relación a las demoras; o Castilla La Mancha que dilata la publicación hasta no facilitarlos. Todo ello hace que pueda afirmarse que las listas de espera no son públicas, y por tanto el análisis global evolutivo no es posible⁵⁶.

No puede obviarse que se han realizado esfuerzos para intentar paliar la situación de las listas de espera. Así, por ejemplo, la consolidación y el fortalecimiento de fórmulas de atención que disminuyen los tiempos de demora, entre ellas, las unidades de cirugía sin ingreso y mayor ambulatoria, junto con la implantación y el desarrollo de consultas de alta resolución, son estrategias cuya eficacia ha sido constatada⁵⁷. Asimismo se ha acudido el mecanismo de reintegro de gastos, que incluye la posibilidad de que el usuario utilice servicios ajenos a los del sistema público de prestaciones sanitarias y obtenga posteriormente el reembolso de los gastos pagados⁵⁸, pero aún así las listas se han mantenido.

Las continuas quejas presentadas y documentadas en los informes del Defensor del Pueblo⁵⁹, dejan constancias de la gran cantidad de demoras en la existencia de un número elevado de pacientes que deben esperar meses o años para ser diagnosticados o recibir un tratamiento. El adecuado conocimiento de las listas de espera exige sistemas de información y registro de los tiempos de espera sólidos, fiables y disponibles, siendo imprescindible consolidar un sistema de información de tiempos de demora común para todos los servicios de salud. El impulso a este modelo debería ser asumido por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y respetado por todas las Comunidades Autónomas para que sea posible gestionar eficazmente formas de actuación⁶⁰.

De momento las listas de espera no son comparables, a pesar del notable esfuerzo que se realizó en 2012, al incluir los datos de la Comunidad de Madrid, que había sido expulsada del sistema de listas de espera en 2005 por

⁵⁶ L. GUTIÉRREZ, "Listas de espera: poco transparentes e incomparables", cit., p. 2.

⁵⁷ A. CAÑIZARES y A. SANTOS GÓMEZ, *Gestión de listas de espera en el Sistema Nacional de Salud. Una breve aproximación a su análisis*, Fundación Alternativas, Madrid, 174/2011, p. 74.

⁵⁸ J. PONCE, *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, cit., p. 45.

⁵⁹ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2012*, op, cit., p. 209.

⁶⁰ A. CAÑIZARES y A. SANTOS, *Gestión de listas de espera en el Sistema Nacional de Salud*, cit., p. 73.

contabilizar las demoras de forma diferente al resto de autonomías, contando el retraso desde que el paciente había visto al anestesista y había realizado las pruebas preoperatorias en lugar de hacerlo desde el momento en el que la intervención quirúrgica había sido prescrita por el médico. Aunque dicha Comunidad no ha modificado su forma de cómputo el Ministerio ha optado por realizar una estimación de datos, igual que en el caso de Cataluña.

Por tanto, más que caminar hacia una cierta homogenización que permita comparar los datos de las diferentes Comunidades, cada una de ellas opta por hacer divisiones diferentes. Por ejemplo, Madrid y Andalucía, dividen los pacientes en espera quirúrgica programable y en espera “transitoriamente no programable”, incluyendo en este último concepto a los que esperan cita para las pruebas de preoperatorio o anestesia, pero disminuyendo artificialmente a la baja. Otras como Murcia o Galicia, presentan los datos desglosados por pacientes graves y no graves sin detallar quiénes están en cada grupo, mostrando que en los graves la espera es corta aun cuando en los considerados no graves se haya incrementado fuertemente el número de los que esperan más de seis meses. Además como el Ministerio no desglosa los datos por Comunidades, no es posible saber si las autonomías aportan el dato global o sólo el desglose para los más graves. Para hacer frente a esta situación, mantenida en el tiempo, sería necesario un registro de lista de espera con criterios de priorización donde se incluyan variables clínicas, funcionales y sociales, de carácter unificado para todas las Comunidades Autónomas, que debería impulsarse a través de grupos de consenso con profesionales sanitarios, ciudadanos y organismos de investigación e información sanitaria.

En este contexto, resulta prácticamente imposible entrar a valorar el alcance que han tenido las medidas del 2012 en las listas de espera. Sólo a modo de tentativa pueden compararse los datos de 2011 y 2012 en las diferentes Comunidades Autónomas a propósito de la estimación del efecto de los recortes, en alza de demoras, atendiendo a los días de demora media quirúrgica, teniendo en cuenta que de Castilla-La Mancha y Canarias no hay datos. La media nacional pasaría de 64 días de demora media quirúrgica en 2011 a 76 en 2012. Estos datos no sirven, en todo caso, para dar cuenta del verdadero alcance de la reducción de recursos, de la eliminación de las denominadas comúnmente como *peonadas* (en referencia a los programas extraordinarios de consultas o quirófanos que se han generalizado en los últimos años en el Sistema Nacional de Salud, con el objetivo de disminuir las listas de espera),

la congelación del presupuesto de inversiones en tecnología diagnóstica, o el despido de personal eventual⁶¹.

Como el informe del Ministerio de Sanidad confirma, incluso antes de 2012, las listas de espera siguen siendo un motivo de preocupación para los ciudadanos. Si se les pregunta qué piensan sobre la actuación que llevan a cabo las autoridades sanitarias para mejorar las listas de espera, el 33,2% de ciudadanos cree que se realizan acciones, opinión que supone un empeoramiento de 3,7 puntos con respecto a 2010; el 36,3% piensa que no se hacen actividades para la mejora y el 30,2% dice desconocer este extremo⁶².

Ciertamente la cuestión de los tiempos de espera en el ámbito sanitario continua siendo uno de los puntos débiles de la actual regulación en materia de prestaciones sanitarias, puesto que aunque en algunos casos se establecen plazos máximos (especialmente en el ámbito de la normativa autonómica), no se arbitran mecanismos específicos a disposición del paciente para conseguir que las prestaciones sean efectivas en tales tiempos máximos⁶³. Como se ha apuntado por una parte de la doctrina, si la inclusión en lista de espera durante largos periodos de tiempo provoca cualquier daño antijurídico, el solicitante (cuando concurren el resto de requisitos exigidos en el artículo 106.2 Constitución y los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), podría solicitar la compensación del mismo dentro de la institución de la responsabilidad patrimonial. Ello supone entender que existen algunos daños que pueden considerarse que han de soportarse por quien espera la prestación, pero otros podrían llegar a ser incluidos en el concepto de antijurídicos⁶⁴.

⁶¹ Así en la comparación en Andalucía se pasa de 57 a 54 días de demora, en Aragón de 65 a 73 días, en Asturias de 62 a 79 días, en Baleares de 74 a 121,9 días, en Cantabria de 109,4 a 139,4 días, en Castilla y León de 52 a 97 días, en Cataluña de 164,4 a 138,3 días, en Extremadura, de 132,3 a 93,6 días, en Galicia, de 83,8 a 83,4 días, en Madrid de 9,5 a 9,6 días, en Murcia de 63 a 74 días, en Navarra de 47 a 79 días, en la Comunidad Valenciana de 42 a 56 días, en el País Vasco de 51,8 a 52,1 y en la Rioja se mantiene en 58 días. Vid. L. GUTIÉRREZ, "Listas de espera: poco transparentes e incomparables", cit., p. 3.

⁶² Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, *Informe Anual del Sistema Nacional de Salud, 2011*, cit., p. 71.

⁶³ Por ejemplo, en el caso vasco el Decreto 65/2006, de 21 de marzo, por el que se establecen los plazos máximos de acceso a procedimientos quirúrgicos programados y no urgentes a cargo del sistema sanitario de Euskadi. Cfr. J. M. PEMÁN, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, cit., p. 10.

⁶⁴ Así, por ejemplo, la Audiencia Nacional, en sentencia de 31 de mayo de 2000, condenó a la Administración a indemnizar por daños como consecuencia de la muerte de un

5. PRESTACIONES FARMACÉUTICAS

Es imprescindible señalar que el citado Real Decreto-ley 16/2012 introdujo también la modificación más trascendente en el nuevo sistema de copago de la prestación farmacéutica. La aportación, que ahora han de asumir los pacientes, activos y pensionistas, se prevé como proporcional al nivel de renta. En principio, de esta obligación de aportación quedan exentos los afectados de síndrome tóxico y discapacitados; los perceptores de rentas de integración social; los pensionistas en la modalidad no contributiva; los parados que hayan perdido el derecho a percibir el subsidio de desempleo en tanto subsista su situación, y los tratamientos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Esta normativa ha generado multitud de quejas por las vulneraciones de derechos que puede conllevar. Entre ellas un primer bloque se refiere, básicamente, a que dicha aportación no es proporcional al nivel de renta tal como aparentemente se presenta. Por ejemplo, inicialmente se tomó como referencia en la medida la declaración del impuesto de la renta de las personas físicas correspondiente al año 2010, cuando la realidad económica en el año 2012 podía ser completamente diversa debido a circunstancias sobrevenidas (desempleo, discapacidad, enfermedad, jubilación, etc.). El Defensor del Pueblo ha solicitado información al Ministerio de Sanidad sobre la viabilidad de proceder a la periódica actualización del nivel de renta, para evitar los desajustes entre la información tributaria y la situación económica real de los interesados en cada momento. Estas previsiones impactan sobre todo en colectivos especialmente vulnerables como el de los pensionistas, los enfermos crónicos y los disminuidos. En el caso de los pensionistas, siendo los que tienen mayores problemas de salud, pueden ver limitado su acceso a las prestaciones farmacéuticas por razones de escasa capacidad económica, lo que como en otros casos, supondría una vulneración del derecho a la protección de la salud y, por extensión, una vulneración de su derecho fundamental a la integridad física por los efectos perniciosos derivados de la no medicación. Precisamente en relación a estos colectivos, la mencionada Institución recoge dos tipos de quejas⁶⁵.

Por una parte, no es fácil determinar los supuestos en los que las personas con discapacidad están exentas de aportación en la adquisición de medica-

paciente mientras esperaba una operación de corazón, aludiendo a los daños antijurídicos. J. PONCE, *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, cit. pp. 44 y 142.

⁶⁵ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2012*, cit., p. 214.

mentos, tomando en consideración la ampliación del ámbito de cobertura de la prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud y la diferente realidad de protección en el momento de aprobación de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI) y el Real Decreto-ley 16/2012. La LISMI establece que la dispensación de medicamentos será gratuita para las personas discapacitadas, siempre que no tengan derecho por otra vía a la asistencia sanitaria del sistema público. Puesto que tras la publicación de la mencionada norma de 2012, buena parte de las personas residentes en España tiene la condición de asegurado a efectos de la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud, la previsión de gratuidad en el acceso de los medicamentos de las personas discapacitadas podría entenderse que ha quedado vacía de contenido. Podría incluso llegarse al sinsentido de entender que las personas discapacitadas tendrían que abonar los medicamentos, según la normativa general, salvo que como ésta contempla acreditaran disponer de recursos superiores a cien mil euros anuales, en cuyo caso al estar fuera de la cobertura pública tendrían derecho según la LISMI a la total gratuidad de los medicamentos. Por ello el Defensor del Pueblo, ha impulsado una reforma legal para que las personas con discapacidad, en grado igual o superior al 33 por ciento y con independencia del momento en el que adquirieron tal condición, para que estén exentas de aportación en la citada prestación.

Otras quejas afecta al mencionado colectivo de los pensionistas del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) en la prestación farmacéutica ambulatoria del Sistema Nacional de Salud, que han de financiar el 10 por ciento del coste de los medicamentos, mientras que otros colectivos, como las personas perceptoras de pensiones no contributivas están exentas de dicha aportación, aún cuando las cuantías económicas de las pensiones SOVI y las no contributivas son idénticas⁶⁶.

⁶⁶ Por Resolución de 21 de enero de 2013, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, se fija en 4,20 euros la aportación máxima a soportar por usuarios y beneficiarios en el copago de medicamentos y productos sanitarios de aportación reducida, y se establece en 8,14 €, 18,32 € y 61,08 €, los límites máximos de aportación mensual en la prestación farmacéutica ambulatoria para los pensionistas y sus beneficiarios. Así mismo se actualizan los límites máximos de aportación mensual para las personas que ostenten la condición de asegurado como pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios en la prestación farmacéutica ambulatoria, en este caso de acuerdo con el incremento del IPC en el periodo comprendido entre agosto y diciembre de 2012. A partir del 1 de febrero de 2013 y según la renta consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del IRPF el límite máximo de aportación mensual es de 8,14 euros, para rentas inferiores a 18.000 euros; 18,32 euros, para rentas iguales o superiores a 18.000 euros e inferior a 100.000, y 61,08 euros, para rentas superiores a 100.000 euros.

Con la finalidad de amortiguar el impacto del Real Decreto-ley 16/2012, pueden realizarse dos recomendaciones. En primer lugar, que se valore la necesidad de revisar el nuevo sistema de fijación de precios para medicamentos financiados, ya que con la normativa de 2012 se permite comercializar un medicamento a precio libre en tanto se decida el precio de financiación. En segundo lugar, sería conveniente elaborar una nueva regulación en materia de prescripción de medicamentos para indicaciones diferentes a las autorizadas, habida cuenta de los peligros que encierra la posibilidad de abrir esta vía con carácter general, ya que ello supone, en la práctica, investigar con pacientes en indicaciones que no han sido suficientemente evaluadas y carecen, por tanto, de las garantías éticas y legales de los adecuados ensayos clínicos⁶⁷.

La regulación de 2012 incide también en el derecho a la protección de datos personales de los pacientes, y en su derecho a la protección de la salud. El artículo 94 contempla la posibilidad de que para determinar la cuantía de la aportación de los beneficiarios, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá tratar los datos obrantes en los ficheros de las entidades gestoras, servicios comunes y entidades que colaboran con éstas, sin el consentimiento del interesado. Igualmente podrá recibir comunicación de la administración tributaria competente sobre los datos necesarios para determinar el nivel de renta requerido.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social comunica a las Administraciones sanitarias el dato sobre el nivel de aportación de cada paciente, y éstas lo incorporarán a la tarjeta individual sanitaria mediante códigos de clasificación. Aunque no hay una cesión directa de datos económicos del paciente, la clasificación que conocerán el médico, el farmacéutico y otro personal que gestione las recetas, permite saber el tramo de renta en la que se encuentra el paciente, sin que se haya dado su consentimiento o una previsión legal que exima de ese requisito. Sin embargo, el Real Decreto-Ley no se pronuncia al respecto.

A estas cuestiones ha dado respuesta la Agencia Nacional de Protección de Datos, señalando que la mencionada cesión de datos encuentra su legitimación en la habilitación legal del artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999, tomando en consideración que se limitará exclusivamente a los datos necesarios para poder determinar si el interesado se encuentra en cada uno de

⁶⁷ Defensor del Pueblo, Resolución de 20 de julio de 2012 y Recomendación 82/2012, nº 4 y 5, cit.

los supuestos previstos en los apartados a) a c) del artículo 94 bis.5 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; indicando por tanto sólo si el interesado es perceptor de rentas menores de 18.000 euros, de entre 18.000 y 100.000 euros o superiores a 100.000 euros, sin que pueda conocerse el lugar en que el usuario concreto se encuentre dentro de dicha escala. Este dato será el único necesario para determinar el nivel de aportación o devolución que proceda en relación con quienes tengan la condición de pensionista conforme a lo dispuesto en los apartados 5 d) y 6 del citado artículo 94 bis, de acuerdo con el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999⁶⁸.

La medida 147 del I Plan Nacional de Derechos Humanos hacía referencia al desarrollo de la mencionada Ley 29/2006 para incrementar la seguridad y la calidad de los medicamentos disponibles reforzando la farmacovigilancia, hacer posible la implementación de un sistema de trazabilidad de los medicamentos, regular la distribución de los medicamentos de forma que se garantice que llegan a todo el territorio nacional e incorporar nuevas herramientas contra los medicamentos falsificados. Dicha medida se considera en la evaluación de noviembre de 2012 en desarrollo y se prevé que su cumplimiento abarque la X Legislatura.

Por lo que se refiere a aquellas personas que pueden intervenir en el proceso asistencial y en la prestación farmacéutica, el artículo 5.1 del Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, reformado por el Real Decreto-ley 16/2012, se limita exclusivamente a la inclusión de hasta siete posibles códigos en las recetas, dependiendo la aplicación de algunos de ellos del nivel de renta, quedando reducida la aplicación del criterio, y el conocimiento de estos datos por la Administración sanitaria a la finalidad para la que fueron recabados, en la misma línea que se señalaba anteriormente. El tratamiento o utilización posterior de los datos que pudieran vincular al interesado con un determinado nivel de rentas, implicaría una actuación contraria a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 y susceptible de sanción conforme a la misma.

⁶⁸ Agencia Española de Protección de Datos, *Informe 0256/2012*. Disponible en (consultado el 12 de marzo de 2013):

http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/common/pdf_destacados/2012-0256_INTERNO.-IMPLICACIONES-REAL-DECRETO-LEY-REFORMA-SANITARIA..pdf. Cfr. J. GARCÍA AMEZ, "La protección de datos del usuario de la sanidad: derecho a la intimidad y asistencia sanitaria", *Derecho y Salud*, vol. 20, núm. 1, pp. 43-69.

El nuevo artículo 89.1 tras la redacción del Real Decreto-ley 16/2012, para garantizar el acceso en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud, haciendo uso de la competencia derivada del artículo 149.1.1º de la Constitución, limita la capacidad de actuación de las Comunidades Autónomas. Sobre esta cuestión la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 4 de mayo de 2011, señala que es competencia estatal la decisión de si los medicamentos se dispensan en las farmacias o en la farmacia hospitalaria, y anula la prohibición autonómica de venta de determinados fármacos de diagnóstico hospitalario en las farmacias, imponiendo su dispensación sólo en la farmacia hospitalaria. Además concluye que es competencia del Ministerio de Sanidad y Política Social, no de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas, establecer reservas singulares de prescripción y dispensación de los medicamentos.

No se puede obviar que el artículo 88 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios reconoce el derecho de los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias. Así algunas han aprobado normas tendentes a racionalizar el gasto farmacéutico, realizando reservas singulares específicas (entre ellas Madrid, Valencia, Aragón, Cantabria, La Rioja, Murcia, Andalucía), y otras han incorporado prestaciones complementarias de medicamentos, como por ejemplo Navarra.

Precisamente respecto a la Comunidad de Navarra, el Tribunal Constitucional ha admitido el recurso del Gobierno contra la Ley Foral 18/2012, de 19 de octubre, sobre la complementación de las prestaciones farmacéuticas en la Comunidad Foral de Navarra, que establecía la no aplicación del copago farmacéutico regulado en la normativa nacional, en la misma línea del recurso que se indicaba anteriormente a propósito de la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares en el País Vasco.

6. RECAPITULANDO: PERSPECTIVAS DE FUTURO

El conjunto de medidas hasta aquí analizadas y su impacto práctico, cuya valoración global no es posible por la falta de datos durante su período de aplicación, tensionan la universalidad y gratuidad del derecho a la salud en España, entendido desde la equidad, y lleva aparejada una suerte de diferenciación explícita que puede traducirse en una obvia discriminación

y en un incumplimiento de las disposiciones internacionales asumidas por España en el ámbito de los derechos humanos, en concreto de los sociales.

En este sentido el Comité DESC ha mostrado su preocupación por el hecho de que los inmigrantes y los gitanos sigan siendo objeto de discriminación en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular en lo que respecta al empleo, la vivienda, la salud y la educación. También preocupa al Comité la persistencia de actitudes hostiles e intolerantes hacia estos colectivos. Por ello, recomienda incrementar las medidas adoptadas para erradicar la discriminación que sufren los inmigrantes y los gitanos, y sancionar todo tipo de práctica discriminatoria⁶⁹.

El Comité DESC, en el caso de los inmigrantes irregulares, emplaza al Estado español para que asegure, de conformidad con la mencionada Observación general n.º 14 (2000) y con el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias, que las reformas adoptadas no limiten el acceso de las personas que residen en el Estado parte a los servicios de salud, cualquiera que sea su situación legal. Recomendado, al mismo tiempo, que se evalúe el impacto de toda propuesta de recorte en cuanto al acceso de las personas y colectivos desfavorecidos y marginados a los servicios de salud⁷⁰.

Por su parte, la ECRI había valorado positivamente, antes de la reforma de 2012, la posibilidad de que los inmigrantes irregulares tuvieran acceso a la asistencia sanitaria si bien insistía en que se tomaran las medidas necesarias para que no existiera discriminación en la misma y en los servicios sociales. En el mismo sentido esta Comisión valoraba positivamente que el Plan Estratégico de Ciudadanía e Inclusión (entonces primer PEI, ahora ya el segundo 2011-2014) tuvieran como área de intervención la salud⁷¹.

⁶⁹ En concreto señala a la atención del Estado parte su Observación General N.º 20 (2009), relativa a la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2, párr. 2 del Pacto). Cfr. J. GARCÍA ANÓN, "Discriminación, exclusión social y conflicto en sociedades multiculturales: la identificación por perfil étnico", y M. RUIZ "Contradicciones argumentales sobre la discriminación étnica y racial: el caso de la pensión de viudedad ante la boda gitana", ambos en J. GARCÍA ANÓN y M. RUIZ (eds), *Discriminación racial y étnica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, respectivamente pp. 281-316 y pp. 317- 351.

⁷⁰ Consejo Económico y Social, *Observaciones finales del Comité DESC. España. 2012*, cit., p. 11, p. 3 y p. 19, p. 5.

⁷¹ European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), *Cuarto Informe sobre España de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia*, de 8 de febrero de 2011, pp. 21-22 y 37. Disponible en (consultado el 27 de febrero de 2013):

<http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/country-by-country/spain/ESP-CBC-IV-2011-004-ESP.pdf>

Como se ha señalado, esa misma diferenciación en el disfrute del derecho a la salud se produce también como resultado de la distribución territorial y de la ausencia de una concreta atención a los colectivos en situaciones de especial vulnerabilidad.

El Comité DESC ha mostrado su preocupación porque la descentralización de las competencias relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales haya resultado en un disfrute dispar de estos derechos en las diferentes Comunidades Autónomas. Así insta al Estado para velar por que las disparidades entre éstas en términos de inversión social y de los diferentes recortes realizados en los servicios públicos de bienestar social, no resulten en un disfrute inequitativo o discriminatorio de los derechos económicos, sociales y culturales.

En concreto, el Comité DESC ha mostrado su preocupación por las dificultades encontradas por las mujeres, en función de su lugar de residencia, para acceder al aborto. Le preocupa también que, en la mayor parte de las Comunidades Autónomas, los impedimentos burocráticos y temporales obligan a muchas mujeres a acudir a clínicas privadas. Por eso recomienda al Estado español que garantice la plena aplicación de la mencionada Ley Orgánica 2/2010 que puede verse afectada por diversas reformas en todo el territorio nacional adoptando un procedimiento básico común a todas las Comunidades Autónomas para garantizar un acceso equitativo a la interrupción voluntaria del embarazo; para asegurar que el ejercicio de la objeción de conciencia por parte de médicos y de otros miembros del personal sanitario no constituya un obstáculo para las mujeres que quieran poner fin a un embarazo; y para prestar una atención especial a la situación de las adolescentes y mujeres migrantes⁷².

En la misma línea, el Defensor del Pueblo insta a que se dicten instrucciones, en el marco del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, para habilitar la adecuada atención de aquellas personas con padecimientos graves, para evitar la posible responsabilidad de España por el incumplimiento de obligaciones internacionales, entre otras, las derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de derechos fundamentales de la UE y otros instrumentos que establecen obligaciones positivas⁷³.

⁷² Consejo Económico y Social, *Observaciones finales del Comité DESC. España. 2012*, cit., p. 9, p. 3 y p. 24, pp. 6-7.

⁷³ Defensor del Pueblo, Resolución de 20 de julio de 2012 y Recomendación 82/2012, nº 2, cit.

En general, en relación a la situación de los pensionistas el Comité DESC ha constatado con preocupación que los niveles de las pensiones son, en muchos casos, inferiores al de subsistencia mínimo, lo que pone a sus beneficiarios en riesgo de pobreza, siendo especialmente preocupante la situación de las mujeres que reciben pensiones de viudedad más bajas. Por ello el Comité recomienda al Estado español que revise la cuantía de las pensiones contributivas y no contributivas, con la finalidad de garantizar un nivel de vida adecuado a todos sus beneficiarios, inclusive en tiempos de crisis económica y financiera⁷⁴.

Además, el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover, enfatiza que el derecho a la salud entraña una obligación clara de que los medicamentos estén disponibles y sean accesibles, aceptables y de buena calidad para que lleguen a las poblaciones que los necesitan en todo el mundo sin discriminación, de tal modo que los países cumplan sus obligaciones de respetar, proteger y realizar el derecho a la salud⁷⁵.

Junto con todas estas consideraciones, la persistencia de las listas de espera, cuyos datos no permiten la comparación entre las diferentes Comunidades Autónomas, ni la evaluación del impacto real de las mismas, así como el recurso a la gestión privada de los servicios públicos o el recorte de éstos, obligan a reflexionar de cara al futuro sobre dos cuestiones clave para asegurar los derechos sociales, y en concreto el de la salud. Por una parte, es imprescindible delimitar la posibilidad de regresividad en todas las medidas que afectan a este derecho; y al mismo tiempo debería especificarse su contenido mínimo y esencial.

No se trata ahora de ahondar en la prohibición o limitación de la regresividad en relación a los derechos sociales, lo cual supera la posibilidades de este trabajo, sino tan solo de insistir en su conexión con el juicio de razonabilidad a los efectos del impacto que pueden tener sobre el derecho a la salud las medidas que se han analizado. En efecto, en el caso de derechos humanos

⁷⁴ Consejo Económico y Social, *Observaciones finales del Comité DESC. España. 2012*, cit., p. 20, p. 6.

⁷⁵ Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Anand Grover*, A/HRC/11/12, 31 de marzo de 2009, p. 94, p. 30. Disponible en (consultado el 27 de febrero de 2013):

http://www.observatoriopolicasocial.org/images/stories/biblioteca/pdf/documentos-sistema-naciones-unidas/Informes_relatores_especiales/Informes_salud/2009_grover_acceso_medicinas_propiedad_int_31_marzo.pdf

y fundamentales, particularmente en el de derechos sociales como el de la salud, que están consagrados por instrumentos internacionales y de jerarquía constitucional (respecto a los cuales es imprescindible tomar en consideración el principio de subsunción a la hora de concretar medidas normativas), las restricciones necesariamente han de ser razonables, no infundadas o arbitrarias, de tal manera que estén justificadas por los hechos que las originan y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido, y proporcionales a los fines que se pretende alcanzar con ellas⁷⁶.

El Comité DESC viene insistiendo, desde la Observación general n° 3 (1990), en que todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo “requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”⁷⁷.

Por tanto, la inclusión normativa de la cláusula de progresividad en materia de derechos sociales, en la línea que contempla el PIDESC como pauta general, y la necesidad de fundamentar y justificar especialmente la regresión en este ámbito sería una recomendación inaplazable de cara al futuro, sin perjuicio de que sea obligatoria la implementación de medidas que evalúen el alcance de las actuales políticas⁷⁸.

Precisamente para ponderar cuál es el impacto de dichas decisiones sobre todo el sistema teniendo en cuenta la complejidad de los múltiples intereses en juego, debe concretarse el contenido mínimo del derecho a la salud⁷⁹. Las normas relativas a dicho derecho y a las prestaciones de servicio público asociadas, deberían explicitar que se ha de considerar como contenido mínimo.

La determinación de dicho contenido mínimo le corresponde en primera instancia al legislador. Ciertamente que el grueso de la actividad legislativa, jurisdiccional e incluso doctrinal se haya dedicado a abordar el alcance de los

⁷⁶ V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 98-99.

⁷⁷ Observación General n° 3 (1990) sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), E/1991/23, anexo III.

⁷⁸ J. PONCE, *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, cit., p. 113. Cfr. VV. AA., *Informe conjunto al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con motivo del 5º informe periódico de España*, 48 periodo de sesiones mayo 2012, pp. 3-4.

⁷⁹ V. ABRAMOVICH, “Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados”, *SUR, Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2007, vol. 2, núm. 2, pp. 195-232.

derechos civiles y políticos no obedece a una suerte de insalvable oscuridad estructural de los derechos sociales, sino a una opción deliberada, muchas veces fundada en simples prejuicios ideológicos. No existen impedimentos para que se desarrollen criterios o indicadores que delimiten cuestiones como al más alto nivel posible de salud. Son los órganos legitimados constitucionalmente quienes deben tomar en consideración qué tipo de derecho social es el de la salud y el momento temporal, para poder determinar ese núcleo mínimo vinculado a la dignidad, atendiendo también a la imagen y relevancia social de tal derecho⁸⁰.

Precisamente la ausencia de esa justificación de regresividad, mas allá de la difusa referencia presupuestaria, y la vulneración del contenido mínimo y esencial del derecho a la salud desde los estándares internacionales, al menos, claramente en colectivos como el de los inmigrantes en situación irregulares, pero también con limitaciones discutibles para otros, hace que la descomposición de los principios del Estado social y democrático de derecho sea patente. El retroceso que están sufriendo los derechos sociales, no sólo el derecho a la salud, en España, retrotrae las actuales exigencias a las demandas a lo largo de la historia de los derechos humanos, pues hoy como siempre, tales derechos han ido unidos a la lucha por su reconocimiento, ejercicio, garantía y exigibilidad.

ÁNGELES SOLANES CORELLA
Facultat de Dret. Campus Tarongers
Universitat de València
46071 Valencia
e-mail: Angeles.Solanes@uv.es

⁸⁰ G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*, cit., p. 68 y pp. 85-90.

EL DERECHO DE SUFRAGIO EN EL SIGLO XX

THE RIGHT TO SUFRAGGE IN THE XXTH CENTURY

LUIS A. GÁLVEZ MUÑOZ
Universidad de Murcia

Fecha de recepción: 3-6-13

Fecha de aceptación: 19-11-13

Resumen: *En el presente trabajo se aborda el estudio del derecho de sufragio en el siglo XX, aquel en el que se expande con fuerza y se consolida de manera irreversible con el carácter de fundamental. Y se hace desde una perspectiva, no solo histórica, sino también general y comparada, pues toma como base el significado y evolución del sufragio en el conjunto de los países occidentales en un determinado momento histórico, sin perjuicio de constantes referencias al caso español y a otras épocas pasadas y aún posteriores. El análisis se articula en torno a tres cuestiones básicas: la delimitación básica de la naturaleza del derecho de sufragio, el principio de universalidad del mismo y las limitaciones que ha experimentado durante el siglo XX.*

Abstract: *This paper deals with the study of the right of suffrage in the twentieth century, which has strongly grown and irreversibly consolidated with the character of fundamental right. And the perspective is not only historical, but also global and comparative, since its ground it's the meaning and evolution of suffrage in Western countries as a whole in a particular historical moment, thought there are constant references to the Spanish case and other past and even later historical stages. The analysis is organized around three basic issues: the basic definition of the nature of the right to suffrage, its principle of universality and the limitations experienced during the twentieth century.*

Palabras clave: sufragio, derecho de voto, Derecho electoral, régimen electoral, elecciones

Keywords: suffrage, right to vote, electoral Law, electoral system, elections

1. INTRODUCCIÓN¹

El derecho de sufragio es un derecho fundamental de singular y extraordinaria relevancia, ya que su reconocimiento y efectivo ejercicio constituye el elemento más esencial de la configuración del Estado Constitucional de nuestros días. Es la base de la legitimidad democrática y ésta “de toda nuestra ordenación jurídico-política” –en expresión feliz del Tribunal Constitucional español²–, en la medida en que todo el sistema de la convivencia estatal se articula en torno a la conexión de todos los poderes públicos con la voluntad del pueblo soberano. El principio democrático, que supone que el poder emana del pueblo, el cual aparece como sujeto de la soberanía nacional y autor último de la voluntad del Estado, exige, ineluctablemente, el reconocimiento del derecho de sufragio, como derecho específicamente encaminado a la formación de dicha voluntad. Éste es, pues, el medio fundamental para hacer realidad la participación del pueblo en el ejercicio del poder, haciendo posible la conexión entre el pueblo y el poder político³.

Sufragio, democracia y Constitución están, de acuerdo con lo señalado, estrechamente unidos. Es por ello por lo que se puede observar que la lucha histórica por el sufragio ha sido también, en realidad, la lucha por la conquista de la democracia, y que la lucha por ésta no es otra cosa que la máxima expresión del irresistible anhelo de libertad e igualdad que están en la base del constitucionalismo y que animan al ser humano desde que éste se hace consciente de su dignidad y de su capacidad de autodeterminación tras la época despótica y castrante del Antiguo Régimen.

El proceso de reconocimiento y expansión del derecho de sufragio ha sido, desde luego, largo, pero, tal y como hoy lo conocemos, tiene en el siglo XX su marco de referencia indudable. El impulso democratizador, que tiene su base en las revoluciones liberales del XVIII, y que se fue fraguando en Occidente desde mitad del siglo XIX, estalló con vigor tras la Primera Guerra Mundial, consolidándose de manera irreversible tras la Segunda

¹ Este trabajo se inserta en los proyectos de investigación “Historia de los derechos. Siglo XX”, financiado por el Banco de Santander, en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” (CSD2008-00007); y “El régimen jurídico de la jornada electoral” (DER2009-13249/JURI), subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

² Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1981, de 16 de marzo.

³ Vid. H. KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, traducción de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra, nota de I. de Otto, Guadarrama, Barcelona, 1977, p. 30 (edición original: *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1920).

Gran Conflagración. Desde entonces no ha hecho más que adquirir firmeza y vigor, perdiendo trabas del pasado.

Del estudio de este derecho, en el marco del siglo XX, nos vamos a ocupar en el presente trabajo. Y lo vamos a hacer desde una perspectiva, no solo histórica, sino también general, pues toma como base el significado y evolución del sufragio en el conjunto de los países occidentales en un momento histórico determinado, el siglo pasado, sin perjuicio de constantes referencias al caso español y a otras épocas pasadas y aún posteriores.

Nos vamos a centrar, dadas las inevitables y exigentes limitaciones de espacio, únicamente en lo esencial, lo que supone, necesariamente, una labor de selección temática. Desde este punto de vista son tres las cuestiones clave que nos ha parecido inexcusable tratar: la delimitación básica de la naturaleza del derecho de sufragio, el principio de universalidad del mismo y las limitaciones que ha experimentado durante el siglo XX.

2. LA NATURALEZA DEL SUFRAGIO

2.1. El sufragio como derecho

Durante el siglo XIX y el primer tercio del siglo XX la discusión sobre la naturaleza del sufragio giró en torno al binomio o disyuntiva “derecho o función”. Básicamente se enfrentaban dos posiciones, originarias de la Revolución Francesa, de las que damos cuenta de modo muy resumido, entre otras razones por haber sido estudiadas con profundidad por numerosos autores⁴:

a) La *teoría del sufragio como derecho*, cuya primera manifestación se encuentra en la Constitución francesa de 1793, se conecta con el pensamiento de Rousseau y Mirabeau y la noción de soberanía popular, es decir, con la

⁴ Vid. F. ARCOS RAMÍREZ, “El sufragio universal”, en *Historia de los Derechos Fundamentales*, dirección de G. PECES BARBA, G., y otros, y coordinación de J. DORADO PORRAS, tomo III: siglo XIX, volumen II, libro I, capítulo XXVI, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 281 y ss. Vid. también P. ROSANVALLÓN, *La consagración del ciudadano. Historia del sufragio universal en Francia*, traducción de A. García Bergua, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, México D.F., 2007 (edición original: *Le Sacre du Citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, 1992); J. ROPER, *Democracy and the his critics, Anglo-American Democratic Thought in the Nineteenth Century*, Unwin Hyman, London, 1989; M.A. PRESNO LINERA, *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 30 y ss.; y F.J. BASTIDA, R. PUNSET y I. OTTO, *Lecciones de Derecho Constitucional*, tomo II, Guiastur, Oviedo, 1980, pp. 10 y ss.

idea de que la soberanía corresponde a la totalidad de los miembros de la comunidad política⁵. En correspondencia con ello, el sufragio es un derecho que se deriva de la misma condición de ciudadano y que, además, y en consecuencia, ha de reconocerse de forma universal, sin perjuicio de las limitaciones naturales o técnicas que pueda sufrir, como por razón de edad.

b) La *teoría del sufragio como función*, plasmada por primera vez en la Constitución francesa de 1791, se relaciona con la concepción de la soberanía nacional, propia de Sieyès, que configura la Nación como un ente distinto de los ciudadanos que la componen (pues encarna no solo el presente, sino también el pasado y el futuro). Esta teoría considera el sufragio como una función política destinada a expresar la voluntad de la Nación, la cual ha de ser desarrollada por los ciudadanos más aptos o capaces para discernir el interés general ante la evidente imposibilidad de la Nación para actuar por sí misma. La lógica de esta teoría desemboca en el sufragio restringido, a disposición únicamente de los individuos que cumplan ciertas condiciones (riqueza, nivel de instrucción, sexo masculino...), teniendo el legislador la capacidad de considerar apta para el sufragio a un volumen mayor o menor de la población.

Esta discusión fue poco a poco, conforme avanzaban las primeras décadas del siglo XX, perdiendo intensidad e interés, quedando prácticamente agotada tras las olas democratizadoras y de revitalización de los derechos humanos que tuvieron lugar tras las dos guerras mundiales, y ello sin perjuicio de las fuertes resistencias habidas en algunos países a reconocer el sufragio de ciertos colectivos, sobre todo del femenino. El triunfo del sufragio universal fue también, por tanto, inevitablemente, el triunfo del sufragio como derecho⁶.

El sufragio es considerado, por tanto, desde entonces, de forma casi unánime, como un derecho y no como una mera función pública; y, más todavía, como uno de los llamados derechos humanos (en la terminología internacional y filosófica) o fundamentales (en la terminología constitucionalista), es decir, uno de aquellos derechos públicos subjetivos que, vinculados en

⁵ Vid. J.J. ROUSSEAU, *El contrato social*, libro IV, capítulo Primero. En su concepción, hoy superada, la soberanía popular se entiende como la suma de fracciones de soberanía que corresponden respectivamente a cada ciudadano.

⁶ Vid. G. BURDEAU, *Traité de Science Politique*, tomo VI, vol. II, París, 1971, pp. 86 y ss.; P. DE VEGA, "Significado constitucional de la representación política", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 44, 1985, pp. 34-35; y A. DE CABO DE LA VEGA, *El Derecho Electoral en el marco teórico y jurídico de la representación*, UNAM, México, 1994, pp. 69-70.

su esencia a la dignidad del hombre como ser social, son proclamados y garantizados al máximo nivel jurídico. Dan fe de ello tanto las declaraciones internacionales de derechos⁷ como los textos constitucionales proclamados a lo largo del siglo XX⁸.

Esto no significa que el sufragio no cumpla ninguna función. La tiene y muy relevante: actúa como base y estructura del sistema político, al permitir la conformación democrática del Estado. El sufragio hace posible la participación del pueblo en el ejercicio del poder, esencia de la democracia, pues los ciudadanos con su voto, bien deciden directamente las cuestiones que se le planteen, bien, como es más habitual, eligen a los representantes que van a decidir día a día los asuntos públicos y a nombrar a los titulares de las demás instituciones públicas.

Es ello lo que permite diferenciar en el sufragio una doble dimensión: la individual y la institucional⁹. El derecho de sufragio es, en primer lugar, un derecho individual, que corresponde al ciudadano por su propia condición de tal, y que tiene una gran importancia intrínseca para la persona, es decir, para el completo desarrollo del individuo como miembro de una comunidad; y es también un derecho con una destacada dimensión institucional, en cuanto se ejerce colectivamente con la finalidad de obtener la voluntad de la comunidad política, sea en elecciones, sea en votaciones directas, convirtiéndose en un requisito funcional de todo el sistema democrático. El sufragio se configura, pues, no solo como un derecho subjetivo individual, de gran importancia para el completo desarrollo de la libertad y la dignidad de la perso-

⁷ De los tratados internacionales sobre derechos humanos cabe destacar, por orden de aprobación: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 2 de mayo de 1948 (art. XX), la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 (art. 21), el Convenio de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (art. 3 del Protocolo Adicional núm. 1, de 20 de marzo de 1952), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (art. 25), la Convención Americana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969 (art. 23) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, también conocida como la Carta de Banjul, de 27 de julio de 1981 (art. 13).

⁸ Entre los textos constitucionales cabe destacar, por su precocidad e influencia, la Constitución mexicana de 1917 (art. 35), la Constitución alemana de 1919 (arts. 17 y 22), la Constitución austriaca de 1920 (art. 26) o a la española de 1931 (art. 52).

⁹ Para el examen de la dimensión institucional u objetiva de los derechos tiene especial interés la doctrina alemana. Así E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Escritos de Derechos Fundamentales*, traducción de J. L. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pp. 104 y ss; y K. STERN, "El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 1988, pp. 261 y ss.

na, sino también como un derecho de enorme valía para la comunidad, pues cumple una función legitimadora imprescindible para el funcionamiento de la democracia; dicho de otra forma, con la expresión del sufragio el ciudadano ejerce su derecho a votar, pero también contribuye a la formación de la voluntad estatal y al correcto funcionamiento del Estado democrático¹⁰.

Esta marcada dimensión institucional ha llevado, por otra parte, a muchos ordenamientos jurídicos durante el siglo XX, aunque con algunos precedentes en el XIX, a introducir el deber de votar, como correlativo al derecho de sufragio, con la finalidad de contribuir a su consecución¹¹. Este derecho trasmuta entonces, en cierto modo, su naturaleza, convirtiéndose en un derecho-deber o derecho de ejercicio obligatorio, cuyo incumplimiento genera consecuencias jurídicas desfavorables para el infractor, cualesquiera que éstas sean¹².

Este carácter de deber no empaña, sin embargo, su configuración como derecho. No se trata, en modo alguno, de eliminar su carácter de derecho fundamental, ni de situar al derecho en un nivel inferior o subordinado respecto del deber, sino, más exactamente, de asegurar su ejercicio, dada su importancia para la existencia de un orden jurídico democrático¹³. Eso sí, este reconocimiento debe hacerse en la propia Constitución, a la par que se reconoce el sufragio como derecho; en caso contrario, entendemos que el legislador no está legitimado para trasmutar su naturaleza de derecho a derecho-deber, pues lo impide tanto el carácter libre del mismo, como la libertad ideológica consagrada en los textos constitucionales.

¹⁰ Sobre esta cuestión vid., en general, M. ARAGÓN REYES, "Democracia y representación. Dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio", *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 9, 2000, pp. 37 y ss.

¹¹ El cantón suizo de Saint Gall en 1835, Bélgica en 1893, España en 1907, Argentina en 1912, México y Holanda en 1917, Luxemburgo en 1919, Australia en 1924, etc. Conviene precisar que en España el sufragio ha sido un deber únicamente durante la vigencia de la Ley Electoral de 1907. Vid. su artículo 2, así como los artículos 84 y 85 que regulaban las sanciones.

¹² Son muchos los autores que, sin poner en cuestión la justificación teórica de la imposición del deber de votar, se oponen al mismo por razones prácticas, de eficacia. Vid., por ejemplo, M. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *Estudios de Derecho electoral contemporáneo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1977, p. 39 y ss. (el texto es, sin embargo, de 1925); W. J. M. MACKENCIE, *Elecciones libres*, traducción española de F. Condomines Pereña, Tecnos, Madrid, 1962, p. 142 (edición original: *Free elections*, 1957); y M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, J.J. MARCO MARCO y A. URIBE OTAROLA, *Sistemas electorales. Un estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 33.

¹³ En contra vid. A. POSADA, *El sufragio*, Sucesores de Manuel Soler, Barcelona, 1901, pp. 51 y ss.; y E. ARNALDO ALCUBILLA, "Sufragio", en VV.AA., *Diccionario Electoral*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) - Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL), 1988, San José de Costa Rica, p. 683.

A lo que no debe haber obstáculo alguno es, en cambio, a la consideración del sufragio como expresión de un deber “ético” o “moral”¹⁴. El ciudadano que vota no se limita a hacer uso de su derecho fundamental al sufragio, sino que va un poco más allá: da cumplimiento a una obligación ciudadana inexcusable de carácter cívico o social, aunque sin llegar a alcanzar naturaleza jurídica¹⁵.

En todo caso, es importante advertir que la configuración del sufragio como un derecho en sentido estricto (derecho-facultad) o como un derecho-deber ha dividido fuertemente tanto a la doctrina como a las legislaciones positivas durante todo el siglo XX, sin que la discusión haya quedado en absoluto concluida¹⁶. Se puede decir que si la disyuntiva derecho/función fue el tema central del debate sobre la naturaleza del sufragio en el siglo XIX y primeros años del XX, la alternativa derecho-facultad/derecho-deber ha tomado el testigo durante todo el siglo XX, y seguro que continuará en activo durante buena parte del XXI¹⁷.

2.2. Consideraciones complementarias

Finalmente, para concluir el estudio de la naturaleza del sufragio, es conveniente aludir a otros aspectos relevantes de la misma, aunque con suma brevedad, dada su escasa problematicidad:

- El sufragio es, en razón de su finalidad, uno de los derechos de participación, también denominados como políticos, cívicos o propios del

¹⁴ Así lo proclaman expresamente algunas constituciones, como la Constitución italiana de 1947 que en el artículo 48, párrafo 2 declara el sufragio como “deber cívico”. Sobre la interpretación de este precepto vid. P. BARILE, E. CHELI y S. GRASSI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, séptima edición, CEDAM, Milano, 1995, pp. 172-173.

¹⁵ En este sentido vid. Sentencias del Tribunal Supremo español de 4 de junio de 1986 y de 20 de diciembre de 1990.

¹⁶ El momento culminante de la discusión se produjo en el primer tercio del siglo XX, con intervenciones de los más importantes publicistas. Vid., entre otros, G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1970 (edición original: *Allgemeine Staatslehre*, de 1932); K. BRAUNIAS, *Das parlamentarische Wahlrecht*, Waler de Gruyter y Co., Berlín 1932 (Derecho electoral parlamentario); M. HAORIU, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1925; A. ESMEIN, *Elements de Droit Constitutionnel Francais et Comparé*, LSRG des Lois et Des Arrêts, Paris, 1903; y A. POSADA, *El sufragio*, cit.

¹⁷ Vid., por ejemplo, las obras recientes de F. ZÚÑIGA URBINA, “Derecho de sufragio: la debatida cuestión de su obligatoriedad”, *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 1, 2009; y P. SOARES, “Ventagens e desvantagens do voto obrigatório e do voto facultativo”, *Revista de Informação Legislativa*, vol. 41, núm. 161, 2004.

- status activae civitatis*, y que, en conjunto, hacen referencia a la participación del individuo en el proceso de formación de la voluntad estatal, en definitiva, en el ejercicio del poder, como base de la democracia¹⁸.
- El sufragio es, desde el punto de vista de la actitud del Estado hacia el mismo, un derecho mixto, de libertad y de prestación, pues su ejercicio requiere tanto la abstención del Estado en orden a permitir la libertad de voto y de actuación de las fuerzas políticas, como la acción pública para asegurar la igualdad de oportunidades de los contendientes y el establecimiento de la organización administrativa precisa para ordenar el censo y encauzar el proceso electoral¹⁹.
 - En estrecha relación con esta dimensión prestacional, se puede considerar también al sufragio como un derecho de configuración legal²⁰. No obstante, este calificativo no ha de entenderse en este caso, como apunta Solozábal Echavarría, como una necesidad de que el legislador especifique las facultades o pretensiones en que el derecho consiste, sino, más bien, de que establezca la organización procedimental del derecho, sin la cual no puede, simplemente, ejercerse²¹.
 - Es, por último, desde la perspectiva de vinculación al titular, un derecho personalísimo o *intuitu personae*, es decir, que es reconocido a la persona misma que lo ostenta en razón de su condición como tal, por lo que solo puede ser ejercido por ella y no por ninguna otra en sustitución suya²², como tampoco cedido²³.

¹⁸ Sobre la participación política vid. R. CAPITANT, *Démocratie et participation politique*, Bordas, Paris, 1972; y M. RAMÍREZ, *La participación política*, Tecnos, Madrid, 1985.

¹⁹ En relación con la dimensión prestante del derecho, elaborada en la doctrina alemana, vid. P. HABERLE, "Grundrechte im Leistungsstaat", *Verfassung des Pluralismus*, Ed. Athenäum, Königstein, 1980, pp. 177 y ss.; y K. STERN, "El sistema de...", cit., pp. 263-264.

²⁰ Así lo hace la jurisprudencia constitucional. Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1989, de 15 de febrero.

²¹ Vid. J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, "La actuación efectiva del proceso electoral y sus posibilidades", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 70, 2004, p. 130. Vid. también M. AZPITARTE SÁNCHEZ, "La dimensión constitucional del procedimiento electoral", *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 10-11, segundo semestre de 2002-primer semestre de 2003, pp. 425 y ss.

²² En contra vid. K. LÖW, "Das selbsterständnis des Grundgesetzes und wirklinch allgemeine Wahlen", *Politische Studien*, núm. 25, 1974, pp. 18 y ss.

²³ Ni siquiera se admite, sino en casos muy excepcionales, el voto por delegación, en virtud del cual el representante se limita a trasladar a la Mesa Electoral la voluntad que previamente, como persona de confianza, le ha transmitido el representado.

3. EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DEL SUFRAGIO

3.1. El sufragio universal como principio de referencia

El derecho de sufragio responde, por lo general, a los mismos principios o condiciones básicas en todas las democracias desde poco después de concluida la Primera Guerra Mundial. Estos principios aparecen habitualmente sintetizados en la conocida fórmula de proclamación del sufragio como “universal, libre, igual, directo y secreto”.

Las Constituciones de los Estados aprobadas en el siglo XX suelen referirse a ellos²⁴, incluso las del primer tercio del siglo, aunque éstas acostumbraban a olvidarse del calificativo de “libre”²⁵. Y también los recogen las declaraciones internacionales de derechos, con la particularidad, en este caso, de que algunas de las declaraciones más relevantes omiten la referencia al carácter directo de la elección, seguramente para preservar las excepciones al principio vigentes en algunos países relevantes²⁶.

Son principios generales, que actúan como requisitos mínimos de democraticidad de las elecciones y que, por tanto, resultan escasamente problemáticos en su afirmación, aunque no tanto en su aplicación concreta²⁷. Han sido calificados por la Comisión de Venecia, con gran expresividad, como una

²⁴ Vid, por ejemplo, el artículo 38.1 de la Constitución alemana de 1949, el artículo 10 de la Constitución portuguesa de 1976, los artículos 23, 68,1, 69.2 y 140 de la Constitución española de 1978 y los artículos 41.I, 116.IV y 122.C. Base Primera, V.f) de la Constitución mexicana en su versión actual (no en la original de 1917, en donde no hay referencia alguna).

²⁵ Así ocurría, por ejemplo, con la Constitución alemana de Weimar de 1919 (artículo 22: “Los Diputados serán elegidos mediante sufragio universal, igual, directo y secreto...”), la española republicana de 1931 (art. 52: “El Congreso de los Diputados se compone de los representantes elegidos por sufragio universal, igual, directo y secreto”) o la austriaca de 1920 (art. 26.1: “El Consejo Nacional será elegido por el pueblo de la Federación... mediante sufragio igual, directo, secreto y personal de los hombres y mujeres que hayan cumplido veinte años antes del 1 de enero del año en que la elección haya de celebrarse”).

²⁶ Vid. el artículo 25 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966; y el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948. No se olvidan, en cambio, de este principio otras declaraciones, como la Convención Americana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969 (art. 23).

