

Número 32, Época II, enero 2015



INSTITUTO DE  
DERECHOS HUMANOS  
BARTOLOMÉ  
DE LAS CASAS

**HURI-AGE**  
Consolider-Ingenio 2010

**FC** FUNDACION CULTURAL  
ENRIQUE LUÑO PEÑA

*Dykinson, S.L.*  
EDITORIAL

# DERECHOS Y LIBERTADES

REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO y DERECHOS HUMANOS

## #32



# DERECHOS Y LIBERTADES

Número 32, Época II, enero 2015



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



*Dykinson, S.L.*

La revista Derechos y Libertades está incluida en la valoración integrada e índice de citas que realiza el CINDOC con las Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas (RESH) y figura en el catálogo de revistas de LATINDEX, DICE, MIAR, 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 II Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y renovó 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](http://www.dykinson.com/derechosylibertades)

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

ISSN: 1133-0937

Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:

Dykinson, S.L.

C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

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

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

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

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

## **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

<b>El principio de igualdad entre recursos, bienestar y oportunidades: proyectos teóricos y exigencias políticas .....</b>	<b>17</b>
<i>The principle of equality between resources, welfare and opportunities: theoretical projects and political demands</i>	

ANDREA PORCIELLO

<b>La creatividad de la interpretación: Una comparación entre el Derecho penal y el arte musical.....</b>	<b>49</b>
<i>The creativity of interpretation: a comparison between criminal Law and musical art</i>	

MARIO CATERINI

<b>Sociedades multiculturales y sistemas jurídicos: intersecciones y confrontaciones.....</b>	<b>79</b>
<i>Multicultural societies and legal systems: intersections and confrontations</i>	

MARIO RUIZ SANZ

- La Cruz Roja y la Alianza de Civilizaciones. Semejanzas y diferencias de dos organizaciones promotoras del derecho a la paz y la cooperación de pueblos y culturas** .....107  
*The Red Cross and the Alliance of Civilizations. Similarities and differences of two organizations promoting the right to peace and the cooperation of peoples and cultures*  
 MARÍA LUISA SORIANO GONZÁLEZ
- Criterios distributivos mixtos: igualdad equitativa y maximin** .....137  
*Mixed distributive criteria: fair equality and maximin*  
 CRISTIÁN AUGUSTO FATAUROS
- Discapacidad y privación de la libertad**.....163  
*Disability and deprivation of the liberty*  
 PATRICIA CUENCA GÓMEZ
- Cuando Dios también ficha a las ocho.El origen del acomodo razonable de las prácticas religiosas en el puesto de trabajo** .....205  
*When God also clocks in at eight. The origin of reasonable accommodation for religious practices in the workplace*  
 JOSÉ RAMÓN INTXAURBE VITORICA
- ¿Reconocimiento o antidiscriminación? Una síntesis jurídico-política** .....239  
*Recognition or anti-discrimination? A legal and political synthesis*  
 PIER-LUC DUPONT
- Colombia: ¿Convirtiendo la desaparición forzada y los “falsos positivos” en política de Estado? El actual (y no tan actual) estado de la cuestión** .....275  
*Colombia: Turning the enforced disappearance and “false positive” into State policy? Current (and not so current) state of the question*  
 GABRIELE VESTRI

## RECENSIONES

- Francisco Javier Ansuátegui Roig, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*.....303  
 PATRICIA CUENCA GÓMEZ
- Thomas Casadei (coord.), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*.....311  
 ALESSANDRA GROMPI
- Patricia Laurenzo Copello; Rafael Durán Muñoz (eds.), *Diversidad cultural, género y Derecho* .....323  
 OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE
- Ana M<sup>a</sup> Marcos del Cano (coord.), *Derechos humanos y trabajo social*.....333  
 RAFAEL RAMIS BARCELÓ
- Emilia Bea Pérez, *Conversación con Antônio Augusto Cançado Trindade. Reflexiones sobre la Justicia Internacional*.....337  
 JOAN ALFRED MARTÍNEZ I SEGUÍ

## NOTICIAS

- Conferencia internacional “*Nuevas y viejas ciudadanía en la sociedad multicultural contemporánea*” organizado por Università degli Studi Niccolò Cusano (Roma, 10 de octubre de 2014).....345
- Crónica del Congreso Internacional “*El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*” (Cádiz 5, 6 y 7 de junio de 2014).....350
- Encuentro de la Red Iberoamericana de Clínicas de Interés Público organizado por la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia 12 y 13 de junio de 2014).....353

Foro de Expertos “ <i>Gestión Pública de la Diversidad desde la perspectiva de los derechos humanos: Religión, Género y Discapacidad</i> ”, Universidad de Alcalá (23 y 24 de septiembre de 2014).....	354
Encuentro con Soledad Cisternas (Presidenta del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad) organizado por FEAPS en la sede del Consejo General de la Abogacía el 7 de octubre de 2014.....	355
Jornadas sobre “ <i>Legislación y estigma hacia las personas con enfermedad mental</i> ” organizadas or el Proyecto Participay Comprende en la Universidad Carlos III de Madrid (Madrid, 9 de octubre de 2014).....	357
IV Encuentro de Clínicas Jurídicas de las Universidades Españolas (Madrid, 16 de octubre de 2014).....	358
<b>Participantes en este número .....</b>	<b>361</b>

## NOTA DEL DIRECTOR

En el número 32 de “Derechos y Libertades” publicamos una serie de trabajos que son buena expresión de la riqueza de la multiplicidad de perspectivas que hoy caracteriza la reflexión en torno a los derechos humanos. Esta entrega se inaugura con el trabajo de Andrea Porciello, centrado en la definición de la igualdad política. En efecto, en *El principio de igualdad entre recursos, bienestar y oportunidades: proyectos teóricos y exigencias políticas*, el profesor de la Università Magna Graecia de Catanzaro se plantea tres preguntas básicas: la primera está referida a la diferencia entre igualdad política e igualdad matemática; la segunda tiene como objeto la relación entre igualdad y desigualdad, lo cual implica reflexionar sobre la extensión del status de “iguales”; y la tercera se refiere a la relación entre la igualdad y su objeto, es decir lo que “debe” ser considerado en concreto igual mediante la acción política. Así, la finalidad del trabajo es la de demostrar que las más importantes soluciones avanzadas por la elaboración filosófica contemporánea son en realidad parciales y reductivas.

Sigue el trabajo de Marco Caterini, *La creatividad de la interpretación: una comparación entre el Derecho penal y el arte musical*, que propone una comparación de la interpretación musical y la jurídica, en el ámbito del más amplio movimiento cultural del *law and humanities*, centrando la reflexión en la libertad creativa de sus intérpretes. En el escrito se examinan las cuestiones atinentes a la duda interpretativa y al canon fundamental del *favor rei*, evidenciando la constante tensión entre el principio de legalidad, expresión de las exigencias de garantía, y la justicia del caso concreto, fundada sobre la creatividad del juez. El autor propone un acercamiento hermenéutico diferenciado: cuando la interpretación sea desfavorable al autor del hecho, el canon fundamental, comparable a la idea de interpretación musical ‘estricta’ de Stravinsky, debería ser más estéril, mientras que allí donde la interpretación está encaminada hacia desenlaces compatibles con el *favor rei*, la re-creación del Derecho pudiera abrirse a interpretaciones menos rígidas, más creativas, como aquellas, en la música, di Glenn Gould.

En *Sociedades multiculturales y sistemas jurídicos: intersecciones y confrontaciones*, Mario Ruiz defiende asume como punto de partida la afirmación

según la cual los sistemas jurídicos actuales están siendo afectados por la introducción en las sociedades occidentales de culturas externas fruto de la inmigración. Las actitudes y comportamientos que se consideran diferentes son controladas por el derecho a través de los mecanismos jurídicos que se creen oportunos. Por ello el autor propone una revisión de las acciones jurídicas que se utilizan para regular tales conductas, que se plantea como una necesidad en las sociedades multiculturales.

Por su parte, Maria Luisa Soriano González se propone indagar las semejanzas y diferencias de la Cruz Roja y la Alianza de Civilizaciones, precisando las características singulares de cada una y si finalmente es más lo que las une que lo que las separa. En el artículo *La Cruz Roja y la Alianza de Civilizaciones. Semejanzas y diferencias de dos organizaciones promotoras del derecho a la paz y la cooperación de pueblos y culturas* nos ofrece una caracterización de ambas organizaciones. Así, mientras que la primera, inicialmente concebida para atender a los heridos y enfermos de las guerras, poco a poco ha ido extendiendo sus actividades y objetivos a otros ámbitos de solidaridad, convirtiéndose en una institución sólida con funciones preventivas y reparadoras de los conflictos existentes en el mundo, la segunda, concebida como un instrumento para tender un puente entre Occidente y el mundo musulmán, tiene una corta existencia y ha conseguido en poco tiempo la adhesión de casi todos los Estados del planeta y organismos internacionales.

El siguiente trabajo es el Cristián Augusto Fatauros, *Criterios distributivos mixtos: igualdad equitativa y maximin*. También aquí, como en el artículo de Porciello, el centro de la reflexión está constituido por la igualdad, pero asumiendo una perspectiva diferente. Si asumimos que los bienes sociales deberían ser distribuidos igualitariamente podría presentarse un problema para teorías mixtas como la de John Rawls, la cual utiliza diferentes criterios: igualdad estricta, igualdad equitativa y prioridad. El autor intenta un esclarecimiento de la idea de equidad y responde a algunas críticas sobre la noción de maximin. Se sostiene que la distribución de oportunidades sociales no debería evaluarse según el criterio maximin y las diferencias económicas permitidas no están asentadas sobre una noción de necesidades humanas sino sobre la noción de equidad. Por lo tanto, las desigualdades permitidas son menos amplias de lo que los críticos sostienen y están fundadas en consideraciones diferentes.

El objetivo del trabajo de Patricia Cuenca, *Discapacidad y privación de libertad*, es el de determinar las implicaciones de la Convención Internacional

sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación con la privación de la libertad de las personas con discapacidad. Y, al mismo tiempo, analizar la compatibilidad de la legislación española en la materia con este tratado y realizar algunas propuestas para adaptar la normativa española a sus exigencias.

En *Cuando Dios también ficha a las ocho. El origen del acomodo razonable de las prácticas religiosas en el puesto de trabajo*, José Ramón Intxaurbe Vitorica analiza la figura del acomodo razonable, presentándola como una figura jurídica nacida en Estados Unidos y que posteriormente, al ser importada por Canadá, se ha convertido en una expresión de uso común tanto en la esfera pública canadiense como en foros internacionales que debaten sobre las necesidades religiosas de los grupos minoritarios. Producto de esta popularidad se ha propuesto su adopción en Europa como forma de gestionar la creciente diversidad del continente. Pero el éxito de ese traslado va a depender de un correcto conocimiento de la institución y de sus ventajas y limitaciones. En el trabajo se analiza la diferente evolución que la obligación de acomodar ha tenido en Estados Unidos y en Canadá, atendiendo tanto al contexto jurídico como a la distinta construcción jurisprudencial que ha experimentado en cada país.

Pier-Luc Dupont, en *¿Reconocimiento o antidiscriminación? Una evaluación jurídico-política*, reconoce que, si bien los Estados democráticos han desarrollado una serie de leyes y políticas encaminadas a combatir la discriminación de categorías sociales definidas en función de rasgos no elegidos, sin embargo, los estudios actuales muestran que estas medidas no han acabado con la discriminación. Por ello, y a la luz de la teoría filosófico-política del reconocimiento formulada por Nancy Fraser, el autor pretende en su trabajo este trabajo pretende identificar las limitaciones intrínsecas de las principales estrategias antidiscriminatorias actuales y proponer algunas vías de mejora, subrayando la necesidad de prestar más atención a los determinantes del prejuicio y se destaca la contribución potencial del multiculturalismo a la eliminación de las formas de discriminación más encubiertas y cotidianas.

En fin, Gabriele Vestri, aborda cuestiones que han condicionado el escenario político y jurídico colombiano en los últimos años: las desapariciones forzadas y los “falsos positivos”. Para ello, en *Colombia: ¿convirtiendo la desaparición forzada y los “falsos positivos” en política de Estado? El actual (y no tan actual) estado de la cuestión*, ofrece una presentación de la cuestión desde dos perspectivas. Así, por una parte, resulta significativo establecer los patrones

de la desaparición forzada utilizando en primer lugar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular en los casos en que Colombia se ve involucrada. Por otra, es útil reflexionar sobre si las ejecuciones sumarias y arbitrarias, es decir los falsos positivos, representan una conducta aislada o si, al contrario, identifican ciertos criterios de sistematicidad. La cuestión es la de saber si en ambos casos existen elementos para definir estos delitos de lesa humanidad y aún más si se pueden comprobar características que dejan ponderar una política de estado, aunque no oficial, de violencia reconducible a motivaciones específicas, por ejemplo la lucha al conflicto armado dentro de un posible plan de seguridad democrática.

Para terminar esta presentación, quiero hacer partícipes a nuestros lectores de dos novedades. Como podrán observar, introducimos en este número una nueva sección, *Noticias*, en la que, al igual que se hace en otras revistas de nuestro entorno académico, ofreceremos información sobre actividades académicas y de investigación que creemos pueden resultar de interés en el amplio ámbito de los derechos humanos y la Filosofía del Derecho. Por otra, *Derechos y Libertades*, ha obtenido una evaluación muy positiva dentro de la Convocatoria 2014 de ayudas a revistas científicas de prestigio vinculadas a la Universidad Carlos III de Madrid, que por primera vez se ha incluido en el Programa Propio de Investigación de nuestra Universidad. Ello va a contribuir de manera importante a la viabilidad económica de la revista en el futuro próximo.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG  
*Director*

# ARTÍCULOS



**EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE RECURSOS,  
BIENESTAR Y OPORTUNIDADES:  
PROYECTOS TEÓRICOS Y EXIGENCIAS POLÍTICAS\***

*THE PRINCIPLE OF EQUALITY BETWEEN RESOURCES,  
WELFARE AND OPPORTUNITIES:  
THEORETICAL PROJECTS AND POLITICAL DEMANDS*

ANDREA PORCIELLO

*Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro*

Fecha de recepción: 20-5-14

Fecha de aceptación: 3-7-14

**Resumen:** *El presente escrito pretende ofrecer una definición de igualdad política. A tal fin, se intentará responder a tres preguntas fundamentales, distintas pero fuertemente interconectadas: la primera es la relativa a la diferencia entre igualdad política e igualdad matemática. Responder a dicha cuestión significa constatar el carácter flexible y cambiante del concepto de igualdad. La segunda se refiere a la relación entre igualdad y desigualdad, y por tanto implica la cuestión de la extensión del status de "iguales". La tercera está referida, en fin, a la relación entre la igualdad y su objeto, es decir lo que "debe" ser considerado en concreto igual mediante la acción política. El objetivo del escrito es el de demostrar que las más importantes soluciones avanzadas por la elaboración filosófica contemporánea son a lo más parciales y reductivas; y que sólo modelos teóricos atentos a las exigencias prácticas, principalmente económicas, pueden pensar en influir sobre la actividad político-institucional.*

**Abstract:** *This paper aims to provide a definition of political equality. To this end, we will try to answer three fundamental questions, strongly interconnected: the first one is related to the difference between mathematical equality and political equality. The second concerns the relationship between equality and inequality, and therefore raises the question of the extension of the status of "equal". The*

---

\* Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig. En esta ocasión, se ha traducido el texto de las citas italianas, manteniendo la referencia bibliográfica original.

*third refers, finally, to the relationship between equality and its object, ie. what "should" be made equal through the political action. The aim of the article is to show that the most important solutions proposed by contemporary political philosophy are at most partial and reductive; and that just a theoretical model, carefull to the practical demands, mainly economic, could influence the thinking and the action of political and institutional structure.*

**Palabras clave:** igualdad, identidad, justicia, distribución política, recursos, bienestar, oportunidades

**Keywords:** equality, identity, justice, political distribution, resources, welfare, opportunities

“La igualdad geométrica tiene mucha  
importancia entre los dioses  
y entre los hombres”

(Platón, *Gorgias*, 508 a)

## 1. PRIMERA PREGUNTA. ¿IGUALES O IDÉNTICOS?

Las Constituciones modernas no pueden ignorar la igualdad, que no sólo es un valor entre valores, sino sobre todo la condición fundamental de la posibilidad de pensar de la entera arquitectura democrático-constitucional<sup>1</sup>. Ello, por la obvia y empírica constatación de que si los hombres no fueran considerados iguales, *in primis* por la Constitución, no tendría posteriormente ningún sentido que la misma les atribuyera, y además solemnemente, derechos inviolables y libertades fundamentales<sup>2</sup>, o que diseñase en su articulado una forma

<sup>1</sup> Sobre el hecho que el Estado constitucional se caracterice antes que por sus “formas” sobre todo por sus “contenidos”, que son típicos y no negociables, entre otros, vid. F. J. ANSUATEGUI ROIG, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2014.

<sup>2</sup> De esta opinión es ciertamente Carbonell cuando, al comentar el primer principio de la justicia como equidad de Rawls, según el cual “cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás”, señala que “a partir del primer principio se podría construir el mandato constitucional de la igualdad en los derechos fundamentales, que está establecido en el párrafo primero del artículo 1º de la Constitución mexicana. En la última parte del primer principio también está implícita la idea de que las libertades básicas (concepto que podríamos ampliar para incluir todos los derechos fundamentales) no se pueden restringir con cualquier argumento, sino solamente en la medida en que así lo exija la necesidad de que todas las

de gobierno democrática<sup>3</sup>. “La igual consideración es la virtud soberana de la comunidad política –advierte Dworkin– si falta, el gobierno es sólo tiranía”<sup>4</sup>.

De manera que, y con permiso de Carl Schmitt<sup>5</sup>, hablar de una democracia *de y entre* desiguales, en la que los hombre son *desigualmente considerados*, no constituye simplemente una extraña opción teórica, sino más bien un verdadero y auténtico *nonsense upon stilts*, por utilizar la conocida expresión de Bentham<sup>6</sup>. Incluso aquel no avezado en los estudios constitucionalistas, o aquel que no tenga dominio alguno de las doctrinas políticas advierte, de hecho, de manera instintiva, que democracia y desigualdad son términos de un mismo oxímoron, incluso más bien anti-armónicos, como dos notas que, si interpretadas a la vez, dañan necesariamente el oído, incluso el de aquel que no tiene familiaridad alguna con los principios de la armonía musical<sup>7</sup>.

Pero, si es del todo factible demostrar y al mismo tiempo reconocer la *importancia* que la igualdad asume en el ámbito político, sobre todo en aquellos contextos que se proponen como objetivo primario el de la realización del valor de la justicia<sup>8</sup>, más complicado es definir y comprender el *significado*

---

personas tengan el mismo esquema de libertades (es decir, se trata del conocido principio según el cual mi derecho puede llegar hasta donde comienza el de otra persona, cuestión que en la práctica no es fácil de dilucidar, pero que como principio normativo es irrefutable)”, M. CARBONELL, “Igualdad y Constitución”, en *Discriminación, igualdad y diferencia política*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2007, p. 15.

<sup>3</sup> El hecho de que entre democracia e igualdad exista una relación estrecha e inescindible constituye un dato ya asumido por la cultura política y jurídica contemporánea. Hans Kelsen, en completa consonancia con la doctrina roussoniana, ha podido afirmar, por ejemplo, que si queremos ser demócratas, “lo queremos ser entre nosotros mismos”, es decir entre iguales. H. KELSEN, *La democrazia, Bologna, 1984, p. 40*; y, más recientemente, Ronald Dworkin ha podido sostener que “ningún gobierno es legítimo si no muestra igual consideración por la suerte de aquellos ciudadanos sobre los cuales pretende ejercer la soberanía”, R. DWORKIN, *Virtù sovrana. Teoria dell'eguaglianza*, Torino, 2002, p. VII.

<sup>4</sup> R. DWORKIN, *Virtù sovrana*, cit, p. VII.

<sup>5</sup> Como es sabido, según Carl Schmitt, la reflexión filosófico-política debe constatar y hacer propios los límites intrínsecos del parlamentarismo y de las formas relativas de participación política y, sobre todo, aceptar una idea de democracia que se adecúe a tales presupuestos, también de cara a un desarrollo autoritario.

<sup>6</sup> La expresión *Nonsense upon stilts* se encuentra en J. BENTHAM, “Anarchical Fallacies; being an Examination of the Declarations of Rights Issued During the French Revolution”, en *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 2 [1843].

<sup>7</sup> Se alude a los intervalos musicales llamados disonantes, de segunda y de séptima por ejemplo.

<sup>8</sup> De la circunstancia por la cual entre igualdad y justicia existe una relación de co-originalidad ya era bien consciente Aristóteles que, de hecho, atribuye a tal relación un valor

que la igualdad asume en dicho ámbito: ¿qué significa, en realidad, ser iguales? ¿Qué quiere decir *sin diferencias*?<sup>9</sup>

Si por un instante nos alejamos del ámbito político, del de las ciencias sociales, para cruzar el umbral del lógico-matemático de las ciencias exactas, podemos darnos cuenta efectivamente de que el concepto de igualdad, además de tener una importancia fundamental, ciertamente posee un significado unívoco y compartido. Es mi intención analizar en este breve escrito si es también un concepto que se puede importar en la dimensión política.

Pues bien, en matemáticas, en lógica, en geometría, *igual* significa *idéntico*, es decir, *sin diferencia alguna*. Decir, por tanto, que  $x=y$ , en tales contextos, significa que  $x$  e  $y$  designan la misma cosa, el mismo número, el mismo objeto y que, por tanto, son indistinguibles, y por esto también intercambiables<sup>10</sup>. Pero no sólo. El principio de igualdad/identidad en matemáticas comporta también que todo lo que se predique de uno de los términos de la igualdad pueda automáticamente ser referido también al otro, y viceversa. Simplificando, podemos esquematizar los caracteres típicos de la identidad matemática mediante cuatro definiciones simples que, como es evidente, se implican respectivamente: 1) en las ciencias formalizadas *igualdad* significa *identidad*; 2) la identidad debe entenderse, a su vez, como absoluta *ausencia de diferencias*; 3) la ausencia de diferencias comporta, en el plano descriptivo la *indistinguibilidad*, y en el operativo, la *intercambiabilidad*; 4) con la consecuencia de que prescindir de tal principio, en el plano discursivo, comporta la contradicción, es decir el error. Estamos frente a un principio básico de nuestro razonamiento, cierto y auto-evidente, en el que se apoyan nuestras capacidades de conocimiento y comprensión. Es precisamente, de hecho, gracias a este mecanismo por lo que estamos principalmente en condiciones de individualizar un objeto en su autonomía, *destacándolo* respecto al todo.

---

autoevidente: "Puesto que el injusto es desigual y lo injusto es desigual, es evidente que existe también un término medio de lo desigual y éste es lo igual, porque en toda acción en la que se da lo más y lo menos se da también lo igual. Por tanto, si lo injusto es desigual, lo justo es igual, *cosa que, sin necesidad de razonamiento, todos admiten*", ARISTÓTELES, *Ética Nicomachea* (V, 3, 1131 a 10). *Cursivas mías*.

<sup>9</sup> La misma pregunta y en parte una aproximación metodológica similar es la utilizada por Francisco J. LAPORTA en "Problemas de la igualdad", en Amelia VALCÁRCEL (compiladora), *El concepto de igualdad*, Madrid, F. Pablo Iglesias, Madrid, 1994.

<sup>10</sup> La identidad matemática es una igualdad entre dos expresiones, con una o más variables, que es verdadera para todos los valores que se pueden atribuir a las variables mismas, con la única condición de hacer sensatas las expresiones.

A partir de todo lo anterior, y regresando al ámbito que nos interesa, conviene plantear una cuestión de fundamental importancia, en base a la cual la igualdad política no puede ser entendida en estos términos, ya que *presupone necesariamente la diferencia*, y ello al menos por dos razones importantes.

La primera, si bien del todo obvia, esconde interesantes matices, principalmente jurídicos: *no existen seres humanos perfectamente idénticos*. En este sentido, cuando se afirma que “dos personas o cosas son iguales, no significa que sean idénticas bajo cualquier punto de vista”<sup>11</sup>. Si existieran personas realmente iguales entre sí, la norma constitucional que sanciona la igualdad ya no estaría expresando un punto de vista normativo, estaría más bien describiendo un carácter común a todas las personas, un carácter propio del mundo del *ser*. De hecho, si así fuera, en realidad, no existiría ningún principio constitucional de igualdad, de la misma manera que, de hecho, no existe un principio constitucional que atribuye a las personas el hecho de poseer un cuerpo, o de ser materia, etc.

Por otro lado, la primera gran diferencia entre el ámbito jurídico del *deber ser*, y el científico del *ser*, se refiere, sobre todo, al lenguaje respectivamente empleado en su interior, y a las finalidades que a través de este se propone perseguir: prescriptiva en el ámbito jurídico, y descriptiva en el científico<sup>12</sup>. Tal distinción clásica<sup>13</sup> aparece en esta línea de razonamiento de fundamental importancia: cuando en una Constitución se lee que *Todos los seres humanos son iguales*, a pesar de la forma descriptiva de la proposición<sup>14</sup>,

---

<sup>11</sup> P. WESTEN, “The Concept of Equal Opportunity”, *Ethics*, num. 95, 1985, p. 843.

<sup>12</sup> Sobre el problema relativo a la diferencia entre el lenguaje prescriptivo y el lenguaje descriptivo utilizado en el ámbito jurídico en general, y en el constitucional en particular, vid., F. LOPEZ VALADEZ, “La interpretación judicial de la constitución”, en VVAA, *Los cambios constitucionales*, México, UNAM, 1977.

<sup>13</sup> Vid. entre otros, R. M. HARE, *The Language of Morals*, Oxford, 1952; A. ROSS, *Directives and Norms*, London, 1968; G. TARELLO, *Diritti, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974; N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993; M. TROPER, *Cos'è la filosofia del diritto*, Milano 2003.

<sup>14</sup> La distinción ha sido expresada entre otros por Bobbio que, en ese sentido, habla de proposiciones declarativas con función prescriptiva o de mandato: “Pero a veces un mandato se manifiesta de manera declarativa, como sucede generalmente en los artículos de las leyes, los cuales, aunque sin duda tienen una función imperativa, casi siempre se expresan con proposiciones declarativas. Cuando el art. 566 del C. C. dice: ‘Al padre y a la madre heredan los hijos legítimos en partes iguales’, la intención de quien pronuncia esa fórmula no es la de dar una información, sino la de imponer una serie de compartimientos: se trata manifiestamente de una proposición declarativa con función de mandato” N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 51.

no se está describiendo el *ser* por *aquello que es*, no se está afirmando en otros términos “que los seres humanos son idénticos o iguales en todo: ni que son igualmente racionales o buenos”<sup>15</sup>; más bien se está afirmando que los hombres, si bien diferentes, *deben ser* tratados como iguales, *in primis* por las instituciones públicas, es decir poniendo entre paréntesis los múltiples rasgos de diferencia indefectiblemente presentes. “Sin ignorar que los hombres son tan iguales como desiguales se debe dar mayor importancia, para juzgarlos y para atribuirles derechos y deberes, a lo que les hace iguales más que a lo que les hace desiguales”<sup>16</sup>. De manera evidente, en definitiva, una norma de este tipo expresa un *deber ser*, que tiene sentido, precisamente porque el *ser*, es decir la realidad en su desenvolvimiento material, podría desatender las exigencias que aquel impone.

Por el contrario, cuando en un libro de física, por ejemplo, se afirma que *todos los cuerpos son atraídos hacia el centro de la tierra*, no se está prescribiendo nada, por la banal razón de acuerdo con la cual sobre el plano del *ser* no existe alternativa alguna: todo cuerpo está sometido, de hecho, a la misma intransgredible y universal ley; en ese libro, así como en el lenguaje científico en general, se quiere describir el *ser* en su *único* desarrollo posible.

Pero existe también una segunda razón sobre la base de la cual distinguir identidad e igualdad, quizás menos intuitiva que la anterior: mientras la primera constituye una relación estable y constante, al contrario la igualdad política, tal y como la hemos definido, es necesariamente flexible y cambiante, al menos en el sentido de que dos objetos, considerados políticamente iguales en un contexto, pueden ser considerados políticamente desiguales en un contexto diferente. Un simple ejemplo, estrictamente jurídico, puede ser útil aquí: consideremos dos automóviles, uno con matrícula par y otro con matrícula impar. Es evidente que no pueden ser considerados idénticos en el sentido lógico matemático, ya que existe al menos un rasgo, precisamente la matrícula, que los diferencia. No son, por tanto, ni *indistinguibles*, ni *intercambiables*. Pero si en un determinado contexto prevaleciera su carácter común, podrían, no obstante, ser considerados como iguales. Es precisamente lo que ocurre en el contexto normativo constituido por la regla “prohibida la entrada de vehículos” que, sin ulteriores especificaciones, exige igual tratamiento, lógico y también jurídico, de los automóviles, a pesar de sus reales y concre-

<sup>15</sup> R. DWORKIN, *Virtù sovrana*, cit., p. XI.

<sup>16</sup> N. BOBBIO, *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, Roma 1994, p. 71.

tas diferencias. En tal caso, como se ha dicho, prevalece su carácter común, es decir, “lo que los hace iguales”, con la consecuencia de que el hecho de pertenecer ambos a la clase de los vehículos, prevalece claramente sobre “lo que los hace desiguales”<sup>17</sup>. En el caso, por el contrario, de una norma que dispusiera que “el primer y el tercer domingo de cada mes pueden circular sólo los automóviles con matrícula par”, el discurso se transforma, y esta vez serán las diferencias las que prevalezcan sobre el carácter igualitario: en este nuevo contexto normativo los automóviles, aunque nada haya cambiado en la estructura de su *ser*, ya no pueden considerarse iguales y por tanto, ya no pueden ser tratados de la misma manera.

A partir de ahí la conclusión fundamental por la que, si la identidad matemática representa una condición ontológica, en base a la cual, por ejemplo, dos números son iguales prescindiendo de la manera en la que los podemos percibir, o de nuestros deseos y nuestras propensiones al respecto, la igualdad política se plantea, por el contrario y sobre todo, como condición normativa: es en cierto modo una ficción por la que, si bien muchos aspectos del mundo indican la presencia de caos y desigualdad, aquella exige, *normativamente*, que todo ello encuentre un contrapeso en una exigencia política de signo contrario, precisamente la igualdad, indispensable a la hora de hacer posibles las mínimas condiciones de justicia social y de vida en común. Si, por tanto, como se verá mejor más adelante, la identidad es un hecho, la igualdad es por el contrario un valor, una tensión que deviene imprescindible en el momento en el que una comunidad se pone como objetivo primario la realización de la justicia.

Subrayadas tales diferencias fundamentales entre la igualdad lógico-matemática y la igualdad política, ahora es importante, por lo menos hacer referencia a un ulterior y particularmente complejo y esencial problema, el relativo al tipo de *relación* que existe entre los dos conceptos. En otros términos, ¿debemos concebir la igualdad (política) como una cuasi-identidad, o si queremos como una identidad mal lograda? ¿O bien, debemos entender identidad e igualdad como *objetos* distintos y, por tanto, pertenecientes a ámbitos conceptuales del todo diferentes? En el primer caso, nos encontraremos frente a una relación *jerárquica*, en la que la identidad constituiría el modelo conceptual en su plenitud y la igualdad, por el contrario, su declinación incompleta e imperfecta. En el segundo, frente a una relación *inter pares* entre conceptos autónomos y completos, ambos fundamentales, cada uno en el propio ámbito de pertenencia.

---

<sup>17</sup> *Ibidem*.

La historia del pensamiento filosófico y político ha ofrecido soluciones en ocasiones en favor de una interpretación, en ocasiones en favor de otra. El pensamiento clásico por ejemplo, y de manera particular el platónico, se inclina, como es sabido, por el modelo que hemos definido como *jerárquico*, en el momento en que concibe la justicia humana en general, y la igualdad humana en particular, sólo como una descuidada e incompleta representación de las correspondientes *ideas* de justicia y de igualdad, es decir de los conceptos en su esencial e incorruptible pureza. En particular, Platón en el *Fedón* considera que es posible juzgar dos objetos como iguales, sólo porque ya tengamos, en nosotros, *la idea de igual en sí*, única e indispensable condición lógica para re-conocer las dos entidades, precisamente, como realmente iguales entre sí. A diferencia de su manifestación terrena, del *ser* en su concreción, *la idea, in primis* de la igualdad, es constante y permanente en el tiempo y en el espacio. Y como es sabido Platón extiende tal concepción a todas las *ideas de este género*, “pues el razonamiento nuestro de ahora no es en algo más sobre lo igual en sí que sobre lo bello en sí, y lo bueno en sí, y lo justo y lo santo, y, a lo que precisamente me refiero, sobre todo aquello que etiquetamos con «eso lo que es»”<sup>18</sup>.

A partir de ahí, y a pesar de la brevedad de la reconstrucción que se ofrece aquí de la tesis platónica de la igualdad, el principio informador parece ser suficientemente claro, o por lo menos parece serlo a nuestros fines: toda la filosofía, principalmente la de matriz platónica, que basa el propio análisis sobre el continuo retorno entre macro y micro-cosmos, entre perfección y falibilidad, entre idea y realidad, cree que entre las dos dimensiones existe un círculo virtuoso, lleno de importantes implicaciones, sobre todo de carácter ético-político: porque es precisamente la existencia de *la idea*, es decir del mundo del *deber ser*, lo que hace inconmensurables, también desde el punto de vista moral, todas las *cosas* terrenales. Si no fuera así, advierte Platón, estaríamos condenados al relativismo más total, y sobre todo a aquella que podríamos definir como un tipo de *inconmensurabilidad moral*.

Pero la igualdad política, por lo menos como es entendida desde hace tres siglos, no sólo no puede ser reclusa en un esquema fijo de este tipo, no sólo no es *identidad* sino, sobre todo, no es deseable que lo sea: y ello por la obvia constatación de que, si la igualdad fuera entendida en los términos fijos de la identidad, si constituyera un parámetro rígido aplicable a la realidad, ni la política ni la ética, estarían ya en condiciones de gestionar las diferencias y

---

<sup>18</sup> PLATÓN, *Fedón*, XIX, 74-75.

los cambios. Presupone, por tanto, valoraciones (que son principalmente políticas) fisiológicamente flexibles y cambiantes, tendentes a reequilibrar los intereses que están en juego en cada ocasión. Ello no implica, bien entendido, la renuncia a la universalidad del valor de la igualdad. Comporta si acaso la exigencia de declinar dicho valor, que es ciertamente universal, en el respeto de las particulares exigencias impuestas por las concretas diferencias de los hechos. No es una casualidad que el Novecientos, el siglo de la igualdad por antonomasia, el siglo de la “difusión de principios igualitarios de manera extensa”<sup>19</sup>, haya sido también el siglo del reconocimiento de las diferencias, donde diferencia no significa negación de la igualdad, sino indispensable quiebra entre la igualdad, que se hace cargo de la diversidad, y la homologación, por el contrario ciega ante las diferencias.

A la luz de cuanto se ha señalado, debería quedar claro que el punto esencial no es, así, “tanto el de establecer si existe un concepto unitario de igualdad, como el de evitar el error de considerar la igualdad en los sistemas no formalizados *-in primis* en los político-sociales- como una aproximación imperfecta de la igualdad en los sistemas formalizados”<sup>20</sup>. La relación entre identidad lógico-matemática e igualdad política no puede, entonces, más que concebirse como una relación *inter pares*, entre conceptos autónomos y completos, ambos fundamentales, pero cada uno en el propio ámbito de validez.

## 2. SEGUNDA PREGUNTA. ¿IGUALES RESPECTO A QUIÉN?

Pasando del ámbito teórico conceptual al histórico, y puesto que entre los dos existe un evidente nexo de implicación recíproca, de lo dicho es posible derivar que la historia de la igualdad ha sido, y ciertamente aún lo será, historia de *exclusión* y de *desigualdad*, común a todos los pueblos<sup>21</sup>. También

<sup>19</sup> R. CAPORALI, *Uguaglianza*, nella Collana “Lessico della politica”, Bologna 2012, p. 201.

<sup>20</sup> A. SCHIAVELLO, “Principio d’eguaglianza: breve analisi a livello concettuale e filosofico politico”, *Ragion Pratica*, vol. VIII, num. 14, 2000, p. 68.

<sup>21</sup> Con referencia al mundo antiguo, y en particular a su más extendida causa de desigualdad, Caporali señala acertadamente que “la antítesis libre-esclavo es compartida por todos los pueblos indoeuropeos, con mayor o menor relevancia en India y en Persia, en Asiria y en el Antiguo Egipto; en Babilonia y en Israel, en Grecia y en Roma. Más o menos relevante, sobre la base de efectivas experiencias históricas, aquella oposición se mantiene firme, espontáneamente aceptada y reconocida por la fuente de la que se deriva, y desde la cual se percibe inmediatamente la distancia insalvable que separa el interior y el exterior de una comunidad”, R. CAPORALI, *Uguaglianza*, cit., p. 11.

sistemas que han creído (sinceramente) en el valor político y ético de la igualdad han utilizado, *paradójicamente*, dicho valor para crear desigualdad, con el fin, por tanto, de excluir a algunos del círculo de los iguales (y en la mayor parte de los casos indebidamente). Por otra parte, este es un riesgo consustancial a la misma naturaleza del concepto de igualdad política tal y como la hemos definido. Como es evidente, similares problemas no son fáciles de hallar en el ámbito lógico-matemático, en el que dos objetos *iguales*, en el sentido precisamente de *idénticos*, lo son siempre, y en cualquier condición: tanto el lenguaje lógico-matemático, cuanto los resultados a los que conduce, son constantes y su alteración produce inevitablemente errores objetivos y de significado constante. Prueba de ello es que el hecho que afirmar, por ejemplo, que  $2+2=5$ , desde el punto de vista matemático constituye, ha constituido y siempre constituirá un sinsentido. Y ello por la simple razón de que los principios que regulan dicho tipo de razonamiento no son negociables, y sobre todo no son susceptibles de ajustes y adaptaciones para satisfacer las exigencias de lo contingente: nunca ha existido un sistema político, ni aún el más despótico, en condiciones de alterar dicho resultado, un régimen, por tanto, capaz de subvertir las auto-evidentes razones de la matemática. Sólo el implacable sistema totalitario imaginado por Orwell en *1984* ha tenido éxito en el intento, convenciendo al *subversivo* Smith que  $2+2=5$ <sup>22</sup>. Pero también en este caso, incluso en el caso en el que un gobierno consiguiera subvertir la lógica de la matemática, no se demostraría la falacia de aquel tipo de razonamiento, que no obstante permanecería por siempre perfectamente correcto, ¡sino sólo la fragilidad de las convicciones humanas frente a la fuerza!

En el ámbito ético-político la situación es bastante mucho más incierta. Desde la antigüedad, filósofos y gobiernos han creído en el valor de la igualdad, si bien, desde la antigüedad siempre ha habido alguien que ha permanecido *fuera*. Si hay una constante en la historia de la humanidad, esta es representada precisamente por la tendencia a la exclusión de *alguien* respecto a *algo*: de los esclavos, por ejemplo, de los extranjeros, de los mestizos, de las mujeres, de las personas de color, de los homosexuales, de que tienen

---

<sup>22</sup> Se alude al pasaje en el que el funcionario del Gobierno O'Brien, tras extenuantes interrogatorios y torturas, quiere minar las últimas certezas de Smith, también la más obvia: "Tardas mucho en aprender, Winston"– dijo O'Brien con suavidad. "No puedo evitarlo –balduceó Winston–. ¿Cómo puedo evitar ver lo que tengo ante los ojos si no los cierro? *Dos y dos son cuatro*". "Algunas veces sí, Winston; pero otras veces son cinco. Y otras tres. Y en ocasiones son cuatro, cinco y tres a la vez. Tienes que esforzarte más. No es fácil recobrar la razón". G. ORWELL, *1984*, trad. de R. Vázquez Zamora, Destino, Madrid, 2003, p. 267. *Cursivas mías.*

diferentes capacidades, de los que tienen diferentes creencias. La lista podría prolongarse, o bien ser reducida a una única categoría, pero de contenido muy variado e imprevisible: la de los *diferentes*. Cada época, obviamente también la nuestra, ha tenido sus *diferentes*, personas que a causa de una de sus características, más o menos evidente, no han sido consideradas dignas de pertenecer al tan deseado *club de los iguales*.