²⁷ Sobre el proceso histórico de implantación en algunos países democráticos vid. D. NOHLEN, “Democratización del sufragio”, en VV.AA., *Diccionario electoral*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) - Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL), 1988, San José de Costa Rica, p. 210.

especie de principio quíntuplo sobre el que se erige el patrimonio electoral europeo, y que, yendo más lejos, y siendo más exactos, al estar recogidas en la mayoría de las Constituciones y declaraciones de derechos, cabe extender al resto del mundo y calificar como base del patrimonio electoral mundial²⁸.

De todos estos principios o condiciones básicas del derecho de sufragio hay uno que tiene especial transcendencia a la hora de plantearse la configuración del derecho y la regulación de las elecciones. Se trata del principio de universalidad del sufragio, que predica el reconocimiento generalizado a los integrantes de la comunidad política del derecho de elegir a sus representantes, con independencia, según el entendimiento actual, de su sexo, raza, lengua, religión, profesión, fortuna o cualquier otra circunstancia semejante.

Este principio debe operar como principio de referencia en la materia, esto es, como regla básica que hay que tomar como punto de partida a la hora de afrontar su regulación y a la que en cierta medida quedan vinculados las demás. El principio de sufragio universal actúa, pues, como presupuesto, síntesis e incluso límite, de todos los demás principios; y es que si el sufragio no es igual, libre, secreto y directo, difícilmente puede ser universal²⁹. El caso del sufragio directo o de elección por grados es paradigmático; su exigencia es una forma de hacer frente al riesgo evidente de menoscabo de la universalidad del voto por las élites políticas³⁰; de ahí que durante este siglo hayan ido poco a poco desapareciendo los casos de elecciones indirectas, estando hoy prácticamente reducidas a la elección del Presidente de Estados Unidos, aunque solo formalmente, y a las segundas cámaras de algunos países (caso del Senado francés)³¹.

²⁸ Vid. COMISIÓN DE VENECIA, *Código de buenas prácticas en materia electoral, directrices e informe explicativo*, aprobado por la Comisión en su 52º período de sesiones (Venecia, 18 y 19 de octubre de 2002, Opinión nº 190/2002), CDL-AD (2002) 23 rev., Estrasburgo, 23 de mayo de 2003, p. 4.

²⁹ Con ello se pone de relieve que todos estos principios del sufragio forman un todo inseparable. Vid. N. PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, "Artículo 68. Congreso de los Diputados", en O. ALZAGA, (director), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, EDESA, Madrid, 1998, t. VI, p. 160.

³⁰ Vid. M. DUVERGER, *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1970, pp. 149-150. Es por ello por lo que algunos autores exponen el sufragio indirecto entre las "atenuaciones" del sufragio universal, como P. BISCARETTI DI RUFIA, *Derecho Constitucional*, traducción de P. Lucas Verdú, Tecnos, 3ª edición, Madrid, 1987, pp. 312-314 (Título original: *Diritto Costituzionale*, 13ª edición, de 1983).

³¹ Sobre el concepto de elecciones formalmente indirectas vid. D. NOHLEN, *Sistemas electorales y partidos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 3ª edición, 2004, p. 23.

La explicación de la centralidad del sufragio universal se encuentra en la gran importancia que el reconocimiento del derecho de sufragio tiene para la afirmación del Estado Democrático, el cual exige, como es sabido, la radicación popular de la soberanía y, más todavía, la intervención determinante de dicho pueblo soberano en la dirección de los asuntos públicos. Su reconocimiento universal y su efectivo ejercicio constituye el elemento más esencial de la configuración del Estado Democrático; difícilmente puede reputarse como tal un Estado en el que el sufragio no sea universal, esto es, que el mismo esté arbitrariamente restringido, se reconozca de forma discriminatoria o se configure de tal forma que se falsee su ejercicio.

Las consecuencias de su conculcación son, como cabe suponer, devastadoras para la democracia. Como ha expresado con gran claridad el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una reciente sentencia: "Cualquier alejamiento del principio de sufragio universal corre el riesgo de minar la validez democrática del legislativo elegido y de las leyes que promulgue"³².

3.2. Significado y alcance

El principio de universalidad del sufragio significa, en su esencia, el reconocimiento generalizado a los integrantes del pueblo del derecho de elegir a sus representantes; todos los miembros de la comunidad política, por el simple hecho de serlo, poseen el derecho de voto y pueden ejercerlo sin más limitaciones que las que determina la capacidad general de obrar o, en su caso, la de derecho público³³.

El sufragio universal opera, por tanto, respecto de una comunidad política determinada y en relación a los miembros de la misma que dispongan de la plena capacidad de obrar. Quienes no cumplan estas condiciones quedan excluidos del goce del derecho de sufragio (ya titularidad, ya solo ejercicio), pero por causas intrínsecas o immanentes al derecho, es decir, por causas naturales o técnicas, cuya existencia y operatividad no menoscaba el principio de universalidad del sufragio; es decir, va de suyo, es coherente con la naturaleza del derecho, cuyo objeto específico es contribuir a la formación de la

³² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 20 de mayo de 2010, caso Alajos Kiss contra Hungría, párrafo 62. En el mismo sentido vid. la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, 6 de octubre de 2005, párrafos 58 y 59, caso Hirst vs. Reino Unido; y la Resolución 46/137, de la Asamblea General de Naciones Unidas.

³³ Vid. P. BISCARETTI DI RUFIA, *Derecho Constitucional*, cit., p. 308 en conexión con las pp. 176-177.

voluntad de determinada comunidad política, que, para disponer de él, se exija la pertenencia a dicha comunidad, así como la capacidad de autodeterminación personal, de comprender el sentido del acto.

Cabe afirmar, en consecuencia, la existencia del sufragio universal en aquellos casos en que todos los miembros de una comunidad política determinada que gocen de la plena capacidad de obrar tengan reconocido el derecho de sufragio. Si no es así, cabe hablar en puridad de restricciones o límites externos que, ahora sí, ya menoscaban o excepcionan el principio de universalidad del sufragio, con independencia de su justificación³⁴.

Ésta es, a nuestro entender, una descripción bastante exacta del principio de universalidad del sufragio, pero puede originar equívocos sobre su alcance si no la acompañamos de ciertas precisiones. El matiz es importante y marca, en muchas ocasiones, la diferencia conceptual. Las precisiones a realizar son, básicamente, dos. Veamos.

a) La primera hace referencia a la elasticidad de su contenido. Éste depende de la configuración de la sociedad en que opere y, en concreto, de la decisión que en cada momento se adopte acerca de quién forma parte de la comunidad política o quién tiene capacidad general de obrar en ella, es decir, de cuáles son exactamente, en qué consisten, los requisitos naturales o técnicos del derecho de sufragio.

El principio de universalidad del sufragio puede dar lugar, por tanto, sin alterar su definición, a electorados muy distintos. Así, cabe entender que forman parte de una comunidad política estatal determinada, entre otras posibilidades, bien todas las personas que habitan de forma estable en el territorio del Estado y sometidos a su ordenamiento jurídico, bien sólo las personas que tienen la nacionalidad de tal Estado, con independencia del lugar en que residan, bien únicamente las personas que, teniendo la nacionalidad del Estado, habitan en su territorio y, en consecuencia, mantienen una vinculación cotidiana y efectiva con el mismo³⁵. Y cabe entender también que tienen limitada la capacidad de obrar más o menos grupos de personas: solo

³⁴ Se contraponen, así, los límites internos y los externos. No obstante, en realidad, los primeros no son límites en sentido técnico estricto, sino, más bien, elementos de delimitación del derecho. Vid., en relación con los menores e incapaces, M.A. PRESNO LINERA, "La titularidad del derecho de participación política", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 104, 2002, p. 5.

³⁵ Esta distinción parte del presupuesto de que la ciudadanía es un concepto distinto del de nacionalidad y de que puede haber diferentes grados de ciudadanía en un Estado, según el reconocimiento que se haga de la participación en la gestión de los asuntos públi-

los menores de edad y los individuos incapacitados por motivos mentales o también otros colectivos distintos, como ocurrió en otras épocas históricas con las mujeres, los quebrados o los indigentes.

Esto pone de relieve que el contenido del principio de sufragio universal es lábil, cambiante y circunstancial, y que su definición depende del contexto histórico y social en que opere en cada caso³⁶. De acuerdo con ello, a mitad del siglo XIX, por ejemplo, era posible afirmar la existencia del sufragio universal en un país aunque las mujeres no pudieran votar, pues éstas disponían de una capacidad de obrar limitada, que les impedía el libre, pleno y autónomo ejercicio de la mayoría de sus derechos; ahora bien, un siglo y medio después, en 2000, hubiera sido imposible proclamar la existencia del sufragio universal en un país cualquiera en el que las mujeres no tuvieran reconocido el derecho de voto, pues es evidente que éstas sí tenían, en esa fecha, la plena capacidad de obrar en todos los países democráticos y de acuerdo con numerosas declaraciones de derechos³⁷.

b) La segunda precisión consiste en poner de relieve los límites externos o límites en sentido estricto del principio de universalidad del sufragio. Este principio, como casi todos, no tiene un carácter absoluto o ilimitado, sino que debe compatibilizarse con otros principios, valores o derechos constitucionalmente reconocidos, sea expresa o implícitamente.

El principio de sufragio universal no es una pieza independiente del régimen constitucional y democrático, que pueda contemplarse aisladamente, sino que se inserta en un contexto normativo determinado, en el que, necesariamente, ha de integrarse y, además, de la forma más armónica posible. Es preciso, pues, mantener en todo momento, aquí como en otras ocasiones, la coherencia del ordenamiento jurídico y ponderar los intereses en juego.

Esto es lo que ha llevado a la mayoría de los ordenamientos jurídicos, tanto en la actualidad como, sobre todo, en el pasado, a establecer causas especiales o suplementarias de exclusión del derecho de sufragio, a fin de asegurar el cumplimiento de determinadas finalidades que se consideran esenciales. El caso típico en el momento actual es la exclusión del sufragio de las personas

cos. Vid., en general, P. COSTA y B. ALÁEZ CORRAL, *Nacionalidad y ciudadanía*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008.

³⁶ Vid. D. NOHLEN, *Sistemas electorales y partidos políticos*, cit., p. 21.

³⁷ El criterio a aplicar en cada época, para juzgar la consecución de la *universalidad* del sufragio, sería, por tanto, el de la idea generalmente admitida o imperante en ese momento sobre la comunidad política o la capacidad general de obrar.

condenadas por determinadas conductas que se consideran infamantes, a fin de castigar al infractor, prevenir el delito y proteger a la sociedad.

En definitiva, a la luz de todo lo dicho, se pone de manifiesto que el principio de universalidad del sufragio no impide la posibilidad de establecer límites o restricciones en el ámbito subjetivo del derecho coherentes con la propia naturaleza del mismo o necesarios para la consecución de ciertas finalidades constitucionalmente relevantes. El derecho de sufragio no es, pues, un derecho absoluto, que quepa reconocer a todas las personas sin límite o cortapisa alguna, sino sometido a una regulación y, por tanto, al cumplimiento de ciertos requisitos³⁸.

Cada Estado dispone, además, en este terreno, como ha declarado en numerosas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de un amplio margen de decisión, de acuerdo con sus legítimas peculiaridades históricas, culturales o políticas, lo que permite numerosas variantes y alternativas³⁹. De hecho, opciones inaceptables en un país y momento determinado pueden, en cambio, estar justificadas en otro lugar o tiempo histórico.

Ahora bien, al igual que hemos sostenido que el principio de sufragio universal no es absoluto y está sujeto a límites, ahora debemos añadir que estos límites tampoco están exentos de cortapisas. Los Estados no son, pues, libres de establecer las restricciones subjetivas que tengan por conveniente, ni tampoco de hacerlo de cualquier forma. De acuerdo con los estándares constitucionales e internacionales, actualmente vigentes plasmados en preceptos constitucionales, declaraciones internacionales de derechos⁴⁰, resoluciones de comités y tribunales nacionales e internacionales⁴¹ e informes y declaraciones de órganos especializados⁴², cabe sostener que cualquier requisito que

³⁸ Esta idea está muy presente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Vid., por ejemplo, la Sentencia Mathieu-Mohin y Clerfayt contra Bélgica de 2 marzo 1987, párrafo 52, y la Sentencia de 1 de julio de 1997, caso Gitonas y otros contra Grecia, párrafo 39.

³⁹ Vid., por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 6 de octubre de 2005, Gran Sala, caso Hirst contra Reino Unido (párrafos 60 y 61).

⁴⁰ Los más relevantes, por su generalidad, son la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 (art. 21), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (art. 25).

⁴¹ Se trata, fundamentalmente, del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴² Es muy relevante la labor realizada por la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho, más conocida como Comisión de Venecia, dependiente de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

se establezca en este terreno debe estar previsto en la Constitución o en la ley y, además, tener una justificación objetivamente razonable en el marco de un Estado Democrático y de Derecho, es decir, que resulte razonable desde el punto de vista de las convicciones sociales generalmente admitidas en una sociedad libre y democrática, lo que básicamente supone respetar el contenido esencial del derecho, perseguir un fin legítimo y salvaguardar el principio de proporcionalidad⁴³. Además, con arreglo al principio tradicional *pro libertate*, deben ser objeto de una interpretación restrictiva, con el fin de proporcionalizar la máxima efectividad al derecho fundamental del sufragio⁴⁴.

4. LAS LIMITACIONES DEL SUFRAGIO EN EL SIGLO XX

Nos corresponde ahora realizar el estudio de las limitaciones del derecho de sufragio que han operado en el siglo XX, dejando constancia de los principales hitos en su evolución. Lo vamos a hacer tomando como base la distinción de dos grandes tipos de limitaciones: de un lado, las vigentes durante todo el siglo XX, aun cuando hayan experimentando variaciones en su formulación a lo largo del tiempo; y, de otro lado, las que han decaído en el transcurso del siglo o que, a su final, estaban en trance de desaparición.

4.1. Limitaciones operativas durante todo el siglo XX

a) La *condición de extranjero*. La exclusión de los extranjeros del derecho de sufragio deriva de la consideración de la nacionalidad como requisito atributivo de la plena capacidad jurídica en el Estado. En los ordenamientos estatales se distingue entre *los nacionales*, con plena capacidad jurídica, aunque no necesariamente de obrar, y *los extranjeros*, con capacidad jurídica limitada, pues sufren ciertas restricciones en la misma, entre otras, la exclusión o restricción de los derechos políticos y, singularmente, el derecho de sufragio.

Nos encontramos ante una limitación tradicional del sufragio, en la medida en que la sociedad internacional está basada, desde la era Moderna, en

⁴³ Así, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de julio de 1997, caso *Gitonas y otros contra Grecia*; y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sala, 2 de marzo de 1987, caso *Mathieu-Mohin y Clerfayt contra Bélgica*, párrafo 52.

⁴⁴ Vid., por ejemplo, Sentencia del Tribunal Constitucional español 76/1987, de 25 de mayo, fundamento jurídico núm. 2.

los Estados-Naciones y en la afirmación de su soberanía⁴⁵. Desde esta perspectiva, la exclusión de los extranjeros deriva del concepto de soberanía nacional, esto es, de la facultad de una comunidad política de decidir su destino, y se refuerza con la presunción de que solo los nacionales tienen interés pleno y directo en la conducción de los asuntos estatales⁴⁶.

Esta limitación ha sufrido, sin embargo, en el siglo XX, sobre todo en el último cuarto, un importante –y muy saludable– proceso de desgaste, bajo la presión de los cambios migratorios, la internacionalización de la vida política, social y cultural y la dinámica integradora despertada por la creación tanto de organizaciones supranacionales, como internacionales de cooperación regional. Ello se manifiesta en el hecho de que la mayoría de los países permiten votar a los extranjeros o a determinadas categorías de ellos en algunas elecciones, en especial las locales o a parlamentos supranacionales, como el europeo, o incluso en todas, como sucede en Chile o Nueva Zelanda⁴⁷. Los países líderes han sido el Reino Unido a mitad de siglo, permitiendo votar

⁴⁵ Vid. G.S. GOODWIN-GILL, *Elecciones libres y justas*, Unión Interparlamentaria, Ginebra, 2006, pp. 146.

⁴⁶ La pertinencia de este requisito y de su alcance ha generado un amplio debate en todos los ordenamientos. Vid., P. COSTA y B. ALÁEZ CORRAL, *Nacionalidad y ciudadanía*, cit.; B. ALÁEZ CORRAL, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución de 1978?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006; J. HABERMAS, “Ciudadanía e identidad nacional. Reflexiones sobre el futuro europeo”, en J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 619 y ss.; P. SANTOLAYA MACHETTI y M. REVENGA, *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, CEDAM, Padua, 1997; W. KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996; M. BOVERO, “Ciudadanía y derechos fundamentales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 103, 2002; M. MASSO GARROTE, “Aspectos políticos y constitucionales sobre la participación electoral de los extranjeros en el Estado nacional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 97, 1997, pp. 159 y ss.; J. DE LUCAS, y L. DÍAZ HUESO, L., *La integración de los inmigrantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007; M. A. PRESNO LINERA, *El derecho de voto*, cit., pp. 74 y ss.; y *El derecho de voto: un derecho político fundamental*, 2011, edición del autor (accesible en <http://presnolinera.files.wordpress.com/2011/10/el-derecho-de-voto-un-derecho-polc3adtico-fundamental-libro.pdf>).

⁴⁷ Sobre el Derecho comparado en relación con el reconocimiento del derecho de sufragio de los extranjeros vid. VV.AA., *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral. Texto del Informe y debates académicos*, Consejo de Estado y Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 40 y ss. Vid. también P. SANTOLAYA, y M^a DÍAZ CREGO, *El sufragio de los extranjeros. Un estudio de Derecho comparado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008; y H. WALDRAUCH, *Electoral rights for foreing nationals: a comparative overview*, presentada en ESF/LESC-SCSS Exploratory Workshop –Citizens, non-

a los ciudadanos de la Commonwealth con residencia en el momento de la elección, y Suecia en 1975, al reconocer el voto de los extranjeros residentes en las elecciones locales⁴⁸.

Esto constituye una especie de retorno a los orígenes del Estado Constitucional, pues, conviene recordar que la Constitución francesa de 1793 no excluía del sufragio a los extranjeros que cumplieran ciertas condiciones mínimas como la residencia de un año en el país⁴⁹. Además, con anterioridad, en el siglo XIX, algunos Estados de los Estados Unidos, en momentos de máxima expansión, con fuerte demanda de inmigración y consiguiente necesidad de integración, permitieron votar a los extranjeros con mínimas exigencias de residencia.

b) La *residencia en el exterior*. La condición de nacional no siempre es suficiente para configurar la capacidad electoral activa en los ordenamientos estatales. Muchos países exigen en todas o algunas elecciones, un segundo requisito, el de la residencia⁵⁰, de tal forma que los nacionales solo pueden votar en su país si, además, tienen su residencia en el mismo⁵¹.

Esta exigencia adicional, respaldada por diversos tribunales y organismos internacionales y estatales⁵², se funda en la idea de que los nacionales no residentes, al no ser destinatarios de las decisiones políticas del poder del

citizens and voting rights in Europe-, University of Edinburgh, 2-5 junio de 2005, disponible en http://dspace.anu.edu.au/bitstream/1885/41780/2/waldrach_paper.pdf.

⁴⁸ España ha adoptado una postura que se podría calificar como de moderadamente abierta al derecho de sufragio de los extranjeros. El artículo 13.2 de la Constitución atribuye los derechos de participación, entre los cuales está el derecho de sufragio activo, a los españoles, pero, con la salvedad de "lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales". Además, hay que tener en cuenta la aplicación en España, vía artículo 93 de la Constitución, de los tratados Europeos, y, por tanto, del derecho de ciudadanía europeo allí reconocido.

⁴⁹ Vid. el artículo 3 de la Constitución de 1793. Sobre esta cuestión vid. P. ARDANT, "Les exclus", *Pouvoirs*, núm. 7, 1978, pp. 56 y ss.; y M. A. PRESNO LINERA, *El derecho de voto*, op. cit., pp. 62 y ss.

⁵⁰ En algunos países este requisito opera en todas las elecciones (Chile, Nueva Zelanda), pero en otros solo en algunas, normalmente regionales y, sobre todo, locales.

⁵¹ Sobre esta limitación vid., en general, A. ELLIS, C. NAVARRO, I. MORALES y A. WALL (eds.), *Voting from abroad: the International IDEA handbook*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance / The Federal Electoral Institute of Mexico, Stockholm, 2007.

⁵² Así, la Comisión Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, la Comisión de Venecia nacionales y el Tribunal Supremo norteamericano.

Estado del que son nacionales, carecen del interés directo que se precisa para participar en la constitución del órgano que va a tomar dichas decisiones o, al menos, condicionarlas decisivamente. Se considera, pues, que estas personas no tienen un interés lo suficientemente fuerte como para intervenir en la orientación de los asuntos públicos⁵³.

En el Derecho Comparado la tendencia imperante, sobre todo desde 1980, es, sin embargo, la contraria, al menos por lo que hace a las elecciones de mayor relieve (legislativas y presidenciales): la de facilitar el derecho de sufragio a los nacionales del exterior⁵⁴, en aras de mantener su vinculación con el Estado y con ello la plenitud de sus derechos, opción que también cuenta con el respaldo del Derecho Internacional⁵⁵. De hecho, son cada vez más numerosos los Estados que articulan procedimientos de voto a distancia específicos para este colectivo o que incluso optan por establecer mesas electorales en embajadas, consulados y otros lugares a fin de que estos electores puedan votar de forma directa⁵⁶.

Las dos posiciones son entendibles, pues responden a argumentaciones de peso, por lo que la mejor opción sea quizás la síntesis de las dos. Ello se concretaría en la posibilidad de reconocimiento del sufragio a los ciudadanos del exterior, pero sometido a la exigencia de un contacto mínimo o de mantenimiento de intereses en el país, que habría que concretar con rigor. No a todos los emigrados se les debería considerar igual de desafectados respecto de las decisiones políticas. Es, sin duda, una interesante cuestión a abordar en el siglo XXI.

⁵³ Vid. J. CARPIZO y D. VALADÉS, *El voto de los mexicanos en el extranjero*, UNAM, México, 1998; M. A. PRESNO LINERA, *El derecho de voto: un derecho político fundamental*, cit., pp. 68 y ss.; y L. M^a Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 3^a edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2009, p. 400.

⁵⁴ Vid. D. NOHLEN y F. GROTZ, "External Voting: legal framework and an overview of electoral legislation", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 99, 2000, pp. 1115 y ss.

⁵⁵ Vid. el artículo 14 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990).

⁵⁶ España se ubica en esta tendencia. La Constitución solo lo exige para las elecciones al Congreso de los Diputados (art. 68.5), pero la LOREG lo ha extendido a todas las elecciones, salvo, desde enero de 2011, las municipales (art. 2). Así, los ciudadanos residentes en el exterior e inscritos, por tanto, en el llamado "censo de los electores residentes-ausentes que viven en el extranjero", pueden votar en las elecciones de mayor relieve y mayor contenido político: Congreso de los Diputados, Senado, Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y Parlamento Europeo.

c) La *minoría de edad*. La exclusión de los menores del derecho de sufragio está presente en todos los ordenamientos, pues guarda relación con la capacidad de obrar y, en concreto, con la falta de discernimiento intelectual o madurez personal para ejercer los derechos, que se presume de los menores; en el ámbito propiamente electoral esa capacidad es la de estar en condiciones de comprender las distintas opciones y de discriminar entre ellas la más adecuada para la defensa de los intereses de la comunidad.

El establecimiento de una edad concreta para votar no es, en realidad, una opción para los Estados, pues, se torna en imposible la alternativa del examen individualizado de la capacidad individual de cada menor. Hay que establecer, necesariamente una edad concreta, aquella que se considere que, de forma generalizada, la persona alcanza la capacidad de autodeterminación política.

Es ésta una cuestión complicada de resolver y muy dependiente del contexto jurídico y social en que se tenga que concretar, por lo que es importante el lugar y el momento que opere. Es por ello por lo que ha experimentado una importante evolución durante el siglo XX, que cabe resumir en los siguientes puntos:

- La rebaja de la mayoría de edad electoral. En la actualidad en la mayor parte de los países suele estar fijada en los dieciocho años⁵⁷, mientras que a principios de siglo era normalmente más alta, situándose de forma general entre los 21 y los 25 años⁵⁸.
- La equiparación general entre la mayoría de edad electoral y la civil. En el pasado, por el contrario, ha sido relativamente frecuente que la mayoría de edad electoral fuera más alta que la civil u ordinaria⁵⁹, como forma de amortiguar los presumibles efectos desestabilizado-

⁵⁷ Hoy hay una tendencia a reducir la mayoría de edad electoral por debajo de los 18 años. Así sucede en Brasil, Argentina o Austria, que la han situado en los 16 años. En relación con el debate relativo a la reducción de la mayoría de edad electoral vid. M.A. PRESNO LINERA, *El derecho de voto*, cit., pp. 137 y ss.; y número monográfico de la *Revista de Estudios de Juventud*, núm. 15, junio de 2009, con artículos de varios autores desde diferentes perspectivas; en uno de los trabajos se trata el caso austriaco: H. WINTERSBERGER, "Edad electoral, dieciséis años. La reforma electoral austriaca de 2007", pp. 1 y ss.).

⁵⁸ En España a principios de siglo la mayoría de edad electoral se situaba en los 25 años (art. 1 de la Ley Electoral de 1907). Hoy está fijada en los dieciocho años (art. 12 de la Constitución).

⁵⁹ En España, por ejemplo, a principios de siglo la mayoría de edad civil estaba fijada en los veintitrés años y la electoral en los veinticinco.

- res del reconocimiento del sufragio universal⁶⁰. Hoy ello parece difícilmente compatible con el sufragio universal⁶¹.
- La equiparación, asimismo, de la mayoría de edad de hombres y mujeres. En algunos países, al reconocerse el sufragio femenino se establecieron diferencias de edad atendiendo a la idea de que la madurez política femenina se alcanzaba a una edad más elevada que la masculina⁶².
 - La disminución de los países que diferencian entre la mayoría de edad electoral y de elegibilidad, estableciendo una edad más alta para ésta en base a la mayor complejidad de la tarea a desarrollar⁶³.
 - La notable reducción, igualmente, de los países que establecen una edad más alta para participar en la elección de las segundas cámaras, medida nada infrecuente en la primera mitad del siglo⁶⁴.
 - La casi desaparición, asimismo, del uso de circunstancias especiales para atribuir anticipadamente la mayoría de edad electoral, como el hecho de estar casado o emancipado o prestar servicios en defensa de la patria⁶⁵. Esta última circunstancia fue bastante frecuente tras las dos guerras mundiales⁶⁶.

⁶⁰ Vid. J.M. VALLÉS y A. BOSCH, *Sistemas electorales y gobierno representativo*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 41.

⁶¹ En este sentido la Comisión de Venecia señala que “el derecho de sufragio debe adquirirse, a más tardar, cuando se alcanza la mayoría de edad civil”. Vid. COMISIÓN DE VENECIA, *Código de buenas prácticas en materia electoral, directrices e informe explicativo*, cit., p. 4.

⁶² Por ejemplo, en Inglaterra la Ley electoral de 1918 fijó el sufragio masculino en los veintiún años y el femenino en los treinta.

⁶³ Ésta sigue siendo una diferencia vigente en varios países como Estados Unidos, Italia o Bélgica.

⁶⁴ Italia constituye en la actualidad la excepción más relevante, pues para votar en las elecciones a la Cámara de Diputados bastan 18 años y para las del Senado se exigen 25 años (artículo 58).

⁶⁵ Quedan, no obstante, algunas excepciones, como la República Dominicana, donde el hecho de estar o haber estado casado antes de los 18 años atribuye la nacionalidad y, por tanto, el derecho a votar.

⁶⁶ Así en el Reino Unido en 1918 se rebajó la edad electoral de veintiún a diecinueve años, por una sola vez, para los hombres que habían prestado o estaban prestando el servicio militar en la 1ª Guerra Mundial. Igualmente, el Código electoral francés (art. L 3) previó durante mucho tiempo la dispensa de la edad electoral de veintiún años para quienes hubiesen realizado actos heroicos oficialmente homologados por la atribución de una condecoración (Legión de Honor, la Medalla Militar, la Cruz de la Liberación, la Cruz de Guerra a título personal o la Medalla de la Resistencia).

d) La *incapacidad mental* para el ejercicio del derecho de sufragio. Se trata de otra causa de privación del sufragio que es común a los distintos ordenamientos, dada la evidencia de su fundamento: la falta en el individuo de la capacidad de reflexión y discernimiento que requiere el sufragio, es decir, la carencia en él de las facultades intelectuales mínimas para autodeterminarse políticamente.

No obstante, su formulación no ha permanecido invariable en el tiempo. Así cabe apuntar dos diferencias fundamentales en su evolución en el siglo XX, que responden a la idea de reforzar las garantías de los posibles afectados:

- La extensión de la garantía judicial. La medida de privación del sufragio solo puede ser acordada por la autoridad judicial competente, tras un procedimiento contradictorio, garantía que no era general a principios del siglo XX⁶⁷.
- La introducción de la exigencia de realizar una valoración de la incapacidad de la persona concreta para el ejercicio del derecho de sufragio, de tal modo que la privación del sufragio no derive de forma automática de una declaración de incapacidad civil⁶⁸. Es ésta una garantía inexistente en los inicios del siglo y que, aún hoy, no está generalizada en el Derecho comparado⁶⁹.

⁶⁷ Vid. COMISIÓN DE VENECIA, *Código de buenas prácticas en materia electoral, directrices e informe explicativo*, op. cit., pp. 5 y 16. Vid. también la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, cuyo artículo 12, relativo al igual reconocimiento como personas ante la ley, dice: "Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas".

⁶⁸ Vid. Recomendación núm. R (99) 4 del Comité de Ministros a los Estados Miembros del Consejo de Europa sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados, adoptada el 23 de febrero de 1999 (principio 3); COMISIÓN DE VENECIA, *Código de buenas prácticas en materia electoral, directrices e informe explicativo*, cit., pp. 5 y 16; y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Alajos Kiss contra Hungría, Sentencia de 20 de mayo de 2010.

⁶⁹ En España sí existe desde la aprobación de la Ley 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Vid. su artículo 3.

e) *La infracción cualificada del ordenamiento jurídico*. Esta causa de privación del sufragio tenía un carácter general o universal a principios del siglo XX, del que carece hoy, al ser abandonada por un creciente número de países, sobre todo europeos (Alemania, España Dinamarca, Suecia, Portugal)⁷⁰, aunque no sólo (Canadá, Sudáfrica...), por considerarla de difícil justificación⁷¹, al chocar con importantes principios o valores como la dignidad humana o la reinserción social del delincuente, aparte del sufragio universal⁷².

Sigue gozando, no obstante, de gran predicamento, pues es seguida, de una forma o de otra, por una amplia mayoría de países, en base a distintas razones, que pueden operar de forma separada o cumulativa: la indignidad moral que demuestran los responsables de ciertas infracciones del ordenamiento jurídico, las necesidades de protección de una sociedad democrática y de su proceso electoral, el fomento de conductas cívicas y de respeto al Estado de Derecho, y las dificultades de “voto libre” en el caso concreto de las personas sujetas a pena de prisión⁷³.

Durante la parte final del siglo XX se han establecido, además, unos estándares internacionales mínimos sobre la imposición de esta limitación, con el fin de evitar excesos y proteger, con ello, la universalidad del sufragio y el conjunto de los principios, derechos o valores del régimen constitucional. La Organización de Naciones Unidas los ha concretado en las siguientes prescripciones⁷⁴:

⁷⁰ España eliminó en 1995, con la aprobación de un nuevo Código Penal, la exclusión de los condenados a pena de prisión.

⁷¹ En estos dos países la eliminación de esta causa de privación del sufragio se produjo por decisión judicial. Vid. Tribunal Supremo de Canadá, Sentencia de 31 de octubre de 2002, caso Sauvé contra Canadá (Funcionario Electoral Jefe); y Tribunal Supremo de Sudáfrica, Sentencia de 1 de abril de 1999, caso August contra Comisión Electoral.

⁷² Sobre el carácter infamante de esta limitación, incompatible con la dignidad humana, vid. J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, “La actuación efectiva del proceso electoral y sus posibilidades”, cit., pp. 128-129.

⁷³ Vid. L. E. RÍOS VEGA, “El sufragio de los criminales. América y Europa”, Comunicación presentada al III Congreso Internacional de Estudios Electorales, Partidos, Elecciones y Calidad de la democracia en la globalización, Salamanca, octubre de 2009, en proceso de publicación, accesible el resumen en <http://www.somee.org.mx/images/Justicia%20Electoral.pdf>; R. CLEGG, “Who Should Vote?”, *Texas Review of Law & Politics*, vol. 6, 2001-2002, pp. 160-178; A. BEHRENS, “Voting-Not Quite a Fundamental Right? A Look at Legal and Legislative Challenges to Felon Disfranchisement Laws”, *Minnesota Law Review*, vol. 89, 2004, núm. 1, pp. 231-275; y M.K. DHAMI, “La política de privación del sufragio a los presos: ¿una amenaza para la democracia?”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, v. XXII, núm. 2, diciembre 2009, pp. 121 y ss.

⁷⁴ Vid. la Observación General sobre el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 realizada por el Comité Internacional de Derechos Humanos de la

1. Se admite que la suspensión del derecho a votar pueda venir motivada por “la condena por un delito”, sin especificarse nada más sobre el mismo (naturaleza, gravedad...).
2. Se exige en tal caso que el período de suspensión del sufragio guarde “la debida proporción con el delito y la condena”.
3. Se excluye la posibilidad de privar del sufragio “a las personas a quienes se prive de libertad pero que no hayan sido condenadas”.

Estos estándares han supuesto un importante paso adelante en la protección del derecho de sufragio, pero nos parecen claramente insuficientes. Las exigencias tienen que ser mucho más restrictivas. En el siglo XXI deberá avanzarse, pues, con más firmeza y ambición en este terreno, como ya ha sucedido en el continente europeo⁷⁵.

4.2. Limitaciones decaídas o residuales

Tras examinar las limitaciones del derecho de sufragio que han estado presentes, con mayor o menor extensión y con distintas formulaciones, durante todo el siglo XX, cabe referirse ahora a las que han corrido peor fortuna, bien por haber decaído en el transcurso del siglo, bien por llegar a su final con un carácter residual y estar en trance de desaparición. El motivo es generalmente el mismo: considerarse incompatibles con los estándares propios de una sociedad libre y democrática, que tiene al sufragio universal como uno de sus principios básicos.

Vamos a dar cuenta de ellos de forma breve, dada las restricciones espaciales de que disponemos, sin perjuicio de destacar sus contornos básicos. Se exponen con arreglo al criterio de la finalidad que persiguen:

a) *No disponer de determinada capacidad económica* (pagar determinados impuestos, tener propiedades de determinado valor, demostrar determinados ingresos) o *nivel de instrucción* (alfabetismo, tener determinados titulaciones o empleos, demostrar el conocimiento de la Constitución). Aludimos con-

Organización de Naciones Unidas (adoptada el 12 de julio de 1996 en su 57 período de sesiones), punto 14.

⁷⁵ A comienzos del siglo XXI, y en el ámbito internacional estrictamente europeo, el estándar se ha vuelto más exigente. Vid. L.A. GÁLVEZ MUÑOZ, “Ciudadanía y sufragio. El caso español”, en C. BÁEZ SILVA y L. EFRÉN RÍOS (eds.), *Ciudadanía, derechos políticos y Justicia Electoral en México. Memoria del IV Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral*, Marcial Pons y Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo, 2013., pp. 71-73.

juntamente a estas dos causas de exclusión del sufragio por tener una trayectoria y un objetivo común: son las propias del sufragio restringido vigente durante el primer constitucionalismo, que trataba de asegurar que el cuerpo electoral estuviera formado por las personas más capacitadas y con interés en la gestión pública y en el orden establecido⁷⁶.

Desaparecieron de forma general durante la segunda mitad del siglo XIX (Francia, Suiza, Estados Unidos, España, Alemania, Bélgica...) ⁷⁷ y el primer cuarto del siglo XX (Italia, Canadá, Países Bajos, Suecia...), si bien en algunos países han pervivido manifestaciones residuales durante más tiempo. Es el caso de Estados Unidos, en donde algunos Estados sureños establecieron impuestos electorales (los *poll-taxes*)⁷⁸ o incluso exámenes de conocimiento constitucional⁷⁹.

b) *La condición de mujer*. Se trata de una limitación tradicional, propia de la sociedad decimonónica y aún anterior⁸⁰, que decayó en todos los países democráticos en la primera mitad del siglo XX⁸¹, salvo contadas excepciones *ex ante* (algunos Estados norteamericanos y australianos y Nueva Zelanda)⁸² o *ex post* (México, Grecia, Mónaco, Suiza, Portugal, Liechtenstein...). Ello tuvo lugar al hilo del movimiento de igualación de sexos, más gráficamente denominado como “feminista” o de “liberación de la mujer”, que se implantó con fuerza en los Estados Unidos, el Reino Unido y otros países europeos a fines del siglo XIX. Resultó también decisiva en el cambio legislativo la destacada participación que tuvo la mujer en el plano económico, laboral y social durante la primera Guerra Mundial, pues sirvió para aumentar la presión para

⁷⁶ Vid. F.J. BASTIDA, R. PUNSET y I. OTTO, *Lecciones de Derecho Constitucional*, cit., pp. 30-31.

⁷⁷ Se suele considerar que Francia y Suiza fueron los primeros países en reconocer el sufragio universal masculino: en 1948, tras las revoluciones de ese año. En España se consiguió muy pronto: en 1868, aunque se consagró realmente en 1890.

⁷⁸ Los *poll taxes* pervivieron en algunos Estados hasta su proscripción constitucional en 1964 a través de la XXIV enmienda.

⁷⁹ Así lo hizo Alabama hasta su declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Supremo en 1949.

⁸⁰ Nos referimos a la Antigua Grecia, en donde las mujeres no eran sujetos políticos.

⁸¹ España lo hizo en 1931, por medio del artículo 53 de la Constitución de la II República. Las primeras elecciones en que votaron las mujeres fueron las legislativas de 1933.

⁸² Cabe citar los casos de Wyoming en 1869, Colorado en 1893, Utah y Ohio en 1996; Australia del Sur en 1895 y Australia del Oeste en 1899; y Nueva Zelanda en 1893. En el siglo XIX se reconoció el sufragio a la mujer en otros lugares, pero de forma muy restringida, como es el caso de los Estados de Bohemia, Galitzia y Voraelberg en 1861 o de Suecia en 1863.

el reconocimiento de la igualdad de derechos en todos los ámbitos, y, en particular, el político.

Nos encontramos ante un paso de primera magnitud en el derecho de sufragio, de tanta relevancia como lo fue la instauración del régimen representativo a fines del siglo XVIII y la superación del sufragio restringido (censitario y capacitario) en la segunda mitad del XIX, pues supuso la duplicación del electorado y, además, la incorporación de un tipo de electores con un perfil y una sensibilidad distintos a los hasta entonces existentes. Más aún, el reconocimiento de la mujer como sujeto del derecho de sufragio, así como de otros derechos políticos, al mismo nivel que el hombre, es, muy probablemente, el hecho más relevante y caracterizador del proceso de emancipación de la mujer, largamente postergada, y ésta uno de los sucesos más relevantes del siglo XX, junto al triunfo del parlamentarismo, el proceso de descolonización, la internacionalización de la vida política, económica y cultural, la irrupción de los medios de comunicación de masas o la apuesta por el Estado de Bienestar.

Dicho esto, conviene advertir que la exclusión de la mujer del sufragio se ha presentado históricamente como el corolario de la condición subalterna de la mujer en el ámbito social y de la menor capacidad de obrar que le reconocía el ordenamiento jurídico. Ello ha ido acompañado de argumentos de muy diverso tipo, como su menor capacidad o inteligencia⁸³, el desinterés de la mujer hacia la política, la falta de independencia para emitir su sufragio por la influencia que ejercería el hombre o la iglesia o la perturbación que sufriría la concordia conyugal o el cuidado del hogar y la familia⁸⁴. Algunas veces se han utilizado, no argumentos de principio, sino de mera oportunidad política, ante la presunción de que el voto de la mujer fuera mayoritariamente conservador⁸⁵.

c) *La pertenencia a determinada raza o etnia*. Esta limitación, que no tiene más fin que el de preservar el dominio de la raza o grupo dominante, ha

⁸³ Este argumento se ha arrastrado desde Aristóteles, quien fue el primero que teorizó sobre la inferioridad de la mujer. El científico Santiago Ramón y Cajal se encargaría, contemporáneamente, de desacreditar esta creencia.

⁸⁴ Sobre esta cuestión vid., por ejemplo, M. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *Estudios de Derecho electoral contemporáneo*, cit., pp. 10-16.

⁸⁵ Es muy significativo el debate que tuvo lugar en España en las Cortes republicanas durante la elaboración de la Constitución de 1931. Vid. R. M^a CAPEL, *El sufragio femenino en la Segunda República Española*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1975.

operado en varios países de distintos continentes en el siglo XX. El caso más conocido y duradero ha sido el de la Sudáfrica del *Apartheid*, con la exclusión de los negros y las minorías no blancas, pero hay otros muchos, algunos muy reseñados, como el de la Alemania Nazi, con la exclusión de judíos y zingaros, y otros menos, como el de Australia respecto de los aborígenes hasta 1962 o el Canadá hasta mitad del siglo con los indígenas y los canadienses de origen chino, indio y japonés⁸⁶. Además, hay que incluir aquí los países que han utilizado técnicas indirectas de limitación del sufragio, es decir, que han articulado medidas restrictivas formuladas de forma abstracta, pero cuyos destinatarios efectivos son los miembros de determinada raza⁸⁷; así sucedió, por ejemplo, en Estados Unidos, en donde algunos Estados del sur establecieron, como hemos visto antes, exámenes de conocimiento constitucional o impuestos electorales⁸⁸.

d) La *realización de determinadas actividades o hallarse en ciertas situaciones personales* que se consideran incompatibles con la dignidad del sufragio e incluso, en algunos casos, además, con la libertad de elección (vagos, mendigos, gestores y habitantes de prostíbulos, personas acogidas en establecimientos benéficos, deudores del fisco, concursados o quebrados...)⁸⁹. Esta categoría, habitual en la primera mitad del siglo, ha ido poco a poco desapareciendo, aunque todavía quedan algunos vestigios, sobre todo en países sudamericanos⁹⁰.

e) El *ejercicio de determinadas profesiones, oficios o cargos* caracterizados por su posición de autoridad e independencia y, en algunos casos, al propio tiempo, por su sometimiento jerárquico (militares, policías, jueces, funciona-

⁸⁶ Vid. R. LANDRY, "Ética y democracia electoral en Canadá", en OROZCO HENRÍQUEZ, J. J. (comp.), *Memoria de III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, Tribunal Electoral del poder Judicial de la Federación México, 1999, pp. 1295-1296.

⁸⁷ Vid. sobre esta cuestión J.M. COTTERET y C. EMERI, *Los sistemas electorales*, Oikos Tau, Barcelona, 1973, pp. 31-32 (edición original: *Les systèmes électoraux*, Presses Universitaires de France, París, 1970).

⁸⁸ El Tribunal Supremo norteamericano ha intervenido en este terreno en varias ocasiones para defender la integridad de la XV enmienda, introducida en 1870, que prohíbe menoscabar el derecho de sufragio "por motivos de raza, color, o de su condición anterior de esclavos".

⁸⁹ Vid., por ejemplo, el artículo 3 de la Ley Electoral española de 1907.

⁹⁰ Es el caso, por ejemplo, de México, que establece la causa de exclusión de "vagancia o ebriedad consuetudinaria, declarada en los términos que prevengan las leyes" (art. 38.IV de la Constitución). También en otros países se han introducido medidas de este tipo, como Uruguay y El Salvador.

rios, directores del escrutinio, sacerdotes...) ⁹¹. En coherencia con ello, la limitación del sufragio se establece con el fin, fundamentalmente, de mantener la independencia política y, en su caso, la libertad de los afectados, así como la libertad de los ciudadanos en general. Ha gozado de cierto predicamento en el primer cuarto del siglo XX, aunque los supuestos que la integran han ido poco a poco desapareciendo de las legislaciones, hasta convertirse en residuales a fin de siglo ⁹². El supuesto que ha mostrado mayor resistencia es la exclusión de los militares y policías, vigente todavía en varios países, sobre todo sudamericanos ⁹³.

f) La *pertenencia a determinados partidos, organizaciones o grupos políticos*, que se consideran enemigos del ordenamiento político vigente. Se trata de una limitación excepcional y propia de los cambios de régimen, que va destinada a proteger al sistema político y que suele decaer tan pronto como éste se consolida. El caso más conocido es el de la Constitución italiana de 1947, que excluía del voto a “los jefes responsables del régimen fascista” durante un periodo de cinco años y a “los miembros y descendientes de la Casa de Saboya” ⁹⁴. Hoy es una causa enteramente residual.

LUIS A. GÁLVEZ MUÑOZ
Derecho Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad de Murcia
c/Santo Cristo, 2, 30001, Murcia
e-mail: lgalvez@um.es

⁹¹ En España la Ley Electoral de 1907 prohibía votar a “las clases e individuos de tropa que sirvan en los ejércitos de mar o tierra... mientras se hallen en filas” (art. 1, párrafo 2°).

⁹² Algunos países las han eliminado en el último tercio del siglo. Por ejemplo, Canadá derogó la exclusión de los funcionarios en los años 70 y la de los jueces federales en los 80. Otro ejemplo, México solo ha permitido votar a los sacerdotes tras la reforma constitucional de 1992.

⁹³ Lo más habitual es excluir a los dos grupos mencionados, pero hay algunos países que limitan la exclusión a los militares (Guatemala) y otros solo a los soldados que realizan el servicio militar (Brasil).

⁹⁴ Vid., respectivamente, las disposiciones XII y XIII que figuran entre la parte final de la Constitución italiana (“disposiciones transitorias y finales”). Esta última ha cesado en sus efectos en 2002 (Ley constitucional de 23 de octubre de 2002, n.1).

**LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS
DE CRÍMENES INTERNACIONALES COMO LÍMITE JURÍDICO
A LA DISCRETIONALIDAD NEGOCIADORA
DE LAS PARTES EN PROCESOS DE PAZ:
EL CASO DE COLOMBIA***

*THE RIGHTS OF VICTIMS OF INTERNATIONAL CRIMES
AS A LEGAL LIMIT TO DISCRETIONALITY
OF NEGOTIATING PARTIES IN PEACE PROCESSES:
COLOMBIA'S CASE*

FÉLIX VACAS FERNÁNDEZ
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 25-6-13

Fecha de aceptación: 9-10-13

Resumen: *El presente estudio trata de mostrar, en primer lugar, el nuevo consenso alcanzado en torno a las complejas relaciones entre Justicia y Paz y el muy relevante papel que, en relación a las mismas, han comenzado a jugar las víctimas de crímenes internacionales; para, a partir de ahí, establecer el estatuto jurídico internacional de las víctimas de crímenes internacionales. Todo lo cual dibuja un nuevo marco jurídico internacional que, como se aborda en tercer lugar, debe ser respetado por Colombia en su ordenamiento jurídico interno y, dentro de éste, muy especialmente en los resultados de las negociaciones de los distintos procesos de paz que se han venido desarrollando en ese país sudamericano. Ello viene sin duda a limitar, si bien en ningún caso a eliminar, el, por otro lado necesario, margen de maniobra que los actores deben utilizar para alcanzar los equilibrios que hagan culminar dichos procesos en una paz con justicia en Colombia.*

* Este artículo es fruto de la estancia de investigación del autor en el *International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences* (ISISC) de Siracusa (Italia), entre enero y julio de 2012, posible por la ayuda económica de Bankia de Movilidad para los profesores de las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid en su convocatoria 2011-2012, y se ha realizado en el marco del proyecto 11-CAP2-0983, financiado por la AECIO y titulado "Difusión y aplicación del O.I.H. en Colombia" de 2012-2013.

Abstract: *This paper shows, in first place, the new consensus reached on the complex relations between Justice and Peace and the very much important role played on it by victims of international crimes. From that basis, the international legal status of victims of international crimes will be studied, in second place. All that draws a new international legal framework that, as will be shown in third place, must be observed by Colombia's internal law and, within it, especially in the results of the different peace process negotiations that are or have been in place in that South American country. No doubt that all this places legal limits on negotiating parties, even though in any case that means to deny the, on the other hand always necessary, dealing freedom that those negotiating parties should use to reach the always difficult balance that will allow them to attain a peace with justice in Colombia.*

Palabras claves: justicia, paz, justicia de transición, derechos de las víctimas, crímenes internacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos, procesos de paz.

Keywords: justice, peace, transitional justice, victims' rights, international crimes, Inter-American Court of Human Rights, peace processes.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El inicio de un nuevo proceso negociador entre el Gobierno de Colombia y las FARC, abierto en Oslo (Noruega) en octubre de 2012, ha generado, como todo proceso de paz, expectativas, esperanzas y anhelos, junto a retos, temores y recelos. En realidad, a lo largo de los casi 50 años de conflicto colombiano expectativas y esperanzas, recelos y temores se han ido sucediendo según se iban alternando procesos negociadores, más o menos exitosos, con nuevos periodos de aumento de la violencia. Como señala Theidon: *"During Colombia's 42-year internal armed conflict, each successive president has attempted some sort of military victory or, in the face of that impossibility, peace negotiations"*¹.

Sin embargo, el presente proceso negociador difiere sustancialmente de los anteriores, y muy especialmente del abierto por el Presidente Pastrana con las FARC en 1998 y que se extendió hasta 2002, por varias razones de diversa naturaleza: metodológicas, políticas –internas e internacionales–, socioeconómicas, pero también y muy especialmente, jurídicas. Y es que

¹ K. THEIDON, "Transitional Subjects: The Disarmament, Demobilization and Reintegration of Former Combatants in Colombia", *The International Journal of Transitional Justice*, núm.1 vol. 66-90, 2007, p. 70.

el rápido desarrollo experimentado por el Derecho Internacional Penal en las últimas dos décadas ha alcanzado un nivel de madurez jurídica, si no total, si suficiente para, cuanto menos, *influir de manera directa, efectiva y creciente en los procesos de paz* que se desarrollan en la actualidad. La nueva relación aceptada de manera general, al menos en el plano teórico, entre Justicia y Paz y, junto a ello, el relativamente novedoso protagonismo, también en lo jurídico, adquirido por las víctimas de crímenes internacionales, son transformaciones de una fuerza potencial tan grande que comienzan a suponer un verdadero cambio de paradigma que no puede dejar de tener consecuencias, políticas y jurídicas, en los procesos reales y específicos de transición a partir de una situación de conflicto y/o de violación manifiesta y grave de derechos humanos.

Pues bien, es en este doble contexto teórico general, político y jurídico, en el que *debemos enmarcar esta nueva fase del, complejo y amplio, proceso de paz en Colombia*. Contexto teórico, sí, tanto desde el punto de vista ético como político, y también ya jurídico, como vamos a ver inmediatamente; pero que viene no sólo a influir sino, desde luego desde la perspectiva jurídica, a limitar el margen de maniobra de los diferentes actores, y en primer lugar del Estado, en dicho proceso. Como indica Theidon: *"If at one time states wielded their sovereign prerogative to issue amnesties in the name of political expediency, stability and peace –prerogatives that characterized past demobilization efforts in Colombia– changes in international norms increasingly place limits on the granting of leniency to perpetrators, forcing governments to address transitional justice issues of truth, justice and redress"*².

Por ello, en lo que sigue trataremos de mostrar, en primer lugar, el nuevo consenso alcanzado en torno a las complejas relaciones entre Justicia y Paz y el muy relevante papel que, en relación a las mismas, han comenzado a jugar las víctimas de crímenes internacionales; para, a partir de ahí, establecer el estatuto jurídico internacional de las víctimas de crímenes internacionales. Todo ello dibuja un nuevo marco jurídico internacional que, como veremos en tercer lugar, debe ser respetado por Colombia en su ordenamiento jurídico interno y, dentro de éste, muy especialmente en los resultados de las negociaciones de los distintos procesos de paz o, si se prefiere, de las distintas fases del proceso de paz abierto en ese país sudamericano.

² *Ibid*, p. 73.

2. LAS COMPLEJAS RELACIONES ENTRE JUSTICIA Y PAZ Y EL PAPEL DE LAS VÍCTIMAS DE CRÍMENES INTERNACIONALES

Uno de los cambios más relevantes en el ámbito de los derechos humanos, por el giro casi copernicano que supone respecto a la situación de la que se partía y por la rapidez de su expansión, maduración y aceptación, al menos en el plano teórico y jurídico generales –desde luego, otra cosa es, todavía, su aplicación práctica en las situaciones reales–, deriva de la diferente percepción que, desde el final de la Guerra Fría, comienza a tenerse de las relaciones entre Paz y Justicia. Así, frente a la tradicional visión negativa que tiende a enfrentar ambos principios como irreconciliables y que podemos resumir, desde la perspectiva *realista* o de *realpolitik*, con la expresión latina *fiat iustitia pereat mundi*; se ha asentado, al menos desde una posición doctrinal mayoritaria, la visión más incluyente, y compleja también, de que *Justicia y Paz* no sólo *no se sitúan en una posición dialéctica, enfrentada y excluyente por naturaleza, sino que, antes al contrario, se complementan, alimentándose y necesitando mutuamente*. Se ha pasado, así, de hablar de “paz *versus* justicia” a hacerlo de “paz y justicia”.

Como explica Bassiouni: “*The human rights arena is defined by a constant tension between the attraction of realpolitik and the demand for accountability. Realpolitik involves the pursuit of political settlements unencumbered by moral and ethical limitations. As such, this approach often runs directly counter to the interests of justice, particularly understood from the perspective of the victims of gross violations of human rights. Impunity, at both the international and national levels, is commonly the outcome of realpolitik which favors expedient political ends over the more complex task of confronting responsibility. Accountability, in contrast, embodies the goals of both retributive and restorative justice. This orientation views conflict resolution as premised upon responsibility and requires sanctions for those responsible, the establishment of a clear record of truth and efforts made to provide redress to victims*”³. Esto es, *justicia –en sentido estricto o de exigencia y establecimiento de responsabilidad–, verdad y reparación como componentes esenciales de la justicia de transición, de una paz con justicia*.

En efecto, este punto de partida, mucho más constructivo, no sólo no niega la compleja relación entre ambos principios, sino que la reconoce, la asume y a partir de ahí abre la puerta a un análisis de los procesos transicionales que, no hay que engañarse, resulta sin duda problemático y difícil, pero que debe

³ M. Ch. BASSIOUNI, “Justice and Peace: The Importance of Choosing Accountability Over Realpolitik”, *Case Western Journal of International Law*, núm. 35, 2003, p. 191.

conducir, constructivamente, a alcanzar conclusiones que refuercen la profunda conexión de complementariedad existente entre Justicia y Paz. Como afirma el Secretario General de Naciones Unidas en su primer informe sobre *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*: “Justicia y paz no son fuerzas contrapuestas; cuando se trata de establecerlas bien, se promueven y sostienen una a la otra. Así pues, la cuestión no podrá ser nunca si hay que fomentar la justicia y la rendición de cuentas, sino más bien cuándo y cómo hacerlo”⁴.

Porque, aún objetivos compatibles, complementarios e incluso mutuamente necesarios, no cabe desconocer ni la complejidad de su relación ni las enormes dificultades para establecer en el caso concreto un equilibrio entre ambas que no desconozca, niegue o imposibilite ninguna de las dos⁵. Y es que, como concluye el propio Secretario General de Naciones Unidas en el informe citado: “Los problemas que se plantean después de los conflictos hacen necesario optar por un planteamiento que equilibre múltiples objetivos, entre los que se encuentran la búsqueda de la rendición de cuentas, la verdad y la reparación, la preservación de la paz y la construcción de la democracia y el Estado de derecho”⁶. En efecto, frente a la que podemos calificar ya como generalizada aceptación de la posición teórica indicada, en la confrontación con la realidad de un conflicto armado vivo y los subsiguientes esfuerzos para abrir y llevar a buen término un proceso de paz es donde toda la complejidad del planteamiento teórico de las relaciones de complementariedad entre Justicia y Paz; donde, en definitiva, todas las tensiones entre ambos objetivos se muestran de manera más radical y descarnada⁷.

⁴ Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616, de 3 de agosto, par. 21. Cursivas añadidas.

⁵ En palabras del resumen del moderador del panel sobre “Paz y Justicia” desarrollado en la Conferencia de Kampala, de revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “La Corte Penal Internacional vivía sus primeros días y (que) necesitaba el apoyo de todos. Aunque estaba en una etapa temprana de su existencia, no cabía duda de que su establecimiento había dado lugar a un cambio de paradigma; ahora existía una relación positiva entre la paz y la justicia. Sin embargo, también había tensiones entre ambas, que había que reconocer y solucionar”. RC/ST/PJ/1/Rev.1, 24 de junio de 2010, par. 29. Cursivas añadidas.

⁶ Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616, de 3 de agosto, par. 25. Cursivas añadidas.

⁷ Como gráficamente explica Hayner, “si un dirigente abusivo se retirase y, pongamos por caso, pudiera proceder a desempeñar una función positiva en los asuntos transicionales y los esfuerzos en pro de la reconciliación, ¿no sería ello más importante y más valioso que amenazarle con la pena de prisión? Los defensores de los derechos humanos

Quizás *la respuesta a tales tensiones*, a la evidentemente compleja relación entre Justicia y Paz y cómo llenarla de contenido en el caso concreto, *pueda venir de la mano de las víctimas*: de su visión, que no es unívoca ni inmutable, de ambos principios y de sus relaciones; de sus intereses en juego y, en fin, del reconocimiento, garantía y protección de sus derechos. Y es que también aquí se ha iniciado en las últimas décadas un proceso que puede llevar a un cambio de paradigma, a un giro copernicano que cambie el foco de atención, tradicionalmente situado en los victimarios, hacia las víctimas. Como se defiende en la *Declaración de Nuremberg sobre Paz y Justicia*: “*Las víctimas son un elemento central de la consolidación de la paz, la justicia y la reconciliación y deben participar activamente en estos procesos. Debe asignarse a sus intereses una alta prioridad*”⁸.

Este *enfoque centrado en las víctimas*, como principio básico que debe servir como punto de partida e informar todo proceso transicional hacia una paz con justicia, sin embargo, y a pesar de los avances, no ha cristalizado todavía⁹. Debe ser aceptado, interiorizado y debe informar todo el desarrollo del sistema, tanto en su vertiente de *reconocimiento y conceptualización de las víctimas de crímenes internacionales*, como de conformación de un completo y efectivo *estatuto jurídico internacional* de las mismas. Y es que *las víctimas son*

señalan que los cambios en las normas jurídicas internacionales en materia de estos derechos conllevan un margen de libertad muy escaso. Con el advenimiento de la Corte y el fortalecimiento de las normas contra la impunidad respecto de los máximos responsables de los crímenes más graves, cabe sencillamente que las garantías no sean posibles, al menos en su sentido más amplio. (...). Es aquí donde surgen los dilemas. La respuesta, quizás, arraiga de algún modo en nuestra comprensión de la función, el propósito y la intención de la responsabilidad en lo tocante a los derechos humanos. Efectivamente, muchos grandes profesionales de los derechos comprenden la posibilidad de que un planteamiento maximalista – que insista en la justicia plena para todos, en el muy corto plazo – no sea el más eficaz. Pero estas interrogantes quedan pendientes de solución, y son muy reales, y requieren de reflexión y debates adicionales”. P. HAYNER, “Gestión de los retos en lo tocante a la integración de los esfuerzos en pro de la justicia y los procesos de paz”, en doc. RC/ST/PJ/INF.4, de 30 de mayo de 2010, de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, par. 19.

⁸ *Declaración de Nuremberg sobre Paz y Justicia*, de 27 de junio de 2007, en doc. A/62/885, de 19 de junio de 2008, III.3. Cursivas añadidas.

⁹ Como recuerda Bassiouni: “*However, despite the positive developments in international law which have taken place, much more is needed to make this academic progress a reality for victims on the ground (...). The realization of victims’ rights requires the establishment of implementation mechanisms and governmental will to take the Principles from being mere words on a page and put them into practice. The international legal system is far from being victim-oriented*”. M. Ch. BASSIOUNI, “*International Recognition of Victims’ Rights*”, *Human Rights Law Review*, núm 6, 2006, p. 279.

centrales para que los principios de justicia y reconciliación sean real y efectivamente alcanzados y, con ello, para que la construcción de la paz, en sentido positivo¹⁰, tenga éxito y sea sostenible.

3. EL ESTATUTO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LAS VÍCTIMAS DE CRÍMENES INTERNACIONALES

De este modo, *las víctimas*, su tratamiento, reconocimiento y garantía de sus derechos, *aparecen como la clave de bóveda donde se puede ver con mayor claridad que Justicia y Paz no se excluyen sino que aparecen como mutuamente imprescindibles*; donde, en fin, ambos valores encuentran su equilibrio sobre la base de la complementariedad. Porque, como subraya Bassiouni: *“By honoring victim’s rights to benefit from remedies and reparation, the international community expresses solidarity with victims and reaffirms the principles of accountability, justice and the rule of law. Recognising the rights of the victims of gross human rights violation is the most crucial imperative of our age”*¹¹.

Esta ha sido, en efecto, la gran aportación y el fundamento que se encuentra en la base de los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* (en adelante, *“Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas”*), aprobados por la Asamblea General en su resolución 60/147, de 2005¹². Como se indica en los dos últimos párrafos de su Preámbulo:

“Reconociendo que, al hacer valer el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones, la comunidad internacional hace honor a su palabra respecto del sufrimiento de las víctimas, los supervivientes y las generaciones futuras y reafirma los principios jurídicos internacionales de responsabilidad, justicia y Estado de derecho,

¹⁰ Vid. sobre los conceptos de paz y seguridad, en especial en relación con América Latina, F. VACAS FERNÁNDEZ, *“Aproximación a los conceptos de paz y seguridad en el espacio iberoamericano”*, en *Guía del espacio iberoamericano de paz, seguridad y defensa*, C. M. Díaz Barrado & F. Vacas Fernández (dir.), Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Investigación sobre Paz, Seguridad y Defensa, Madrid, 2010, pp. 15-36.

¹¹ M. Ch. BASSIOUNI, *“International Recognition of ...”*, op. cit., p. 279.

¹² Resolución adoptada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005 y publicada el 21 de marzo de 2006. Doc. A/RES/60/147, de 21 de marzo de 2006.

Convencida de que, al adoptar un enfoque orientado a las víctimas, la comunidad internacional afirma su solidaridad humana con las víctimas de violaciones del derecho internacional, incluidas las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como con la humanidad en general, de conformidad con los siguientes Principios y directrices básicos”.

Con tales fundamentos y objetivos, la Comunidad internacional está iniciando el camino de elaborar un auténtico estatuto jurídico internacional de las víctimas de crímenes internacionales, que a nivel universal tiene como hitos la aprobación de sendas resoluciones por la Asamblea General de Naciones Unidas: la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* (en adelante, “Principios fundamentales de justicia”), adoptada por la resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, y los citados *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones*.

Junto a ello, sin duda, los Estatutos y Reglas de Procedimiento y Prueba de los diferentes tribunales penales internacionales creados hasta la fecha –en especial, los de la Corte Penal Internacional¹³, así como su todavía incipiente práctica, de un lado, y, de otro, la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos en la materia, en especial para el caso que nos ocupa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han contribuido grandemente a determinar el alcance y contenido de dicho estatuto jurídico; insistimos, todavía en formación.

3.1. El marco jurídico establecido por las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas

Si bien, como se sabe, las resoluciones de la Asamblea General no poseen en sí mismas carácter jurídico obligatorio, no por ello carecen de efectos jurídicos, pues su contenido puede pasar a formar parte del Derecho Internacional general a través del proceso consuetudinario generador de normas, tal y como ha dejado establecido la Corte Internacional de Justicia¹⁴.

¹³ Para una exposición y análisis de los derechos de las víctimas reconocidos en los mismos *vid.* F. VACAS FERNÁNDEZ, *El terrorismo como crimen internacional. Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas para las personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, Capítulo 6.3 “La víctima ante los tribunales penales internacionales”, pp. 296-321.

¹⁴ Así, por ejemplo, en uno de los pasajes más conocidos de la sentencia del asunto Nicaragua, la Corte señala: “*This opinio iuris may, though with all due caution, be deduced from,*

Y ello, bien marcando el inicio del proceso, bien avanzando en el mismo o bien logrando su cristalización con la aparición de una nueva costumbre internacional, tanto más cuanto se trata de una resolución normativa adoptada por consenso en el seno de la Comunidad internacional institucionalizada, la Asamblea General de Naciones Unidas, como fue el caso de la resolución 60/147, de 2005, que contiene los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas*.

A pesar de ello, el instrumento que los Estados deciden utilizar a la hora de reflejar su posición, aún consensuada, sobre un asunto no resulta baladí. De hecho, la preferencia por la fórmula de una Declaración en el marco de una resolución de la Asamblea General en lugar de la adopción de un tratado es buena muestra del debate que subyace a la cuestión del reconocimiento de un verdadero estatuto jurídico a las víctimas de delitos y/o crímenes internacionales, dotado de derechos efectivamente exigibles a los Estados, y que no es otro que *la ausencia de voluntad en los Estados para asumir obligaciones por delitos o crímenes violentos, aún por los cometidos por ellos mismos o a ellos atribuibles por haber sido cometidos por sus agentes*. Ello explica, además, lo limitada de la declaración que contiene los Principios Básicos de Justicia de 1985 y que pasasen 20 años hasta la adopción de la declaración que contiene los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas*, de 2005¹⁵; donde, como vamos a ver, por fin se avanza con decisión y claridad hacia el reconocimiento de tales derechos y las correlativas obligaciones de los Estados.

inter alia, the attitude of the Parties and the attitude of States towards certain General Assembly resolutions, and particularly resolution 2625 (XXV) (...). The effect of consent to the text of such resolutions cannot be understood as merely that of a 'reiteration or elucidation' of the treaty commitment undertaken in the Charter. On the contrary, it may be understood as an acceptance of the validity of the rule or set of rules declared by the resolution by themselves". Corte Internacional de Justicia, Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua, sentencia de 27 de junio de 1986, par. 188.

¹⁵ Como explica Bassiouni: "In 1984, the United Nations Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power were prepared by a committee of Experts which I had the honour of chairing, hosted in Ottawa (...). The Ottawa draft was quite extensive with respect to the obligations of States for victimization occurring as the result of a State's 'abuse of power'. However, when the text was adopted at the Seventh United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice held in Milan, Italy in 1985, the draft was significantly shortened. Governments did not want to assume any responsibility, even for the acts of their own agents, preferring to limit victims' rights to the commission of crimes committed by non-State actors. That position persisted until the adoption of the 2006 Principles. It is also the reason why there has never been a convention on the rights of victims". M. Ch. BASSIOUNI, "International Recognition of ...", op. cit., pp. 247-248.

Pero, sea como fuere, la influencia de estas dos declaraciones, en especial la adoptada en 2005, está siendo muy relevante para el reconocimiento en derecho interno de diferentes Estados, en especial en el ámbito latinoamericano, de un estatuto jurídico de las víctimas. Como el propio Bassioni señala: “*The adoption of the 2006 Basic Principles and Guidelines is a monumental milestone in the history of human rights as well as international criminal justice. (...) In some instances, legal developments have sparked practical progress to ensure that victims are not denied the basic right of redress for their injuries. There is already evidence that the document is having an effect on State policies. Several Latin American countries have taken the draft version of the Principles and Guidelines into consideration when preparing legislation on reparation of victims*”¹⁶. Y lo sigue siendo, a partir de 2006 y hacia el futuro, con más razón y base jurídica una vez adoptado el texto en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Pues bien, junto a la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder*, de 1985, en cuyo Preámbulo se instaba a los Estados a poner en vigor las disposiciones contenidas en la Declaración, “a fin de reducir la victimización”¹⁷, para establecer el contenido de lo que hemos denominado el estatuto jurídico de las víctimas de crímenes internacionales debemos atender de manera preferente a lo indicado en los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas*, de 2005, como el instrumento internacional más reciente, desarrollado y completo en la materia, pues, como indica la propia resolución en su Preámbulo, “al hacer valer el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones, (...) reafirma el derecho internacional en la materia”¹⁸. En efecto, como subraya el propio Preámbulo, estos *Principios* “no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario”¹⁹.

Así, la primera de las obligaciones referida en los *Principios* es “la obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario”, que, en realidad, funciona como obligación genérica, conformada por las obligaciones específicas

¹⁶ *Ibid.*, p. 278.

¹⁷ A/RES/40/34, de 29 de noviembre de 1985, pto. 4.

¹⁸ A/RES/60/147, de 21 de marzo de 2006, Preámbulo de la resolución.

¹⁹ *Ibid.*, Preámbulo de los *Principios y directrices básicos*.

de los Estados que configuran correlativamente derechos de las víctimas y, en este sentido, conforman su estatuto jurídico a nivel internacional²⁰.

En lo que sigue, se va haciendo específica referencia a cada una de dichas obligaciones de los Estados/derechos de las víctimas. En efecto, tras referir en los dos primeros apartados las obligaciones de los Estados en esta materia y determinar su alcance, a partir del apartado V y hasta el final de los *Principios y directrices básicos*, éstos se centran en las víctimas, abordando en primer lugar su definición²¹ y estableciendo seguidamente una serie de principios generales, previos y transversales, que deben presidir el “Tratamiento de las víctimas”, título del apartado VI²². Así, el trato humano, el respeto a la dignidad y los derechos de las víctimas, el deber de asistencia y la eliminación de la llamada *doble victimización* poseen la doble naturaleza de obligaciones para los Estados en lo que al tratamiento de las víctimas se refiere, erigiéndose a la vez en principios básicos que informan tanto las obligaciones del Estado como los correlativos derechos de las víctimas. Junto a ello, el

²⁰ El punto 3 de los *Principios* recoge explícitamente los más importantes:

“3. La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de:

a) Adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones;

b) Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional;

c) Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia, como se describe más adelante, con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación; y

d) Proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación, como se describe más adelante”. *Ibid.*, pto. 3. Cursivas añadidas.

²¹ Para un análisis de la definición de víctima en los diferentes instrumentos internacionales en la materia, *vid.* F. VACAS FERNÁNDEZ, “El terrorismo como crimen internacional ...”, *op. cit.*, pp. 298-301.

²² Dicho apartado establece: “Las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias. El Estado debe velar por que, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencia o traumas gocen de una consideración y atención especiales para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma”. A/RES/60/147, de 21 de marzo de 2006, par. 10.

apartado VII proclama tales derechos, dotando así de contenido específico el que hemos denominado estatuto jurídico de las víctimas:

- a) Acceso igual y efectivo a la justicia;
- b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido;
- c) Acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación”²³.

Pues bien, si ponemos en conexión esta perspectiva, centrada en las víctimas y sus derechos, con la de la justicia de transición nos daremos cuenta de que, en realidad, estamos hablando exactamente de lo mismo: *justicia, reparación y verdad*, siguiendo el orden de la disposición citada. Y es que, como ya hemos advertido, el elemento central de los procesos de transición, la clave de bóveda de las relaciones mismas –desde la complementariedad y no exclusión– entre Justicia y Paz, *son las víctimas y sus derechos*; que por ello no son otros, no pueden ser otros, que *el contenido mismo de la justicia de transición*. Porque afirmar que *no hay paz sin justicia es igual que señalar que ni una ni otra existen verdaderamente sin el reconocimiento, respecto y real y efectiva garantía de los derechos de las víctimas*.

Empezando por el final, se debe destacar que el *derecho de las víctimas a la información* posee una doble, y realmente esencial, función: de un lado, como *derecho autónomo* y en sí mismo considerado, *implica el derecho a conocer lo ocurrido*; esto es, el derecho a la verdad²⁴. De otro, como *derecho instrumental o auxiliar* de los demás, resulta, además, básico para que los mencionados derechos autónomos sean reales y efectivos²⁵.

Junto al derecho a la verdad, el primero de los derechos autónomos citados que conforman el contenido del estatuto jurídico de las víctimas es el

²³ *Ibid*, par. 11.

²⁴ Sobre ello, el último inciso del párrafo 24 señala:

“Además, las víctimas y sus representantes han de tener derecho a solicitar y obtener información sobre las causas de su victimización y sobre las causas y condiciones de las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, así como a conocer la verdad acerca de esas violaciones”.

²⁵ Desde esta última perspectiva, el primer inciso del párrafo 24 de los *Principios y directrices básicos* indica:

“Los Estados han de arbitrar medios de informar al público en general, y en particular a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de los derechos y recursos que se tratan en los presentes Principios y directrices básicos y de todos los servicios jurídicos, médicos, psicológicos, sociales, administrativos y de otra índole a los que pueden tener derecho las víctimas”.

del *acceso a la justicia*, que se subraya debe ser *igual y efectivo*. Ello deriva, en efecto, de los derechos proclamados en diferentes instrumentos de Derecho Internacional que implican la obligación de los Estados de asegurar que en sus derechos internos se prevean mecanismos de acceso, efectivo e igual, a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial, como se sabe. Obligación que se concreta en las siguientes:

a) Dar a conocer, por conducto de mecanismos públicos y privados, información sobre todos los recursos disponibles contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario;

b) Adoptar medidas para minimizar los inconvenientes a las víctimas y sus representantes, proteger su intimidad contra injerencias ilegítimas, según proceda, y protegerlas de actos de intimidación y represalia, así como a sus familiares y testigos, antes, durante y después del procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo que afecte a los intereses de las víctimas;

c) Facilitar asistencia apropiada a las víctimas que tratan de acceder a la justicia;

d) Utilizar todos los medios jurídicos, diplomáticos y consulares apropiados para que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recursos por violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o por violaciones graves del derecho internacional humanitario”²⁶.

Derecho de acceso a la justicia de las víctimas que, en fin, no sólo es individual, sino también colectivo; por lo que “los Estados han de procurar establecer procedimientos para que grupos de víctimas puedan presentar demandas de reparación y obtener reparación, según proceda”²⁷.

Junto al derecho a conocer la verdad y al acceso a la justicia, el tercer derecho autónomo de las víctimas es a la *reparación*: “Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario”²⁸. Por supuesto, el Estado debe conceder “reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario” –esto es, las realizadas por sus agentes o por individuos que hayan actuado como

²⁶ *Ibid*, par. 12.

²⁷ *Ibid*, par. 13.

²⁸ *Ibid*, par. 15.

tales de acuerdo con las reglas de atribución de responsabilidad-; pero, además, también debe “procurar establecer programas nacionales de reparación y otra asistencia a las víctimas cuando el responsable de los daños sufridos no pueda o no quiera cumplir sus obligaciones”²⁹ –sin importar quién fuese el victimario ni si sus actos son o no atribuibles al Estado, por consiguiente-. Finalmente, dicha reparación, que debe ser, como hemos visto, adecuada, plena y efectiva, puede adoptar alguna, varias o todas las formas siguientes: restitución³⁰, indemnización³¹, rehabilitación³², satisfacción³³ y garantías de no repetición³⁴.

Con ello se completaría el entramado jurídico básico que conforma el estatuto jurídico internacional de las víctimas y del que derivan toda una serie de derechos específicos, y correlativas obligaciones de los Estados³⁵, muy especialmente en el ámbito procesal aunque, desde luego, no sólo, que éstos deben recoger e implementar en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, erigiéndose así en verdaderos límites a la discrecionalidad –no hablemos ya de la arbitrariedad, incompatible con el principio de legalidad- de los Estados³⁶.

2.2. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia

Es, en efecto, la naturaleza puramente jurídica internacional de los derechos de las víctimas y de las correlativas obligaciones de los Estados lo que fundamenta el posible control judicial internacional del respeto o no de los

²⁹ *Ibid*, par. 16.

³⁰ *Vid*, par. 19.

³¹ *Vid*, par. 20.

³² *Vid*, par. 21.

³³ *Vid*, par. 22.

³⁴ Que, por su importancia y su mirada hacia el futuro, alguna doctrina considera autónomamente; pero que, siguiendo la postura tradicional, también propia del Derecho Internacional de la Responsabilidad, como se sabe, se incluye en los *Principios y directrices básicos* entre las formas de reparación. *Vid*, par. par. 23.

³⁵ Como afirma Rodríguez Uribe en relación específica a las víctimas de terrorismo, pero perfectamente aplicable a las víctimas de cualquier otro crimen internacional: “*A fortiori*, el apoyo a las víctimas del terrorismo no se basa en el altruismo voluntario o en la generosidad sino en la solidaridad, en la existencia de genuinas obligaciones jurídicas por parte de los Estados”. J. M. RODRÍGUEZ URIBES, “Sobre el terrorismo y sus víctimas”, *Derechos y Libertades*, núm 27, 2012, p. 262.

³⁶ *Vid*. sobre esta cuestión el apartado titulado “La fundamentación de la protección de las víctimas del terrorismo en Derecho Internacional: la labor de Naciones Unidas”, en F. VACAS FERNÁNDEZ, “*El terrorismo como crimen internacional ...*”, *op. cit.*, pp. 269-281.

Estados a tal estatuto jurídico, allá donde exista este mecanismo de control, claro está. Y es que, como ya hemos puesto de manifiesto, los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de derechos humanos se contienen en tratados internacionales, ya de carácter universal ya regional. En este último ámbito, como se sabe, se han desarrollado tanto en Europa como en América Latina mecanismos judiciales de control y garantía de tales derechos. Pues bien, el ámbito latinoamericano, que es el que nos ocupa en este caso, destaca especialmente por la labor, rigurosa, sostenida y muy relevante, desarrollada tanto por la Comisión como por la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

En efecto, desde el asunto *Velásquez-Rodríguez*³⁷, de 1988, han sido muy numerosas las sentencias de la Corte de San José en la materia, las cuales ha ido construyendo una jurisprudencia absolutamente imposible de desconocer por los Estados latinoamericanos –y entre ellos, claro está, por Colombia–, pues forman parte del sistema interamericano de protección de derechos humanos y de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, de la que éste trae causa. *Jurisprudencia*, que, de manera muy progresiva, ha ido reconociendo y fijando el contenido de los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos, así como las correlativas obligaciones de los Estados; constituyendo así un verdadero marco jurídico de actuación para los Estados y un auténtico estatuto jurídico de las víctimas, en el que aquél se fundamenta y configura.

Así, en relación a los derechos de las víctimas y las correlativas obligaciones de los Estados, la primera de ellas es la obligación de garantía, como explica la Corte en el asunto de la “*Masacre de Mapiripán*” vs. Colombia:

*“Los Estados Partes en la Convención tienen obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona. Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales”*³⁸.

Ahora bien, dicha obligación así formulada no implica, claro está, que un Estado sea “responsable por cualquier violación de derechos humanos co-

³⁷ Sentencia C.I.D.H., *Asunto Velásques Rodríguez vs. Honduras*, de 29 de julio de 1988.

³⁸ Sentencia C.I.D.H., *Asunto “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, de 15 de septiembre de 2005, par. 111.

metida entre particulares dentro de su jurisdicción”. Como explica la Corte en el asunto *Campo Algodonero*:

“(…) las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía”³⁹.

Pues bien, ya en el citado asunto *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 29 de julio de 1988, la Corte concretó la obligación de garantía de los Estados en los siguientes términos:

“Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”⁴⁰.

En efecto, junto a, o mejor, como consecuencia de la obligación de garantía, además de la obligación de prevención, el Estado está obligado a *investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos*; lo que, desde la perspectiva de las víctimas, se erige en el *derecho de acceso a la justicia* –o de “justicia” propiamente dicho, dentro del contenido de la justicia de transición, como hemos visto–. Así, por lo que a la *obligación de investigación* se refiere, en el mismo asunto, la Corte afirmó:

“El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención⁴¹. Si el apa-

³⁹ Sentencia C.I.D.H., *Asunto González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, de 16 de noviembre de 2009, par. 280.

⁴⁰ Sentencia C.I.D.H., *Asunto Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 29 de julio de 1988, par. 166.

⁴¹ En el asunto *Campo Algodonero* la Corte concreta aún más dicha obligación:

“289. El deber de investigar es una obligación de medio y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad con-

rato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención”⁴².

Dicha obligación de investigación no está sólo conectada al derecho de acceso a la justicia sino también al *derecho a la verdad* que poseen las víctimas. En este sentido, la Corte ha afirmado con rotundidad:

“(...) el Estado está obligado a combatir dicha situación de impunidad por todos los medios disponibles, ya que ésta propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos. La ausencia de una investigación completa y efectiva sobre los hechos constituye una fuente de sufrimiento y angustia adicional para las víctimas, quienes tienen el derecho a conocer la verdad de lo ocurrido. Dicho derecho a la verdad exige la determinación de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones”⁴³.

Finalmente indicar que la violación de tales obligaciones conllevan la condena del Estado infractor, cuyo contenido, en una jurisprudencia que ya comienza a ser abundante y, por consiguiente, bien asentada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, trata de que se cumplan por parte del Estado los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Así, citando, por todos, el asunto *Campo Algodonero* por su cercanía temporal, su amplitud, minuciosidad y sistematicidad de la condena, la Corte, una vez que sentenciase que el Estado había violado, entre otros y en lo que aquí interesa, su obligación general de ga-

denada de antemano a ser infructuosa. La obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse. En este sentido, la Corte recuerda que la impunidad fomenta la repetición de las violaciones de derechos humanos.

290. A la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales”. Sentencia C.I.D.H., *Asunto González y otras (“Campo algodón”) vs. México*, de 16 de noviembre de 2009, par. 289 y 290.

⁴² Sentencia C.I.D.H., *Asunto Velásques Rodríguez vs. Honduras*, de 29 de julio de 1988,, par. 176.

⁴³ Sentencia C.I.D.H., *Asunto González y otras (“Campo algodón”) vs. México*, de 16 de noviembre de 2009, par. 454.

rantía y su deber de investigar, lo que suponía una violación de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal y los derechos de acceso a la justicia y protección judicial⁴⁴, disponía el deber del Estado infractor de realizar determinadas actuaciones encaminadas a cumplir con los derechos de las víctimas que podemos sintetizar en actuaciones relativas: al *derecho de acceso a la justicia*⁴⁵, a los *derechos a reparación y a la verdad*⁴⁶ y a los derechos de *acceso a la justicia y a la verdad*⁴⁷.

⁴⁴ *Vid. ibid.*, pp. 151 y 152.

⁴⁵ Así, la sentencia establece:

“12. El Estado deberá (...) conducir eficazmente el proceso penal en curso y, de ser el caso, los que se llegasen a abrir, para identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables materiales e intelectuales de la desaparición, maltratos y privación de la vida de las jóvenes (...).

13. El Estado deberá, dentro de un plazo razonable, investigar, por intermedio de las instituciones públicas competentes, a los funcionarios acusados de irregularidades y, luego de un debido proceso, aplicará las sanciones administrativas, disciplinarias o penales correspondientes a quienes fueran encontrados responsables (...)

18. El Estado deberá, en un plazo razonable, continuar con la estandarización de todos sus protocolos, manuales, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia, utilizados para investigar todos los delitos que se relacionen con desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres, conforme al Protocolo de Estambul, el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas y los estándares internacionales de búsqueda de personas desaparecidas, con base en una perspectiva de género”. *Ibid.*, pp. 153-154.

⁴⁶ Como determina la sentencia:

“11. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

(...)

15. El Estado deberá, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, publicar en el Diario Oficial de la Federación, en un diario de amplia circulación nacional y en un diario de amplia circulación en el estado de Chihuahua, por una sola vez, los párrafos 113 a 136, 146 a 168, 171 a 181, 185 a 195, 198 a 209 y 212 a 221 de esta Sentencia y los puntos resolutivos de la misma, sin las notas al pie de página correspondientes. Adicionalmente, el Estado deberá, dentro del mismo plazo, publicar la presente Sentencia íntegramente en una página electrónica oficial del Estado.

16. El Estado deberá, en el plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional, en relación con los hechos del presente caso, en honor a la memoria de Laura Berenice Ramos Monárrez, Esmeralda Herrera Monreal y Claudia Ivette González, en los términos de los párrafos 469 y 470 de la presente Sentencia.

17. El Estado deberá, en el plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, levantar un monumento en memoria de las mujeres víctimas de homicidio por razones de género en Ciudad Juárez, (...). El monumento se develará en la misma ceremonia en la que el Estado reconozca públicamente su responsabilidad internacional.

(...)

En definitiva, a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo se considera absolutamente inaceptable, por contraria a la legalidad internacional, la ausencia de respuesta por parte del Estado a violaciones graves de Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario, independientemente de quienes hayan sido

25. El Estado deberá, dentro del plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, pagar las cantidades fijadas en los párrafos 565, 566, 577, 586 y 596 de la presente Sentencia por concepto de indemnizaciones y compensaciones por daños materiales e inmateriales (...)" *Ibid.*, pp. 153-155.

⁴⁷ Según dicta la sentencia:

"19. El Estado deberá, en un plazo razonable (...), adecuar el Protocolo Alba, o en su defecto implementar un nuevo dispositivo análogo, conforme a las siguientes directrices, debiendo rendir un informe anual durante tres años:

i) implementar búsquedas de oficio y sin dilación alguna, cuando se presenten casos de desaparición, como una medida tendiente a proteger la vida, libertad personal y la integridad personal de la persona desaparecida;

ii) establecer un trabajo coordinado entre diferentes cuerpos de seguridad para dar con el paradero de la persona;

iii) eliminar cualquier obstáculo de hecho o de derecho que le reste efectividad a la búsqueda o que haga imposible su inicio como exigir investigaciones o procedimientos preliminares;

iv) asignar los recursos humanos, económicos, logísticos, científicos o de cualquier índole que sean necesarios para el éxito de la búsqueda;

v) confrontar el reporte de desaparición con la base de datos de personas desaparecidas referida en los párrafos 509 a 512 *supra*, y

vi) priorizar las búsquedas en áreas donde razonablemente sea más probable encontrar a la persona desaparecida sin descartar arbitrariamente otras posibilidades o áreas de búsqueda. Todo lo anterior deberá ser aún más urgente y riguroso cuando la desaparecida sea una niña.

20. El Estado deberá crear, en un plazo de seis meses a partir de la notificación de esta Sentencia, una página electrónica que deberá actualizarse permanentemente y contendrá la información personal necesaria de todas las mujeres, jóvenes y niñas que desaparecieron en Chihuahua desde 1993 y que continúan desaparecidas. Dicha página electrónica deberá permitir que cualquier individuo se comunique por cualquier medio con las autoridades, inclusive de manera anónima, a efectos de proporcionar información relevante sobre el paradero de la mujer o niña desaparecida o, en su caso, de sus restos(...).

21. El Estado deberá, dentro del plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia (...), crear o actualizar una base de datos que contenga:

i) la información personal disponible de mujeres y niñas desaparecidas a nivel nacional;

ii) la información personal que sea necesaria, principalmente genética y muestras celulares, de los familiares de las personas desaparecidas que consientan –o que así lo ordene un juez– para que el Estado almacene dicha información personal únicamente con objeto de localizar a la persona desaparecida, y

iii) la información genética y muestras celulares provenientes de los cuerpos de cualquier mujer o niña no identificada que fuera privada de la vida en el estado de Chihuahua". *Ibid.*, pp. 154-155.

los autores y de si dichas violaciones, como actos ilícitos que son, sean o no atribuibles al propio Estado; sino que, además, a lo largo de dicha jurisprudencia, *la Corte ha ido estableciendo una serie de principios, reconociendo una serie de derechos de las víctimas y, correlativamente, un conjunto de obligaciones de los Estados en materia de verdad, de justicia y de reparación que dotan de contenido al estatuto jurídico de las víctimas y que vienen a limitar la discrecionalidad de los Estados a la hora de afrontar procesos transicionales*, en los que ya no podrán desconocer tales estándares ni tal estatuto jurídico.

4. LA LEGISLACIÓN INTERNA COLOMBIANA EN MATERIA DE JUSTICIA DE TRANSICIÓN Y VÍCTIMAS Y SU ADECUACIÓN AL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

Esta nueva realidad jurídica internacional, a nivel global y, sobre todo, regional latinoamericano no ha podido, en efecto, dejar de hacerse sentir en los diferentes procesos transicionales que se han vivido en las últimas décadas en varios de los Estados latinoamericanos, cuestionando directamente la legalidad de las leyes de amnistía que fueron internamente aprobadas en varios de esos Estados en el marco de dichos procesos. Como resume Bassiouni: *“The due diligence standard set forth by the ACHR excludes some non-criminal responses, namely blanket amnesties, as elucidated by the jurisprudence of the IACtHR and Inter-American Commission, which held that the amnesty laws adopted in El Salvador⁴⁸, Argentina⁴⁹, Uruguay⁵⁰ and Peru⁵¹ were incompatible with the mentioned obligations flowing from the Convention”⁵².*

Ello no ha sido diferente en el caso de Colombia, cuyos propios procesos de paz y el marco jurídico interno en el que se han ido encuadrando han experimentado una más que evidente evolución⁵³ desde, pongamos como

⁴⁸ Caso n° 10.287, *Masacre Las Hojas*, Informe n° 26/92 (1992).

⁴⁹ Casos n° 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, *Herrera et al.* Informe n° 28/92 (1992).

⁵⁰ Casos n° 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, *Santos Mendoza et al.* Informe n° 29/92 (1992).

⁵¹ *Asunto Barrios Altos v. Perú*, Sentencia de la C.I.D.H. de 14 de marzo de 2001.

⁵² M. Ch. BASSIOUNI, *“Justice and Peace ...”*, *op. cit.*, p. 228.

⁵³ Sobre los procesos de negociación *vid.*, entre otros, F. GONZÁLEZ, I. BOLIVAR & T. VÁSQUEZ, *Violencia política en Colombia: de la nación fragmentada a la construcción del Estado*, CINEP, Bogotá, 2007; S. GRANADA, J. A. RESTREPO & A. R. VARGAS, *“El agotamiento de la política de seguridad: evolución y transformaciones recientes en el conflicto armado colombiano”*, en *Guerra y violencias en Colombia. Herramientas e interpretaciones*, J. A. Restrepo & D. Aponte

ejemplo paradigmático, la Ley 35, de 19 de noviembre de 1982, conocida como *de Amnistía Incondicional a favor de la Paz* –aprobada en el periodo del Presidente Betancurt y que, como su significativo apelativo subrayaba, implicaba la concesión de una amnistía total a cambio de paz y estabilidad–, al proceso de paz desarrollado durante la presidencia de Uribe y el recientemente abierto por el Presidente Santos.

Y es que, como acabamos de ver, la *nueva realidad jurídica internacional* que, partiendo de una nueva aproximación en la relación entre Justicia y Paz que busca la complementariedad frente a la exclusión, informa los *procesos de paz y/o transición* que ya sólo caben y se entienden *con justicia*. Nueva realidad que es *jurídica* porque implica la consagración, como también hemos visto, de un *estatuto jurídico propio de las víctimas*, con derechos ciertos y bien establecidos y correlativas obligaciones jurídicas de los Estados. Nueva realidad para los Estados involucrados en procesos de paz y/o transición que es *jurídica*, en fin, porque, como en el caso de Colombia que nos ocupa, viene garantizada además a nivel regional, como acabamos de ver, por el sistema interamericano de protección de derechos humanos, con la Corte de San José a la cabeza; cuya jurisprudencia ha sido asumida internamente tanto por la Corte Constitucional como por la Corte Suprema colombianas, como no podía ser, por lo demás, de otra manera dado el carácter vinculante para los Estados partes de la sentencia de la Corte⁵⁴.

Y *porque es jurídica y viene asegurada a través de sistemas judiciales de control*, tanto a nivel internacional regional como interno, *limita efectivamente la discrecionalidad de los Estados* a la hora de adentrarse en procesos de paz y/o de tran-

(eds.), Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, pp. 27-130; L. MUNERA, “Proceso de paz con actores armados ilegales y para sistémicos (los paramilitares y las políticas de reconciliación en Colombia)”, *Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 17, 2006; E. PIZARRO LEONGÓMEZ, “Las FARC-EP: ¿repliegue estratégico, debilitamiento o punto de inflexión?”, en *Nuestra guerra sin nombre: transformación del conflicto en Colombia*, F. Gutiérrez Sanín, M. E. Wills & G. Sánchez (eds.), ed. Norma, Bogotá, 2006, pp. 171-207; A. VARGAS, *Guerra o solución negociada. ELN: origen, evolución y procesos de paz*, Intermedio editores, Bogotá, 2006.

⁵⁴ Sobre justicia de transición en Colombia, entre los numerosos estudios publicados, *vid.* C. BERISTAIN (ed.), *Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2011; M. REED & M. C. RIVERA (eds.), *Transiciones en contienda. Dilemas de la justicia transicional en Colombia y en la experiencia comparada*, Centro de Estudios de Justicia Transicional (ICTJ), Bogotá, 2010; R. UPRIMNY (dir.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, DeJuSticia, Bogotá, 2006.

sición y de modelar o juridificar procesos transicionales consecuencia de los mismos. Sin embargo, esta nueva realidad jurídica internacional asumida por los Estados en su derecho interno, que limita por ello su discrecionalidad, *no la elimina por completo*; por lo que *en el marco de un proceso de paz y/o transicional el margen de maniobra jurídico del Estado sigue existiendo, bien que limitado por el núcleo duro o contenido esencial de los derechos que conforman el estatuto jurídico de las víctimas* y que se corresponde con el núcleo duro o contenido esencial de verdad, justicia y reparación, que conforman la justicia de transición y que la Corte de San José, con su valiosísima jurisprudencia, está ayudando de manera decisiva a especificar y dotar de contenido, como hemos visto.

En relación a todo ello, la normativa interna adoptada por Colombia en la última década en materia de justicia de transición y de víctimas resulta, en efecto, paradigmática; al menos en el plano teórico-normativo, que es el nivel de análisis en el que nos hemos situado en el presente estudio. Otra cosa es, claro está, su desarrollo, también normativo específico⁵⁵, y su efectiva aplicación en la práctica⁵⁶.

4.1. La Ley 975, de Justicia y Paz, de 2005

Así, en relación al proceso negociador llevado a cabo por el Gobierno de Uribe con las denominadas *Autodefensas Unidas de Colombia*, la plasmación jurídica del acuerdo fue la adopción en 2005 de la Ley 975, de Justicia y Paz⁵⁷. Como opina

⁵⁵ Vid. sobre esta cuestión, S. GRANADA, J. A. RESTREPO & A. TOBÓN GARCÍA, "Neoparamilitarismo en Colombia: una herramienta conceptual para la interpretación de dinámicas recientes del conflicto armado colombiano", en *Guerra y violencia en Colombia. Herramientas e interpretaciones*, J. A. Restrepo & D. Aponte (eds.), Pontificia universidad Javeriana, Bogotá, 2009; M. ROMERO (ed.), *Parapolítica. La ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*, Corporación Nuevo Arco Iris, Bogotá, 2007.

⁵⁶ Vid. en este sentido, Amnistía Internacional, *Colombia. Los paramilitares en Medellín: ¿desmovilización o legalización?*, AMR 23/019/2005, septiembre de 2005, p. 1, accesible en <http://www.amnesty.org/es/library/asset/AMR23/019/2005/es/2f41b2b9-d4d5-11dd-8a23-d58a49c0d652/amr230192005es.pdf> (última visita el 2 de octubre de 2013); Human Rights Watch, *¿Rompiendo el control? Obstáculos a la justicia en las Investigaciones de la Mafia Paramilitar en Colombia*, octubre de 2008, p. 7, accesible en <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/colombia1008sp.pdf> (última visita, 2 de octubre de 2013). Así como el propio MAPP/OEA, *Diagnóstico de Justicia y Paz en el marco de la justicia transicional en Colombia*, Baltasar Garzón (coord.), octubre de 2011, p. 226, accesible en <http://www.mapp-oea.net/documentos/iniciativas/DiagnosticoJyP.pdf> (última visita el 2 de octubre de 2013).

⁵⁷ Para una exposición en profundidad de las vicisitudes de su aprobación en el Congreso de Colombia vid. R. UPRIMNY, "El marco jurídico de la desmovilización militar en Colombia", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* núm. 2, 2012, pp. 66-69.

Theidon: “The implication, however, is that the government may not be able to do whatever it deems necessary to attain peace. In this sense, transitional justice norms change the legal and political climate in which peace negotiations occur; the issues of truth, justice and redress may no longer be ignored nor indefinitely postponed. (...) Thus the Uribe administration has been forced to implement DDR on the terrain of transitional justice”⁵⁸.

En efecto, la *Ley de Justicia y Paz*⁵⁹ se abre muy significativamente en el primer párrafo de su artículo 1 reconociendo esta nueva realidad jurídica que, por ello, debe presidir e informar todo su contenido:

*“La presente ley tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”*⁶⁰.

Derechos que son reiterados expresamente en el artículo 4⁶¹ y definidos específicamente en los artículos 6⁶², 7⁶³ y 8⁶⁴. Sin embargo, ello no imposibilita

⁵⁸ K. THEIDON, “*Transitional Subjects ...*”, op. cit., pp. 89 y 73.

⁵⁹ Entre los numerosos trabajos doctrinales sobre la misma, *vid.* G. GALLÓN, M. REED & C. LLERAS (ed.), *Anotaciones sobre la ley de Justicia y Paz. Una mirada desde los derechos de las víctimas*, Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2007; F. GÓMEZ ISA, *Desmovilización paramilitar en Colombia: Luces y sombras*, FRIDE, Documento de Trabajo núm. 57, Madrid, 2008; MAPP/OEA, “*Diagnóstico de Justicia y Paz ...*”, op. cit.; H. VALENCIA VILLA, *La Ley de Justicia y Paz de Colombia a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Centro de Investigación para la Paz, Madrid, 2005.

⁶⁰ Cursivas añadidas.

⁶¹ El artículo 4 de la *Ley 975, de Justicia y Paz*, de 2005 dispone: “El proceso de reconciliación nacional al que dé lugar la presente ley, deberá promover, en todo caso, el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y respetar el derecho al debido proceso y las garantías judiciales de los procesados”.

⁶² “Artículo 6. Derecho a la justicia. De acuerdo con las disposiciones legales vigentes, el Estado tiene el deber de realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley; asegurar a las víctimas de esas conductas el acceso a recursos eficaces que reparen el daño infligido, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones.

Las autoridades públicas que intervengan en los procesos que se tramiten con fundamento en la presente ley deberán atender, primordialmente, el deber de que trata este artículo”. Cursivas añadidas.

⁶³ “Artículo 7. Derecho a la verdad. La sociedad, y en especial las víctimas, tienen el derecho inalienable, pleno y efectivo de conocer la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, y sobre el paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada.

Las investigaciones y procesos judiciales a los que se aplique la presente ley deben promover la investigación de lo sucedido a las víctimas de esas conductas e informar a sus familiares lo pertinente.

al Estado “facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley”, objetivo de la mencionada Ley. Para ello en este caso se utiliza la llamada “alternatividad”, definida en su artículo 3:

“Alternatividad es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización. La concesión del beneficio se otorga según las condiciones establecidas en la presente ley”.

Siendo el artículo 29 de la Ley el que se refiere a la “pena alternativa”: “que consiste en *privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años*, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos⁶⁵”⁶⁶.

Como se puede apreciar, el nuevo punto de partida jurídico, que viene marcado por la nueva realidad jurídica internacional –universal y regional– imposibilita ya la impunidad, al menos en la *letra de la ley*; especialmente tras la sentencia de la Corte Constitucional de 2006⁶⁷, que, junto a otros pronunciamientos de la Corte⁶⁸, vino a asegurar una interpretación de la misma acorde a las exigencias del Derecho Internacional en la materia⁶⁹. Junto a ello, también hay que destacar la labor de la Corte Suprema

Los procesos judiciales que se adelanten a partir de la vigencia de la presente ley no impedirán que en el futuro puedan aplicarse otros mecanismos no judiciales de reconstrucción de la verdad”. *Cursivas añadidas.*

⁶⁴ “Artículo 8. Derecho a la reparación. *El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas”.* *Cursivas añadidas.*

⁶⁵ En el párrafo siguiente se indicará: “Para tener derecho a la pena alternativa se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció”.

⁶⁶ *Cursivas añadidas.*

⁶⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-370/06, de 18 de mayo de 2006.

⁶⁸ Además de la referida sentencia C-370/06, la Corte Constitucional de Colombia ha emitido otras sentencias sobre la Ley de Justicia y Paz. Así, las sentencias C-127, C-319, C-531, C-575 y C-670 de 2006 y la sentencia C-080 de 2007.

⁶⁹ Como señala *Human Rights Watch*: “Si la Ley de Justicia y Paz se hubiera implementado en los términos de su redacción original, los paramilitares no habrían tenido ningún incentivo significativo para hablar sobre sus crímenes o cómplices, y cualquier investigación

de Justicia de Colombia que, como subraya Uprimny, “ha ido adquiriendo un papel cada vez más importante en la determinación del contenido concreto de la LJP, pues le corresponde a ese tribunal revisar muchas de las decisiones que toman los tribunales frente a los desmovilizados. Estas decisiones han convertido a ese tribunal en un actor central en la definición del contenido práctico de la LJP, para lo cual ha usado crecientemente estándares internacionales de derechos humanos y de Derecho Penal Internacional”⁷⁰.

Pero dicha labor de control jurisdiccional no impide una flexibilidad que, de un lado, resulta necesaria en todo proceso transicional; si bien, de otro, siempre hará que anide la duda sobre si se ha ido más allá, o no, de lo que hemos denominado contenido esencial de los derechos de las víctimas, que en ningún caso cabrá cercenar so pena de vaciar de contenido tales derechos y de caer en la impunidad. Más aún cuando se transite del análisis de la literalidad normativa a la constatación de su aplicación práctica caso por caso⁷¹. Sin embargo, reconociendo ambos peligros, no se debe minimizar lo logrado ni ignorar que entre la Ley 35 de 1982, *de amnistía incondicional a favor de la paz*, y la Ley 975 de 2005, *de Justicia y Paz*, existe no ya un avance, sino un verdadero cambio de paradigma.

de sus delitos se habría cerrado rápidamente. Todo cambió cuando la Corte Constitucional colombiana revisó la ley a mediados de 2006. La Corte aprobó la ley, pero condicionó dicha aprobación a que se le realizaran varias reformas fundamentales. (...) Si bien la ley aún presenta deficiencias, la Corte la transformó en un instrumento que, si se implementa en forma efectiva, podría promover el derecho de las víctimas a la verdad, a obtener reparaciones y a que los abusos no vuelvan a producirse”. *Human Rights Watch*, “¿Rompiendo el control? ...”, op. cit., p. 7.

⁷⁰ R. UPRIMNY, “El marco jurídico de la desmovilización ...”, op. cit., p. 73.