Explicar por qué ocurre tal cosa es muy complicado, la naturaleza de las causas podría ser de lo más diverso: a) conceptual, por ejemplo, por la que la igualdad, necesariamente, presupondría la desigualdad; b) antropológica, por la que el hombre tendería a *crear* diferencias por razones de alguna manera ligadas al propio DNA; c) también, y de acuerdo con Hobbes, emotiva, por la que los hombres excluirían a algunos iguales del disfrute de algo sólo por el temor de ser a su vez excluidos; d) o, aún, contingente, es decir por razones únicamente derivadas de la ignorancia, de la pobreza, más que de la guerra. Pero, más allá de las posibles causas, cuya identificación nos llevaría demasiado lejos y requeriría, por otra parte, profundas competencias interdisciplinarias, la cuestión para nosotros imprescindible es el hecho de que *históricamente* la igualdad haya convivido con la desigualdad o que incluso en algunos casos la haya generado. Y no es casualidad que la pregunta que espontáneamente surge cuando se habla de iguales sea siempre la misma: *iguales, ¿respecto a quién?*

He aquí entonces nuestro problema más urgente: si la igualdad no es identidad, y si no existe una idea fija e inmutable de igualdad con la que medir las *cosas iguales* del mundo, ¿es posible, no obstante, determinar un contenido mínimo e indispensable de igualdad, o bien estamos condenados a una visión estrictamente relativista, en la que la igualdad puede asumir cualquier forma, incluso paradójicamente la más excluyente?

En este punto, conviene subrayarlo, no estamos haciendo referencia al concepto de igualdad en su significado más abstracto y general, sino a aquel tipo de igualdad que implica la justicia, *in primis* la social.

En efecto, la circunstancia por la que dos objetos o dos personas son considerados iguales, tomada en sí, no posee implicaciones morales. Como apunta correctamente Bobbio<sup>23</sup>, “mientras la justicia es un ideal, la igualdad es un hecho, –y por tanto– no es por sí mismo ni justo ni injusto que dos

---

<sup>23</sup> Para una reconstrucción de la perspectiva de Bobbio en relación con la igualdad y la libertad, vid entre otros, J. ESPEJEL MENA y M. F. VEGA VEGA, “Libertad, igualdad y democracia liberal en el pensamiento de Norberto Bobbio”, *Espacios públicos*, vol. 8, num. 15,

bolas de billar sean perfectamente iguales entre sí"<sup>24</sup>. El hecho de la igualdad adquiere, por el contrario, un destacado significado moral, y por tanto implica directamente la dimensión de la justicia, cuando es entendido como indispensable presupuesto de la distribución de determinados recursos, tanto materiales cuanto inmateriales, dentro de una sociedad.

Dicha distribución, que para ser considerada justa debe ser sobretodo equitativa<sup>25</sup>, en el sentido de *igual*, puede referirse tanto a las relaciones entre los individuos concretos, como a aquellas entre los individuos y el sistema político. En el primer caso, la igualdad entra en juego, como criterio para identificar lo que corresponde para retribuir a un sujeto por cómo ha actuado, o por lo que ha producido. En tal sentido, las relaciones entre mercancía y precio, entre trabajo y sueldo, y sobre todo entre delito y pena, se incluyen plenamente en esta acepción de la *igualdad que implica la justicia*: es, en realidad, del todo legítimo discutir, en diferentes niveles, sobre la justicia, en el sentido de equidad, de un precio, de un salario o de una pena. En el segundo caso, por el contrario, la igualdad implica la justicia en cuanto criterio de identificación de las clases de *iguales* a los que distribuir "ventajas y desventajas, beneficios y cargas, en términos jurídicos derechos y deberes"<sup>26</sup>. Se trata, en definitiva, de *dar a cada uno lo suyo*, pero en base a la proporción, atribuyendo así partes iguales a sujetos iguales.

Estamos frente a la conocida distinción aristotélica ente justicia (o igualdad) conmutativa (o retributiva) y justicia distributiva, de la que no podemos prescindir.

Si bien no es posible dar cuenta de dichos modelos analíticamente, no obstante es indispensable para nuestros fines hacer notar que ambos no contienen criterio alguno dirigido a determinar éticamente la distribución en los *casos particulares*. Se trata de modelos abstractos y formales que, si bien implican ya una dimensión de justicia, no son suficientes, si no se integran debidamente, para producir resultados evaluables desde el punto de vista moral. Pongamos un ejemplo referido al modelo retributivo, y de manera particular a la relación entre delito y pena: como es evidente, sostener que al condenado se le aplique el castigo *más congruente* respecto a lo que ha come-

---

2005; A. SQUELLA, "Libertad y igualdad en el pensamiento de Norberto Bobbio. ¿Se puede ser liberal y a la vez socialista?", *Doxa*, num. 21, 1998.

<sup>24</sup> N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino 1995, p. 9.

<sup>25</sup> ARISTOTELES, *Ética Nicomachea* (V, 3, 1131 a 10).

<sup>26</sup> N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, cit. p. 9.

tido o, dicho de otra manera, considerar que deba subsistir igualdad entre el delito y la pena, tiene ya de por sí un importante significado moral, y ello en el sentido de que en aplicación de dicho modelo distributivo el *quantum* de pena debe ser conmensurado *únicamente* al tipo de acción cometida, y no también a otras características determinadas (estéticas, éticas o intelectivas) del sujeto agente. No obstante la evidente abstracción, la relevancia moral del modelo resulta del todo clara, sobre todo a Aristóteles que, precisamente en dicho sentido, señala que: “Lo mismo da, en efecto, que un hombre bueno haya defraudado a uno malo, que un hombre malo haya defraudado a uno bueno, o que el adulterio haya sido cometido por un hombre bueno o malo: la ley sólo mira a la especie del daño y trata como iguales al que comete la injusticia y al que la sufre, al que perjudica y al perjudicado”<sup>27</sup>.

Pero tales argumentos, por cuanto éticamente apreciables, aún no nos dicen nada del contenido que una determinada pena deba asumir en el caso particular, y lo mismo vale también para todos los otros posibles casos de retribución imaginables. En definitiva, parece claro que la congruencia, la equivalencia, la equidad deben ser necesariamente mantenidas y enriquecidas por ulteriores criterios, externos al modelo. Y el mismo razonamiento se puede hacer también a propósito de la justicia distributiva: afirmar, de hecho, que *partes iguales sean distribuidas a sujetos iguales*, que en sí tiene ya un significado moral, nada nos dice aún, sin embargo, del *quid* y del *quantum* que concretamente deben ser distribuidos. En ausencia de ulteriores criterios, en aplicación de este modelo, se podría, por ejemplo, y del todo legítimamente, dar una cantidad de 10 a los hombres libres y de 2 a los esclavos. También en este caso, de hecho, se habrían distribuido partes iguales a sujetos iguales, pero con resultados que en el plano moral dejan, como es evidente, mucho de desear<sup>28</sup>.

Se puede estar una vez más de acuerdo con Bobbio cuando considera que “una vez delimitada la esfera de aplicación de la justicia como igualdad, aún no se ha dicho nada sobre aquello que distingue *una igualdad justa de una injusta*, que es la diferencia esencial en un discurso político entre *la igualdad deseable y la que no lo es*”<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> ARISTOTELES, *Ética Nicomachea*, cit., 1130 b.

<sup>28</sup> Y no es casual que Aristóteles, uno de los primeros teóricos de la igualdad política, particularmente de la distributiva, haya sido también el primero en haber teorizado y justificado de modo sistemático la esclavitud, “Quien por naturaleza no pertenece a sí sino a otro, a pesar de ser hombre, es un esclavo por naturaleza”, ARISTOTELES, *Política*, I, 4, 1254a, 15.

<sup>29</sup> N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, cit. p. 10. *Cursivas mías*.

El problema es crucial, y no es casual que gran parte del disenso que divide aún hoy las diversas teorías de la justicia como igualdad verse precisamente sobre a) los criterios a través de los cuales cuantificar la retribución en concreto y b) aquellos mediante los cuales cualificar, y siempre en concreto, la extensión de la igualdad.

a) Los primeros, los criterios de retribución, son muy abundantes: se puede, por ejemplo, distribuir a cada uno según la propia *necesidad* o según las propias *capacidades*, o utilizar ambos criterios combinados conjuntamente, como defendía la teoría marxista<sup>30</sup>; o bien según el propio *mérito* y el propio *talento*, como aún hoy proponen las teorías liberales<sup>31</sup>; o según el propio grupo o la propia *clase social*, como ocurría en las sociedades clásicas y, aún más, en las medievales. Y la lista, como es evidente, podría continuar aún más. b) y también numerosos son los criterios relativos a la extensión de la igualdad: puede ser considerado *igual*, y por tanto digno de igual tratamiento, *cada ser humano*, como ocurre en el constitucionalismo, ya en parte en el del setecientos; o bien, *cada ciudadano*, lo que excluye al que no es ciudadano; cada varón, y no también las mujeres, o bien *cada blanco*, y no también las personas de color; y también en este caso, podríamos avanzar sin muchas dificultades. Las dos tipologías de criterios, tanto aquellos reales, cuanto aquellos que se pueden proponer en abstracto, pueden ser posteriormente combinadas, dando vida a otros tantos sub-modelos de igualdad: y por tanto, se podría proponer distribuir, por ejemplo, a *cada uno* (y por tanto a todos) según el *mérito*; antes que a *algunos* según las *necesidades* y a *otros* según el *talento* etc.

Pues bien, ¿qué combinación elegir? O en otros términos, ¿puede predicarse de una combinación que es mejor en absoluto que las otras?

---

<sup>30</sup> He aquí las exactas palabras de MARX proclamadas en la *Crítica del programa de Gotha*, "(...) en esta fase se superará la distinción histórica entre trabajo físico y trabajo intelectual y la concepción burguesa del derecho. Entonces finalmente la sociedad podrá escribir en sus banderas: *De cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades*". Conviene recordar que esta última frase, si bien hecha famosa por Marx, en realidad ya está contenida en los Hechos de los Apóstoles (4, 35).

<sup>31</sup> Recordemos que no todos los filósofos adscribibles en diferente sentido a la corriente liberal sostienen un modelo meritocrático. En particular John Rawls considera que el mérito no puede constituir un criterio justo de distribución, y ello en cuando que los talentos y las capacidades intelectivas de los que derivan no son elegidos, sino por el contrario fruto de la que el filósofo americano llama "una lotería natural". Si es verdad que el esfuerzo, el empeño, la perseverancia contribuyen a producir los resultados, y por tanto, los méritos, es también verdad que el punto de partida desde el que cada uno sale deriva de la suerte, que ciertamente es incompatible con el mérito. Cfr. J. RAWLS, *Una teoría della giustizia*, Milano, 2004.

A la pregunta, creemos, no puede responderse en sentido afirmativo: una cosa es considerar que una combinación de los criterios de igualdad sea más próxima a nuestros ideales políticos, a nuestras convicciones en materia económica, a nuestros principios morales o a nuestros sentimientos de solidaridad; otra cosa, sin embargo, es afirmar que una determinada combinación sea *objetiva e intrínsecamente* mejor, en el sentido de más justa, que todas las otras: sostenerlo, comportaría una diabólica carga de la prueba, es decir la de demostrar, cuanto menos, que la combinación de las variables que ella propone sea válida en cualquier contexto (cultural, religioso, político, económico y temporal) y, por tanto, funcional en sentido universal. Seguramente existen, y han existido combinaciones que gobiernan mejor que otras determinadas situaciones, culturales por ejemplo, o más adaptadas que otras para gestionar las diferencias en un determinado momento histórico. Pero ninguna combinación, y es difícil que ello pueda ocurrir, ha ofrecido nunca una solución capaz de gobernar y de adaptarse universalmente a todos los contextos imaginables.

Ello resulta claro si asumimos, como hipótesis, el deber de distribuir determinados recursos sobre la base de la mejor combinación posible, por ejemplo aquella que, propuesta a una hipotética asamblea universal, o aún mejor condicionada por los límites cognitivos a los que Rawls somete a los miembros de su *posición original*<sup>32</sup>, con toda probabilidad obtendría la mayor adhesión imaginable: pues bien, para alcanzar tal fin, este hipotético modelo debería por una parte extender lo más posible la igualdad; y ello en cuanto que una asamblea así concebida nunca aprobaría un modelo que creara diferencias racionalmente inaceptables; y por otro, debería adoptar un criterio de atribución capaz de anular lo más posible los privilegios y las ventajas. Con toda probabilidad, podría recibir consenso una combinación de este tipo:

*A cada uno (y por tanto a todos) según las propias capacidades y los propios méritos.*

En ambos casos las exigencias requeridas parecen efectivamente satisfechas. La utilización del cuantificador universal *cada uno*, que sin ulteriores especificaciones significa *todos*, garantiza la máxima extensión de la igualdad; y el reclamo de las capacidades y/o al mérito, parecería garantizar la completa supresión de ventajas y privilegios *de nacimiento*. Pero, ¿es verdaderamente así?

La respuesta aparece, también en este caso, negativa. Como es evidente, y como nos enseña la experiencia, también una distribución de este tipo, a primera vista del todo aceptable, se puede revelar en realidad nociva y dis-

---

<sup>32</sup> J. RAWLS, *Una teoría della giustizia*, cit., p. 255.

criminadora en determinadas circunstancias. A pesar de que el intento sea el de extender *cada cosa a cada uno*, y por tanto de hacer, al menos en un cierto sentido, a todos iguales, el resultado parece confirmar el pesimista lema orweliano según el cual todos los hombres son iguales, “*pero algunos son más iguales que otros*”<sup>33</sup>. Y ello por la obvia consideración de que no todos los hombres tienen las mismas capacidades, y sobre todo que, en la mayor parte de los casos, tal *déficit* de capacidades deriva de causas no imputables a las personas, sino reconducibles a la *suerte* y a la *fortuna*<sup>34</sup>.

Tal consideración no nos obliga a considerar el criterio de distribución equivocado en sentido absoluto, cosa que por el contrario haríamos frente a un cálculo matemático falaz, falaz incluso en un solo caso; y ello en cuanto que la distribución, en algunos casos absolutamente inicua, puede revelarse equitativa y perfectamente funcional en otro contexto. Pongamos un ejemplo.

Pensemos en el caso de un famoso director de orquesta que está reclutando nuevos músicos para un importante concierto: pues bien, nadie tendría nada que objetar si en tal situación se aplicase la regla “*A cada uno según sus propias capacidades*”. El director, de manera totalmente legítima, bien podrá pretender, por tanto, elegir a los mejores músicos, *exclusivamente* en base a sus capacidades personales. De ello deriva que las objeciones del músico excluido, relativas por ejemplo a la *discapacidad* que ha prejuzgado la ejecución, más que a las escasas posibilidades económicas que han influido negativamente en su formación musical, si bien ciertas, pueden ser legítimamente superadas. En dicha situación, en definitiva, el modelo de distribución parece del todo funcional al fin, así como éticamente compartible: podrá entrar en la orquesta *cualquiera*, porque capaz; y podrá ser excluido *cualquiera*, porque incapaz.

Y obviamente, similares consideraciones podrían ser hechas para todas las otras combinaciones imaginables, también en sentido contrario; es decir, en el caso de un modelo distributivo, a primera vista injusto e ineficaz, pero que en algunos casos se revela del todo aceptable. Ninguno, por ejemplo, aceptaría en abstracto un modelo distributivo de derechos de este tipo: *sólo a algunos y en base a la edad*, pero una vez aplicado al caso concreto y verificadas

---

<sup>33</sup> En realidad el lema dice “Todos los animales son iguales, pero algunos son más iguales que los otros”, G. ORWELL, *Animal farm*. Cursivas mías.

<sup>34</sup> Sobre el papel que la fortuna juega en la distribución de los recursos, y sobre las posibles estrategias para asignarlos, entre otros, vid. M. NUSSBAUM, *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*, ed. it. a cura di G. Zanetti, Bologna, 2004; R. DWORKIN, *Virtù sovrana*, cit., pp. 327 e ss.; J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit.

las finalidades, también este modelo podría revelarse del todo equitativo: *sólo los mayores de edad tienen el derecho de comprar y consumir bebidas alcohólicas*.

En definitiva, algunas consideraciones importantes: si el problema de la igualdad lógico-matemática admite una y única solución, el de la igualdad política admite, por el contrario, infinitas soluciones, tantas cuantas son las exigencias distributivas que la realidad propone. La idea de un modelo distributivo válido siempre y en todo lugar, es difícilmente sostenible. Pero ello no implica necesariamente relativismo o anarquía conceptual. Las elecciones de los criterios de igualdad, lejos de ser arbitrarias o casuales, pretenden basarse en una seria pretensión de corrección y de justicia, deben ser sobre todo funcionales a la consecución del fin inmediato y, en sentido más amplio, a la realización del valor último, todo siempre bajo los auspicios del meta-valor de la igualdad. Volviendo aún una vez más al ejemplo del director de orquesta a la busca de sus músicos, en aquella situación el modelo utilizado, basado en las capacidades y en las habilidades de los aspirantes, consigue el fin inmediato de la selección de los mejores músicos, y realiza al mismo tiempo el valor de la excelencia, en el respeto absoluto a la igualdad de trato. Probablemente también otros modelos podrían realizar igualmente bien tales condiciones, pero ciertamente la presencia de aquellos fines y de aquellos valores limita poderosamente el campo de los modelos de igualdad practicables.

El problema del que hemos partido resulta ahora modificado: no se trata en realidad de seleccionar el mejor modelo distributivo cuanto, y sobre todo, de entender qué valor deba ser realizado a través de un determinado modelo de distribución. Ahora, si en situaciones simples, como aquella en la que se encuentra el director de orquesta, el fin y el valor a realizar son connaturales a su actividad, en el sentido de que no son concebibles fines y valores alternativos, con referencia a complejas situaciones de justicia social, los problemas devienen mucho más articulados, y es del todo legítimo preguntarse qué modelo distributivo deba ser utilizado en ocasiones para realizar mejor el valor de la igualdad.

### 3. TERCERA PREGUNTA. ¿IGUALES EN QUÉ?

Parece ahora claro que el término *igualdad* alude a una exigencia muy incierta, si no incluso “misteriosa”<sup>35</sup>: en efecto, una vez demostradas las impor-

---

<sup>35</sup> La expresión es de Dworkin: “La igualdad es un ideal político popular pero misterioso”, R. DWORKIN, *Virtù sovrana*, cit., p. 1.

tancia y las necesidades de la igualdad, que incluso puede asumir el rol de real criterio de distinción entre democracia y tiranía; y una vez evidenciado que los instrumentos para actuarla dependen también de condiciones *dadas*, y que por tanto no son (nunca completamente) arbitrarias, el discurso sobre la igualdad se encuentra apenas iniciado, y la pregunta más importante en absoluto aún debe ser planteada: *¿iguales en qué?*<sup>36</sup>.

En las páginas precedentes hemos excluido la posibilidad de la identidad, de la *igualdad en todo* que, además de imposible, constituye un fin ética y políticamente indeseable: los hombres son diferentes entre sí, y esto es un hecho; pero sobre todo, es bueno que lo sean y que sigan así, ¡y esto es un valor! Como señala correctamente Sen, “la diversidad humana, lejos de ser una complicación secundaria, (a ignorar o a considerar *junto a otras*) es un elemento fundamental de nuestro *interés por la igualdad*”<sup>37</sup>. Una seria y compartible teoría de la igualdad no aspira, por tanto, a hacer a todos los hombres lo más iguales posibles, no aspira a una igualdad lo más cercana a la identidad. Pretende más bien que los hombres sean iguales sólo en aquello que es importante: la diversidad es un valor al igual que lo es la igualdad. No obstante, la retórica de la igualdad quiere, por el contrario, *a todos los hombres iguales*, sin valorar que la deficiente consideración de la diversidad a menudo es capaz de producir, y a menudo produce, consecuencias que son paradójicamente anti-igualitarias.

Estando así las cosas, el problema fundamental de la igualdad, entonces, deviene aquel de la correcta identificación de su *objeto privilegiado*: ¿qué cosa, qué valor o qué bien, es *importante* hacer igual para todos? Es justo ser iguales, pero *¿en qué?*

Disponemos ahora de un punto firme del que partir: la igualdad, como fin ético-político, no es un valor totalizador, es deseable en la medida en que se refiere a aspectos particulares de nuestras vidas. Lo cual, lejos de simplificarla, hace aún más compleja la situación: la *elección* de aquel *qué cosa*, de hecho, no puede ser calibrada exclusivamente, respecto a su mayor o menos deseabilidad, sino más bien en referencia a la mayor o menor indeseabilidad de todas aquellas variables desiguales, que necesariamente deben coexistir con ella. Lo cual dicho de otra manera significa que las teorías de la igualdad, cual sea su propuesta distributiva, deben asumir, y prever y aceptar, el

<sup>36</sup> La centralidad de esta pregunta es subrayada tanto por Bobbio como por Sen. Cfr. N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, cit.; A. SEN, *La diseguaglianza*, cit.

<sup>37</sup> A. SEN, *La diseguaglianza*, cit., p. 10. *Cursivas mías*.

grado de desigualdad que su opción distributiva *necesariamente* implica. Las preguntas, bien visto, son entonces dos: no sólo nos estamos preguntando “¿iguales en qué?”, sino también ¿desiguales en qué?

Pues bien, las soluciones propuestas son muchas, sobre todo desde que John Rawls publicó su trabajo de referencia, *A Theory of Justice*, que ciertamente ha contribuido a resituar la cuestión de la de la equitativa distribución de los recursos en aquel lugar central que ciertamente merecía. Para nuestros fines, no obstante, nos limitaremos a analizar tres propuestas solamente, creemos que las más relevantes<sup>38</sup>, las teorías de la igualdad de bienestar, de la igualdad de recursos y de la igualdad de oportunidades<sup>39</sup>:

a) En base a la primera, y tomando prestada la bella definición ofrecida por Dworkin, se mantiene “que un plan distributivo trata a las personas como iguales cuando distribuye o transfiere recursos entre esas personas hasta que ninguna transferencia adicional consiga que su bienestar sea más equitativo”<sup>40</sup>; b) en base a la segunda se sostiene, por el contrario, que un “plan trata a las personas como iguales cuando distribuye o transfiere de forma que ninguna transferencia adicional haga que su parte de los recursos totales sea más equitativa”<sup>41</sup>; c) y en fin, en base a la tercera, la teoría de la igualdad de oportunidades, se propone, más modestamente, la abolición de todas aquellas contingencias de naturaleza socio-económica, a menudo muy relevantes, que de hecho impiden la competición intersubjetiva en condiciones de paridad.

---

<sup>38</sup> En efecto, muchas de las teorías alternativas parecen ser variantes de las tres que aquí tomamos en consideración.

<sup>39</sup> La primera, la igualdad de bienestar, constituye una versión más general del utilitarismo clásico benthamita. En aquella opción teórica, como es sabido, el concepto de bienestar era entendido en términos de felicidad, a pesar de que las dinámicas conceptuales parecen idénticas. La segunda, la igualdad de recursos, ha encontrado un buen intérprete en el filósofo del derecho norteamericano Ronald Dworkin: Vid. R. DWORKIN, *Virtù sovrana*; la tercera, la igualdad de oportunidades, que ha sido defendida últimamente por el economista indio Amartya Sen (vid. A. SEN, *La diseguaglianza*, cit.), es de hecho reconducible a la tradición del liberalismo clásico de Hayek, Bell y Friedman. Además, para una visión más general de las propuestas filosóficas contemporáneas en temas de igualdad puede consultarse también a V. CAMPS, “La igualdad de las oportunidades en la filosofía actual”, en *Psychosocial Intervention*, vol. 6, núm. 3, 1997.

<sup>40</sup> R. DWORKIN, *Virtù sovrana*, cit., p. 2. Además, para una reconstrucción crítica de la teoría política de Dworkin, y en particular, de su concepción liberal de la igualdad, vid., L. SANTOS PÉREZ, *Liberalismo e igualdad: una aproximación a la filosofía política de Ronald Dworkin*, Univ. Externado Colombia, 2010.

<sup>41</sup> R. DWORKIN, *Virtù sovrana*, cit., p. 2.

Probemos a simplificar mediante un ejemplo: admitamos que debemos distribuir determinados fondos universitarios, con un valor de 12, entre tres profesores. Pues bien, en su versión básica, las tres teorías, aplicadas al caso, propondrían lo siguiente: la teoría de la *igualdad de recursos* sugeriría atribuir una igual cantidad de recursos a cada uno, y específicamente asignaría a cada profesor bienes por un valor igual a 4; la teoría de la *igualdad de bienestar*, por el contrario, propondría intentar todas las combinaciones distributivas posibles, hasta que la división produzca un igual bienestar para cada uno de los tres profesores. Lo que, como es evidente, implica la imposibilidad de predeterminar las cuotas a atribuir a cada uno; la teoría de la *igualdad de oportunidades*, en fin, parece ocuparse de una cuestión diferente: no quiere, de hecho, identificar la distribución más justa *ex post*, que por tanto exigirá a su vez un ulterior criterio; más bien, en referencia a nuestro ejemplo, propondría determinar las condiciones *ex ante* gracias a las cuales los tres profesores puedan concurrir al disfrute de los fondos en una condición de total paridad: una igualdad de *input* por tanto, y no también de *output*, una igualdad en las oportunidades y no también y necesariamente en los resultados.

Para captar de manera inmediata las más evidentes ventajas y defectos de las tres propuestas, probemos ahora a modificar alguno de los tres elementos de nuestra situación imaginaria. Supongamos, por ejemplo, que el primer profesor, siendo invidente, quiera utilizar parte de los fondos para comprar libros traducidos en *braille* y costosos *software* para la escritura oral; que la segunda, que es mujer, siendo por el contrario una apasionada de los libros antiguos, por otra parte *indispensables* para sus investigaciones, quiera destinar parte de los fondos a la compra de tales costosísimos bienes; y admitamos, en fin, que el tercero, amante de los viajes, quiera utilizar los propios fondos para visitar París y sus universidades. Imaginemos, en fin, que los fondos no sean homogéneos, comprendiendo para el 70% dinero, y para el restante 30% material informático, dietas, muebles nuevos para oficinas, etc.<sup>42</sup>

Los ajustes de la situación imaginaria que acabamos de presentar, parecen plantear importantes implicaciones, sobre todo para la teoría de la igualdad de recursos.

a) Para comenzar, la no homogeneidad de los fondos, que ahora comprenden además de dinero también bienes diversos, hace particularmente

---

<sup>42</sup> El ejemplo está inspirado en la situación imaginada por Dworkin en la que el padre debe dividir sus bienes entre los hijos, cada uno con características y exigencias diferentes. R. DWORKIN, *Virtù sovrana*, cit., p. 2.

difícil la distribución imaginada por los defensores de esta teoría que, estando así las cosas, ya no puede consistir en una simple división matemática de los bienes en partes iguales. No existe la posibilidad de dar cuenta de todas las complejas cuestiones<sup>43</sup> implicadas en dicha situación, sobre todo matemáticas; nos limitaremos a constatar que la única solución practicable en tal caso podría consistir en la atribución a cada uno de cuotas no homogéneas pero de igual valor. Lo cual, quizás siendo factible en nuestro simple ejemplo, cuando se aplica a sociedades reales también no homogéneas, como es fácil intuir, parece crear enormes problemas de distribución, sobre todo relativos al grado de satisfacción individual. Si bien Dworkin, a través del conocido instrumento de la subasta o del mercado<sup>44</sup>, cree resolver el problema, y superar la condición de *envvidia social*<sup>45</sup>, consideramos que el instrumento imaginado por el filósofo americano pueda como mucho funcionar para situaciones de exiguas distribuciones entre pocos sujetos, como la aquí imaginada, así como para aquella que el propio Dworkin imagina en su obra<sup>46</sup>.

Pero no sólo.

La teoría de la igualdad de recursos parece encontrar un problema aún mayor y, creemos, de carácter más general: incluso admitiendo poder conseguir una perfecta igualdad de recursos, atribuyendo a los tres profesores cuotas de idéntico valor, tal igualdad, como sugiere el mismo ejemplo, debería coexistir necesariamente con las desigualdades de capacidades y de prioridades que hemos atribuidos a los tres profesores. Pero, y por un hecho principalmente matemático, la suma de las dos variables, es decir iguales recursos y diferentes capacidades, parece crear a su vez una nueva y mayor desigualdad. En concreto, atribuir la misma cantidad de fondos al profesor que tiene un *hándicap*, sin ninguna consideración particular por las exigencias que su condición presenta, y a su colega sano y amante de los viajes, lejos de resolver el problema de la igualdad, en un cierto sentido acaba exasperándolo, agudizando en realidad las diferencias y aventajando al sujeto menos necesitado.

b) Quien defiende una teoría de la *igualdad de bienestar*, por el contrario, no se conforma con una distribución igualitaria de los recursos, sino que

---

<sup>43</sup> Tales cuestiones vienen abordadas, y en su opinión resueltas, en R. DWORKIN, *Virtù sovrana*, cit., pp. 61 y ss.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

más bien aspira a hacer a cada no igual en base a su bienestar. Aplicando tal indicación a nuestro ejemplo, podemos deducir que según esta perspectiva cada profesor debería obtener solamente, o como mucho, aquella cantidad de fondos que le permitan alcanzar, en aquella situación, una condición de bienestar aceptable. Lo que presupone una evidente paradoja: la consecución de una igualdad de bienestar requiere, casi siempre, una desigualdad en la distribución de recursos, y ello por la simple constatación de que cada uno alcanza el propio bienestar a través de vías y *costes* diferentes. En particular, con el fin de lograr la propia condición de bienestar, el profesor invidente deberá tener prioridad sobre sus colegas. Las exigencias que su *handicap* plantea, en realidad, afectan a un bienestar *primario*, que se refiere, así, al desarrollo de su misma actividad laboral: lo que implica que, sin los fondos necesarios, no tendría acceso a determinados servicios y conocimientos fundamentales, tanto para su vida, como para su trabajo. Pongamos, por tanto, que la satisfacción de tales exigencias comporte el empleo del 50% de los fondos totales.

En este punto, entre las exigencias de la coleccionista de libros antiguos y del amante de los viajes, en aplicación del criterio del bienestar, deberían prevalecer las de la primera, y por motivos similares a los que nos hemos referido en favor del profesor invidente. También en este caso, de hecho, aún con las debidas diferencias de grado, las exigencias requeridas por su pasión por los libros antiguos se refieren a un bienestar también *primario*: si, de hecho, priváramos a la profesora de sus fondos, ello incidiría directamente sobre su capacidad laboral que resultaría ciertamente comprometida. Los libros antiguos, recordémoslo, habían sido descritos como *indispensables* para su actividad de investigación y, por tanto, para su pasión e, indirectamente, para la calidad de su vida. Admitamos, por tanto, que la satisfacción de dichas exigencias requiere el empleo del 30% de los fondos totales.

Obviamente, estando así las cosas, el tercer profesor deberá contentarse con el 20% restante, no porque las exigencias derivadas de su pasión por los viajes sean en absoluto de escasa importancia –nadie niega que la vida para ser plena de bienestar deba incluir también viajes, buena comida, arte, etc.– cuanto porque el desatender dichas exigencias, digamos lúdicas, produciría un impacto menor sobre su bienestar general, respecto al que la *diminutio* supondría por el contrario a la calidad de vida de los dos colegas: el tercer profesor, de hecho, incluso si los fondos se redujeran, podría continuar con su existencia sin limitaciones que afecten a sus funciones primarias.

He aquí, por tanto, la distribución que con toda posibilidad sería propuesta por el defensor de la igualdad de bienestar: 6 para el profesor invidente; 3,6 para la profesora, 2,4 para el último profesor.

El razonamiento que acabamos de desarrollar parece sensato. Y no es casual, de hecho, que también uno de los más encendidos contrarios a la teoría de la igualdad de bienestar, Ronald Dworkin, haya afirmado que “la idea de que si la igualdad es importante, lo que cuenta es la igualdad de bienestar, resulta atractiva de inmediato”<sup>47</sup>. Es verdad, la solución a la que hemos llegado es atractiva, cada uno ha tenido lo *suyo*, y conforme a un cálculo que da debida cuenta de las concretas exigencias de los sujetos implicados. No obstante lo cual tampoco esta posición, si es analizada en concreto, aparece libre de complicaciones. Y de manera particular dos, ambas referidas a la factibilidad del modelo si es aplicado a gran escala, parecen particularmente importantes y dignas de consideración.

Buen visto, aquello que en nuestro ejemplo ha hecho posible la distribución sobre la base del bienestar ha sido la circunstancia por la cual éramos desde el comienzo conscientes de las condiciones de bienestar de los tres profesores, o mejor dicho, de las exigencias que en concreto debían ser satisfechas con el fin de realizar su bienestar *subjetivo*. Desde este punto de vista, la factibilidad del modelo distributivo a examen parece directamente proporcional a las capacidades y a las posibilidades cognitivas de los sujetos encargados de la distribución. Y si eso es cierto, es cierto también lo contrario, es decir que el *déficit* cognitivo resulta ser inversamente proporcional a la factibilidad del modelo. Pero en referencia a sociedades e instituciones reales, el *déficit* cognitivo parece constituir una condición del todo fisiológica: ningún sistema político puede conocer realmente las condiciones de bienestar de sus miembros, y por tanto, lo necesario para poder satisfacerlas<sup>48</sup>. Este es el motivo por el que, en concreto, la igualdad de bienestar se traduce

---

<sup>47</sup> La frase continua así: “Los economistas inventaron o, al menos, adoptaron el concepto de bienestar para describir, precisamente, lo que es fundamental en la vida frente a lo que es simplemente instrumental. De hecho, el concepto de bienestar se adoptó para proporcionar una métrica que permitiera asignar un valor adecuado a los recursos: los recursos son valiosos siempre que produzcan bienestar”, R. DWORKIN, *Virtù sovrana*, cit., p. 4. *Cursivas mías*.

<sup>48</sup> No es casual que, precisamente en el intento de salvar el obstáculo, los sistemas políticos y económicos tiendan a inducir las exigencias, a crear las necesidades, para así poder satisfacerlas eficazmente, y nunca gratuitamente. La distinción por tanto entre necesidades reales e inducidas está ya admitida por las ciencias económicas y por las doctrinas sociales y políticas. Vid entre otros, J.P. BESSET, *La scelta difficile. Come salvarsi dal progresso senza essere reazionari*, Bari, 2007.

a menudo en una igualdad de recursos: “es cierto que la distinción entre las dos teorías abstractas será menos clara en un contexto político normal –señala Dworkin–, especialmente cuando los funcionarios tengan muy poca información sobre los gustos y ambiciones reales de ciudadanos concretos”<sup>49</sup>. Lo que implica que realizar el bienestar de cada uno pueda traducirse, en la práctica, en la maximización de *una* particular idea de bienestar, de *uno* de los significados atribuibles al concepto. Cayendo, así, en todos los problemas de incompatibilidad con las libertades individuales tradicionalmente atribuidas a la idea distributiva propuesta por el utilitarismo clásico<sup>50</sup>.

Para concluir, a diferencia de las otras teorías, la que sostiene la igualdad de bienestar, lleva consigo una importante complicación adicional, derivada de la vaguedad del concepto de bienestar. Compartir tal perspectiva, por tanto, incluso admitiendo poder resolver todos los problemas cognitivos que se acaban de señalar, quiere decir, mayormente, estar de acuerdo con una variante particular, coincidente precisamente con una entre las posibles interpretaciones de la idea de *bienestar*: podría estarse de acuerdo, por ejemplo, en el hecho de que las instituciones públicas deban garantizar a todos el mismo *quantum* de felicidad, pero no también sobre el hecho de que deban garantizar el mismo éxito social. Y entonces, a la pregunta de la que hemos partido, *¿iguales en qué?*, se añade una segunda, y no menos compleja, *¿qué bienestar?*

c) Por lo que se refiere a la teoría *de la igualdad de oportunidades*, como ya he adelantado, no ofrece una solución al pequeño problema distributivo planteado en nuestro ejemplo, más bien actúa sobre sus presupuestos, ex ante como se mencionó. El valor tutelado es ahora el de las oportunidades, por tanto un estado potencial que precede a los problemas distributivos de los que nos hemos ocupado hasta ahora, por el que “*the only opportunity which is equal is precisely the opportunity to compete on these terms*”<sup>51</sup>.

Regresando a nuestros tres profesores lo que ahora es importante es que cada uno tenga iguales, esta vez en el sentido de idénticas, oportunidades en el acceso a los fondos. Más específicamente, una teoría de este tipo verificaría, sobre todo, que por ejemplo la convocatoria del concurso no fuera

<sup>49</sup> R. DWORKIN, *Virtù sovrana*, cit., p. 3.

<sup>50</sup> Para una breve síntesis del utilitarismo benthamiano y de sus principales críticas, me permito reenviar a A. PORCIELLO, “Il positivismo giuridico inglese ottocentesco: Jeremy Bentham e John Austin”, en *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Torino, 2010.

<sup>51</sup> A. FLEW, *The Politics of Procrustes. Contradiction of Enforced Equality*, Amherst, New York, 1981, p. 45.

discriminatoria en modo alguno, que tratase de manera idéntica a los tres profesores, no considerando, de ninguna manera, por ejemplo, las diferencias de *hándicap* y de sexo<sup>52</sup>. En ese sentido, la convocatoria en nuestro ejemplo, y en general la teoría de la igualdad de oportunidades, funcionan como filtros, mediante los cuales eliminar todo aquello que es *irrelevante* a los fines de la distribución y estableciendo de manera bien visible, por el contrario, todo lo que es útil, e incluso indispensable, a los fines de la mejor elección distributiva.

Como bien observa Bobbio, el concepto expresado no es en realidad novedoso, “no es sino la aplicación de la regla de justicia a una situación, en la cual haya personas en competición entre sí para la consecución de un objetivo único”<sup>53</sup>. La misma situación en la que, por ejemplo, se encuentran los atletas que se disponen a participar en una competición, los ajedrecistas, los jugadores de esgrima al comienzo de la prueba: en todos estos casos la *corrección* de la competición depende, también y principalmente, de las condiciones de partida que, precisamente, deben ofrecer a los participantes las mismas *idénticas* posibilidades de éxito. Nadie encontraría correcto, ni tampoco justo, que un atleta partiera dos metros más retrasado que los otros, o que un ajedrecista jugara con dos figuras menos, o aún que un jugador de esgrima combatiera con un florete más corto que el de su adversario. Y en realidad, precisamente por esas razones, nadie, e *in primis* la justicia deportiva, tolera que un atleta de cualquier disciplina altere la situación de partida consumiendo sustancias dopantes. En todos los ejemplos ofrecidos, en suma, la falta de igualdad de *oportunidades* iniciales prejuzga todo el proceso distributivo, la competición *in toto*, que de hecho resulta ser nula en tanto que desigual en las condiciones de partida.

La idea, por cuanto vieja, es seguramente del todo sensata y compatible, pero ¿podemos aplicar las mismas lógicas igualitarias también a una sociedad real y a sus complejas exigencias distributivas, “por las cuales toda la sociedad se convierte en una inmensa competición”<sup>54</sup> para la consecución de bienes que o son suficientes para todos?

---

<sup>52</sup> Sobre el problema de la diferencia de género y de la igualdad de oportunidades, entre otros vid., A. PULEO (ed.), *Filosofía, género y pensamiento crítico*, Universidad de Valladolid. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial, Valladolid, 2000; A. VALCÁRCEL, *Sexo y Filosofía. Sobre “mujer” y “poder”*, Anthropos, Barcelona, 1991; y de la misma autora: *La política de las mujeres*, Cátedra, Madrid, 1997.

<sup>53</sup> N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, cit., pp. 24-25.

<sup>54</sup> N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, cit., p. 25.

Realmente, aplicaciones parciales, sectoriales, de dicho principio están ya presentes en todas las sociedades democráticas modernas: salvo distorsiones, desgraciadamente no precisamente excepcionales, los puestos públicos, el acceso a determinadas profesiones, siguen precisamente un ejemplo distributivo de este tipo. Y la misma lógica también se encuentra en el artículo 3.1 de la Constitución italiana que, interpretado en la óptica de las oportunidades, exige que “la igualdad de los puntos de partida sea aplicada a todos los miembros del grupo social sin distinción alguna de religión, raza, sexo, clase,” etc.<sup>55</sup>.