⁷¹ Como destacaba la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al principio de su informe sobre *la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz*: “En la etapa que se inicia resulta crucial que el marco normativo y su interpretación por parte de la Corte Constitucional sean respetados a cabalidad por las entidades encargadas de su implementación –la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, los Tribunales de Justicia y Paz, el ministerio público y la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparación– a fin de que los beneficios penales otorgados a los desmovilizados no constituyan una mera concesión gratuita de justicia, sino que cumplan con el objetivo genuino de operar como incentivo para la paz, la búsqueda de la verdad y la debida reparación a las víctimas del conflicto”. Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre *la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia*, de 2006, par. 3. cursivas añadidas. Accesible en <http://www.cidh.org/countryrep/Colombia2006sp/pronunciamiento.8.1.06esp.htm> (última visita, 3 de junio de 2013).

4.2. La Ley 1448, de Víctimas y de Redistribución de Tierras, de 2011

Una aproximación diferente, porque va directa y específicamente dirigida a regular los derechos de las víctimas –de todas las víctimas, independientemente de quiénes hayan sido los victimarios, como vamos a ver– y no a ofrecer beneficios a los victimarios como resultado de un proceso de negociación; haciéndolo además, muy interesantemente, de manera previa a la apertura de las negociaciones con las FARC en otoño de 2012 –con todo lo que ello supone como marco jurídico al que las partes en la negociación deberán ceñirse, si bien completado por el denominado *Marco Jurídico para la Paz*, como veremos en el siguiente apartado–, es la planteada por el Presidente Santos a través de la aprobación de la *Ley de Víctimas y de Redistribución de Tierras*, de 10 de junio de 2011. Se trata, en efecto, de la primera ley colombiana de víctimas⁷², cuyo objetivo general y premisas básicas vienen referidas en el artículo 1:

“La presente ley tiene por objeto establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente ley, dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales”⁷³.

La dignidad de las víctimas, de acuerdo con el artículo 4, se erige como fundamento de la Ley 1448, pues de ella derivan sus derechos: “El fundamento axiológico de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, es el respeto a la integridad y a la honra de las víctimas”. Derechos que serán garantizados a través de la *justicia transicional*, entendida como “los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por *garantizar que los responsables de las violaciones* contempladas en el artículo 3° de la presente ley, *rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas*, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la *no repetición de los hechos*”

⁷² Resulta de justicia señalar que en el proceso de su elaboración el Gobierno de Colombia tuvo muy presente el ejemplo español en la materia; como se sabe, uno de los más avanzados en el reconocimiento, protección y garantía de los derechos de las víctimas de terrorismo. Para ello, contó muy especialmente con el asesoramiento del en aquel momento Director General para las Víctimas del Terrorismo del Gobierno de España, José Manuel Rodríguez Uribes.

⁷³ Ley 1448, de Víctimas y Restitución de Tierras, de 10 de junio de 2011, artículo 1.

y la *desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible*⁷⁴.

Es aquí donde aparece en toda su profundidad la complejidad de la cuestión, simbolizada en la búsqueda de la complementariedad en el equilibrio de los principios y objetivos informadores de todo proceso transicional: *satisfacción de los derechos de las víctimas, reconciliación nacional y paz*. Paz que sólo es aquella que sea *duradera y sostenible*, que, a su vez, *sólo lo será si consigue la reconciliación nacional con justicia; esto es, satisfaciendo los derechos de las víctimas*. Complementariedad y búsqueda de equilibrio que quedan plasmados en el artículo 9, significativamente titulado “Carácter de las medidas transicionales”:

“El Estado reconoce que todo individuo que sea considerado víctima en los términos de la presente ley, tiene derecho a la verdad, justicia, reparación y a que las violaciones de que trata el artículo 3º de la presente ley, no se vuelvan a repetir, con independencia de quién sea el responsable de los delitos.

(...)

En el marco de la justicia transicional las autoridades judiciales y administrativas competentes deberán ajustar sus actuaciones al objetivo primordial de conseguir la reconciliación y la paz duradera y estable”.

Y en los artículos 11 y 12, donde se hace referencia a la necesaria coherencia interna y externa de todo el contenido de la Ley:

“Artículo 11. COHERENCIA EXTERNA. Lo dispuesto en esta ley procura complementar y armonizar los distintos esfuerzos del Estado para garantizar los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas, y allanar el camino hacia la paz y la reconciliación nacional.

Artículo 12. COHERENCIA INTERNA. Lo dispuesto en esta ley, procura complementar y armonizar las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, con miras a allanar el camino hacia la paz y la reconciliación nacional”.

Finalmente, resulta importante detenerse en un aspecto que quizás haya pasado desapercibido en una lectura rápida del primer párrafo del artículo 9 citado, que afirma que el Estado reconoce que *“toda víctima tiene derecho a la verdad, justicia, reparación y a que las violaciones no se vuelvan a repetir, con independencia de quién sea el responsable de los delitos”*⁷⁵. Se trata, en efecto, de la *definición misma de víctima* y los elementos delimitadores que la com-

⁷⁴ Artículo 8. Cursivas añadidas.

⁷⁵ Cursivas añadidas.

ponen, o no. Así, la noción de víctima definida en el artículo 5 de la Ley 975, *de Justicia y Paz*, de 2005, exigía que los daños causados a las personas –que se van a considerar víctimas en la Ley– debían “ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley”⁷⁶.

Frente a ello, el artículo 3 de la Ley 1448, *de Víctimas y Restitución de Tierras*, de 2011 señala en su párrafo primero, que es el relevante a estos efectos:

“Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas Internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno”.

Se trata de una novedosa y, creo que resulta necesario reconocerlo, valiente y honesta, aproximación al *concepto de víctima* en el contexto del conflicto armado colombiano, eliminando de su definición el elemento limitador subjetivo pasivo⁷⁷; esto es, la referencia a quién haya sido el causante de “las infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas Internacionales de Derechos Humanos”. Y es que tales violaciones teóricamente, y, como se sabe, también en la práctica, pueden ser cometidas por cualquiera, con independencia de su adscripción a “un grupo armado organizado al margen de la ley” o por el Estado mismo a través de sus agentes; porque lo relevante es la comisión de “infracciones al Derecho Internacional Humanitario o violaciones graves y manifiestas de los derechos humanos” con ocasión del conflicto armado interno y que éstas violaciones ocasionan víctimas, sin que quepa distinguir por el origen o adscripción del victimario entre tipos, calidades o niveles de víctimas.

⁷⁶ El texto del artículo mencionado es el siguiente:

“Definición de víctima. Para los efectos de la presente ley se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley”. Artículo 5 de la Ley 975, *de Justicia y Paz*, de 2005. Cursivas añadidas.

⁷⁷ Desde la perspectiva de los derechos de las víctimas, que es la empleada aquí, en la nueva relación jurídica establecida ante una violación de sus derechos, el sujeto activo, titular de derechos, pasa a ser la víctima y el sujeto pasivo, como responsable de la violación y titular de las obligaciones jurídicas que de ello derivan, pasa a ser el victimario. *Vid.* F.VACAS FERNÁNDEZ, “El terrorismo como crimen ...”, *op. cit.*, p. 267.

De este modo, *al desplazar el foco de atención de los victimarios, sean quienes fueren, a las víctimas, se avanza en la aplicación del Derecho sin discriminaciones injustificadas* –y la distinción entre víctimas de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o violaciones graves y manifiestas de los derechos humanos siempre lo es– *y se puede avanzar, además, en el plano de la paz y la reconciliación desde bases más sólidas*. Porque, como reconoce el propio Ministro de Justicia y del Derecho de Colombia, Juan Carlos Esguerra Portocarrero: “En el caso del conflicto armado interno en Colombia, estos asertos son particularmente ciertos. Este conflicto se ha propiciado y acentuado en gran medida por dos factores sustanciales: por un lado, las grandes brechas de injusticia e inequidad social, y por el otro, la desatención a los clamores de las víctimas de los actores armados.

La Ley 1448 de 2011 de Víctimas y Restitución de Tierras, así como sus normas reglamentarias, atacan estos dos frentes de manera simultánea ya que buscan reducir las injusticias y la desigualdad social a través de la reparación económica y moral de las víctimas. De esta forma, se reconoce que las víctimas –en su gran mayoría, personas en estado de pobreza extrema, desplazadas y desempleadas– son las personas más vulnerables de nuestra sociedad y que la reparación de sus daños contribuirá a evitar que las causas endógenas del conflicto se perpetúen en el tiempo”⁷⁸.

4.3. El llamado *Marco Jurídico para la Paz*

El 31 de julio de 2012, apenas un mes antes de que el Presidente Santos anunciase el inicio de un nuevo proceso negociador con las FARC –que se iniciaría, en la primera de sus fases, en octubre de ese año en Oslo y que está teniendo, como se sabe, su continuación en La Habana–, el Congreso de Colombia aprobó un Acto Legislativo, con alcance de reforma constitucional, “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”. Denominación oficial generalmente referida muy significativamente como *Marco Jurídico para la Paz*⁷⁹, que se aprobó, en efecto, para establecer las bases constitucionales que diesen cobertura jurídica interna a

⁷⁸ J. C. ESGUERRA PORTOCARRERO, “Llegó la hora de las víctimas: ¡Por fin!, *Presentación a la Ley 1448 de 2011 de Víctimas y Restitución de Tierras*, p. 9. Accesible en www.leydevictimas.gov.co/documents/10179/19132/completo.pdf (última visita el 2 de octubre de 2013).

⁷⁹ *Marco Jurídico para la Paz*, Acto Legislativo n° 1, de 31 de julio de 2012. Accesible en <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/actos-legislativos/Documents/2012/ACTO%20LEGISLATIVO%20>

los esperados resultados positivos de las mencionadas negociaciones de paz con las FARC y, desde una perspectiva política, para posibilitarlos.

Así, en el nuevo Artículo Transitorio 66 de la Constitución colombiana, que introduce el *Marco Jurídico para la Paz*, se subraya, de un lado, la *excepcionalidad de los instrumentos de justicia transicional*, así como que su finalidad “prevalente (es) *facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera*”⁸⁰; eso sí, “con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantiza(ndo) *en el mayor nivel posible*, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”⁸¹. Con ello, y ya en línea de principio, se puede observar que tanto la finalidad “prevalente” de los instrumentos de justicia transicional que la reforma constitucional introducida va a posibilitar adoptar, como la relativización de los derechos de las víctimas con la expresión “en el mayor nivel posible” referido a la garantía de los mismos, se dirigen a *flexibilizar en lo posible el marco jurídico aplicable* con vistas a los resultados de dicha negociación y para facilitarlos, *primando el objetivo de la Paz sobre las exigencias de Justicia*, que quedarían de este modo supeditadas a la consecución de la primera.

A partir de estas bases, en el nuevo Artículo Transitorio 66 de la Constitución se habilita al Congreso para que, a través de una Ley estatutaria “se establecerán instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extra-judicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción. En cualquier caso se aplicarán mecanismos de carácter extra-judicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas”. Con ello, Colombia, como no puede ser ya de otro modo tal y como hemos visto se deriva del Derecho Internacional vigente en la materia, reconoce y asume el cumplimiento de las obligaciones de “investigación y sanción” así como de “esclarecer la verdad y reparar a las víctimas”; esto es, verdad, justicia y reparación como contenido de la justicia de transición o, visto desde los derechos de las víctimas, derecho de acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación, como hemos visto.

Sin embargo, en el cuarto párrafo del artículo mencionado se introduce la referencia a dos nociones que parecen pensadas para, respetando las obligaciones mencionadas del Estado/ derechos de las víctimas, introducir

N%C2%B0%2001%20DEL%2031%20DE%20JULIO%20DE%202012.pdf (última visita, el 2 de octubre de 2013).

⁸⁰ Cursivas añadidas.

⁸¹ Cursivas añadidas.

la requerida flexibilidad que permita “facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera”, que, como hemos visto, es la “finalidad prevalente”: *priorización y selección* en la aplicación de la Justicia; esto es, en el establecimiento de responsabilidad penal por los crímenes cometidos. Así, se indica que “(e)l Fiscal General de la Nación determinará *criterios de priorización* para el ejercicio de la acción penal” y se habilita al Congreso para que, por medio de una ley estatutaria, pueda establecer “*criterios de selección* que permitan *centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables* de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la *suspensión de la ejecución de la pena*; establecer los casos en los que proceda la *aplicación de sanciones extra-judiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena*; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados”⁸². Eso sí, reiterando que todo ello se hará “(s)in perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario”⁸³.

Finalmente, el *Marco Jurídico para la Paz* introduce un segundo Artículo Transitorio, el 67, en la Constitución, relativo a la participación política, con el que se pretende limitar las consecuencias penales en ese ámbito:

“Una Ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. No podrán ser considerados conexos al delito político los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos”.

Por consiguiente, únicamente a aquellos que hayan sido “condenados y seleccionados” –expresión que remite, obviamente, a los “criterios de selección” referidos en el artículo anterior, entre los que se hace referencia expre-

⁸² Cursivas añadidas.

⁸³ Para terminar el mencionado artículo, se indica que la aplicación de dicho tratamiento penal especial –que resultará ser, obviamente, más benévolo que el general– se condiciona a “la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley”.

sa a “los máximos responsables” de los delitos referidos, y, por consiguiente, no a todos los que los hayan cometido— por la comisión de “crímenes de lesa humanidad y genocidio *de manera sistemática*” —con la doble limitación de no incluir, muy significativamente, los crímenes de guerra, de un lado, y, de otro, de la exigencia de que los crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos hayan sido realizados de “manera sistemática” — “no podrán participar en política ni ser elegidos”.

Pues bien, el referido *Marco Jurídico para la Paz* ha sido contestado no sólo en el plano político, sino, especialmente en lo que aquí interesa, en el jurídico tanto a nivel interno como internacional. Así, desde la perspectiva interna, se interpuso recurso de inconstitucionalidad, que fue resuelto por la Corte Constitucional por decisión anunciada el 28 de agosto de 2013⁸⁴, en la que, admitiendo su constitucionalidad, establece, sin embargo, determinados criterios interpretativos que el Congreso deberá tener en cuenta a la hora de adoptar las leyes estatutarias a las que se refiere el *Marco Jurídico para la Paz*. Criterios interpretativos que no son sino límites a la discrecionalidad del legislador sobre la base esencial, referida por la Corte como “pilar fundamental de la Constitución”, del respeto a los derechos de las víctimas y las consiguientes obligaciones del Estado, tal y como se establece en el Derecho Internacional e interno colombiano.

En el plano internacional, destaca el seguimiento que desde la Fiscalía de la Corte Penal Internacional se ha venido realizando de la cuestión y que llevó a que el 26 de julio de 2013 la Fiscal de la Corte, Fatou Bensouda, dirigiese una carta confidencial⁸⁵ al Presidente de la Corte Constitucional colombiana —que en ese momento estaba todavía deliberando sobre la constitucionalidad del *Marco Jurídico para la Paz*: como acabamos de ver, la sentencia se anunció un mes después de la recepción de dicha carta —sobre algunos aspectos de su contenido; y, en especial, “sobre la compatibilidad de la suspensión de penas con el Estatuto de Roma”, indicando los límites que el Derecho Internacional establece al respecto y que, en todo caso, Colombia debe respetar⁸⁶.

⁸⁴ A la fecha de la redacción de este artículo todavía no ha sido publicada la sentencia, por lo que los datos de su contenido vienen referidos al comunicado oficial realizado por la propia Corte sobre su decisión.

⁸⁵ Contenido de la carta accesible en, por ejemplo, http://www.semana.com/upload/documentos/Documento_354581_20130817.pdf (última visita, el 2 de octubre de 2013).

⁸⁶ Para un análisis de la actuación de la Corte Penal Internacional en relación a Colombia vid., entre otros, H. OLÁSULO ALONSO, “El impacto del examen preliminar de la CPI sobre los delitos de lesa humanidad cometidos desde el 1 de noviembre de 2002 en el proceso de ne-

En definitiva, como vemos, se trata de una cuestión que, en el momento de la redacción del presente artículo, se encuentra completamente abierta, en primer lugar porque las negociaciones de La Habana todavía no han concluido. Habrá que esperar a ver si éstas concluyen con un acuerdo de paz y a los términos del mismo en la materia que nos ocupa, así como a los desarrollos jurídicos internos que les den cobertura legal para analizar su respeto, o no, del contenido mínimo exigido por el Derecho Internacional, y por la Constitución colombiana, de los derechos de las víctimas y las correlativas obligaciones del Estado. Pero, sea como fuere, lo que sí parece claro es que, tanto desde la perspectiva interna como internacional ya no es discutible que *existe un marco jurídico vigente que viene a limitar la discrecionalidad de las partes, y en especial del Estado, a la hora de negociar y establecer un marco jurídico de paz que afecte a las víctimas de crímenes internacionales y sus derechos; lo que, por otro lado, no agota la necesaria flexibilidad que todo proceso de paz requiere para que pueda llegar a buen término.*

5. CONSIDERACIONES FINALES

Y es que el nuevo paradigma político-jurídico que deriva del establecimiento de una relación constructiva a partir de la complementariedad de los objetivos de Justicia y de Paz, así como de situar a las víctimas en el centro de la escena dotándolas de un verdadero estatuto jurídico, lleva necesariamente a limitar los márgenes de maniobra de los actores en las negociaciones de todo proceso de paz que conduzca a un periodo transicional, ahora ya de *justicia transicional* en sentido propio. Parte, en efecto, de la premisa teórica de que “(j)usticia, paz y democracia no son objetivos mutuamente excluyentes sino más bien imperativos que se refuerzan uno al otro”⁸⁷, pero también del análisis de la práctica, como reconoce el Secretario General de Naciones Unidas en su primer informe sobre *El Estado de derecho y la justicia de transición en las socieda-*

gociación de paz entre el gobierno y las FARC”, en *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, C.M. Díaz Barrado, C.R. Fernández Liesa y J. L. Rodríguez-Villasante Prieto (Dirs.), Civitas - Thomson Reuters, Pamplona, pp. 711-735; A. PIGRAU SOLÉ, “Colombia: la investigación pendiente de la Corte Penal Internacional”, en *ibid.*, pp. 655-690; C. QUESADA ALCALÁ, “La Justicia penal interancional y Colombia”, en *ibid.*, pp. 691-710.

⁸⁷ Informe del Secretario General de Naciones Unidas, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616, de 3 de agosto de 2004, Resumen, p. 1.

des que sufren o han sufrido conflictos: “Nuestras experiencias durante la pasada década han demostrado con claridad que no es posible consolidar la paz en el período inmediatamente posterior al conflicto ni mantenerla a largo plazo a menos que la población confíe en que se podrá obtener la reparación de las injusticias sufridas a través de estructuras legítimas encargadas del arreglo pacífico de las controversias y la correcta administración de justicia”⁸⁸.

Ello supone, sin duda, *limitar la discrecionalidad del Poder por medio del Derecho* y ya no sólo a través de la lógica de la confrontación de los diferentes poderes en lucha hasta llegar a un nuevo equilibrio político, propio de la lógica de *realpolitik* en la que indefectiblemente la Justicia y, como parte primordial de la misma, las víctimas simplemente eran ignoradas cuando no sacrificadas. También implica reconocer que *en la justicia de transición nos encontramos siempre ante un problema complejo, en el que frente al todo o nada y la exclusión de objetivos debe primar el equilibrio y la complementariedad, para llegar a una respuesta también compleja que, además, nunca es teórico-general, sino particular, específica para cada caso concreto*. Como reconoce el Secretario General: “Los problemas que se plantean después de los conflictos hacen necesario optar por un planteamiento que equilibre múltiples objetivos, entre los que se encuentran la búsqueda de la rendición de cuentas, la verdad y la reparación, la preservación de la paz y la construcción de la democracia y el Estado de derecho”⁸⁹.

Alcanzar la complementariedad en el caso concreto a través de la construcción de equilibrios entre intereses, objetivos y principios implica negociar y contrastar posiciones y grados de poder de las partes en el conflicto. Todo ello se sitúa en el terreno de lo político, del juego político y, claro está, implica margen de maniobra y un grado no pequeño de discrecionalidad. Eso sí, *dentro del marco jurídico que impone el principio de legalidad, tanto internacional como interno; esto es, a partir de la aceptación y el respeto de los límites generales que imponen el propio concepto de justicia transicional y los derechos de las víctimas, que se concretan en el contenido mínimo esencial de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación* y sin los cuales aquella y éstos quedarían vacíos de contenido.

Y si ello es así en los momentos de transición una vez finalizado el conflicto, en el caso de Colombia la situación resulta, si cabe, todavía más complicada porque, como subraya el ya citado Ministro de Justicia y del Derecho, Esguerra Protocarrero: “A diferencia de otras experiencias internacionales en las que los procesos de justicia transicional tienen lugar tras el cese de las confrontaciones

⁸⁸ *Ibid*, par. 2.

⁸⁹ *Ibid*, par. 21.

bélicas, Colombia es pionera en el mundo en la adopción de un sistema de justicia transicional en un país donde el conflicto todavía no ha terminado”⁹⁰.

En efecto, a diferencia de procesos anteriores, hoy Colombia posee, como hemos visto, un marco jurídico internacional e interno bien establecido que, habiendo situado a las víctimas en el centro de la preocupación política y habiéndoles, en consecuencia, dotado de un estatuto jurídico propio –que puede ser interna e internacionalmente fiscalizado–, hace que necesariamente –y ya no sólo desde posiciones morales o de principios éticos generales, sino desde el Derecho– la búsqueda de equilibrios entre los actores a través de negociaciones, políticas, que implique al final alcanzar un grado de complementariedad entre Justicia y Paz en el caso concreto, se lleven a cabo dentro de los límites que el ordenamiento jurídico internacional e interno de Colombia determinan. Sabiendo, además, que los tribunales internos colombianos –en especial su Corte Constitucional y su Corte Suprema de Justicia, como hemos visto–, en primer lugar, y la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos en última instancia, velarán porque dicho marco jurídico conformado por el contenido mínimo esencial de los derechos de las víctimas sea respetado tanto en los acuerdos genéricos a los que las negociaciones den lugar como, es de esperar, en su paulatina y necesariamente dilatada aplicación en cada caso concreto.

FÉLIX VACAS FERNÁNDEZ
Área de Derecho Internacional Público
Universidad Carlos III de Madrid
c/Madrid, 126
Getafe 28903 Madrid
e-mail: felix.vacas@uc3m.es

⁹⁰ J. C. ESGUERRA PORTOCARRERO, “Llegó la hora de las víctimas ...”, cit., p. 13.

EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS VERSUS EL ANONIMATO EN LA DONACIÓN DE GAMETOS

THE RIGHT TO KNOW ONE'S ORIGINS VERSUS THE ANONYMOUS DONATION OF GAMETES

NOELIA IGAREDA GONZÁLEZ
Universidad Autónoma de Barcelona

Fecha de recepción: 2-9-13

Fecha de aceptación: 22-1-14

Resumen: *El derecho a conocer los orígenes biológicos cuenta cada vez con una mayor aceptación como derecho fundamental de las personas, desde la doctrina hasta el derecho internacional especialmente desde la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño en 1989 en el marco de las Naciones Unidas. Este derecho puede entrar en colisión con la legislación existente en materia de técnicas de reproducción asistida, y en concreto, con las que permiten la donación anónima de gametos masculinos y femeninos, como es el caso de España. El artículo analiza los argumentos a favor y en contra del anonimato de donantes, para concluir que debería respetarse el derecho a conocer los orígenes de los niños/as concebidos con gametos donados, y que por lo tanto, se debería producir un cambio legal al respecto, al igual que sucede en Europa.*

Abstract: *The right to know one's biological origins has more and more acceptance as a fundamental right, from doctrine to international law, especially since the adoption of the Convention on the Rights of the Child in 1989 under the framework of the United Nations. This right may clash with existing legislation on assisted reproduction techniques, and in particular with those that allow anonymous donation of male and female gametes, as is the case of Spain. This article discusses the arguments for and against the anonymity of donors, to conclude that it should be respected the right to know his/her biological origins of children conceived with donated gametes, and therefore a legal change should be done, as occurs in Europe.*

Palabras clave: derecho a conocer los orígenes, anonimato de donantes de gametos, técnicas de reproducción humana asistida

Keywords: the right to know one's origins, anonymous gamete's donation, human reproduction assisted techniques

1. EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS

El derecho a conocer los orígenes biológicos ha sido reconocido como de suficiente importancia como para ser constitutivo de un derecho humano, ya que se considera un elemento esencial del bienestar psíquico de las personas el conocer su procedencia¹. Este derecho a conocer es una de las dimensiones de un derecho más amplio, como es el derecho a la identidad.

La Convención de las Naciones Unidas (ONU) sobre los Derechos del Niño reconoce en su artículo 7 el derecho del niño/a a conocer y a ser cuidado por sus padres². Ese derecho a conocer los padres debe ser interpretado en sentido amplio, incluyendo los padres sociales y los biológicos³. La mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) han suscrito esta Convención de la ONU⁴. Sin embargo, la traducción de este artículo en el derecho interno puede variar, especialmente cuando se abordan las leyes sobre técnicas de reproducción humana asistida y la donación de gametos: algunos países no permiten el anonimato de los donantes de gametos⁵ porque se entiende entraría en colisión con el respecto a este derecho a conocer los orígenes biológicos, y algunos otros países en cambio sí lo hacen⁶, algunos

¹ S. BESSON, "Enforcing the child's right to know her origins: contrasting approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights", *International Journal of Law, Policy and the Family*, núm. 21, 2007, pp. 140.

² La Convención de los Derechos del Niño reconoce a los niños/as por primera vez como sujetos de derecho y no objetos de protección. Aun así, hay reticencias a la hora de contemplar a los niños/as como sujetos de derechos, porque se perciben como seres dependientes de sus padres, como un asunto privado de ellos, donde no debe interferirse, y donde se entiende que todo se hará por su bien (J. GUILLÓ, "Niños, niñas y adolescentes: los nuevos ciudadanos" en C. VILLAGRASA; I. RAVETLLAT (coord.), *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 11-12).

³ S. BESSON, "Enforcing the child's right to know her origins: contrasting approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights", cit., p. 143; M. FREEMAN, "The new birth right?: Identity and the child of the reproductive revolution", *International Journal of Children's Rights*, num. 4, vol. 3, 1996, pp. 273-297.

⁴ España ratifica la Convención el 6 de diciembre de 1990, y entra en vigor el 5 de enero de 1991. Dicha ratificación se produce en el periodo de tiempo comprendido entre la aprobación de la primera ley sobre técnicas de reproducción asistida en España en 1988 que opta por el anonimato de donantes, y la segunda ley en el 2006, que a pesar de estos compromisos internacionales sigue optando por el anonimato de donantes de gametos.

⁵ Es el caso de Inglaterra, Suecia, Austria, Alemania o Noruega.

⁶ Es por ejemplo el caso de España en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. O Dinamarca.

reconocen el derecho del niño/a a investigar su origen biológico al convertirse en adulto⁷ y en algunos países no⁸.

De hecho esta variedad de interpretaciones es también posible, porque los Estados que suscribieron la Convención introdujeron una matización importante, se trataba de un derecho a conocer los orígenes, “en la medida de lo posible”, lo que permite limitaciones nacionales en algunos casos⁹.

Estados Unidos es junto a Somalia, uno de los pocos países que no ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño. Además en Estados Unidos prima el respeto por la autonomía reproductiva, y por el dejar hacer en materia de técnicas de reproducción asistida, ya que se entiende la autonomía reproductiva como parte del derecho a la privacidad constitucionalmente protegido, y ese dejar hacer tan solo se regula por las leyes de la oferta y la demanda del libre mercado.

En consecuencia, en Estados Unidos no existe ninguna legislación al respecto, así que estas cuestiones son reguladas mediante códigos profesionales, que normalmente recomiendan el anonimato de los donantes. Hay sin embargo algunos bancos de donantes que permiten la donación con donantes identificables¹⁰.

En cambio en Europa existen legislaciones más o menos restrictivas porque se entiende que esa libertad reproductiva que permiten las técnicas de reproducción asistida puede entrar en colisión con algunos derechos fundamentales y de ahí que el Estado deba legislar para evitar abusos¹¹. Las legislaciones más restrictivas son las de los países de habla alemana (Alemania,

⁷ Como por ejemplo en Finlandia.

⁸ En España sólo excepcionalmente el art. 5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida lo permite “Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes”.

⁹ S. BESSON, “Enforcing the child’s right to know her origins: contrasting approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights”, cit., pp. 143.

¹⁰ L. FRITH, “Gamete donation and anonymity”, *Human Reproduction*, vol. 16, núm. 5, 2001, pp. 819.

¹¹ I. ALKORTA, “Women’s Rights in European Fertility Medicine Regulation” en S. WIDDOWS; I. ALKORTA; A. EMALDI, *Women’s reproductive rights*, Palgram Macmillan, London, 2006, pp. 111-112.

Austria¹²) influidos por las dramáticas experiencias eugenésicas de principios de siglo¹³. También la italiana¹⁴, pero en este país por la influencia de la Iglesia Católica y su condena a las técnicas de reproducción asistida en general, como una condena moral a la disociación de sexualidad y procreación. Las legislaciones europeas más permisivas están en el Reino Unido¹⁵ y en España.

Además las legislaciones europeas no sólo se diferencian por permitir o no la donación anónima de gametos. También existen diferencias respecto a la posibilidad de donar los gametos masculinos o femeninos. La donación de óvulos está prohibida en Italia, Suiza, Austria y Alemania¹⁶. En Suecia o Dinamarca, sólo se pueden utilizar óvulos sobrantes, porque el procedimiento de obtención se considera peligroso para la salud de las donantes. El argumento último en contra es que permitir la donación puede producir el comercio de óvulos y someter a las mujeres a fuertes presiones¹⁷.

Existen ciertos riesgos en la obtención de óvulos para la salud que se han demostrado científicamente. Primero porque los óvulos son “bienes escasos”, ya que en condiciones normales la mujer sólo produce un óvulo cada mes, por lo que para la obtención de óvulos para las técnicas de reproducción asistida, se produce una estimulación o superestimulación ovárica, además de un procedimiento quirúrgico invasor para obtener estos óvulos¹⁸.

¹² *Federal Embryo Protection Law (1990), the Adoption Brokerage Law (2006), y the Guideline of the German Federal Medical Chamber (2006).*

¹³ J. VIDAL MARTÍNEZ, “Acerca de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S.H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo”, *Revista Derecho Genoma Humano*, núm. 34, 2011, pp. 155-201.

¹⁴ Law n. 40 (19/2/2004) - Regulation of Medically Assisted Reproduction.

¹⁵ Human Fertilisation and Embryology Act (Nov 2008).

¹⁶ El Gobierno alemán justifica la prohibición de donación de óvulos (Ley Alemana de protección del Embrión que lo tipifica como delito punible) porque busca proteger el bienestar del hijo asegurando la identidad de la madre, ya que la división entre la maternidad genética y biológica representa una novedad en la historia de la humanidad. La división e incertidumbre de la maternidad podría suponer una amenaza en el desarrollo y estabilidad psíquica del hijo/a. J. VIDAL MARTÍNEZ, “Acerca de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S.H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo”, *cit.*, pp. 160.

¹⁷ M. AHUMADA “La clonación humana y el resguardo de los intereses de las mujeres”, *Revista del Derecho y Genoma Humano*, núm. 28, 2008, pp. 51.

¹⁸ La donación de óvulos en España puede realizarse cada 4 meses, con un máximo de 3 veces al año.

Es por ello que hay autores que denuncian que los medicamentos utilizados, así como las técnicas pueden producir efectos secundarios que no han sido suficientemente investigados¹⁹. La hiperestimulación ovárica puede aumentar las posibilidades de desarrollar cáncer de ovarios; también se habla de mayores riesgos de trombosis y embarazos ectópicos o extrauterinos, así como del síndrome de hiperestimulación ovárica²⁰. Estas diferencias entre la donación de gametos masculinos y femeninos, hace que algunos autores/as enfatizen que en el caso de legislaciones en las que se permite la donación de ambos, no pueden abordarse como situaciones equivalentes²¹.

No sólo han sido diversas las opciones legales en los diferentes países europeos respecto al anonimato de donantes, y también respecto a la donación de gametos masculinos y femeninos. También se ha producido una evolución en la legislación, y en numerosos países europeos se ha pasado de leyes que permitían la donación anónima, a leyes que no la permiten.

El primer país en eliminar el anonimato de donantes fue Suecia en 1984 con la ley No. 1440, que permitía que el niño/a, cuando tuviera suficiente madurez, pudiera saber la identidad del donante de esperma²². Austria también lo permitió con la modificación de su ley sobre técnicas de reproducción asistida, la ley No. 275 en 1992. Tanto en Suecia como en Austria sólo es posible la donación de semen, no de óvulos. En 2000, el cambio legal sobre el anonimato de donantes también se produjo en Holanda.

El caso de España es sorprendente, en primer lugar porque es uno de los países donde ya desde un primer momento se adoptó una legislación más permisiva

¹⁹ Tal y como señala E. GALPERN, "Beyond Embryo Politics: Women's Health and Dignity in Stem Cell Research", in National Women's Health Network, May/June 2006, pp. 1-4. Disponible en: http://www.geneticsandsociety.org/downloads/Galpern_WHA_0506.pdf

²⁰ M. AHUMADA, "La clonación humana y el resguardo de los intereses de las mujeres", cit., pp. 42.

²¹ F. PUIGPELAT, "El anonimato de las donaciones en las técnicas de reproducción asistida: una solución insatisfactoria desde una perspectiva feminista", en M. CASADO y A. ROYES (coord.), *Sobre Bioética y Género*, Aranzadi, Barcelona, 2012.

²² En la década de los 80, una comisión nombrada por el Gobierno para el estudio de la inseminación artificial, sobre los hijos nacidos con inseminación artificial (IA) de donante y los hijos adoptados, llegó a la conclusión que estos hijos tenían la necesidad en el plano psicológico y el derecho en el plano jurídico de conocer sus orígenes. La Ley sobre inseminación artificial del 22 de diciembre de 1984, estableció a partir de entonces el levantamiento del anonimato de la donación de semen (J. VIDAL MARTÍNEZ, "Acerca de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S.H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo", cit., pp. 167).

va, la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Además esta primera ley incluía la posibilidad de la donación anónima de gametos masculinos y femeninos²³. Anonimato que no se discutió apenas, cuando volvió a legislarse en el 2006, con la aprobación de la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. En segundo lugar es interesante porque, a pesar de ser un país donde la Iglesia Católica mantiene una fuerte influencia en cuestiones bioéticas²⁴, en el ámbito de las técnicas de reproducción humana asistida, a pesar de la clara postura católica al respecto (postura que ha tenido una clara influencia en otros países, como por ejemplo Italia), esto no ha sido un obstáculo para adoptar unas leyes tan permisivas.

Para explicar esta situación algunos autores/as²⁵ se hacen eco de las críticas que en ocasiones se han hecho sobre la influencia de los grupos de presión (por ejemplo de médicos, investigadores o clínicas de fertilidad), por ejemplo en las regulaciones jurídicas sobre técnicas de reproducción asistida. Un claro ejemplo lo constituye el anonimato del donante de semen y óvulos en sí mismo, práctica necesaria para la viabilidad de la inseminación heteróloga, que cuando llegó el momento de legislar sobre las técnicas de reproducción asistida se admitió sin discusión, cuando quizás este anonimato del donante entra en conflicto con algunos de los derechos constitucionalmente protegidos²⁶.

Incluso el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto en la sentencia de 17 de junio de 1999, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad a la primera ley sobre técnicas de reproducción asistida de 1988, y estableció respecto al anonimato de donantes, que esto no era contrario al art. 39.2 de la Constitución española (CE)²⁷ que permitía la investiga-

²³ El Real Decreto 412/1996, de 1 de Marzo por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana, estableció que las donantes de óvulos debían ser mayores de 18 años y menores de 35 años. En el caso de los donantes de semen, debían ser mayores de 18 años y menores de 50. El límite máximo de donaciones está estipulado en el momento en que se hubieran generado seis descendientes por reproducción asistida.

²⁴ Por ejemplo en cuestiones relativas al aborto o la eutanasia.

²⁵ Ver por ejemplo F. PUIGPELAT, "El anonimato de las donaciones en las técnicas de reproducción asistida: una solución insatisfactoria desde una perspectiva feminista", cit., 2012.

²⁶ C. LEMA AÑÓN, *Reproducción, poder y derecho*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 79.

²⁷ Artículo 39.2. Constitución española.

"Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad."

ción de la paternidad²⁸. El Alto Tribunal estableció que el artículo 39.2 CE no protege el derecho del hijo/a a conocer la identidad del padre, sino que es un derecho para descubrir quién está obligado a prestarle la protección que le es debida, tal y como especifica el artículo 39.3. CE²⁹.

Teniendo en cuenta la diversidad de regulaciones en los diferentes Estados miembros, es interesante analizar qué ocurre en el marco del Consejo de Europa de la Unión Europea. Por un lado, bajo el marco del Consejo de Europa, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a veces ha reconocido (y a veces no)³⁰ el derecho del niño/a a conocer su origen, derivado de los demás derechos fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como por ejemplo, el artículo 8 sobre el derecho a la privacidad y la identidad personal³¹.

Del análisis de las sentencias del TEDH se deduce que los ciudadanos tienen derecho al acceso a las técnicas de reproducción humana asistida como parte de su derecho a la vida privada contenido en el art. 8, pero esto no hace que los Estados estén obligados a proporcionar los medios para acceder a las técnicas de reproducción humana asistida como un derecho alternativo a la libertad a procrear, especialmente cuando los estados no pueden garantizar el acceso a gametos donados que depende de la solidaridad³².

²⁸ F. PUIGPELAT, "El anonimato de las donaciones en las técnicas de reproducción asistida: una solución insatisfactoria desde una perspectiva feminista", cit., pp. 182.

²⁹ E. ROCA, "Filiación asistida y protección de derechos fundamentales", *DS: Derecho y Salud*, vol. 7, núm. 1, 1999, pp.5.

³⁰ Según la jurisprudencia del TEDH el derecho de los niños a conocer su verdadera ascendencia y su conexión al desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto: *Mikulic v. Croatia* n° 53176/99. A. 53-54 ECHR 2002-I; *Gaskin v. the United Kingdom* S.(7 de Julio 1989. Serie A 160, p. 16); *Jäggi v. Switzerland* n° 58757/00 25 ECHR 2006; *Odièvre v. France*, n° 42326/98 29; *Caso Dickson v. Reino Unido (Gran sala)* 2007/86 de 4 de diciembre; *Caso Evans v. Reino Unido (Application 6339/059, sentencia TEDH 2006/19 de 7 de marzo (J. VIDAL MARTÍNEZ, "Acerca de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S.H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo", cit., pp. 172, 181-182.*

³¹ En caso de conflicto de este derecho a conocer los orígenes biológicos con otros derechos también reconocidos como el derecho a la privacidad, el Tribunal ha admitido en ocasiones el criterio de solución de los estados. Ver por ejemplo *Caso Odivière*.

³² J. VIDAL MARTÍNEZ, "Acerca de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S.H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo", cit., 2011, pp. 186.

Por otro lado, en el ámbito de la UE, observamos que la UE no tiene competencias para legislar sobre técnicas de reproducción asistida y/o asuntos de adopción. Sin embargo, debido a la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, un nacional de un país puede tener acceso a una técnica de reproducción asistida en un segundo Estado miembro de la UE con una legislación más permisiva (por ejemplo, cuando se permite la donación de gametos anónimos). Esto también se conoce como “turismo reproductivo”³³. También en ocasiones, la prohibición de la donación anónima de gametos, ha hecho que faltaran donantes, y se ha producido una verdadera oferta de semen no analizado a través de Internet³⁴.

Asimismo, el concepto de ciudadanía de la Unión Europea que se ha reconocido desde el Tratado de Maastricht en 1992 establece que toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro es automáticamente un ciudadano de la UE. Los derechos inherentes a la ciudadanía de la UE se recogen en la Carta de los Derechos Fundamentales (Carta de la UE) que, desde el Tratado de Lisboa en el año 2007, tiene efectos vinculantes en la UE. La presente Carta no reconoce ningún derecho a saber origen biológico, pero este derecho ha sido entendido en la mayoría de la jurisprudencia internacional y europea del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como derivada de otros derechos fundamentales, como pueden ser el derecho a la dignidad humana (incluido también en el artículo 1 de la Carta de la UE) y el derecho al respeto de la vida privada y familiar (incluido también en el artículo 7 de la Carta de la UE).

Además de la evolución en el tratamiento legal del anonimato de donantes de gametos en el ámbito de los Estados miembros y de la UE, y de la identificación de algunos problemas como el citado turismo reproductivo, también se producen cambios sociales y demográficos, que provocan el planteamiento de este dilema entre el derecho a conocer los orígenes biológicos de todas las personas nacidas fruto de técnicas de reproducción asistida, y el anonimato de los donantes garantizado en numerosas legislaciones eu-

³³ España es el tercer país de la UE en actividad sobre reproducción asistida, con unos 55.000 ciclos de fecundación *in vitro* al año, de los cuales unos 10.000 son de pacientes extranjeras. Fuente: Sociedad Española de Fertilidad, 2012; Las clínicas españolas acaparan el 35-40% del turismo reproductivo, y la mayoría de los pacientes provienen de Italia, Francia y el Reino Unido, siendo el 75% de los casos italianos (Fuente: Sociedad Europea de Embriología y Reproducción Humana, ESHRE, 2009/2010).

³⁴ B. CLARK, “A balancing Act? The Rights of Donor-conceived Children to know their Biological Origins”, 2011 en http://works.bepress.com/brigitte_clark/4.

ropeas. Estos cambios socio-demográficos han sido muchas veces favorecidos por los nuevos avances científicos que han permitido la disociación entre reproducción biológica y filiación, y han hecho emerger nuevas formas de maternidad y paternidad mucho más sociales que biológicas. También han contribuido la aceptación y generalización de nuevas formas de convivencia y de modelos de familia (familias de matrimonios homosexuales, familias monoparentales, o familias reconstituidas, entre otras).

Aun así, ciertas posturas legales mayoritarias en Europa (como la prohibición de la maternidad por subrogación, o el permitido anonimato de donación de gametos) parecen querer ocultar precisamente (en el caso del anonimato de donantes) o evitar (con la prohibición de la maternidad subrogada y la filiación materna siempre a través de la madre gestante), aquellas situaciones en las que no existe un vínculo genético y biológico claro entre los progenitores y el hijo/a.

Igualmente es contradictorio este abordaje legal, en comparación con el derecho a conocer los orígenes biológicos en los casos de adopción³⁵. El reconocimiento progresivo de este derecho en los casos de adopción³⁶, no ha supuesto tantas dificultades y dilemas éticos, ni ha interferido en el reconocimiento de una maternidad y paternidad social por encima de vínculos estrictamente biológicos y genéticos. Pero tampoco la comparación con el caso de la adopción es pacífica, ya que existen voces discrepantes sobre que puedan

³⁵ Tal y como se reconoce en el derecho civil español. El Derecho catalán reconoce el derecho del hijo/a adoptado a conocer su origen biológico (art. 129 Código de Familia catalán (CF) en consonancia con el art. 7 y art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niños). Es importante por la transcendencia psicológica en el menor, y por los posibles impedimentos matrimoniales. En España el adoptado puede saberlo porque en el Registro Civil la adopción se inscribe al margen de la inscripción de nacimiento, donde consta la filiación biológica del adoptado (artículo 47 y 48 de la Ley Registro Civil (LRC)). La Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN) de 15 de febrero de 1999 permite cancelar formalmente la inscripción originaria de nacimiento y extender una nueva donde sólo aparecerán los datos de adopción. En la nueva inscripción, en la casilla de observaciones se hará referencia exclusivamente a los datos registrales de la inscripción anterior sin mencionar la adopción. El adoptado mayor de edad puede conocer los datos de la inscripción anterior (M.C. QUESADA "La Convención ante los procesos de adopción" en C. VILLAGRASA; I. RAVETLLAT (co-ord.), *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 141-142.

³⁶ A. J. VELÁZQUEZ, "El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos", *Diario La Ley*, núm. 7526, 2010; M. GARRINA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen: un estudio legislativo y jurisprudencial*, Madrid, Aranzadi, 2010.

ser supuestos análogos, ya que parten de supuestos de partida radicalmente diferentes³⁷.

De todas estas preguntas y problemas, nace la necesidad de entender cuáles son los fundamentos hoy por hoy del derecho a conocer los propios orígenes biológicos en Europa, y de qué manera está garantizado este derecho en la Unión Europea, sobre todo, bajo una pluralidad de opciones legales en relación a las técnicas de reproducción humana asistida y adopción. De la misma manera, es preciso identificar y comprender los diferentes argumentos que se esgrimen para permitir o no, la donación, y el anonimato de la donación de gametos masculinos y femeninos.

Finalmente, esto ayudará a elaborar una posición informada sobre cuál es, y cuál debería ser la situación en el ordenamiento jurídico español respecto a la donación de gametos masculinos y femeninos en el contexto de las técnicas de reproducción asistida, cómo se garantizaría el derecho a conocer los propios orígenes biológicos y genéticos, a la vez que el derecho fundamental a la intimidad y privacidad de los padres legales y de los donantes de gametos.

2. RAZONES A FAVOR DEL ANONIMATO DE LOS DONANTES

Entre las razones que se esgrimen para defender el anonimato de donantes de gametos, están las investigaciones que habían identificado consecuencias negativas en las relaciones familiares cuando se revelaba la forma de concepción del hijo/a: la desconfianza familiar, los sentimientos de ser diferentes a otros miembros de la familia, la sensación de no contar con una continuidad o transcendencia genética, y sentimientos de frustración a la hora de buscar la identidad del donante³⁸. También aparecen razones vinculadas a la asimetría en las relaciones con los hijos/as cuando uno de los progenitores tiene vínculo genético y el otro no³⁹.

Para entender la opción legal que permite el anonimato en la donación de gametos son igualmente importantes las razones que explican los padres

³⁷ Se afirma que mientras en el caso de la adopción el niño/a ya existe, en el caso de las técnicas de reproducción humana asistida, esa nueva vida se crea por deseo expreso de sus progenitores (tengan uno o ambos vínculo genético con el niño/a).

³⁸ A. TURNER, and A. COYLE, "What does it mean to be a donor offspring? The identity experiences of adults conceived by donor insemination and the implications for counseling and therapy", *Human Reproduction*, núm. 15, 2000, pp. 2041-2051.

³⁹ R. LANDAU, "The management of genetic origins: secrecy and openness in donor assisted conception in Israel and elsewhere", *Human Reproduction*, núm. 13, 1998, pp. 3268-3273.

para no querer revelar a sus hijos/as que han sido concebidos con donantes. En aquellas investigaciones que se han analizado estas opiniones, los padres manifestaban que no querían revelar la forma de concepción de sus hijos/as porque⁴⁰ no era necesario contarlo para proteger al niño/a, lo consideraban como una cuestión personal, que pertenecía a su intimidad y privacidad. Igualmente opinaban, que comunicarlo a los hijos/as iría en contra de su bienestar e interés. Los padres tenían miedo que si lo sabían otros miembros de la familia, rechazarían al niño/a, y si se sabía en un entorno más amplio, el niño/a se sentiría aislado y objeto de bromas. Además otra de las razones que con mayor frecuencia citaban, era que si se sabía la forma de concepción con donante (generalmente masculino), caería un estigma sobre el padre.

Aunque las razones más utilizadas por los padres para no desvelar la forma de concepción aluden a los deseos de protección de los hijos/as, al final la mayoría de las veces en verdad es para proteger a los propios padres, especialmente al padre⁴¹.

De todas formas, en diferentes estudios se ha evidenciado un diferente comportamiento de parejas homosexuales y heterosexuales, siendo las parejas heterosexuales quienes son más reacios a desvelar la utilización de donante, por su deseo de mimetizar una familia "normal", mientras que las parejas homosexuales son más propensas a revelar la utilización de donante⁴².

Otro de los argumentos más importantes que se esgrimen para sustentar la opción legal que garantiza una donación anónima de gametos es el derecho a la privacidad de los padres, como un derecho fundamental que no podría ser garantizado si se permite desvelar la identidad del donante de gametos.

También se utiliza como argumento para mantener el anonimato de los donantes de gametos, la constatación de que, aun en los países donde no existe anonimato de donantes, no hay ninguna provisión legal que obligue a los padres a informar a los hijos/as cómo han sido concebidos. Por lo tanto, aunque se garantice ese derecho a conocer los orígenes genéticos, si los pa-

⁴⁰ J. READINGS, L. BLAKE, P. CASEY, V. JADVA, S. GOLOMBOK, "Secrecy, disclosure and everything in-between: decisions of parents of children conceived by donor insemination, egg donation and surrogacy", *Reproductive BioMedicine Online*, núm. 22, 2011, pp. 490.

⁴¹ J. READINGS, L. BLAKE, P. CASEY, V. JADVA, S. GOLOMBOK, "Secrecy, disclosure and everything in-between: decisions of parents of children conceived by donor insemination, egg donation and surrogacy", *cit.*, pp. 493.

⁴² A. BREWAEY et al. (1993): "Children from anonymous donors: an inquiry into homosexual and heterosexual parents' attitudes", *Journal Psychosomatic Obstetric and Gynaecology*, núm. 14, 1993, pp. 23-35.

dres no desvelan a sus hijos/as cómo han sido concebidos, no tendrá ningún sentido la protección de este derecho.

Igualmente si se elimina la donación anónima ha quedado demostrado que disminuye el número de donantes, y que el tipo de donantes que quedan son de más edad, ya casados y con hijos/as, con lo que implica un mayor porcentaje de anomalías congénitas. También se constata que quienes así donan, normalmente están más deseosos de tener una mayor relación con el niño/a así concebido, con lo que puede suponer una mayor interferencia en la familia⁴³.

En ocasiones también se justifica el anonimato de donantes de gametos, como una condición muchas veces imprescindible para permitir el hipotético derecho a la reproducción de las parejas con problemas de fertilidad. Este derecho a la reproducción estaría directamente vinculado a otros derechos humanos como el derecho a la salud, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad o el derecho a fundar una familia⁴⁴.

Otra de las cuestiones controvertidas, que apoyan el mantenimiento del anonimato de los donantes, es evitar las posibles reclamaciones de paternidad de los hijos/as hacia su progenitor biológico. Ya fue necesario en la aprobación de la primera ley sobre técnicas de reproducción asistida en España en 1988 aclarar que aunque el art. 39.2 de la CE que posibilita la investigación de la paternidad, y en consecuencia, el derecho de las personas de conocer su origen genético, esta disposición constitucional es anterior a la primer ley sobre técnicas de reproducción humana asistida de 1988, y en 1978 no se pensaba en estas técnicas. La investigación de la paternidad está pensada para llamar a las obligaciones a los padres que desatienden a sus hijos/as⁴⁵. La primera ley de 1988 excluía ya de derechos y deberes del donante en relación con los hijos nacidos de su donación (art. 8.1)⁴⁶.

⁴³ G. PENNING, "The "double track" policy for donor anonymity", *Human Reproduction*, vol. 12, núm. 12, pp. 2839-2844.

⁴⁴ Ver por ejemplo las diferentes posturas doctrinales al respecto en N. IGAREDA, "El hipotético derecho a la reproducción", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2011, pp. 252-271.

⁴⁵ M. PALACIOS, "Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005" en I. BENÍTEZ ORTÚZAR, L. MORILLAS CUEVA y J. PERIS RIERA (coord.), *Estudio jurídico penales sobre genética y biomedicina*, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 49.

⁴⁶ M. PALACIOS, "Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005" en I. BENÍTEZ ORTÚZAR, L. MORILLAS CUEVA y J. PERIS RIERA (coord.), *Estudio jurídico penales sobre genética y biomedicina*, cit., pp. 51.