Pues bien, el verdadero obstáculo para un uso no sólo parcial, sino también global de dicho modelo distributivo, se refiere a la longeva cuestión de la atribución de significado a la locución “iguales puntos de partida”: ¿cuándo es que diversos sujetos parten del mismo punto? ¿Cuándo pueden considerarse iguales las oportunidades, en una dimensión tan grande y compleja como la social?

En el caso de una competición o de un concurso, no existen problemas interpretativos de este género, las soluciones son intuitivas: dichas competiciones pueden considerarse correctas cuando se eliminan todas las *diferencias irrelevantes* para el fin del resultado de la competición. Dicha operación de sustracción debe excepcionar sólo las habilidades reales y los conocimientos actuales exigidos en aquel preciso ámbito competitivo.

Como es evidente, volvemos a la situación descrita anteriormente en la que el músico, excluido de las pruebas de acceso a la orquesta, no podía criticar legítimamente la elección llevada a cabo por el director, alegando de los impedimentos físicos derivados de la enfermedad o de la insuficiente preparación debida a las precarias condiciones económicas: y ello en cuanto se trataba, precisamente, de aspectos *irrelevantes* en aquel contexto competitivo. Y añadamos ahora que, del mismo modo, el director de orquesta habría violado las reglas del igual punto de partida si hubiera excluido a un músico por ser de una cierta religión, nacionalidad o sexo.

Pero en el ámbito social la *sustracción de las diferencias* aparece particularmente problemática, porque bien visto no existe una línea de partida, un real punto de equilibrio en el que las oportunidades puedan decirse realmente *iguales*.

La pregunta de la que hemos partido, *¿iguales en qué?*, en esta situación adquiere nuevos perfiles, y puede ser modificada en este sentido, *¿hasta qué*

---

<sup>55</sup> *Ibidem.*

*punto es justo ser iguales?* O dicho de otra forma, ¿hasta qué punto las sustracciones pueden ser consideradas moralmente aceptables? Podría, por ejemplo, mantenerse que las correcciones auspiciadas por la teoría de las iguales oportunidades se aplicarían también a las ventajas derivadas de las riquezas que se heredan, y por esto podría considerarse del todo equitativo eliminar, en el sentido de sustraer, también tales diferencias. Cada generación, de esta manera, comenzaría de nuevo la propia *carrera*, esta vez desde un mismo punto de partida. O, como el propio Rawls ha sostenido, podría considerarse que los talentos y las capacidades intelectivas, en cuanto no son como es evidente, “elegidas”, sino que existen en base a una “lotería natural”, deberían ser restablecidas con el fin de obtener una distribución auténticamente equitativa.

Es imposible profundizar aquí en este complejo asunto, nos limitamos a hacer notar que la exasperación de la teoría, como en las propuestas señaladas, plantea importantes problemas de libertad y de autonomía.

Pero no es todo. Todos los casos examinados tienen un aspecto común: se trata de situaciones en las que se realiza el valor de la excelencia, en todas sus posibles declinaciones y en las que, por tanto, hay que seleccionar al *mejor*, es decir a aquel que satisface los criterios de excelencia requeridos en aquel ámbito particular. Vale la pena notar, no obstante, que la “vida social” no es una competición, y menos un lugar en el que se deba premiar a los *mejores*, también porque es difícil, si no imposible, definir el tipo de excelencia que opera en una dimensión tan amplia y heterogénea. La excelencia se nutre del contexto, y si es del todo sensato afirmar “x es un excelente pianista, piloto, notario, ajedrecista, etc.”, menos sentido tiene afirmar que “x es un *excelente ciudadano*”, expresión ésta que, si se usa en dimensiones políticas democráticas y pluralistas, debe comprender necesariamente en su ámbito de significado, *tendencialmente*, infinitos ejemplos de excelencia humana.

Concluyendo, el ejemplo propuesto, a pesar de su simplicidad, sobre todo ha puesto en evidencia la neta diferencia entre las propuestas teóricas: dos de las cuales, al menos desde el punto de vista abstracto, desembocan en distribuciones muy diversas entre ellas, y la tercera parece actuar sólo sobre las condiciones que preceden la distribución. Pero no sólo. Ha demostrado también que cada solución presenta evidentes ventajas, pero también, evidentes defectos, que en determinadas situaciones concretas parecen hacer inutilizable la estrategia distributiva en particular.

De ello la convicción de que ninguno de los modelos puede constituir una solución exclusiva y definitiva: en un cierto sentido las propuestas se

implican respectivamente, y se prestan a aplicaciones y balanceos parciales y sinérgicos, que deben efectuarse caso por caso. Lo que parece comportar que cualquier propuesta distributiva es también una elección política/ ideológica, controlada por el Derecho, pero sólo de manera parcial.

Cuando se llega a las alturas del sistema jurídico, cuando se trata de “gestionar” los valores últimos del sistema, más allá y por encima de los cuales “simplemente” no existe nada, el Derecho parece perder aquella *certeza* identificable en sus niveles inferiores. Estamos en presencia de “un Derecho” necesariamente más amplio y genérico, ciertamente capaz de organizar, pero que constitucionalmente (en todos los sentidos que se pueden atribuir a este término) ya no está en condiciones de “obligar”, y por otra parte está bien que tampoco lo intente.

¿Qué elegir, por ejemplo, entre el valor “x” y el valor “y”, cuando tales valores parecen ser jurídicamente del mismo nivel y, por tanto, no susceptibles de ninguna jerarquización preventiva definitiva? O aún, y con referencia a lo que acabamos de decir, ¿qué significado atribuir a cada valor concreto, al de la igualdad por ejemplo?

Como es obvio el derecho no puede responder a estas preguntas de una vez por todas, porque si lo hiciera, lo que derivaría sería un sistema *estática* y *definitivamente* ideologizado, y por tanto portador de una verdad con la V mayúscula<sup>56</sup>, del todo incompatible respecto a las exigencias pluralistas y democráticas del constitucionalismo. El Derecho constitucional, a estas alturas vertiginosas, constituye sólo un marco conceptual y valorativo en el que los órganos institucionales, en primer lugar los jueces constitucionales, deberían llevar a cabo las elecciones más adecuadas respecto a la sociedad y a sus (hoy demasiado rápidos) cambios, elecciones que, nos guste o no, son también en parte ideológicas pero, no también definitivas. La profundización en tal asunto crucial nos llevaría demasiado lejos, pero es importante por lo menos subrayar que en estos casos, si es verdad que “La Corte hace (...) una elección que es, y por su naturaleza permanece, ideológica, si bien disimulada con el encanto de los argumentos calificados como estrictamente jurídicos”<sup>57</sup>, ello no obstante no constituye una mera y brutal *decisión*, en el sentido *schmittiano* del término, debiendo respetar lo que Ruggeri ha defini-

---

<sup>56</sup> Se hace referencia alude evidentemente a la conocida distinción entre verdad con “v” mayúscula y minúscula, utilizada por Häberle para distinguir los sistemas constitucionales de aquellos que no lo son. Cfr. P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, Torino, 2000.

<sup>57</sup> A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino, 2009, p. 51.

do como el vínculo de la “doble coherencia”, es decir la coherencia respecto a las premisas de partida, junto a la que se refiere a otros pronunciamientos que tienen el mismo objeto<sup>58</sup>. Una elección que es, por tanto, ideológica aunque no discrecional en sentido fuerte, y que no es definitiva, si bien susceptible de ajustes sucesivos, si no de verdaderos y verdaderamente sustanciales cambios de dirección<sup>59</sup>.

Podría objetarse que ello conduce, como por otra parte es evidente, al abandono, incluso parcial, del antiguo “mito” de la certeza del Derecho. Pero, en efecto, las opciones posibles parecen obligar racional y realísticamente a la clásica elección de un *mal menor*: frente a un Derecho *cierto*, aunque desplegado ética e ideológicamente de manera definitiva, creemos que sea preferible un Derecho seguramente más *incierto* pero abierto a soluciones ética e ideológicamente diferentes y, sobre todo, revisables, obviamente a condición de que sean coherentes respecto al genérico y *fisiológicamente incierto* cuadro valorativo diseñado por la Constitución.

De ahí la idea por la que la *igualdad* pueda, y en nuestra opinión deba, poder significar tantas cosas diferentes; lo que es cierto es que no puede significar también su contrario, *desigualdad*. Y la elección entre tantos significados, todos constitucionalmente legítimos, no puede más que ser llevada a cabo *también* mediante un razonamiento que es político e ideológico.

#### 4. APÉNDICE. FORMA Y SUSTANCIA DE LA IGUALDAD

De todo lo dicho, intentemos ahora extraer alguna consideración conclusiva provisional.

La igualdad política, entendida en sentido amplio, es al mismo tiempo un presupuesto y un fin de la justicia, y ello en el sentido de que un sistema político en el que no sea rescatable *algún tipo* de igualdad entre los hombres y en el que las instituciones públicas no sitúen el fin de la igualdad entre sus prioridades, no puede considerarse justo en modo alguno.

Por otra parte, sin embargo, afirmar que necesariamente deba existir *alguna forma de igualdad* entre los hombres, por cuanto importante, en verdad no demuestra mucho, sobre todo desde el punto de vista moral: como hemos

---

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> Sobre el problema de la relación entre justicia constitucional y democracia, entre otros vid., L. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009.

constatado la historia de la igualdad es también, y sobre todo, historia de exclusión. También allí donde los hombres, considerados iguales entre sí por el Derecho, llevan una vida *normal*, en esa misma comunidad política, otros hombres, formalmente iguales a los primeros, viven en condiciones completamente *diferentes*.

Hace aproximadamente diez años que Unicef declaró oficialmente que la mitad de los niños y de los adolescentes del planeta sufrían cotidianamente *privaciones extremas*. Y hoy nada parece haber cambiado. Y también limitando la mirada a las fronteras nacionales de nuestras *felices democracias* occidentales, no hay nada de que alegrarse: “en la mayor parte de los países ricos, la distancia entre quien está bien y los pobres es *intolerablemente grande*; en algunos, incluidos los Estados Unidos –y también en menor medida gran parte de Europa– esta distancia aumenta continuamente”<sup>60</sup>. Todo ello, a pesar de las diversas declaraciones de derechos y las aportaciones del constitucionalismo.

En efectos, la igualdad formal, la isonomía de los griegos<sup>61</sup>, es ciertamente un pasaje clave en el camino hacia la igualdad efectiva, y cuando deviene principio constitucional, representa una fundamental ruptura frente a *aquel* pasado que se ha burlado de la igualdad. Pero la misma palabra señala –y de esto eran bien conscientes los constituyentes en el artículo 3 de la Constitución italiana, así como todos los artículos que sancionan la igualdad en las otras constituciones– casi siempre, sobre todo, un concepto *formal*, que debe lidiar con los *menos formales* obstáculos que limitan “de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, y que impiden el pleno desarrollo de la persona humana”<sup>62</sup>.

Pero del Derecho, creemos, no puede pretenderse más. Parafraseando el art. 3.2 de la Constitución italiana, y lo mismo podríamos decir del art. 9.2 de la española, podríamos decir que *corresponde* a la política, y por tanto a los hombres de carne y hueso, realizar al más alto grado posible el proyecto constitucional. Pero hacer esto supone sobre todo *tomarse en serio*<sup>63</sup> las constituciones, lo que constituye el primer paso para una seria transformación de nuestras sociedades hacia la justicia. Lo que significa a su vez *tomarse en se-*

---

<sup>60</sup> R. DWORKIN, *Giustizia per i ricci*, Milano, 2013, p. 400.

<sup>61</sup> Para una profundización en el concepto de “isonomía” griega reenvío, entre otros, a G. FASSÒ, *La democrazia in Grecia*, Milano, 1999, pp. 25-53.

<sup>62</sup> Art. 3 Cost., II comma.

<sup>63</sup> Obviamente se alude al título del célebre libro de Dworkin, *Taking Rights Seriously*.

rio al ser humano, a cualquier ser humano, y a sus más urgentes problemas. Pues bien, la falta total de igualdad sustancial, que se da en cualquier parte de nuestro planeta, nos dice mucho sobre en qué medida la política real se los ha tomado en serio hasta ahora.

Y de la misma manera, tampoco podemos pretender mucho más del trabajo político-filosófico. Sobre todo el desarrollado desde hace cuarenta años a esta parte ha demostrado un excesivo optimismo, o quizás una evidente ingenuidad, interrogándose incesantemente sobre cuál debiera ser el parámetro que gobernara la distribución igualitaria: ¿igualdad de recursos, de bienestar, de oportunidades o de capacidades? Cuestión, esta, científicamente incendiaria, culturalmente no desdeñable, pero políticamente *prematura*: mientras los filósofos se interrogaban, con buenas intenciones, sobre cual fuera el mejor modelo distributivo, la política parecía caminar en dirección contraria, exasperando, si es posible, las diferencias de manera exponencial.

Prueba de ello es que Dworkin, autor de una de las más relevantes teorías de la justicia distributiva, poco antes de morir, casi tomando distancia respecto a la abstracción del modelo elaborado, en su último libro dice que “una teoría de la justicia distributiva útil debería mostrar cuales de los pasos mínimos que podemos dar ahora son pasos en la dirección justa”<sup>64</sup>.

Concluimos, por tanto, con una esperanza: que la filosofía, y la cultura en general, vuelvan a ser *útiles*, restringiendo lo más posible el espacio que transcurre entre la teoría, a veces mera abstracción que se mira a sí misma, y la praxis; y que la política comience a pensar seriamente en los otros, *in primis* en los “diferentes”, y no sólo en sí misma.

ANDREA PORCIELLO

Università degli studi Magna Graecia di Catanzaro  
Dipartimento di scienze giuridiche, storiche, economiche e sociali  
Campus Salvatore Venuta,  
Edificio Giuridico  
Viale Europa  
88100, Catanzaro  
e:mail: andreaporciello@unicz.it

---

<sup>64</sup> R. DWORKIN, *Giustizia per i ricci*, cit., p. 401.



# LA CREATIVIDAD DE LA INTERPRETACIÓN: UNA COMPARACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL ARTE MUSICAL\*

THE CREATIVITY OF INTERPRETATION:  
A COMPARISON BETWEEN CRIMINAL LAW AND MUSICAL ART

MARIO CATERINI  
Università della Calabria

Fecha de recepción: 5-2-14

Fecha de aceptación: 4-9-14

**Resumen:** *En este escrito se comparan la interpretación musical y la jurídica, en el ámbito del más amplio movimiento cultural del Law and humanities, mirando en particular a la libertad creativa de sus intérpretes. Con específico referimiento a la hermenéutica y a las normas penales, siempre mediante el paralelismo entre Derecho y música, se examinan las cuestiones atinentes a la duda interpretativa y al canon fundamental del favor rei. Se evidencia además, la constante tensión entre el principio de legalidad, expresión de las exigencias de garantía, y la justicia del caso concreto, fundada sobre la creatividad del juez. Se propone un acercamiento hermenéutico diferenciado: es decir, en caso de que la interpretación se dirija hacia desenlaces desfavorables al autor del hecho, el canon fundamental, comparable a la idea de interpretación musical 'estricta' de Stravinsky, debería ser más 'estéril', inspirado en el principio del favor rei, que debe ser considerado como una norma de cierre basada en la racionalidad y a la certeza del derecho. En caso inverso, cuando la hermenéutica, en base a principios sobreordenados, se dirige hacia desenlaces compatibles con el favor rei, la re-creación del Derecho pudiera abrirse a interpretaciones menos rígidas, más creativas, como aquellas, en la música, de Glenn Gould.*

**Abstract:** *In this text musical and legal interpretation are compared, in the context of the wider cultural movement of law and humanities, with particular attention*

---

\* Traducción y adaptación en colaboración con el Prof. José Antonio Ramos Vázquez de la Universidad de la Coruña, el Prof. Carlos Alberto Mejías Rodríguez de la Universidad de La Habana, y la Dra. María Julia Cairo Carrillo.

to the liberty and creativity of the interpreters. With specific reference to the hermeneutics of criminal laws, always through the parallelism between law and music, issues concerning the interpretative doubt and the fundamental norm of *favor rei*, are analysed, underlining the constant tension between the principle of legality; expression of the requirements of the guarantee and the justice of the concrete case, based on the judge's creativity. A hermeneutical diverse approach is suggested: if the interpretation turns towards adverse outcomes for the perpetrator, the fundamental norm, comparable with Stravinskij's strict idea of musical interpretation, should be more "sterile", based on the principle of *favor rei*, to be considered as a norm of closure based on law's rationality and certainty. On the other hand, when hermeneutics, on the base of superordinate principles, turns towards compatible outcomes with the *favor rei*, the law's re-creation could open to less rigid, more creative interpretations, like those ones, in Glenn Gould's music.

**Palabras clave:** Derecho, música, legalidad penal, interpretación, creatividad, garantismo penal, *favor rei*.

**Keywords:** Law, music, criminal legality, interpretation, creativity, safeguarding the rights of individuals, *favor rei*.

## 1. DERECHO Y MÚSICA

Desde la óptica de la teoría estética del Derecho<sup>1</sup>, una de las fronteras más avanzadas del movimiento cultural de *Law and humanities*<sup>2</sup> –que se ha ido desarrollando en los países anglosajones con la tensión de indagar en las relaciones existentes entre el Derecho y otras ramas que sean de alta expre-

<sup>1</sup> Un acercamiento del arte al Derecho en una búsqueda más amplia dirigida a descubrir la dimensión estética del Derecho, se puede ver en D.M. CANANZI, *Prolegomeni di un'estetica del diritto*, Roma, 2008, *passim*. Para consideraciones menos recientes del tema, véase también G. MAGGIORE, "Estetica del diritto", en *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. I, Padova, 1950, p. 275 ss.

<sup>2</sup> El movimiento conocido con la expresión 'Derecho y literatura', indica en un cierto sentido el significado del término inglés *humanities*, refiriéndose a todas las disciplinas humanísticas. Dicho movimiento, en su 'renacimiento' de los años '70 del siglo pasado, comúnmente se hace remontar a J.B. WHITE, *Principle and Practice of Legal Expression*, Chicago, 1972; *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Boston, 1973. Más reciente en el mismo sentido vid. J.M. BALKIN, S. LEVINSON, "Law and the Humanities: An Uneasy Relationship", en *Yale Journal of Law and the Humanities*, vol. 18, 2006, p. 155 ss. En lengua italiana se pueden ver los ensayos de A. SANSONE, *Diritto e letteratura*, Milano, 2001, *passim*; M.P. MITTICA, "Diritto e letteratura in Italia. Stato dell'arte e riflessioni sul metodo", en *Mat. stor. cult. giur.*, 2009, p. 3 ss; C. FARALLI, "Le origini di "diritto e letteratura" nel realismo americano", *ivi*, 2012, p. 2012 ss.

sión del género humano, como la literatura, la poesía, el teatro etc., es aquella de la relectura del fenómeno jurídico a la luz de los modelos utilizados por la crítica musical: *Law and music*<sup>3</sup> (Derecho y música<sup>4</sup>). En un contexto completamente italiano, la investigación se abre a la comparación entre el Derecho y la música<sup>5</sup>.

Con respecto al problema fundamental de la interpretación<sup>6</sup>, en el ámbito referido del movimiento cultural norteamericano, ha sido evidenciado

---

<sup>3</sup> J. FRANK, "Words and Music. Some Remarks on Statutory Interpretation", *Columbia Law Review*, vol. 47, núm. 8, 1947; más recientemente se pueden ver los aportes de M.L. RICHMOND, "Law, Instrumental Music and Dance: Reflections of a Common Culture", *Legal Studies Forum*, num. 27, 2003, p. 783 ss.; y sobre todo de D. MANDERSON, *Songs without Music. Aesthetic Dimensions of Law and Justice*, Berkeley, 2000, *passim*; ID., "Fission and Fusion: From Improvisation to Formalism in Law and Music", en *Critical Studies in Improvisation*, 2010, vol. 6, 2010, p. 1 ss., también en <<http://www.criticalimprov.com/article/viewArticle/1167/1726>>. Para una visión original novelada de las relaciones entre el Derecho y la música, en la doctrina alemana véase D. WEBER, *Amadeus & Justitia. Musik und Recht begegnen sich*, Aachen, 2006, *passim*, en el que, a través de la historia de dos niños, además de resolver ciertos problemas jurídicos relacionados con la música, se tocan también cuestiones de la filosofía y del lenguaje. Siempre en la literatura alemana, para otras conexiones del Derecho con la música, consulta M.J. MONTORO CHINER, H. SCHAFFER (a cura di), *Musik und Recht: Symposium aus Anlass des 60. Geburtstages von Prof. DDr. Detlef Merten*, Berlin, 1998, *passim*, donde los diversos autores abordan también cuestiones de Derecho relacionadas a la libertad artística, incluso en una perspectiva comparada, comunitaria y histórica.

<sup>4</sup> Recientemente, en una perspectiva didáctica, en la doctrina penal española, véase M. ABEL SOUTO, "Desde la literatura, ópera, cine y televisión hasta las ciencias jurídicas y el derecho penal mediante la nueva técnica pedagógica del aprendizaje basado en problemas", en *Revista jurídica de investigación e innovación educativa*, 2012, núm. 5, p. 87 ss., según el cual la literatura, la música, el cine y la televisión, representan una rica cantera para extraer materiales pedagógicos que sirvan a la construcción del aprendizaje de las ciencias jurídicas y, en particular, del Derecho penal, según el método *Problem Based Learning* (PBL). Se propone explotar las emociones que pueden producir estas artes, con el fin de despertar el interés de los estudiantes hacia las cuestiones jurídicas, de acuerdo con el aforismo *prodesse et delectare*.

<sup>5</sup> S. PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, Messina, 1940; E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, Milano, 1948; ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949; ID., *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955. A título de curiosidad se puede recordar que en la historia de la música son muchos los músicos o musicólogos respaldados por estudios jurídicos; solo a título ejemplificativo, entre los más destacados se encuentran: Schütz, Händel, Schumann, Čajkovskij, Stravinskij e muchos más. Sobre el tema se reenvía a H. RECHENBERG, "Der Jurist in der Musik. Oder ein Beispiel für ungleiche Wechselbeziehungen", *Juristenzeitung*, 1974, p. 394 ss.

<sup>6</sup> Las cuestiones interpretativas de la música, con respecto a las del Derecho, han surgido históricamente cuando surgieron los problemas de comunicación entre compositor y ejecutor. Hasta el siglo XVII, de hecho, el rol de ejecutor era prevalentemente ejercido por el

que el mejor conocimiento del fenómeno jurídico pasaría no tanto por la aplicación de la teoría y de la crítica literaria, sino más bien, a través del paradigma interpretativo musical que, en este caso, coincide más con el jurídico<sup>7</sup>. Los argumentos que sustentan esta tesis nacen de la constatación de que la música, al igual que el Derecho, es una disciplina ‘performativa’. La partitura se compone de una serie de signos, como pueden ser las notas, las claves, los matices, y su relativa interpretación comienza a partir de estos signos; pero en general no termina con esa actividad, la cual constituye solamente el primer paso para una comprensión del texto musical. Tanto el músico, como el jurista se encuentran, a menudo, en la necesidad de resolver otros problemas hermenéuticos debidos a la imperfección del lenguaje utilizado. El compositor puede servirse solamente de equivalentes gráficos de la música que él tiene en mente: como las notas, las palabras, los signos, reduciéndolos y traduciéndolos en música. Muchos valores musicales o son implícitos o son encomendados a pocos signos e ilustraciones convencionales de los cuales nadie, ni el mismo autor, sabría expresar el sentido ejecutivo métricamente y fonéticamente preciso e invariado<sup>8</sup>. Se puede decir que la obra musical, no es

---

compositor, o era bajo su directa supervisión, por lo cual no surgía una específica ‘cuestión’ hermenéutica, entendida como búsqueda del significado de un texto percibido por ‘otro’. Ver G. RESTA, “Il giudice e il direttore d’orchestra. Variazioni sul tema: diritto e musica”, *Mat. stor. cult. giur.*, núm. 2, 2011, p. 445 ss.

<sup>7</sup> La comparación entre una partitura y un texto jurídico ha sido puesta de relieve en Italia, por ejemplo, por F. VIOLA, *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*, Palermo, 1975, p. 49 ss.; L. PAREYSON, *Estetica. Teoria della formatività*, Milano, 2002, p. 177; T. MARTINEZ, *Diritto costituzionale*, Milano, 2007, p. 114. La relación entre Derecho y música ha sido investigada también a través de la variante *law and music*, o sea el estudio de la representación del Derecho y de sus actores en los textos puestos en la música, tanto en el ámbito de la tradición culta como en aquél de la música popular. Sobre el argumento se reenvía a AA.VV., *Droit et musique. Actes du colloque de la Faculté de Droit d’Aix-Marseille*, 23 giugno 2000, Aix-en-Provence, 2001, en particular las contribuciones de E. PUTMAN, “Les juristes vus par l’opéra”, p. 193 ss.; M.B. BRUGUIÈRE, “Le droit civil à l’opéra”, p. 85 ss.; P.M. WOLRICH, “Wagner’s “Ring” Interpreted in Light of Legal Principles”, *Law & Literature*, núm. 14, 2002, p. 31 ss. En Italia, en relación al género musical orientado hacia la política y la lucha social, recientemente, vid. R. VOZA, “Il riscatto del lavoro’ nelle parole di un celebre Inno”, *Lav. dir.*, 2010, p. 531 ss., con referencia al himno de los trabajadores de Filippo Turati.

<sup>8</sup> «La principal diferencia entre una sinfonía de Beethoven y los sonetos di Shakespeare es que, tanto las palabras como los escritos constituyen una anotación de los pensamientos de Shakespeare, del mismo modo en que la partitura no es más que una anotación de aquello que Beethoven imaginaba, la diferencia está en el hecho de que los pensamientos existían en la mente de Shakespeare y también en la mente del lector. Pero en las sinfonías de Beethoven hay un elemento adicional, llevar estos sonidos al mundo: en otras palabras, los sonidos de

la página sino que está en la página. La imperfección del lenguaje utilizado, la dificultad de reproducir en modo fiel con la partitura la música pensada, determinan un polimorfismo acústico y expresivo, que viene conservado en la grafía<sup>9</sup>.

Condición similar se realiza en la utilización del lenguaje común de las disposiciones normativas, más conocido como lenguaje ordinario, que en general viene considerado ‘defectuoso’ ya que no es apto para expresar con un signo un solo significado y que, por tanto, se presta a una ambigüedad congénita y a equívocos alrededor de los textos normativos, abiertos a los más posibles significados<sup>10</sup>.

Podemos decir entonces, que la afinidad existente entre el Derecho y la música nace de análogas actividades ‘performativas’ que van más allá del texto de la norma y de la música; ya que las dos disciplinas, para realizar los respectivos objetivos, necesitan de las obras coordinadas de más sujetos (por ejemplo: las autoridades administrativas, los órganos de la policía, los jueces, el ejecutor-intérprete, la orquesta, el público). Los textos normativos y musicales no hablan por sí mismos, más bien requieren de particulares actividades humanas capaces de actuarlos o ejecutarlos<sup>11</sup>.

Se delinea así una relación subjetiva triangular semejante en el Derecho y en la música: en ambos hay un sujeto que crea el texto (el legislador, el

---

la Quinta sinfonía no existen en la partitura. Esta es la fenomenología del sonido: el hecho de que sea efímero, que tenga una relación concreta con el silencio». Cfr. D. BARENBOIM, E.W. SAID, *Paralleli e paradossi, Pensieri sulla musica, la politica e la società*, trad. it. P. Budinich, Milano, 2008, p. 43; t.d.r.

<sup>9</sup> Ver G. GRAZIOSI, *L'interpretazione musicale*, Torino, 1979, *passim*, y en particular p. 16 ss.

<sup>10</sup> Sobre esto pueden verse fundamentales observaciones en A. ROSS, *On Law and justice* (London, 1958), *Diritto e giustizia*, trad. it. G. Gavazzi, Torino, 1965, §§ 24 ss. El desarrollo de los estudios de logística y de redacción del texto normativo, hoy proponen un itinerario de purificación y formalización del lenguaje jurídico, en manera tal de transformar las disposiciones en verdaderos ‘algoritmos’ de aplicación automática. Sobre el punto se reenvía a A.C. AMATO MANGIAMELI, *Diritto e cyberspace. Appunti di informatica giuridica e di filosofia del diritto*, Torino, 2000, p. 132 ss.; G. TADDEI ELMI, *Corso di informatica giuridica*, Napoli, 2000, p. 48 ss.

<sup>11</sup> Recientemente, la comparación entre el Derecho y la música como actividades ‘performativas’, fue tratada por F. MARISI, “Ermeneutica giuridica ed ermeneutica musicale: una proposta di comparazione”, en *ISLL Papers - Essays. Italian Society for Law and Literatura* (1º Jul 2011), en <[www.lawandliterature.org](http://www.lawandliterature.org)>. Ver también ID., “Assessing Evidence: Judges and Musical Performers as Fact-Finders”, en *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, núm. 5, 2012, p. 147 ss., según la cual, entre otras cosas, existe una profunda relación entre el Derecho y la música, sobre todo porque ambas disciplinas son el resultado de una determinada sociedad.

compositor), otro que lo aplica o ejecuta mediante la interpretación (el juez, el músico o en general los intérpretes), y otros sujetos que son destinatarios de estas actividades ‘performativas’ (las partes del proceso, el público y en general los sujetos implicados en la interpretación).

En ambos casos el intérprete asume una evidente responsabilidad hacia esos destinatarios: la del mediador o del intermediario, el sujeto llamado a traducir en realidad todo aquello que está definido en los textos escritos.

Responsabilidad que es naturalmente la del intermediario del mismo lenguaje<sup>12</sup>, que por su esencia a menudo se caracteriza por una imprecisión debida a la dificultad que presenta la grafía para identificar las intenciones de quien piensa y escribe la norma o la música. Tales dificultades se encuentran acentuadas, en la música, por la naturaleza intrínseca de su objeto, que de un cierto modo son extrañas a procedimientos que son propios del saber lógico-deductivo y de juicios analíticos<sup>13</sup>; en el Derecho, por la dificultad de imprecisión del lenguaje que se ve acentuada por la naturaleza comprometedora de las normas, donde la formación de las mismas está condicionada por una serie de fuerzas y sujetos distintos, con intereses que se ponen en constante conflicto (políticos, económicos, sociales, burocráticos, etc.)<sup>14</sup>. Desde semejante perspectiva, se podría decir que tanto el compositor como el legislador advierten casi una exigencia de vaguedad, provocada de un lado, por las dificultades objetivas de traducir las propias ideas en signos gráficos con un significado preciso e inmutable, de otro, por la naturaleza no ‘mecánica’, más bien creativa de las respectivas actividades. Si la política es el arte del compromiso – según un aforismo del famoso músico Liszt<sup>15</sup> –, entonces queda más claro el paralelismo entre el Derecho y la música, donde la acti-

<sup>12</sup> W. HASSEMER, “Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale”, en *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 1997, pp. 172-173, recuerda que “El texto es el *medium* del derecho [...] el derecho es lenguaje” (t.d.r.); se reenvía a este escrito también en relación a la importancia del lenguaje utilizado por parte del legislador en respeto al principio de legalidad.

<sup>13</sup> Vid. M. COSSUTTA, “Sull’interpretazione della disposizione normativa e su i suoi possibili rapporti con l’interpretazione musicale”, *Tigor. Riv. scienze comunic.*, 2011, p. 108. Así G. GRAZIOSI, *L’interpretazione musicale*, op. cit., p. 28, afirmaba que “respecto al compositor la expresión gráfica es un medio perfecto de comunicación, en cuanto completa todas las intenciones, si son de un músico y no de un científico”.

<sup>14</sup> Sobre el tema, vid. F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma - Bari, 1999, pp. 149-150.

<sup>15</sup> F. LISZT, *Lettera alla principessa Carolyne*, 1870, citado en C. ROSTAND, *Liszt*, trad. P. Castaldi, Milano, 1961.

vidad política del legislador se viste de una especie de arte que, para poner de acuerdo las fuerzas en campo, utiliza un texto normativo necesariamente vago. Texto que, por otra parte, tanto en la música como en el Derecho, una vez creado, vive por sí mismo, y tiende a objetivizarse constituyendo el objeto de la interpretación, tratando de prescindir eventualmente, de las intenciones del autor (legislador o compositor)<sup>16</sup>.

## 2. LA CREATIVIDAD EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Entonces se puede decir que la interpretación jurídica y la musical presentan cuestiones muy similares, donde el núcleo que parece interesar mayormente es aquél de la hermenéutica evolutiva o creadora, de la relación con el autor del texto o sea de la libertad del intérprete.

En el campo del Derecho, la cuestión es antigua y particularmente controvertida, ésta nace de la teoría de la separación de los poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) –que, como es bien sabido, encuentra su origen en las obras de Locke<sup>17</sup> y sobre todo de Montesquieu<sup>18</sup>, según la cual –en la versión radical– la separación está entendida en sentido tajante e insuperable: el legislador crea las normas y el juez debe solamente aplicarlas, ejerciendo una función podríamos decir meramente declarativa, un concepto expresado de la dichosa metáfora del juez *bouche des lois*<sup>19</sup>. Se trata de una teoría, podría-

<sup>16</sup> “Cada producto histórico del hombre, una vez establecido y creado en la historia, posee una propia autonomía que es independiente sea del autor de la obra que de su intérprete, autonomía que debe ser respetada por el intérprete y no violada. Es la autonomía que entonces constituye la objetividad hermenéutica» cfr. I.W. KORZENIOWSKI, *L'ermeneutica di Emilio Betti*, Roma, 2010, p. 41; t.d.r.

<sup>17</sup> J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1960), *Secondo trattato sul governo. Saggio concernente la vera origine, l'estensione e il fine del governo civile*, trad. it. A. Gialluca, Milano, 2001.

<sup>18</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), *El espíritu de las leyes*, Libro XI, Capítulo VI, edición con comentario de R. Derathé, trad. it. B. Boffito Serra, Milano, 1989, p. 309 ss. Para un acercamiento distinto de Locke y Montesquieu al principio de la división de los poderes y a la figura del juez, ver a A. JELLAMO, “Dal passato al presente. Brevi note sulla giustizia nel processo”, en AA.VV., *La magistratura nello Stato Costituzionale*, cit., p. 452 ss.

<sup>19</sup> Es oportuno precisar que el ‘juez ‘de Montesquieu es profundamente distinto del magistrado profesional tal y como es concebido hoy: se trataba de ciudadanos a los cuales ocasional y temporalmente eran atribuidos esas tareas. Por eso Montesquieu podía afirmar no solo que el poder judicial era impersonal, sino además que era un poder “nulo” (cit., p. 311, t.d.r.). Sobre este tema y en general sobre la teoría de la separación de los poderes, ver M. BARBERIS, “Separazione dei poteri e teoria giusrealistica dell’interpretazione”, en AA. VV., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Anuario Associazione italiana costituzionalisti

mos decir puramente utópica, dirigida a combatir las arbitrariedades del poder judicial; teoría que, además, tiene una naturaleza ‘normativa’ en cuanto no niega que los jueces puedan producir o produzcan de hecho normas, afirmando que los jueces no deben producirlas. Digamos que es una doctrina, no meramente ‘cognoscitiva’, que se propone orientar las ordenes de un poder hacia ciertos tipos de progresos más bien que hacia otros<sup>20</sup>.

Al contrario, según la teoría del realismo jurídico o del escepticismo interpretativo –en su versión radical– todo el Derecho es expresión de los jueces, tanto en los ordenamientos de *common law*, como en los de *civil law*. Esta concepción teórica, a diferencia de aquella sobre la separación de los poderes en sentido estricto, es una doctrina ‘cognoscitiva’ y no prescriptiva, dado que surge de la constatación empírica en base a la cual la jurisprudencia, en realidad, es solo una creación legislativa del Derecho<sup>21</sup>. A esta conclusión se llega, constatando que de hecho y en realidad, todas las normas son interpre-

---

2004, Padova, 2008, p. 10 ss.; A. VIGNUDELLI, “Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente”, *Dir. quest. pubbl.*, 2007, p. 201 ss.

<sup>20</sup> También en el pensamiento montesquieuiano en algunos casos sobresale una concepción puramente cognoscitiva de la separación, considerada, en este sentido, como mera ‘distinción’ de los poderes, o sea simple constatación del hecho que las organizaciones distribuyen en su interno el poder soberano, sin llegar hasta el punto de indicar a cuáles órganos dichos poderes deban ser atribuidos. En otros casos, en la misma obra del filósofo francés, sale a la luz es otra imagen de separación, como ‘equilibrio’ de los poderes o separación ‘no especializada’ – menos radical de la separación en sentido estrecho o ‘especializada’ –, donde la distribución del poder soberano está concebida en modo que ningún órgano prevalezca definitivamente sobre los otros. Esta, junto a la teoría de la separación más radical expuesta en el texto, es una teoría no meramente cognoscitiva, más bien prescriptiva o normativa, que se diferencia de la teoría más radical en cuanto la técnica de distribución de los poderes no supone una especialización de los órganos, ya que a cada uno de estos pudiera ser atribuida también más de una función, solo que de manera equilibrada en modo que una no prevalezca sobre las otras. Cfr. M. BARBERIS, “Separazione dei poteri...”, cit.; A. VIGNUDELLI, “Sulla separazione dei poteri”, cit.

<sup>21</sup> Por ejemplo, “un partidario del escepticismo extremo, de hecho, puede tranquilamente reconocer que, en un cierto sentido, un juez y un jurista no pueden sostener que el término ‘ley’ contenido en el art. 1 del Código penal italiano se refiera a las convicciones morales de los jueces: no puede hacerlo si quiere ser considerado una persona seria o sana de mente, dado el modo normal de conducir la interpretación de la ley en nuestra comunidad jurídica (pero se pudiera añadir: en todas las comunidades jurídicas que conocemos). Pero, un juez o un jurista puede, en otro sentido, sostener que el término ‘ley’ contenido en el art. 1 cod. pen. it. se refiere a las convicciones morales de los jueces: puede hacerlo en el sentido de que los textos de ley no tienen *de por sí* algún significado, por lo cuál no hay algún límite o vínculo “objetivo” a la actividad interpretativa, más allá de cuanto está contingentemente considerado normal o aceptable en una comunidad jurídica”; cfr. E. DICIOTTI, *L’ambigua alternativa tra cognitivis-*

tadas de manera distinta y antitética. El legislador lograría exclusivamente formar disposiciones compuestas de ‘palabras’, sin un significado efectivo, sino aquel atribuido sucesivamente por los jueces: *law in the books versus law in action*<sup>22</sup>.

Otra versión del realismo jurídico interpretativo, podríamos decir moderada<sup>23</sup>, es aquella que sostiene –recuperando la tesis kelseniana referida a los posibles significados de un texto de ley<sup>24</sup>–, que, si de una parte, los jueces forman parte integrante del proceso de formación del Derecho, de otra, no lo son de manera exclusiva. De hecho la jurisdicción tiene la tarea de seleccionar un significado de la norma dentro de una serie mucho más amplia. Entonces, no se parte del presupuesto, según el cual la norma de por sí no tiene algún significado, más bien al contrario, que la norma tiene muchos<sup>25</sup>.

---

*mo e scetticismo interpretativo*, Dipartimento di scienze storiche, giuridiche, politiche e sociali, Working Paper núm. 45, Siena, 2003, p. 14; t.d.r.

<sup>22</sup> En estos términos más radicales puede recordarse M. TROPER, “Una teoria realista dell’interpretazione”, trad. it. R. Guastini, *Mat. sto. cult. giur.*, 1999, p. 476 ss.; también A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., p. 127 ss. Aparentemente también los estudiosos italianos parecen sumarse a esta teoría; junto a observaciones menos precisas, compatibles también con una doctrina jusrealista menos radical, se encuentran también afirmaciones que sin embargo parecen adherir a posiciones extremas; ver a G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 63 ss.; R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992, p. 86; y las observaciones en merito de E. DICIOTTI, *L’ambigua alternativa*, cit., p. 13, nota 9, Según el cual “Tales afirmaciones pueden también ser consideradas, en el contexto de la obra de estos autores, como incautas exageraciones, escapadas en el curso de un ataque a las posiciones conocedoras” (t.d.r.). La hostilidad hacia el *Law in the books* en un cierto modo encuentra confirmación también en la literatura: “Él quería juzgar un hombre vivo según un libro impreso[...]”. “Aquel hombre debe tener la cabeza llena de papel impreso” dijo Luca. “Figúrate que él creía poder dominarme, batiendo el puño sobre un libro que tenía siempre entre las manos” [...] También la idea que aquél magistrado tenía del bien y del mal dependía naturalmente de los párrafos impresos”, Cfr. Ignazio Silone, *Il segreto di Luca* (Milano, 1975), Roma, 2011, pp. 83 y 142.

<sup>23</sup> En realidad es posible individuar también una forma de realismo jurídico normativo o prescriptivo – que no se funda sobre la observación empírica, sino sobre cómo debe ser – en aquéllas posiciones, en ocasiones manifestadas con expresiones típicas de una ‘sustitución judicial’ o de un ‘uso alternativo del Derecho’, según las cuales es deseable que los jueces creen Derecho. La distinción es profunda en cuanto no se reputa, de hecho, que sea empíricamente inexorable una jurisdicción creadora, pero, prescindiendo de esto, se considera justo que el juez cree la norma. Sobre estos temas y, en general, sobre la tentativa de utilizar el Derecho en modo propulsivo en tutela de los intereses económicos de las clases sociales más débiles, ver a P. BARCELLONA (a cura di), *L’uso alternativo del diritto*, Bari - Roma, 1973, *passim*.

<sup>24</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. di M.G. Losano, Torino, 1966, p. 381 ss.

<sup>25</sup> Vid. R. GUASTINI, “Realismo e antirealismo nella teoria dell’interpretazione”, *Ragion pratica*, núm. 17, 2001, p. 43.

Esto conlleva en sí a reconocer una ambigüedad de fondo en el texto legislativo, que normalmente se caracteriza por una congénita equivocidad, la cual desemboca en un ‘cuadro’ que ofrece un gran número de posibles significados, donde la selección es remitida al juez.

En este punto resultan evidentes las implicaciones sobre el principio de legalidad penal, que se reflejan a través de una especie de conflicto entre una legalidad ‘legislativa’ y otra ‘judicial’ una distorsión de la división de poderes, con la tangible y tendencial hegemonía de la práctica judicial y del procedimiento, en detrimento de la ley penal escrita<sup>26</sup>. Así en los últimos tiempos se va difundiendo más la idea de una profunda y creciente fractura entre la interpretación fiel del texto legislativo y la interpretación extratextual *latu sensu* teleológica<sup>27</sup>. Los motivos de esta tendencia, pueden ser individuali-

---

<sup>26</sup> Sobre estos temas ver siempre G. FIANDACA, “Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato”, en AA.VV., *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura de G. FIANDACA, Padova, 1997, p. 1 ss.; refiriéndose al rol tendencialmente dominante del proceso, M. NOBILI, “Nuovi modelli e connessioni: processo – teoria dello stato – epistemologia”, en AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. II, Milano, 2000, p. 479 ss. Para significativas reflexiones sobre las relaciones entre la reserva de ley y el rol conformador de la jurisprudencia, vease V. MAIELLO, “Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno”, AA.VV., *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all’analisi e alla critica del diritto vivente*, Atti del Convegno tenuto a Brescia il 19 e 20 marzo 2004, a cura de L. PICOTTI, G. FORNASARI, F. VIGANÓ, A. MELCHIONDA, Padova, 2005, p. 159 ss.; ID., “Il delitto di trasferimento fraudolento di valori tra silenzi della dottrina e dis-orientamenti della giurisprudenza”, en *Ind. pen.*, 2008, p. 205 ss. El fenómeno no es solamente italiano, también en el exterior la doctrina expresa perplejidad respecto a la actualidad de la reserva de ley; se vea H.J. HIRSCH, “Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht”, en *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten*, a cura de G. KOHLMANN, Berlin, 1999, p. 93 ss., el cuál a propósito del juez penal habla de *Ersatzgesetzgeber*, ‘legislador de reserva’.

<sup>27</sup> Según G. FIANDACA, “Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 353 ss., esta es una hipótesis que, si no puede ser puntualmente demostrada, con respecto al ordenamiento italiano constituye una hipótesis de trabajo que gana crecientes consensos a nivel doctrinal. Para un adecuado examen de las relaciones entre democracia política y legalidad penal en una acepción moderna, puede verse a ID., “Legalità penale e democrazia”, *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1247 ss., el cuál evidencia cómo la reserva de ley, en el actual momento histórico, si por una parte tendencialmente logra todavía realizar su función garantista-liberal de salvaguarda de los derechos de libertad y autodeterminación de cada uno de los ciudadanos; por otra, no logra garantizar la auténtica legitimación democrática de las opciones de política criminal. Se reenvía a este último ensayo respecto al principio de legalidad en relación a la democracia y a la división de los poderes del Estado, y más recientemente a A. MANNA, “Disequilibri fra poteri dello stato e riflessi sulla legisla-

zados en el dato en base al cual la interpretación está condicionada por el 'contexto' donde se inscribe. De hecho, algunos factores extratextuales no pueden ser directamente deducibles de las normas, y esto atribuye a la misma actividad hermenéutica, por muchos lados, una fuerza creativa.

El sistema penal se caracteriza cada vez más por derivaciones interpretativas, que son el fruto, de una parte, de la ligera inclinación de la cultura judicial a esquivar su subalternidad con respecto al legislador; de otra, por la caída de la racionalidad de las normas penales –sobre todo en las últimas décadas donde ha tomado auge la legislación de emergencia<sup>28</sup>–, que inexorablemente compromete la credibilidad de la ley, permitiendo al juez de aproximarse a la vaguedad, hipertrofia e incoherencia de las normas escritas, que autorizan, en algunos casos, percibir en la ley lo que en la misma no está<sup>29</sup>. A los jueces, por esta vía, confirmados por la excesiva 'permeabilidad' de la norma escrita, implícitamente les son delegadas tareas de dirección social, que de hecho los convierten en unos de los principales actores de la política criminal, a menudo más influyentes que el mismo legislador<sup>30</sup>.

---

zione penale", *Cass. pen.*, 2011, p. 1244 ss., ahora en AA.VV., *I poteri dello Stato e la Costituzione, Atti del convegno in ricordo del Prof. Giuliano Vassalli*, Roma il 14 maggio 2010, a cura di M. ALMERIGHI, A. MANNA, Roma, 2011, p. 17 ss.

<sup>28</sup> En tema vid. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 1997, p. 3 ss., quien sostiene que tal legislación, determinando una caída general de las garantías sin un efectivo incremento en términos de eficiencia, ha también provocado fenómenos de suplencia judicial, con una sobreexposición de la magistratura cargada de nuevas tareas e investida de mayores poderes.

<sup>29</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale*, cit.; vid. también W. HASSEMER, *Diritto giusto*, cit., pp. 175-176, quien evidencia como la realización de la separación de los poderes depende sobre todo de la eficacia del lenguaje utilizado por el legislador, en el sentido que un incierto ámbito semántico de la norma escrita constituye una especie de delegación del legislador al juez, con necesarias incursiones de las actividades del segundo en aquéllas del primero.

<sup>30</sup> S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'*, Napoli, 2001, p. 20 ss., a propósito del principio de determinación/taxatividad, uno de los elementos básicos del fundamento del estado de derecho, evidencia como en los últimos tiempos en la legislación se advierte casi una necesidad de vaguedad, o de ambigüedad, que inevitablemente termina con transferir sobre la magistratura la responsabilidad de la gestión político-constitucional, cfr. también G. FIANDACA, "La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale", *Foro it.*, 2000, V, c. 138 ss., el cual, en general, considera que la crisis de la legalidad penal sea fruto de distintos factores: comenzando por la pérdida de credibilidad de la ley escrita, con la tendencial consecuencia de la primacía del Derecho penal jurisprudencial, con la asunción por parte del poder judicial de un rol de protagonista de la política penal. Según el autor, el equilibrio entre los poderes está influido, más que por las abstractas disciplinas normativas, por las ca-

Una parte importante de la doctrina penalista italiana sostiene que el principio de legalidad hoy debe renunciar al empeño de tener en equilibrio ley y juez<sup>31</sup>, y se preocupa solo por la idea de que se pueda llegar a prohibir la interpretación creativa<sup>32</sup>. Por una parte, se habla de un *restyling* interpretativo del principio de legalidad<sup>33</sup>, mientras, por otra, se admite abiertamente que la jurisprudencia es “fuente del derecho”<sup>34</sup>, y que “los tipos penales tienen origen, a menudo, en creaciones jurisprudenciales, y no solo en actos del

racterísticas contingentes de la constitución material y por las actitudes político-culturales de vez en cuando dominantes entre los magistrados.

<sup>31</sup> Cfr. F. PALAZZO, “Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris”, en AA.VV. *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura de G. VASSALLI, Napoli, 2006, p. 51, quien sostiene que “los progresos de los estudios de hermenéutica jurídica han valorado el contexto aplicativo respecto al texto legislativo, demostrando al menos cómo el principio de legalidad sea algo mucho más complicado que el ciego guardián de la omnipotencia del legislador asumiendo la exacta tarea de tener en equilibrio texto y contexto o sea – en términos político-institucionales – ley y juez”.

<sup>32</sup> Siempre según F. PALAZZO, “Sistema delle fonti e legalità penale”, *Cass. pen.*, 2005, p. 285: “La crisis de la legalidad penal manifiesta sus señales si no más agudas ciertamente más preocupantes en la relación entre ley y juez, entre legislativo y judicial. Debe preocupar que [...] se pueda sólo pensar en la idea – en el año dos mil – de prohibir la ‘interpretación creativa’. Preocupa porque, no siendo concebible tal ingenuidad, esa grotesca prohibición revela un difundido sentido de desconfianza, si no de hostilidad, hacia el creciente desequilibrio de la relación entre ley y juez a favor del segundo. No es que falten completamente razones para censurar ciertas ‘libertades’ que la magistratura algunas veces se ha tomado: aunque sí honestamente debe ser remachado que, de un lado, a menudo es la ley la que crea los preámbulos para el protagonismo interpretativo del juez y que, del otro, la magistratura no cesa a pesar de todo de ser el custodio de una legalidad sustancial deteriorada por acciones y omisiones de un aparato público que parece refractario a cualquier efectivo arreglo”.

<sup>33</sup> Según O. DIGIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, p. 295, “una plausible versión contemporánea de la legalidad penalista pasa, entonces, a través de la valoración de los orientaciones consolidadas en la más conocida como ‘comunidad de los intérpretes’ y, en palabras más explícitas, a través del rol de la jurisprudencia. Si el texto vive en el con-texto; si no es posible separar la interpretación de la aplicación, eso significa que “la ley no es la realidad, sino solamente la posibilidad del derecho”. Se podría (¿debería?) entonces recoger el testamento de la hermenéutica, y dedicar en futuro mayor atención al *derecho viviente*”.

<sup>34</sup> En opinión de G. FIANDACA, “Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione”, *Cass. pen.*, 2005, p. 1722 ss.: “la jurisprudencia es fuente del derecho, no en el sentido de que está habilitada para crear normas abstractas, más bien produce normas aplicadas a los casos concretos, derecho concretado casuísticamente [...]. Limitarse a puntualizar las razones garantistas de la legalidad penal equivale, en realidad, a adoptar la política del avestruz: en nombre de una ideología que siendo móvil, en vez de medirse críticamente con el dato de hecho de que los jueces ‘crean’ Derecho penal aplicado, prefiere ‘remover’ este fenómeno desagradable, denunciando la (presunta) radical incompatibilidad con los fundamentos iluministas del sistema vigente” (t.d.r.).

legislador. [...] A este punto parece impropio, continuar pensando en nuestro derecho 'en términos' de estricta legalidad. La función creadora de los jueces no debe ser vista hoy como una aberración de la jurisprudencia, más bien debe ser vista como un dato ineliminable que el jurista, también el penalista, debe tener en cuenta"<sup>35</sup>. Nos encontramos frente a una manifestación, en ámbito penalístico, de la mencionada teoría cognoscitiva jusrealista: el juez no puede crear normas, es un hecho que se confronta sin prejuicios<sup>36</sup>.

Es bueno recordar, por otro lado, que la actitud 'creativa' de la jurisprudencia y de la doctrina antes nombrada, que se limita a tener en cuenta y en algunos casos a legitimar la inexorable creatividad de la interpretación judicial, no han dejado de suscitar vivas y fundadas censuras en la otra parte de la literatura penalista, más sensible al dogma de la legalidad formal que, sin embargo, tiende a una defensa tenaz de todos los corolarios de la misma legalidad, considerados imprescindibles baluartes de un Estado liberal-democrático de Derecho<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999, pp. 109-110; Sobre semejante posición, pudiéramos decir 'realista', también M. DONINI, "Le garanzie istituzionali della legalità penale e un «nuovo» ruolo della corte di cassazione: a fianco o al posto del vecchio?", *Cass. pen.*, 2002, p. 1165 ss., de donde emerge la imposibilidad técnica de construir normas compiladas en pocas palabras de un artículo, capaces de gobernar exhaustivamente todas las posibles decisiones de los casos que se presentaran al juez. También el penalista, continúa el autor, debe salir del aislamiento de una cultura del Derecho penal como *ius exceptum*, tomando acto de que la ley no completa todo el Derecho y que eso no constituye una aberración, una desviación de los principios fundamentales.

<sup>36</sup> También en la literatura alemana ha encontrado acomodo la tesis de la interpretación del juez necesariamente analógica y creativa. Por todos W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, 1968, ed. it. *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, a cura di G. Carlizzi, Napoli, 2007, *passim*; B. SCHÜNEMANN, "Die Gesetzesinterpretation im Schnittpunkt von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre", *Festschrift für U. Klug*, Köln, 1983, p. 169 ss.

<sup>37</sup> Con sólidos acentos críticos sobre la interpretación necesariamente analógica y creativa, más recientemente pueden verse G. MARINUCCI, "L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1254 ss.; R. RAMPIONI, *Dalla parte degli "innocenti". Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza "creativa"*, Padova, 2007, *passim*, spec. p. 65 ss.; ID., "In nome della legge" (ovvero considerazioni a proposito di interpretazione creativa)", *Cass. pen.*, 2004, p. 310 ss.; N. MAZZACUVA, "A proposito della «interpretazione creativa» in materia penale: nuova "garanzia" o rinnovata violazione dei principi fondamentali?", en *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura de E. DOLCINI, C. E. PALIERO, Milano, 2006, vol. I, p. 437 ss. En la literatura alemana, C. ROXIN, *Strafrecht*, I, 2ª ed., 1997, p. 110 ss.; V. KREY, "Gesetzestreue und Strafrecht", en *ZStW*, 1989, p. 838 ss.

### 3. (SIGUE) ... Y MUSICAL

El 'formalismo' y el 'escepticismo', tesis opuestas y preliminares a las teorías interpretativas del Derecho, encuentran en algún modo también afinidad con las discusiones en torno a la hermenéutica musical<sup>38</sup>. En este ámbito también existen posiciones reconducibles, de un lado, a la tendencial posibilidad de encontrar la justa y correcta interpretación de un texto musical; de otro, a constatar que cada vez que se individúa el significado de un texto en realidad se crea uno nuevo.

Bajo la influencia del pensamiento filosófico y estético de Croce<sup>39</sup>, el debate en la musicología italiana ha visto declararse en frentes opuestos a los sostenedores de la naturaleza técnico-reproductiva de la actividad interpretativa musical y a los del carácter artístico-creativo de la misma. En el primero entra quien está inclinado hacia una ejecución idéntica al pensamiento del autor, por una interpretación objetiva y estática, incluso admitiendo que el objetivo perseguido es tendencial e ideal, considerada la inevitable naturaleza artística y personal del espíritu del intérprete<sup>40</sup>.

'Longitud de onda' no muy disímil se advierte también en la reflexión del celebre músico Stravinskij, el cual auspició una mecánica de la música por medio de aparatos capaces de eliminar la intermediación del intérprete y por lo tanto capaz de poner en contacto directo al autor y a quien disfruta de la obra, ofreciendo la única ejecución absolutamente correcta<sup>41</sup>. Haciendo la distinción entre la música en potencia (pensada y escrita sobre el papel) y la música en acto (ejecutada), se hacía automáticamente la distinción entre

<sup>38</sup> Para una comparación, siempre entre el derecho y la música, de los distintos criterios hermenéuticos: literal, lógico, sistemático, teleológico, consulte F. MARISI, *Ermeneutica giuridica ed ermeneutica musicale*, cit.

<sup>39</sup> Sobre la referencia anti-positivista desarrollada por Benedetto Croce a la teoría musical, vease E. FUBINI, *L'estetica musicale dal settecento ad oggi*, Torino, 1987, p. 251 ss.

<sup>40</sup> Vid. A. PARENTE, "Critica e storiografia musicale: premesse metodologiche", en *La rassegna musicale*, núm. 5, 1930, p. 380 ss., el cual sostiene que la interpretación "... no debe consistir en una particular ejecución de una obra, en la que el ejecutor esté obligado a transformar algo para animar la hoja estampada de la partitura. La obra habla por sí misma: esa no es ciertamente la partitura, pero es un conjunto sonoro que corresponde en el modo y en la medida deseada por el músico a los signos en esos contenidos, y en aquél complejo sonoro termina [...] la obra de arte" (t.d.r.). Y todavía: "La ejecución de la obra de arte se refiere a una función práctica y no lírica, y es técnica, no creativa [...] la originalidad puede valer en el ámbito de la creación, no en aquél de la resurrección del pasado, respecto al cual cada originalidad u objetividad se convierte en arbitrio", ID., *La musica e le arti*, Bari, 1936.

<sup>41</sup> M. COSSUTTA, *Sull'interpretazione della disposizione*, cit., p. 108.

distintos tipos de músicos: el creador, el ejecutor y el intérprete. La ejecución supone la estrecha realización de la voluntad explícita del autor, que termina en lo que éste ordena. La interpretación implica límites impuestos al ejecutor en la actividad de transmitir la música al auditorio. “El conflicto entre estos dos principios, ejecución y interpretación, está en la raíz de todos los errores, de todos los pecados, de todos los malentendidos que se interponen entre la obra y el auditorio, y que altera la buena transmisión del mensaje”<sup>42</sup>. Naturalmente, también Stravinsky admitía que una música, por cuanto haya podido ser escrita con escrúpulo para evitar malentendidos, “contiene siempre elementos secretos que no admiten ser definidos dada la impotencia e incapacidad de la dialéctica verbal de definir completamente la dialéctica musical. Estos elementos dependen sobre todo de la experiencia, de la intuición, en una palabra, del talento de quién está llamado a presentar la música. De manera que, [...] el compositor corre un gran riesgo cada vez que hace escuchar su música porque la buena presentación de su obra depende siempre de aquellos factores imprevisibles e inconmensurables, que entran a formar parte de la composición, de las virtudes de fidelidad y de simpatía, sin las cuales la obra sería a veces irreconocible, a veces incierta, de todas formas en cada caso traicionada”<sup>43</sup>.

El compositor de origen ruso, posteriormente, se proyectaba en una crítica hacia los directores de orquesta, definidos como «una especie curiosa y particular de solistas», que en cierto sentido podrían asemejarse a algunas interpretaciones demasiado desenvueltas de algunos operadores del Derecho. Recuerda que el prestigio y la autoridad de la cual gozan los directores les han permitido un exceso de “poder discrecional” sobre la música que se les ha encargado. “Acurrucado sobre su podio sibilino él impone a las composiciones que dirige sus propios movimientos, sus particulares matices, y se encuentra inducido a hablar con ingenua impudencia de sus especialidades, de ‘su’ quinta, de ‘su’ séptima, (de su métrica interna), como un cocinero que alaba un plato de su propia invención. [...] Esto no sucedía ni tan siquiera en otras épocas que ya conocían, como en la nuestra, el arribismo y la tiranía de los virtuosos, instrumentistas o ‘primeras damas’ que fueran, pero que aun

---

<sup>42</sup> I. STRAVINSKIJ, *Poétique musicale* (Harvard, 1942), *Poetica della musica*, trad. it. M. Guerra, Pordenone, 1987, p. 90 ss; t.d.r. Se trata de la publicación de las conferencias impartidas en el curso de poética en la Universidad de Harvard en el 1940, publicadas nuevamente a París en 1945.

<sup>43</sup> I. STRAVINSKIJ, *Poetica della musica*, cit., p. 91; t.d.r.

así no tenían que someterse a la competición de esta plétora de directores de orquesta que aspiran casi todos a la dictadura de la música<sup>44</sup>.

Así Stravinskij consideraba que el intérprete debería ser una especie de traductor, que a menudo se transforma en 'traidor', significando que "los directores de orquesta, los cantantes, los pianistas, todos los virtuosos deberían saber o recordar que la primera condición que debe tener quien aspira al prestigioso título de intérprete es el de ser antes de todo un infalible ejecutor. El secreto de la perfección está, en un primer momento, en el conocimiento de la ley que le impone la obra que ejecuta"<sup>45</sup>.

El punto de vista 'escéptico', al contrario, empieza a desarrollarse partiendo de la ingenuidad del 'realismo' que pretende reducir la interpretación musical a la traducción unívoca de un texto objetivo y cristalino<sup>46</sup>. "Entonces, no tendría algún sentido, sino meramente 'ingenuo', la invitación que a veces se les hace a los ejecutores de tocar 'lo que está escrito', o bien de atenerse a la obra exactamente, como es, a la 'cosa en sí', en cuanto 'lo que está escrito', se puede tocar en maneras muy variadas"<sup>47</sup>.

Esto explica por qué en distintas ejecuciones las opciones del intérprete repercuten también sobre la duración de tiempo de la ejecución, en algunos casos, diferentes, al punto que el profano podría dudar que se tratara de la misma obra<sup>48</sup>. Resulta así más evidente el paralelismo con las decisiones jurisprudenciales, donde a menudo sucede que un mismo caso viene resuelto aplicando la misma norma de manera diametralmente distinta, provocando también en este caso desconcierto en el profano, haciendo dudar que se trate del mismo 'Derecho'.

<sup>44</sup> I. STRAVINSKIJ, *Poetica della musica*, cit., pp. 92-93; t.d.r.

<sup>45</sup> I. STRAVINSKIJ, *Poetica della musica*, cit., p. 93 ss., (t.d.r.) quien, para indicar mejor las reales relaciones existentes entre el autor y el público que pasan a través del ejecutor, evidencia «la responsabilidad moral de este último, ya que es sólo a través del ejecutor como el auditorio viene puesto en contacto con la obra musical. Para que pueda darse cuenta de lo que es y de lo que vale esa obra, el público debe estar seguro sobre el valor de quien la presenta y de la correspondencia de esa ejecución con la voluntad del compositor».

<sup>46</sup> Sobre el tema vid G. M. GATTI, "Del problema dell'interpretazione musicale", en *Rassegna musicale*, 1930, p. 227; E. CIONE, "Problemi di estetica musicale", en *Logos*, 1938, fasc. 4, p. 25 ss.; A. CASELLA, "Interpretazione e interpreti", en AA.VV., *Il libro della musica*, Firenze, 1940, p. 161; G. BRELET, *L'interpretazione creatrice*, Paris, 1951, p. 112; G. GRAZIOSI, *L'interpretazione musicale*, cit., p. 29.

<sup>47</sup> Cfr. M. MILA, *L'esperienza musicale e l'estetica*, Torino, 1956, p. 179; t.d.r.

<sup>48</sup> Pensemos en la Quinta sinfonía de Beethoven que va desde los 38 minutos de la ejecución de Ferenc Fricsay con la Orquesta Sinfónica de Berlín, hasta los 29 minutos de Arturo Toscanini con la Orquesta de la NBC.

En el debate musicológico tomaron parte también ilustres juristas. Según Pugliatti la obra interpretativa exige un acto puramente intelectual, o sea la plena inteligencia del texto. En esta fase inicial se va a buscar la idea que constituye el núcleo de la obra de arte, no está consentido algún arbitrio, ni tan siquiera al intérprete que en primer lugar actúa como histórico o crítico. La fase sucesiva, en cambio, está caracterizada por una verdadera recreación de la realidad artística, como una nueva creación de «una realidad del intérprete» y no de otros, «expresión de su mundo, realización de su personalidad», pero al mismo tiempo «de todas las experiencias de la vida, de cultura y de arte [que] estarían presentes, como indistintas voces, todas sueltas y juntas plasmadas en la forma con la cual el mundo del artista se ha creado»<sup>49</sup>. Una vez más sobresale claramente el paralelismo entre el intérprete musical y el jurídico, el cual no puede ser 'máquina silogística', porque es un 'hombre vivo' con sus sentimientos, sus ideologías, sus pasiones, sus convencimientos, sus fanatismos<sup>50</sup>.

Para el jurista y musicólogo siciliano, entonces, la interpretación es creación que se inicia a partir del trabajo filológico sobre un texto, que debe entenderse «como un límite externo necesario a la actividad espiritual» (t.d.r.), y que da vida a un proceso creador caracterizado por un último vínculo a la discrecionalidad del intérprete, representado del texto que no puede ser ni ignorado ni aniquilado, pero que más bien constituye el origen de una nueva síntesis creadora que debe ser juzgada sobre la base de su armonía y cohe-

<sup>49</sup> S. PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, cit., p. 46 ss.; t.d.r. Recientemente sobre el pensamiento de Pugliatti vid. G. RESTA, *Il giudice e il direttore d'orchestra*, cit., p. 453 ss.; M. COSSUTTA, *Sull'interpretazione della disposizione*, cit., p. 105; D. ZIINO, *Profili dell'interpretazione giuridica*, Milano, 2011, p. 186 ss.

<sup>50</sup> P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, p. 63 ss., donde escribía: "¿Les parece de verdad que la concepción silogística del juez sea satisfactoria y, sobre todo, que corresponda con la verdad? Quien imagina la sentencia como un silogismo, no ve la sentencia viva; ve su desnudez, su esqueleto, su momia, porque la verdad es que el juez es un mecanismo, no una máquina calculadora. Es un hombre vivo..." (t.d.r.). E.M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologia*, Bologna, 1969, p. 31 ss., ha añadido: "La simpatía, antipatía para una parte o para un testimonio; el interés, el desinterés por una cuestión o argumentación jurídica; la apertura a un tipo evolutivo, histórico, sociológico de interpretación de las leyes, en vez de una interpretación rigidamente formal; el interés o la molestia frente a un acontecimiento de hecho y así sucesivamente. Sentimientos: afectos, tendencias, odios, rencores, convicciones, fanatismos; todas las variantes de esta realidad misteriosa, maravillosa y terrible que es el alma humana, se refleja con o sin velos entre los renglones alineados compuestos por los repertorios de la jurisprudencia: pasiones desencadenadas, pasiones acumuladas, ternuras, temblores, - en los estantes llenos de mohos de las cancillerías de los tribunales".

rencia interna, y no a través de inadmisibles comparaciones con el supuesto o hipotético original<sup>51</sup>.

En una perspectiva distinta se colocó el pensamiento de Betti, el cual tuvo como objetivo elaborar una teoría general de la interpretación válida para una pluralidad de disciplinas reconducibles a las peculiaridades de las ciencias del espíritu, distintas de las ciencias de la naturaleza. En el ámbito de las distintas categorías de la interpretación (reproductiva, 'reconocedora', normativa, etc.), la hermenéutica musical está asumida como paradigma, teniendo como objetivo principal el de la transmisión fiel del mensaje artístico. El asunto del jurista *camerte*, por otro lado, se basa, tanto para la interpretación del derecho como para la interpretación musical, en la opinión según la cual cada forma representativa puede tener un significado tendencialmente objetivo y autónomo, y que su interpretación pueda ser sujeta a un control de exactitud o, cuanto menos, a través del uso correcto de los cánones hermenéuticos, a límites capaces de obstaculizar el arbitrio<sup>52</sup>.

Para Betti, el intérprete "debe hacer entender el objetivo según la ley de autonomía y coherencia que se ve obrar en el, y a esa debe atenerse, sin sobreponer otra ley distinta que viole su autonomía"<sup>53</sup>. El ejecutor musical asume el papel de "intermediario entre la obra de arte y el público" para transmitir la originaria intuición artística del compositor. A diferencia de Pugliatti, el parámetro para juzgar la exactitud de la ejecución no es la mera coherencia interna del resultado interpretativo, sino más bien la relación de continuidad entre la exacta inteligencia de la idea objetivada en la forma artística y su reproducción técnicamente inapuntable<sup>54</sup>.

Betti, como ya se anticipó, distinguía distintas formas de interpretación, aquella meramente 'reconocedora' dedicada al reconocimiento del objeto sin ninguna finalidad práctica (interpretación histórica, literaria, filosófica); aquella 'reproductiva', que al conocimiento del objeto une también su reproducción como momento esencial (teatro, música); en fin, aquella 'normativa' caracterizada no solamente por la exacta inteligencia del significado, sino también por la existencia de normas comportamentales capaces de

---

<sup>51</sup> S. PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, cit., p. 10 ss.

<sup>52</sup> P.G. MONATERI, "Interpretare la legge. (I Problemi del civilista e le analisi del diritto comparato)", *Riv. dir. civ.*, vol. I, 1987, p. 584 ss.

<sup>53</sup> E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 763.

<sup>54</sup> G. RESTA, *Il giudice e il direttore d'orchestra*, cit., p. 455.

guiar al intérprete hacia la hermenéutica más adecuada (Derecho, religión)<sup>55</sup>. Además, en el pensamiento Bettiniano, la especificidad de la hermenéutica del jurista positivo, con respecto a la del histórico del Derecho o del intérprete musical, está determinada a su vez por la acción práctica destinada a regular una situación de hecho, actividad que va más allá de la reconstrucción del exacto significado de la fórmula legislativa. En esta óptica, el jurista positivo, a diferencia del intérprete musical, debe llevar a cabo también una función dinámica de integración y adecuamiento del sentido original de la norma, adoptando el significado cristalizado en ella a las mutables características del ordenamiento y a las variables exigencias del contexto social<sup>56</sup>.

#### 4. LOS DIFERENTES LÍMITES A LA LIBERTAD INTERPRETATIVA MUSICAL Y JURÍDICA: LA DUDA HERMENÉUTICA Y EL CANON FUNDAMENTAL DEL FAVOR REI

La hermenéutica jurídica, entonces, está orientada por reglas puestas por el mismo autor de las normas, el legislador. En el ordenamiento italiano, en primer lugar, el art. 12 de las disposiciones sobre las leyes en general, con específica referencia a las normas penales y a aquellas con carácter excepcional en el art. 14 de las mismas disposiciones. El mismo autor del texto ofrece las instrucciones para la hermenéutica, mientras en general esto no sucede en el mundo del arte y en particular en el mundo de la música<sup>57</sup>.

Se puede decir, por eso, que el intérprete musical es, al mismo tiempo, de un lado, un desaventajado en cuanto no tiene una 'instrucción' capaz de orientar su actividad, y, del otro, un aventajado en su libertad en cuanto la ausencia de una 'brújula' hermenéutica lo libera de particulares vínculos que

<sup>55</sup> E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 347 ss.

<sup>56</sup> La contraposición entre la función reconocedora del historiador y aquella normativa del jurista positivo, se ha presentado uno de los principales puntos de fricción entre la visión de Betti y aquella de Gadamer. Sobre el argumento se reenvía a G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Milano, 1984, p. 74 ss.

<sup>57</sup> G. IUDICA, "Interpretazione giuridica e interpretazione musicale", *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 476, quien, además de referirse al artículo 12 de las disposiciones sobre la ley en general, añade el reclamo a los artículos 1362-1371 c.c. sobre la interpretación del contrato, a los artículos 1324 y 601 c.c. en tema de normas aplicables a los actos unilaterales, a los artículos 112, 132 y 118 disposiciones de actuación del c.p.c. sobre la interpretación de la sentencia y en general de los actos judiciarios.

no son aquellos de una mera compatibilidad técnica con el texto, hacia opciones abiertas a su sensibilidad y cultura, a su visión del arte y del mundo<sup>58</sup>.

Esto en la música, autoriza insinuaciones interpretativas tanto heterogéneas cuanto creativas. A título ejemplificativo, se recuerda el celebre pianista Glenn Gould, muy conocido por sus ‘ejecuciones’ cristalinas pero, en algunas ocasiones tan ‘exasperadas’ como para parecer explícitamente excéntricas<sup>59</sup>.

La pregunta, entonces, es si en el Derecho, en particular en el Derecho penal, ¿es legítima una creatividad paragonable a aquella de Glenn Gould?

A la luz de cuanto se ha dicho, parece evidente que el mismo concepto de la interpretación, comporta por su naturaleza la posibilidad de más interpretaciones, en cuanto la hermenéutica tiene un propio sentido, porque el texto no tiene un significado mismo y, por lo tanto, produce una duda<sup>60</sup>. Tal duda, por lo menos, en el Derecho debe ser disuelta siguiendo las guías ofrecidas por el mismo legislador, que más allá del “sentido [...] evidente por el significado propio de las palabras según la conexión de esas” y a la “intención del legislador” (t.d.r.; en Italia, art. 12, co. 1, de las Disposiciones generales de la ley en general), excluida la analogía de las normas penales (art. 14 de las mismas disposiciones, en caso de duda reenvía a los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado (art. 12, co. 2, segundo periodo, mismas disposiciones). Puesto, naturalmente, que para la estricta legalidad penal estos principios no pueden ser utilizados con función incriminadora, los mismos al contrario podrían ser capaces de negar la relevancia penal de un hecho, naturalmente, siempre en el caso de duda aceptable y razonable sobre la envergadura de la norma<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> G. IUDICA, *Interpretazione giuridica*, cit., p. 478.

<sup>59</sup> Veanse C. DI GENNARO, *Glenn Gould. L’immaginazione al pianoforte*, Lucca, 1999; P. RATTALINO, *Glenn Gould. Il bagatto*, Varese, 2006; M. GATTO, *Glenn Gould: il suono materiale*, Ancona, 2009; A. INCAMPO, *Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione giuridica*, Roma - Bari, 2009, p. 116. Para un acercamiento del intérprete jurídico al pianista, de reciente vid. G. HIRSCH, “Verso uno stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell’attuale momento storico”, en *Criminalia*, 2007, p. 119 ss.: “Que más pudiera desear el legislador, ya sea el nacional que el europeo, sino que sus leyes sean interpretadas con la misma habilidad con la cual Horowitz y Rubinstein han interpretado a Chopin?” (t.d.r.).

<sup>60</sup> Cfr. F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 116 ss.

<sup>61</sup> Para una nueva visión, con perspectiva de reforma, que conjuga el *favor rei* con una particular carga motivacional del juez fundada sobre la plausibilidad de la opción hermenéutica favorable, se permita el reenvío a M. CATERINI, “L’interpretazione favorevole come limite all’arbitrio giudiziale. Crisi della legalità e interpretazione creativa nel sistema postmoderno dell’oligarchia giudiziale”, en AA.VV., *Autorità e crisi dei poteri*, a cura de P. B. Helzel,

La naturaleza opinable y en algún modo analógica de cualquier hermenéutica<sup>62</sup>, a menudo permite una *duplex interpretatio* de una misma norma, de otra manera, deberíamos reconocer la validez de la metáfora del juez mera *bouque des lois*<sup>63</sup>. Eso también significa, que las alternativas de la interpre-

---

A. J. Katolo, Padova, 2012, p. 129 ss. Según esta idea, el juez no debería motivar su convicción sobre la base de la mayor plausibilidad de la opción hermenéutica seleccionada, más bien debería fundar su preferencia hermenéutica explicando en términos convincentes por qué la opción más favorable al reo sea implausible, o sea inaceptable o absurda. La opción interpretativa más favorable – a mayor razón considerada la naturaleza en algún modo analógica y opinable de cualquier interpretación –, podrá ser del todo plausible, pero eso no justifica la adhesión a la misma, si el juez no demuestra la implausibilidad de aquella más favorable. La motivación relativa a la dirección hermenéutica emprendida por el juez, entonces, no debería ser articulada solamente en base de una *pars costruens*, o sea explicando los motivos por los cuáles una opción interpretativa es preferible a otra, siendo esa también plausible. Debería, sin embargo, ser centrada también sobre una *pars destruens*, es decir explicando las razones por las cuáles la opción interpretativa más favorable sea implausible. Entonces, de frente a más opciones hermenéuticas razonablemente todas plausibles, el juez debería escoger la más favorable al autor del hecho. En este sentido, la razonable no implausibilidad de la opción (más favorable), debería significar no arbitrariedad de la misma, sino un razonamiento dotado de real dignidad hermenéutica. La duda interpretativa, no debe ser ficticia inventada con argumentos meramente rebuscados y únicamente *ad usum delphini*, que presenten una mera apariencia de validez hermenéutica y de fundamento normativo.

<sup>62</sup> Por muchos se considera que, en un cierto sentido, cualquier razonamiento interpretativo sea, de por sí, analógico. Desde este punto de vista, entonces, la analogía no sería una forma de producción del Derecho, si no la modalidad ordinaria de interpretar el mismo. Es adquisición, esta, ya presente también en la literatura penalística que nace de la interrelación constante entre norma y hecho en el procedimiento decisorio, en el sentido que este último se comporta como un movimiento en espiral: cada pasaje lógico del hecho a la norma y viceversa, no crea un vínculo vicioso, pero permite un creciente avance en la comprensión de ambos términos (especie abstracta y hecho concreto), un crecimiento del conocimiento que proyecta al intérprete a superar el límite de la estación precedente para colocarlo en un nivel superior de conocimiento. Sobre la circularidad hermenéutica entre la especie abstracta y la situación concreta, se vea H. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, cit., *passim*, spec. p. 152 ss., y A. KAUFMANN, “Il ruolo dell’abduzione nel procedimento di individuazione del diritto”, *Ars interpretandi*, 2001, p. 324.

<sup>63</sup> A esta observación se puede llegar también admitiendo la idea según la cual cada proposición normativa presenta límites lingüísticamente insuperables: “si dentro estos límites, ya sean dilatados hasta la máxima capacidad de expansión de las palabras, nos mantendremos siempre en el ámbito de una determinada proporción, es cierto que en un momento determinado el límite será alcanzado y no podrá ser superado, so pena de renunciar a atribuir a las palabras un significado de todas formas admitido por el uso. Este orden de ideas podrá reducir, también en modo considerable, el número de las hipótesis que no son directamente regulables en base a las proposiciones normativas de donde se toman las iniciativas: pero no podrá nunca eliminarlas completamente. La cuestión de la analogía se presentará siempre, ya

tación podrían ser todas igualmente legítimas, sin que eso constituya una paradoja<sup>64</sup>. Una interpretación, si está efectivamente dotada de dignidad hermenéutica, no será justa o errada, si no que podrá ser compartida o no por aquella autoridad (el juez) competente para establecer si cierta opinión deba prevalecer sobre otra<sup>65</sup>.

Al mismo tiempo, si las distintas interpretaciones, aún legítimas ya que fundadas en modo racional, fueran colocadas en el mismo plano, el Derecho correría el riesgo de perder su función orientadora y de dirección, cayendo en el nihilismo. Frente a más interpretaciones todas lógicamente aceptables, se necesita entender hasta qué punto pueda llegar la libertad del intérprete, en particular del juez penal, o sea de la autoridad destinada a establecer qué opinión deba prevalecer en el caso concreto.

Para intentar de resolver la cuestión, es necesario referirse en particular a uno de aquellos principios señalados por el art. 12 de las preleyes (ordenamiento jurídico italiano), que debe ser considerada como una norma en sentido propio, también cuando resulta inexpresa y por eso recabada a través de un procedimiento inductivo de generalización que surge de un dato positivo<sup>66</sup>. El *favor rei* y el corolario *in dubio pro reo*, de hecho, son considerados principios generales del ordenamiento, establecidos implícitamente por la constitución y por la ley, también mediante la exacta comprensión de la idea de legalidad<sup>67</sup>.

---

sea en proporciones modestas" (t.d.r.). Cfr. M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I, *La legge penale*, Torino, 1999, p. 94.

<sup>64</sup> La posibilidad de más interpretaciones 'plausibles' parece ser el fruto de aquél «pluralismo científico y diríamos dogmático» hoy bastante reconocido, donde las soluciones se relativizan según distintas interpretaciones, lecturas, paradigmas; cfr. M. DONINI, "Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1088 ss.

<sup>65</sup> En este sentido, en particular sobre la posibilidad de igual legitimidad de las distintas opciones de la *duplex interpretatio*, se pueden ver las observaciones de G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Roma - Bari, 2004, p. 69 ss.

<sup>66</sup> A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Torino, 2010, p. 55, p. 71 ss.