En el caso de las técnicas de reproducción asistida, la paternidad se resuelve siguiendo un criterio formal: deriva de haberla aceptado previamente y por escrito. Tras siglos luchando porque el padre biológico ejerciera como tal, incluso consiguiendo la investigación de la paternidad, se pasa de un criterio de paternidad material a un criterio de paternidad formal⁴⁷.

Y por último, y quizás este sea el argumento que menos se ha estudiado, y en menor medida se cita, está la dimensión económica de las técnicas de reproducción asistida. Estos avances científicos en materia de reproducción humana se han convertido también en el negocio de la esterilidad, ya que la industria que se crea a su alrededor mueve muchísimo dinero y prestigio⁴⁸. El anonimato de donantes representa un elemento imprescindible para el mantenimiento de este negocio. También es importante analizar el desarrollo de esta industria como respuesta a una demanda cada vez más creciente, que se relaciona con una individualidad moderna, que se convierte en un "sujeto de deseo", un sujeto de deseos que no tiene límites⁴⁹. Muchos reparos éticos a esta demanda creciente se fundamentan en el egoísmo de estos sujetos (generalmente mujeres) que quieren tener hijos/as a toda costa⁵⁰, por encima de los límites naturales para concebir hijos/as: por ejemplo la edad avanzada, la infertilidad por alguna causa médica o la homosexualidad. Pero pocas veces se analiza esta demanda creciente con el desfase en aumento entre el periodo de fertilidad biológico de las mujeres (que cada vez tienen su primera menstruación a edades más tempranas, y en consecuencia, tendrán la menopausia a edades más jóvenes) y la maternidad tardía (debido a factores sociales, culturales y económicos, las mujeres cada vez más retrasan la edad para ser madres por primera vez) o la generalización de otras formas de familia y convivencia⁵¹.

⁴⁷ M. CASADO, "Reproducción humana asistida: los problemas que suscita la bioética y el derecho", *Papers: revista de sociología*, núm. 53, 1997, pp. 37-40.

⁴⁸ El negocio de la fertilidad movió en España durante el 2012 460 millones de euros entre la sanidad pública y privada. El 71, 8% de los tratamientos se realizan en clínicas especializadas. Es un sector económico en crecimiento, a pesar de la actual coyuntura económica de crisis (Ver fuente http://cincodias.com/cincodias/2013/04/17/empresas/1366221737_982299.html).

⁴⁹ C. LEMA AÑÓN, *Reproducción, poder y derecho*, cit., pp. 204-205.

⁵⁰ Llegando incluso a utilizarse esta demanda creciente de las técnicas de reproducción humana asistida como una prueba de la existencia del instinto maternal que lleva a las mujeres a someterse a costosos tratamientos para tener un hijo/a biológico a cualquier precio.

⁵¹ N. IGAREDA, "Las mujeres como objeto y no como sujeto de las técnicas de reproducción humana asistida" en M. BOLADERAS (editado), *Bioética, género y diversidad cultural*,

3. RAZONES EN CONTRA DEL ANONIMATO DE LOS DONANTES

Las primeras inseminaciones artificiales con donantes tuvieron lugar en ambientes médicos en la década de los 30, y se hicieron de manera secreta durante cuarenta años, debido al estigma moral y religioso que suponían. El rechazo a la inseminación con donante de semen fue continuo, y aunque no estaba expresamente prohibido, se practicaba de manera clandestina (todavía hasta la década de los 80, por ejemplo hasta el informe Warnock de 1984 en el Reino Unido⁵²). Los hijos/as concebidos con donante eran legalmente considerados hijos/as del donante, por lo tanto las parejas que acudían a la inseminación por donante, falsificaban la partida de nacimiento.

El rechazo inicial de la inseminación por donante es similar a la que actualmente existe sobre la maternidad por subrogación⁵³. En el caso de la inseminación por donante, se trataba del estigma que rodeaba la donación de semen. Los hombres han tenido históricamente una mayor preocupación por tener una conexión genética con sus hijos/as, también relacionada con su tradicional escaso papel en la paternidad social⁵⁴.

El Comité Warnock recogió la práctica de la inseminación por donante, y recomendó que, el hijo/a concebido mediante inseminación con donante, debería ser considerado como hijo/a legítimo de la mujer y su marido, si ambos habían consentido el tratamiento. También el mismo Comité recomendaba que la donación fuera anónima.

La progresiva aceptación de las técnicas de reproducción humana asistida y el cambio de actitud sobre la utilización de donantes sucedió también de

Cánoves i Samoles, Proteus, 2012, pp. 447-490; A. CAMBRÓN INFANTE, "Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer. Una aproximación desde la perspectiva de los derechos" en A. CAMBRÓN (coord.), *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 165-210.

⁵² El Comité Warnock fue creado en el Reino Unido para asesorar técnicamente la primera legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida, sobre todo sobre las implicaciones sociales, éticas y legales sobre los avances científicos en materia de reproducción asistida. Se trataba de una comisión integrada por 15 miembros de diversa procedencia académica y laboral y presidida por la filósofa Mary Warnock. Sus principales conclusiones al respecto quedaron recogidos en el informe Warnock en 1984, que no sólo tuvo una influencia decisiva en la legislación inglesa, sino también en otros ordenamientos jurídicos, como por ejemplo el español.

⁵³ Pero el debate sobre la postura legal en el caso de la maternidad subrogada es más compleja y excede los objetivos de este artículo.

⁵⁴ L. BIRKE; S. HIMMELWEIT; G. VINES, *El niño de mañana*, Comares, Barcelona, 1990, pp. 246.

manera paralela al mayor énfasis que se empieza a conceder a los derechos de los niños/as. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 de las Naciones Unidas ha sido por ejemplo la convención internacional que más rápidamente se ha firmado sobre derechos humanos⁵⁵. Las obligaciones contraídas en la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (1989) dotaban de fundamentos a un derecho a conocer los orígenes⁵⁶.

En consecuencia, la prioridad de la decisión política debería ser el bienestar de los niños/as concebidos con donantes de gametos, y por lo tanto, no se les debería negar su derecho a conocer sus orígenes genéticos. Esto es lo que ha llevado a un cambio de actitud en cuanto a revelar o no a los niños/as su forma de concepción y la utilización de donantes de gametos⁵⁷. Hasta mediados de la década de los 80, se aconsejaba a los padres no revelar a los niños/as sus verdaderos orígenes genéticos⁵⁸. Pero posteriormente se ha producido un cambio de actitud entre los propios profesionales de la fertilidad, a favor de revelar la identidad.⁵⁹

Igualmente una de las razones que explican ese cambio son los resultados de las investigaciones que muestran las consecuencias negativas de los secretos en adopción⁶⁰. También ha influido en este cambio, la generalización y proliferación de las técnicas de reproducción humana asistida, incluso dentro de las prestaciones de la sanidad pública de los diferentes países europeos.

El secreto que rodea las circunstancias del nacimiento del niño/a actúa en detrimento de las relaciones familiares, porque va en contra de los lazos de confianza inherentes en una estructura familiar, y porque además inter-

⁵⁵ L. FRITH, "Gamete donation and anonymity", cit., pp. 820.

⁵⁶ A. MACWINNIE, "Gamete donation and anonymity. Should offspring from donated gametes continue to be denied knowledge of their origins and antecedents", *Human Reproduction*, vol. 16, núm. 5, 2011, pp. 807-817.

⁵⁷ J. READINGS, L. BLAKE, P. CASEY, V. JADVA, S. GOLOMBOK, "Secrecy, disclosure and everything in-between: decisions of parents of children conceived by donor insemination, egg donation and surrogacy", cit., pp. 486.

⁵⁸ Por ejemplo esta era la postura en el Reino Unido del *Royal College of Obstetricians and Gynaecologists* en 1987.

⁵⁹ Ver por ejemplo en el Reino Unido la postura de la *Human Fertilisation and Embryology Authority* (HFA) en 2007, e incluso Grupo de Interés de Psicología de la Sociedad Española de Fertilidad en el 2013.

⁶⁰ Por ejemplo J. PALACIOS, J. and D. BRODZINSKY, "Adoption research: trends, topics, outcomes", *International Journal Behaviour Deviance*, núm. 34, 2010, pp. 270-284.

fieren en la seguridad del vínculo que todo niño/a necesita. El secreto va en contra de los intereses de los niños/as, y además resulta difícil de mantener debido a los parecidos físicos y a los historiales médicos.

Las investigaciones anteriormente citadas sobre la intención de los padres en revelar a sus hijos/as que habían sido concebidos con donantes de gametos, muestran una evolución hacia un mayor porcentaje de padres que manifiestan la intención de revelarlo a sus hijos/as. El porcentaje suele ser más alto en el caso de donantes de óvulos que en el caso de donantes de semen, seguramente influidos por el mayor estigma del padre infértil.

Entre las razones que esgrimen los padres para revelar a los hijos/as como fueron concebidos⁶¹ destaca que quieren ser honestos, ya que consideran que el niño/a tiene derecho a conocer y los padres quieren evitar que lo sepan por otros de manera poco adecuada.

De las numerosas investigaciones sobre adopciones, se ha demostrado los beneficios que tiene el saber los orígenes genéticos⁶². Lo que no queda tan claro, que ese derecho a conocer los orígenes genéticos, después se traduzca en la necesidad de establecer ninguna relación o vínculo entre los padres biológicos y el hijo/a. Aun así hay autores que defienden no sólo el derecho a conocer el origen genético, sino también la necesidad de establecer ciertos vínculos con los progenitores genéticos.⁶³

En coherencia con esta línea, los jueces cada vez más consideran que revelar la identidad genética es beneficioso para el bienestar y los intereses del niño/a⁶⁴. Este criterio legal del bienestar utiliza el argumento de los derechos,

⁶¹ J. READINGS, L. BLAKE, P. CASEY, V. JADVA, S. GOLOMBOK, "Secrecy, disclosure and everything in-between: decisions of parents of children conceived by donor insemination, egg donation and surrogacy", cit., p. 489.

⁶² Ver por ejemplo J. CARSTEN, "Knowing where you've come from: ruptures and continuities of time and kinship in narrative adoption", *Journal of the Royal Anthropological Institute*, 6, 2000, pp. 687-703; T. FREEMAN *et al.*, "Gamete donation: parents' experiences of searching for their child's donor siblings and donor", *Human Reproduction*, núm. 24, vol. 3, 2009, pp. 505-516; E. HAIMES, "Secrecy: what can artificial reproduction learn from adoption?", *International Journal of Law, Policy and the Family*, núm. 2 vol. 1, 1989, pp. 46-61; F. MACCALLUM, S. GOLOMBOK, "Embryo donation families: mothers' decisions regarding disclosure of donor conception", *Human Reproduction*, núm. 22 11, vol. 2007, pp. 2888-2895.

⁶³ J. WALLBANK, "Too many mothers? Surrogacy, kinship and the welfare of the child", *Medical Law Review*, núm. 10, 2002, pp. 271-294, en el caso de maternidad por subrogación.

⁶⁴ J. EEKELAAR, *Family Law and Personal Life*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

afirmando el derecho a conocer los orígenes genéticos del niño/a⁶⁵. Aunque a veces el énfasis legal (y especialmente judicial) del vínculo genético, sobre todo desde la generalización del test de ADN, crea la ficción de que la verdad genética es siempre lo mejor para el niño/a, incluso por encima de sus deseos y preferencias, y de espaldas a la realidad de las relaciones afectivas y vínculos familiares que establece un niño/a a lo largo de su infancia, que son mucho más complejos que la verdad genética⁶⁶.

Esta preferencia por lo genético y biológico sobre lo social, enlaza con la supremacía de la ciencia como fuente por excelencia del conocimiento desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX⁶⁷. Las demandas sobre una verdad científica prevalecen hoy en día sobre otras formas de verdades como las de las creencias, la fé o la religión. La prevalencia de un tipo de conocimiento sobre otro también implica el ejercicio y la supremacía de una forma poder.

La verdad por tanto, ha pasado a ocupar un lugar importante en la vida personal, o al menos de cómo se cree que la vida personal debe ser vivida. Se percibe como una forma de curación del ser, y se entiende que la verdad debe ser la única base aceptable sobre la que establecer relaciones personales apropiadas. Es dentro de este contexto donde se debe entender que cada vez es más difícil aceptar la existencia de secretos en el seno de las familias, y se percibe como un obstáculo al establecimiento de relaciones.

A pesar de esto, en los estudios sociológicos y antropológicos sobre parentesco, cada vez se presta más importancia a los significados que las personas atribuyen a las relaciones personales, y no tanto los lazos producidos por matrimonios o consanguinidad. Aun así, es evidente que los lazos genéticos y de sangre todavía tienen fuertes significados culturales para las personas. No quiere decir que son las relaciones de parentesco genéticas o de sangre las mejores, pero sí que tienen una importancia en la vida de las personas que no puede obviarse.

La preferencia legal por la verdad genética, a veces puede suponer un obstáculo a relaciones de parentesco que se establecen por otros vínculos diferentes al genético o de sangre, como pueden ser los cuidados, etc. Y no siempre esa verdad genética actúa en interés de la parte más débil, el menor, sino que también podemos encontrarnos con casos donde actúe precisamen-

⁶⁵ C. SMART, "Law and the regulation of family secrets", *International Journal of Law, Policy and the Family*, núm. 24 vol. 3, 2010, pp. 308-309.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 400.

⁶⁷ M. FOUCAULT, *The History of Sexuality*, vol. 1, Allen Lane, London, 1979.

te en contra de los intereses del menor, o como toda forma de conocimiento, tenga un impacto de género⁶⁸.

Para poder evitar estos efectos no deseados cuando se prioriza legalmente la verdad genética, sería útil diferenciar entre la necesidad de saber o del derecho a saber⁶⁹. Podría afirmarse que se trata de un derecho a conocer los orígenes genéticos, pero no una obligación a conocerlos.

Hoy en día podemos afirmar que el derecho a conocer los propios orígenes genéticos es un derecho fundamental, ya que es esencial para el ser humano tener el derecho a saber la verdad sobre sus orígenes, e incluso se ha afirmado que negar este conocimiento es malo para las personas. En este sentido se ha acuñado el término "genealogical bewilderment" ("confusión genealógica") para referirse a aquellos niños/as que no tienen certeza sobre quienes son sus verdaderos padres y se afirma que esto puede crearles daños a su salud mental⁷⁰.

A pesar de ello, la mayoría de la literatura sobre los posibles efectos negativos de este desconocimiento, se han elaborado en el campo de las adopciones, y hay autores que dudan que por lo tanto pueda ser extrapolado al caso de las técnicas de reproducción asistida: los hijos/as de donante no han sido abandonados por su familia original, y además tienen al menos vínculos genéticos con uno de sus progenitores⁷¹.

A pesar de esta controversia, los expertos en terapia familiar siguen afirmando que la existencia de secretos en las familias es siempre dañino para la felicidad y salud mental de sus integrantes⁷².

También hay autoras que afirman, que permitiendo el acceso a la identidad de los donantes, no sólo se estaría garantizando el derecho de los nacidos/as, también se reconocería la diferencia entre donación de gametos mas-

⁶⁸ C. SMART, "Family Secrets: law and Understanding of Openness in Everyday relationships", *International Journal of Sociology and Social Policy*, núm. 38, vol. 4, 2009, pp. 551-567.

⁶⁹ F. SHENFIELD and S.J. STEELE, "What are the effects of anonymity and secrecy on the welfare of the child in gamete donation?", *Human Reproduction*, vol. 12, no. 2, 1997, pp. 393.

⁷⁰ H. SANTS "Genealogical bewilderment in children with substitute parents", *British Journal Medical Psychology*, núm. 37, 1964, pp. 133-141.

⁷¹ F. SHENFIELD, "Filiation in assisted reproduction: potential conflicts and legal implications", *Human Reproduction*, núm. 9, 1994, pp. 1348-1354; F. SHENFIELD and S. STEELE, "What are the effects of anonymity and secrecy on the welfare of the child in gamete donation", *cit.*, pp. 392-395.

⁷² A. TURNER and A. COYLE, "What does it mean to be a donor offspring? The identity experiences of adults conceived by donor insemination and the implications for counselling and therapy", *cit.*, pp. 2041-2051.

culinos y femeninos, se concedería un estatus significativo a las relaciones personales de cooperación que hay detrás de estas técnicas y se reducirían los abusos del mercado de la reproducción⁷³.

La supresión del anonimato de donantes, hará que sólo se presten a donar las personas verdaderamente más altruistas, y así se evitará que sólo donen aquellas personas que por razones puramente económicas y dada su situación de mayor vulnerabilidad social, acudan a la donación para obtener unos beneficios económicos, que supone la compensación por donación que la mayoría de las legislaciones contemplan⁷⁴.

Respaldando esta progresiva aceptación social también del derecho a conocer los orígenes biológicos, cada vez más los padres desvelan a sus hijos/as el haber sido concebidos mediante donantes⁷⁵. Existen incluso diferentes estudios sobre cómo los padres han revelado a sus hijos/as su concepción con donantes en Nueva Zelanda⁷⁶, en Estados Unidos⁷⁷, en Suecia⁷⁸, y en el Reino Unido⁷⁹.

⁷³ F. PUIGPELAT, "El anonimato de las donaciones en las técnicas de reproducción asistida: una solución insatisfactoria desde una perspectiva feminista", cit., pp. 185.

⁷⁴ F. PUIGPELAT "El anonimato de las donaciones en las técnicas de reproducción asistida: una solución insatisfactoria desde una perspectiva feminista", cit., pp. 192.

⁷⁵ L. BLAKE; P. CASEY; J. READINGS; V. JADVA y S. GOLOMBOK, "Daddy ran out of tadpoles": how parents tell their children that they are donor conceived, and what their 7-year-old understand", *Human Reproduction*, vol. 25, núm. 10, 2010, pp. 2527-2534; P. BAETENS et al., "Counseling couples and donors for oocyte donation: the decision to use either known or anonymous oocytes", *Human Reproduction*, núm. 15, 2000, pp. 476-484; S. GOLOMBOK et al., "Parenting infants conceived by gamete donation", *Journal Family Psychology*, núm. 18, 2004, pp. 443-452; K. HARGREAVES and K. DANIELS, "Parents dilemmas in sharing donor insemination conception stories with their children", *Children and Society*, núm. 21, 2007, pp. 420-431; K. MAC DOUGALL et al., "Strategies for disclosure: how parents approach telling their children that they were conceived with donor gametes", *Fertilisation Sterilisation*, núm. 87, 2007, pp. 524-533.

⁷⁶ A. RUMBALL and V. ADAIR, "Telling the story: parents' scripts for donor offspring", *Human Reproduction*, núm. 14, 1999, pp. 1392-1399.

⁷⁷ JE. SSCHEIB, "Choosing identity release sperm donors: the parents' perspective 13-18 years later", *Human Reproduction*, núm. 18, 2003, pp. 1115-1127.

⁷⁸ F. LINBLAD et al., "To tell or not to tell: what parents think about telling their children that they were born following donor insemination", *Journal Psychosomatic Obstetrics and Gynecology*, núm. 21, 2000, pp. 193-203.

⁷⁹ M. HUNTER et al., "Donor insemination: telling children about their origins", *Child Psychology and Psychiatric*, núm. 5, 2000, pp. 157-163; E. LYCETT et al., "School aged children of donor insemination: a study of parents' disclosure patterns", *Human reproduction*, núm. 20, 2005, pp. 810-819.

Estas investigaciones diferencian dos tipos de estrategias de las familias respecto a cómo revelar la forma de concepción de los hijos/as⁸⁰. Por un lado, los padres que adoptan la estrategia de plantación de la semilla (“seed strategy”): aquellos que están convencidos que es de vital importancia desvelar desde el principio la forma de concepción de los hijos/as, de forma que los niños/as crezcan siempre sabiendo las circunstancias de su concepción. Por otro lado, los padres que adoptan la estrategia del momento más adecuado: aquellos que consideran que es mejor esperar al momento más adecuado para desvelarlo cuando los niños pueden entender los hechos y circunstancias de su concepción. La mayoría de los padres se lo comunicaron a sus hijos/as cuando estos tenían entre 4-5 años siguiendo la estrategia de la plantación de semilla. Los que lo hicieron más tarde en torno a los 7-8 años, lo hicieron siguiendo la estrategia del momento adecuado, cuando consideraban que los niños/as tenían madurez suficiente para entenderlo.

La mayoría de las veces era la madre quien lo comunicaba. La mayoría de las parejas se sienten aliviados después de hacerlo, y las reacciones de los niños en general es de curiosidad, neutralidad o ningún tipo de reacción.

4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Resulta difícil legislar sobre las técnicas de reproducción humana asistida, a pesar de los problemas éticos que suscita, y las demandas sociales sobre la necesidad de un control social de estos avances científicos. En estos casos, la ciencia avanza mucho más deprisa que el debate y consenso social necesario para legislar sobre las diferentes polémicas que los nuevos descubrimientos científicos suscitan.

Las suspicacias que despiertan los avances científicos sobre la reproducción, cuando se ven desde una óptica más liberal, se afirma que no debería frenarse el avance de la ciencia, sino que la sociedad debería controlar la bondad de su uso, para prevenir futuros abusos o fines ilícitos. Pero cuando se apela a esa sociedad, se está aludiendo a los poderes públicos, fuertemente sujetos a presiones industriales y comerciales, y no tanto a procesos democráticos de control, y aun menos a una sociedad donde la mujer esté suficientemente representada para valorar el uso de estos nuevos conocimientos científicos sobre su cuerpo y la reproducción en general. Además, la ciencia

⁸⁰ MAC DOUGALL *et al.* “Strategies for disclosure: How parents approach telling their children that they were conceived with donor gametes”, *cit.*, 2007.

no avanza “neutralmente” dando respuestas a demandas sociales, sino que los intereses empresariales tienen mucho que ver a la hora de seleccionar aquellas demandas sociales que pueden dar lugar a mayores beneficios económicos posteriores⁸¹.

Además, las nuevas tecnologías en materia de reproducción suelen convertirse en puntos de partida de un debate político donde en seguida se invoca la igualdad de género⁸², el amor⁸³, la ciencia, la religión⁸⁴ o las luchas políticas. Todos estos temas aparecen de manera implícita o explícita en el debate político que precede una determinada posición legal, y fácilmente se diluye la separación entre lo público y privado, cuando la ley está abordando cuestiones íntimas relacionadas con la sexualidad y la reproducción⁸⁵.

A la hora de resolver estos dilemas bioéticos, y adoptar una determinada postura legal, es necesario respetar, en la medida de lo posible, la diversidad de posturas morales al respecto. El pluralismo moral de la sociedad no sólo es un hecho, sino además un valor constitucionalmente protegido en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1 CE). Pero esto no quiere decir que la mejor solución posible debe ser la ausencia de regulación para permitir tan sólo regulaciones fruto de consensos individuales⁸⁶. Contra el relativismo moral extremo, cabe la posibilidad de juicios morales racionales suficientemente debatidos⁸⁷,

⁸¹ L. BIRKE, S. HIMMELWEIT, G. VINES, *El niño de mañana*, cit., pp. 52.

⁸² Es el caso de la donación de óvulos como no equivalente a la donación de semen.

⁸³ Uno de los argumentos en contra de la maternidad subrogada es lo antinatural que resulta que una madre que ha gestado a un bebé durante 9 meses, después no sienta ningún sentimiento de amor hacia ese bebé.

⁸⁴ Por ejemplo la condena de la Iglesia Católica de las técnicas de reproducción humana asistida.

⁸⁵ K. SPILKER y L. MERETE, “Gender and Bioethics Intertwined: egg Donation within the Context of Equal Opportunities”, *European Journal of Women’s Studies*, núm. 14 vol. 4, 2007, pp. 327-340.

⁸⁶ Esta es sin embargo, la realidad en países como Estados Unidos.

⁸⁷ “El Bioderecho debe elaborarse utilizando los mecanismos de la llamada democracia deliberativa, basada en la discusión abierta de valores sustantivos que están en juego. Cuando se va a proceder a regular las situaciones surgidas como consecuencia de los avances biomédicos, previamente debe abrirse un proceso deliberativo en el que participen los diversos sujetos que representen los intereses que confluyen” R. JUNQUERA: “Derecho, Bioética y Bioderecho, un cruce de caminos para un derecho emergente: el Derecho a ser informado en la asistencia biomédica” en R. JUNQUERA DE ESTÉFANI, J. DE LA TORRE (eds.), *Dilemas bioéticos actuales: investigación biomédica, principio y final de la vida*, Madrid, Dyckinson, 2005, pp. 25.

que se plasmen en un derecho que constituya en la medida de lo posible la expresión de la voluntad del pueblo⁸⁸.

Las leyes sobre técnicas de reproducción asistida se adoptan además en un momento en el que existen mayores posibilidades de abortar en el mundo occidental, disminuye el número de niños/as susceptibles de ser adoptados, y aumenta el interés por las técnicas de reproducción asistida como respuesta a la infertilidad de las mujeres⁸⁹.

Igualmente estas leyes se relacionan con el supuesto ejercicio de los derechos reproductivos de las personas, derechos que en el mundo occidental están basados en el principio de que *“las personas individuales deberían ser libres para tomar sus propias decisiones sobre cuestiones que afecten exclusivamente a sus vidas privadas”*⁹⁰.

Todas estas razones hacen imprescindible abordar el debate del anonimato de donantes de gametos masculinos y femeninos en el contexto de las leyes sobre técnicas de reproducción asistida, y obligan a ofrecer una solución legal para la protección del derecho a conocer los orígenes biológicos, tal y como la mayoría de los países se han comprometido bajo el Convenio de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

No es suficiente la solución que aporta por ejemplo Pennings,⁹¹ que considera que en todo el debate sobre el anonimato de donantes de gametos, la controversia está en si se trata de proteger el derecho del niño/a a conocer sus orígenes genéticos, o se trata de imponer una única forma de organización familiar que debe funcionar para todo el mundo.

Este autor defiende la política de la doble vía como solución, en el que se puede elegir un donante anónimo o un donante que está dispuesto a ser identificado en un futuro. Cree que este modelo tiene en cuenta toda la variedad de perspectivas y puntos de vista desde el inicio y por lo tanto, todas las partes son libres de consensuar bajo qué parámetros quieren participar. Piensa, en este sentido, que la única consideración moral de este modelo es el derecho de toda persona de organizar su vida como mejor crea. Pennings defiende que esta propuesta de política de la doble vía tiene como ventajas la autorregulación, el bienestar de la familia en su conjunto, y el reconocimiento de la pluralidad moral.

⁸⁸ M. CASADO, *Materiales de Bioética y Derecho*, Cedecs, Barcelona 1996, pp. 38.

⁸⁹ L. BIRKE, S. HIMMELWEIT, G. VINES, *El niño de mañana*, cit., pp. 16.

⁹⁰ L. BIRKE, S. HIMMELWEIT, G. VINES, *El niño de mañana*, cit., pp. 18.

⁹¹ G. PENNING, “The “double track” policy for donor anonymity”, cit., pp. 2839-2844.

Quizás esta puede ser una opción legal en países que no están obligados a garantizar este derecho a conocer el origen biológico, como en Estados Unidos, pero no es el caso de los países europeos, ni tampoco de España.

La legislación española mantiene sorprendentemente el anonimato de donantes a pesar de los cambios producidos en el entorno europeo, y a la posibilidad que representó la segunda ley sobre técnicas de reproducción humana asistida en el 2006. Es también en cierto modo contradictorio su mantenimiento, cuando se compara con la legislación sobre adopciones.

Sería deseable un cambio legal que adecuara la ley sobre técnicas de reproducción asistida a las responsabilidades del Estado español bajo el derecho internacional y en la garantía a este derecho a conocer los orígenes biológicos como una parte esencial de los derechos fundamentales de los niños/as concebidos con donantes de gametos.

La normalización de las técnicas de reproducción asistida, y la posibilidad de identificar el donante, producirá también cambios sociales y culturales, de forma que la figura del donante pueda aparecer en el imaginario de los niños/as, como una realidad desprovista de estigma alguno, al igual que se ha producido en la normalización de las separaciones y divorcios, y la aparición de nuevas familias (homosexuales, monoparentales o reconstituidas)⁹². El derecho debe hacerse eco de estas nuevas realidades familiares, e igualmente permitir e incluir las nuevas formas de pluriparentalidad⁹³.

NOELIA IGAREDA GONZÁLEZ

*Departamento de Ciencia Política y Derecho Público
Facultad de Derecho - Universitat Autònoma de Barcelona
Edifici B- Campus UAB - 08193 Bellaterra
(Cerdanyola del Vallès) Barcelona
e-mail: Noelia.igareda@uab.cat*

⁹² F. PUIGPELAT, "El anonimato de las donaciones en las técnicas de reproducción asistida: una solución insatisfactoria desde una perspectiva feminista", cit., pp. 191.

⁹³ I. THÉRY, "El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento", *Revista de Antropología Social*, núm. 18, 2009, pp. 38.

FEMINISMO Y DISCAPACIDAD*

FEMINISM AND DISABILITY

MARÍA LAURA SERRA

Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 9-2-14

Fecha de aceptación: 16-3-14

Resumen: *Las mujeres con discapacidad se encuentran bajo, al menos, una doble discriminación y exclusión social, en cuanto mujeres y en cuanto personas con discapacidad. Para realizar un análisis profundo de la situación real de las mujeres con discapacidad, es necesario comprender cuáles han sido los modelos que pueden darle una respuesta político-jurídica. Así, se identifica el modelo feminista, en donde se pretende indagar acerca de la posible conexión, o no, con el modelo social de la discapacidad. En el balance que arroja este análisis se repara en la relevancia y en lo acertado del pensamiento feminista cuando aborda la cuestión de la desigualdad entre el hombre y la mujer, pero se lo observa incompleto respecto a la mujer con discapacidad como parte de este movimiento.*

Abstract: *Women with disabilities are under a double discrimination and social exclusion as women and as persons with disabilities. To perform a thorough and critical analysis of women with disabilities situation, it's necessary to understand what models can give a political and legal response. In this perspective, can be identified the feminist movement, which is intended to inquire about the possible connection, or not, between social model of disability and the feminist movement itself. This critical analysis repaired in the exactness and relevance of the feminist theory when addressing the issue of inequality between men and women, but observes an incomplete study regarding women with disabilities as part of this movement.*

Palabras claves: mujer con discapacidad, movimiento feminista, discapacidad, modelo social de la discapacidad, discriminación

Keywords: women with disabilities, feminist movement, disability, social model of disability, discrimination

* Agradezco profundamente a Rafael de Asís por la enorme ayuda brindada y por sus importantes aportes al manuscrito. Asimismo, quisiera agradecer a María del Carmen Barranco, Agustina Palacios y María Eugenia Rodríguez Palop por los comentarios y sugerencias que le han hecho a este artículo.

1. INTRODUCCIÓN

En las siguientes páginas se pretende evidenciar la ausencia de análisis acerca de la mujer con discapacidad en el discurso del movimiento feminista en sus diversas manifestaciones y las consecuencias que eso genera. Como es sabido, el movimiento feminista es un movimiento vasto, diverso y con distintas manifestaciones. Por eso, tomaré como referencia dos de sus manifestaciones que considero pueden ser representativas, desde un punto de vista general, de todo el movimiento y que, además, se relacionan con el discurso de los derechos humanos; se trata del feminismo igualitario y del feminismo de la diferencia. A tal efecto, pondré de manifiesto las fallas de estas corrientes feministas, tratando de especificar cuáles son sus razones, y cómo sus resultados derivan en actos discriminatorios hacia la mujer con discapacidad y en el impedimento del goce de los mismos derechos que la mujer sin discapacidad. Bajo esta óptica y a través del estudio acerca de cómo se originaron los argumentos de lucha en las bases de las corrientes del feminismo (y en torno a qué demandas movilizaron las mismas), se repasa en la relevancia y en lo acertado de ellas a la hora de abordar la cuestión de la desigualdad entre el hombre y la mujer. Pese a ello, creo observar un incompleto análisis cuando no involucran a la mujer con discapacidad como parte del grupo, o más bien, como mujer en sí misma y es en este sentido que considero merece cierto estudio crítico. Trataré de detallar en el desarrollo del trabajo esta omisión, que puede ser consecuencia de un desconocimiento o de una estrategia deliberada. De este modo, la tarea de análisis de las corrientes del feminismo y su relación con la mujer con discapacidad parte desde una perspectiva de derechos humanos y desde una óptica conjunta de los derechos de las mujeres y de los derechos de las personas con discapacidad, motivando un estudio de situaciones de discriminación en las que se encuentran inmersas las mujeres con discapacidad en el ámbito jurídico y social utilizando necesariamente una mirada conjunta.

1.1. Pensamiento del feminismo. Derechos pretendidos

A pesar de la existencia de diversas manifestaciones del movimiento feminista, todas comparten elementos y objetivos comunes. En este sentido y respecto al análisis de la situación socio jurídica de los derechos de las mujeres en el mundo contemporáneo, dichas corrientes son coincidentes en la denuncia de dominación del sexo masculino sobre el femenino. Asimismo, concuerdan en la utilización de la significación del término patriarcado o del

sistema sexo-género¹, establecido en la teoría feminista de los años setenta²: “El patriarcado no es una esencia, es una organización social o conjunto de prácticas que crean el ámbito material y cultural que le es propio y que favorece su continuidad”³. En este sentido, se entiende que el fin del movimiento feminista es erradicar ese patriarcado y reivindicar la igualdad entre hombres y mujeres.

Sin embargo, en diferentes momentos históricos el movimiento feminista ha tenido diversas manifestaciones y sus reivindicaciones han obedecido a teorías políticas y a ciertos elementos específicos que caracterizaban a un grupo determinado. Así, tuvieron lugar el feminismo pre moderno (en el que se recogen las primeras manifestaciones de “polémicas feministas”); el feminismo moderno (que comienza con la obra de Poulain de la Barre y los movimientos de mujeres y feministas de la Revolución Francesa, para resurgir en los grandes movimientos sociales del Siglo XIX) y el feminismo contemporáneo en el que se analiza el neofeminismo de los años 60 y 70 y las últimas tendencias.⁴

Este estudio abordará su análisis en torno al feminismo contemporáneo, desde el llamado feminismo igualitario, en su corriente liberal y radical que surge en Estados Unidos y desde el feminismo de la diferencia, cuyo auge cobra fuerza en Europa, más específicamente en Francia e Italia. La razón que motiva esta selección, se debe a una consideración de que estas dos corrientes son las que recogen mejor la relación concerniente entre el feminismo y el dis-

¹ Como ocurre con otros términos, no existe un acuerdo sobre el uso de la expresión patriarcado dentro del movimiento feminista. Incluso es un término que ha sufrido fuertes críticas desde su utilización por parte de feministas radicales como Millet o Firestone. Al respecto, tomo la definición de Jónasdóttir quien dice que el “patriarcado posee un grado adecuado de abstracción para un nivel general de la teoría, [con lo cual] no se puede esperar de este término que explique los detalles concretos de cómo funciona una sociedad patriarcal (...) sino que facilita el marco previo adecuado para saber cómo interrogar la realidad social de que se trate en cada caso”. Algunas teorías feministas prefieren usar el ‘sistema sexo-genero’ aludiendo a ello a cualquier organización, no necesariamente opresiva ni jerárquica, de los géneros. Un ejemplo es Celia Amorós quien considera patriarcado y sistema sexo-género como sinónimos. C. AMORÓS, “Notas para una teoría nominalista del patriarcado”, *Asparkia*, Universitat Jaume I, Castellón, 1992, pp. 41-58. Para más, Vid. A.H. PULEO, “Patriarcado” en C. AMORÓS (dir.), *Diez palabras clave sobre la mujer*, Editorial Verbo Divino, Navarra, 2000, pp. 21-54.

² Vid. A.H. PULEO, “Patriarcado” en C. AMORÓS (dir.), *Diez palabras clave sobre la mujer*, cit., pp. 21-54.

³ *Ibidem*, p. 27.

⁴ Clasificación que realiza A. DE MIGUEL, “Feminismos”, en C. AMORÓS (dir.), *Diez palabras clave sobre la mujer*, cit., pp. 217 ss.

curso de los derechos humanos. Vale aclarar que aquí no se agotan todos los aportes teóricos de todas y todos los autores y autoras de dichas corrientes. Por el contrario, se limita a resaltar lo más significativo, realizando una valoración general de las mismas que sirva de análisis para el núcleo del trabajo.

Desde el feminismo en general, explica Beltrán Pedreira, se cuestiona el significado de la distinción tradicional entre lo público y lo privado, puesto que la idea de mantener el ámbito de la vida privada fuera de la intervención estatal y la supuesta neutralidad del Estado en relación con esta esfera “no dejan de ser una ficción que está alejada de lo que ha sido la regulación y control jurídico de la familia y de la reproducción que se ha ejercido tradicionalmente y que no ha sido más que un refuerzo del patriarcado.”⁵

En esta línea, el feminismo liberal asume como eje de actuación la desaparición de todas las barreras legales.⁶ Esta corriente aspiró a la existencia de “leyes ciegas al sexo”⁷ y en consecuencia pedían una mayor representación femenina en los órganos de decisión del poder legislativo y ejecutivo. Con esta reivindicación, nació otro de los objetivos del feminismo liberal: la incorporación de las mujeres en la vida pública, en las empresas, el comercio, la educación, la política, entre otras. Para esta corriente del feminismo la desigualdad entre hombres y mujeres es producto de una injusta adjudicación de derechos y oportunidades. El feminismo liberal se caracteriza entonces, por definir la situación de las mujeres como de desigualdad y por postular la reforma del sistema hasta lograr la igualdad entre la mujer y el hombre.⁸ Las autoras advierten que no hay que relacionar a esta manifestación del feminismo con un liberalismo clásico y tradicional⁹, sino que “va

⁵ E. BELTRÁN PEDREIRA, “Feminismo liberal, radical y socialista” (apartado 2) en E. BELTRÁN y V. MAQUIEIRA (eds.), *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*. Alianza Editorial, Madrid, 2001, pp. 94-95.

⁶ C. SÁNCHEZ MUÑOZ, E. BELTRÁN PEDREIRA, S.ÁLVAREZ, “Feminismo liberal, radical y socialista”, cit., pp. 75 ss.

⁷ Término utilizado por Beltrán Pedreira. Esta idea se comenzó a utilizar en Estados Unidos, hacia 1982, a fin de obtener una enmienda constitucional que declarase la igualdad sexual (“igualdad de derechos bajo la ley no ha de ser denegada o restringida en los Estados Unidos o en uno de sus Estados por razones de sexo”). Buscaban exigir una neutralidad en las leyes, sin tener en cuenta el sexo de las personas y plantear como objetivo una mayor presencia femenina en los órganos de decisión de los poderes ejecutivos y legislativos. Vid. E. BELTRÁN PEDREIRA, “Feminismo liberal, radical y socialista”, cit., pp. 94-95.

⁸ A. DE MIGUEL, “Feminismos”, cit., pp. 236 ss.

⁹ Barranco explica que la construcción del titular abstracto de derechos que realiza el modelo liberal “coincide en el imaginario colectivo con el hombre, burgués, blanco, heterosexual,

más lejos que muchas versiones del liberalismo en sus planteamientos y objetivos”¹⁰.

El feminismo radical no se detiene en aquella distinción entre lo público y lo privado, sino que arguye que la desigualdad está presente en ambos ámbitos. Esta corriente se ocupó en su agenda de aquellas situaciones de subordinación de la mujer, las cuales abarcaban la opresión en el matrimonio y la opresión sexual a través de la prostitución, pornografía, falta de libertad para abortar, desigualdad de derechos reales y violencia sexual. Todos los grupos de mujeres que surgieron a partir de esta idea, buscaban que la sociedad tomase verdadera conciencia, para esto realizaron protestas y comenzaron una lucha por el cambio de estructuras de dominación sexual.¹¹ En general, el feminismo radical se dedicó a acentuar la dimensión psicológica de la opresión¹²: “Constata que las estrategias de igualdad formal no son suficientes para conseguir poner fin a la dominación patriarcal, cuyo origen se sitúa en el sistema sexo-género y concluye que solo desmoldando las bases de este sistema es posible conseguir la igualdad”¹³. En este sentido, Silvina Álvarez expresa que “bajo esta perspectiva el análisis feminista pasa a estar guiado por la noción de patriarcado, entendiendo a éste como el sistema de dominación masculina que determina la subordinación de las mujeres”¹⁴.

El feminismo de la diferencia, al contrario de los feminismos igualitarios, se autoproclama defensor de la diferencia sexual. Esta corriente se identifica como un grupo de mujeres, “resaltando el valor de las características, los ro-

económicamente independiente y física y socialmente independiente”. Vid. M.C. BARRANCO AVILÉS, *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Dykinson, Madrid, 2011.

¹⁰ C. SÁNCHEZ MUÑOZ, E. BELTRÁN PEDREIRA, S.ÁLVAREZ, “Feminismo liberal, radical y socialista”, cit., pp. 75-126.

¹¹ E. BELTRÁN PEDREIRA, “Feminismo liberal, radical y socialista” (apartado 2), cit., pp. 94 y 95.

¹² Young, para explicar el concepto de *opresión* lo divide en cinco categorías: explotación; marginación; carencia de poder; imperialismo cultural y violencia. Al mismo tiempo destaca que la opresión es una condición de grupos y al respecto, señala que la opresión refiere a grandes injusticias que sufren determinados grupos a causa de reacciones inconscientes de personas que, a pesar de tener buenas intenciones, actúan en consecuencia de estereotipos culturales. Para más, ver: I.M. YOUNG, *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de S. Álvarez, Ediciones Cátedra, Madrid, 2000, pp.71 ss.

¹³ M.C. BARRANCO AVILÉS, “Feminismos en el Siglo XX” en *Historia de los Derechos Fundamentales. Siglo XX, Volumen II*, Dykinson, Madrid, *en prensa*.

¹⁴ S. ÁLVAREZ, “Feminismo liberal, radical y socialista” (apartado 3) en E. BELTRÁN y V. MAQUIEIRA (eds.), cit., p. 105.

les y las actitudes típicamente femeninas”¹⁵. Así, “establece un programa de liberación de las mujeres hacia su auténtica identidad, dejando fuera o en un segundo plano, la referencia al varón”¹⁶. En este sentido, Gilligan¹⁷ demostró a través de un estudio comparativo entre varones y mujeres, cómo desde la infancia, niños y niñas tienen diferentes respuestas para la resolución de los mismos problemas planteados. Vinculado a ello, esta misma autora explica que existen dos comportamientos morales: el de la mujer, cuya responsabilidad hacia los demás se expresa fuertemente, tendiendo a las relaciones interpersonales y de no egoísmo frente a los demás, y el modelo masculino de comportamiento moral que estaría fundado en la noción de derechos respecto “de una hipotética justicia imparcial, distributiva y equitativa”. De este modo, la autora diseña una *ética femenina basada en el cuidado*, en la predisposición para ayudar a los demás y en la no violencia.¹⁸

En resumen, los objetivos perseguidos por estas corrientes del movimiento feminista se diferencian por el lugar que asignan a la mujer en la sociedad. Por un lado, nos encontramos que ciertas corrientes quieren promover la masculinización de la mujer e integrar a la mujer en estructuras socio-políticas que han sido creadas por varones conforme a sus características y necesidades (feminismo igualitario); y por el otro, está la corriente que prefiere una construcción filosófica que se base en una identidad cultural o grupal (feminismo de la diferencia).

¹⁵ S. DE LAS HERAS, “Una aproximación a las teorías Feministas”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 9, Madrid, 2009, pp. 45-82.

¹⁶ M.L. CAVANA, “Diferencia” en C. AMORÓS (dir.), *Diez palabras clave sobre la mujer*, cit., p. 86.

¹⁷ Carol Gilligan es una feminista, filósofa y psicóloga estadounidense, cuyos estudios tuvieron lugar después de los de Nancy Chodrow (feminista, socióloga y psicoanalista). Gilligan realizó una reinterpretación del proceso edípico de Freud y explica que los varones y mujeres alcanzan su identidad de género específica y la forma en que el niño y la niña se relacionan con la madre es significativamente distinta. Asimismo, Chodrow afirma que hay un diferente desarrollo de identidad entre el hombre y la mujer lo cual determina a entablar las relaciones de manera diferente. “Las mujeres tenderán a percibirse a sí mismas como vinculadas con las personas por cierto nexo de continuidad, por empatía, por la semejanza y por el afecto. Oponiéndose esto al modo distante, agresivo y egoísta en que se relacionan los varones”.

¹⁸ S. ÁLVAREZ, “Diferencia y teoría feminista” en E. BELTRÁN y V. MAQUEIRA (eds.), *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, cit., p. 249. En este sentido, Gilligan desarrolla lo que llama una “*ética del cuidado* de los afectos, de la sensibilidad y el altruismo por oposición a una ética masculina basada en la agresividad, la competitividad y el egoísmo”.

El movimiento del feminismo, a fin de poder ubicar a la mujer dentro de la sociedad, parte desde una misma declaración acerca de la existencia de dominación del hombre sobre la mujer a través de un sistema patriarcal, y al mismo tiempo, desde un mismo concepto de mujer y bajo un parámetro cultural determinado, cuyo resultado hace que no se pueda advertir una inclusión de la mujer con discapacidad en aquél bagaje teórico.

Tal como afirma Barranco, “los feminismos han tenido que homogeneizar la imagen de la mujer y han centrado su reflexión en un cierto modelo de mujer preferentemente occidental”¹⁹. En esta misma línea y más específicamente en el tema que nos convoca, Palacios explica que “el movimiento feminista en términos generales ha seguido un patrón dominante de mujer que no incluye a las mujeres con discapacidad, las cuales han tendido a ser insertas en subgrupos, referidos a mujeres en situación de exclusión”²⁰.

2. LA MUJER CON DISCAPACIDAD EN EL FEMINISMO

Bajo toda la óptica con la que se observa este estudio, es relevante conocer cuáles fueron los motivos determinantes que llevaron a la omisión de la mujer con discapacidad en el movimiento feminista. En este apartado trataré de demostrar cómo el pensamiento feminista, crítico de la estructura social en la que se desenvuelve, asume la irrelevancia y la invisibilidad que en ella posee la mujer con discapacidad, dirigiendo sus esfuerzos (lo que denominaré como objetivos) al reconocimiento de una serie de derechos y utilizando una metodología (una estrategia) pensada y adaptada a éstos.

2.1. La invisibilidad

La invisibilidad se puede percibir como una de las causas que originaron la falta de análisis de la mujer con discapacidad. Desde esta perspectiva, se subraya que “los factores de género y discapacidad han sido contemplados aisladamente por los propios movimientos de mujeres y de personas con dis-

¹⁹ M.C. BARRANCO AVILÉS, “Feminismos en el Siglo XX”, cit.

²⁰ Idea extraída de A. PALACIOS, en *Conferencia Internacional 2008-2013: Cinco años de vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) e Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, mayo 2013.

capacidad, los cuales han venido manteniendo una gran distancia entre sí.”²¹ Mi intención es abarcar únicamente el pensamiento feminista respecto a la mujer con discapacidad, dejando a un lado el análisis exhaustivo y pormenorizado del modelo social²² de la discapacidad y su relación con la mujer.

El hecho de que la mujer con discapacidad sea invisible para el movimiento del feminismo y las corrientes que lo integran se debe a diferentes factores sociales y culturales que, históricamente han situado a la mujer con discapacidad en un lugar de vulnerabilidad en la sociedad respecto a las demás personas. Esta percepción, construida, de la mujer con discapacidad como persona prescindible y dependiente, genera una reclusión, un reduccionismo respecto a su cualidad de sujeto de derecho que desencadena en una condena al olvido y a su consecuente invisibilidad. La relación existente entre vulnerabilidad e invisibilidad hace que se alimenten los estereotipos y roles asignados. Existe en nuestras sociedades, al menos, una doble discriminación y exclusión social de las mujeres con discapacidad, en cuanto a mujeres y en cuanto a personas con discapacidad, y esto produce la pertenencia a uno o a varios (si hay más condiciones sociales que así lo hagan) grupos sociales considerados como especialmente vulnerables. Al decir de Barranco, “el carácter vulnerable de los seres humanos no depende, o al menos no lo hace totalmente, de las condiciones personales de éstos, sino que la articulación de la sociedad es la que puede convertir en vulnerables a las

²¹ G. ALVAREZ RAMIREZ, “Igualdad y no discriminación” en A. PELAEZ y P. VILLARINO (coord.), *Manual la transversalidad de género en las políticas públicas de discapacidad*, CINCA, Madrid, 2012, p. 39.

²² “Los presupuestos fundamentales del modelo social son dos. En primer lugar, se alega que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas ni científicas, sino sociales o al menos, preponderantemente sociales. Según los defensores de este modelo, no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad, para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. En cuanto al segundo presupuesto –que se refiere a la utilidad para la comunidad– se considera que las personas con discapacidad tienen mucho que aportar a la sociedad, o que, al menos, la contribución será en la misma medida que el resto de personas –sin discapacidad–. De este modo, partiendo de la premisa de que toda vida humana es igualmente digna, desde el modelo social se sostiene que lo que puedan aportar a la sociedad las personas con discapacidad se encuentra íntimamente relacionado con la inclusión y la aceptación de la diferencia.” A. PALACIOS, *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CINCA, Madrid, 2008. Para más del modelo social, ver el trabajo de esta autora, pp. 103 ss.

personas.”²³ En este sentido, Sheldon explica que las mujeres con discapacidad son percibidas por parte de la sociedad como mujeres necesitadas, dependientes y pasivas, características correspondientes al estereotipo femenino, pero al mismo tiempo se las considera incapaces de situarse en aquéllos roles femeninos.²⁴ A su vez, Barranco señala que la dependencia cuando se convierte en “oficial”²⁵ genera espacios de dominación arbitraria en donde son los derechos los que se hacen vulnerables.

Sheldon, da cuenta de la existencia de un postulado cuya principal base es que las mujeres con discapacidad no han sido alcanzadas por las expectativas y objetivos feministas.²⁶ Para ella, las feministas sin una discapacidad, fallan al no reconocer que la mujer con discapacidad puede contribuir al pensamiento feminista, e incluso considera que a menudo este movimiento apoya puntos de vista que son perjudiciales para la mujer con discapacidad. Según Sheldon, el movimiento feminista frecuentemente declara que es suficiente examinar sólo las experiencias personales, tales como el ser mujeres “privilegiadas”, blancas, sin una discapacidad y heterosexuales, pero “aquellas mujeres que se encuentran en la marginalidad, son pasadas por alto.”²⁷

2.2. Los derechos reivindicados

A colación de lo dicho en el último párrafo del anterior apartado, encuentro una segunda causa que considero da origen a la ausencia de la mujer con discapacidad en las distintas manifestaciones del feminismo y tiene que ver con los objetivos perseguidos (como derechos exigidos) por cada una de estas corrientes. Es evidente que el objetivo común del movimiento feminista es una reivindicación de la mujer, para lo cual busca romper con una desigualdad entre la mujer y el hombre que la misma sociedad patriarcal se encargó de fabricar y distribuir durante generaciones. A fin de destruir esas barreras, cada corriente feminista se centró en diversos objetivos que obe-

²³ M.C. BARRANCO AVILÉS, *Diversidad de situaciones y universalidad de derechos*, cit., p. 94.

²⁴ Vid. A. SHELDON, “Women and disability” en J. SWAN, S. FRENCH, C. BARNES y C. THOMAS (eds.), *Disabling barriers-Enabling Environments*, Sage publications, Londres, 2004, pp. 69-74.

²⁵ Esto quiere decir que para determinados sujetos (el caso que nos convoca: mujer con discapacidad) la ley hace que la persona con discapacidad le sea restringida su capacidad jurídica y en consecuencia su autonomía en la toma de decisiones. Vid. MC. BARRANCO AVILÉS, *Diversidad de situaciones y universalidad de derechos*, cit., pp. 93 ss.