<sup>67</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e regione. Teoria del garantismo penale*, Roma - Bari, 2004, p. 155. La expresión *favor rei* se utiliza para indicar un principio general informador, con función interpretativa o directiva, expresión de un valor inspirador del sector penal, derivado de la Constitución y también de varios institutos, sea en el Derecho penal substancial sea en el procesal. Respecto a los primeros, piénsese en la prohibición de la analogía de las normas incriminadoras y en la admisibilidad de la misma en relación a las normas eximentes, en la retroactividad de las normas favorables, en el delito continuado, en el concurso aparente de normas. Con respecto a los segundos, piénsese en la regla de juicio donde falte o sea insuficiente la prueba, en la irretroactividad de las leyes procesales penales, en la inmediata declaratoria de

La razón de la idea de legalidad penal, efectivamente, puede ser descrita como una imagen con dos caras, una negativa, que representa la legalidad como un ‘escudo’, dirigida a defender los ciudadanos contra los posibles abusos del Estado, y contra eventuales arbitrios del juez. La otra, positiva, que imagina la legalidad como una ‘espada’, un instrumento de defensa que mediante su activación realiza las normas penales en manera sistemática, completa e inexorable<sup>68</sup>.

no punibilidad en cada estado y grado del procedimiento, en la jerarquía de las fórmulas de absolución, en la prohibición de la *reformatio in peius*. Sobre el tema G. LOZZI, “Favor rei”, *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, p. 10 ss., al cual se reenvía también para las conexiones, pero no para las coincidencias, con el *favor libertatis* y el *favor innocentiae*. A. PAGLIARO, “La legge penale tra irretroattività e retroattività”, *Giust. pen.*, 1991, c. 1 ss.; ID., *Principi di diritto penale*, Milano, 2003, p. 116 ss., considera el *favor libertatis*, y no el principio de irretroactividad y de certeza del Derecho, el principio-base que regula la sucesión de leyes penales en el tiempo. G. VASSALLI, “I principi generali del diritto nell’esperienza penalistica”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 707, considera que si es posible reconocer la posición del *favor libertatis* como principio superior en relación a la sucesión de leyes penales en el tiempo, lo mismo no puede suceder en relación con el entero ordenamiento penal, en cuanto, según el eminente autor, sobre el mismo plano de las garantías individuales está colocado también el *favor societatis*. Sobre la tarea de los intérpretes, tanto jurídicos como musicales, de hacerse orientar por los valores y los principios que una específica sociedad pone como fundamento, consúltese F. MARISI, “Judicial Interpretation and Musical Performing Practice: a Comparison”, *International Journal of the Arts in Society*, núm. 5, vol. 5, 2010, p. 289 ss.

<sup>68</sup> Sobre el tema vid. G.P. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, New York - Oxford, 1998, *Grammatica del diritto penale*, trad. it. M. Papa, Bologna, 2004, p. 324 ss., el cuál, entre otras, evidencia que la sensibilidad hacia la legalidad ‘positiva’ está mucho más marcada en los sistemas de la Europa continental que no en los angloamericanos, derivando argumentos, entre otros, del hecho de que la obligatoriedad de la acción penal es obstáculo a un instrumento de investigación y de control social, típico del sistema estadounidense, como la concepción de la completa inmunidad a uno de los concursantes en el delito, con el fin de adquirir pruebas decisivas para hacer condenar a los otros. Sobre la tendencia a la superación del dualismo entre sistemas marcados por la obligatoriedad y otros caracterizados por la discrecionalidad de la acción penal, a favor de sistemas híbridos o intermedios connotados de múltiples contaminaciones entre uno y el otro modelo, véase L. LUPARIA, “Obbligatorietà e discrezionalità dell’azione penale nel quadro comparativo europeo”, en *Giur. it.*, 2002, p. 1751 ss. Es oportuno recordar que en el sistema italiano la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal ha sido constitucionalmente afirmada como elemento que concurre a garantizar, de una parte, la independencia del P.M. (Público Ministerio o Fiscal) y, de la otra, la igualdad de los ciudadanos frente a la ley penal. En tal sentido deben verse las pronuncias de la Corte constitucional, 26 julio 1979, n. 84, en *Foro it.*, 1979, I, 2546 ss., y 15 febrero 1991, n. 88, en *Cass. pen.*, 1991, II, p. 207 ss. En realidad, del principio de la obligatoriedad de la acción penal no deriva necesariamente un Derecho penal ‘máximo’; más bien, dicho principio se puede concretamente realizar sólo en un sistema penal efectivamente ‘mínimo’, marcado por la *extrema ratio*, sea en la previsión legislativa de la especie, sea en la interpretación. La más conocida como cifra

Estas dos formas de legalidad nos reconducen a la confrontación entre Derecho penal 'mínimo' y Derecho penal 'máximo', que son expresión respectivamente uno del carácter limitado del poder punitivo típico de un Estado de derecho y, el otro, de la naturaleza limitada de la potestad penal de un Estado absoluto. Naturalmente se trata de dos paradigmas extremos entre los cuales se desarrollan sistemas penales intermedios tendientes hacia uno o hacia el otro modelo; el primero, aquel 'mínimo', caracterizado por la idea garantista de condicionar y limitar el arbitrio y el error penal; el segundo, aquel 'máximo', empujado por la idea totalitaria de lograr castigar o punir a todos los culpables<sup>69</sup>.

Las dos naturalezas de la legalidad del Derecho penal, una garantista y la otra más autoritaria, a menudo no son conciliables y, en caso de conflicto, es necesario entender cual de las dos deba prevalecer mediante la indicación de la dirección hermenéutica al intérprete. Dada la indiscutibilidad ontológica de un cierto margen dejado al intérprete y por la admisibilidad de la doble interpretación de una norma, si los distintos resultados hermenéuticos son soportados por un proceso lógico racional, la elección a favor de uno o de otro debería (o deberá) depender de otras valoraciones localizadas en un canon hermenéutico fundamental que debe responder a las siguientes preguntas: ¿la incertidumbre del texto normativo debe ser resuelta reduciendo o expandiendo su posible significado? ¿O bien en sentido favorable o desfavorable al reo?

Las respuestas a estas preguntas están íntimamente conectadas con la naturaleza de la legalidad que deontológicamente debe prevalecer. Si, en caso de conflicto entre los dos aspectos de la legalidad, la que prevalece es la legalidad considerada como 'escudo' propia del Derecho penal 'mínimo', entonces la regla hermenéutica fundamental deberá ser tendencialmente la minimización del alcance desfavorable del texto legislativo. Al contrario, si lo que va a prevalecer es la legalidad considerada como 'espada', en tal caso la regla hermenéutica fundamental debería ser el reconocimiento de una mayor libertad al intérprete, en sentido extensivo, dirigiéndose hacia el objetivo

---

negra, de hecho, podrá ser tendencialmente reducida en su forma patológica, si el legislador logra superar, a través de una amplia despenalización, la hipertrofia que actualmente caracteriza el sistema penal. Sobre estos temas, vid, recientemente E. DOLCINI, "Esercizio dell'azione penale, divisione dei poteri e prevenzione generale dei reati", *Dir. pen. cont.*, 2011, p. 28 ss., espec. p. 31 ss.

<sup>69</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 80 ss., quien, entre otras cosas, evidencia cómo estos dos modelos son líneas de tendencia que conviven en los sistemas penales concretos, caracterizados por una tendencial ineffectividad, respecto a los perfiles orientados al Derecho penal 'mínimo', y de ilegitimidad, respecto a los otros.

típico de la legalidad como ‘espada’ de los sistemas autoritarios, es decir, el de castigar fácilmente al autor de un hecho considerado injusto a la luz de los valores meta-legislativos<sup>70</sup>.

El canon hermenéutico fundamental, entonces es de naturaleza deontológica, relacionado con el deber ser de la actividad interpretativa en el Derecho penal, fruto de una exacta y precisa opción política expresada en el principio, justamente político, de la ‘estricta interpretación’<sup>71</sup>; o mejor, del principio del *favor rei*, que va considerado como una norma de cierre, típica del modelo de Derecho penal ‘mínimo’ que se informa y actualiza en la racionalidad y a la certeza del derecho<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Cfr. G.P. FLETCHER, *Grammatica*, cit., p. 328.

<sup>71</sup> M. RONCO, “Il principio di legalità”, en *Commentario sistematico al codice penale*, diretto da M. Ronco, vol. 1, *La legge penale*, Bologna, 2006, pp. 80-81, evidencia la naturaleza exquisitamente política de la prohibición de la analogía y de la estricta interpretación, y la oportunidad, con el fin de hacer efectiva la garantía de la misma prohibición, de superponer al art. 1 c.p. una norma ulterior que fije el principio según el cual la ley penal está sujeta a interpretación restrictiva. En sentido distinto se vea G. FIANDACA, “Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 355, el cual, con particular referencia al intento de la Comisión bicameral italiana dirigido a introducir una norma constitucional que contenga la obligación de una interpretación restrictiva de la ley penal, considera esto un inopinado sueño del periodo de la ilustración de atar las manos al juez penal, destinado a no realizarse por la razón de que la obligación de interpretar restrictivamente la norma penal no podría no ser objeto, ella misma, de interpretación. El mismo argumento, más en general, es utilizado por G. ZACCARIA, “L’ermeneutica e la filosofia del diritto”, en ID., *L’arte dell’interpretazione. Saggi sull’ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990, p. 62. Contrarios a la hipótesis de una norma que prohíba la interpretación extensiva son M. DONINI, “L’art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione “legale” prima che “giurisprudenziale”, dei principi di offensività e di sussidiarietà”, en *Crit. dir.*, 1998, p. 95 ss.; F. C. PALAZZO, “Le riforme costituzionali proposte dalla commissione bicamerale, B) diritto penale sostanziale”, en *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 37 ss.; D. PULITANÒ, “Quali riforme in materia penale dopo la bicamerale?”, en *Foro it.*, vol. V, 1998, c. 288 ss. El código penal francés del 1994, de otra parte, tiene formalizado el principio en este modo: “*La loi pénale est d’interprétation stricte*”; la fórmula en la práctica parece haber limitado pero no excluido la discrecionalidad interpretativa; al respecto vid. G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, 2007, p. 129 ss. También en la experiencia angloamericana, los tribunales han sido siempre hostiles a la expansión del *common law*, operada por medio del Derecho positivo de fuente legislativa, tanto que vale la regla que impone la interpretación restrictiva del Derecho penal positivo que deroga al *common law*; sobre este último punto se reenvía a G.P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, cit., p. 327, y a las indicaciones bibliográficas allí contenidas.

<sup>72</sup> Así, expresamente, siempre L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 81-83, quien, además de considerar el *favor rei* una norma de clausura del modelo de Derecho penal mínimo, evidencia cómo de este paradigma “resulta de hecho excluida la responsabilidad penal todas las veces que sean inciertos e indeterminados los presupuestos. Bajo este aspecto existe

El juez, por lo tanto, entre distintas alternativas todas racionalmente plausibles, no debería poder libremente escoger basándose en un parámetro arbitrariamente individualizado (razones éticas, de justicia sustancial o de política criminal, o en ideologías políticas, sentimientos íntimos, pasiones o nada menos que rencores), sino en base a los parámetros políticos-garantistas, dictados por la Constitución: legalidad como garantía, Derecho penal como *extrema ratio*, y por tanto, *favor rei*. De otra parte, mayores garantías contra los posibles arbitrios judiciales, se pueden tendencialmente realizar sólo si entre las posibles soluciones del procedimiento interpretativo analógico, opinable por naturaleza, el juez debe escoger aquella que resulta más favorable al autor del hecho<sup>73</sup>.

Regresando a la comparación entre el intérprete musical y el juez penal, se puede decir que el segundo, a diferencia del primero, debería tendencialmente inspirar sus decisiones hermenéuticas mucho menos en su personal sensibilidad y en su propia visión del mundo – de todas formas difícilmente eliminable del todo en cualquier razonamiento interpretativo –, a favor del canon hermenéutico fundamental del cual se habló anteriormente. En sustancia, el juez penal, cuando los posibles resultados interpretativos vuelven a favor del autor del hecho, no podría tener una actitud creativa paragonable a aquella de Glenn Gould.

En cambio, la actual vocación del más conocido como Derecho ‘viviente’, por un lado, es la de moverse más allá de la previsión de la ley; por el otro, actuando así, está expresando la máxima punibilidad de las normas penales<sup>74</sup>.

---

una profunda conexión entre garantismo y racionalismo. Un Derecho penal es racional y cierto en la medida en que sus intervenciones son previsibles. [...] Se entiende, sobre esta base, como el principio equitativo del *favor rei* – del cuál es corolario la máxima *in dubio pro reo* – no sólo no contradice, sino que es nada menos que una condición necesaria para integrar el tipo de certeza racional perseguida por el garantismo penal. [...] este es seguramente el criterio de decisión sobre la verdad que en manera más específica caracteriza la certeza subjetiva de la cognición judicial penal con respecto a aquella demandada para otros tipos de conocimientos empíricos”. Para el problema de la subsistencia de un principio general implícito del *favor rei*, en particular en el Derecho procesal penal, obtenido del complejo de disposiciones que atribuyen un trato de favor, se reenvía a G. LOZZI, *Favor rei*, cit., p. 12 ss.

<sup>73</sup> Claramente, G. BETTIOL, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, terza edizione, Padova, 1980, p. 202: “Il *favor rei* – en nuestra opinión – debe antes de todo constituir una regla fundamental de inspiración de la interpretación. Eso implica que cuando no se pueda tener una interpretación unívoca sino solo una situación de contraste entre dos interpretaciones de una norma de ley (antinomía interpretativa), habrá de escogerse la interpretación más favorable a la posición del imputado”.

<sup>74</sup> En estos términos H.J. HIRSCH, *Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht*, cit., p. 112 ss.

Tal actividad 'creativa' se substancia en un vuelco respecto a aquellas que deberían ser las tendencias interpretativas inspiradas en el *favor rei*, es decir la jurisprudencia tiende a extender al máximo el significado de los elementos del hecho 'tipo' con función incriminadora y a reducir o anular aquellas con función no incriminadora<sup>75</sup>.

## 5. LA CONSTANTE TENSIÓN ENTRE LA LEGALIDAD Y LA JUSTICIA: ¿GARANTÍA O CREATIVIDAD?

Esta actitud de la jurisprudencia se resuelve en aquella particular tensión, casi siempre enfrentamiento entre dos valores, que a menudo se reducen a unidad: la legalidad expresada por el principio democrático y garantista de la separación de los poderes del Estado; la justicia del caso concreto, expresada por la obra de *Rechtsfortsetzung* de los jueces. Sin embargo, identificar *tout court* la justicia con la acción de los jueces, como si esos fueran los únicos garantes, en contraposición a la legalidad expresada por el poder político democrático, significa, en lo absoluto, admitir que el legislador será siempre portador de intereses particulares contrastantes con la justicia. La solución, que parece ser demasiado rígida e impregnada ideológicamente de una desconfianza general hacia la política, conduce inevitablemente a un sistema post-democrático en el que se asiste al vaciamiento, al menos desde un punto de vista sustancial, de muchos de los fundamentales principios y normas que deberían preceder en un Estado democrático, con evidentes implicaciones en relación con la disminución del punto de vista sustancial de aquellas garantías propiamente atribuidas al Parlamento – expresión de la voluntad popular – del monopolio de la producción de las normas penales y, por lo tanto, de las opciones punitivas del Estado<sup>76</sup>.

Por eso, se puede decir, que la legalidad expresa exigencias de garantía, certeza del Derecho, cognoscibilidad de la norma, dirigidas a limitar el arbitrio del juez. La justicia, en cambio, se funda sobre la creatividad del intérprete encaminada a sancionar los hechos que en la 'visión del mundo' del juez

---

<sup>75</sup> Para algunos ejemplos concretos de este comportamiento creativo de la jurisprudencia italiana, permítaseme el reenvío a M. CATERINI, *L'interpretazione favorevole*, cit., p. 113 ss.

<sup>76</sup> Este argumento se puede ver en A. MASTROPAOLO, "Democrazia, neodemocrazia, postdemocrazia: tre paradigmi a confronto", *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 1612 ss.; C. CROUCH, *Postdemocrazia*, trad. it. C. Paternò, Roma - Bari, 2003, *passim*; P. GINSBORG, *La democrazia che non c'è*, Torino, 2006, *passim*.

se presentan como socialmente peligrosos, aunque no estén expresamente previstos por la ley.

Se habla de aquel político de la ex Alemania del Este que, después de la caída del muro de Berlín, afirmó: “‘Queríamos justicia y hemos encontrado la legalidad’. La desilusión era comprensible. La idea de justicia fascina porque parece sugerir directamente aquello que, precisamente, es justo, asegurando la inmediata realización. La justicia ofrece en definitiva gratificación inmediata. La legalidad en cambio necesita tiempo, paciencia y procedimientos altamente ritualizados. [...] La legalidad elimina, en un lejano periodo, los riesgos de injusticia”<sup>77</sup>. El paraguas ético de la ‘justicia’, por lo tanto, no debería justificar evidentes renunciaciones en el ámbito de la legalidad, sobre cuando estas acontecen en contraste con el principio del *favor rei*.

Consideraciones en parte diferentes, pueden hacerse en caso de que la pseudo creatividad conduzca a resultados hermenéuticos favorables al reo. No siempre, de hecho, el ámbito hermenéutico debe detenerse en el núcleo central de la norma, siendo en cambio hipotecable la extensión cuando en el ‘halo’ marginal de la misma se comprendan efectos interpretativos favorables al reo. En este ‘halo’ de la norma, más ampliamente considerado con respecto al exclusivo significado semántico, pueden entrar también los éxitos de interpretaciones históricas, sistemáticas y teleológicas, sobre todo si éstas están inspiradas o nada menos resultan impuestas por una lectura constitucional. El discurso se proyecta entonces hacia la más conocida como interpretación ‘aditiva’, no referida, naturalmente, a la adición en el sentido de la ampliación de la esfera de lo penalmente relevante, sino más bien a la introducción del hecho concreto (tipo de hecho), por vía hermenéutica, de elementos capaces de estrechar el alcance en sentido favorable al autor del hecho, en particular cuando estos elementos sean necesarios para adecuar una norma penal a los principios constitucionales<sup>78</sup>. En casos de este tipo, la interpretación jurídica se acerca más a la musical en cuanto se trata de una especie de reconstrucción de la norma en base a una lectura histórica, sistemática, teleológica, constitucionalmente orientada, en sentido favorable al autor del hecho. No se debería tratar de la verdadera ‘creación’ de una nueva norma, más bien de una adaptación a través de una mirada extendida al entero sistema jurídico, u ordenamiento, que será más legítimo si la imposición

---

<sup>77</sup> Cfr. G.P. FLETCHER, *Grammatica*, cit., p. 323.

<sup>78</sup> Este tema también puede consultarse en M. CATERINI, *L’interpretazione favorevole*, cit., p. 148 ss.

deriva directamente de la Constitución o de otras normas o principios superiores, siempre y cuando el sentido sea favorable al autor del hecho<sup>79</sup>.

La actitud del más conocido como Derecho 'viviente', de la jurisprudencia creadora, como hemos dicho antes, en muchos sentidos es opuesta, ya que enfatiza los elementos desfavorables y limita los efectos favorables. Se puede decir que en algunos casos los jueces son estimulados hacia interpretaciones desfavorables y excéntricas, para evitar lo que en jerga musical viene definido como 'frustración', o sea una interpretación en «desarmonía con las expectativas socio-culturales presentes en un determinado contexto»<sup>80</sup>. Se necesita reconocer que difícilmente de hecho dichas expectativas, al menos en parte, no condicionan la hermenéutica; al mismo tiempo es necesario afirmar el principio que el juez no debería ser influido por la que se pudiera considerarse la opinión pública, con mayor razón si el convencimiento es en sentido desfavorable al autor del hecho<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Piénsese, solo por ejemplo, en el principio de ofensividad, en algunos casos utilizado en delitos contruados 'sin ofensa' para introducir elementos capaces de conducir la norma hacia una aplicación conforme a la Constitución. Así, el caso paradigmático de los delitos de atentado interpretados en manera tal de que la fórmula "hecho dirigido a" debe entenderse como "hecho idóneo dirigido a", y la expresión "cualquier intento" como equivalente a "cualquiera que cumpla actos idóneos dirigidos a", así reportando esta categoría de delitos en el ámbito de la idoneidad-ofensividad, usando como parámetro de referencia la estructura de la tentativa.

<sup>80</sup> Cfr. M. COSSUTTA, *Sull'interpretazione della disposizione*, cit., p. 110; t.d.r.

<sup>81</sup> Para algunas decisiones que en algún modo pueden ser incluídas en esta categoría, piénsese en un ejemplo tomado de la crónica italiana, la sentencia relativa al caso de la Thyssenkrupp, donde la cúpula ha sido condenada por homicidio doloso por un gravísimo accidente de trabajo. Cfr. Corte ass. Torino, sez. II, 14 novembre 2011, n. 31095, en *De Jure*, donde se admite claramente que, "mientras la culpa consciente encuentra su fuente normativa en el art. 61 n. 3 c.p., el dolo eventual es de hecho de elaboración jurisprudencial, consolidado en el tiempo y en las bases teóricas, con ciertas y residuales dificultades de aplicación a los individuales hechos concretos. La Corte comparte y sigue la enseñanza de la Suprema Corte en primer lugar en afirmar la existencia del elemento subjetivo individualizado como "dolo eventual" (existencia negada de una parte de la doctrina); refiriéndose debidamente, después de haberlas examinado, a las innumerables sentencias de la Casación sobre la materia". Es como decir: ¡no está la ley, pero de todas formas está la Casación! Piénsese, sin embargo, en los casos de delitos automovilísticos, producidos en forma particularmente grave o alarmante, que han merecido una condena a título de homicidio doloso. Para algunos ejemplos, aunque muy distintos, vid. Corte ass. Milano, 16 luglio 2009, en *Giur. merito*, 2010, p. 757, con nota F. AGNINO, "Colpa cosciente e dolo eventuale in tema di sinistri stradali", p. 766 ss.; G.u.p. Trib. Roma, 26 novembre 2008, Lucidi, en *Foro it.*, 2009, II, c. 414 ss., con nota de G. FIANDACA, "Sfreciare col "rosso" e provocare un incidente mortale: omicidio con dolo eventuale?"; Trib. Roma, sez. VIII, 16 novembre 2007, en *Giur. merito*, 2009, p. 431, con nota de E. DI SALVO, "Colpa cosciente e dolo eventuale, diretto e alternativo", p. 435 ss.

Se podría objetar que tal planteamiento sea excesivamente débil, clemencial, respecto a las exigencias en algún modo evidentes con la expresión ‘tolerancia cero’. No obstante eso, frente a una duda interpretativa, la creatividad desfavorable debe ceder el paso a la certeza del Derecho y al favor rei, siendo la sanción penal siempre la *extrema ratio*.

En conclusión, utilizando la imagen del buen pianista de Horowitz, que debe tener en la misma medida “razón, corazón y medios técnicos”<sup>82</sup>, se puede decir que el juez penal, dado que tiende hacia resultados hermenéuticos desfavorables, debería adoptar una filosofía interpretativa más ‘estéril’, asimilable a aquella de Stravinsky. Con las palabras de Schumann, se pudiera decir: “La fría jurisprudencia que [...] aterroriza con sus secas definiciones”<sup>83</sup>. Al contrario, cuando la hermenéutica, en base a principios superiores, se dirige hacia soluciones compatibles con el *favor rei*, la re-creación del Derecho pudiera abrirse a interpretaciones menos rígidas, más ‘calientes’, que se proyectan más allá del texto en particular, como aquellas de Glenn Gould.

MARIO CATERINI  
Università della Calabria  
Dipartimento di Scienze giuridiche  
Via P. Bucci, Cubo 3/b  
87036 Rende (Cs)  
Italia  
e-mail: mario.caterini@unical.it

---

<sup>82</sup> La metáfora del juez como buen pianista es de G. HIRSCH, *Verso uno stato dei giudici?*, cit., p. 120; Sin razón, corazón y medios técnicos, respectivamente, la interpretación sería un fracaso y el intérprete sería o una máquina o un simple aficionado.

<sup>83</sup> Así ha sido reportado por A. CILIBRIZZI CHIANCONE, *Robert Schumann. Musica e follia*, Napoli, 1992, p. 26 ss.

# SOCIEDADES MULTICULTURALES Y SISTEMAS JURÍDICOS: INTERSECCIONES Y CONFRONTACIONES\*

## MULTICULTURAL SOCIETIES AND LEGAL SYSTEMS: INTERSECTIONS AND CONFRONTATIONS.

MARIO RUIZ SANZ  
*Universitat Rovira i Virgili*

Fecha de recepción: 24-9-13

Fecha de aceptación: 17-5-14

**Resumen:** *Los sistemas jurídicos actuales están siendo afectados por la introducción en las sociedades occidentales de culturas externas fruto de la inmigración. Las actitudes y comportamientos que se consideran diferentes son controlados por el derecho a través de los mecanismos jurídicos que se creen oportunos. Una revisión de las acciones jurídicas que se utilizan para regular tales conductas es una necesidad en las sociedades multiculturales. De hecho, las normas jurídicas pueden crear, interpretar y aplicar el derecho a partir de otras premisas diferentes que han de tener en cuenta las transformaciones sociales y las nuevas necesidades presentes en los ordenamientos jurídicos a partir de la revisión del concepto de sistema jurídico.*

**Abstract:** *The current legal systems are being affected by the introduction in Western societies from external cultures result of immigration. The attitudes and behaviors that are considered different are controlled by the law through legal mechanisms that are believed appropriate. A review of legal actions that are used to regulate such behavior is a necessity in multicultural societies. In fact, the legal rules can create, interpret and apply the law from various other assumptions that have to take into account social transformations and present new requirements in jurisdictions from the review of the concept of legal system.*

---

\* Este artículo se enmarca en los proyectos de investigación siguientes: Consolider-Ingenio 2010: “El tiempo de los derechos”, Ministerio de Educación (CSD-2008-00007); I+D+i: “Derechos humanos sociedades multiculturales y conflictos”, Ministerio de Ciencia e Innovación (DER 2012-31771); Prometeo: “Justicia social, exigibilidad de los derechos humanos e integración”, Generalitat Valenciana (2014/078).

**Palabras clave:** multiculturalidad, sistema jurídico, subsistemas sociales, prácticas culturales, normatividad  
**Keywords:** multiculturality legal system, social subsystems, cultural practices, normativity

## 1. INTRODUCCIÓN

En la espléndida novela *El corazón de las tinieblas* (*Heart of Darkness*, Joseph Conrad, 1902), Marlow recibe una extraña misión: ir en busca de Kurtz, un agente comercial europeo que se ha vuelto loco en medio de la selva africana<sup>1</sup>. Cuando Marlow remonta el río en un barco de vapor y observa a los nativos en la orilla, reflexiona sobre ello:

*“Aquella tierra no parecía terrenal. Estamos acostumbrados a verla en su forma civilizada, domesticada, pero allí, allí el monstruo está en libertad. No, aquella tierra no era de este mundo, y los hombres eran... No, no eran inhumanos. Y, ¿saben ustedes?, la sospecha de que no fueran inhumanos era lo peor. Se le venía a uno a la cabeza lentamente. Aullaban, y saltaban, y daban vueltas, y ponían caras horribles; pero lo que te aterraba era pensar que, como tú, eran humanos, la idea de que guardabas un remoto parentesco con aquella exaltación salvaje y apasionada. Desagradable, sí, era muy desagradable; pero si eras lo bastante hombre, acababas por admitir que había en ti, aunque no fuera más que la débil huella de una reacción ante la terrible franqueza de aquel alboroto, la leve sospecha de que aquello poseía un significado que tú (...) podías comprender. ¿Y por qué*

---

<sup>1</sup> En su versión cinematográfica realizada y adaptada magistralmente por Francis Ford Coppola, *Apocalypse Now* (1979; *Redux ext. vers.*: 2001), además de Martin Sheen (capitán B.L. Willard) y Robert Duvall (teniente coronel B. Kilgore), aparece en el papel del coronel Walter E. Kurtz un impagable Marlon Brando como militar renegado que en su fascinación por la abominación, rezuma misterio y pasión por todas partes. La ambientación se traslada del Africa colonial de finales del siglo XIX a la frontera de Camboya en la guerra de Vietnam de 1960 a 1973. Como curiosidad, en el viaje iniciático del capitán Benjamin L. Willard (Marlow) por el río, los nativos no aparecen nunca al completo sino que como fantasmas errantes se confunden e incluso se identifican con la selva. Este enfrentamiento de Willard con una cultura extraña recuerda y aproxima a esta obra maestra del cine a otra como es *Centauros del Desierto* (John Ford, 1956) que no se queda ni mucho menos detrás de aquélla. Cfr. P. COWIE, *El libro de Apocalypse Now*, Paidós, Barcelona, 2001, pp. 173-174; del mismo autor: Coppola, eds. *Libertarias*, Madrid, 1992, p. 230; cfr. R. MORENO, *Apocalypse Now Redux*, Octaedro, Valencia-Barcelona, 2003, p. 121.

*no? La mente del hombre es capaz de todo, porque en ella está todo, tanto el pasado como el futuro..."* (pp. 82-83, ed. cit.).

En este breve párrafo concebido desde la ficción se recogen algunas claves interpretativas sobre los modelos en que pensamos la realidad. El choque cultural entre "metaculturas" o sistemas de representación del mundo se circunscribe a dos parámetros: el mundo homogéneo y el mundo diverso. En esta dicotomía subyace la coexistencia híbrida de mundos culturalmente diferentes que pueden confrontarse y enfrentarse en determinados momentos, tal y como sucede en el fragmento citado de la novela anterior. Aunque el planteamiento de esta cuestión aparece con cierta sutileza, o más bien encanto literario, en última instancia se aprecia una constante humana y sempiterna cuyo trasfondo es la dialéctica amigo/enemigo en su versión más frecuente pero efectiva aquí mostrada entre salvajes apasionados y seres racionales que comprenden que "la mente del hombre es capaz de todo". Pero quizás lo que no entendía Marlow era que el "bárbaro" o extranjero y el "extraño" o enemigo era él mismo<sup>2</sup>.

Todo esto responde a un oxímoron inacabado que reta a la unidad social (homogeneidad) con la diversidad cultural (heterogeneidad) para así tratar de buscar los fundamentos de una sociedad multicultural. La cuestión primordial se remite a dilucidar qué converge y qué diverge entre lo multicultural y lo ordenado o sistemático; de hecho, no hay una oposición necesaria entre lo que significan ambos, ya que una sociedad multicultural es una contradicción aparente, pues no sería una sociedad sino varias, de manera que no se formaría *ex profeso* un territorio unido sino diversificado. Aunque deshacer este nudo gordiano supone una afrenta metodológica e ideológica, la premura por acercar y distinguir conceptos se convierte en un presupuesto indispensable para su análisis adecuado<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Este maniqueísmo universal e intemporal ha tenido reflejo en la civilización occidental a través del recurso psicológico del "miedo al otro", al desconocido, al diferente. De hecho, los griegos consideraban "bárbaro" a todo aquél que fuese extranjero; en lenguas antiguas como el latín, el "extraño" y el "enemigo" eran designados con la misma palabra. Cfr. M. WALZER, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo jurídico y la igualdad*, Fondo de Cultura Económica (FCE), México D.F., 1993, p. 45.

<sup>3</sup> Quizás esta nota aclaratoria sea superflua, pero conviene recordar que "multicultural" es un término polisémico y por tanto controvertido. En principio, responde a la coexistencia de diferentes culturas en el seno de una misma entidad política territorial. Pero tiene una doble perspectiva terminológica y metodológica ya que puede ser utilizado en un sentido descriptivo, fáctico o aséptico (como una situación de hecho) y también normativo, prescriptivo e incluso ideológico (como posiciones positivas a favor de la diversidad cultural).

La multiculturalidad alude necesariamente, por paradójico que parezca, a la cohesión social separada de la dispersión. No supone una mera yuxtaposición de culturas sin relación ni conexión. Al respecto, las tensiones ideológicas se ciernen sobre concepciones del mundo que involucran una amalgama de ideas contradictorias que se entrecruzan entre sí pero que conforman una sociedad compleja.

El multiculturalismo es una aspiración global a conseguir sociedades democráticas de soberanías múltiples. El reconocimiento recíproco de las culturas existentes en el mismo territorio debe suponer la incorporación a nuestros sistemas jurídicos de aquellos medios y estructuras que permitan la existencia de colectivos que puedan desarrollar otras normas diferentes a las existentes; esto es, el Estado multicultural debe garantizar el fortalecimiento de los vínculos comunitarios mediante normas jurídicas que protejan las distintas culturas que conviven en un territorio.

Por ello, el multiculturalismo, entre otras cuestiones, no debe prescindir del análisis del sistema jurídico en todas sus dimensiones, presentado éste como una totalidad más o menos articulada. Así se tiene que comenzar por delimitar los contornos de lo que significa estar ante la presencia de un sistema normativo con la intención de observar y entender su desarrollo y consecuencias<sup>4</sup>.

---

Por tanto, es requisito indispensable diferenciar lo fáctico de lo normativo si se quiere abordar el tema. Cfr. J. DE LUCAS, "La sociedad multicultural. Problemas jurídicos y políticos", en M<sup>a</sup> J. AÑÓN; M. CALVO; R. BERGALLI; P. CASANOVAS (coords.), *Derecho y Sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 20; del mismo autor: "La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos", J. DE LUCAS (coord.), *La multiculturalidad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 61-63. Si no se procede de esa manera, se convierte en un término retórico semánticamente obtuso que se emplea con escaso rigor. Lo cierto es que hay muchas sociedades multiculturales y muchos multiculturalismos, pero lo curioso es que, hasta ahora no han sido términos pero, son reconocidos por el *Diccionario de la lengua española* (DRAE). Como imaginario político e intelectual de la postmodernidad, la confusión entre ambos términos conduce a una pérdida de capacidad analítica e ideológica que lleva a la confusión con bastante frecuencia.

<sup>4</sup> Sirva como ejemplo el fragmento del relato anterior y sobre todo su continuación, a partir del que puede plantearse si una comunidad primitiva tiene o no un sistema normativo con reglas de obligación más otras posibles; es decir, si hay un paso del mundo prejurídico al jurídico en el que, además de reglas primarias de comportamiento compulsivas, se introduce de forma embrionaria la idea de sistema jurídico con la presencia de otras reglas que al menos sirvan para identificar y fundamentar su validez. Cfr. H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990 (1<sup>a</sup> ed. de 1963), pp. 113-123. Con imaginación y en síntesis: ¿es Kurtz, falsa deidad que intenta construir una sociedad a su medida, una regla de reconocimiento del sistema normativo o sólo es una consecuencia del mismo?

En cumplida referencia a tópicos al uso, es obvio que se da la situación en la que “ahora todos somos multiculturalistas”, afirmación que recoge el título de una conocida obra sobre este tema en la que al mismo tiempo se apela a la indefinición del término<sup>5</sup>. Sin desconocer la provocación constructiva que tiene tal afirmación, y aunque se le pueda objetar que siempre ha sido así de alguna u otra manera quizás menos intensa, la coexistencia de diferentes culturas en el seno de una misma entidad política y territorial –lo que también suena a lugar común– es una realidad indubitable. Más discutible resulta la legitimidad de normas y directrices políticas con las que gestionar tal situación fáctica. La cuestión se resume en cómo compaginar los derechos diferenciales con una cohesión política y jurídica en un territorio soberano, o en sentido semejante, cómo conciliar legislaciones u otras normas con prácticas culturales en principio desconocidas o rechazadas.

Puede decirse que en las relaciones multiculturales se producen “trasplantes” de sistemas jurídicos provenientes de sociedades diferentes hacia otros sistemas establecidos y en principio presuntamente uniformes en los que hay una fuerte resistencia a admitir principios y valores importados de otras culturas. Algo similar sucede cuando se opera de una forma parecida desde dentro del mismo ordenamiento jurídico al producirse alteraciones más o menos significativas al respecto. Estas traslaciones y sus posteriores modificaciones pueden ser, según su intensidad, más o menos complicadas; pero, no obstante, la integración y desarrollo de la cultura foránea en la cultura “anfitriona” no deja de ser un supuesto contrafáctico, pues no puede haber un proceso integrador unidireccional en el que la cultura residente no sufra alteraciones y transformaciones por parte de la cultura migrante<sup>6</sup>. Esta ósmosis, desde luego, no es una relación simbiótica sin costes ni beneficios. Es una lucha por el Derecho desde la racionalidad y la justicia distributiva que afecta a conflictos entre derechos fundamentales y por tanto a relaciones humanas con señas de identidad propias.

---

<sup>5</sup> N. GLAZER, *We Are All Multiculturalism Now*, Harvard University Press, Cambridge, 1997, pp. 7 y ss.

<sup>6</sup> Cfr. J. DE LUCAS, “¿Qué quiere decir tener derecho a la cultura?”, en V. ABRAMOVICH; M<sup>a</sup> J. AÑÓN; C. COURTIS, (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones al uso*, Fontamara, México D.F., 2003, pp. 311-312; del mismo autor: “Sobre los fundamentos de la igualdad y el reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración”, en J. DE LUCAS y otros, *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo XXI*, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, Bilbao Eurobask, 2012, pp. 11 y ss.

Ante el fenómeno multicultural, un sistema jurídico debe plantearse la apertura e incorporación de otras experiencias sociales ya no tan ajenas a través de la inclusión de normas jurídicas nuevas o modificadas y al mismo tiempo la exclusión de otras innecesarias e incluso contraproducentes. La alteración de las formas y contenidos de los ordenamientos, tanto desde su renovación interior como hacia su proyección exterior, parece que trae consigo transformaciones sustanciales en los Estados de Derecho actuales que, sin lugar a dudas, son multiculturales. Así pues, la reformulación del concepto de sistema jurídico fundado a partir de presupuestos formalistas, básicamente insuficientes, puede ayudar a comprender la existencia actual de sociedades multiculturales y la urgencia por desarrollar y aceptar otro perfil de normas más próximo a la realidad social.

## 2. EL SISTEMA JURÍDICO REVISITADO

Un sistema, en general, es un conjunto o combinación de elementos ordenado en cierta disposición y con unidad de sentido. Si se trata en concreto de un sistema jurídico, se hace referencia a un conjunto de entidades jurídicas (ya sea de normas, enunciados o proposiciones) organizadas por algún criterio, usualmente material, personal, espacial o temporal. Suele ser habitual que las dimensiones de espacio y tiempo determinen la existencia de los sistemas jurídicos. Pero la apertura hacia nuevas realidades y sus consiguientes transformaciones hace que el concepto se expanda tanto de forma cuantitativa como cualitativa. Como ejemplo significativo, hoy en día se da lo que se denomina aumento o proliferación de “microsistemas normativos, con lógicas propias y autónomas” que ponen en entredicho la capacidad del Derecho codificado para dar respuesta a las necesidades sociales junto a la progresiva especialización temática debida a la extracción de los códigos de amplios sectores de regulación jurídica<sup>7</sup>; esto es, se produce una dispersión de aquellas normas que pretenden la sistematicidad al menos de contenidos, pero que no siempre la consiguen. En relación a su calidad y vinculada de forma casi imperceptible con la cantidad, aparece el hecho o la experiencia cada vez más notoria de la crisis o “decadencia” y necesaria “reinención” de la ley con la deseada aparición de nuevas leyes generales y abstractas que

---

<sup>7</sup> Cfr. N. IRTI, *La edad de la descodificación*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 26 y ss.

hagan depositar una mayor confianza en el legislador<sup>8</sup>. Al mismo tiempo, no se puede negar el extendido fenómeno del “pluralismo jurídico” en las sociedades actuales<sup>9</sup>, invirtiendo el proceso histórico que ha llevado del *status* al contrato. Fruto de todo ello, es posible que haya surgido un nuevo paradigma en el Derecho en el que tales elementos cobran una vigencia fundamental y extraordinaria.

Por otro lado, siempre se ha dado una vocación sistemática en los juristas. Bajo cierto orden (orgánico, lógico o jerárquico) así como sobre un pretendido equilibrio y certeza, ha sido configurado todo Derecho<sup>10</sup>. No obstante, la noción de sistema se ha explicado de maneras bien diferentes según diversas corrientes del pensamiento jurídico<sup>11</sup>. Otras explicaciones establecen que los sistemas jurídicos son una subclase de sistemas normativos que se pueden definir de acuerdo a ciertas características intrínsecas a los mismos: coactividad, institucionalización, normatividad, organización jerárquica, etc. E incluso hay quienes muestran su preferencia por un criterio determinante que

---

<sup>8</sup> Cfr. F. LAPORTA, *El imperio de la Ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 151 y ss.

<sup>9</sup> B. DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común del Derecho*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 52 y ss.

<sup>10</sup> Sistema y orden no son términos equivalentes. Su distinción tiene lugar a partir de un criterio temporal y secuencial: un sistema jurídico es un conjunto de normas o enunciados jurídicos válidos en un momento temporal; mientras que un orden jurídico es una “secuencia” o intervalo temporal de sistemas jurídicos sucesivos y por tanto es un concepto más amplio, global y dinámico. Cfr. E. BULYGIN, “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 1991, pp. 259-260; del mismo autor: “Tiempo y validez”, en C. E. ALCHOURRÓN; E. BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 195 y ss.; así como en E. BULYGIN; D. MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 41 y ss.

<sup>11</sup> Por ejemplo, y entre otros muchos, Tarello ha recordado hasta seis acepciones no exhaustivas ni excluyentes de lo que es un sistema jurídico. Así clasifica las siguientes: a) como identidad de las fuentes de producción, forman un sistema todas las normas producidas por una única fuente; b) como común derivación material, forman un sistema todas las normas derivables del contenido de una norma; c) como común derivación formal, forman un sistema todas las normas derivables en una única norma que delega a un sujeto o clase de sujetos el poder de producir normas ulteriores; d) como común proyección institucional, forman un sistema todas las normas que regulan la misma institución; e) como comunidad de usuarios, forman un sistema todas las normas usadas por un sujeto o por un órgano; f) como común asunción analítica, forman un sistema todas las normas que una tradición cultural reúne como sistema. Cfr. G. TARELLO, “La nozione di Diritto: un approccio prudente”, en *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio* (preparado por U. Scarpelli), Milán, 1983, pp. 357-358.

define a todo el sistema<sup>12</sup>. También hay criterios clasificatorios en los que se diferencian diversos tipos de sistema en función de las teorías del ordenamiento jurídico sobre las que se asientan<sup>13</sup>. Sin embargo, hay muchos otros criterios clasificatorios que pueden ser tenidos en cuenta.

El requisito básico para que se conciba un sistema normativo como tal es que al menos se establezca un “mínimo de complejidad” con el objetivo de mantener una estructura interna común a través de requerimientos que guían mediante objetivos u otros que limitan acciones o errores a evitar. Los que limitan son principios de exclusión; los que guían son, primordialmen-

---

<sup>12</sup> Entre los más destacados y sin ánimo exhaustivo, se encuentran los que sostienen las siguientes concepciones de sistema jurídico: a) unión de reglas primarias y secundarias (Hart); b) conjunto de normas internamente relacionadas (Raz); c) conjunto de enunciados normativos que contiene todas sus consecuencias lógicas (Alchourrón y Bulygin); d) conjunto de normas cuyo fundamento de validez es una norma soberana o una norma básica, etc. (von Wright, Kelsen). Estas posiciones, muy diferentes entre sí pero todas ellas normativistas, quizás tienen en común la idea de que el Derecho regula su propia producción a través de actos de creación jurídica. Cfr. J.J. MORESO; P.E. NAVARRO, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 27. Como buen ejemplo de ello, puede tomarse la última concepción (d), paradigmática del positivismo jurídico en la que se comprueba la ausencia de criterios y contenidos materiales. Cfr. P. CUENCA, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 125 y ss.; así como 247 y ss. Por ello, se debe apelar a la conveniencia de aceptar una idea de sistematicidad jurídica más amplia que la formalista.

<sup>13</sup> De esta manera hay, según C. Sampford: a) concepciones del sistema jurídico basadas en las fuentes del Derecho. El ordenamiento se entiende como una estructura jerárquica de carácter piramidal que establece una prelación de normas válidas fundamentadas en un criterio o principio de autoridad (H. Kelsen). En ellas, el ordenamiento jurídico se estructura a partir de un conjunto de normas superiores e inferiores en cuya cúspide se encuentra una “norma fundante” que no se encuentra exenta de variadas interpretaciones teóricas; b) otras concepciones del sistema jurídico basadas en los contenidos. Se construyen sobre la congruencia material de las normas a través de su valor integrador, sobre todo desde los principios jurídicos. Se trata de relaciones de justificación en las que normas inferiores se justifican por principios superiores de las que derivan de forma explícita o implícita; c) concepciones de perfil funcionalista que remiten al papel del sistema jurídico en la estructuración de las relaciones sociales. Las acciones de unos influyen en las acciones de otros y se establecen relaciones entre elementos subjetivos (actores) y objetivos (instituciones) a través de las funciones que desarrolla el sistema jurídico dentro del sistema global de la sociedad. Cfr. C. SAMPFORD, *The disorder of Law. A critique of Legal Theory*, Basil Blackwell, Oxford, 1989, pp. 16 y ss.; en A. DE JULIOS, *La transición paradigmática de la teoría jurídica. El Derecho ante la globalización*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 152 y ss. Así se pueden establecer paralelismos y diferencias en relación con las clasificaciones señaladas en las dos notas anteriores.

te, principios de selección<sup>14</sup>. La unión de ambos le concede al sistema una dimensión dinámica por encima de la estática, lo que se vertebra mediante flujos de normas hacia el interior y exterior del sistema, respectivamente.

Bastantes de estas concepciones anunciadas tienen puntos de coincidencia y pueden superponerse en muchos aspectos ya que el concepto de sistema jurídico es complejo y en ocasiones hasta híbrido. Sus múltiples variantes teóricas hace que éste sea indefinible. No obstante, de lo que no puede prescindirse en principio es de su fórmula minimalista y analítica en cuanto presenta las mismas propiedades formales que tienen los sistemas axiomáticos en general, que en concreto son la integridad, la compatibilidad y la independencia<sup>15</sup>. Como consecuencia de esto último, el sistema debe cumplir los requisitos o propiedades formales de completitud, coherencia e independencia; esto es, si se trata de que existan por definición criterios ideales del propio sistema, debe de haber por definición en el ordenamiento jurídico una ausencia de lagunas, antinomias y redundancias que, en todo caso y si tienen lugar, son patologías que han de ser resueltas, eliminadas y por tanto expulsadas del sistema.

Pero en realidad esto no sucede así: la imperfección de un ordenamiento jurídico es, paradójicamente, "su mayor mérito". Una ausencia total de lagunas y antinomias es un *desideratum* imposible a menos que se hubiera incorporado a las normas sobre la producción jurídica algún vínculo sustancial, como suele suceder en los estados absolutos donde cualquier norma existente producida bajo las formas establecidas por el ordenamiento es válida sólo por esa razón<sup>16</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, se produce la quiebra de los conceptos de Estado, Derecho y por extensión del sistema jurídico, tal y como lo hemos entendido. Esta decadencia afecta a algunos principios básicos del Derecho moderno como son la idea de racionalidad formal, la unidad y coherencia del ordenamiento o la superposición del ámbito económico sobre el político, el jurídico y por tanto sobre la ciudadanía. Todo ello lleva inexorablemente a una crisis del principio de legitimidad del ordenamiento jurídico aplicable a todos los ámbitos.

---

<sup>14</sup> Cfr. J. RAZ., *El concepto de sistema jurídico*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México D.F., 1986, pp. 174-175.

<sup>15</sup> Cfr. C.E. ALCHOURRÓN; E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975, pp. 41-42; 126 y ss.; así como E. BULYGIN; D. MENDONCA, op. cit., pp. 43-44.

<sup>16</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 24-25.

La situación actual conduce a un caos e indefinición normativa frente a la anterior –puede que presupuesta, presunta pero ideológicamente útil– seguridad y certeza en el Derecho, que se tambalea cada vez con mayor profusión. Nuevos elementos de juicio han de ser tenidos en cuenta a la hora de elaborar teorías epistemológicas sobre los sistemas jurídicos.

Así pues, una sistematicidad material o sustancial ha de tener un carácter complementario a una sistematicidad formal. En definitiva, se trata de comprender que los criterios lógico-formales resultan a menudo insuficientes. Por eso hay que trasladar el centro de atención de lo lógico a lo teleológico en la creación, interpretación y aplicación de las normas o enunciados que conforman un sistema en general (reglas, principios, valores, directrices, metas y objetivos sociales, etc.). Desde esta perspectiva funcional, la sistematicidad material permite referirse a un “equilibrio”, “armonía” o “cohesión” del sistema jurídico al introducir cierto orden ideal dentro del desorden real. El Derecho se presentaría como un sistema teleológico y axiológico más que estrictamente deductivo si se tienen en cuenta los intereses y compromisos sociales<sup>17</sup>. En otras palabras, al Derecho se le ha de exigir una “conexión sistémica interna” entre los enunciados normativos<sup>18</sup>. Todo sistema jurídico debe de estar sometido a una *harmonia iuris* que determine la relación práctica entre medios (normas) y fines (intereses y necesidades sociales), que haga del Derecho un instrumento no sólo de regulación de las conductas sino de lucha y conquista social. El sistema jurídico sería, al mismo tiempo, estático y dinámico, formal y material, abierto y cerrado, autónomo y dependiente. Todo ello responde a una “lógica de lo paradójico” en la que el desorden exterior que se necesita para progresar es condición del orden jurídico deseado<sup>19</sup>.

En un sentido epistemológico, no hay una oposición estricta entre unidad lógica y unidad práctica de un sistema jurídico; opinión contraria a lo que parece desprenderse de algunas concepciones formalistas que sostienen la primacía de lo estructural sobre lo funcional. Es más, la compatibilidad entre contrarios o contradictorios supera a una respuesta unidireccional y se

---

<sup>17</sup> Cfr. M. van der KERCHOVE; F. OST, *El sistema jurídico. Entre orden y desorden*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1997, pp. 99 y ss.; p. 143.

<sup>18</sup> Cfr. A. AARNIO, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 41.

<sup>19</sup> Cfr. M. van der KERCHOVE; F. OST, op. cit., pp. 143 y 198; así como M. RUIZ SANZ, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2002, p. 37.

acerca a una postura híbrida y compleja pero también a visiones armónicas y omnicomprensivas caracterizadas por lo que se ha llamado “la metafísica del equilibrio”, esto es, el mantenimiento de un equilibrio tendencial objetivo del sistema social en relación a lo que supone la búsqueda de una tensión óptima entre fuerzas que operan equilibrando y desequilibrando de forma funcional y disfuncional<sup>20</sup>. Por establecer un paralelismo con lo anteriormente comentado, el desequilibrio (desorden) sería una condición del equilibrio (orden) dentro del sistema.

Estas apreciaciones analíticas plantean modificaciones sustanciales en la comprensión de los posibles modelos de sistemas normativos. De hecho, no cabe más que observar cómo funciona el Derecho en sus continuos procesos de elaboración, reelaboración, inercia y dispersión normativa que afectan a los ordenamientos jurídicos en su dinámica habitual y cotidiana<sup>21</sup>.

Los sistemas jurídicos actuales son un fiel reflejo de algunas de las características acabadas de señalar que aparecen con mayor o menor intensidad en el Derecho de las sociedades desarrolladas. Un fenómeno general como es la multiculturalidad, como ha sido comentado, no es ajeno a esta transformación progresiva y cada vez más notoria en cuanto a que los ordenamientos jurídicos son cada vez más multiculturales. La noción de sistema parece que va impregnándose de unos rasgos que hasta ahora sólo se podían vislumbrar

---

<sup>20</sup> V. FERRARI, *Las funciones del Derecho*, Debate, Madrid, 1989, pp. 35-36.

<sup>21</sup> Así pues, una noción de sistema jurídico en sentido interactivo y relacional puede partir de la distinción entre dos tipos contrarios de sistema normativo: a) sistemas reales o materiales e ideales; los primeros (reales o materiales) sólo son representables a través de proposiciones que describen la realidad; en los segundos (ideales) los significados de las relaciones sistémicas son atribuibles a quienes construyen el sistema; b) sistemas externos e internos; en los primeros (externos) debe actuar un sujeto que ordena las conexiones; los segundos (internos) existen por sí mismos y están dotados de una conexión lógica y sistemática entre sus elementos. El Derecho, como conjunto de símbolos normativos que influyen en el comportamiento de las personas, pretende “modelar” y “modificar” la realidad; por lo tanto asume la forma de un sistema preferentemente “ideal” y “externo” frente a la dificultad de entenderlo como un sistema “real” e “interno”, de acuerdo a las distinciones anteriores. Al contrario de lo que sostienen Luhmann y Teubner, los sistemas comunicativos abiertos y dependientes de acciones subjetivas de los actores sociales con resultados cambiantes e imprevisibles, son más adecuados para explicar la realidad que el recurso a sistemas cerrados, autopoieticos y autorreferenciales que en cambio reducen la complejidad al establecer orden y armonía. Cfr. V. FERRARI, op. cit., pp. 84-90; así como del mismo autor: *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 229 y ss.

en concepciones teóricas pero que poco afectaban a la realidad práctica<sup>22</sup>. Con toda seguridad y aunque suene a banalidad, la adaptación del Derecho a las nuevas necesidades sociales es una exigencia de la multiculturalidad. Pero en el transcurso de las intenciones hacia las concreciones hay un largo camino por recorrer.

### 3. (SUB)SISTEMAS, RESPETO A LAS CULTURAS Y DERECHO SIN LÍMITES

La necesaria tensión entre desorden externo y orden interno en el sistema jurídico tiene como uno de sus referentes adecuados la relación entre *inputs* y *outputs* que se produce entre una pluralidad de (sub)sistemas sociales; más en concreto entre valores y normas en la clásica -ya puede decirse así- terminología parsoniana. Para el multiculturalismo resulta fundamental la explicación convincente de esta interdependencia a partir de la reductiva y simplificada función de integración social o resolución de conflictos que realiza el Derecho; es decir, desde la proyección del sistema jurídico como factor integrador y adaptador de socialización y canalización de roles y expectativas.

Hay que tener en cuenta la traslación que se debe producir desde una perspectiva dogmática del concepto de sistema hacia otra socio-jurídica que entiende tal noción desde un ámbito de interacción, pues el Derecho se integraría en una estructura de comunicación formada por símbolos normativos que cumplirían una función persuasiva sobre los comportamientos sociales. El juego estratégico de la complejidad dialéctica establecido entre el orden y el desorden da lugar a la construcción de modelos sistémicos en la que cada (sub)sistema no es la mera suma de las partes que lo componen, sino que forma una unidad compleja<sup>23</sup>. Lo previsible es más controla-

---

<sup>22</sup> Como muestra de ello, entre las definiciones aportadas en las notas anteriores y con independencia de que hay muchas más, en la clasificación de Tarello (nota 11) podrían entenderse o acoplarse a sistemas multiculturales todas ellas, en especial de las seis las dos finales: sistema como una comunidad de usuarios y sistema como común asunción analítica. Esta última resulta más ajustada, pues se refiere a todas las normas que se sistematizan desde una tradición cultural. También en la clasificación de Sampford (nota 13) pasa lo mismo que en la anterior, pero es más notorio este acercamiento a sociedades multiculturales en la tercera y última acepción, que se refiere a concepciones de perfil funcionalista en las que las relaciones sociales entre elementos subjetivos y objetivos se estructuran a través de las funciones que tiene el sistema jurídico dentro del sistema global de la sociedad, en concordancia con lo expuesto.

<sup>23</sup> Cfr. A.J. ARNAUD; M<sup>a</sup>.J. FARÍÑAS, *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1996, p. 228.

ble mientras que lo imprevisible es un rasgo de esa complejidad. Así, ciertas dosis de imprecisión o de atención a lo inevitable o intrínseco frente a determinadas normas y situaciones, favorece la multiculturalidad en todos los aspectos posibles.

En esa dirección, la interacción del (sub)sistema jurídico con otros (sub) sistemas externos circundantes reviste un especial sentido en su relación con el (sub)sistema cultural, entendido éste como un conjunto de conocimientos, creencias, normas (morales, jurídicas y sociales) y un largo elenco de componentes que establecen la relación del ser humano con el mundo. De hecho, una cultura es el resultado de complejos procesos sociales, políticos y económicos que dan lugar a un conjunto de comprensiones y representaciones compartidas por un grupo social más o menos amplio. Así son recogidos una identidad de saberes que se reformulan a través de sistemas de pensamiento<sup>24</sup>.

La raíz del poder cultural está en el control de los medios de creación, interpretación y conservación de los valores<sup>25</sup>. La difusión y socialización de esos valores es un requisito indispensable para el desarrollo de una sociedad. En un contexto multicultural, los diversos grupos de intereses hacen desarrollos y presiones para que sus valores recibidos, creados e interpretados, se proyecten a través del uso de instrumentos culturales especializados con la intención de crear una hegemonía social. La tensión entre grupos culturales minoritarios y el grupo dominante es constante, fluida y dinámica, y en este sentido mucho más frecuente que en las sociedades tradicionales.

---

<sup>24</sup> Según la definición aceptada y generalizada de E.B. Taylor, cultura o civilización es todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, las leyes, las costumbres y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el individuo en cuanto miembro de una sociedad. A su vez, la definición propuesta por la Conferencia Mundial de Políticas Culturales organizada por la Unesco en 1982 en México se refiere al “conjunto de rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos, que caracterizan a una sociedad o grupo social; engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales del ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”. Vid. L. VILLORO, *Estado plural. Diversidad de culturas*, Paidós, México D.F., 1998, pp. 35 ss.; Cfr. J. DE LUCAS, “¿Qué quiere decir tener derecho a la cultura?”, cit., p. 298. La noción de cultura tiene muchas aristas; de hecho, todos aquéllos que se han dedicado al análisis del multiculturalismo se han decantado por una versión estricta o amplia en función de que hayan dado prioridad a aspectos antropológicos o sociológicos, respectivamente. Cfr. M. GIANNI, “La sociedad multicultural: un punto de vista externo o, al menos, tangencial respecto al discurso de los juristas”, en J. DE LUCAS (dir.), *La multiculturalidad*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, pp. 26-30.

<sup>25</sup> Cfr. B. JESSOP, *Orden social, reforma y revolución*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 86-87.

Sirva la aproximación anterior para establecer lazos de unión e interacciones entre el (sub)sistema cultural y el (sub)sistema jurídico, en palabras más concretas. En perspectiva bredemeiana, los intercambios entre derecho y cultura afectan a la motivación para aceptar el uso del (sub)sistema jurídico por parte de los ciudadanos, a su vez que este último contribuye al (sub)sistema de socialización a través de la influencia de valores aceptados en la creación e interpretación de normas jurídicas que son más o menos comprendidas. De esta manera, la permeabilidad e intersección entre ambos (sub)sistemas da lugar a la noción de “cultura jurídica” o conjunto de ideas sobre el derecho, según L. Friedman, que acaban por convertirse en derechos autónomos más o menos desarrollados aunque todavía en la actualidad con escasas garantías<sup>26</sup>.

Uno de los retos importantes de las sociedades multiculturales es integrar y expandir la cultura jurídica a través de las instituciones básicas del Estado a nivel legislativo, administrativo y judicial, por no decir mediante la opinión pública cuyo reflejo se muestra en la presencia crítica del derecho en todas las facetas de la vida social y política e incluso sobre las más desconocidas y hasta rechazadas, como es el caso extremo del tratamiento jurídico de costumbres extrañas e inveteradas y de prácticas no compartidas o de otras menos radicales pero ampliamente discutidas. Se ha dicho que “el arte jurídico es tratar lo complejo como si no lo fuera” y que el riesgo es reducir esa

---

<sup>26</sup> De forma sintética, el derecho a la cultura es uno de los contenidos de los llamados “derechos culturales”. Habría dos maneras, al menos, de concebir la cultura como derecho: en primer lugar, lo que podría llamarse el “derecho de acceso y participación en la cultura” entendida ésta como un bien primario para el desarrollo y emancipación individual; y en segundo término, el “derecho a la propia identidad cultural, propio patrimonio y herencia cultural” con la finalidad prioritaria de preservar la cultura propia en una sociedad multicultural. Ambos sentidos tienen aspectos bien distintos en su comprensión de las identidades y diferencias entre los seres humanos. La primera fórmula corresponde a aquellas tendencias que buscan la integración de los ciudadanos desde su autonomía frente al Estado, que debe dotar de reconocimiento jurídico a ciertos grupos minoritarios para alcanzar cuotas de igualdad política respecto al resto de ciudadanos. Frente a éstas, se encuentran las posiciones “diferencialistas” que propugnan la intención de preservar la cultura propia como un fin en sí mismo. En escueto resumen, para las primeras, todos debemos ser iguales; para las segundas, lo importante es la diferencia. Cfr. J. DE LUCAS, “¿Qué quiere decir tener derecho a la cultura?”, cit., pp. 303-305. Así pues, el “derecho a la diferencia” parte de la pretensión de los individuos a ser reconocidos como miembros de un grupo social y a gozar de determinados beneficios en virtud de tal reconocimiento. Su fundamento se sustenta en la dignidad humana, la identidad personal y la autonomía de los sujetos para elegir sus planes de vida. Ambas fórmulas deberían ser compatibles, y especialmente protegida la segunda.

complejidad como si no existiera aunque de hecho exista<sup>27</sup>. No se descubre ni se aporta nada nuevo al referirse a que el tratamiento jurídico de pautas culturales es un asunto delicado por parte de los operadores jurídicos que se enfrentan, en muchas ocasiones y cada vez con mayor intensidad, a situaciones inusitadas que se producen desde la multiculturalidad<sup>28</sup>.

Las sociedades multiculturales dan buena cuenta de estas dinámicas actuales presentes en el funcionamiento habitual de los sistemas jurídicos al incorporar nuevos planteamientos teóricos que afectan a las relaciones sociales y en concreto a las jurídicas. Estas variaciones son más o menos importantes, junto a otros factores, y deben ser consideradas tanto desde su origen interno o desde dentro del sistema como por su procedencia externa al mismo. Estos movimientos, en sentido bidireccional, afectan a la configuración de los sistemas jurídicos y en concreto a la influencia de pautas de comportamiento presentes en las sociedades multiculturales sobre el derecho. Por este motivo, se producen dos tipos principales de intercambios con grados variables de reciprocidad: *ad intra* (desde dentro hacia dentro del sistema jurídico) y *ad extra* (desde fuera hacia dentro del sistema jurídico). Ambas posibilidades serán explicadas con mayor detenimiento a continuación.

#### 4. EL SISTEMA JURÍDICO *AD INTRA*: ALTERACIONES NORMATIVAS

Todo ordenamiento jurídico añade, reformula o extrae contenidos materiales a través de enunciados jurídicos de diverso tipo y mediante diferentes procedimientos reglados. Se trata de un problema de temporalidad normativa ya que un sistema jurídico está vigente en un momento dado. Por lo tanto, pueden darse tres situaciones básicas al respecto:

---

<sup>27</sup> Cfr. A.J. ARNAUD; M.J. FARIÑAS, op. cit., p. 234.

<sup>28</sup> Por ejemplo, el argumento de la defensa cultural fue el motivo de exculpación de un ciudadano estadounidense de origen chino que asesinó a su mujer para limpiar la vergüenza de la infidelidad cometida por ésta. Por el mismo motivo se absolvió a una mujer californiana de origen japonés por matar a dos de sus hijos tras alegar que se limitó a seguir una centenaria costumbre nipona que se aplica cuando el marido es infiel. También se redujo a ciento veinte días de cárcel y una multa de novecientos dólares el castigo a un joven norteamericano nacido en Laos por secuestrar y violar a una chica de su mismo origen geográfico, siguiendo una vieja costumbre ancestral de Laos para poder casarse con ella: "mi cultura me obligó a hacerlo..." dijo al respecto. Cfr. S. BENHABID, *Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en la era global*, Kartz, Buenos Aires, 2006, pp. 152 y ss.; cfr. A. PUJOL, "Derechos humanos y multiculturalismo", *Enrahonar*, num. 40/41, Barcelona, 2008, p. 80.

- a) Incorporación o adición de nuevas normas al sistema.
- b) Modificación de normas del sistema.
- c) Desincorporación o sustracción de normas del sistema.

En cada uno de los tres campos de actuación, las normas jurídicas y las consecuencias quedan totalmente incluidas en el sistema, por lo que las decisiones de los creadores y aplicadores jurídicos son en principio internas al sistema y por tanto al ordenamiento jurídico, que dispone de los mecanismos adecuados para volver a crear, cambiar o eliminar normas<sup>29</sup>. Esto es lo que sucede habitualmente y se explica por la dinámica de los sistemas jurídicos.

De hecho, en las sociedades multiculturales se ha producido una proliferación de alteraciones continuas en el Derecho, que responden a cambios normativos de diferente intensidad; esto es lo que ha pasado siempre pero ahora de forma más exagerada. A modo de ejemplo, pueden analizarse varios supuestos de las tres situaciones posibles advertidas.

En relación a la primera de ellas (incorporación o creación de normas), suele acontecer en casos de vacío o laguna normativa que responden a cuestiones por resolver de forma perentoria, aunque no necesariamente ya que pueden ser debidas a infrarregulaciones o desconocimientos legales. Las consecuencias suelen ser inesperadas, incluso negativas por la precipitación y falta de reflexión sobre la solución dada al problema. A veces, la introducción de nuevas reglas o el reforzamiento de las existentes proviene de un exceso de confianza cuyos efectos son inauditos<sup>30</sup>. De hecho, en ocasiones hasta

---

<sup>29</sup> Respecto a los tres supuestos anteriores, un acto de promulgación, modificación o derogación normativa altera en el sistema algo más que la norma promulgada, modificada o derogada si se tiene en cuenta que al realizar el acto, una nueva norma por acción u omisión (N) no sólo produce un nuevo sistema (S+N) sino que también introduce las consecuencias de la nueva norma (CnS + CnN) que además puede afectar a otras normas que permanecen así alteradas en el sistema. Cfr. J. BARRAGÁN, *Informática y decisión jurídica*, Fontamara, México D.F., 1994, pp. 46-47; cfr. E. BULYGIN; D. MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 44-45. Estas normas pueden dar lugar a múltiples problemas que se concretan en conflictos de derechos fundamentales, permanentes y continuos, aunque sean resueltos *ad hoc*. Cfr. M. RUIZ SANZ, *op. cit.*, p. 33.

<sup>30</sup> Salvando las distancias, es el caso que sucedió con la práctica del *sati* en la India durante la época colonial. La viuda se inmolaba por tradición en lo alto de la pira funeraria de su marido fallecido. Esta costumbre local y esporádica no fue prohibida por los británicos por temor a que su supresión causara disturbios sociales y se mantuvo con la incorporación del argumento de la defensa de la libertad religiosa. Tal medida incentivó la práctica pues incluso se reforzó a través del recurso a textos hinduistas que la justificaban. A pesar de las discrepancias internas que producía entre el pueblo la realización de dicha norma consuetudinaria, ésta se generalizó y se la identificó con la religión hindú mayoritaria. Cfr. A. PUJOL, *cit.*, p. 71.

las nuevas regulaciones producen resultados contraproducentes por la toma de decisiones apresuradas y poco meditadas, lo que acarrea consecuencias desproporcionadas en relación a los efectos que se pretende evitar.

Respecto a la segunda de ellas (modificación o alteración de normas) sucede lo mismo que en el caso anterior, esta vez agravado puesto que ya se tiene plena consciencia e incluso se han tenido experiencias jurídicas o aplicaciones normativas al respecto. Estas correcciones son mucho más comunes que las anteriores, pues siempre ha sido una constante en los ordenamientos jurídicos, ahora intensificada por la extrema fluidez normativa en el Derecho. En estos supuestos cabe aun más la equivocación, contradicción y hasta la perversidad del modificador normativo –por regla general, legislador, juez o político de turno–, aunque los resultados sean igual de concluyentes y hasta nefastos que en las situaciones previamente señaladas<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> En lo que afecta a problemas de multiculturalidad, la política criminal es un ámbito en el que hay cierta tendencia a abusar de la técnica legislativa para obtener resultados inadecuados. Es el caso de la regulación de la mutilación genital femenina (MGF) en España. Sin estar tipificada en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, antes se podía incluir en el art. 149 como delito de lesiones, con una pena –grave– de prisión de 6 a 12 años. La Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, introdujo en el Código Penal de forma expresa el delito de MGF y se modificó el art. 149 al añadirse un nuevo apartado que la castiga, en cualquiera de sus manifestaciones, con la misma pena pero con el añadido de que si la lesionada fuera menor o incapaz, se aplicará la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad si el juez lo estima adecuado para el interés del menor. Con esa redacción, la norma no era efectiva pues sólo se podía aplicar a los españoles y extranjeros que hubieran cometido los hechos en España. Entonces era necesario ampliar la norma en el espacio, en virtud de los principios de interés general y justicia universal para actuar sobre actos cometidos fuera del territorio español. Se modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) para aplicar el principio de justicia universal de su art. 23.4º. A partir de la reforma de la Ley 3/2005 se pudieron perseguir las mutilaciones genitales cometidas por un extranjero/a en el extranjero/a (epígrafe g del art. 23.4º). El resultado de esta modificación ha producido muy pocas condenas por las dificultades que presenta el conocimiento y la averiguación de los hechos debido al secretismo entre miembros de las comunidades inmigrantes afectadas. Muchas veces los jueces aplican un “error de prohibición” que crea grandes problemas interpretativos. La tipificación de este delito es un caso de “derecho penal simbólico” que tiene el peligro de contemplarse como una expresión del paternalismo estatal que perpetúa la imagen de la mujer como un ser débil y necesitado de protección. Cfr. P. LAURENZO, “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Jueces para la democracia*, núm. 34, Madrid, 1999, pp. 21 y ss. Probablemente, no ha sido la mejor solución posible ante este problema pues la MGF no se ha atajado con garantías ya que hay otros mecanismos más apropiados y no sólo punitivos para afrontar la cuestión. Cfr. J. DE LUCAS, (coord.), “Evaluating the impact of existing legislation in Europe with regard Female

Una variante a esta alternativa se encuentra en la frecuente sustitución e incluso suplantación de determinados cuerpos normativos en vigor con el fin de simplificar o aligerar los procedimientos judiciales debido a la consideración –siempre política– de que se trata de asuntos inestables que a menos que se regulen abiertamente, pueden alterar el “orden público” y la presunción de que existe una sociedad asentada. Por regla general, este tipo de iniciativas suelen tener resultados discutidos, pues con intenciones positivas se obtienen resultados contradictorios<sup>32</sup>.

Y la tercera posibilidad (eliminación o erradicación de normas) parte de un teórico exceso de regulación, por tanto de proposiciones o enunciados

---

Genital Mutilation: Spanish National Report. Daphne programme”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2008; cfr. A. SOLANES, “Prácticas culturales, símbolos religiosos y espacio público: entre la prohibición, la anuencia y la no intervención legal”, en M<sup>a</sup> J. ANÓN ROIG; A. SOLANES (eds.), *Construyendo sociedades multiculturales. Espacio público y derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 154; y A. SOLANES “Human Rights and Conflicts in European Multicultural Societies”, *Migraciones Internacionales*, vol. 7, 2013, p. 72.

<sup>32</sup> Un supuesto que se puede incardinar dentro de este tipo de situaciones es el de los tribunales arbitrales religiosos. Esta forma jurídica alternativa a la estricta legalidad parece que facilita la descongestión, simplifica y flexibiliza los procedimientos, da mayor celeridad y hasta hace más económicas las causas judiciales. También se privatiza y se tiende a fomentar el sentido comunitario de una minoría social. La experiencia más conocida al respecto es la de Ontario (Canadá), en torno a la instalación de tribunales islámicos de arbitraje. Una Ley de 1991 permitía a las partes involucradas escoger un marco jurídico para resolver una disputa siempre que el resultado del laudo no fuera contrario a Derecho. Con ello parecía abrirse la posibilidad de aplicar principios religiosos a disputas sobre asuntos familiares. Entonces y debido a esta legislación, el conservador *Instituto Islámico de Justicia Civil (IICJ)* propuso la utilización del Derecho islámico para resolver disputas civiles entre musulmanes a través de tribunales propios (*Dar-ul Qada*). Hubo una gran polémica en torno a este tema. En el debate público intervinieron, entre otros, grupos feministas, organizaciones musulmanas disconformes, etc., bajo el temor de que esto se convirtiera en un gueto judicial que perjudicara a los miembros más vulnerables de la sociedad, al fomentar prácticas marginales que privarían a determinados sujetos de garantías jurídicas (mujeres inmigradas, niños y grupos marginados, entre otros). Tras el informe *Boyd*, que recomendaba la introducción de salvaguardas procedimentales en este tipo de procesos, en otoño de 2005 el gobierno anunció que todos los arbitrajes familiares se llevaran a cabo bajo las leyes estatales comunes (*Family Statute Law Amendment Act*, de 15 de noviembre). Con anterioridad, la *Asamblea Nacional de Québec* votó una moción contra este tipo de tribunales, aunque de forma implícita; su Código civil sí que prohibía expresamente el arbitraje en cuestiones de derecho de familia y sucesiones. Cfr. F. COLOM, “Entre el credo y la ley. Procesos de interlegalidad en el pluralismo jurídico de base religiosa”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 157, 2012, pp. 89-91. La propuesta de la citada asociación musulmana suscitaba tantos problemas legales como pretendía resolverlos. Otro tanto sucedió en un debate sobre las relaciones entre Derecho civil y religioso en los tribunales islámicos de Gran Bretaña, con sus propias peculiaridades.

sobrantes, cuya solución inmediata es la supresión de normas del ordenamiento. Ahora bien, esta reducción se encuentra a veces imbuida por causas coyunturales debidas a la necesidad de tomar una decisión rápida o urgente más que a través de una comedida y prudente fundamentación. Las redundancias normativas suelen ser atajadas con una decisión estricta y no favorable al ciudadano frente a la posible amplitud de perspectivas desde las que la situación puede ser tratada. En ocasiones, los mecanismos utilizados y los criterios alegados tienen algunas semejanzas con censuras y procedimientos inquisitoriales que parecen recordar viejos tiempos pero que, por desgracia, siguen estando muy presentes<sup>33</sup>.

## 5. EL SISTEMA JURÍDICO *AD EXTRA*: CONFLICTOS ENTRE SISTEMAS

Desde un punto de vista externo, cabe preguntarse si sólo existe un sistema jurídico en un mismo territorio o, si en cambio, pueden coexistir varios al mismo tiempo. En principio, este interrogante dependerá del concepto de sociedad y de derecho que se sostenga. El llamado monismo jurídico, en íntima conexión con el positivismo, mantenía que sólo puede haber uno, el estatal; mientras que las posturas pluralistas defienden la posible existencia de varios sistemas jurídicos en el mismo tiempo y lugar, ya estén en armonía o en conflicto. Para este último tipo de posiciones, el derecho siempre se ha manifestado a través de grupos sociales que han tenido unos sistemas jurídicos propios y que se han mantenido junto al Derecho oficial, aunque no fueran reconocidos. Esta concepción conduce a la aceptación de una pluralidad de fuentes y soluciones en la creación y aplicación del derecho, no siempre coincidentes con el Derecho estatal<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Trasladémonos a Francia. El problema de los complementos religiosos en el vestido ha ocasionado una gran polémica jurídica y social, como en otros países europeos. Como ejemplo, están el caso del turbante (*sikh*) y del velo islámico, bajo la consideración de una "grave falta de integración" frente a la libertad religiosa. Decisiones judiciales de tribunales franceses y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) apelan a la exclusión en los colegios públicos de estudiantes, desestimando solicitudes de discriminación. Cfr. F. CASORLA, "Derecho y sociedad multicultural", *Anuario de Derecho Penal*, 2010, pp. 234-235. En muchas ocasiones, la libertad religiosa se ha restringido a las creencias mayoritarias a pesar de su reconocimiento jurídico general.

<sup>34</sup> En términos sistémicos, supone la presencia de microsistemas en el interior de un mismo sistema jurídico. Es lo que se conoce por "polisistemia" o encuentro de varios sistemas (jurídicos) divergentes y paralelos en vigor, frente a la idea monista de "policentricidad" que se refiere a la multiplicidad de centros de decisión jurídica en un mismo sistema. Cfr. A.J.

No cabe duda de que, para un multiculturalista, una sociedad puede incluir e incluso ser gobernada por dos o más sistemas jurídicos; por ejemplo y para poner un supuesto muy simple, esto sucede con un sistema religioso y otro estatal que en principio deben de ser compatibles pero que en ocasiones pueden entrar en contradicción. Para resolver este problema, se puede utilizar la “prueba de exclusión” que consiste en comparar y priorizar entre ambos sistemas, y en consecuencia atribuir importancia a las actitudes y acciones de los individuos hacia el Estado o cualquier otra forma de organización social en función de las disposiciones constitucionales, el funcionamiento de los órganos creadores y aplicadores del Derecho y la eficacia de normas políticas y jurídicas. Por ello, “algunas veces la esfera de existencia efectiva de un sistema jurídico es más estrecha que su esfera de aplicación”<sup>35</sup>. En este sentido, al fin y al cabo ha de utilizarse una regla de prevalencia para resolver todo conflicto jurídico.

Estas cuestiones se plantean principalmente en relación al fenómeno conocido por pluralismo jurídico. En primer lugar, y como ya ha sido advertido levemente, éste puede concebirse de forma sencilla y estricta como la existencia en un mismo ordenamiento de otras fuentes de producción jurídica que no son de origen estatal sino que provienen de organismos e instituciones no estatales o de una parte de la sociedad civil; o sea, para decirlo con otras palabras, es la coexistencia dentro de un Estado de diversos conjuntos de normas jurídicas en un plano de igualdad, respeto y coordinación. Pero en otro sentido más amplio que el anterior, cabría incluir la presencia, en un mismo territorio y secuencia temporal, de diversos órdenes jurídicos legítimos o que pretenden serlo<sup>36</sup>. También puede hacerse referencia a la multi-

---

ARNAUD; M<sup>a</sup> J. FARIÑAS, op. cit., pp. 281-282 y 292-293. Aquí mantendremos la opción polisistémica al sostener la existencia de varios sistemas jurídicos relacionados a través de *inputs* y *outputs* en una misma sociedad y territorio común.

<sup>35</sup> Vid. J. RAZ, op. cit., pp. 247-248.

<sup>36</sup> No coincide exactamente con este último sentido amplio, la distinción con base diacrónica propuesta por J. Griffiths en 1986 entre pluralismo jurídico en sentido débil y nuevo pluralismo jurídico o en sentido fuerte. En el primero (débil), desde la crítica a la soberanía colonial de pueblos invasores, eran reconocidos los derechos autóctonos y precoloniales frente a su manipulación y subordinación por parte de la potencia colonizadora; el nuevo pluralismo jurídico, en cambio, se refiere a la aplicación de la idea a sociedades no colonizadas de países industrializados. Mientras que el pluralismo clásico o débil se centra exclusivamente en problemas de confrontación con derechos indígenas, el nuevo o fuerte apela a la comparación con otros órdenes jurídicos, por lo que en este segundo caso resulta más arduo establecer sus límites ya que tiene el riesgo de generalizarse demasiado el concepto de derecho. Cfr. B.

plicidad de prácticas existentes en un mismo espacio socio-político, interactuantes por conflictos o consensos, pudiendo ser oficiales o no, y teniendo su razón de ser en necesidades existenciales, materiales y culturales.

En ambas acepciones (estricta y amplia) son utilizadas nociones descriptivas o fácticas más que prescriptivas o normativas. El mínimo común denominador entre ellas está en que las dos indican un aumento del volumen de normas jurídicas y de fuentes del Derecho, lo que supone un evidente desplome conceptual del monismo jurídico y la necesidad de revisar y reformular algunas de las concepciones sobre los sistemas jurídicos que se manejan en la actualidad.

El pluralismo jurídico, por lo tanto, aparece como un proyecto de derecho alternativo resultante del proceso de prácticas sociales insurgentes, motivadas por la satisfacción de las necesidades básicas de los individuos.