²⁶ Vid. A. SHELDON, “Women and disability”, cit., pp. 69-74.

²⁷ *Ibidem*.

decieron a sus ideologías y que, entendían, iban a acarrear el fin de aquella fragmentación sexista.

Si se analizan las demandas y preocupaciones concretas del movimiento feminista contemporáneo, se deduce por un lado, que las trabas enfrentadas por la mujer sin discapacidad son, en mayor medida, análogas a aquellas que tienen las mujeres con discapacidad. Pese a ello, el resultado del estudio de aquellos objetivos arroja una inexistencia de enfoque de discapacidad y en consecuencia, la mujer con discapacidad es omitida por su discurso. Considerando esta premisa, cobran relevancia las palabras de Palacios cuando explica que “los mayores obstáculos que deben enfrentar las mujeres con discapacidad para el ejercicio de la capacidad jurídica²⁸ se relacionan con barreras comunicacionales (ausencia de accesibilidad en todo lo que atañe el proceso de comunicación a la hora de querer conformar y expresar deseos, necesidades y preferencias) y, sobre todo, con barreras actitudinales, que incluyen, en algunos casos, barreras legales que manifiestan prejuicios y una determinada imagen de la mujer con discapacidad; sentencias judiciales que son consecuencia de interpretaciones legales basadas en dichos prejuicios y estereotipos; ausencia de personal capacitado, ausencia de apoyos y de perspectiva de género para el ejercicio de la capacidad jurídica, entre muchas otras.”²⁹

Un punto crucial y de gran impacto dentro de los objetivos del movimiento feminista y también de las mujeres con discapacidad, tiene que ver con el ejercicio de ciertos derechos individuales, tales como el derecho al ejercicio de su sexualidad; a la decisión acerca de su propio cuerpo (reproducción y aborto) y al ejercicio de la maternidad. A continuación realizaré

²⁸ Así explica que la capacidad jurídica “es entendida como consecuencia de la personalidad [jurídica] y se traduce en el reconocimiento de la posibilidad de ser titulares de derechos y obligaciones. R. DE ASÍS ROIG, “Sobre la capacidad” en A. PALACIOS y F. BARIFFI (coords.), *Capacidad jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, EDIAR, Buenos Aires, 2012, pp. 11 ss. Agregado a ello, Bariffi detalla, “la esencia del concepto y fundamento de los derechos humanos supone considerar que toda persona debe tener ciertos derechos sin condicionantes ni discriminación alguna”. En este sentido ver trabajo de F. BARIFFI, “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU” en L. CAYO PEREZ BUENO y A. SASTRE (coord. y eds.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 356.

²⁹ A. PALACIOS, “Género, discapacidad y acceso a la justicia” en P.O. ROSALES (dir.), *Discapacidad, justicia y Estado. Acceso a la justicia de personas con discapacidad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2012, p. 44.

un breve análisis de estos derechos que se desenvuelven dentro de una problemática que se sitúa en el centro de la dominación de las mujeres. Como ha señalado Kathleen Barry, “la dominación de las mujeres está políticamente dirigida a lo que es específica y psicológicamente femenino: la sexualidad y la reproducción de las mujeres se construyen social y políticamente como inferiores. Al tiempo que las mujeres son víctimas de la discriminación política, legal y económica, esta condición se basa en una condición previa de explotación que tiene lugar sobre, en y a través de los cuerpos de las mujeres, en la sexualidad y en la reproducción.”³⁰

a) *Sexualidad*

La sexualidad, como objetivo y derecho reivindicativo de la mujer, fue ignorada por la corriente del feminismo liberal. Por su parte, el feminismo radical y el de la diferencia sí la trataron, pero no de la misma manera. El primero habla de la sexualización de la mujer como una opresión que viene arraigada por el sistema patriarcal. Este feminismo señala que la prostitución y la pornografía son formas de opresión sexual, cuya causa es la dominación patriarcal. Barry habla de un “territorio colonizado” cuando describe al cuerpo de la mujer y la opresión que existe sobre él. Esta misma autora refiere que los hombres, al necesitar de experiencias sexuales, buscan a la mujer y la utilizan frecuentemente a través de la violencia, disponiéndose de ésta como un objeto. Barry contraponen a la mujer y al hombre y señala que éste a veces puede ser usado para el sexo, “pero bajo la sexualización ellos no son cuerpos sexualizados”. Con esto último la autora se refiere a la construcción social que se hace acerca del sexo, la cual define al sexo como femenino y se reduce al cuerpo de la mujer (como objeto). Explica que “la prostitución es la esencia de la sexualización de las mujeres porque en ella lo cuerpos femeninos, sexualizados por la sociedad como lo son todos los cuerpos femeninos, sólo necesitan estar presentes y disponibles para actuar sobre ellos con el fin de producir sexo: placer sexual o fantasía para el que paga”. Barry continúa con esta idea y hace una distinción entre la sexualidad del hombre y la de la mujer. Expresa que la del hombre se ha tratado “como un imperativo, una necesidad” y la sexualidad de la mujer se ha visto como una “identidad social”, viéndose la mujer como alguien o

³⁰ K. BARRY, “Teoría del feminismo radical: política de la explotación sexual”, trad. de R. Castillo, en C. AMORÓS y A. DE MIGUEL (eds.), *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. Del feminismo liberal a la posmodernidad*. Vol. 2. Minerva Ediciones, Madrid, 2005, p. 198.

algo sexualizado. Se distorsiona la imagen de la mujer y se la cosifica en su rol a desempeñar. Este poder ejercido sobre ellas, al decir de Barry, se “institucionaliza” en la prostitución, en la pornografía y en el matrimonio.³¹

Dentro del feminismo de la diferencia, solo algunas feministas culturales fueron quienes trataron el tema. Susan Brownmiller, Germaine Greer, Andrea Dworkin y Mary Daly, sostienen ideas como que la sexualidad masculina es agresiva e incluso potencialmente letal, frente a la femenina que se orienta a las relaciones interpersonales; que las mujeres son moralmente superiores a los hombres; que la opresión femenina tiene su causa en la supresión de la esencia de las mujeres y, por eso, es necesario acentuar las diferencias entre los sexos y adoptar el lesbianismo como alternativa, ya que la “heterosexualidad es condenada por su connivencia con el mundo masculino”.³²

Estos dos movimientos sociales que tuvieron y tienen por objeto representar los intereses de las mujeres, al momento de plantear los objetivos de su reivindicación han visto a la mujer con discapacidad y su relación con la sexualidad en un escenario periférico, encontrándose en una desventaja social respecto al resto de las mujeres. Sucede que a la mujer con discapacidad se la considera, por tener una discapacidad, como una mujer (o como alguien/algo) asexualada. Esta afirmación, arraigada en el imaginario colectivo, proviene de una imagen estereotipada que se tiene de ella cuya argumentación resulta discriminatoria, conteniendo su inspiración en el hecho de tener una discapacidad.

A través de esta reflexión y de lo que provoca aquél prejuicio, se acrean ciertas consecuencias para la situación de la mujer con discapacidad. Al mismo tiempo, se conduce a la ausencia de un respaldo teórico del propio movimiento feminista.

Al decir de Palacios, “la situación de discapacidad es en muchas ocasiones considerada de forma negativa, para justificar la imposibilidad de ejercicio de [ciertos] derechos. En la actualidad, mujeres con discapacidad son discriminadas ‘por motivo de discapacidad’”³³, entre tanto se genera una infravaloración de su sexualidad, de su derecho a ejercerla y en consecuencia de su persona. De nuevo, esta autora apunta que “las barreras que enfrentan las mujeres con discapacidad

³¹ Vid. K. BARRY, “Teoría del feminismo radical: política de la explotación sexual”, cit., pp.188 ss.

³² R. OSBORNE, “Debates en torno al feminismo cultural” en C. AMORÓS y A. DE MIGUEL (eds.), *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. Del Feminismo liberal a la post-modernidad*. Vol. 2, cit., pp. 211 ss.

³³ A. PALACIOS, “Género, discapacidad y acceso a la justicia”, cit., p. 45.

a la hora del ejercicio de sus derechos son la consecuencia del diseño de una sociedad pensada sólo para una persona estándar (cuyo modelo, entre otras condiciones, suele ser caracterizado a partir de un hombre, sin discapacidad)³⁴, y lo que se pretende, desde un enfoque de derechos humanos en el marco de la discapacidad y del modelo social, es el diseño de una sociedad para todos y todas.³⁵

Pero aquél parámetro de sociedad visualizado con un fuerte arraigo, obedece a estereotipos y hacen que la mujer con discapacidad sea sometida a diferentes tipos de abusos. El hecho de juzgarlas como personas dependientes, el entorno familiar³⁶ crea un mecanismo de sobreprotección que conlleva a la infantilización de la mujer con discapacidad con lo cual se la viste, se la desviste, se las toca como si fueran niñas y ella, al estar habituada a este tipo de prácticas y al no conocer lo que es el tomar decisiones sobre su propio cuerpo (debido a que se le cercena la autonomía), llega a un punto en el cual no puede diferenciar cuándo, por ejemplo, se la está tocando a raíz de una práctica médica o cuándo se la está abusando³⁷. Este *no poder diferenciar* es el resultado de la creación del medio social. Es la respuesta a lo que la sociedad juzga en ellas: personas que no pueden o no deben decidir acerca de su propio cuerpo y de sus deseos sexuales y que, en efecto, son tratadas como personas asexuadas o bien, como objetos a los que se los puede utilizar con un fin sexual.

b) *Decisión sobre su propio cuerpo*³⁸

La esterilización es una práctica médica mediante la cual se hace infecunda y estéril a una persona. La esterilización es forzosa cuando esa prácti-

³⁴ A. PALACIOS, "Género, discapacidad y acceso a la justicia", cit., p. 64.

³⁵ Para profundizar en la accesibilidad universal y ajustes razonables, ver el trabajo de: R. DE ASIS ROIG, y A. PALACIOS, *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, Dykinson, Madrid, 2007, p.63.

³⁶ Vale aclarar que cuando aquí se habla de familia o de entorno familiar, me refiero a que también (o únicamente) puede estar conformada por gente que no tiene vínculos de sangre, pero que son parte de un sistema de ayuda mutua, dedicado a cuidar unos de otros. Esto puede incluir, por ejemplo, amigos, vecinos o docentes que con el paso del tiempo han desarrollado un vínculo emocional y de apoyo cercano con la persona.

³⁷ Idea de M.S. VILLAVERDE, "Capítulo Capacidad Jurídica" en *Ciclo Documental Audiovisual Diversidades*, Argentina, 2010. <http://ciclodiversidades.blogspot.com.ar/p/videos.html> [fecha de consulta: 7 de Febrero 2014]

³⁸ La decisión acerca del propio cuerpo abarca tanto a la reproducción como al aborto. En este acápite se tratará sólo la cuestión que concierne a la reproducción, excluyendo del estudio al aborto, puesto que las cuestiones que aquí se pretenden analizar son previas al mismo.

ca se realiza a una persona sin su consentimiento y cuyas intenciones pueden ser de tipo eugenésica, punitiva o de anticoncepción forzosa. En el caso de la mujer con discapacidad se le practica a fin de evitar embarazos (anticoncepción forzosa) debido a que se la considera jurídica y socialmente *incapaz* para ejercer la maternidad. Esta práctica puede devenir de una ley de un Estado³⁹, es decir impuesta a la mujer con discapacidad sin su consentimiento informado o bien, puede ser solicitada judicialmente por su representante, siendo éste quien preste el consentimiento y sustituyendo, su autonomía y libertad en lo que refiere a la decisión sobre su propio cuerpo. En relación a ello, Palacios explica que “las mujeres con discapacidad enfrentan barreras legales en aquellos países en los cuales la propia ley permite se las sustituya en la toma de decisiones que involucran el derecho a formar una familia.”⁴⁰ Así, Barranco señala que “en ciertas ocasiones las normas han tratado de proteger a ciertas personas que consideran vulnerables. Muchas de las políticas que se justifican en los derechos en coherencia con el proceso de especificación han adoptado esta fisonomía. No obstante, una política de protección que no tenga en cuenta la capacidad de agencia de las personas a las que se dirige no puede considerarse respetuosa, ni mucho menos, fundamentada en los derechos humanos.”⁴¹

En su mayoría, son las mujeres con discapacidad intelectual y mental las que se ven sometidas a este tratamiento y muchas veces es la familia –quienes actúan en ciertos casos como representantes y, en consecuencia, son quienes sustituyen su voluntad jurídica⁴²–, la que requiere judicialmente la autoriza-

³⁹ Al respecto, se ha expedido el Comité Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuando en el mes de septiembre del 2011 instó a España a eliminar esta práctica por ser contraria a la CDPD. Ver, Comité Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad, Sexto Período de Sesiones, 19 de septiembre de 2011, CRPD/C/ESP/CO/1, Examen de los informes presentados por los Estados Parte en virtud del art. 35 de la Convención, Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, párr. 37 y 38. Ver texto en: http://www.convenciondiscapacidad.es/Noticias_new.html. Vid. M.S. VILLAVARDE, “Participación en el proceso de niñas, niños y adolescentes con discapacidad. Garantías adicionales del debido proceso” en P.O. ROSALES (dir.) *Discapacidad, justicia y Estado. Acceso a la justicia de personas con discapacidad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2012.

⁴⁰ A. PALACIOS, “Género, discapacidad y acceso a la justicia”, cit., p. 46.

⁴¹ M.C. BARRANCO AVILÉS, *Diversidad de situaciones y universalidad de derechos*, cit., p. 94.

⁴² Quinn establece que “no hay inherentemente nada malo en aquella toma de decisiones por sustitución, con la condición de que dicha toma de decisiones sustitutiva imite mi propia voluntad y preferencias (...). En vez de imitar la voluntad y las preferencias de la persona, siempre existe una ignorancia consciente de su voluntad y preferencias, incluso cuando

ción para realizar esta práctica. En tal sentido, Palacios declara que “existe un eje común, violatorio de estos derechos en lo que atañe a la mujer con discapacidad, que tiene su origen en la consideración de ellas como mujeres débiles, asexuadas, anidadas –sujeto/objeto de protección–, que deriva en la sustitución de su voluntad, o incluso en medidas previas, que impiden que las propias damas puedan descubrir cuál es su voluntad (porque el ejercicio de la libertad es un aprendizaje, al que muchas mujeres con discapacidad no tienen la posibilidad de acceder).”⁴³

Lo grave es que el entorno familiar no se inmiscuye demasiado en la voluntad acerca de si puede, o no, tener relaciones sexuales o en qué momento pueden ocurrir éstas, sino que lo que se sopesa y consecuentemente cerceña, es el derecho a ser madre. Bajo esta visión, Villaverde señala que existen “preconcepciones imperantes sobre la sexualidad de niñas, jóvenes y mujeres con discapacidad intelectual, con las cuales se legitiman esterilizaciones y abortos forzosos contemplados en protocolos de atención en materia de salud sexual y reproductiva, que fueron redactados con desconocimiento del derecho internacional de derechos humanos⁴⁴ vigente en los Estados que así lo estén y, lo que es más grave, con desconocimiento y sin haber escuchado previamente a las mujeres que padecen resignadamente esas violaciones de derechos. Todo ello ocurre a solicitud de padres o curadores ‘en representación’ de sus hijas, en general ‘con las mejores intenciones’, expresiones paternalistas que tranquilizan la conciencia social pero violan los derechos huma-

aquéllas son claramente detectables”. G. QUINN, “Personalidad y Capacidad jurídica: perspectivas sobre el cambio de paradigma del artículo 12 de la CDPD”, trad. de M.L. Serra, en A. PALACIOS y F. BARIFFI (coords.), *Capacidad jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, cit., p. 42. Bariffi, explica que “el sistema de apoyo se caracteriza por situar la decisión final en la propia persona con discapacidad, independientemente de que para validar dicha decisión se requiere la intervención de un tercero que proporcione asesoramiento, contención o ayuda a la persona”. Para ahondar en este tema Vid. F. BARIFFI, “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU”, cit., pp.372 ss.

⁴³ A. PALACIOS, “Género, discapacidad y acceso a la justicia”, cit., p. 45.

⁴⁴ La esterilización forzada es considerada como un crimen de lesa humanidad y un delito grave de violencia sexual. En este sentido, una de las características del mismo es que no tiene que haber una justificación en un tratamiento médico que así lo indique, para el caso de las mujeres con discapacidad, como el modelo imperante es el modelo médico, muchas veces se justifica que es por el bien de la mujer y así poder realizar el tratamiento sin que se enmarque dentro del delito. Para más acerca del modelo médico Vid. A. PALACIOS, *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, cit., pp. 66 ss.

nos de las personas más vulnerables del sistema (arts. 1, 3, 12, 13, 23 y 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).⁴⁵

Este hecho se enmarca dentro de las desigualdades entre mujeres y hombres bajo la visión de un sistema patriarcal. Es decir, es el hombre quien decide si la mujer es capaz o no de concebir (al hombre con discapacidad no se le practica la vasectomía) y es quien, en un esquema de estandarización, elabora un mecanismo legal a fin de que ese derecho le sea cercenado. Esta hipótesis es la que enmarca todos los objetivos perseguidos por el movimiento feminista, es el eje central con el que se movilizan las demandas de dicho movimiento, sin embargo esta situación no está presente en su discurso. Discurro con la respuesta simplificadora que justifica la ausencia de la mujer con discapacidad en su discurso porque el movimiento feminista no se identifica con ella y considero que Sheldon está en lo correcto cuando expresa que parecería ser que mientras vivamos en una sociedad con discapacidad, quizá sea inevitable que las feministas que no tengan una discapacidad, compartan las actitudes negativas de la sociedad hacia las personas con discapacidad.⁴⁶

La piedra angular del movimiento feminista es el derecho a una libre reproducción, en este sentido Davis⁴⁷ destaca que el movimiento a principios del siglo XX tuvo como bandera el control de la natalidad cuyas argumentaciones fueron defendidas por mujeres blancas, de clase media y sin una discapacidad. Para mujeres menos privilegiadas, el movimiento abogó por una estrategia eugenésica para el control de la población y no al derecho individual de controlar la natalidad. Así, fue en este siglo cuando se extendió el abuso de la práctica de la esterilización forzosa de miles de mujeres con discapacidad, abusos que continúan al día de hoy.⁴⁸ Resultando la libre reproducción no como un derecho cuya referencia está dada solamente en el derecho a no ser madre, sino también como un derecho a ser madre, un derecho a ejercer la maternidad.

Desde esta visión holística de los objetivos se trasluce una identificación de las situaciones de discriminación en el que se encuentran inmersas las

⁴⁵ M.S. VILLAVARDE, "Participación en el proceso de niñas, niños y adolescentes con discapacidad Garantías adicionales del debido proceso", cit., p. 70.

⁴⁶ Vid. A. SHELDON, "Women and disability", cit., pp. 69-74.

⁴⁷ Ángela Davis es una política marxista, activista afroamericana y profesora de Filosofía de la Universidad de California en Santa Cruz, Estados Unidos. Para ver su trabajo: A.Y. DAVIS, *Mujeres, Raza y Clase*, trad. de A.V. Matos, Akal Ediciones, Madrid, 2004.

⁴⁸ Vid. R. HUBBARD, *The Politics of Women's Biology*, Rutgers University Press, New Brunswick, 1990. Ruth Hubbard es profesora de Biología por la Universidad de Harvard.

mujeres con discapacidad. Como bien señala Young, a los valores generales corresponden dos condiciones sociales que definen la injusticia: la opresión, las trabas institucionales que coartan el autodesarrollo y la dominación que niega la autodeterminación.⁴⁹

2.3. El método

Vimos que la ausencia de la mujer con discapacidad en el discurso del movimiento feminista puede ser debido a una “invisibilidad” de la mujer con discapacidad por parte del propio movimiento; por un desconocimiento respecto a que los objetivos son los mismos en ambos movimientos o bien, la ausencia es intencional y se debe a una razón metodológica para conseguir aquéllos objetivos planteados. En efecto, nos encontramos con las estrategias, que se basan en un conjunto de acciones planificadas sistemáticamente a lo largo del tiempo por el mismo movimiento.

En el punto que antecede, concluimos que la mujer con discapacidad no forma parte de los objetivos de las distintas corrientes del movimiento feminista. En este acápite se trata de dilucidar el por qué de esa conclusión, demostrando la hipótesis de este trabajo, que se resume en una homogeneización del movimiento feminista, cuya consecuencia deriva en una ausencia de la mujer con discapacidad en su discurso.

“La discriminación contra las mujeres reviste características específicas. Así, además de que las mujeres no constituyen ninguna minoría (sino que superan la mitad de la población), es frecuente que la discriminación contra las mujeres se oculte o revista de protección (el supuesto carácter benigno de la misma)”⁵⁰, sin embargo en la cultura jurídica sólo se puede hablar de discriminación como diferencia de trato pero no de *status*, cuya definición corresponde a la subordinación o a, como la llama Añón Roig, “discriminación sistémica”. Es decir, que está fuera del concepto jurídico de discriminación y “da cuenta de un tipo de desigualdad que deriva de la influencia de los valores sociales dominantes surgidos del falso universalismo que atraviesa el diseño de titularidad de derechos”, cuya referencia se hace hacia aquéllas situaciones de desigualdad social, de subordinación o de dominación en las

⁴⁹ Vid. I.M. YOUNG, *La justicia y la política de la diferencia*, cit.

⁵⁰ Vid. M. BARRÈRE UNZUETA, “Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades” *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 9, 2003.

que no es posible individualizar una conducta determinada o identificar un trato al que se imputa la prohibición jurídica de discriminación.⁵¹

Cobra relevancia el análisis discursivo de cada una de las corrientes. En este sentido, Asís nos habla de un discurso justificatorio que se desenvuelve entre dos tipos de argumentos a los que él denomina “argumento de la situación” y “argumento de la identidad”.⁵² Desde esta perspectiva, Asís explica que para el feminismo de la diferencia, los derechos pretendidos estarían justificados en la “existencia de unos rasgos que identifican a la mujer y no necesariamente, en la situación de discriminación en la que éstas se encuentran”. Por el contrario, para el feminismo igualitario (en sus dos corrientes: liberal y radical), “la justificación de los derechos derivaría de la situación de discriminación de la mujer y no de la posible existencia de unos rasgos propios de ese grupo”.⁵³

Barrere Unzueta alude que se debe revisar el derecho en esta materia y “exigir un desplazamiento del concepto jurídico de discriminación (basado en la diferencia de trato) al de subordinación (basado en la diferencia de status).”⁵⁴ Incluso, el movimiento del feminismo critica al derecho antidiscriminatorio, señalando una insuficiencia de la noción de discriminación, dando cuenta de las desigualdades estructurales y sociales.⁵⁵

La discriminación contra las personas con discapacidad es el producto de una construcción social y de una relación de poder, del mismo modo que pasa con la discriminación de la mujer. “A las personas con discapacidad se les cercena su autonomía y pasan a ser titulares pasivos y no sujetos de derechos”⁵⁶. “La discapacidad es un concepto en evolución, (...) también un concepto cultural, que varía en diferentes culturas y sociedades”⁵⁷, por lo

⁵¹ M.J. AÑÓN ROIG, “Autonomía de las mujeres: una utopía paradójica” en M.A. RAMIRO y P. CUENCA (eds.), *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, Debates del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, núm. 11, Dykinson, Madrid, 2010, p. 132.

⁵² Vid. R. DE ASÍS ROIG, *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 60 ss.

⁵³ *Ibidem*, p. 48.

⁵⁴ M. BARRÈRE UNZUETA, “Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, cit., p. 26.

⁵⁵ Vid. M.J. AÑÓN ROIG, “Autonomía de las mujeres: una utopía paradójica”, cit., p. 127-162.

⁵⁶ P. CUENCA GÓMEZ, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Cuadernos de la cátedra de Democracia y Derechos Humanos núm.7, Universidad de Alcalá, Defensor del Pueblo, Madrid, 2012, pp. 25 ss.

⁵⁷ A. PALACIOS, *El modelo social de la discapacidad*, cit., p. 323.

que su interacción con el medio es fundamental⁵⁸, es decir cuando el factor social está funcionando como obstáculo hacia la persona es cuando aparece la discapacidad.

Con el lenguaje, se llega a discriminar desde los Informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁵⁹, cuando aborda el tema de la discapacidad de la mujer desde una mirada protectora. Bajo este parámetro, el Comité equipara a la mujer con discapacidad con la “mujer de edad” y utiliza un lenguaje estereotipado para referirse a ella, refieren que las mujeres “sufren” una discapacidad y necesitan de una “atención especial”. El lenguaje es una herramienta ideológica de poder y dentro de un contexto histórico en donde la mujer con discapacidad se ve discriminada por ser mujer y por ser persona con discapacidad, no es permisible una laxitud en la utilización del lenguaje ya que éste “no se emplea de la nada, sino que funciona en un contexto de situación”⁶⁰. Peligroso es entonces la consideración de seguir utilizando un lenguaje estereotipado cuyo contenido se encamina hacia una subordinación en la realidad consecuente.

Los grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad utilizan, a través de sus movimientos y bases, ciertas estrategias y herramientas de acción con el fin de acabar con esa discriminación estructural⁶¹ y así poder estar en pie de igualdad con el resto de la sociedad. Al margen de que estemos o no, dentro de una cultura jurídica (aquí se pretende un análisis puramente científico), cuando nos situamos en el campo de la igualdad y no discriminación encontramos diferencias, a la hora de observar las herramientas utilizadas, entre el movimiento del feminismo y el movimiento de personas con discapacidad.

⁵⁸ Vid. M.L. SERRA, “Mujer y discapacidad” en F. BARIFFI (coord.), *Práctica clínica y litigación estratégica en Discapacidad y Derechos Humanos. Algunas experiencias con la realidad*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 233 ss.

⁵⁹ Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer 37º período de sesiones (15/01 al 2/02 2007) 38º período de sesiones (14/05 al 01/07 2007) 39º período de sesiones (23/07 al 10/08 de 2007) Asamblea General Documentos Oficiales Sexagésimo segundo período de sesiones Suplemento No. 38 (A/62/38).

⁶⁰ Vid. M.A.K. HALLIDAY, *El Lenguaje Como Semiótica Social: La Interpretación Social del Lenguaje y del Significado*, Fondo de Cultura Económica, Estados Unidos de Norteamérica, 1982.

⁶¹ Añón Roig, siguiendo a Vandenhole, explica que la discriminación estructural se entiende como “un tipo de desigualdad que deriva de la influencia de los valores sociales dominantes surgidos del modelo de varón, heterosexual, capacitado y refleja un estado prevalente de raza, religión y lenguaje”. Vid. M.J. AÑÓN ROIG, “Autonomía de las mujeres: una utopía paradójica”, cit., pp. 127-162.

Considero que estas diferencias se deben al punto de partida en el que se posicionan los distintos movimientos. La perspectiva con la que abordan la acción de terminar con esas barreras difiere en ambos discursos.

El movimiento feminista, como colectivo discriminado en sus distintas corrientes, parte de la idea de homogeneizar un determinado estándar.

El feminismo igualitario configura su lucha hacia la igualdad desde el objetivo de querer ser igual al hombre, en el sentido literal del término, partiendo de un ideal de asimilación⁶², e “identificando la igualdad sexual con la eliminación de toda diferencia de género”⁶³. Parecería ser que el estar en un pie de igualdad respecto a los derechos equivale a ser igual en el resto de las características humanas y sociales, pero la diferencia es un término meramente descriptivo y, como enseña Ferrajoli, esa diferencia forma parte de la igualdad.

Para Young, el feminismo de la diferencia es un movimiento que “ha visto la autoorganización y la afirmación de una identidad cultural y de grupo positiva, como una mejor estrategia para conseguir poder y participación en las instituciones dominantes.”⁶⁴ En este sentido, este feminismo al definir a la mujer lo hace desde un modelo distinto al del feminismo igualitario, siendo su estándar, no el hombre blanco occidental, sino la mujer «perfecta» con determinados rasgos que bajo su parámetro son los que la caracterizan.

El filósofo Michael Sandel, en referencia a la ingeniería genética, elabora una reflexión que, considero, se adapta a este estudio y señala que “resulta tentador pensar que diseñarnos (...) a nosotros mismos para tener éxito en una sociedad competitiva es un ejercicio de libertad. Pero cambiar nuestra naturaleza para encajar en el mundo –y no al revés– es la mayor pérdida de libertad posible. Nos aparta de la reflexión crítica sobre el mundo y aplaca nuestro impulso hacia la mejora social y política.”⁶⁵ De esto se trata también el cambio de paradigma que implanta el modelo social de la discapacidad, al establecer que “las causas que originan la discapacidad no son individuales, de la persona afectada, sino sociales por la manera en que se encuentra diseñada la sociedad.”⁶⁶

⁶² Este ideal de justicia es analizado por I.M. YOUNG, *La justicia y la política de la diferencia*, cit., pp. 263 ss.

⁶³ V. MOSQUERA ANDRADE, *Mujeres Congresistas. Estereotipos sexistas e identidades estratégicas. Ecuador 2003-2005*, Flacso, Ecuador, 2006, p. 18.

⁶⁴ I.M. YOUNG, *La justicia y la política de la diferencia*, cit., p. 268.

⁶⁵ M.J. SANDEL, *Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*, trad. de R. Vilà Vernis, Marbot Ediciones, Barcelona, 2007, pp. 146 y 147.

⁶⁶ A. PALACIOS, *El modelo social de la discapacidad*, cit., p. 93, nota al pie 197.

En este sentido es que el movimiento de personas con discapacidad no pretende que éstas se igualen en características físicas, psíquicas, mentales o sensoriales a las personas sin discapacidad. Lo que pretende es la inclusión de la diferencia como parte de la realidad humana (al igual que lo hace buena parte de los movimientos feministas que, sin embargo, no abordan la cuestión de la discapacidad). No pretende que se mida el valor de las personas por su utilidad o parte a la sociedad.⁶⁷ Luchan desde una perspectiva que difiere al movimiento del feminismo igualitario, no queriendo ser iguales (en el sentido literal del vocablo) a las personas sin una discapacidad. Se declaran distintos, subrayando categóricamente que esa razón no debe impedir el poder tener herramientas que sirvan para desarrollar su propia autonomía, ni tampoco debe ser la razón que inspire actos discriminatorios.

En este sentido, la mujer con discapacidad no tiene resuelto el proceso de generalización de los derechos humanos⁶⁸. Young señala que “una concepción de la justicia que desafía la dominación y la opresión institucionalizadas debería ofrecer una visión de un ámbito público heterogéneo que reconociera y afirmara las diferencias de grupo”. De la misma manera, esta misma autora explica que “el imperialismo cultural consiste en hacer que un grupo sea invisible al mismo tiempo que resulta marcado y estereotipado. (...) Las víctimas del imperialismo cultural se vuelven así invisibles como sujetos, como personas con una perspectiva y experiencias propias, con intereses específicos de grupo; al mismo tiempo, sin embargo, se las señala, se las petrifica en una existencia marcada por el hecho de ser *otra*, desviada en relación con la norma dominante. A los grupos dominantes, no les hace falta percibir la existencia de su propio grupo, ellos ocupan una posición no señalada, neutral, aparentemente universal”⁶⁹

La situación en la que se encuentran las mujeres con discapacidad es consecuencia de distintos factores. He intentado demostrar en estas páginas cómo buena parte del pensamiento feminista ha colaborado en todo ello. Sin embargo, este mismo pensamiento ha logrado el reconocimiento de los derechos de las mujeres desde la utilización de argumentos y perspectivas que

⁶⁷ Vid. A. PALACIOS, *El modelo social de la discapacidad*, cit., pp. 154 ss.

⁶⁸ Vid. R. DE ASÍS ROIG, “Las situaciones de dependencia desde un enfoque de derechos humanos”, en M.A. RAMIRO y P. CUENCA (eds.), *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, cit., pp. 163-179.

⁶⁹ I.M. YOUNG, *La justicia y la política de la diferencia*, cit., p. 208.

pueden ser utilizados también para las mujeres con discapacidad. De ahí la necesidad de conectar ambos discursos y conseguir introducir la visión del modelo social de la discapacidad, en el pensamiento feminista.

MARÍA LAURA SERRA

Instituto derechos humanos Bartolomé de las Casas

Universidad Carlos III de Madrid

c/Madrid, 126

Getafe 28903 Madrid

e-mail: maserra@inst.uc3m.es

RECENSIONES

**Rafael de ASÍS ROIG, *Sobre discapacidad y derechos*,
Dykinson, Madrid, 2013, 168 pp.**

M. CARMEN BARRANCO AVILÉS
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: teoría de los derechos humanos, discapacidad, igualdad y no discriminación
Keywords: theory of human rights, disability. equality and non-discrimination

Rafael de Asís ya había abordado el tema de los derechos de las personas con discapacidad en diversas publicaciones¹ que surgen como resultado de nu-

¹ R. de ASÍS ROIG, "Discapacidad y Constitución", *Derechos y Libertades*, núm 29, 2013, pp. 39-52; R. de ASÍS ROIG, Y P. CUENCA GÓMEZ, "La igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad", en L. CAYO PÉREZ BUENO, Y G.E. ÁLVAREZ RAMÍREZ, *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España: estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Cinca, 2012, pp. 59-76; R. de ASÍS ROIG y M.C. BARRANCO AVILÉS, "El derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia", en M.C. BARRANCO AVILÉS, (coord.), *Situaciones de dependencia, Discapacidad y Derechos*, Dykinson, Madrid 2011, pp. 107-132; R. de ASÍS ROIG, M.C. BARRANCO AVILÉS, P. CUENCA GÓMEZ, A. PALACIOS, "Algunas reflexiones sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con discapacidad en el Derecho español", en P. CUENCA GÓMEZ (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 11-33; R. de ASÍS ROIG, "Las situaciones de dependencia desde un enfoque de derechos humanos", en M. A. RAMIRO AVILÉS Y P. CUENCA GÓMEZ, (coord.), *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 163-180; R. de ASÍS ROIG y M.C. BARRANCO AVILÉS, *El impacto de la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad en la Ley 39/2006 de 14 de diciembre*, CERMI-CINCA, Madrid, 2010; R. de ASÍS ROIG, "La Convención de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la Discapacidad", en L. CAYO PÉREZ (dir.), *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, 2009, pp. 307-318; R. de ASÍS ROIG, "Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos", en I. CAMPOY y A. PALACIOS (coord.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integradora de las realidades española y argentina*, Dykinson, 2007, pp. 17-50; R. de ASÍS ROIG, I. CAMPOY y M. A. BENGOCHEA, "Derecho a la igualdad y a la diferencia: análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva"

merosos trabajos de investigación básica y aplicada, algunos de ellos en el marco de proyectos que ha dirigido. De este modo, tanto el profesor de Asís, como, gracias a su impulso, el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”², han llegado a convertirse en referencias en la materia en el contexto español.

Con tal bagaje, en las páginas que aquí se comentan, se suministran algunas claves para la reconstrucción de la teoría de los derechos a partir de la respuesta a los retos que plantean los derechos de las personas con discapacidad. Una cuestión que merece ser subrayada es que, a diferencia del punto de vista que predomina en anteriores publicaciones, centrado en las consecuencias de aplicar un enfoque basado en derechos a la cuestión de la discapacidad, nos encontramos ante un texto sobre teoría general de los derechos humanos, que se refiere de modo principal a cuestiones relativas a su fundamento.

Efectivamente, cuando se aborda la discapacidad desde un enfoque basado en derechos, por un lado, el discurso deja de ser asistencialista y se trasladada al plano de la justicia (p. 36), convirtiéndose “en un discurso de pretensiones e intereses legítimos y justificados que son irrenunciables, que están fuera del regateo político y que se sitúan fuera de cualquier política económica” (p. 33); por otro, pasa a integrar la libertad y la autonomía que han de articularse como agencia ética, política y jurídica de las personas con discapacidad. Pero, al mismo tiempo, para abordar la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, es preciso revisar algunos de los ‘presupuestos tradicionales’ en los que estos se basan. En el libro se mantiene la tesis de que una teoría de los derechos adecuada y, por tanto, capaz de dar cuenta de los derechos de todas las personas, debe integrar los elementos del modelo social y del modelo de la diversidad.

en R. de LORENZO, y L. CAYO PÉREZ-BUENO (coords.), *Tratado sobre discapacidad*, 2007, pp. 115-141; R. de ASÍS ROIG, A.L. AIELLO, F. BARIFFI, I. CAMPOY y A. PALACIOS, *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, Dykinson, Madrid 2007; R. de ASÍS ROIG, “Sobre el concepto de accesibilidad universal”, en AA.VV., *Accesibilidad a los medios audiovisuales para personas con discapacidad*. Amadis 2006, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Real Patronato sobre Discapacidad, 2007, pp. 17-23; R. de ASÍS ROIG y A. PALACIOS, *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, Dykinson, Madrid, 2007; R. de ASÍS ROIG, “Reflexiones en torno a la Ley de Autonomía Personal y Protección de las Personas en Situación de Dependencia”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 5, 2007, pp. 3-21; R. de ASÍS ROIG, A. L. AIELLO, F. BARIFFI, I. CAMPOY, y A. PALACIOS, “La accesibilidad universal en el marco constitucional español”, *Derechos y Libertades*, núm. 16, 2007, pp. 57-82.

² http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/discapacidad, consultada el 27 de febrero de 2014.

Tanto la idea de dignidad, cuanto la idea de igualdad, como presupuestos de cualquier teoría de la justicia basada en derechos, han de ser replanteadas. Asimismo, la accesibilidad universal debe integrarse entre los elementos que articulan una teoría de los derechos capaz de dar cuenta de los derechos de las personas con discapacidad y, en consecuencia, más coherente con la universalidad. En lo sucesivo prestaré atención al modo en el que en el trabajo se arman estos elementos.

En el texto se pone claramente de manifiesto que la dignidad no puede seguir vinculándose con una imagen homogénea del ser humano como titular abstracto de derechos, sin discriminar a quienes, como las personas con discapacidad, se alejan del patrón. Una de las inconsistencias que históricamente han arrastrado numerosas teorías de la justicia basadas en derechos, y la práctica totalidad de los sistemas de protección, es la que se deriva del contraste entre las proclamaciones formales de igualdad y la atribución efectiva de los derechos, o de la capacidad para ejercerlos, únicamente a algunos sujetos que se consideran 'normales' y, por tanto, dignos (recuérdese la referencia al hombre, blanco, burgués, heterosexual...). Cuando se han atribuido derechos a esas personas 'fuera de lo normal', ha solido hacerse, tanto en la teoría como en la práctica, desde la idea de protección. Sin embargo, en el texto se mantiene que estaríamos alejándonos del enfoque basado en derechos si se abandona la idea de que los derechos se orientan a establecer las condiciones adecuadas para que todos los seres humanos puedan elegir libremente un plan de vida y actuar de acuerdo con el plan de vida elegido (pp. 50 y 51). En definitiva, *Sobre discapacidad y derechos* integra en la teoría de los derechos el nuevo paradigma que representa la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y que ya había sido iniciado por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989).

En la medida en que ambos textos se alejan de un planteamiento meramente proteccionista y adoptan como principio la autonomía, uno y otro contienen elementos que permiten romper con la representación del titular de derechos que predomina en la 'teoría estándar'. No obstante lo anterior, para mantener que los derechos corresponden a todos los seres humanos, y sin desconsiderar la importancia de la autonomía en relación con todos ellos, parece que la teoría de los derechos debería también abandonar un planteamiento meramente voluntarista³. A mi modo de ver, incluso las personas

³ N. MACCORMICK, "Los derechos de los niño: una prueba de fuego para las teorías de los derechos", trad. M. Carreras y L. Martínez Pujalte, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988, pp. 293-306.

cuya voluntad no puede conformarse o determinarse, ya sea de modo temporal o permanente, son titulares de derechos humanos.

Y esta reflexión está plenamente en coherencia con las reflexiones de Rafael de Asís sobre capacidad, que acepta como una idea 'gradual y relativa' (p. 51). Sin embargo, al mismo tiempo, en el trabajo se rechaza una idea de ser humano basada en elementos biológicos, por lo que permanece sin solución 'la determinación de la idea de persona o de ser humano' a la que se refiere la titularidad de los derechos que "implica mantener un compromiso con la defensa de la integridad física y moral, la autonomía, la responsabilidad y la independencia", y, con ello, subsiste la duda de hasta qué punto la titularidad de los derechos seguiría de algún modo requiriendo de la agencia moral actual o potencial⁴.

Hasta aquí se ha hecho referencia al modo en el que en el libro se resuelve una de las dimensiones del problema de la universalidad de los derechos que se deriva de la representación excluyente de lo que significa ser humano: la que ha provocado históricamente la exclusión de la titularidad o del ejercicio de todos o de algunos derechos a la mayor parte de la humanidad. Sin embargo, este problema tiene otra dimensión que se ha reflejado en que los derechos se orienten a evitar la instrumentalización –proteger la dignidad– de quienes en la realidad coinciden con ese modelo ideal –o quienes consiguen o consienten adecuarse a él–, y resulten poco útiles para otros seres humanos. Pues bien, la reformulación del papel de la dignidad que se lleva a cabo en el libro permite también hacer frente a esta segunda vertiente.

Lejos de posiciones homogenizadoras, una de las preocupaciones subyacentes a todo el trabajo es la fórmula para que lo particular y lo universal puedan encontrar acomodo en las teorías de los derechos: "uno de los restos a los que se enfrenta el tratamiento de la discapacidad desde los derechos humanos es precisamente el de saber compaginar estos enfoques, el de saber conjugar el discurso universal y el particular" (p. 26). Me interesa destacar el modo en que esta preocupación se manifiesta en torno al juego entre la generalización y el respeto a la identidad, a través de la diferencia entre el argumento de la situación y el argumento de la identidad. Si bien es un rasgo de las teorías de los derechos definirse como universalistas y, por tanto, orientarse a destacar lo que es común a los seres humanos (la dignidad) frente a lo que es diferente; también lo es que la igual dignidad requiere considerar no solo las situaciones distintas en las que pueden encontrarse las personas, sino también sus diver-

⁴ P. CUENCA, "Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 158, 2012, pp. 103-137.

sas identidades. En relación con este aspecto puede ser de utilidad recurrir a la noción de discriminación estructural, a la que se hará referencia más adelante; y es que del mismo modo que ocurre en relación con las mujeres –y para fraseando a Simone de Beauvoir–, en tanto en cuanto las estructuras sociales de opresión y dominación frente a las personas con discapacidad no desaparezcan, no estaremos en condiciones de afirmar si las personas con discapacidad nacen o se hacen. No obstante, hasta ese momento, conviene no olvidar la dimensión individual de la discapacidad, que cada persona afronta y valora de un modo distinto y que en algunos casos puede ser percibida como un rasgo de la propia identidad. Desconsiderar esto, puede volver a conducirnos a posiciones poco coherentes con la atribución de valor a la diversidad.

Por eso el modelo social presenta, como se subraya en el texto (p. 25) una insuficiencia de partida, y es que al subrayar “que las medidas destinadas a satisfacer los derechos de las personas con discapacidad deben tener como principal destinataria a la sociedad en general” (p. 17), puede dejar de lado el hecho incontestable de que las personas somos, también funcionalmente diversas, sin que ello suponga que es diverso nuestro valor.

El segundo concepto de la teoría de los derechos que es revisado es el de igualdad. Frente a la igualdad entendida como igualdad formal, en el libro se defiende que “el discurso de los derechos en materia de igualdad debe partir del hecho de la diferencia”, de modo que la discriminación se produce tanto cuando diferencias de identidad o de situación no relevantes son tenidas en cuenta para producir un trato distinto, como cuando diferencias de identidad o de situación relevantes, no son tenidas en cuenta y se aplica el mismo tratamiento (p. 69). Se trata, por tanto, del discurso de la igualdad material, pero, tal vez, una comprensión clara de esta reformulación de la teoría de los derechos capaz de dar cuenta de los derechos de las personas con discapacidad y, en definitiva, de los derechos como derechos universales, exigiría incorporar en el esquema la reflexión sobre la discriminación estructural. Precisamente el planteamiento de la discapacidad desde el modelo social implica subrayar que la posición diferente y peor que suelen ocupar las personas con discapacidad en la sociedad obedece al modo en el que esta está organizada. De este modo, únicamente se podrá eliminar esa discriminación modificando la organización social. Son muchas las previsiones de la Convención que pueden interpretarse desde este punto de vista, de entre todas, resultan significativas las previsiones sobre toma de conciencia del artículo 8 y las relativas a la accesibilidad (artículo 9). La incorporación de

este concepto permite entender por qué “el Derecho por sí solo es incapaz de alterar los estereotipos sociales” (p.30), pero también que las modificaciones en el Derecho son necesarias para evitar que desde su pretendida neutralidad las estructuras sociales discriminatorias se perpetúen⁵.

Precisamente la accesibilidad se presenta como el tercer elemento sobre el que se articula la teoría. Desde la idea de discriminación estructural, la incorporación de la accesibilidad al discurso de los derechos resulta de sumo interés, puesto que, de algún modo, la accesibilidad puede contemplarse como el principio que impone eliminar los obstáculos a la autodeterminación y al autodesarrollo⁶.

Con estos presupuestos, es posible afirmar, como se hace en el libro, que la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no sólo implica una revisión de la teoría de la justicia basada en derechos, además proporciona argumentos para hablar de nuevos derechos, que pueden ser entendidos como derechos cotidianos y que ‘no son, en realidad, derechos específicos de las personas con discapacidad’ (p. 101) o al menos no lo son todos ellos: el derecho a la capacidad (a una igual capacidad y a los apoyos necesarios); el derecho a la accesibilidad universal (a una igual accesibilidad y a los ajustes razonables); el derecho a elegir una forma de vida (y a los apoyos para las actividades fundamentales de la vida diaria) y el derecho al uso de la lengua de signos.

Como puede comprobarse, una de las principales virtudes de la teoría que se defiende es que permite presentar los derechos surgidos al hilo de las reivindicaciones de las personas con discapacidad como derechos universales.

M. CARMEN BARRANCO AVILÉS
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: mayca@der-pu.uc3m.es

⁵ M.J. AÑÓN ROIG, “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, *Isonomía*, núm 39, 2013, pp. 127-157.

⁶ I.M. YOUNG,, *Justice and the Politics of Difference*, 2ª edición, Princeton University Press, New Jersey, 2011. Existe traducción al español de la versión de 1990, por S. Álvarez, Cátedra, Madrid, 2000.

Luis M. LLOREDO ALIX, *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Dykinson, 2012, 604 pp.

FERNANDO H. LLANO ALONSO
Universidad de Sevilla

Palabras clave: paradigma filosófico, ciencia del Derecho, positivismo jurídico; sociología del Derecho
Keywords: philosophical paradigm; Jurisprudence; legal positivism; sociology of Law

Si aceptamos la definición que hace Thomas S. Kuhn del paradigma científico como un modelo o patrón aceptado, y que raramente es un objeto renovable¹, entonces parece inevitable vincular el origen del paradigma iuspositivista con un marco espacial y un período concreto de la historia del pensamiento jurídico: la Europa del siglo XIX. En efecto, como señala Guido Fassò, desde el inicio mismo de la codificación, hasta las primeras reacciones antiformalistas, la mayor parte de los juristas europeos de aquella época se sintieron fascinados, en algún momento, por la “sugestión estética” que ejercía sobre ellos el sistema de conceptos jurídicos contruidos sobre los sólidos pilares del Derecho positivo estatal².

Sin embargo, esta fase inicial de estabilidad socio-económica, tan propicia para el desarrollo del capitalismo y el afianzamiento del Estado liberal, no habría de durar mucho tiempo. La revolución industrial iría introduciendo progresivamente cambios en las condiciones de vida de la hasta entonces rígida y clasista sociedad europea. Por otro lado, esta situación favorecería la

¹ T.S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, Chicago, 1962, p. 23. Literalmente, afirma Kuhn: “In its established usage, a paradigm is an accepted model or pattern... In a science... a paradigm is rarely an object for replication”.

² G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. Volume III: Ottocento e Novecento*, Il Mulino, Bologna, 1974 (3ª ed.), pp. 231-232.

formación de nuevas clases sociales que, a través de su actividad empresarial o laboral, de sus principales reivindicaciones y conquistas, terminarían trasladando al resto de la sociedad en general, y a los profesionales del Derecho en particular, la necesidad de actualizar y flexibilizar el mundo de las relaciones e instituciones jurídicas. En suma, todos estos elementos irían alimentando el caldo de cultivo de la doctrina jurídica contraria a la interpretación formalista del Derecho que había venido haciendo el iuspositivismo radical desde su génesis³.

Sin embargo, la revuelta antiformalista no provocó la derrota definitiva ni la desaparición de la teoría iuspositivista, sino más bien su apertura metodológica a la historia y la realidad social, además de una reorientación de su paradigma epistemológico e ideológico. En este sentido, como indica Erik Wolf, uno de los principales abanderados del avance realizado por una parte de la doctrina hacia una renovada *Weltanschauung* filosófica del Derecho positivo, aunque sin romper con la perspectiva diacrónica de la Escuela histórica, fue el jurista alemán Rudolf von Jhering⁴. En efecto, si se observa el itinerario intelectual recorrido por este autor a lo largo de su carrera académica, se apreciarán las grandes diferencias que separan sus etapas de juventud y madurez. Así, mientras el primer Jhering sigue el método conceptual de la *Begriffsjurisprudenz*, la cual ejerció a su vez una gran influencia en la

³ Al hablar de formalismo jurídico, conviene tener presente que, de acuerdo con la clasificación que hace Norberto Bobbio en su libro *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965), dicho término tiene al menos cuatro acepciones específicas: 1) la concepción legalista de la justicia (o legalismo); 2) la teoría normativa del Derecho (o normativismo); 3) la concepción de la ciencia jurídica como dogmática; y 4) la jurisprudencia de conceptos (o conceptualismo jurídico). Cfr., N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1972 (2ª ed.), p. 105. Antes que el profesor turinés publicara su particular clasificación del formalismo jurídico, otro autor, Giovanni Tarello, distinguió hasta cinco acepciones de dicho término, los cuales pueden referirse a: 1) un determinado tipo de ordenamiento jurídico; 2) la asunción de una determinada postura por parte del jurista ante el Derecho; 3) una determinada concepción del Derecho (el Derecho como forma); 4) una determinada concepción de la ciencia jurídica (como ciencia formal); 5) un determinado modo de interpretar el Derecho. Cfr., G. TARELLO, "Formalismo giuridico", en *Novissimo Digesto Italiano* (VII), dir. A. Azara y E. Eula, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1957, pp. 573-580. Finalmente, sin abandonar el ámbito de la doctrina iusfilosófica italiana del siglo XX, también Antonio Negri ha diferenciado cuatro sentidos distintos del formalismo jurídico: "uno en el plano de la teoría de la justicia, otro en el ámbito de la teoría del Derecho, el tercero en el terreno de la Ciencia del Derecho y, por último, el cuarto, relacionado con la interpretación" (la traducción es mía). Cfr., A. NEGRI, "Formalismo", en *Dizionario critico del diritto*, a cura di C. DONATI, Savelli, Perugia, 1980, p. 134.

⁴ E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1963, p. 627.

ciencia jurídica alemana a lo largo del siglo XIX, el segundo Jhering, por el contrario, no sólo se desmarca del formalismo abstracto de la jurisprudencia de conceptos y del virtuosismo logicista de su método sistemático, sino que además defiende una concepción teleológica y pragmática del Derecho, entendido como un elemento de coordinación y garantía de los intereses de los miembros de la sociedad, que lo convierte en el principal inspirador de la *Interessenjurisprudenz* y de otras teorías que se integran dentro de las corrientes sociologistas del Derecho⁵.