En el pluralismo jurídico, junto a la sistematicidad del Derecho, también sus otras características definitorias son objeto de profunda discusión, sobre todo la unidad del ordenamiento jurídico. Éste ya no se puede presentar como una estructura jerarquizada y escalonada tal y como lo presentaba el formalismo jurídico más acerado, sino que se intenta reconstruir desde las constituciones estatales un marco normativo multicultural que sea expresión del consenso y la unidad no formal sino material, sustantiva y procedimental del ordenamiento jurídico<sup>37</sup>. Por esta razón, actualmente se viene realizando una aproximación conceptual entre pluralismo y constitución que se denomina “constitucionalismo multicultural” en el que convergen varios sistemas jurídicos que comparten las dimensiones de espacio y de tiempo. Sobre todo, y aunque no sólo, su nacimiento se atribuye a sociedades tradicionalmente sometidas a un poder político estatal, que buscan mecanismos para el reconocimiento jurídico de sus tradiciones culturales y prácticas sociales con el objetivo de desarrollar un derecho alternativo y paralelo al oficial<sup>38</sup>.

---

DE SOUSA, op. cit., pp. 54-57. Como crítica, la distinción entre pluralismo débil y fuerte no debe ser absoluta pues afecta a la existencia de sistemas diferentes dentro del mismo orden jurídico, y por tanto no tiene carácter temporal ya que son situaciones que pueden darse en la actualidad; de hecho, todavía hay residuos coloniales e intercambios sistemáticos complejos en muchos ordenamientos jurídicos de países o sociedades en desarrollo. Además, a veces y de forma paradójica, los problemas jurídicos del denominado pluralismo débil son más trascendentes que los del fuerte y la comprensión de lo jurídico es más compleja en el primero que en el segundo.

<sup>37</sup> Cfr. L. PRIETO, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 238-245.

<sup>38</sup> Esta explosión generacional del constitucionalismo multicultural ha tenido lugar a partir de la década de los noventa del siglo pasado en los sucesivos procesos constituyen-

La comparación permanente entre sistemas jurídicos en situaciones conflictivas produce un enriquecimiento, y así se amplían los cánones que permiten enjuiciar acciones de los individuos. Con ello, se contribuye a encauzar las deliberaciones teóricas hacia la práctica institucional y la protección de los derechos humanos bajo el reconocimiento de una identidad cultural propia<sup>39</sup>. De esta manera, la pluralidad de sistemas que interactúan de forma dialéctica desde fuera hacia dentro del ordenamiento supone un reajuste beneficioso para sociedades con deficiencias democráticas.

Pero no todo deben ser alegrías. Es cierto que hay ejemplos de pluralismo jurídico bastante reaccionarios. Esto sucede con órdenes jurídicos represivos y violentos como los establecidos por grupos armados o fuerzas paramilitares en connivencia con estados represivos al establecer sus propias reglas en determinados territorios controlados. A pesar de las apariencias, es una situación que no se circunscribe a países con evidentes deficiencias democráticas, sino que también se extiende a sociedades desarrolladas en las que el ordenamiento estatal es más ecuánime que otros sistemas jurídicos alternativos. En tales casos, que haya pluralidad jurídica relativiza y amplía el contenido democrático del Derecho estatal y fortalece la lucha contra la arbitrariedad presente en esos sistemas jurídicos alternativos. Se trata de una garantía que da el Derecho oficial frente a posibles vulneraciones de derechos provenientes de diferentes grupos sociales minoritarios<sup>40</sup>. En este sentido, la regla de prevalencia se debe tornar casi absoluta, pues la tensión entre sistemas jurídicos se resolvería por la “prueba de exclusión” señalada por J. Raz, que fue expuesta con anterioridad; es decir, una prevalencia ontológica que

---

tes de países latinoamericanos como Colombia, Ecuador, Venezuela, Bolivia o México, entre otros. Tomaré como ejemplo a Colombia por su complejidad, heterogeneidad y fragmentación social; nación en la que el derecho estatal compite de forma más intensa con ordenamientos jurídicos paralelos. La justicia indígena, en tensión permanente con la justicia oficial, está sometida a un proceso de “hibridación” en el que también participa la justicia campesina y la justicia guerrillera o paramilitar. Cfr. B. DE SOUSA, op. cit., pp. 75-80.

<sup>39</sup> Pues sigamos con Colombia. El polémico artículo 246 de la Constitución colombiana de 1991 se refiere a que se podrá ejercer la jurisdicción indígena en sus territorios “siempre y cuando se respete la Constitución y la Ley”. La conocida sentencia T-349 de la Corte Constitucional de Colombia declaró que las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas no pueden ser limitadas pues sólo se encuentran sometidas a unos “mínimos aceptables” formados por un “núcleo de derechos intangibles” como son el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y a un debido proceso adecuado a su cultura. Esta riqueza interpretativa que abre la Corte Suprema no está exenta de posibles discusiones y reflexiones jurídicas.

<sup>40</sup> Cfr. B. DE SOUSA, op. cit., pp. 63-65 y 74-75.

permita sanear un ordenamiento y eliminar del sistema elementos distorsionantes que actúan desde el exterior hacia el interior del mismo.

## 6. A MODO DE BREVES APUNTES FINALES

No se añade nada nuevo si se afirma que las sociedades actuales son multiculturales. Pero dotar de sentido a estas afirmaciones resulta más problemático. Precisar las características del derecho y sus consecuencias no es nada fácil de delimitar. Los sistemas jurídicos de esas sociedades sufren tal transformación que llegan incluso a perder sus rasgos comunes, que por cierto ya eran discutidos con anterioridad.

Quizás como corolario a todo ello, cabe hacer al menos tres observaciones sin ánimo de que éstas sean excluyentes.

- 1) La primera hace referencia, como se ha tenido ocasión de comprobar en notas anteriores a pie de página<sup>41</sup>, que los conflictos multiculturales más llamativos suelen tener una relación directa con el trato social que se profiere a las mujeres, bien sea la poligamia, la ablación del clítoris, los matrimonios arreglados, la prohibición de practicar deporte, el velo islámico, etc. Todos ellos son ejemplos que involucran a las mujeres provenientes de las tradiciones culturales más conflictivas, y como consecuencia de ello, se encuentran más desprotegidas. En estos casos, el Derecho tiene que intervenir con mayor fuerza disuasoria.
- 2) No hay que prescindir para un análisis completo y sosegado de los problemas multiculturales que se desprenden del intento fácil y simplista por “integrar” en nuestros sistemas jurídicos a otras culturas de cualquier manera, de cuestiones en principio tangenciales que tienen mayor repercusión de lo que parece. La cuestión es mucho más ardua: la influencia de cambios normativos hacia lo multicultural supone transformaciones más o menos sensibles que afectan a las personas, a las que se les da un mensaje equivocado<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Véanse las notas 28, 30, 31, 32 y 33 de este trabajo, entre otras.

<sup>42</sup> Por ejemplo, este mecanismo perverso sucede cuando se “integra” de cualquier manera a los musulmanes en occidente. Así, suele decirse que los judíos ortodoxos, entre otros, han salido perdiendo ya que trastornan su *statu quo* benigno; las monjas francesas tienen que quitarse por primera vez sus cofias para las fotografías de identificación a causa de la legislación anti-hijab; los escolares franceses o italianos no deben llevar cruces o estrellas de David

- 3) Una tercera observación advierte sobre los casos que plantea una gestión jurídica de la multiculturalidad. En ellos debe de haber una prioridad de la actividad legislativa sobre la jurisdiccional<sup>43</sup>. En este sentido, los jueces sólo son competentes para dictar resoluciones que son consecuencia lógica de las normas generales del sistema. No se puede mezclar normas generales con individuales. El sistema sólo puede ser reconstruido de tal forma que en su base se incluyan normas generales y no individuales. Todo orden jurídico debe originarse en un sistema de normas independientes. Salvo que sean modificadas o derogadas en un futuro por autoridades competentes, tales normas pertenecen a todos los sistemas subsiguientes de ese mismo orden<sup>44</sup>.

No obstante, un brusco viraje de la jurisprudencia puede motivar un cambio legislativo importante; pero caben eventuales enfrentamientos entre el derecho oficial y las prácticas sociales desviadas. Estas tensiones han de plantearse desde el mismo sistema jurídico a través de algo parecido a una "justicia poética" que poco a poco debe ir erosionando prejuicios<sup>45</sup>. Buen ejemplo de esto, entre otros muchos, es un párrafo de una sentencia, en principio una más, del Tribunal Supremo español sobre mutilación genital femenina (TS

---

a clase; grandes grupos de población tienen que atravesar profusos controles de seguridad, debido a los terroristas musulmanes; los daneses/as que se casan con extranjeros/as afrontan extensas restricciones para introducirlos en Dinamarca por abusos a la inmigración (el llamado "visado humanitario"); espectáculos públicos como el cine o el teatro, libros, programas, etc. están censurados para no ofender la sensibilidad musulmana. De forma inadvertida para la mayor parte de los occidentales, poco a poco la influencia del islam ha comenzado a cambiar su estilo de vida por la introducción en los sistemas jurídicos occidentales de normas "integradoras", pero tramposas.

<sup>43</sup> Cfr. J. DE LUCAS, "Derechos humanos, legislación positiva e interculturalidad", *Revista de Documentación Social*, núm. 25, Madrid, 1994, p. 82; y "La sociedad multicultural. Problemas jurídicos y políticos" en M<sup>a</sup> J. AÑÓN, M. CALVO, R. BERGALLI, P. CASANOVAS, (coords.), *Derecho y Sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 23 y ss.

<sup>44</sup> Cfr. E. BULYGIN; D. MENDONCA, op. cit., p. 48.

<sup>45</sup> Tomo la expresión de un conocido estudio de M. Nussbaum, en el que se refiere a la relación entre la literatura, la economía y el derecho, a partir del análisis de la estructura de las emociones y del razonamiento judicial. Toma como modelo la figura del "poeta juez" y en alusión a W. Whitman, construye el ejemplo del "juez literato" que se identifica con aquél que tiene capacidad para imaginar y obrar en consecuencia. Lo convierte en un "igualador" cuya experiencia en la lectura de novelas le conduce a la posibilidad de observar la vida de la gente sobre la que tiene que decidir como si fuera un autor literario, salvando las distancias obvias. Cfr. M. NUSSBAUM, *Justicia poética*, Andrés Bello ed., Barcelona, 1997; cfr. M. RUIZ SANZ, *La construcción coherente del derecho*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 211-213.

835/2012, de 31 de octubre) en la que se escribe: “Sin duda uno de los factores más acusados de la sociedad actual, también de la española, es el alto grado de interculturalidad que presenta como consecuencia de las fuertes corrientes migratorias a países de más alto nivel de vida motivadas por el deseo de mejorar la vida de aquellos naturales de países empobrecidos. Es un viaje desde la desesperanza a la esperanza. Tales grupos proceden de otras culturas y tienen ritos y prácticas muy diferentes a los de los países de acogida (...) el respeto a las tradiciones y a las culturas tiene como límite infranqueable el respeto a los derechos humanos que actúan como mínimo común denominador exigible en todas las culturas, tradiciones y religiones. La ablación del clítoris no es cultura, es mutilación y discriminación femenina”. Con prudencia y sensibilidad jurídica, parece que se aceptan a través del Derecho cuestiones evidentes.

## BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ALCHOURRÓN, C.E.; BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975.
- ARNAUD, A.J.; FARIÑAS, M<sup>a</sup> J., *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1996.
- BARRAGÁN, J., *Informática y decisión jurídica*, Fontamara, México D.F., 1994.
- BENHABID, S. (2006), *Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en la era global*, Kartz, Buenos Aires, 2006.
- BULYGIN, E., “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 1991.
- BULYGIN, E., “Tiempo y validez”, en Alchourrón, C.E. y Bulygin, E., *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- BULYGIN, E.; MENDONCA, D., *Normas y sistemas normativos*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- CASORLA, F., “Derecho y sociedad multicultural”, *Anuario de Derecho Penal*, Madrid, 2010.
- COLOM, F., “Entre el credo y la ley. Procesos de interlegalidad en el pluralismo jurídico de base religiosa”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 157, 2012.
- CONRAD, J., *El corazón de las tinieblas*, Madrid, El País (clásicos del siglo XX), 2002.
- COWIE, P., *Coppola*, eds. libertarias, Madrid, 1992.
- COWIE, P., *El libro de Apocalypse Now*, Paidós, Barcelona, 2001.
- CUENCA, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008.

- DE JULIOS, A., *La transición paradigmática de la teoría jurídica. El derecho ante la globalización*, Dykinson, Madrid, 2009.
- DE LUCAS, J., "Derechos humanos, legislación positiva e interculturalidad", *Revista de Documentación Social*, núm. 25, Madrid, 1994.
- DE LUCAS, J., "La sociedad multicultural. Problemas jurídicos y políticos", *Derecho y Sociedad* (Añón, M<sup>a</sup>.J., Calvo, M., Bergalli, R., Casanovas, P., coords.), Tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- DE LUCAS, J., "La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos", *La multiculturalidad* (J. De Lucas, dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- De LUCAS, J., "¿Qué quiere decir tener derecho a la cultura?", en VV.AA. (Abramovich, V.; Añón, M<sup>a</sup>.J.; Courtis, C., comps.), *Derechos sociales. Instrucciones al uso*, México D.F., Fontamara, México D.F., 2003.
- DE LUCAS, J. y otros, "Evaluating the impact of existing legislation in Europe with regard Female Genital Mutilation: Spanish National Report. Daphne programme", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2008.
- De LUCAS, J., "Sobre los fundamentos de la igualdad y el reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración", en *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo XXI*, (J. de Lucas y otros), Consejo Vasco del Movimiento Europeo, Bilbao Eurobank, 2012.
- DE SOUSA, B., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común del derecho*, Trotta, Madrid, 2009.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- FERRARI, V., *Las funciones del Derecho*, Debate, Madrid, 1989.
- FERRARI, V., *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, Instituto Bartolomé de las Casas-Univ. Carlos III, Dykinson, Madrid, 2000.
- HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.
- GIANNI, M., "La sociedad multicultural: un punto de vista externo o, al menos, tangencial, respecto al discurso de los juristas", *La multiculturalidad* (J. De Lucas, dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- GLAZER, N., *We are All Multiculturalist Now*, Harvard University Press, Cambridge, 1997.
- JESSOP, B., *Orden social, reforma y revolución*, Tecnos, Madrid, 1982.
- IRTI, N., *La edad de la descodificación*, Bosch, Barcelona, 1992.
- KERCHOVE, M. van der; OST, F., *El sistema jurídico. Entre orden y desorden*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1997.
- LAURENZO, P., "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", *Jueces para la Democracia*, núm. 34, Madrid, 1999.

- MORENO, R., *Apocalypse Now Redux*, Octaedro, Valencia-Barcelona, 2003.
- MORESO, J.J.; NAVARRO, P.E., *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- NUSSBAUM, M., *Justicia poética*, Andrés Bello ed., Barcelona, 1997.
- LAPORTA, F., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007.
- PRIETO, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.
- PUJOL, A., "Derechos humanos y multiculturalismo", *Enrahonar* 40/41, Barcelona, 2008.
- RAZ, J., *El concepto de sistema jurídico*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México D.F., 1986.
- RUIZ SANZ, M., *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2002.
- RUIZ SANZ, M., *La construcción coherente del derecho*, Dykinson, Madrid, 2009.
- SAMPFORD, C., *The Disorder of Law. A critique of Legal Theory*, Basil Blackwell, Oxford, 1989.
- SOLANES, A., "Prácticas culturales, símbolos religiosos y espacio público: entre la prohibición, la anuencia y la no intervención legal", *Construyendo sociedades multiculturales. Espacio público y derechos* (Añón Roig, M<sup>a</sup>.J.; Solanes, A., eds.), Tirant lo blanch, Valencia, 2011.
- SOLANES, A., "Human Rights and Conflicts in European Multicultural Societies", *Migraciones Internacionales*, vol. 7, 2013.
- TARELLO, G., "la nozione di Diritto: un approccio prudente", en *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, preparado por U. Scarpelli, Milán, 1983.
- VILLORO, L., *Estado plural. Diversidad de culturas*, Paidós, México D.F., 1988.
- WALZER, M., *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo jurídico y la igualdad*, Fondo de Cultura Económica (FCE), México D.F., 1993.

MARIO RUIZ SANZ  
Departament de Dret Públic  
Facultat de Ciències Jurídiques  
Campus Centre-URV  
Avda. Catalunya, 35  
43002 Tarragona  
e-mail: mario.ruiz@uro.cat



**LA CRUZ ROJA Y LA ALIANZA DE CIVILIZACIONES.  
SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS DE DOS ORGANIZACIONES  
PROMOTORAS DEL DERECHO A LA PAZ  
Y LA COOPERACIÓN DE PUEBLOS Y CULTURAS**

*THE RED CROSS AND THE ALLIANCE OF CIVILIZATIONS.  
SIMILARITIES AND DIFFERENCES OF TWO ORGANIZATIONS  
PROMOTING THE RIGHT TO PEACE  
AND THE COOPERATION OF PEOPLES AND CULTURES*

MARÍA LUISA SORIANO GONZÁLEZ  
*Universidad Pablo de Olavide*

Fecha de recepción: 26-8-14

Fecha de aceptación: 12-10-14

**Resumen:** *La Cruz Roja y la Alianza de Civilizaciones son dos relevantes organizaciones promotoras de la paz. La primera, con una larga vida de siglo y medio, inicialmente concebida para atender a los heridos y enfermos de las guerras, poco a poco ha ido extendiendo sus actividades y objetivos a otros ámbitos de solidaridad, convirtiéndose en una institución sólida con funciones preventivas y reparadoras de los conflictos existentes en el mundo. La segunda, concebida como un instrumento para tender un puente entre Occidente y el mundo musulmán, apenas tiene una corta existencia de casi un decenio, aunque amparada por Naciones Unidas ha conseguido en poco tiempo la adhesión de casi todos los Estados del planeta y organismos internacionales. Objetivo de este artículo es indagar las semejanzas y diferencias de ambas organizaciones, precisando las características singulares de cada una y si finalmente es más lo que las une que lo que las separa.*

**Abstract:** *The Red Cross and the Alliance of Civilizations are two important organizations that promote peace. The first, which is one and a half centuries old, was initially conceived to treat the wounded and sick of war, and it has slowly extended its activities and objectives to other areas of solidarity, becoming a strong institution with preventive and healing functions in conflicts around the world. The second was conceived as a tool to bridge the West and the Muslim world, it has only been around*

*for almost a decade. Although it is supported by the United Nations, in a short time it has achieved the accession of almost every State in the world and international organizations. The objective of this paper is to investigate the similarities and differences of both organizations, specifying the unique characteristics of each, and finally deciding if there is more that unites them than separates them.*

**Palabras clave:** Cruz Roja, Alianza de Civilizaciones, organizaciones de solidaridad, derecho humanitario, paz internacional.

**Keywords:** Red Cross, Alliance of Civilizations, solidarity organizations, humanitarian law, international peace.

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se centra en un análisis comparativo entre la Cruz Roja<sup>1</sup> y la Alianza de Civilizaciones,<sup>2</sup> el proyecto de Naciones Unidas a propuesta del Gobierno socialista español durante el mandato del presidente Rodríguez Zapatero. Es interesante indagar las semejanzas y diferencias entre ambas instituciones, ya que, no obstante lo mucho publicado sobre la CR, que incluso ha disfrutado de una conocida Revista Internacional de la CR<sup>3</sup> iniciada en los

<sup>1</sup> El título oficial y que aparece en los documentos de su creación no es Cruz Roja (Croix-Rouge) simplemente sino Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. Utilizaré en este trabajo el título abreviado, por el que todo el mundo la conoce, y las siglas del mismo: CR. Es conveniente ver las publicaciones de la editorial de la CR española, en total 249, que tratan en su mayoría de actividades y problemáticas concretas, para adquirir un conocimiento general de la institución. Destaco en este elenco las monografías de J. C. Clemente sobre la historia de la CR y de E. Samaniego sobre la CR en general. También es muy conveniente el examen de la web del Comité Internacional de la Cruz Roja, con sede en Ginebra ([www.cicr.org](http://www.cicr.org)), en su versión española, con numerosas monografías sobre las actividades de la CR. Además contiene una selección en español de los artículos que publica la gran revista de la CR, *Revue Internationale de la Croix Rouge-International Review of the Red Cross*, editada por el CICR y Cambridge University Press.

<sup>2</sup> En adelante se cita por sus siglas: AC. Sobre ella véanse dos trabajos colectivos: el volumen de R. SORIANO (coord.), *La Alianza de Civilizaciones. Perspectivas críticas*, Aconcagua Libros, Sevilla, 2011, y el número monográfico dedicado a la AC de la *Revista Internacional de Pensamiento Político*, núm. 6, 2011, pp. 15-109. El número 3, 2008, de la citada revista contiene una entrevista realizada al presidente Rodríguez Zapatero, con una introducción de F. Rubiales y R. Soriano, de gran interés ya que el presidente fue el promotor ante Naciones Unidas de la AC. Véanse asimismo J. F. GARCÍA CASANOVA, (ed.), *Encuentro y alianza de civilizaciones. 12 miradas*, Ed. Universidad de Granada, Granada, 2009; F. VALLESPÍN, "Alianza de Civilizaciones", *Claves de Razón Práctica*, núm. 157, noviembre, 2005.

<sup>3</sup> La revista aparece inicialmente con la denominación *Bulletin de la Croix Rouge*. Posteriormente se convierte en *Revue Internationale de la Croix Rouge*, que actualmente cuenta con ediciones en francés e inglés.

años sesenta del siglo XIX, sin embargo no existen publicaciones con el objeto del presente trabajo, probablemente porque la AC es todavía un fenómeno reciente y los tratadistas de la CR se ocupan de los problemas concretos de esta organización planetaria.

La metodología del trabajo responde por lo tanto a una serie de fases y objetivos. El objetivo general es la comparación de dos relevantes organizaciones para la promoción de la paz entre las civilizaciones y los pueblos. Este objetivo se desglosa en otros dos objetivos específicos: uno consistente en la indagación de los caracteres comunes que suponen un nexo de ambas instituciones, y el otro en examinar los caracteres discordantes que las separan. Finalmente, tras la comparación de caracteres comunes y divergentes, la investigación concluye respondiendo a la cuestión de si es *más lo que une que lo que separa a ambas organizaciones, si son más sustanciales los caracteres semejantes que los diferenciadores*.

Por ello la estructura básica del presente estudio consta de dos grandes apartados; el primero dedicado a las semejanzas y el segundo a las diferencias de la CR y la AC. Precedidos de un primer apartado dedicado a los hitos históricos más destacados de ambas.

La justificación del estudio se concreta en varias razones. Primera: son dos organizaciones promotoras de la paz en el mundo y por lo tanto creadas con una finalidad perentoria y de primer orden. La CR y la AC son instituciones de largo alcance y muy vivas, de una continuada proyección y ascenso. Segunda: suelen estar en la cresta de la ola de la opinión pública. La CR acompaña en primera línea a los frecuentes conflictos bélicos con una misión doble, preventiva y reparadora. La AC se enfrenta al terrorismo internacional, la peor lacra actual en la esfera internacional. Tercera: es un estudio pionero, pues hasta donde llega mis noticias es el primer trabajo publicado de esta naturaleza. Entra en un campo aún no explorado por los investigadores.

## 2. UN POCO DE HISTORIA: HITOS DESTACADOS DE LA EVOLUCIÓN DE LA CRUZ ROJA Y LA ALIANZA DE CIVILIZACIONES

Antes de pasar al análisis de las semejanzas y diferencias entre la CR y la AC es conveniente hacer una reseña sobre los orígenes y objetivos de ambas organizaciones en beneficio de los lectores que no las conozcan suficientemente para seguir el análisis. Una breve reseña histórica.

La CR es una organización de larga duración, que cuenta ya con siglo y medio de existencia, fundada por Henry Dunant (1828-1910), empresario

suizo que se conmociona hondamente cuando ve los resultados de la batalla de Solferino entre franco-sardos y austriacos el 24 de junio de 1859, ante el espectáculo horrible de miles de combatientes heridos sin posibilidad de auxilio, dejados a su suerte y a una muerte segura. Dunant, que ya había propuesto otros proyectos humanitarios,<sup>4</sup> escribe *Recuerdo de Solferino*<sup>5</sup> en 1862 para impactar a la opinión pública, y concibe la necesidad de una organización para el socorro de los heridos en combate, iniciando los primeros pasos en su ciudad natal, Ginebra.

En 1863 tiene lugar la reunión en Ginebra de un comité internacional para el socorro de los heridos en las guerras, precedente del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), a la que asistieron representantes de seis países y de cuatro instituciones filantrópicas. Un año después, en 1864, se celebra una Conferencia diplomática a iniciativa del Gobierno suizo, a la que acuden representantes de doce Gobiernos, en la que se aprueba un tratado de diez artículos con el título “Convención de Ginebra para la mejora de los militares heridos en los ejércitos en campaña”. Este tratado pasa por ser el primer tratado de derecho humanitario internacional.<sup>6</sup> Sucesivas Conferencias internacionales irán extendiendo el alcance, objeto y sujetos de este primer tratado, que rebasarán ampliamente la preocupación por la suerte de los combatientes para interesarse por las calamidades de otros colectivos y en general por la paz mundial.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Henry Dunant llevó a cabo en 1898 un proyecto de una *Liga suiza de los derechos humanos*, centrada en el territorio suizo, que tenía por objeto la denuncia de la violación de los derechos humanos y las intervenciones necesarias para su reparación. No tuvo éxito el empeño del fundador de la CR. Con anterioridad a esta fecha fundó en París en 1871 la *Alianza Universal del Orden y de la Civilización*, que llegó a celebrar su primer Congreso en 1872. A destacar del proyecto la inclusión de la abolición de la esclavitud, asunto de preocupación constante de Dunant, hasta el punto que fue el tema de su tercer libro. El fin de la Alianza es la paz de los pueblos, a la que habría que llegar con la cooperación y mediante un orden estable.

<sup>5</sup> H. DUNANT, *Un souvenir de Solferino*, Cesno, Ginebra, 2002; H. DUNANT, *A Memory of Solferino*, Committee International of the Red Cross, Ginebra, 1986. Para descargar el libro digitalizado: [www.quedelibros.com/libro/23586/Recuerdo-De-Solferino.html](http://www.quedelibros.com/libro/23586/Recuerdo-De-Solferino.html)

<sup>6</sup> Esta primera Convención de Ginebra, como comúnmente se la conoce, fue posteriormente completada con las cuatro Convenciones de 1949, que extendían la protección a civiles en tiempos de guerra, y los dos protocolos adicionales de 1977.

<sup>7</sup> Puede decirse que la CR es la creadora del derecho humanitario internacional, teniendo una gran influencia en la formación de los tratados internacionales del derecho internacional público de Naciones Unidas. Véanse C. M. DÍAZ, “Tratados internacionales y conflictos armados”, *Revista española de Derecho internacional*, núm. 2, 2012, pp. 11-47 y J. SANTOS, “El efecto de los conflictos armados en los tratados”, en la misma revista, núm. 1, 2006, pp. 147-173.

Tras la Primera Guerra Mundial la acción de la CR se ensancha y va mucho más allá de los combatientes de las guerras con ocasión de la creación de la Liga de las Sociedades Nacionales de la CR. Primero se ocupó de la situación de los civiles durante las campañas bélicas y de sus desplazamientos. Después los desastres naturales y las miserias humanas serán objeto de preocupación. Henri Coursier traza la cadena progresiva de actividades de la CR de esta manera: asistencia de heridos en campos de batalla –asistencia a prisioneros de guerra (guerras mundiales)– asistencia a poblaciones civiles como consecuencia de las guerras –acción social en tiempos de paz.<sup>8</sup> El mismo órgano rector de la CR, el CICR, en un folleto muy ilustrado, dividiendo a los Estados *en jaune, bleu, vert, y brun* según su colaboración con los fines de la organización, hacía en 1969 un compendio de las actividades de la CR dividiéndolas en sectores: servicios médicos sociales, detenidos políticos, prisioneros de guerra, enfermos y heridos, refugiados, cataclismos, epidemias, población civil, acciones con los Gobiernos.<sup>9</sup> Como se ve, actividades también realizadas por diversas ONGs.

Las Conferencias internacionales de la CR siguientes a la Primera Guerra Mundial concluyen frecuentemente con resoluciones en favor de la CR como símbolo de la paz, como medio de propaganda contra la guerra y del acercamiento de los pueblos, haciendo a veces de árbitro en las contiendas, realizando actividades para prevenir potenciales conflictos o para solucionarlos, una vez producidos, incluso preocupándose de ámbitos nuevos para la promoción de la paz (como los medios de comunicación en la Conferencia de 1930 en Bruselas)<sup>10</sup>.

La CR se ha extendido por todo el mundo y con ella sus principios ético jurídicos que son como un abanico de los derechos humanos.<sup>11</sup> Hace reales

---

<sup>8</sup> H. COURSIER *La Croix-Rouge Internationale*, Presses Universitaires de France, París, 1952, p. 47.

<sup>9</sup> CICR, *La Croix Rouge. Ses resorts, ses rouages*, Institut Henry Dunant, Ginebra, 1969, passim.

<sup>10</sup> J. G. Lossier ha abordado el análisis de las resoluciones de las Conferencias internacionales y de las Asambleas de la Liga de las Sociedades Nacionales de la CR en las que se va construyendo una imagen de la CR como factor impulsor de la paz mundial (*paz durable, paix durable*, es el término que se reitera en los citados textos) Cfr. J. G. LOSSIER, *La Croix Rouge et la Paix*, Spes, París, 1968, passim.

<sup>11</sup> En otro trabajo titulado *La Cruz Roja: de los principios ético-jurídicos al principio de la paz*, actualmente en prensa en la revista *Sistema*, me he ocupado de los principios de la CR, que enuncio a continuación para que el lector vea la concomitancia de estos principios con los derechos humanos: principio de humanidad, de imparcialidad, de neutralidad, de indepen-

y eficientes a una buena parte de los derechos humanos. Lo que en un principio era simplemente una organización, que no distinguía entre amigos y enemigos combatientes, ahora no distingue entre las personas a la hora de sus prestaciones y ayudas por ninguna circunstancia, como exigen sus principios de humanidad e imparcialidad. Tras 150 años de existencia la CR es hoy la más antigua, consolidada y extensa organización de solidaridad.

La AC no cuenta con la hoja de servicios solidarios de la CR. Mientras que ésta goza ya de una antigüedad de siglo y medio, aquélla apenas acaba de nacer. Pero desde una fecha tan reciente como 2004 no ha parado de crecer. La globalización, los medios de comunicación, las nuevas tecnologías, el respaldo de Naciones Unidas han hecho que la AC haya podido andar en poco tiempo senderos que le costó mucho más tiempo a la CR.<sup>12</sup> El 21 de Septiembre de 2004, el Presidente del Gobierno español, José Luis Rodríguez Zapatero presentó la iniciativa de la Alianza de Civilizaciones en la 59ª Asamblea General de las Naciones Unidas. Un año y pocos meses después de la Guerra de Irak, que tuvo lugar el marzo de 2003. Este proyecto “tiene por objeto mejorar la comprensión y las relaciones de cooperación entre los Estados y pueblos de todas las culturas y religiones y, en ese proceso, contribuir a contrarrestar las fuerzas que alimentan la polarización y el extremismo”<sup>13</sup>.

Este proyecto tenía como finalidad suprimir las suspicacias entre los países occidentales y musulmanes, como primer objetivo, evitando la polarización entre ellos, y establecer relaciones de comprensión e intercambio entre todas las culturas del mundo, como objetivo más general. El presidente español propuso al Secretario General de las Naciones Unidas la constitución de un Grupo de Alto Nivel para reflexionar sobre la situación mundial actual y para elaborar un programa con medidas concretas. En su intervención

---

dencia, de universalidad y de voluntariedad. A ellos se añadió un último principio, que es el principio de la paz, aun cuando, como he sostenido en el citado trabajo, la paz forma parte de los objetivos de la CR desde el comienzo de su creación. Esta serie de principios, que fueron conformados en las sucesivas Conferencias internacionales de la CR, fueron adoptados y reconocidos en la Conferencia internacional de Viena, en 1965.

<sup>12</sup> Voy a referir hechos importante de la creación y evolución de la AC y los hitos institucionales más relevantes, de los que hay constancia en mi artículo publicado en la *Revista Internacional de Pensamiento Político*, núm. 6, 2011, titulado “Del Diálogo de Civilizaciones a la Alianza de Civilizaciones. Continuidad y contrastes de dos iniciativas de Naciones Unidas”, pp. 89-109.

<sup>13</sup> Informe Anual del Alto Representante para la Alianza de Civilizaciones, Jorge Sampaio, 27 de Agosto de 2008. Este informe y los discursos y actividades en torno a la AC pueden consultarse en la web de esta institución internacional: [www.unaoc.org](http://www.unaoc.org).

expuso: “Como representante de un país creado y enriquecido por culturas diversas, quiero proponer ante esta Asamblea una Alianza de Civilizaciones entre el mundo occidental y el mundo árabe y musulmán (...) España somete al Secretario General, cuya labor al frente de la Organización apoya con firmeza, la posibilidad de constituir un Grupo de Alto Nivel para llevar a cabo esta iniciativa”<sup>14</sup>.

Con el fin de guiar la iniciativa de la Alianza de Civilizaciones, el Secretario General nombró, en septiembre de 2005, un Grupo de Alto Nivel integrado por 20 notables personalidades procedentes de variadas áreas geográficas. Este Grupo debía, por un lado, estudiar las estrategias prácticas para contrarrestar las fuerzas que amenazan con polarizar las comunidades, que abogan el extremismo y que excluyen a los que piensan diferente, y por otro lado debían fomentar el respeto y la cooperación para lograr la paz y la seguridad de los pueblos. Para ello, el Grupo de Alto Nivel presentó un Informe,<sup>15</sup> que contiene, primero, un análisis sobre las fuerzas políticas, sociales o religiosas que amenazan la paz y la seguridad y fomentan el extremismo, y segundo, un programa de acción con medidas prácticas que puedan adoptar los Estados, las organizaciones internacionales y la sociedad civil.

El informe se inspira en los principios del respeto a los Derechos Humanos, de la democracia, del Estado de Derecho y de la multilateralidad, y de condena el terrorismo. Reconoce que las discrepancias entre las culturas no provienen de factores religiosos sino que se deben a una cuestión política, que es la que genera las percepciones negativas que en ocasiones se dan en el mundo musulmán con respecto al occidental. Por otro lado han influido en esa percepción la presencia militar de países occidentales en tierras musulmanas o las consideraciones de un doble rasero en la aplicación del multilateralismo. Asimismo, el Grupo de Alto Nivel señala que no sólo por estas

---

<sup>14</sup> Intervención del Presidente del Gobierno español, José Luís Rodríguez Zapatero, en la 59ª Asamblea General de las Naciones Unidas, 21 de Septiembre de 2004. Consultar en el dossier preparado por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación español: [www.maes.es/NR/redonlyres/D7DA919A-A9CF-4BA2-8133B89EA47E49E8/0/Alianzacivilizacioneses.pdf](http://www.maes.es/NR/redonlyres/D7DA919A-A9CF-4BA2-8133B89EA47E49E8/0/Alianzacivilizacioneses.pdf) (además de la web de la AC citada).

<sup>15</sup> Para desarrollar este Informe se celebraron cinco reuniones: Palma de Mallorca (noviembre de 2005), Doha (febrero de 2006), Dakar (mayo de 2006), Nueva York (septiembre de 2006) y Estambul (12 y 13 de Noviembre de 2006). Este último día se lo presentaron al Secretario General de las Naciones Unidas en presencia del Primer Ministro turco y del Presidente del Gobierno español, y el 18 de diciembre el Secretario General lo presentó a la comunidad internacional.

injerencias extranjeras se ha llegado a la situación actual, ya que también es cierto que en estas sociedades se enfrentan a menudo las fuerzas progresistas y las reaccionarias.

Entre las recomendaciones políticas defiende la elaboración de un Libro Blanco para el conflicto Israel-Palestina, el apoyo a pactos internacionales para Irak y Afganistán, y la necesidad de promover la participación de los partidos políticos no violentos en el mundo islámico. También recoge una serie de recomendaciones agrupadas en cuatro áreas de acción: la educación, la inmigración, la juventud y los medios de comunicación. Son recomendaciones dirigidas a los Estados, a las organizaciones internacionales y a la sociedad civil.

Para dar un seguimiento a las recomendaciones de este informe y una continuidad a esta iniciativa, el Grupo de Alto Nivel recomienda el nombramiento de un Alto Representante de la Alianza de Civilizaciones por el Secretario General de las Naciones Unidas, la celebración anual de un Foro de la Alianza de Civilizaciones donde participen voluntariamente Estados, organizaciones internacionales, sociedad civil y sector privado y la creación tanto de una Secretaría de apoyo al Alto Representante como de un Fondo de la Alianza.

El Secretario General de las Naciones Unidas, el 26 de Abril de 2007, nombró como Alto Representante de la Alianza de Civilizaciones a Jorge Sampaio, ex-presidente de Portugal. De esta manera, esta iniciativa dejaba atrás su dimensión teórica para entrar en una nueva fase de acción en la que se intenta movilizar a la comunidad internacional para que asuma las recomendaciones del Informe. El Alto Representante de la Alianza de Civilizaciones presentó un Plan de Acción ante el Secretario de las Naciones Unidas el 14 de Junio de 2007. Es un plan abierto que se podrá revisar cuando se considere necesario. El Plan de Acción está dividido en dos partes, la primera desarrolla el marco estratégico y estructural de la Alianza, y la segunda es el Programa de Acción de la Alianza.

El 10 de Noviembre de 2009 la Asamblea General de las Naciones Unidas ha adoptado por consenso una Resolución sobre la Alianza de Civilizaciones mediante la que respaldará políticamente a la iniciativa. Dicha Resolución reconoce la labor de la AC a favor del diálogo, el entendimiento y la cooperación intercultural, y la anima para continuar con su trabajo y sus proyectos. La Alianza fue acogida por Kofi Annan y por Ban ki-Moon, ambos secretarios generales de Naciones Unidas, pero hasta ahora no había contado con una resolución explícita que la respaldara.

La visibilidad de la AC ha sido promovida por los Foros Anuales. El Primer Foro de la AC se celebró en Madrid el 15 y 16 de enero de 2008. Se dieron cita líderes políticos y religiosos, responsables de organizaciones internacionales, grupos juveniles, personalidades del sector empresarial, sociedad civil y medios de comunicación, consolidando, de esta manera, la función de la Alianza de espacio abierto para el diálogo. Más de 900 expertos y 89 organizaciones oficiales buscaron reducir los desencuentros entre las naciones y unir iniciativas para promover el entendimiento intercultural. El II Foro es celebrado en Estambul los días 7 y 8 de abril de 2009. A destacar la presencia en él del Presidente de los Estados Unidos, Barack Obama, acompañada de gran expectación, que ha supuesto un nuevo impulso para esta iniciativa y le ha otorgado una gran dosis de credibilidad. Acudiendo a este segundo foro de la AC, Obama se distancia de la antigua política exterior de su predecesor, George Bush, que no quiso apoyar esta iniciativa, defendiendo el unilateralismo de la política exterior estadounidense debido a la excepcionalidad de los Estados Unidos en el panorama mundial. Con su intervención en el foro quiere demostrar el Presidente Obama tanto a Occidente como al mundo musulmán su propósito de entendimiento y diálogo.<sup>16</sup> El 28 y 29 de mayo de 2010 se celebró el III Foro de la AC en Brasil. Se dieron cita, en Río de Janeiro, 7000 delegados de más de 100 países: jefes de Estado de África, Europa y América Latina, representantes políticos, organizaciones internacionales, líderes religiosos, jóvenes, empresarios, periodistas y activistas de la sociedad civil. Finalmente los Foros IV (2011) y V (2012) se celebraron respectivamente en Doha y Viena.

Es importante señalar el carácter práctico de la AC. No aborda solo el estudio de los conflictos actuales, ni se limita a una llamada al diálogo, sino que exige compromiso y cooperación entre Estados, organizaciones internacionales y sociedad civil en la adopción de medidas concretas tanto a nivel internacional como regional y local.

Una lista cada vez más amplia de Estados se fue sumando al proyecto de una AC, adhiriéndose expresamente al mismo. Y una sucesiva celebración

---

<sup>16</sup> El día anterior a su llegada a Estambul, en Ankara, Obama pronunciaba como Presidente de los Estados Unidos su primer discurso en un país musulmán. En éste quiso dejar claro que solo a través de la cooperación y del trabajo conjunto se podían superar los problemas que acechan al siglo XXI. "Ninguna nación -dijo- puede enfrentarse a estos desafíos sola. Por eso debemos construir sobre la base de nuestros intereses comunes y superar nuestras diferencias. Somos más fuertes cuando estamos juntos. Ése es el mensaje que he llevado conmigo durante este viaje a Europa" (Intervención del presidente de Estados Unidos, Barack Obama, ante el Parlamento de Ankara, Turquía, el 6 de abril de 2009).

de Foros anuales de la Alianza constataba que era cada vez más un glosario de Estados de todas las latitudes, que remaban en el mismo sentido para hacer posible el acercamiento de los pueblos y culturas.