En la historia de la Filosofía del Derecho, Jhering ocupa un lugar destacado tanto por la densidad de su obra, como por la diversidad de sus planos de incidencia y el cambio experimentado por sus convicciones teóricas desde su etapa de juventud hasta su periodo de madurez. Atendiendo a la evolución de su pensamiento iusfilosófico, desde el ámbito del formalismo y el dogmatismo de su primera etapa, hasta su posterior migración a posiciones teóricas marcadamente antiformalistas y sociologistas, supondría un desacierto llegar a la conclusión de que la doctrina jurídica constituye en sí misma un capítulo cerrado o acabado de la cultura jurídica contemporánea. A este respecto, como ha advertido recientemente Antonio E. Pérez Luño, la prolongación de las tesis y planteamientos del jurista alemán “mantiene intacto su interés en muchos debates de las concepciones del Derecho del presente”⁶.

Por las especiales características cualitativas y cuantitativas de su obra jurídica, no resulta sencillo catalogar a Jhering en términos teóricos. En realidad, apelando a la célebre clasificación utilizada por Karl Jaspers en su

⁵ N. BOBBIO, *El positivismo jurídico*, estudio preliminar de Rafael DE ASÍS, trad. esp: R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993 (primera edición en italiano: 1961), pp. 134-138. G. FASSÒ, op. cit., pp. 232-237. A. TRUYOL Y SERRA, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. 3. *Idealismo y Positivismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2004, pp. 71 y 292. A propósito de la controversia entre ambas doctrinas jurisprudenciales, cabe señalar que uno de los puntos de mayor discrepancia consiste precisamente en que, a diferencia de la jurisprudencia de intereses (de base sociologista), para la jurisprudencia de conceptos (de índole formalista) debe prevalecer la interpretación lógica y sistemática sobre la naturaleza histórica y teleológica. Mientras que la jurisprudencia de conceptos (o conceptualismo jurídico) revela su formalismo al atribuir al juez un poder meramente declarativo y aplicativo de las leyes vigentes, para los seguidores de las doctrinas sociologistas (entre otras, el realismo jurídico, especialmente el norteamericano, la Escuela del Derecho libre, la jurisprudencia de intereses...), los jueces no sólo tienen un poder declarativo, sino también -y sobre todo- un poder creador de un nuevo Derecho. Cfr., F. H. LLANO ALONSO, *El formalismo jurídico y la Teoría experiencial del Derecho. Un estudio iusfilosófico en clave comparativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 46-47.

⁶ A. E. PÉREZ LUÑO, “El formalismo jurídico”, *Revista de Occidente*, núm. 384, 2013, p. 150.

deslumbrante estudio sobre los grandes filósofos de la historia, *Die grossen Philosophen* (1957), podría decirse que Jhering representa un modelo de pensador *sistemático* durante su etapa de juventud, mientras que, en su madurez, encaja más bien en la categoría de los pensadores *creadores*. Como es sabido, según Jaspers, lo que caracteriza a los pensadores sistemáticos –como Aristóteles, Santo Tomás de Aquino o Hegel– es su capacidad de influir a través de su escuela, así como la facilidad de comprensión de sus doctrinas, por lo general muy bien estructuradas; sin embargo, los filósofos creadores –como Platón, San Agustín o Kant– se distinguen por la fecundidad y el poderoso influjo filosófico que ejercen sus ideas a través de sus continuadores⁷.

A pesar del reto intelectual que supone el estudio de una obra tan compleja como la de Jhering, tanto por su densidad, como por la diversidad de sus planos de incidencia y la profunda mutación experimentada por sus convicciones teóricas, el profesor Luis Lloredo Alix ha dedicado un enjundioso estudio monográfico –que es el principal objeto del comentario de esta recensión– a estudiar el paradigma iuspositivista y los fundamentos ideológicos y filosóficos del pensamiento jurídico de Jhering. En este sentido, el autor de este ambicioso trabajo deja clara su intención, desde las primeras líneas del mismo, de afrontar el estudio del iuspositivismo “a través de la lente que nos brinda su filosofía (la de Jhering)”. Para Lloredo, el positivismo jurídico debe entenderse como un paradigma ideológico y epistemológico de largo alcance, formado por varias capas residuales que se fueron sedimentando a lo largo del siglo XIX. El investigador que soslaye en su estudio la diversidad de estratos que conforman el paradigma iuspositivista, únicamente ofrecerá una lectura parcial y reduccionista del mismo en la que sólo destacará alguno de los rasgos del positivismo jurídico como doctrina: el estatismo, el legalismo, el normativismo, etc. Consciente de la necesidad de entender el iuspositivismo desde una concepción omnicomprensiva, el autor opta por explicar la compleja realidad de esta corriente a través de un meticuloso recorrido por la vasta obra científica de Rudolf von Jhering, y por analizar su influencia tanto en la cultura jurídica y política de su tiempo, como en la doctrina iusfilosófica contemporánea.

La solvencia intelectual de esta obra queda acreditada, como pone de manifiesto en el prólogo del libro el profesor Francisco Javier Ansuátegui

⁷ K. JASPERS, *Los grandes filósofos. Los fundadores del filosofar: Platón, Agustín, Kant*, trad. esp: P. Simón, Tecnos, Madrid, 1995, p. 21.

Roig, por la sólida formación humanística y jurídica de su autor⁸. Su doble condición de jurista y *homme de lettres*, hace que Luis Lloredo contemple la evolución del iuspositivismo en sentido diacrónico, es decir, desde sus orígenes hasta el presente, lo cual le permite concluir que, en rigor, el iuspositivismo no ha llegado aún a su fin, sino que tan sólo se ha producido una *reorientación* del mismo⁹. A mi juicio, existe un cierto trasfondo raciovitalista y orteguiano en esta apuesta particular del autor tanto por la metodología historiográfica, como en la aplicación de la razón histórica al estudio iusfilosófico, que no puede ser ajeno a la dimensión vital, histórica y perspectivista del Derecho¹⁰. Abundando en esta idea de interacción entre el Derecho y la Historia, que también ha sido defendida por Gerhart Husserl y Guido Fassò, el autor –buen conocedor de la historia de la Filosofía del Derecho– no es indiferente ante el hecho de que, como toda actividad humana, la experiencia jurídica se desarrolla en el tiempo¹¹.

En definitiva, la amplia formación cultural del autor y su vocación historiográfica resultan claves necesarias para entender las razones de la elección de un autor tan ecléctico como Jhering para estudiar los sustratos históricos y los fundamentos filosóficos e ideológicos del paradigma iuspositivista. Sabedor de que el análisis de la colosal obra de Jhering no admite simplificaciones ni planteamientos fragmentarios, Lloredo estructura su trabajo en tres capítulos. En el primero, el autor aborda el iuspositivismo como paradigma del pensamiento jurídico; en tanto que el segundo y el tercer capítulo están dedicados al estudio de los fundamentos ideológicos y filosóficos del positivismo de Jhering, respectivamente. En relación con cada uno de estos bloques temáticos, cabría hacer algunas consideraciones:

En el primer capítulo, siguiendo la teoría de los paradigmas científicos de Thomas S. Kuhn –según el cual el conocimiento científico no avanza en sentido lineal o acumulativo, sino más bien a saltos, es decir, a base de que-

⁸ Cfr., F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, "Prólogo" al libro de Luis M. LLOREDO ALIX: *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 17.

⁹ *Ibid.*, p. 39.

¹⁰ "La razón pura –escribe José Ortega y Gasset– tiene que ser sustituida por una razón vital, donde aquélla se localice y adquiera movilidad y fuerza de transformación". Cfr., J. ORTEGA Y GASSET, *El tema de nuestro tiempo* (1923), en *José Ortega y Gasset. Obras completas*. Tomo III (1917/1925), Fundación José Ortega y Gasset/Taurus, Madrid, 2005, pp. 614-615.

¹¹ G. FASSÒ, *La storia come esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 5 ss. y 144 ss. G. HUSSERL, *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*, Klostermann, Frankfurt a.M., 1955, p. 10.

brar los grandes modelos epistemológicos histórico-científicos: los paradigmas-, el autor realiza una audaz apuesta metodológica que le permite presentar al positivismo jurídico como un canon que va más allá de una mera teoría del Derecho, pues en realidad constituye un paradigma filosófico de mayor alcance¹². A este respecto, se pregunta Lloredo, si se ha aplicado con éxito el método kuhniano tanto en la historia de las ideas científicas, como en la historia de las ciencias sociales y de las instituciones, ¿por qué no habría de servir también para la historia del pensamiento jurídico? Curiosamente, aunque el autor es plenamente consciente de la polisemia que revisten los términos “positivismo” y “positivismo jurídico”, lo cierto es que, en vez de referirse a cada uno de sus significados por separado, opta por englobarlos a todos en un paradigma común. A propósito de esta apuesta metodológica a favor del paradigma positivista, se ha podido objetar que, para incluir diferentes movimientos culturales en un paradigma único, deberían coincidir unos rasgos comunes de homogeneidad metódica y teórica, puesto que, de no darse esta coincidencia básica de caracteres, la noción de paradigma carecería de valor explicativo. Por ello, algunos autores –como Pérez Luño– prefieren aludir a “una pluralidad de paradigmas positivistas, referidos a las diferentes áreas científicas de su respectivo significado y alcance”. De otro modo, advierte este autor, puede caerse en el error de convertir el paradigma positivista en una especie de “cajón de sastre” o *totum revolutum*, con la consiguiente confusión que ello entrañaría¹³.

En el segundo capítulo, Lloredo desgrana los fundamentos ideológicos que acompañaron la gestación del iuspositivismo, y para ello realiza una fidedigna semblanza de la Alemania decimonónica (analizando, entre otras claves, la cuestión social, nacional y religiosa en el entorno de la *National Einheit*). A continuación ahonda en el poliédrico pensamiento político de Jhering, cuyas convicciones nacionalistas-conservadoras le alejan del espíritu liberal y revolucionario del *Vormärz* y le aproximan al realismo estatalista (*Realpolitik*) bismarckiano¹⁴. Por último, en la segunda parte de este capítulo,

¹² T.S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, 1962.

¹³ A.E. PÉREZ LUÑO, “El formalismo jurídico”, cit., p. 154.

¹⁴ Luis Lloredo deja claro en su trabajo que Jhering es un conservador independiente, abierto al Estado social y crítico con el capitalismo liberal-radical. Su pensamiento político no coincide con la corriente ultraconservadora y antisemita dominante en la Alemania de aquella época, en la que destacaban autores como Heinrich von Treitschke (cfr., pp. 250 y ss). Su defensa del Estado alemán unificado no pasaba, tampoco, por la exaltación del nacionalismo localista, ni por el encumbramiento del nacionalismo imperialista (pp. 253 y 307). En sentido

el autor presta especial atención a la crítica de Jhering a la escuela histórica del Derecho y al estudio de su teoría del derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido (y que Jhering terminará entendiendo como parte esencial del Derecho objetivo). Nuevamente hallamos muestras de un autor atípico, por no decir heterodoxo, que pese a haberse formado dentro del historicismo, es capaz de superarlo y de desarrollar una crítica independiente que, por un lado, sentará las bases del paradigma iuspositivista (el estatalismo) y que, por otro lado, preanunciará los estudios de sociología del Derecho¹⁵.

En el tercer capítulo, Lloredo repasa los principales fundamentos filosóficos que actuaron como factores determinantes en la conformación del paradigma positivista. Convencido del hecho de que tanto el Derecho positivo como la ciencia jurídica han estado marcados por el ambiente social y cultural de las diversas épocas por las que ha ido transcurriendo su evolución histórica, el autor indaga en los vínculos que unen a la cultura positivista –científica y filosófica– con el positivismo jurídico. Ello explica su concepción del paradigma positivista como un modo de pensar que atraviesa numerosas fases y experimenta también los cambios políticos, económicos, técnicos y sociales que revolucionaron el mundo desde el final de la Ilustración, pasando por el siglo XIX, hasta nuestros días. Según Lloredo, es incuestionable la relevancia de este paradigma, en el cual se enmarcan diversas corrientes doctrinales que van desde el utilitarismo anglosajón, pasando por el positivismo comtiano, hasta el empirismo lógico y las escuelas analíticas, y que ha influido poderosamente no solo en el mundo del Derecho, sino también en el de la cultura occidental. A propósito de este paradigma, añade el autor, el estudio de la obra iusfilosófica de un autor tan ecléctico como Jhering resulta conveniente para entender un acervo cultural y filosófico tan complejo como el que caracteriza al paradigma iuspositivista. A este respecto, Lloredo articula este capítulo en cuatro partes bien diferenciadas: en la primera, aborda las relaciones entre el positivismo jurídico y la filosofía, así como la propia relación de Jhering con la filosofía. Seguidamente, en los tres capítulos siguientes, el autor se ocupa de las doctrinas que más influyeron en el pensamiento

análogo, Mario LOSANO, define a Jhering como “un conservador honesto y reacio al seguidismo de clase obtuso” (el subrayado es de Luis Lloredo, cit. p. 250). Vid., M. LOSANO, “Le concezioni politiche di Rudolf von Jhering in una lettera inedita ad Heinrich von Treitschke”, en AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Ascheri*, Argalía, Urbino, 1970, p. 185.

¹⁵ Cfr., T. RAISER, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 4. neugefaste Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, pp. 26-31.

de Jhering: el historicismo, con especial atención a uno de sus precursores, Montesquieu, y al método histórico-filosófico de Hegel; el utilitarismo (no en vano, Bentham esgrimió el utilitarismo en paralelo al ataque de Jhering –al que algunos denominaban el “Bentham alemán”– contra la escuela histórica); y el universo de las ciencias (centrándose sobre todo en las influencias procedentes de las ciencias naturales, a través de las teorías científicas de Justus von Liebig, Friedrich Wöhler o Charles Darwin, y en el influjo que sobre su pensamiento ejercen las ciencias sociales por medio de psicólogos y sociólogos tan eminentes como Moritz Lazarus o Albert Schäffle).

Al finalizar la lectura de la excelente monografía del Prof. Luis Lloredo Alix, el lector puede constatar cuán veraz es la célebre cita de José Ortega y Gasset recogida en la introducción de su ensayo titulado *Del imperio romano* (1941), según la cual, “los buenos libros no son casuales”¹⁶. En efecto, el libro al que se ha dedicado este comentario no es producto de la casualidad ni de la improvisación, sino que es el resultado de una cabal y cuidada investigación en la que se resume una parte importante de la tesis doctoral del autor, pero también el resultado de la fecunda investigación desarrollada en su etapa posdoctoral sobre uno de los autores centrales del pensamiento jurídico moderno.

FERNANDO H. LLANO ALONSO
Universidad de Sevilla
e-mail: llano@us.es

¹⁶ J. ORTEGA Y GASSET, *Del Imperio romano, Obras completas*. Tomo VI (1941/1955), Fundación José Ortega y Gasset/Taurus, Madrid, 2006, p. 86.

**REY MARTÍNEZ, Fernando, *La dignidad humana en serio.*
Desafíos actuales de los derechos fundamentales,
Porrúa, México, 2013, 622 pp.**

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: derechos fundamentales, dignidad humana, igualdad y no discriminación
Keywords: fundamental rights, human dignity, equality and non discrimination

Las disciplinas académicas tienen uno o varios faros que orientan, fomentan y alientan las investigaciones y vocaciones sobre los diversos ámbitos. El Profesor Rey Martínez es un faro del Derecho antidiscriminatorio en España. Sus trabajos de investigación y diversas actividades (asesoramiento a instituciones y ONG's, participación en diversos Consejos sobre igualdad y no discriminación, etc.) muestran una tenaz preocupación por la situación de los más débiles y su efectiva traslación a las coordenadas del pensamiento jurídico.

En el prólogo de este libro, titulado *La dignidad humana en serio*, Rey Martínez se autodefine como un constitucionalista que se arriesga al poner en la agenda académica a las minorías sociales más en desventaja, como las mujeres, los gitanos y otras minoría étnicas, los homosexuales, las personas que ejercen la prostitución... Lo que el autor pretende es construir los fragmentos de un Derecho constitucional de la Dignidad. En esta obra no se abordan sistemáticamente todas las manifestaciones de la cuestión, sino más bien se adentra en algunas temáticas específicas.

De esta forma, este libro se divide en tres grandes partes. La primera, se dedica a los fundamentos históricos del constitucionalismo. La segunda parte examina algunos aspectos de la parte general o dogmática de los derechos fundamentales (creación judicial de los derechos, falacias sobre los

derechos sociales). La tercera parte analiza algunos derechos fundamentales en particular (igualdad y no discriminación, derecho de propiedad, protección jurídica de la vida, laicidad). El conjunto final agrupa 18 ensayos, donde algunos habían sido publicados previamente, que tienen el hilo común de la dignidad humana, los derechos fundamentales y una determinada actitud ante el Derecho y las normas, que caracterizan el quehacer de Rey Martínez.

En este sentido, en el citado prólogo, el autor realiza una original declaración de principios, cuando afirma “toda actividad investigadora en Derecho debe aspirar, en mi opinión, al rigor formal, a la aportación personal (la novedad), a la claridad y elegancia, a la honestidad intelectual y al compromiso.” Es una interesante reflexión sobre la metodología que debería reunir una investigación académica que al final –reconoce– tenga como objetivo plantear más preguntas que respuestas.

En el primer capítulo, titulado “Ética protestante y el espíritu del constitucionalismo”, se analizan las raíces intelectuales del constitucionalismo norteamericano, con especial relevancia para la tradición puritana, además de las sólidas conexiones con la Ilustración, la escocesa en particular, y con la tradición británica del *Common Law*. Después de un prolijo análisis sobre diversas instituciones jurídicas norteamericanas y sus orígenes, la conclusión es que el constitucionalismo norteamericano cuenta con la religión entre sus ingredientes principales. De hecho, las comunidades calvinistas que allí se encontraban desarrollaron una visión de “pueblo elegido” en el “nuevo Israel”. La analogía con el precedente análisis de Max Weber y su obra la *Ética protestante y el espíritu del capitalismo* es explícita en el texto.

El segundo capítulo se titula “Una relectura del *Dr. Bonham’ Case* y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación del *judicial review*”. Se aborda una tesis alternativa a la sostenida por Eduardo García de Enterría, sobre la obra judicial de Sir Edward Coke en su decisión conocida como *Dr. Bonham’ case*, que, según el criterio tradicional, se convierte en un antecedente del *judicial review* por los tribunales norteamericanos. Se analizan las tesis opuestas de Plucknett y Thorne sobre el particular y su posterior debate doctrinal. La conclusión para Rey Martínez es que “la lectura ‘revolucionaria’ en suelo norteamericano de *Dr. Bonham’ case* no coincide con su interpretación cabal. Estaríamos en presencia del típico caso de utilización ideológica *ex post facto* de los hechos históricos.” (p. 74)

La segunda parte del libro se ocupa del aspecto dogmática de los derechos fundamentales. En concreto, el tercer capítulo de la obra se titula

“¿Cómo nacen los derechos? Posibilidades y límites de la creación judicial de derechos.” Es interesante porque Rey Martínez para explicar cómo nacen los derechos continua utilizando metáforas relacionadas con la maternidad. De esta forma, afirma que “los derechos nacen de dos maneras. En primer lugar, por *parto natural*, esto es, nacen con la Constitución y también puede decirse que acaban dentro de sus cuatro esquinas” (p. 81). Y continua afirmando: “en segundo lugar, los derechos fundamentales pueden nacer también mediante *cesárea* practicada por vía de interpretación “jurídica” del poder judicial y/o de la jurisdicción constitucional, según los casos” (p.82)

Sobre creación judicial de derechos, afirma el autor, existen escasos trabajos a nivel español. Existe un trabajo del Profesor Revenga, que hace referencia a la labor de las jurisdicciones constitucionales, en la interpretación evolutiva a partir de derechos expresamente mencionados. En Italia la cuestión sí ha sido estudiada profusamente, porque como dice el autor “donde la cuestión de los nuevos derechos sí importa” (p. 95).

Sobre esta materia, el Profesor Rey Martínez afirma que “las constituciones son seres vivos” (p. 97) y “los tribunales no crean derechos, ni son fuente primaria de Derecho. Pero lo cierto es que los hechos desmienten una y otras vez este postulado, que es más mitológico que real” (p. 98). En un esfuerzo de claridad conceptual, aporta las categorías doctrinales de derechos implícitos, derechos transformados y derechos conexos¹. En ocasiones, concluye Rey Martínez, este activismo judicial ha sido extraordinariamente beneficioso para romper una lectura conservadora o formal del catálogo de derecho

En el cuarto capítulo, titulado “Crítica de algunas falacias sobre los derechos sociales” se ofrecen una serie de argumentos contra la falsa contraposición entre derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos sociales, por otro lado. Se considera la cuestión capital de la interpretación de los derechos sociales, el “pecado original” o “defecto de nacimiento” de tales derechos, es decir, su exigibilidad jurídica. La cantidad de textos que se han ocupado de este asunto es tal que ya tiene “dimensión de delito ecológico” por la cantidad de papel empleado (p 115). Se ofrecen 6 tópicos falsos o inexactos que vienen a

¹ Derechos implícitos significan la aplicación a nuevos supuestos de hecho. Derechos transformados suponen cambiar de modo radical la interpretación del convenio que hasta el momento venía manteniendo. El cambio de interpretación se verifica en atención a una nueva lectura de la realidad social. En los derechos conexos, el tribunal aprecia la existencia de derechos cuya aplicación se revela puntualmente necesaria para dispensar la máxima efectividad a derechos reconocidos de modo expreso previamente.

incidir en tratar de eliminar diferencias entre derechos civiles y derechos sociales. Para Rey Martínez, las diferencias se han de establecer no entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, sino entre reglas y principios.

La tercera –y más extensa– parte del libro trata sobre algunos derechos fundamentales en particular. En concreto, el siguiente capítulo titulado “Igualdad y prohibición de la discriminación” es la médula espinal de la obra, especialmente conociendo la trayectoria e intereses del autor.

De esta forma, se ofrece una adecuada panorámica sobre el Derecho antidiscriminatorio, que aborda cuestiones generales y más específicas. En primer lugar, se analizan las diversas directivas europeas sobre igualdad y no discriminación. Es particularmente interesante el estudio sobre cómo han recogido los diversos Estados las 6 características “indiscutibles” a nivel europeo contra la discriminación (origen racial o étnico, religión o creencia, discapacidad, orientación sexual, edad, género) y si tienen alguna otra características o una clausula abierta. A continuación se hace un recorrido por diferentes nociones, que forman el andamiaje conceptual del Derecho antidiscriminatorio, que van desde la igualdad de trato, discriminación directa, discriminación indirecta, acomodo razonable hasta las acciones positivas y discriminaciones positivas, que incluyen las cuotas y reglas de preferencia.

Se realiza un análisis de los organismos de igualdad en diversos países, previstos en el art. 13 de la Directiva europea sobre igualdad racial. Este parte esta escrita antes de que se creara el Consejo español para la Promoción de la Igualdad de Trato y no discriminación de la personas por origen racial o étnico, cuyo Presidente en la actualidad es precisamente el Profesor Rey Martínez. Es especialmente interesante como se aborda la cuestión de la discriminación múltiple y las referencias a la historia de la utilización del término. Mientras en Norteamérica es más frecuente hablar de interseccionalidad, en el contexto europeo se ha consolidado el uso del término discriminación múltiple. En el análisis del autor esta noción es un concepto emergente, sencillo de intuir, pero de contornos imprecisos. Para clarificar la cuestión, se propone diferenciar entre la discriminación múltiple, discriminación compuesta y la discriminación interseccional. Un ejemplo de no utilización de la discriminación múltiple es la Sentencia 69/2007 de 16 de abril sobre pensión de viudedad a mujer casada conforme a la costumbre gitana. El Profesor Rey Martínez aboga por una interpretación no tan formalista como la que realizó el Tribunal para denegar la pensión en este caso, basándose en la noción de discriminación múltiple (etnia, género).

En el siguiente apartado se analizan los hitos jurisprudenciales más relevantes sobre igualdad y no discriminación por motivos de género a nivel del Tribunal Constitucional español, especialmente sobre condiciones de trabajo, permisos parentales, acoso sexual, discriminaciones directas, discriminaciones indirectas y acciones positivas. El autor muestra la disconformidad con la STC 126/1997 de 3 de julio que niega que haya discriminación directa por preferencia de varón sobre la mujer en orden regular de las transmisiones hereditarias de los títulos nobiliarios.

En el epígrafe “Diferente sanción penal de conductas semejantes e igualdad constitucional”, Rey Martínez analiza la polémica de la Ley de Violencia de Género que prevé diferente sanción penal según si la acción la ha cometido un hombre o una mujer. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la STC 59/2008 sobre la mencionada ley. El autor considera que, en el contexto de una Ley de Violencia de Género, el Tribunal Constitucional sostiene que el sexo no constituye un factor determinante. Desde esta perspectiva, afirma que “al obrar así, la coherencia de la argumentación de la Sentencia se fractura inevitablemente porque una parte central de la misma se dirige, en dirección contraria, a convencer de la razonabilidad de que el legislador se enfrente a esta forma específica de violencia hacia las mujeres fundada en convicciones machistas, y, por tanto, a intentar encontrar cierto espacio al Derecho Penal de género” (p. 275). Así, la Sentencia ofrecería una argumentación sin coherencia interna.

En el apartado “La prostitución ante el Derecho: problemas y perspectivas”, Rey Martínez aborda esta compleja cuestión empezando con las normativas en diversas ciudades en España, el Derecho Internacional y de la Unión europea y el Derecho Penal español. También analiza el valor de la dignidad humana y sus implicaciones para este fenómeno. Se adentra en la perspectiva de la *prostitución como trabajo*, detallando una serie de argumentos a favor y también en la visión de la *prostitución como explotación*. De esta forma, Rey Martínez sostiene que “hasta el momento, el derecho de la prostitución se ha construido en nuestro país de modo incoherente (ahí están, por ejemplo, las divergentes líneas de la política estatal, que endurece las condiciones de ejercicio en locales públicos y de alguna política regional, que claramente las fomenta), fragmentario (por superposición de regulaciones más que por un planteamiento racional, global y previsor del fenómeno) y, desde luego, al margen de las personas que ejercen la prostitución. El camino para su empoderamiento real no pasa tanto, seguramente, por cubrir su déficit

de derechos laborales, como propugna el modelo de normalización, cuanto, entendemos, por corregir su déficit de ciudadanía” (p. 329).

En el epígrafe “Escenarios de conflicto de la discriminación racial examinados en la jurisprudencia”, se ofrece una completa panorámica de la jurisprudencia en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad y no discriminación por motivos de origen racial o étnico. Desde esta perspectiva, se analizan las siguientes situaciones: a) *Agresiones racistas por agentes de la autoridad* (Leading-case: Nachova y otros contra Bulgaria, de 6 de julio de 2005); b) *Agresiones racistas vecinales y deficiente tutela judicial posterior* (Moldovan y otros contra Rumanía, de 12 de julio de 2005 y Koky y otros contra Eslovaquia, de 12 de junio de 2012); c) *Expulsión de caravanas* (Sentencias Beard, Coster, Chapman, Jane Smith y Lee contra el Reino Unido, todas ellas de 18 de enero de 2001); d) *Segregación escolar* (Sentencia D.H. y otros contra Chequia, de 13 de noviembre de 2007); f) *Discriminación en frontera* (Timishev contra Rusia, de 13 de diciembre de 2005); g) *Discriminación racial e imparcialidad judicial en juicio por jurados*. (Sander contra Reino Unido, de 9 de mayo de 2000); h) *Discurso racista y libertad de información* (Jersild contra Dinamarca, de 23 de septiembre de 1994); i) *Matrimonio gitano y derecho a la pensión de viudedad* (Muñoz Díaz contra España, de 9 de diciembre de 2009); j) *Origen étnico como causa de inelegibilidad electoral* (Sejdic y Finci contra Bosnia y Herzegovina, de 22 de diciembre de 2009); k) *Esterilización sin consentimiento informado* (V.C. contra Eslovaquia, de 8 de noviembre de 2011).

El siguiente apartado se titula “Igualdad y orientación sexual” donde se realiza, inicialmente, una contextualización histórica del tema, un análisis del texto constitucional y la normativa internacional, con especial relevancia al la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También se construye una reflexión acerca del caso de la Corte Suprema norteamericana *Lawrence v. Texas* contra las leyes anti sodomía, que revocaba el polémico precedente prohibicionista en el caso *Bowers v. Hardwick*. Respecto de la cuestión de la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, se aportan una serie de argumentos y referencias internacionales, pero no están actualizados por ser anteriores a la la STC 198/2012 que parece culminar el debate en España.

El siguiente capítulo aborda la cuestión de la propiedad privada. En este contexto, se presenta una tesis que compatibiliza el uso de la propiedad privada con la función social de la misma. De esta forma, Rey Martínez afirma que “sin propiedad privada no hay democracia. Sin una propiedad, por su-

puesto, comprendida desde la cláusula de la función social, pero no hasta el límite de desnaturalizar la utilidad o el interés estrictamente privado. El Estado democrático contemporáneo tiene en su mano, en cuanto garante de la igualdad social, un importante instrumental de medidas dirigidas a evitar que la propiedad de un país esté repartida en pocas manos” (p. 434). Desde esta perspectiva, se define una tensa, pero necesaria, relación entre propiedad privada, libertad, igualdad y democracia donde se debe lograr un “equilibrio razonable” en el que la utilidad privada, aunque reducida, atemperada o moderada, deba prevalecer. Rey Martínez sostiene que “en un Estado social y democrático de Derecho, la propiedad privada no debe verse con sospecha, sino como el fundamento constitucional último de todos los derechos patrimoniales y sociales de todas las personas. El “terrible derecho” debe verse, con naturalidad, como un derecho fundamental más, tan relevante, tan limitable y tan garantizable como cualquier otro” (p. 435).

El siguiente capítulo se titula “La protección jurídica de la vida”. En primer lugar se analizan una serie de casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la aplicación del art. 2 del Convenio de Roma. Es especialmente interesante el apartado dedicado a las sentencias sobre muertes ocasionadas por agentes del Estado donde el Tribunal, en muchas ocasiones, cumple una función garantista. Finalmente se abordan Sentencias sobre dos temas moralmente controvertidos, como eutanasia y aborto. Se analiza, en extenso, el caso A B C contra Irlanda donde se dan diversos argumentos en la línea de poder hacer compatible el Convenio Europeo y una legislación restrictiva en materia de aborto. Es relevante el estudio de la Sentencia del TEDH sobre si los sistemas penales o penitenciarios estatales protegen suficientemente la vida o reparan adecuadamente su pérdida. Finalmente Rey Martínez considera que la jurisprudencia del TEDH ha sido particularmente garantista con respecto a la tutela jurídica de la vida, pero señala tres problemas que, a su juicio, residen en esta jurisprudencia: a) Que el Tribunal se convierta en juez de los hechos, al modo de una tercera o cuarta instancia; b) que, al conectar la protección de la vida, en el marco conceptual de la noción de “riesgo”, con la tutela de otros bienes (salud, medio ambiente, seguridad), se abra todavía más las (ya de por sí amplias) posibilidades de enjuiciamiento del Tribunal y la permanente tentación de hacer justicia en el caso concreto; c) que el Tribunal se convierta en “juez de la convencionalidad” con capacidad para enjuiciar la compatibilidad de la Convención de Roma, prácticamente en abstracto, además y con una débil conexión al caso planteado,

de ramas enteras del ordenamiento jurídico interno (derecho procesal penal, penitenciario, sanitario, riesgos laborales, etc.) (p. 488-489).

En otro epígrafe de este capítulo se aborda el tema de “¿Qué significa en el ordenamiento español el derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte?” donde se analizan y debaten diversas regulaciones autonómicas y un proyecto de ley estatal sobre derechos de las personas en el proceso final de la vida. Aquí se inciden especialmente en cuestiones terminológicas y en lo desafortunado, a juicio del autor, de la expresión “morir con dignidad” que debería ser evitada en textos legales.

El último capítulo del libro está dedicado a la laicidad. En primer lugar, se analiza el modelo francés de laicidad con referencia a la polémica del velo islámico en la escuela pública. Se debaten las conclusiones del Informe Stasi donde se concluye que “la ideología de la neutralidad ideológica no es ideológicamente neutral. Laicidad es identidad nacional. Es identificación con la tradición histórica de la Francia republicana.” Se ofrecen la serie de resoluciones del Consejo de Estado y diversas regulaciones que originó el *affair du foulard* en Francia. El modelo francés es una excepción y, por ejemplo, en Estados Unidos las diversas regulaciones y casos jurisprudenciales van en otro sentido. El principio general es el libre ejercicio de la religión, también en los espacios públicos.

Para diferenciar el modelo francés y norteamericano de laicidad, Rey Martínez propone la siguiente imagen: “en Estados Unidos hay tanta sociedad (con sus grupos religiosos) como sea posible y tanto estado (con sus prohibiciones y limitaciones a la libertad religiosa) sólo como sea estrictamente necesario, mientras que en Francia hay tanto Estado (*sub specie* de laicidad) como sea posible y únicamente tanta libertad religiosa como sea indispensable (eso sí sólo en el ámbito de la sociedad, pero no en el del Estado)” (pp. 551-552). El autor aborda la cuestión de si estos modelos, en especial el francés, debe trasladarse a la realidad española y después de abordar la relevancia constitucional del caso, considera que el elemento relevante es el juicio de proporcionalidad de la medida y las dudas que despierta el fin perseguido con la prohibición del *hijab*.

Finalmente se analiza el tema de la presencia de crucifijos en la escuela pública que se ha convertido en una cuestión polémica. El autor parte de caracterizar el modelo fuerte y el modelo débil de laicidad. Considerando que está España en el segundo modelo, según el autor, ya que es un país laico, pero no laicista, como el francés. En este contexto se estudia la Sentencia

del TEDH *Lautsi y otros contra Italia* de 18 de marzo de 2011, que finalmente decide en el sentido de que la presencia de crucifijos no lesiona el Convenio de Roma. A favor de esta tesis Rey Martínez presenta cuatro visiones: a) argumento de la tradición; b) argumento de la irrelevancia; c) argumento de la antirreligiosidad; d) argumento democrático.

Este autor considera que el argumento más fuerte es el de la tradición, sin embargo, su posición es clara cuando afirma “la presencia del crucifijo en escuelas y sedes judiciales es un resto fósil de regímenes fuertemente confesionales y sociedades homogéneas” (p. 604). Todo es un conjunto de reflexiones sobre la diversidad en España, que en ocasiones son polémicas, como qué escrutinio de justificación más estricto ha de someterse el trato más favorable a determinada confesión religiosa. Esto lleva a concluir a Rey Martínez con estas palabras: “es verdad que España es un país de laicidad débil, incluso de *laicidad difícil*, pero es muy fina la línea que le puede llegar a convertir en un Estado de laicidad fallida” (p. 604)

He encontrado particularmente interesante la lectura de este libro. Se podría resaltar que aborda temas complejos, e incluso polémicos, de forma documentada donde el autor nos ofrece sus interesantes puntos de vista. El enfoque es mayoritariamente jurídico, con el análisis de normativa y comentarios de casos, sin embargo la reflexión sobre valores, historia, filosofía, sociología, etc. está presente en toda la obra. Si el objetivo –declarado en el prólogo– era proveer más preguntas que respuestas, lo ha conseguido. No sólo eso, sino también se podría garantizar que nuestras preguntas –y respuestas–, después del leer el libro, irán en mejor dirección.

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: oscar.perez@uc3m.es

Rafael ESCUDERO ALDAY y Carmen PÉREZ GONZÁLEZ (eds.)
Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo,
Trotta, Madrid, 2013, 163 pp.

PIETRO SFERRAZZA TAIBI*
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras claves: justicia transicional, desaparición forzada, memoria histórica, reparación, derecho a la verdad
Keywords: transitional justice, enforced disappearance, historical memory, reparation, right to truth

La situación de las víctimas de los crímenes cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo parece haber alcanzado un punto de no retorno. Por un lado, la sentencia del Tribunal Supremo que absolvió al juez Baltasar Garzón del delito de prevaricación ha cerrado la vía judicial penal para la búsqueda de la justicia, al menos por el momento¹. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, ha declarado inadmisibles las demandas relacionadas con estos crímenes, adoptando la cómoda estrategia de fundamentar sus decisiones en cuestiones formales y evitando un pronunciamiento sobre el

* El autor quiere agradecer especialmente a Salvador Cuenca Curbelo y Carlos Dorn Garrido por haber revisado las versiones preliminares de esta recensión.

¹ Tribunal Supremo, sentencia 101/2012, 27 de febrero de 2012. Todo parece indicar que esta sentencia, junto al auto del mismo Tribunal de marzo de 2012, sobre la cuestión de competencia planteada por los Juzgados de Instrucción nº 3 de Granada y nº 2 de San Lorenzo del Escorial, suponen el cierre de la vía penal para perseguir los crímenes de la Guerra Civil y del franquismo. En efecto, tras la dictación de estas resoluciones, los juzgados que mantenían diligencias abiertas han procedido a decretar el archivo. La misma suerte le ha tocado a unas pocas denuncias que han sido presentadas con posterioridad a estas dos sentencias. Vid. J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España*. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional, Universidad de Deusto, Bilbao, 2012, pp. 97-98 y 129-130.

fondo². Además, la denominada Ley de Memoria Histórica viene demostrando su ineficacia e incapacidad para satisfacer las pretensiones de las víctimas. Por ejemplo, tanto la reconstrucción de la verdad, como la búsqueda e identificación de los restos de los desaparecidos, han sido privatizadas por las disposiciones de esta ley pese a ser problemáticas con un marcado carácter público³. Finalmente, tomando la crisis económica como pretexto, el Ejecutivo español ha eliminado las partidas presupuestarias relacionadas con la memoria histórica y ha suprimido la Oficina de Víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura⁴.

Sin embargo, algunos acontecimientos recientes han permitido mantener viva la esperanza de las víctimas. Por un lado, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de Naciones Unidas ha realizado una visita a España durante el mes de septiembre del 2013 y está próximo a la emisión de un informe que, con mucha probabilidad, reprenderá al Estado español por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales⁵. Por otro lado, algunas víctimas han logrado que se admitiera a trámite una querrela en Argentina por los crímenes del franquismo, en aplicación del principio de justicia universal, querrela cuyos desarrollos son imprevisibles a la par que esperanzadores⁶.

Éste es *grosso modo* el contexto en que se inserta la publicación del libro objeto de recensión, una obra colectiva editada por Rafael Escudero Alday y Carmen Pérez González, dos autores que en su quehacer académico se han dedicado apasionadamente a la reflexión sobre los problemas de la transición

² Cfr. los siguientes casos del TEDH: *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz vs. España*, demanda n.º. 30141/09, 27 de marzo de 2012; *Canales Bermejo vs. España*, demanda n.º. 56264/12, 8 de noviembre de 2012.

³ Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura, publicada en el BOE núm. 310, 27 de diciembre de 2007.

⁴ Ministerio de la Presidencia. Consejo de Ministros. Referencia 2 de marzo de 2012 [En línea]. *Gobierno de España*. Disponible en <http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2012/refc20120302.htm>. [Consulta: 11 de enero de 2014], p. 31.

⁵ Las Observaciones Preliminares emitidas a propósito de la visita pueden consultarse en la página web de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, disponible en <<http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=S>>. [Consulta: 11 de enero de 2014].

⁶ Para consultar los avances de este proceso, vid. la página web de la Coordinadora Estatal de Apoyo a la Querrela Argentina contra crímenes del franquismo (CEAQUA), disponible en <www.ceaqua.org> [Consulta: 10 de enero de 2014].

española. Se trata de un libro de actualidad, que viene a engrosar la bibliografía existente sobre la justicia transicional en España, aportando una mirada crítica e interdisciplinaria sobre sus distintas y problemáticas facetas.

El primer artículo del libro es un clarificador ensayo de MÉNDEZ, uno de los autores más destacados entre quienes se dedican a debatir los problemas de la justicia transicional. En poco menos de veinte páginas, el actual Relator Especial contra la Tortura de Naciones Unidas resume magistralmente los fundamentos de la justicia de transición. El artículo comienza por aclarar que la conceptualización de la justicia transicional puede ser abordada desde una doble perspectiva, como un conjunto de *“prácticas sociales y políticas para enfrentar –desde la sociedad y también desde el Estado– legados de violaciones masivas o sistemáticas de los derechos humanos, en momentos de transición de la dictadura a la democracia o del conflicto a la paz”* y como *“un conjunto de normas emergentes en el Derecho internacional –resultado de las anteriores prácticas– que imponen a los Estados y a la comunidad internacional ciertas obligaciones afirmativas en presencia de esos legados de violaciones masivas o sistemáticas”* (p. 13). Habrá que tener cuidado, advierte el autor, con lo equívoco de la expresión “justicia transicional”, porque *“no se trata de una justicia light”* (p. 14), en cuanto el contenido de la justicia como valor perseguido por el Derecho no es distinto por la especialidad del contexto transicional.

Tras estas primeras y fundamentales aclaraciones conceptuales, el autor subraya que la justicia transicional se asienta sobre tres pilares fundamentales, que a su vez se constituyen como las tres principales obligaciones internacionales a cargo del Estado en este tipo de contextos: la justicia, la verdad y la reparación⁷. Se trata de obligaciones cuyo fundamento normativo arranca de la tipificación de los crímenes de Derecho internacional, específicamente, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el genocidio. Sin embargo, estas obligaciones se justifican también en un fundamento ético-moral y en un fundamento político. Según el primero de ellos, la sociedad tiene un deber de reconocimiento hacia las víctimas y un deber de repararlas integralmente, porque integran un grupo particularmente vulnerable que no recibió un trato igualitario durante la época autoritaria o de conflicto⁸. Según

⁷ Tres obligaciones que se consideran indisociables e interdependientes. Vid. F. GÓMEZ ISA, “Justicia, verdad y reparación en el proceso de desmovilización paramilitar en Colombia”, en VV.AA., *Colombia en su laberinto. Una mirada al Conflicto*, dirección de F. Gómez Isa, Catarrata, Madrid, 2008, p. 95.

⁸ Sobre el reconocimiento de las víctimas, vid. P. DE GREIFF. “Justice and Reparation”, en VV.AA., *The Handbook of Reparations*, edición de P. de Greiff, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 460-461.

el fundamento político, además, la reconstrucción del Estado de Derecho y la democracia dependerá del cumplimiento de dichas obligaciones⁹. De lo que se trata es de recuperar la democracia, sobre todo en su aspecto sustancial, pretensión que no debe confundirse con el argumento de la “estabilidad democrática” esgrimido por aquellos que abogan por una paz sin derechos, justificando la amnesia y la impunidad. En efecto, en ningún caso se puede obligar a las víctimas a pagar el precio de esa estabilidad ficticia con el sacrificio de sus derechos, teniéndose en cuenta también que la estabilidad es una cuestión que dependerá de una pluralidad de factores.

Sobre la base de estas reflexiones, el autor termina por criticar el modelo transicional español, porque “*en todas las transiciones ha habido por lo menos un reconocimiento de que algo se les debe a las víctimas*” (p. 23). Tanto es así, que ni siquiera una decisión soberana de la mayoría puede justificar el olvido o la impunidad, ya que los derechos humanos poseen un carácter esencialmente contra-mayoritario y porque las decisiones transicionales no son verdaderamente democráticas sin la activa participación de las víctimas¹⁰.

Tras esta estupenda introducción conceptual que sirve de perfecta antesala al resto de los debates de que se hace cargo la obra colectiva recensioada, el historiador ESPINOSA MAESTRE enfrenta un análisis histórico de los factores que han determinado la inacción de la justicia española sobre los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo, identificando tres causas centrales. La primera de ellas consistió en la “ocultación de la matanza”, esto es, la imposición por parte de la dictadura de una política intencional dirigida

⁹ Sobre la incidencia de las medidas transicionales en la consolidación de la democracia, cfr. A. BOIS-PEDAIN. “Post-Conflict Accountability and the Demands of Justice: Can Conditional Amnesties take the Place of Criminal Prosecutions?”, en VV.AA., *Critical Perspectives in Transitional Justice*, edición de N. Palmer et al., Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 459-460; R. UPRIMNY YEPES. “Introducción”, en VV.AA., *¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación para Colombia*, dirección de R. Uprimny Yepes, Dejusticia, Bogotá, 2006, p. 20.

¹⁰ Esta misma idea se defiende a propósito de las amnistías en P. SFERRAZZA TAIBI, “¿Amnistías democráticas? El caso *Gelman vs. Uruguay* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un caso práctico para una reflexión teórica”, en VV.AA., *Actas V Jornadas de Estudios de Seguridad*, edición de M. Requena, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Investigación sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa, Madrid, 2013, p. 344. Sobre la importancia de la participación de las víctimas en la adopción de medidas transicionales vid. F. GÓMEZ ISA, “Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales: el caso de Colombia”, en VV.AA., *Transiciones en contienda: disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada*, edición de Michael Reed y María Cristina Rivero, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Bogotá, 2010, pp. 193-194.

a obstaculizar e impedir el registro de las defunciones de los desaparecidos. Se trata de un fenómeno sumamente complejo sobre cuya base es posible diferenciar diferentes categorías de víctimas, desde los desaparecidos que no fueron registrados en la documentación pública, a los desaparecidos que pudieron ser inscritos gracias a las necesidades jurídicas de sus familiares. El segundo factor fue la ocultación y destrucción de las pruebas de las desapariciones, ya que se desconoce casi por completo el destino del grueso de los registros públicos que documentan lo ocurrido con las víctimas, problema que no ha sido enfrentado por falta de voluntad política por parte del Gobierno de turno y que tampoco ha sido tratado con propiedad por la Ley de Memoria Histórica. El tercer factor estribó en el uso de la propaganda franquista y la ausencia de políticas de la memoria durante las primeras fases de la democracia, ausencia derivada del pacto de silencio con el que se forjó la transición española, pacto que las élites políticas de nuestro presente no están dispuestas a destramar.

El autor concluye su aportación con una crítica dura y justificada contra quienes han llegado al absurdo de negar que en España hubiera desaparición forzada. Por todos, el historiador Santos Juliá ha defendido esta tesis argumentando que la mayoría de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo correspondían a personas ejecutadas por orden de las sentencias de los Consejos de Guerra¹¹. Sin embargo, Espinosa Maestre, con cifras documentadas en mano, se encarga de desmentir tales disparates y de reafirmar que los desaparecidos fueron personas a quien se privó de libertad y asesinó ilegalmente, ocultándose con posterioridad toda información sobre su suerte y paradero, cumpliéndose a cabalidad los elementos conceptuales de la desaparición forzada¹².

¹¹ S. JULIÁ, "Por la autonomía de la historia", *Claves de la Razón Práctica*, núm. 207, noviembre 2010, p. 13.

¹² Entre otros instrumentos internacionales, la desaparición forzada viene definida en la *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. A/RES/61/177, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de diciembre del 2006 y entrada en vigor el 23 de diciembre del 2010, UNTS, vol. 2175, artículo 2: "A los efectos de la presente Convención, se entenderá por "desaparición forzada" el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley". El instrumento de ratificación en España ha sido publicado en el BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2011. Sobre el concepto de desaparición forzada, cfr., entre otros, L. OTT, *Enforced Disappearances in International Law*, Intersentia,

A continuación, el artículo de la profesora Pérez González ofrece un estudio sobre el derecho a la verdad, identificando su marco normativo, dando cuenta de su doble dimensión individual y colectiva, explicando su naturaleza jurídica, adentrándose en la intrincada cuestión de desglosar su contenido, aclarando que sus titulares son las víctimas en un sentido amplio y que el sujeto obligado es insoslayablemente el Estado. Este artículo también merece ser destacado por diagnosticar críticamente el incumplimiento de este derecho en el contexto transicional español, consecuencia no sólo de la ausencia de voluntad política, sino también del cierre de las vías judiciales para su satisfacción tras el pronunciamiento del Tribunal Supremo en el caso Garzón, todo lo anterior en plena contradicción con el Derecho internacional vigente.

PÉREZ GONZÁLEZ nos recuerda además que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas han recomendado a España la creación de una comisión de la verdad¹³. La profesora de la Universidad Carlos III de Madrid comparte plenamente esta propuesta como una vía de solución al problema de la verdad, pero advirtiendo que actualmente la implementación de iniciativas de esta índole sólo podría ser posible gracias al impulso de la sociedad civil, dada la ausencia de voluntad de la clase política.

La denegación de justicia a las víctimas viene abordada por SÁEZ en un análisis esencialmente jurídico. En los contextos transicionales los jueces tienen el deber, no sólo jurídico sino también moral, de impulsar la búsqueda de justicia, verdad y reparación, porque integran ese poder del Estado que detenta el ejercicio de la fuerza institucionalizada capaz de perseguir a los perpetradores, reconstruir la verdad en el marco de los procesos y dictaminar medidas de reparación.

El autor atribuye la inacción de la judicatura española a las demandas planteadas por las víctimas a dos motivos. Primero, a la implicación direc-

Cambridge/Antwerp/Portland, 2011, pp. 15-33; T. SCOVAZZI y G. CITRONI, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nation Convention*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2007, pp. 267-285; M. L. VERMEULEN, *Enforced Disappearances. Determining State Responsibility under the Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland, 2012, pp. 53-58.

¹³ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Recomendación 1736 (2006), *Need for International Condemnation of the Franco Regime*, 17 de marzo de 2006, párr. 8.2.1; Comité de Derechos Humanos. *Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 40 del Pacto*. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. España. CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009, párr. 9.

ta de la judicatura en la actividad represiva franquista, actividad de la cual quedan algunos resabios ideológicos en las actuaciones de los tribunales españoles del presente. Y segundo, al hecho de que en la cultura jurídica de los jueces españoles no se haya arraigado con suficiente fuerza la idea de que el Derecho internacional de los derechos humanos forma parte del ordenamiento jurídico nacional.

Las consecuencias de la denegación de justicia no sólo son negativas para los derechos de las víctimas, sino que contaminan también la institucionalidad española en su conjunto, ya que “*el fascismo, a diferencia de Europa, no fue derrotado en España, [...] [I]a democracia se construyó de espaldas al pasado y a las luchas por la libertad, con rechazo de la simbología de la resistencia a la dictadura, [...] [e]l paso al Estado de Derecho se realizó por pactos y acuerdos entre la oposición democrática, débil y desunida y quienes detentaban el poder en la dictadura. [...] [L]a memoria de los derrotados y de quienes resistieron al totalitarismo es el modelo de una memoria reprimida, una memoria latente, que emerge desde los márgenes, ganando espacios en la esfera pública y reclamando justicia ante el olvido (una especie de retorno de lo reprimido)*” (pp. 92-93).

Ahora bien, si la vía penal parece haberse cerrado, ¿existen otros mecanismos judiciales para obtener el cumplimiento de los derechos de las víctimas? La contribución de Alija y Calvet intenta contestar a esta pregunta explorando las potencialidades de la vía contencioso-administrativa. Este estudio asume como punto de partida que la sentencia del Tribunal Supremo no sólo ha cerrado la vía penal para la persecución de los perpetradores, sino que también lo ha hecho para la satisfacción del derecho a la verdad y el derecho a la búsqueda, identificación y entrega de los restos de los desaparecidos a sus familiares. Sin embargo, estos últimos dos derechos están consagrados en el artículo 24 de la *Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, tratado que ha sido ratificado por España, pasando a formar parte de su ordenamiento jurídico. Las autoras consideran que esa disposición es autoejecutable (*self-executing*) y que las obligaciones allí prescritas pueden exigirse directamente a la Administración¹⁴. Por lo tan-

¹⁴ El artículo 24 de la *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, cit., dispone: “1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por “víctima” la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada. 2. Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto. 3. Cada Estado Parte adoptará todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las

to, si ésta se negare a la satisfacción de tales derechos, las autoras plantean la procedencia de un abanico de mecanismos contencioso-administrativos, tales como el recurso por inactividad administrativa¹⁵, el recurso de amparo ordinario por la lesión del derecho a la integridad moral de las víctimas¹⁶ y el régimen de responsabilidad patrimonial por anormal funcionamiento de administración¹⁷. Se trata de una propuesta inteligente e innovadora, que las víctimas podrían ensayar para intentar obtener la reconstrucción de la verdad y la recuperación de los restos de sus familiares.

No obstante, aunque fuera cierta la afirmación de las autoras según la cual *“el objetivo de los familiares de desaparecidos no parece ser tanto que se depure la responsabilidad penal de los presuntos autores de las desapariciones como recuperar los restos de sus seres queridos y conocer las circunstancias de su desaparición”* (p.104), es equívoco asumirla como premisa o postulado metodológico ante la inexistencia de estudios estadísticos que den cuenta de las pretensiones reales de las víctimas.

Ahora bien, pese al estancamiento judicial en España, las demandas de las víctimas han sido objeto de atención por parte de la justicia argentina tras la admisión a trámite de una querrela presentada por algunas víctimas, cuestión cuyo análisis viene abordado por la a contribución de Messuti. Se trata de un hito muy importante no sólo por su actualidad, sino sobre todo porque representa una esperanza de justicia. Este artículo es muy ilustrativo para comprender los principales argumentos jurídicos de la querrela y los pasos procesales que se han cumplido hasta abril del año 2012.

La tramitación de la querrela ha sido posible gracias a la aplicación del principio de justicia universal regulado en el ordenamiento jurídico argentino. Además de esta razón estrictamente jurídica, Messuti agrega otros factores que han propiciado la tramitación de la querrela en un país como Argentina, argumentando que este proceso *“podría haberse abierto, y aún podría abrirse, en cualquier país del mundo”*, aunque *“no es extraño que en un país en el que se están llevando a cabo cientos de juicios, en los que hay más de doscientos condenados por*

personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos”.

¹⁵ Regulado en el art. 29.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, publicada en el BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998.

¹⁶ Íd., Título V, Capítulo I.

¹⁷ Regulado en el Título X, Capítulo I de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, publicada en el BOE núm. 285, de 27/11/1992.

dichos crímenes, las puertas de la justicia se abran cuando acuden a ella víctimas de ese mismo tipo de crímenes, aunque sean nacionales de otro país". Argentina, por tanto, no está devolviendo favores a España, sino que "ocupándose de esta causa, no hace más que cumplir sus obligaciones internacionales" (p. 139).

El libro colectivo objeto de recensión concluye con un comprometido y militante artículo de Escudero Alday sobre el significado de las desapariciones forzadas en el marco de la transición española. Según la tesis central y rupturista que el autor pretende defender, la aceptación de la desaparición como categoría jurídica y como fenómeno histórico es absolutamente contraria a las bases ideológicas que fraguaron la transición. El diseño institucional pensado para la democracia que se erigió sobre la base de la Constitución de 1978 ha sido incapaz de enfrentar las reivindicaciones de las víctimas, tanto es así, que la desaparición forzada siquiera no ha sido introducida con ese nombre en ningún texto normativo relacionado con la transición.

Razonando sobre esta tesis cardinal, el autor analiza diversos aspectos del tratamiento de las desapariciones forzadas en el marco transicional español, todos ellos identificables como estrategias para su exclusión. Así, la desaparición ha sido excluida del debate político, ámbito en el que reina la teoría de la equidistancia que defiende malamente la idea de que ambos "bandos" cometieron barbaridades durante la Guerra Civil y que pretende justificar con ese argumento la amnesia, la impunidad y la abulia de la institucionalidad en el contexto transicional español. Lo anterior ha generado también una exclusión de la desaparición en sede legislativa, en cuanto no ha sido objeto de referencia alguna en las diversas leyes sobre reparaciones, ni siquiera en la Ley de Memoria Histórica. Como si eso fuera poco, los intentos de abatir los efectos jurídicos de la Ley de Amnistía han fracasado rotundamente en el Parlamento¹⁸. El Poder judicial, por su parte, también ha participado de la estrategia de exclusión, ya que con el pronunciamiento del Tribunal Supremo del caso Garzón, como se ha dicho en reiteradas ocasiones en esta recensión, ha dado un golpe sobre la mesa denegando a las víctimas el acceso a la justicia. Finalmente, en lo que se refiere a la reparación, la construcción de la verdad y la recuperación e identificación de los restos de los desaparecidos, la Ley de Memoria Histórica ha institucionalizado una política de privatización del relato y de la actividad de identificación de las víctimas. Sin embargo y a pesar de este diagnóstico poco prometedor, el autor deposita su confianza

¹⁸ Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, publicada en BOE núm. 248, de 17 de octubre de 1977.

en el auge del movimiento social que aglutina a las víctimas y que está intentando pujar en sedes nacionales e internacionales para la satisfacción de sus derechos.

Habiendo expuesto las líneas discursivas esenciales de todas las contribuciones que integran la obra colectiva objeto de esta recensión, son pertinentes algunas observaciones conclusivas sobre los principales méritos de este libro. En primer lugar, debe destacarse su mirada omnicomprendensiva e interdisciplinaria, porque el análisis de los crímenes de la Guerra Civil y del franquismo viene tratado desde una pluralidad de perspectivas distintas pero a la vez relacionadas e interdependientes, otorgando al lector la posibilidad de proyectar una mirada panorámica hacia el modelo transicional español.

En segundo lugar, debe destacarse el espíritu crítico con el que se abordan las reflexiones sobre este modelo, dando cuenta de sus graves carencias en el cumplimiento de las obligaciones de justicia, verdad y reparación. Sin embargo y a pesar de un pronóstico desalentador para la satisfacción de los derechos de las víctimas, el libro recensionado no deja de proponer estrategias y alternativas constructivas para luchar contra el olvido y la impunidad, estrategias que deben servir para inspirar el quehacer de las asociaciones de víctimas y del movimiento social. No debe olvidarse que la senda de las transiciones suele ser cíclica y tal como demuestran las experiencias transicionales de otros países, cuando todo parece perdido suelen ocurrir algunos acontecimientos desencadenantes que impulsan el ímpetu de una justicia cuya irrupción nadie preveía.

Son éstos los méritos que hacen de este libro una obra necesaria para comprender el estado actual de la justicia de transición en España y para repensar qué caminos deben ser andados y desandados para alcanzar la satisfacción de los derechos de las víctimas.

PIETRO SFERRAZZA TAIBI
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: pietrosferrazza@yahoo.es

Oscar PÉREZ de la FUENTE (ed.),
Una discusión sobre inmigración y proyecto intercultural,
Dykinson, Madrid, 2013, 314 pp.

ANDRÉS MURCIA GONZÁLEZ
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: multiculturalismo, igualdad de oportunidades, igualdad de género, minorías nacionales, derechos de los pueblos indígenas.
Keywords: multiculturalism, equal opportunities, gender equality, national minorities, rights of indigenous peoples.

Una discusión sobre inmigración y proyecto intercultural es un trabajo resultado de las actividades que durante los últimos once años ha venido realizando el Taller de Pluralismo Cultural, Minorías y Cooperación Solidaria, bajo la dirección de los profesores Oscar Pérez de la Fuente y Daniel Oliva Martínez, en el Instituto Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid.

El libro recoge distintos artículos relacionados con la inmigración, el principio de igualdad constitucional, la igualdad de género, el multiculturalismo, las minorías nacionales y los derechos de los pueblos indígenas suscritos por una serie de especialistas de reconocido prestigio en cada una de estas temáticas.

En “Sobre inmigración y proyecto intercultural” el profesor Oscar Pérez de la Fuente, a partir de la denuncia de la crisis de los tradicionales modelos de gestión de la inmigración, el asimilacionista, el diferencialista y el modelo multicultural¹; nos propone abrir un espacio para la crítica y reflexión que nos permita plantearnos cuál debe ser el sistema de integración de los inmigrantes en una sociedad democrática y qué modelo refleja lo que pasa en España. Para asumir esta tarea se requiere, en palabras del autor, “vocablos morales, valores

¹ Para un análisis detallado de las ventajas e inconvenientes, desde una perspectiva ética y práctica, de los distintos modelos de gestión de la diversidad cultural, vid. B. PAREKH, *Repensando el multiculturalismo*, Istmo, Madrid, 2005, pp. 299-302.

y conceptualizaciones que hagan del pluralismo un valor positivo, pero sin renunciar a otros valores importantes de la convivencia" (p. 11).

Partiendo de una concepción de la diversidad no como "problema" sino como un "motivo" para construir una democracia más inclusiva, al margen de la discusión exclusivamente académica, nos invita a adoptar los contenidos axiológicos del interculturalismo como una síntesis superadora de los defectos y excesos de las políticas tradicionales de gestión de las diferencias culturales.

Esta línea de argumentación se profundiza en el artículo "Bases y Fundamentos del modelo intercultural para la gestión de la diversidad" del Profesor Daniel Oliva Martínez.

El análisis que se lleva a cabo, parte de la idea central de que el hombre, si bien cuenta con una serie de condicionantes de tipo biológico, es ante todo un ser que se desarrolla moralmente y logra hacer frente a las dificultades de la vida con el apoyo de su cultura particular².

El valor de la cultura para los hombres no implica la negación de la autonomía individual, "el ser humano a través de la cultura y los procesos de socialización que aquella conlleva, se sitúa en la posibilidad de la diferencia, de la distinción, en definitiva, ante las puertas de la creatividad y ante la opción de un desarrollo individualizado, propio, particular e intransferible" (p. 249)³.

La afirmación, desde una perspectiva descriptiva, acerca de la existencia evidente de una sociedad multicultural, lleva al autor, en un plano normativo, a destacar la relevancia moral de una diversidad cultural que no puede ser adecuadamente gestionada desde parámetros excluyentes, asimilacionista-integradores o multiculturalistas.

² Esta idea tendría que completarse con las aportaciones de Piaget y, especialmente, de Kohlberg que sostienen que las etapas del desarrollo moral son universales y lo que varía, según una cultura específica, son los contenidos que damos a las reglas que todos aprendemos a través de un único proceso. Cfr. J. PIAGET, *Le Jugement moral chez l'enfant*, Presses Universitaires de France, Paris, 1957, pp. 259-260. L. KOHLBERG, "Moral stages and moralization: The cognitive-developmental approach", en T. LICKONA (ed.), *Moral Development and Behavior. Theory, Research and Social Issues*, Holt, Rinehart & Winston, New York, 1976, pp. 170-205. E. TURIEL, *El desarrollo del conocimiento social. Moralidad y convención*, Debate, Madrid, 1983.

³ Idea coincidente con el concepto de *autenticidad* desarrollado por C. Taylor en sus principales trabajos. La *autenticidad* alude a la necesidad de autorrealización del ser humano, pero no a una autorrealización desvinculada o atomista sino que, por el contrario, tome en consideración las exigencias y lazos con los demás y los "horizontes de significado". Horizontes que actuarían como marcos de referencia que, en definitiva, nos permiten calificar nuestras acciones como ajustadas o contradictorias con la "idea del bien" que corresponda. C. TAYLOR, *La Ética de la autenticidad*, Paidós, Barcelona, 1994, pp. 61-76.

La interculturalidad que va más allá de la implementación de políticas públicas, supone un proyecto ético que ha de convertirse en eje vector de las relaciones internacionales y un valor inherente al Derecho de toda sociedad democrática. Este modelo se basa en los siguientes principios: (i) la diversidad cultural como elemento positivo de nuestras sociedades y la igual dignidad y valor de cada cultura; (ii) el derecho de todo ser humano a ver preservada su cultura; (iii) la concepción dinámica de las culturas; (iv) la oposición frontal al etnocentrismo; (v) la oposición a los enfoques asimilacionistas y la apuesta por la ética del reconocimiento; y, finalmente, (vi) el diálogo, la cooperación intercultural y la lucha contra las injusticias sociales.

El interculturalismo se mostraría respetuoso de las distintas identidades culturales presentes en una sociedad pero, en todo caso, exigiría una interrelación e interacción entre las distintas comunidades para generar un acuerdo de mínimos en materia de valores públicos. Este acuerdo garantiza la unidad y la acción mancomunada entre individuos y grupos de distinta procedencia para alcanzar determinados objetivos en beneficio de la sociedad en su conjunto.

Sobre los fundamentos éticos que dotarían de eficacia al interculturalismo se ocupa el Profesor Oscar Pérez de la Fuente en "Inmigración y ética de la alteridad". En este trabajo se aborda la cuestión de la diversidad derivada de las migraciones desde las perspectivas utilitaristas y deontológicas⁴. Estas perspectivas resultarían insuficientes para dar una respuesta satisfactoria a la problemática planteada y, por ello, se opta por proponer una perspectiva desde la virtud cosmopolita que se sustentaría sobre: (i) La redefinición de los vínculos de solidaridad social y en (ii) la ética de la alteridad.

En relación con el primer aspecto, el autor se refiere, como punto de partida, al planteamiento de R. Rorty que vincula de manera intrínseca etnocentrismo y solidaridad, donde el comportamiento solidario se asocia a los límites de la comunidad, a ser *uno de nosotros*⁵.

⁴ Como reflejo de los planteamientos utilitaristas y deontológicos resulta interesante el debate actual sobre la eventual reforma migratoria en Estados Unidos en el que se argumenta específicamente sobre los beneficios económicos del trabajo desempeñado por extranjeros y los límites de la solidaridad. La discusión, desde una perspectiva conservadora vid., HERITAGE FOUNDATION, "Immigration Reform: A Step-by-Step Approach", *Backgrounder*, núm. 2819, June 24, 2013 y, desde una perspectiva liberal D. GRISWOLD, "Comprehensive Immigration Reform: What Congress and the President Need to Do to Make It Work", *Albany Government Law Review*, vol. 3, núm. 1, winter 2009.

⁵ Rorty afirma que: "aquello a lo que apunto con estos ejemplos es que nuestros sentimientos de solidaridad se fortalecen cuando se considera que aquel con el que expresamos ser

Para resolver esta cuestión se recogen las propuestas de Garzón Valdés que plantea la noción de “sacrificio trivial asociado a un altruismo mínimo” y Bayón quien propone la noción de “altruismo más que mínimo” asociado al principio de la diferencia rawlsiano.

El enfoque de la ética de la alteridad, vinculada a la virtud cosmopolita, busca, según el autor, “considerar como virtuosa la inclusión de la alteridad, frente al fundamentalismo y al relativismo y redefinir la solidaridad humana más allá del círculo del *nosotros*” (p. 129); concluyendo con una clarificadora cita de López Aranguren, para quien “la actitud ética es siempre personal e interpersonal: ve en cada hombre no un *alius*, otro cualquiera, sino un *alter ego*, otro yo, el otro, otro hombre igual que yo”⁶.

Con el importante bagaje teórico que aportan los artículos reseñados, en el libro también se recogen una serie de análisis más concretos que podemos valorar a partir de los principios de la relevancia moral de la identidad cultural, la inclusión como criterio de la legitimidad de una comunidad política, la solidaridad más allá de las fronteras y la ética de la alteridad.

En el artículo “Racismo e inmigración” del profesor Ubaldo Martínez Veiga se ofrece una descripción detallada del racismo moderno a partir de determinados postulados que comparte con el nativismo que se desarrolló a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX en Estados Unidos. En España, estos postulados se podrían identificar en algunas de las respuestas a la encuesta que el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) y el Observatorio Contra el Racismo y la Xenofobia (OBRAXE) publicaron en 2009⁷.

solidarios, es *uno de nosotros*, giro en el que *nosotros* significa algo más restringido y más local que la raza humana. Esa es la razón por la que decir *debido a que es un ser humano* constituye la explicación débil, poco convincente, de una acción generosa”. R. RORTY, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Paidós, Barcelona, 1996, p. 209.

⁶ J. LÓPEZ ARANGUREN, *Ética de la alteridad*, Cal y Canto, Madrid, 1959, p. 10.

⁷ El informe señala que la actual crisis económica ha elevado el rechazo de la población española hacia los inmigrantes, cuyo número considera “excesivo” (37% de los encuestados son reacios a la inmigración, 33% tolerantes y el 30% ambivalentes) y ha acrecentado su demanda de políticas migratorias más restrictivas (el 42% opina que las leyes de inmigración son “demasiado tolerantes”).

En esta misma encuesta se pregunta acerca de la valoración de la diversidad a la población española, y los resultados ponen de manifiesto que la diversidad de religión es la que recaba menor aprobación, se sitúa en el aprobado raso: 5,05. A ella le sigue la diversidad de razas: 5,87% y apenas distante la diversidad de países de origen, cuya media es muy similar: 5,94. La diversidad mejor valorada es la cultural, aunque la media no pase del aprobado: 6,12.

El racismo moderno tiene como una de las características básicas que lo definen el ser un racismo que se niega a sí mismo⁸. Con carácter adicional, busca alcanzar una pretendida legitimidad normativa a través del recurso a argumentos sobre los costes de la inmigración y manteniendo ocultos sus razonamientos de carácter racista e identitario⁹.

En el marco del racismo moderno se suele hacer referencia a los siguientes costes de la inmigración: (i) los inmigrantes quitan los trabajos de los nativos; (ii) los inmigrantes deterioran los servicios sociales o quitan los servicios de los nativos; (iii) los inmigrantes tienen demasiadas ayudas que son negadas a los ciudadanos; (iv) se da una invasión de inmigrantes que puede reducir el país a un país “del tercer mundo”; (v) se ataca la reproducción de los inmigrantes y por ello se trata de recortar y poner siempre cortapisas a todas aquellas medidas que apoyen la reunificación familiar u otras medidas parecidas; (vi) lo que empieza como un ataque a los inmigrantes sin papeles rápidamente se extiende a los inmigrantes regulares; (vii) la categoría de inmigración ha reemplazado frecuentemente la noción de raza¹⁰.

Todos estos argumentos o, si se prefiere, prejuicios parten de la idea de que los inmigrantes están ubicados en un grado diverso de humanidad¹¹. Esta diferencia justifica la premisa “primero los nativos y después los inmi-

M^a Á. CEA D'ANCONA y M. VALLES MARTÍNEZ, *Evolución del racismo y la xenofobia en España (Informe 2009)*, CIS y Observatorio Contra el Racismo y la Xenofobia (OBRAXE). Madrid, 2009.

⁸ “Las organizaciones racistas se suelen negar a que se las califique así, reivindicándose como un nacionalismo y proclamando la irreductibilidad de ambas nociones (...) los discursos de raza y de nación nunca se han alejado demasiado, aunque sólo fuera como negación (...) La propia oscilación del vocabulario nos sugiere que, al menos en un Estado nacional que ya no tiene que constituirse, la organización del nacionalismo en movimientos políticos particulares encubre inevitablemente el racismo”. E. BALIBAR, “Racismo y nacionalismo”, en I. WALLERSTEIN y E. BALIBAR, *Raza, nación y clase*, IEPALA, Madrid, 1991, p. 63.

⁹ L. BOSNIAK, “Nativism the Concept: Some Reflections” en J. PEREA (ed.), *Immigrants Out!: The New Nativism and the Anti-immigrant Impulse in the United States*, New York University Press, New York, 1997, pp. 287-288.

¹⁰ Vid. J. PEREA (ed.), *Immigrants Out!: The New Nativism and the Anti-immigrant Impulse in the United States*, New York University Press, New York, 1997.

¹¹ Esta idea se desarrolla por M. Nussbaum que propone el concepto de “repugnancia proyectiva” como estrategia para deshumanizar a los inmigrantes y otros grupos sociales minoritarios a los que se les atribuyen propiedades humano-animales, como la viscosidad o el mal olor, en exagerada medida aunque en realidad no las tengan más acusadas que cualquier otra persona. M. NUSSBAUM, *La nueva intolerancia religiosa. Cómo superar la política del miedo en una época de inseguridad*, Paidós, Barcelona, pp. 41-83.

grantes” que es considerada como algo que no se cuestiona en nuestra cultura política.

El autor, a partir de algunos datos estadísticos como el informe de la Organización Mundial de Médicos de Familia de 8 de octubre de 2010, afirma que en España los inmigrantes no quitan los trabajos de los nativos sino que traen consigo muchos más. También parece absolutamente fuera de la realidad el pensar que los inmigrantes reciben más ayuda que los nativos. Por último, parece claro que los inmigrantes ni quitan ni deterioran los servicios a los que tienen acceso los nativos.

Toni Morrison, en su ensayo *Playing in the Dark: Whiteness and the Literary Imagination* de 1993, destaca que muchas de las obras clásicas de la literatura americana, aunque no se refieran explícitamente a la raza, sin embargo, están profundamente estructuradas por problemas de desigualdad e identificación racial que adoptan la forma de “silencios” que debemos aprender a leer.

El profesor Martínez Veiga consciente de que alguien puede objetar que “leer los silencios” no es un método científico, nos invita, no obstante, a analizar la situación de la inmigración en España a partir de los contenidos implícitos en los discursos de los responsables políticos, los medios de comunicación y la ciudadanía en general, pues “el descubrimiento de cómo hay que leer estos silencios de la raza es fundamental para estudiar el racismo actual que, como se ha señalado con anterioridad, es un racismo que se niega a sí mismo” (p.58).

En “La inmigración en España: su evolución normativa desde una perspectiva sindical”, el abogado José Antonio Moreno Díaz considera que este es un proceso caracterizado sobre varios ejes (i) es un hecho nuevo en España; (ii) la intensidad del proceso migratorio español deriva no tanto del número de extranjeros en nuestro país como de la velocidad de llegada de los mismos; (iii) las instituciones en su gestión de la inmigración adolecen de previsión, no ha existido un parámetro político mínimo sobre el que asentar unas bases de lo que pudiera haber sido una política de inmigración; (iv) en la inmigración en España se aprecia un segmento relevante de irregularidad. Conviene vincular la irregularidad con su verdadero causante que es la posibilidad que se ofrece -de manera bastante generalizada- al extranjero en situación administrativa irregular para poder trabajar clandestinamente en el marco de la economía sumergida, ésta constituye el verdadero “efecto llamada”; (v) los extranjeros vienen a España a trabajar, esto es, en busca de unas mejores condiciones de vida a través de su inserción socio-laboral, por tanto,

la inmigración es una cuestión eminentemente laboral; (vi) la inmigración se haya claramente concentrada geográficamente en determinadas comunidades autónomas: Cataluña, Madrid, Comunidad Valenciana y Andalucía.

En el artículo lleva a cabo una detallada descripción de la normativa en materia de inmigración que ha estado en vigor en España durante la etapa democrática. Se distinguen dos modelos legislativos en la materia: un *modelo de gestión* y un *modelo de control*, en el que se potencian las soluciones de tipo policial para impedir el acceso de extranjeros en situación irregular al territorio español. Esta última política ha primado frente a la gestión que incidiría en vincular la condición de inmigrante legal al de trabajador con el pleno reconocimiento de sus derechos y deberes fundamentales¹².

En el artículo “El lenguaje, los medios de comunicación y la cuestión del velo”, la profesora Ana María Marcos del Cano enfatiza en la importancia del lenguaje y de los medios de comunicación para generar actitudes tolerantes o intolerantes frente al fenómeno de la diversidad cultural. Esta primera parte de su estudio se complementa con la descripción de una globalización paradójica que si bien puede tener como objetivo homogeneizar a la humanidad en torno a las formas de vida occidentales, también ha generado un repliegue sobre los denominados “marcadores primarios”, la identidad personal, la referencia profesional, la pertenencia étnica, la identidad lingüística diferenciada, etcétera.

Bajo la premisa de que la inmigración implica un desafío al paradigma de la universalidad de los derechos humano, analiza el uso de *hiyab* en las

¹² La regulación española en materia de extranjería se ha concretado en la Ley Orgánica 7/1985 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España; Ley Orgánica 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social; Ley Orgánica 8/2000 de Derechos y Libertades en España y su integración social; Ley Orgánica 11/2003 de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, contra la violencia doméstica e integración social de los extranjeros; Ley Orgánica 14/2003 de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, con la que se pretendía desincentivar el empadronamiento de extranjeros habilitando el acceso policial a los datos del padrón municipal; el Real Decreto 2393/2004 que aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 14/2003; y, finalmente, la Ley 2/2009, de 11 de diciembre sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su integración social, que se promulga en un momento en el que se vincula inmigración con crisis económica. Se limita la reagrupación familiar de ascendientes. Se permite a las autoridades policiales solicitar el internamiento del extranjero que se halle incurso en un proceso de expulsión en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador. El periodo máximo de internamiento se eleva de 40 a 60 días, previsión bastante alejada de la Directiva de Retorno que autoriza un internamiento hasta los 18 meses.

sociedades occidentales. En primer lugar, a través del análisis del Corán, rechaza que el uso del velo tenga la naturaleza de obligación o imposición religiosa sino más bien cultural¹³. En segundo lugar destaca la dimensión política de su utilización que se concreta en la utilización del *hiyab*, el *niqab* y el *burka* como signo de oposición a los regímenes de sus propios Estados y a Occidente al que culpan de la decadencia actual del mundo árabe.

Tras analizar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹⁴, la autora se manifiesta en favor de la autonomía de las mujeres y del diálogo intercultural. Por último, cuestiona la eficacia de las medidas de interdicción y, en concreto, afirma “las prohibiciones lo que pro-

¹³ Los dos únicos capítulos del Corán que tratan de manera explícita la cuestión del pañuelo con respecto a la mujer son los suras 33 y 24. La sura 33 (‘la coalición’) en su versículo 53 dice: “cuando les pidáis un objeto hacedlo desde detrás de una cortina. Es más decoroso para vosotros y para ellas. En el versículo 59 añade: “profeta, di a tus esposas, a tus hijas y a las mujeres de los creyentes que se cubran con el manto. Es lo mejor para que se las distinga y no sean molestadas. Dios es indulgente, misericordioso. La sura 24 (‘la luz’), versículo 31, afirma: “y di a las creyentes que bajen la mirada y que guarden su castidad, y no muestren de sus atractivos (en público) sino lo que de ellos sea aparente; así pues, que se cubran el escote con el velo. Y que no muestren (nada más de) sus encantos a nadie salvo a sus maridos, sus padres, sus suegros, sus hijos, los hijos de sus maridos (...) o a los niños que no saben de la desnudez de las mujeres; y que no hagan oscilar sus piernas (al caminar) a fin de atraer la atracción sobre sus atractivos ocultos”. En este último caso, se trata de una sura dictada a causa de un incidente con Aisha, la mujer de Mahoma, que había sido importunada en uno de sus paseos. El profeta condena el hostigamiento, impone a su mujer no aparecer con una vestimenta que pueda atraer la mirada de los impertinentes y pide a los hombres que respeten el carácter sagrado de su relación con el enviado de dios.

¹⁴ Sobre la prohibición del velo en los espacios públicos tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se han pronunciado en diversas ocasiones afirmando la conformidad de estas medidas con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). *Karadumam c. Turquía*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud nº 16278/90, de 3 de mayo de 1993; *Bulut c. Turquía*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud nº 18783/91, de 3 mayo de 1993; *Dahlab c. Suiza*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud nº 42393/98, de 15 de febrero de 2001; *Leyla Sahin c. Turquía* (Grand Chambre), de 10 de noviembre de 2005; *Köse y otros 93 demandantes c. Turquía*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud nº 26625/02, de 24 de enero de 2006; *Kurtulmus c. Turquía*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud nº 65500/01, de 24 de enero de 2006; *Dogru c. Francia*, de 4 de diciembre de 2008; *Kervanci c. Francia* de 4 de diciembre de 2008; *Aktas c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud nº 43563/08; *Bayrak c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud nº 14308/08; *Gamaleddyn c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud nº 18527/08; *Ghazal c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud nº 29134/08; todas ellas de 30 de junio de 2009. Para un análisis crítico de esta jurisprudencia vid. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo”, *Derecho y religión*, núm. 4, 2009, pp. 87-109.

vocan son reacciones que lejos de llegar a un acercamiento en ese diálogo, llevan a posturas reafirmantes que dificultan la integración real” (p. 114).

En “La Constitución española de 1978 y nacionalismo rivales: ciudadanos leales, élites desafiantes”, los profesores Enric Martínez Herrera y Thoman Jeffrey Miley, llevan a cabo una minuciosa reconstrucción del pacto que daría lugar a la Constitución española de 1978 y que en lo que respecta al modelo territorial del Estado no logró cerrar un consenso definitivo.

La falta de este consenso se concretó en la ambigüedad de una fórmula constitucional que destaca, por una parte, la unidad de España pero, por otra, alude a los derechos de las nacionalidades y regiones a través de la fórmula del “reconocimiento” lo que, desde la exégesis constitucional, puede llevar a la conclusión de que los derechos de estos sujetos colectivos “no sólo precederían al momento constituyente, sino que también trascenderían a aquel momento” (p. 214).

A través del desarrollo legislativo ordinario y con el paso del tiempo, atendiendo a los datos facilitados por el CIS en cuanto a las identidades nacionales en el periodo comprendido entre 1978 y 2005, el modelo autonómico se había legitimado y el apoyo de los españoles a sus principios fundamentales parecía sólido.

Si los ciudadanos son leales a la Constitución, las investigaciones sobre las élites políticas del País Vasco y Cataluña reflejan que las posturas nacionalistas están fuertemente sobrerrepresentadas en comparación con las actitudes de la población adulta en general.

Si el desafío de las élites políticas cohabitaba con la lealtad constitucional de los ciudadanos, por lo menos, hasta el fracaso del Plan Ibarretxe, el recurso de inconstitucionalidad parcial que se interpuso contra el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y la crisis económica ha modificado la situación de manera sustancial.

En la actualidad, resulta evidente que, en lo que respecta a Cataluña, las posturas nacionalistas e incluso independentistas no son exclusivas de los líderes políticos y los funcionarios sino que también son compartidas por una parte significativa de la ciudadanía. Muchos catalanes consideran injusto que la voluntad de autogobierno expresada en el Estatuto no se haya respetado de manera integral y que la asunción de la carga de solidaridad con el resto de España que corresponde a la Generalitat es insostenible en la medida en que dificulta el acceso de la población a los recursos necesarios para una vida digna.

Las dificultades económicas y la frustración de la expectativa de una mayor autonomía hacen que hoy en día el derecho a la autodeterminación sea reclamado insistentemente, sin detenerse en las dificultades de legalidad que dicha exigencia plantea, como la única vía posible para que las particularidades diferenciales de Cataluña sean respetadas¹⁵.

En el artículo “Discursos divergentes acerca del Derecho Internacional, Pueblos Indígenas y Derechos sobre tierras o recursos naturales: hacia una tendencia realista”, el profesor James Anaya, relator de Naciones Unidas sobre pueblos indígenas, propone la defensa de los derechos de los pueblos originarios a través de un método hermenéutico *realista* que sustituya a los enfoques *formalistas* y *críticos* que no permiten obtener soluciones satisfactorias para la situación de desventaja, dominación y negación de derechos que ha afectado durante siglos a los indígenas.

El método hermenéutico *realista* propone que los términos de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos sean interpretados (i) teniendo en cuenta el contexto global y el objeto del instrumento del cual forman parte; (ii) considerando el conjunto más amplio de estándares sobre derechos humanos relevantes existentes o desarrollados; y (iii) en la forma que sea más ventajosa para el disfrute de los derechos humanos (el principio *pro hominem*).

El realismo es, en palabras del autor, el enfoque interpretativo más prometedor para avanzar en el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas, “combinando su atención al poder y autoridad de todas las fuentes relevantes, con su atención a la vanguardia en la evolución de los valores en derechos humanos, este método es, a la vez, pragmático y ético. Una combinación bienvenida en el discurso de los derechos indígenas sobre tierras y recursos naturales” (p. 307)¹⁶.

¹⁵ Para evaluar la justicia de las reivindicaciones del nacionalismo catalán vid. T. JEFFREY MILEY, “¿Quiénes son los catalanes? Lenguaje, identidad y asimilación en la Cataluña contemporánea”, en PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar., OLIVA MARTÍNEZ, J. Daniel. (eds.), *Una discusión sobre identidad, minorías y solidaridad*, Colección Debates núm. 15, Dykinson, Madrid 2010.

¹⁶ Un ejemplo destacado del método hermenéutico realista aplicado a los derechos de los pueblos indígenas lo encontramos en D. OLIVA MARTÍNEZ, “Justicia social y autonomía etnocultural, el caso del derecho al desarrollo de los pueblos indígenas reconocido en el Derecho Internacional” en PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar., OLIVA MARTÍNEZ, J. Daniel. (eds.), *Una discusión sobre identidad, minorías y solidaridad*, Colección Debates núm. 15, Dykinson, Madrid 2010.

El artículo “Situando el género en la reconstrucción de Haití: los aspectos jurídico y económico para la transversalidad de las mujeres en el programa del post-desastre” (pp. 163-210) de los profesores Jennifer S. Rosenberg y Adam Dubin, señala que las aproximaciones centradas en las mujeres en la reconstrucción son, por una parte, imperativas desde la perspectiva de los derechos humanos y la justicia moral, y, por otra, absolutamente necesarias en términos de eficiencia económica.

La perspectiva de género que cuenta con el respaldo de importantes instrumentos del Derecho Internacional Público¹⁷ y un fundamento ético suficiente en la situación de subordinación estructural al que se han visto sometidas¹⁸, no significa dejar de lado a hombres y niños, sino hacer de las mujeres –sus necesidades, sus perspectivas y sus capacidades– un foco central de planificación, reconstrucción y programación.

Como ejemplos de medidas concretas que se pueden aplicar, si se adopta la perspectiva de género, los autores citan: (i) reserva de trabajos pagados para las mujeres; (ii) reconocimiento de derechos de propiedad para las mujeres, (iii) derecho de consulta; (iv) concesión de préstamos y contratos de construcción a mujeres que poseen negocios; (v) garantizar en la educación la presencia de profesoras y la previsión de instalaciones segregadas por sexo; (vi) mejora del sistema judicial para sancionar con eficacia la extraordinaria violencia sexual que afecta a las mujeres y cuyo efecto devastador se ve potenciado por la impunidad y las normas culturales machistas de la sociedad haitiana; (vii) presencia de las mujeres en la Policía y en la judicatura; (viii) acciones afirmativas dirigidas a fomentar la presencia de mujeres en las instancias de decisión política; (viii) desarrollo de un índice de género para

¹⁷ Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1325, U.N. Doc. S/RES/1325 (Oct. 31,2000); Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1892, U.N. Doc. S/RES/1892 (Oct. 13/2009); Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1820, U.N. Doc. S/RES/1820 (Jun. 19/2008); Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres. G.A. RES. 33/180, U.N. Doc. A/RES/34/180 (18 de diciembre de 1979); Convención de los Derechos del Niño. G.A. RES. 44/25, Annex, U.N. Doc. A/RES/4425 (20 de noviembre de 1989); Plataforma de Beijing para la acción. Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. U.N. Doc. A/CONF. 167/20 (1995).

¹⁸ Las mujeres son infracomensadas por su trabajo y sus capacidades están siendo infrautilizadas y subdesarrolladas. De hecho, las mujeres “hacen dos tercios del trabajo del mundo (en términos de horas) ganan una décima parte de los ingresos del mundo, y poseen menos de una centésima de la propiedad del mundo medido en medios de producción”. C., MACKINON, *Are Women Human? And Other International Dialogues*, Harvard University Press, Cambridge, 2006, p. 41.

evaluar si las acciones llevadas a cabo por el gobierno sirven o no a las necesidades específicas de jóvenes y mujeres; (ix) establecimiento de guarderías que faciliten la incorporación de la mujer al mundo laboral; (x) desarrollar campañas informativas para informarlas de sus derechos; (xi) trasladar la actividad laboral de las mujeres de la economía informal a la formal a través de la formación profesional; (xii) establecer la educación obligatoria hasta los 16 años en un sistema educativo que no sólo incluya a las jóvenes sino que también las retenga; y (xiii) proporcionar incentivos a los padres para que no tengan que escoger entre enviar a sus niños a las escuelas o aumentar sus ingresos. Un modelo podría estar basado en el programa “oportunidades” de México, donde los padres reciben transferencia de dinero por enviar diariamente a sus niños a la escuela.

Para los autores, en definitiva, “la reconstrucción ofrece una oportunidad preciosa para utilizar los derechos consagrados en el Derecho Internacional como medidas constituyentes de desarrollo y para establecer la fundación de crecimiento a largo plazo de Haití (...) desbloquear el capital humano de las mujeres puede ayudar a una transición del país desde la crisis y trazar un futuro basado en la estabilidad, el crecimiento económico, la mejora del bienestar y la igualdad” (p. 193).

La última aportación a la obra colectiva la realiza el profesor Fernando Rey Martínez con su artículo “¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?”. En este trabajo el autor lleva a cabo la clarificación de distintos conceptos como igualdad formal, mandato antidiscriminatorio, discriminación directa, discriminación de impacto, acciones afirmativas y discriminaciones positivas.

Esta clarificación terminológica persigue un objetivo de máxima relevancia, hacer que los conceptos relacionados con la igualdad tengan eficacia normativa, política y judicial. Si las nociones se acotan con precisión obtenemos conceptos plenamente operativos para definir objetivos de política pública y criterios de interpretación judicial.

El hecho de comentar al final de esta reseña el artículo del profesor Fernando Rey tiene un propósito explícito. En materia de inmigración y diversidad cultural, desde mi punto de vista, el principio de igualdad de oportunidades y el mandato antidiscriminatorio son un punto de partida irrenunciable para la protección de la dignidad humana. La igualdad es, quizás, lo único que no puede estar sujeto a discusión en este debate.

El proyecto intercultural que defienden algunos de los autores que participan en el libro plantea ciertos problemas a pesar de que se afirme su pleno compromiso con los derechos humanos y la autonomía individual como límites infranqueables.

La interculturalidad no puede afirmar, sin que esto resulte polémico, que todas las culturas tienen igual valor. Charles Taylor en su *Política de reconocimiento*, habla de una “presunción de igual valor de las culturas” que puede ser desmentida por la fuerza de los hechos¹⁹. Además, establecer una obligación de protección de las culturas a través de políticas públicas, choca con el planteamiento de Habermas de que éstas no pueden beneficiarse de un sistema similar al de la protección de las especies, sin vulnerar la autonomía de los seres humanos quienes son libres para adherirse o no a una determinada cultura²⁰.

Por otra parte, teniendo en cuenta que muchos de los problemas derivados de la diversidad se han venido interpretando en los términos de una “sacralización de la cultura”, resulta difícil desmentir que si se admiten en el debate público argumentos basados en cosmovisiones o éticas particulares que no se han traducido previamente en términos racionales, la posibilidad de alcanzar el consenso resulta difícil por no decir imposible.

¹⁹ El autor plantea que “así como todos deben tener derechos civiles iguales e igual derecho al voto, cuales quieran que sea su raza y su cultura, así también todos deben disfrutar de la suposición de que su cultura tradicional tiene un valor” C. TAYLOR, *El multiculturalismo y la política de reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 100.

²⁰ Para Habermas, si se rechaza el planteamiento de la neutralidad del Derecho frente a las diferencias éticas, se correría el riesgo cierto de que la cultura mayoritaria se haga con los privilegios estatales en perjuicio de la igualdad de derechos. En este sentido conviene tener presente que la neutralidad del Derecho frente a las diferencias éticas en el interior se explica por el hecho de que en las sociedades complejas la ciudadanía no puede ser mantenida unida mediante un consenso sustantivo sobre valores, sino a través de un consenso sobre el procedimiento legislativo legítimo y sobre el ejercicio del poder. El argumento a favor de la neutralidad tiene directas consecuencias sobre la actitud que el Estado debe asumir en relación con la protección de las culturas. La salvaguarda de las formas de vida que configuran las identidades no puede asumir de ningún modo “el sentido de una protección administrativa de las especies”. En este planteamiento lo que procede es no obstaculizar que se mantengan aquellas tradiciones que continúen vinculando a sus miembros, siempre que “se sometan a un examen crítico y dejen a las generaciones futuras la opción de aprender de otras tradiciones o de convertirse a otra cultura y de zarpar hacia otras cosas”. J. HABERMAS “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de Derecho”, en Ídem., *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós, Barcelona, 2002, pág. 210.

El proyecto intercultural en su dimensión utópica resulta muy relevante para el impulso de la igual dignidad humana pero, a mi juicio, no debe dar por resuelta la cuestión relativa a la gestión de la diversidad cultural.

El *asimilacionismo* en sentido estricto es ampliamente criticado en el trabajo que se reseña y muchas de estas críticas están plenamente justificadas. Este modelo, sin embargo, contiene una fórmula intermedia, el *asimilacionismo cívico*, que de entrada no deberíamos descartar. Éste busca que todos los individuos de una sociedad adopten un acuerdo en torno a unos valores mínimos imprescindibles para la convivencia como la libertad, la igualdad o la laicidad. Una vez se ha llegado a este acuerdo sobre lo fundamental cada persona mantiene intactas las posibilidades de expresar y comportarse de acuerdo con sus particularidades culturales y religiosas²¹.

El compromiso con los valores básicos de toda sociedad democrática es un requisito indispensable para la convivencia y para hacer frente a los importantes desafíos a los que en la actualidad nos enfrentamos. Ser ciudadanos con igualdad de derechos y deberes tiene que seguir siendo una propuesta suficientemente sugerente. La relevancia de la cultura nadie la discute, lo que si conviene someter a debate es el lugar que le corresponde teniendo en cuenta que la distinción entre el ámbito de lo público y el ámbito de lo privado es consustancial a los regímenes de la libertad.

Una discusión sobre inmigración y proyecto intercultural es una obra que se caracteriza por la destacable calidad científica de sus artículos. Esta calidad me lleva a recomendar su atenta lectura y a agradecer el trabajo de los autores, de los coordinadores pero, también, el de los numerosos compañeros que han mantenido un compromiso constante y productivo con el "Taller de Pluralismo, Minorías y Cooperación solidaria", en tanto que foro propicio para el conocimiento, el diálogo y la comprensión.

ANDRÉS MURCIA GONZÁLEZ
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: wmurcia@der-pu.uc3m.es

²¹ Para el *asimilacionismo cívico*, la comunidad política requiere no sólo un acuerdo sobre la estructura de la autoridad sino, también, sobre su cultura. El acuerdo cultural, en todo caso, no sería omnicomprendivo sino que se limitaría a la cultura política, incluyendo elementos como los valores públicos o los tipos de discurso admisibles en el ámbito de deliberación política. B. PAREKH, *Repensando el multiculturalismo*, cit., 303-304.

PARTICIPANTES EN ESTE NÚMERO

OWEN FISS

Catedrático Sterling Emérito de la Facultad de Derecho de la Yale University. Estudió en las Universidades de Dartmouth, Oxford y Harvard. Fue asistente de Thurgood Marshall (cuando Marshall era juez de la Corte de Apelación de los Estados Unidos para el Segundo Circuito) y después del Juez William J. Brennan, Jr. También trabajó en la División de Derechos Civiles de Departamento de Justicia. Antes de ir a Yale, el Profesor Fiss dio clase en la Universidad de Chicago. En Yale él ha impartido las asignaturas de Derecho Constitucional, Derecho Procesal y Teoría del Derecho y es autor de numerosos artículos y libros sobre estas materias. El Profesor Fiss también dirige los programas de la Facultad de Derecho de Yale en América Latina y Medio Oriente. Ha recibido Doctorados Honoris Causa de la Universidades de Toronto, la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Palermo (Buenos Aires) y fue premiado con la distinción Sócrates de la Universidad de Los Andes (Bogotá).

JAVIER DE LUCAS

Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía política en el Instituto de derechos humanos de la Universitat de València del que fue fundador y primer director. Ha sido Director del Colegio de España en Paris (2005-2012) y Presidente de CEAR –Comisión Española de Ayuda al Refugiado– (2008-2009). Es vocal del Consejo Asesor del Mecanismo Nacional para Prevención de Tortura. Pertenece a numerosos Consejos científicos y editoriales, nacionales e internacionales. Ha publicado veinte libros y más de 300 artículos en revistas científicas nacionales e internacionales. Trabaja sobre problemas de derechos humanos (en especial políticas migratorias y derechos humanos), legitimidad, democracia, ciudadanía y obediencia al Derecho. Colabora habitualmente en *Le Monde Diplomatique* (edición española), *Al revés y al derecho* (www.infolibre.es), *Hora 25* (Cadena SER) y *Agenda Pública* (www.eldiario.es).

ENRICO FERRI

Enseña Filosofía del Derecho en la Università degli Studi Niccolò Cusano en Roma, en la Facultad de Jurisprudencia, en la que es vicepresidente. Ha colaborado para algunos periódicos italianos como *Il Messaggero*, *Il Tempo*, *L'Unità*, y en sus estudios se ha ocupado de la filosofía alemana del siglo XIX, en particular de Max Stirner, sobre el cual ha publicado dos volúmenes *L'Antigiuridismo de Max Stirner* (1991), y *La Città degli Unici* (2001), y numerosos ensayos. Otros de sus temas de estudio son la cultura política de la extrema derecha italiana de la posguerra, en particular Julius Evola, de quien publicó diversos ensayos. Desde hace más de una década se ocupa de las relaciones con el mundo islámico y sobre este tema se ha encargado de organizar convenios, jornadas de estudios y ha presentado una serie de conferencias en Italia, Argelia, Turquía y Egipto. Actualmente dirige el Master “Musulmani in Italia” en la Universidad Unicusano, se encuentran recientes publicaciones acerca de este tema, en “Oriente Moderno” (diciembre 2013), “Sobre la presunta incompatibilidad Oriente-

Occidente” y “Lenguaje religioso, lenguaje jurídico, lenguaje político, la cuestión de la traducibilidad” en la “Rivista internazionale di Filosofia del diritto” (diciembre 2013).

LAURA MIRAUT MARTÍN

Profesora Titular de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Ha realizado estancias de investigación de larga duración en las Universidades de Hannover, Bolonia, Southampton y Harvard, en el marco del Visiting Researcher Program de su Facultad de Derecho. Es autora del libro *La Teoría de la Decisión jurídica de Benjamin Nathan Cardozo*.

ÁNGELES SOLANES CORELLA.

Profesora Titular de Filosofía del Derecho, acreditada a Cátedra, y miembro del Instituto Universitario de Derechos Humanos de la Universitat de València. Su investigación aborda temas relacionados con los derechos humanos desde la perspectiva del derecho español y comparado, sobre cuestiones como las sociedades multiculturales, las políticas de inmigración, la igualdad, la integración social, el voluntariado y el tercer sector, así como la función promocional del Derecho y los conceptos jurídicos fundamentales. Es autora de diversos libros y artículos en revistas científicas especializadas y dirige proyectos I+D+i sobre estas materias. Ha realizado estancias de investigación en centros de reconocido prestigio internacional, entre otros, en París, Milán, Bruselas, Ginebra, Londres y San Diego.

LUIS A. GALVEZ MUÑOZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Murcia. Es también Director del Club de Debate de esta Universidad y Consejero del Consejo Jurídico de la Región de Murcia. Ha realizado numerosos trabajos en materia de Derecho electoral, encuestas de opinión pública, organización territorial, derechos fundamentales y prueba procesal entre los que destacan los siguientes libros: *El régimen jurídico de la publicación de las encuestas electorales* (2001); *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales* (2003); *La confección del voto* (2009); *El derecho de voto de los discapacitados y otras personas vulnerables* (2009); y *Las campañas institucionales* (2010).

FÉLIX VACAS FERNÁNDEZ

Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Carlos III de Madrid. Ha impartido numerosas conferencias, ponencias y clases en seminarios y cursos de máster y doctorado de diversas Universidades y centros de educación superior españoles y extranjeros. Es coordinador del Curso de Experto sobre Prevención y Gestión de Crisis Internacionales, organizado también en el marco del Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria” de la Universidad Carlos III de Madrid, así como de la colección de monografías editada por el Ministerio de Defensa que lleva por título *Serie sobre Conflictos Internacionales Contemporáneos*. Es Director de la *Colección CEIB de Estudios Iberoamericanos* y Subdirector de la Colección de libros *Cuadernos Iberoamericanos de Integración*, ambas del Centro de Estudios de Iberoamérica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Ha sido profesor invitado en numerosas universidades españolas y extranjeras. Es autor de numerosas monografías y artículos científicos en los ámbitos de la paz y seguridad, organizaciones internacionales (en especial, Naciones Unidas), Derecho Internacional Humanitario

y de los Derechos Humanos, terrorismo y víctimas, inmigración, Iberoamérica y relaciones U.E. – América Latina, entre otros.

NOELIA IGAREDA GONZÁLEZ

Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB), Master en Master en Políticas de Igualdad de Género: Agentes de Igualdad UAB, Licenciada en Derecho especialidad jurídico-económica por la Universidad de Deusto. Es profesora asociada de Filosofía del Derecho en la UAB, profesora del Master Oficial Interuniversitario de estudios de mujeres, género y ciudadanía del Instituto Interuniversitario (Iiedg) e investigadora del Grupo Antígona (<http://antigona.uab.cat/>)

MARÍA LAURA SERRA

Es miembro investigadora como becaria FPI (Formación de Personal Investigador) del Grupo Discapacidad, Independencia y Derechos Humanos (INDERDIS) del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid y participa activamente como miembro investigador del Grupo Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina. Es abogada por la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina (2008).

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 (**fcovavier.ansuategui@uc3m.es**; **derechosylibertades@uc3m.es**). Para facilitar el **anonimato** en el informe externo, se deberá incluir una copia donde se deben omitir las referencias al autor del artículo y otra copia donde existan estas referencias. En un fichero aparte, se deben incluir los datos del autor, dirección de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas. Los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista y 20 separatas.

Derechos y Libertades establece el uso de las siguientes **reglas de cita** como condición para la aceptación de los trabajos:

Libros: E. 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.*

INSTRUCTIONS FOR PUBLISHING ARTICLES IN DERECHOS Y LIBERTADES

Instructions for authors established following the norm AENOR UNE 50-133-94 (equivalent to ISO 215:1986) about *Presentation of articles in periodic and serial publications* and following the norm AENOR UNE 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1687) about *Bibliographic references*.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12 and space 1,5, is 30 pages aprox. Books reviews maximum length should be 10 pages with 1,5 space. Also It has to be submitted an abstract of 10 lines with a maximum of 150 words and some keywords (max. 5) both in Spanish and English.

Originals will be submitted to an anonymous and external referee that could : a) advise their publication b) not advise their publication c) propose some changes. Derechos y Libertades will not consider the publication of articles which had been submitted to other reviews. An original should be submitted to Derechos y Libertades as a compromise that the manuscript will not be sent for any other publication while the time it is under Derechos y Libertades consideration for publishing. Originals will not be returned to their authors.

Articles should be submitted in Pc Word format to the Journal's e-mails (fcojavier.ansuategui@uc3m.es; derechosylibertades@uc3m.es). For facilitating the anonymity of the external referee, in one file author's details should be omitted. In a separated file, It should be included these details: author's name, University's address, author's e-mail address and a brief five-lines CV.

Authors of the published articles will receive an issue of the review and twenty copies of their own article.

Originals should be submitted in Spanish.

Derechos y Libertades establish the use of the following reference's rules as a condition for accepting the articles:

Books: E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

Articles included in collective works: G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A.García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derecho del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semantica della teoria del diritto" en U. SCAPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*. Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

Articles included in periodic publications: N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm. 1, 1981, pp. 2-28;

In order to avoiding the repetition of references is recommended the use of the expression *cit.*. As for instance, (M. WEBER, "La política como vocación", en *Id.*, *El político y el científico*, *cit.*, nota 5).