### 3. LAS SEMEJANZAS ENTRE LA CRUZ ROJA Y LA ALIANZA DE CIVILIZACIONES

#### 3.1. El hecho originario

Ambas instituciones surgen de un hecho impactante que afecta anímicamente a sus proponentes e impulsores. En el caso de la CR es la batalla de Solferino, de cuyas consecuencias fue testigo el fundador de la CR, Henry Dunant, que le conmovió de tal manera al ver tantos miles de soldados heridos y postrados en el suelo sin posibilidad alguna de salvación, desatendidos y olvidados, que escribió un libro, *Recuerdo de Solferino*, en el que se narran los hechos y proclama la necesidad de crear un sistema de ayudas para atender a los heridos y enfermos de las guerras.

La batalla de Solferino tuvo lugar el 24 de junio de 1859 en la que se enfrentaron los sardos-franceses y los austriacos. Las masas de muertos y heridos como consecuencia de la batalla impactó tremendamente a Henry Dunant, que se refiere a ella como el motivo principal de la creación de la CR. No es probablemente que no tuviera ya el proyecto de una CR en la cabeza, pues no es ésta el único proyecto que él promovió, sino que fue el acicate definitivo para la empresa. Tras la batalla la creación de la CR impulsó su ánimo con fuerza. En 1862 publicó su libro citado *Recuerdo de Solferino*, cuya primera edición fue sufragada por el autor y los ejemplares distribuidos gratuitamente; pronto se convertiría en un *best-seller* de la época.

En el caso de la AC no hay un hecho originario, sino una sucesión de hechos terroristas, y especialmente la destrucción de la Torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre de 2001 por fanáticos musulmanes, causa de la guerra de Estados Unidos contra Irak en 2003. El clima se hizo insostenible durante el mandato del presidente Bush, pues tenía programada una escalada de guerras contra el terrorismo internacional, que comenzaba con Irak y seguía con Irán y Corea del Norte, los Estados a los que llamaba “el Eje del Mal”.<sup>17</sup> Esta serie de atentados terroristas de fanáticos musulmanes

---

<sup>17</sup> El presidente estadounidense G. Bush participaba de la ideología de un grupo muy influyente en la opinión pública americana, los neoconservadores, quienes creían que Estados

y las guerras contra ellos emprendidas por el Gobierno estadounidense llevaron al presidente socialista del Gobierno español, José Luis Rodríguez Zapatero, a la necesidad de establecer políticas de proximidad y comprensión de Occidente y el mundo musulmán para evitar una escalada de actos terroristas en el futuro.

### 3.2. El impulso inicial individual y la ayuda de colaboradores

Aunque el impulso creador de ambas organizaciones es la voluntad de personas concretas, ello no quiere decir que toda la obra sea suya, pues sería totalmente imposible que la voluntad individual llegara a tanto. Ambos promotores de un proyecto de tan largo alcance contaron con el apoyo prácticamente inicial de colaboradores que se sumaron al proyecto y le hicieron crecer.

Creo lícito decir que se sobrevalora el papel desempeñado por Henry Dunant en la creación y promoción de la CR. Ya desde un principio contó con la colaboración de su amigo Moynier, que leyó su manuscrito sobre la batalla de Solferino, cuando Dunant era plenamente desconocido, y quiso que su proyecto de creación de la Cruz Roja fuera asumido por la Sociedad de Utilidad Pública de Ginebra, de la que era presidente. Redactó los primeros artículos del entonces Boletín de la CR, muy interesantes para comprender los fundamentos teóricos iniciales de esta organización. Muy probablemente el proyecto no hubiera obtenido tanto y tan rápido éxito sin la ayuda de Moynier. A ello se añade la creación por todo el mundo de las Sociedades Nacionales de Socorro (*Sociétés Nationales de Secours*) con personas entusiasmadas al frente de ellas. Las Conferencias Internacionales sucesivas de la CR, que contienen los informes de estas sociedades, muestran muy claramen-

---

Unidos tenía una gran responsabilidad ante el mundo, los americanos y Dios, por ser una nación predestinada y excepcional, y esta responsabilidad le exigía derribar las dictaduras de los denominados por ellos “Estados fallidos” y poner en su lugar regímenes democráticos: la imposición de la democracia por la fuerza de los cañones y en bien de los súbditos tiranizados. Tanto creyó Bush en los planteamientos de los neoconservadores que a los más destacados de este grupo les nombró para altos cargos de su Administración y conforme a sus propuestas diseñó una campaña bélica contra el que llamaba “Eje del Mal” formado por Irak, Irán y Corea del Norte. Afortunadamente la campaña terminó en la guerra de Irak, que se le volvió contra sus planes de fácil dominio. Para un conocimiento de las ideas neoconservadoras véase W. KRISTOL, R. KAGAN (eds.), *Peligros Presentes*, trad. de Ignacio de la Rasilla y del Moral, Almuzara, Córdoba, 2004, y W. KRISTOL, F. L. KAPLAN, *La Guerra de Irak. En defensa de la democracia y la libertad*, trad. de Juan Jesús Mora Molina, Almuzara, Córdoba, 2004.

te lo mucho que significaron las actuaciones de los comités al frente de las mismas.

Semejante proceso encontramos en la AC, de la que no cabe dudar del impulso inicial del presidente español Rodríguez Zapatero, por cierto desconocido en la opinión pública y los medios hasta que se hace expreso en la Asamblea General de Naciones Unidas el 21 de septiembre de 2004. Pero a pesar de esta ignorancia generalizada de un secreto bien guardado, tras su conocimiento por Naciones Unidas, rápidamente el secretario general de Naciones Unidas, Kofi Annan, lo hizo suyo y puso toda la organización a su cargo para que fuera conocido y asumido por el mayor número posible de Estados. Se movió para que la otra parte proponente de la propuesta fuera el presidente de Turquía, Endorgan, de modo que los dos colectivos concernidos, los países occidentales y musulmanes, contaran con un “provisor de la causa” en Naciones Unidas. A pesar de que en el ambiente había opiniones favorables a la necesidad de evitar una mayor quiebra en las relaciones entre Occidente y los países musulmanes tras los atentados terroristas y la guerra de Irak, el hecho evidente es que nadie movía ficha y que si no es por el impulso del presidente del Gobierno español probablemente hubiera tardado más el trazado de puentes de acercamiento entre la posiciones encontradas de ambas culturas.

### **3.3. La finalidad**

La finalidad de la creación de la CR y de la AC es la paz en el mundo. La paz es la finalidad última aunque difieran las circunstancias. La paz a la que se llega con las limitaciones impuestas al desarrollo de las guerras y su eliminación final (CR) o con la desaparición del terrorismo internacional (AC), y que comporta previamente la cooperación y diálogo de los pueblos y culturas.

Se ha visto en determinados medios a la CR como una organización para atender a los combatientes o, a lo sumo, a los desastres, epidemias, hambrunas, etc., que destruyen la salud y la vida de las personas. Pero no como una institución para la paz. En tanto que la AC surge para la consecución de la paz poniendo fin a los actos terroristas. Lo que cabe decir en este punto es que la paz como objetivo se ve más claramente en la AC que en la CR, porque en ésta el objetivo inicial fue la sanación de los combatientes en los campos de batalla. Pero la paz, la paz de los pueblos, es desde el comienzo un objetivo de la CR, al que se llega mediante un proceso que comienza con los pactos

de los Estados para regular las guerras en todos sus aspectos, comenzando por los heridos y enfermos de las campañas bélicas. Hay cuatro argumentos que conducen a esta visión de la CR como organización para la paz:

3.3.1. *La derivación lógica de la paz de los principios ético-jurídicos ya indicados.* Todos los principios de la CR conducen a la paz entre los pueblos.<sup>18</sup> El principio de humanidad, el primero de los principios, contiene en su interior, el propósito de la paz como fin último. Si las personas son humanitarias, si también lo son las instituciones que ellas forman, ineludiblemente la paz general será una consecuencia. El principio de neutralidad es una garantía para la ausencia de conflictos por un lado y una fuente de confianza por otro. Igualmente la imparcialidad, porque comporta la no discriminación en el trato dispensado a las personas. Por lo tanto no es necesario decir que la CR en su evolución y atención a las necesidades va conformándose progresivamente como una organización para la paz, sino que la paz ya estaba presente en ella desde el principio.<sup>19</sup>

Pero, aunque la serie de principios tradicionales escondía en sí mismos un reclamo de la paz, iba creciendo en el ánimo de los participantes en las sucesivas celebraciones de las Conferencias internacionales la conveniencia de una proclamación del principio de la paz de una manera individualizada y con su correspondiente párrafo, que efectivamente tiene lugar en la Conferencia internacional de Viena en 1965, y así figura este principio con la siguiente formulación: “La Cruz Roja favorece la comprensión mutua, la amistad, la cooperación y una paz durable entre todos los pueblos”.<sup>20</sup>

3.3.2. *La propia trayectoria y evolución de la CR.* Ésta en sus primeros pasos no concibe su tarea como exclusivamente reparadora sino también pre-

---

<sup>18</sup> El Comité Internacional de la Cruz Roja edita en numerosas lenguas breves publicaciones sobre el tema de los principios destinadas al gran público, como *Les principes fondamentaux de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, CICR, Ginebra, 1998, y *Les principes fondamentaux du mouvement international de la Croix-Rouge*, CICR, Ginebra, 1996. Publicaciones que suelen gozar de sucesivas ediciones.

<sup>19</sup> Sobre los principios ético-jurídicos de la CR destaco el extenso volumen colectivo dedicado a Jean Pictet, el gran tratadista de los principios de la CR de mediados del siglo pasado, *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, CICR, Ginebra, 1984. Es una miscelánea de trabajos diversos, en cuya lista hay algunos dedicados a los principios, como *Principes fondamentaux de la Croix-Rouge et humanitarisme moderne*, pp. 893-911, de J. MEURANT, o *Les principes du droit international humanitaire*, pp. 291-300, de I. P. BLISHCHENKO.

<sup>20</sup> El texto en lengua original del principio es el siguiente: “*La Croix-Rouge favorise la compréhension mutuelle, l'amitié, la coopération et une paix durable entre tous les peuples*”.

ventiva, con lo que supone ya un esfuerzo para la paz. Lo aseguran una serie de prestigiosos estudiosos de la CR en una obra colectiva y sintética sobre la CR<sup>21</sup> y lo expresa ya el primer principio: “el Movimiento Internacional de la Cruz Roja se esfuerza en prevenir y aligerar el sufrimiento humano. Tiende a proteger la vida y la salud y a hacer respetar a la persona humana”.

Las Conferencias internacionales de la CR siguientes a la Primera Guerra Mundial concluyen frecuentemente con resoluciones en favor de la CR como símbolo de la paz, como medio de propaganda contra la guerra y del acercamiento de los pueblos, haciendo a veces de árbitro en las contiendas, realizando actividades para prevenir potenciales conflictos o para solucionarlos, una vez producidos.

3.3.3. *La doctrina de los responsables orgánicos, que al mismo tiempo eran los estudiosos de la obra de la CR.* Los tratadistas de la institución coinciden en su visión de la misma como una organización por y para la paz. La lista sería interminable: C. F. Haje y J. M. Simon<sup>22</sup>, Jean Pictet, miembro del CICR y referente doctrinal de la CR<sup>23</sup>, Max Huber, que titulaba uno de sus trabajos de esta manera: “La Croix-Rouge, facteur de rapprochement des peuples”.<sup>24</sup> J. Lossier, que predica de ella “una propaganda tenaz y general contra el espíritu de guerra”, porque “la CR quiere trabajar por la paz”.<sup>25</sup> V. Segesvary, preocupado por la educación de los jóvenes en los ideales de la paz de la CR<sup>26</sup>, M. Harrof-Tavel, para el que la paz es el objetivo principal de CR no sólo en tiempos de guerra, sino de paz.<sup>27</sup>

3.3.4. *La biografía y aspiraciones del fundador de la CR.* La paz estaba en el ánimo de los fundadores de la CR y especialmente de Henry Dunant, quien deseaba construir paso a paso un mundo de paz en un proceso que debía de comenzar por allegar las voluntades de los Estados para firmar pactos

<sup>21</sup> J. L. BLONDEL, S. GRAVEN, M. HARROF-TAVEL, y H. T. HUYNH, *Les principes fondamentaux de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, CICR, Ginebra, 1994.

<sup>22</sup> C. F. HAJE, y J. M. SIMON, *Les origines de la Croix Rouge*, Imprimerie Lindheimer, Stuttgart, 1990 p. 15.

<sup>23</sup> J. PICTET, *La Croix-Rouge et la Paix*, CICR, Ginebra, 1951, p. 9.

<sup>24</sup> M. HUBER, *La Croix-Rouge, facteur de rapprochement des peuples*, en vol. col. del autor *La pensée et l'action de la Croix-Rouge*, CICR, Ginebra, 1954, p. 36-40.

<sup>25</sup> J. G. LOSSIER, cit., 1968, p. 4.

<sup>26</sup> V. SEGESVARY, *Philosophie et buts de la Croix-Rouge de la jeunesse*, Institut Henry Dunant, Ginebra, 1970, p. 5.

M. HARROF-TAVEL, “La guerre a-t-elle jamais une fin? L'action du Comité International de la Croix-Rouge lorsque les armes se taisent”, *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, septiembre, 2003, p. 491.

de mejora de la condición de combatiente y terminar con pactos de paz y la abolición de las guerras. Y no sólo la paz era el horizonte de sus escritos sino de las actividades, compromisos y convenios que fomentó.

La AC surge en palabras de su promotor, el presidente Rodríguez Zapatero, para “tender puente entre Occidente y el Islam” en momentos difíciles en que la violencia se había adueñado de la escena pública mundial –los atentados terroristas y la guerra de Irak como principales puntos de referencia–. Y cuando Naciones Unidas hace suyo el proyecto y promueve una AC a nivel planetario el objetivo que persigue es la paz en el mundo, amenazada por la falta de entendimiento entre el mundo occidental y el mundo musulmán.

Ya he indicado en el epígrafe sobre los hitos más destacados de la evolución de la AC el discurso de presentación de la iniciativa de la misma por el presidente del Gobierno español, señalando el objetivo de una alianza entre Occidente y el mundo musulmán ante la enorme fractura que entre ambos se estaba produciendo. Pero hay un discurso del proponente de la AC igualmente interesante y es el que pronuncia ante la Cumbre de la Liga Árabe el 22 de marzo de 2005 informando de las características y fines que persigue la AC. Y lo hace expresando una frase después reiterada en discursos y literatura acerca de la AC. El principal objetivo de la Alianza de Civilizaciones es “tender puentes de entendimiento entre las diversas culturas de nuestro planeta”.<sup>28</sup> El discurso alude la quiebra de la confianza entre Occidente y el Islam como consecuencia de los acontecimientos del 11S de 2001 y la guerra de Irak de 2003, que han dado lugar a que extremistas de uno y otro lado desenfocan la imagen del adversario –Occidente para los musulmanes y el Islam para los occidentales– e insiste en la necesidad de superar el desencuentro, de colaborar mutuamente para conseguir el objetivo de la paz mundial. Y en este proceso de paz mundial apela a Naciones Unidas como el órgano más legitimado para conducir el proceso de un nuevo entendimiento y unas nuevas relaciones, ya que en este órganos está representados todas las civilizaciones y Estados. La AC queda diseñada como una organización abierta en la que todos pueden participar. Y como presupuesto de este empeño el proponente de la AC resume ante los representantes de los Estados árabes de la cumbre su filosofía del terrorismo internacional como un hecho

---

<sup>28</sup> Consultar en la web de Ministerio de Asuntos Exteriores: [www.maes.es/NR/redonlyres/D7DA919A-A9CF-4BA2-8133B89EA47E49E8/0/Alianzavicilizacioneses.pdf](http://www.maes.es/NR/redonlyres/D7DA919A-A9CF-4BA2-8133B89EA47E49E8/0/Alianzavicilizacioneses.pdf). Y en la web de la AC: [www.unaoc.org](http://www.unaoc.org)

al margen de las religiones y producto de los fanáticos, que interpretan erróneamente los credos de las religiones que profesan, pues éstas no llaman a la violencia sino a la tolerancia. Y termina: “El Islam es un pacífico y tolerante elemento de identidad de muchos países y muchos pueblos”.<sup>29</sup>

### 3.4. La voluntariedad

Ambas organizaciones parten de la adhesión voluntaria de sus componentes. Se ha producido un proceso de aceptación y adherencia que tanto en la CR como en la AC ha sido ascendente y rápido. Una progresión geométrica de miembros que una vez adheridos a la institución ya no la abandonan.

La CR es hoy en día una organización mundial muy consolidada. Tiene a sus espaldas un siglo y medio de trabajos y esfuerzos colectivos en ascenso y sin vueltas atrás. Y este proceso se ha apoyado en la creación paulatina de las Sociedades Nacionales, que iban pidiendo su incorporación a la organización con sede principal en Ginebra y gobernada por un Comité Internacional de la Cruz Roja.

La voluntariedad en la CR tiene un doble alcance: para la adhesión de las citadas Sociedades Nacionales y para las personas que se incorporan libremente a esas Sociedades. Quiero recalcar el término “sociedades” para subrayar que la CR es una organización privada formada por sociedades privadas, que evidentemente se relaciona con los Estados y de ellos recibe ayudas, pero sin que esta colaboración la constituya en un ente estatal o público.

La voluntariedad es tan importante en la CR que constituye uno de sus principios ético-jurídicos. El principio se expresa de esta manera: “Se trata para el voluntario de la Cruz Roja de un compromiso desinteresado y de un espíritu altruista, libremente elegidos o aceptados”.<sup>30</sup>

Quiere decir este principio que se forma parte de la CR, con distintas posiciones y grados de colaboración en ella, por propio y libre deseo. Voluntariamente se entra en ella y voluntariamente se la abandona cuando se estima conveniente. El principio añade un elemento más: la colaboración del partícipe llevado de un espíritu altruista y sin esperar beneficios propios de su colaboración.

---

<sup>29</sup> ID.

<sup>30</sup> El principio se enuncia en lengua original de esta manera: “*Il s’agit donc pour le volontaire de la Croix-Rouge d’engagement désintéressé et d’un esprit altruiste, librement choisis ou acceptés*”.

Se trata –reza el principio– de un compromiso desinteresado y de un espíritu altruista. Desinterés y altruismo: dos notas añadidas a la voluntariedad, que la cualifican de una manera estricta. Es un principio complementario que quizás adolezca de una definición demasiado específica y por lo tanto limitada, ya que podrían voluntariamente colaborar en la CR personas no necesariamente llevadas del espíritu altruista, sino de otra clase de motivaciones –una compensación, una promesa, una gratitud, etc.– que no presuponen una disposición altruista o filantrópica, como exige el principio. Y no por ello la actividad desarrollada por un cooperante con estas otras motivaciones deja de ser valiosa y legítima.

Sería más razonable restar del principio de voluntariedad las notas indicadas, porque éstas se refieren a las motivaciones psicológicas, de carácter plenamente interno, que efectivamente adornan la calidad ética de la voluntad del cooperante, pero cuya ausencia no impide ni daña ni aminora la labor social realizada por personas carentes del altruismo y el desinterés de otras. Bastaría la propia y libre voluntad sin más para colaborar en la CR, el deseo de cada uno, ya sea sin altruismo o con un encomiable espíritu altruista y desinteresado. El altruismo es un don que pocos tienen y, si lo tienen, pueden perderlo con el paso del tiempo.

El proceso en la AC es semejante pero no idéntico, porque la AC está formada por Estados y organismos internacionales principalmente. Esto no quita que también formen parte de la organización colectivos e instituciones sociales, pero con un menor peso. Como las Sociedades Nacionales de la CR, en el caso de la AC también los Estados piden su adherencia a la organización voluntariamente. En los Foros anuales de la AC se constata que el proceso de adhesión es ascendente y rápido. En poco tiempo casi todos los Estados forman ya parte de la AC, que una vez en ella no la abandonan.

### 3.5. Las dificultades iniciales y la expansión total a continuación

La CR tuvo dificultades y obstáculos en los primeros años de su implantación en los que iba constituyéndose las primeras Sociedades Nacionales. Gustave Moynier, cofundador de la CR, en un relato de los primeros años de su andadura, alude al fracaso inicial del proyecto de Henry Dunant, que ni siquiera fue acogido por la Sociedad ginebrina de Utilidad Pública, que Moynier presidía.<sup>31</sup> Los Estados eran renuentes a la firma de un documento

---

<sup>31</sup> G. MOYNIER, *La fondation de la Croix-Rouge*, Soullier Imprimerie, Ginebra, 1903, p. 6.

de adhesión que comprometía su soberanía en aquellos años concebida de una manera absoluta y no susceptible de limitaciones. De ahí que solamente asistieran diez representantes estatales a la primera Conferencia diplomática de 1864, de la que surgió la primera Convención de Ginebra. Y además en la práctica no cumplían con sus compromisos una vez que se adherían a la CR, especialmente cuando se suscitaban conflictos que conducían a la beligerancia entre los Estados. Ilustrativo para conocer las dificultades de los primeros años de la CR es el extenso informe de la VII Conferencia internacional celebrada en Estrasburgo, en 1902, que abarca un decenio: desde 1892 a 1902. En él se concluye que los Estados ignoran y no cumplen las normas de la Convención de Ginebra de 1864 y consecuentemente no se respetan por los beligerantes: “la ignorancia de los combatientes se traduce en infracciones al tratado de 1864”. Y termina el informe amargamente afirmando que al CICR sólo le queda la publicidad de las infracciones consciente de que “esta publicidad no sirve para gran cosa”.<sup>32</sup>

Si difíciles fueron los primeros años para la CR, no tardó mucho tiempo en conseguir estabilidad y seguridad como institución nueva comenzando un proceso de rápida implantación con la adhesión de los Estados de todo el mundo. Veinte años después de su creación el CICR, órgano de gobierno principal de la CR, daba por consolidada la organización y se alegraba de que así fuera en contraste con tantas otras creadas y en poco tiempo desaparecidas, colmando y rebasando las expectativas puestas en ella inicialmente. “En suma –decía el informe– se puede decir que la realidad ha sobrepasado evidentemente la esperanza de los fundadores de la CR”.<sup>33</sup> I. Reid señala la consolidación de la CR, tras un periodo de gestación y diseño, en una fecha temprana: en la franja de 1870 a 1914.<sup>34</sup> Destaca en esta lucha por la consolidación de la CR el papel desempeñado por las Sociedades Nacionales de la organización, llamadas inicialmente “Sociedades de socorros a los militares heridos”<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> *Rapport VII Conférence Internationale* (San Petersburgo, mayo de 1902), Au siège du Comité International, Ginebra, 1902, p. 18.

<sup>33</sup> CICR, *Mémorial des vingt-cinq premières années de la Croix-Rouge (1863-1888)*, CICR, Ginebra, s/f., p. 23.

<sup>34</sup> L. REID, *L'évolution de la Croix-Rouge*, Comité pour la réévaluation du rôle de la Croix-Rouge, Ginebra, 1976. Indica tres etapas en la evolución de la CR: a) creación: 1859-1864; b) diseño: 1865-1869; c) consolidación: 1870-1914 (pp. 9-23).

<sup>35</sup> Es un hecho ampliamente reconocido por los tratadistas de la CR. Sirva de ejemplo V. SEGESVARY, *La naissance de la solidarité de la Croix Rouge. La guerre franco-allemande de 1870-71*, Édition L'Age de L'Homme, Ginebra, 1971, p. 10.

En efecto, destaca el éxito de la CR comparado con otros proyectos con similares propósitos, que no disfrutaron del mismo apoyo y éxito y sobre todo permanencia en el tiempo. R. Durand y J. Meurant<sup>36</sup> han coordinado un volumen colectivo en el que los autores dedican extensas páginas a glosar precedentes de la CR: instituciones y personas que no tuvieron el mismo éxito que la CR de Henry Dunant.

La AC presenta las mismas dificultades iniciales de la CR, aunque en un plano distinto, porque surge como una institución de Naciones Unidas y no como una organización privada. Ello se debe en primer lugar a que nace en el punto álgido de la oposición Occidente-Islam, poco después de la destrucción de las Torres Gemelas de Nueva York (2001) y de la guerra de Irak (2003), contando con una dura crítica en los Estados que se habían aliado para emprender la citada guerra: Estados Unidos, Reino Unido y España. La propuesta es lanzada por un presidente del Gobierno español del PSOE tras ganar las elecciones contra el anterior presidente del Gobierno español del PP, que formaba parte de la coalición de la guerra contra Irak. Por lo tanto en nuestro país tuvo la AC la crítica más dura y persistente por parte del PP y sus medios de opinión, destacando su Fundación, la FAES, presidida por el expresidente Aznar, y Gustavo Aristegui, portavoz de relaciones internacionales del PP. Sin embargo, a pesar de estos contratiempos iniciales, la AC al igual que la CR fue ampliando con el apoyo del secretario de Naciones Unidas el número de los Estados adherentes visibilizando su éxito en la afluencia de representantes estatales asistentes a sus Foros anuales y en el alto número de Programas nacionales promotores de sus fines. Al final, el mismo PP español tuvo que dar marcha atrás y aceptar la AC que tanto había atacado. En el epígrafe sobre las críticas a la CR y AC me referiré con más detalles a esta oposición inicial. Hoy día la AC es una institución internacional consolidada, con extensos apoyos estatales y de organismos internacionales, si bien (todo hay que decirlo) está sufriendo los efectos de la crisis económica y la aminoración de la financiación de sus proyectos por los Estados.

---

<sup>36</sup> Cfr. R. DURAND, y J. MEURANT, *Préludes et pionniers. Les précurseurs de la Croix-Rouge (1840-1860)*, Société Henry Dunant, Ginebra, 1991. El volumen colectivo pasa lista de instituciones de caridad y proyectos filantrópicos llevados a cabo por personas concretas como Valérie de Gasparin, Lucien Baudens, Anatole Demidoff, Nicolai Pirogov, Francis Lieber, Ferdinando Palasciano. Proyectos e instituciones de escasa permanencia en el tiempo.

### 3.6. Las críticas

Sorprende que dos proyectos que tienen por objeto la promoción de la paz en el mundo y responden a un espíritu humanitario hayan suscitado una serie de críticas. La CR es la fuente del derecho humanitario internacional. La AC es un intento de acercamiento de dos mundos separados, Occidente e Islam.

¿Cómo es posible que proyectos de esta naturaleza reciban críticas? A lo sumo cabría esperar una actitud de abstención o no colaboración, pero no la crítica y el enfrentamiento.

La crítica a la CR se ha sustanciado inicialmente en el lado del procedimiento y en el juicio sobre la relación medios-fines, por entender algunos que la preocupación por la guerra, aunque sea con el propósito de mejorarla, de alguna manera está prestando atención a un objeto que solamente merece la eliminación y el olvido. Podemos localizar dos grupos dentro de la crítica: el de los pacifistas extremos y el de los escépticos bélicos. Para los primeros preocuparse de la guerra y regularla es conservarla. La mantienen aunque la dulcifiquen. Tratar la guerra, regularla, incluso limitarla es de algún modo convalidarla. Una actitud semejante a la de la crítica a la objeción de conciencia al servicio militar en España, porque la objeción suponía convalidar el servicio militar como institución básica. De donde vino la oleada de insumisos, que se oponían no sólo al servicio militar sino a la prestación social en sustitución del servicio de armas.

Para los escépticos bélicos la guerra es un hecho natural. Creen que la guerra es propia de la condición humana y por tal razón inevitable. La humanidad y la guerra van siempre juntas. Es imposible limitar el desenfreno que producen las guerras, que sacan lo peor de las personas, y pronto se olvidan las normas que en tiempos de paz pretenden regularla y someterla a controles racionales. El desarrollo de las guerras provoca un extremo voluntarismo en los contendientes, que se rigen por la relación inmediata causa-efectos.

Jean Pictet, uno de los grandes tratadistas de la CR, creador de la doctrina de sus principios antes de la proclamación definitiva en la Conferencia de Viena de 1965, resumía las críticas de esta manera: a) la CR haciendo menos atroz a la guerra colabora a su aceptación, b) las convenciones sobre la guerra crean una seguridad engañosa, pues los Estados combatientes hacen caso omiso de ellas cuando les conviene, c) los propósitos y actuaciones de la CR son ineficaces, y d) las guerras solamente pueden ser exterminadas con la inercia total<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> J. PICTET, cit., 1951, pp. 1-2.

En resumen las críticas citadas a la CR se concretan en la crítica generalizada a un proyecto utópico e idealista, no obstante las buenas intenciones de sus promotores.

Con el paso del tiempo la CR ha recibido otras críticas dirigidas a su organización y funcionamiento, porque respecto a lo primero había un predominio de suizos en sus órganos rectores, y en relación a lo segundo cierta intolerancia a las críticas por la comisión de errores y falta de explicaciones. La ausencia de autocrítica ha sido una constante en la organización según algunos. En 1950 Jean Pictet, antes citado, miembro del CICR, se revolvía contra esta suerte de críticas asegurando que no veía contradictorio que los veinticinco miembros del CICR fueran suizos, porque “Suiza es un ejemplo de neutralidad”.<sup>38</sup> Obviamente es una defensa no convincente, pues no se comprende que una organización construida sobre Sociedades Nacionales de todo el mundo sea gobernada por un Ejecutivo compuesto exclusivamente de ciudadanos suizos.

Jacques Freymond analiza las actuaciones de la CR en las guerras y revoluciones y pone de manifiesto la falta de autocrítica del CICR, del que dice que ve como atentado a la CR y a los principios de neutralidad, imparcialidad e independencia de la misma las críticas dirigidas exclusivamente a los miembros del órgano de gobierno de la misma. La conocida actitud de quienes se protegen a sí mismos achacando a terceros que sus acusaciones dañan la imagen de la CR. No es infrecuente que en las organizaciones e instituciones cerradas los rectores trasladen interesadamente hacia sus personas el escudo protector que sólo debe dar seguridad a aquéllas. Critica el uso indebido y excesivo de la discreción por el CICR como arma arrojadiza contra las críticas y fundamento de la no rendición de cuentas, pues la discreción no siempre puede justificar la falta de explicación de sus actos y el mantenimiento de un velo sobre ellos. El CICR debe asumir responsabilidades y explicar lo que hace.<sup>39</sup>

Ahora bien, no obstante la existencia de estas críticas más propias de algunos estudiosos de la institución, la opinión pública en general valora po-

---

<sup>38</sup> J. PICTET, *La Croix-Rouge et les Conventions de Genève*, Recueil Sirey, París, 1950, p. 15.

<sup>39</sup> J. FREYMOND, *Guerres, Révolutions, Croix-Rouge, Reflexions sur le role du Comité International de la Croix-Rouge*, Institut Universitaire des Hautes Études Internationales, Ginebra, 1976. Las palabras del autor son concluyentes: “Los miembros del Comité Internacional consideran que toda crítica pone en peligro la neutralidad, la imparcialidad, la independencia del Comité Internacional”, p. 57.

sitivamente lo que significa y hace la CR a pesar de que mantiene sobre ellas una ignorancia generalizada, como comprueban encuestas realizadas con muestras de personas e instituciones. Como las llevadas a cabo por Richard Magat de las que deduce que “el conocimiento real que se tiene de la CR es remarcadamente escaso (faible)”.<sup>40</sup> El autor sostiene que las críticas se concentran en las personas que tienen algún contacto con la CR (un reducido número) y que éstas se traducen en los siguientes campos: a) falta de coordinación de la CR con otras organizaciones, b) falta de innovación de sus servicios prestados a la comunidad, c) indefinición de la extensión y límites de sus actividades. Finalmente en el apartado de consecuencias señala la necesidad de que la CR implemente métodos y esfuerzos para hacer llegar a la opinión pública lo que representa su historia, experiencias y objetivos, pues hay un fallo en la visión social de una institución que se merece mayor comprensión y conocimiento. Propone “una concentración de esfuerzos de comunicación y una coordinación mayor entre los órganos de la Cruz Roja”.<sup>41</sup>

Lo mismo podemos decir de las críticas a la AC, aún cuando en este caso la dimensión de la crítica es más extensa y tiene un mayor número de matices.<sup>42</sup> Se critica a la AC también por su idealismo desconocedor de la realidad y sus limitaciones, lo que conduce a la ineficacia. Pero la crítica va más allá y se adentra en las fatales consecuencias de la AC, ya que es imposible una cooperación con un enemigo acechante y que realmente no quiere cooperar, sino que espera vigilante que la otra parte del diálogo baje la guardia para asestarle un duro golpe. Por consiguiente la AC supone un proyecto peligroso además de utópico.

---

<sup>40</sup> R. MAGAT, *La Croix-Rouge telle qu'on la voit*, Comité pour la réévaluation du rôle de la Croix Rouge, Ginebra, 1976, p. 49.

<sup>41</sup> R. MAGAT, cit., 1976, p. 53.

<sup>42</sup> En un monográfico dedicado a la AC por la *Revista Internacional de Pensamiento Político* Ramón Soriano ha diseccionado y valorado las críticas a la AC en España, especialmente concentradas en el Partido Popular. Estas críticas se dirigen contra la AC por considerarla: a) proyecto utópico e ineficaz, b) exponente de un inapropiado concepto de civilización, c) materialmente inviable, d) formalmente inviable, e) incapaz por la contradicción de valores del Islam y Occidente en lo religioso, f) incapaz por la disparidad de valores del Islam y Occidente en el ámbito político, g) peligro para la paz mundial e incluso la perduración de la civilización occidental, h) envuelta en la reciedumbre del factor religioso que imposibilita la alianza, i) incapaz de superar el obstáculo de las identidades culturales (R. SORIANO, “La Alianza de Civilizaciones en España”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, núm 6, 2011, pp. 109-148).

Las críticas a la AC tienen un mayor calado que las dirigidas a la CR y se orientan en una gama de variadas dimensiones. Tuvieron inicialmente su caldo de cultivo en los países que se unieron en la guerra de Irak de 2003: Estados Unidos, Reino Unido y España. Los presidentes de estos tres países, vulgarmente conocidos en los medios de comunicación como el “Trío de las Azores”, pretendieron con la guerra de Irak dar un escarmiento a los terroristas islámicos y a los Estados que ayudaban al terrorismo islámico, los denominados Estados canallas o fallidos. Una alianza de los presidentes Bush, Blair y Aznar contra el terror islámico, que dos años antes, en 2001, había golpeado las entrañas de Estados Unidos destruyendo las torres de Nueva York e intentando destruir el Pentágono en Washington.

La propuesta de la AC es presentada en la Asamblea General de Naciones Unidas, un año después de la guerra de Irak, en 2004. Es lógico que cosechara la animadversión de los partidos políticos que apoyaron la guerra de los citados presidentes de los Gobiernos de Estados Unidos, Reino Unido y España.<sup>43</sup>

Pero hay que decir que las críticas han amainado con el transcurso del desarrollo de ambas organizaciones. Críticas iniciales que han ido perdiendo peso.

#### 4. LAS DIFERENCIAS ENTRE LA CRUZ ROJA Y LA ALIANZA DE CIVILIZACIONES

##### 4.1. Los sujetos o actores

Los sujetos de la CR son de carácter privado, pues la CR es una organización privada formada por voluntarias Sociedades Nacionales y las personas que deseen incorporarse a estas Sociedades. No son sujetos de la CR los Estados o instituciones políticas, por encima o debajo de los Estados. Los Estados han colaborado y colaboran con la CR, pero no son sujetos ni forman parte de ella. El hecho de que algunos representantes estatales sean miembros o participen de alguna manera en algunos organismos de la CR no le imprime un carácter estatal. Una de las críticas dirigidas a la organización ha

---

<sup>43</sup> Seleccione algunas publicaciones españolas críticas con la AC: G. ARISTEGUI, *Contra Occidente: La emergente alianza antisistema*, La Esfera de los Libros, Madrid, 2008; G. ARISTEGUI, *La yihad en España: la obsesión por reconquistar Al-Ándalus*, La Esfera de los Libros, Madrid, 2006; G. BUENO, *Zapatero y el pensamiento Alicia. Un Presidente en el país de las maravillas*, Temas de Hoy, Madrid, 2006.

tenido su base, como se ha indicado, en esta incorporación de representantes estatales a órganos de gobierno de la CR, que debería evitarse en pro de su independencia. Una organización muy subvencionada por los Estados, que por ello debería hacer un esfuerzo en favor de la visibilidad ciudadana de su independencia.

La AC por el contrario es una institución de carácter jurídico-internacional cuya base son los Estados, que forman los sujetos de la institución. Es primordialmente una institución de Estados, que han acudido a la llamada del secretario general de Naciones Unidas, tras la aprobación de la AC por la Asamblea general de Naciones Unidas. Esto no significa que solamente los Estados intervengan en la misma, pues en los Programas Nacionales de actividades de los Estados adheridos a ella participan tanto instituciones públicas como asociaciones privadas. En menor medida son sujetos instituciones supraestatales. Prueba de que los Estados son los sujetos más importantes de la AC es que en los Foros anuales de la organización participan de una manera destacada los representantes de los Estados que se han adherido a la AC.

## 4.2. Los objetivos y los medios

Ya hemos indicado que la paz es la finalidad de ambas organizaciones: una paz de dimensión planetaria, a la que se adviene tras la desaparición de las guerras (CR) o del terrorismo internacional (AC). Pero siendo la finalidad la paz difieren la CR y la AC en los objetivos inmediatos, que en último caso contribuyen a la creación y mantenimiento de la paz. Objetivos y fin entrelazados en una misma dirección y sentido, pues con los objetivos se alcanza el fin último.

Objetivo inmediato de la AC es el fin del terrorismo internacional, cuyo medio es el acercamiento, diálogo y cooperación de los pueblos, “el puente entre Occidente y el Islam”, al que se refería el presidente Rodríguez Zapatero cuando presentaba su proyecto ante Naciones Unidas.

Objetivo inmediato de la CR fue la regulación y limitación de las guerras. En ella no podemos hablar de un objetivo único sino de una serie de objetivos, que van apareciendo escalonados en el proceso de desarrollo de la organización. Pero siempre la paz es un objetivo de largo alcance y al que se llega en un proceso en el que es necesario acometer diversas actuaciones. Tras la segunda guerra mundial, las cuatro Convenciones de Ginebra, de 1949, suponen una extensión del arco protector de la CR a las poblaciones civiles en

las guerras. Progresivamente esta organización, a la vista de la experiencia atesorada, quiere ensanchar sus actividades llegando hasta allí donde la salud de las personas y los pueblos exija la colaboración y ayuda internacional: las hambrunas, las epidemias, las enfermedades nuevas... y junto a ello las actuaciones que conduzcan a la pacificación de los conflictos entre las naciones. Observando sus principios ético-jurídicos iniciales, como la neutralidad y la imparcialidad, de difícil aplicación en muchas ocasiones, pero intentando que la paz prevalezca.

Como conclusión de esta trayectoria hay que decir que la CR semeja más un movimiento que una organización bien definida con sus reglas definitivas. Los estudiosos coinciden en presentarla como una organización abierta y efectivamente así es si repasamos la diversidad de competencias y funciones que ha ido incorporando con el paso del tiempo y en respuesta a las nuevas necesidades de carácter humanitario.

### **4.3. El derecho regulador**

La AC es regulada por las normas de la Organización de Naciones Unidas, es decir, por el derecho internacional público que dimana de este organismo en relación con la AC. La CR es regulada por las normas privadas internas de esta organización, que derivan de sus principales órganos como las Conferencias internacionales y el Comité internacional de la CR. Las primeras constituyen una especie de "Legislativo" de la institución y el segundo una especie de "Ejecutivo" de la misma. Por consiguiente el derecho regulador de la AC tiene un carácter jurídico público internacional y el de la CR un carácter jurídico privado.

El derecho de la AC es básicamente el derecho de Naciones Unidas. Este derecho inicialmente se crea desde el momento que Naciones Unidas hace suya la propuesta del Gobierno español de promover una AC. Ésta nace internacionalmente con una aprobación de una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas. Tras la cual el Secretario General ha nombrado un Grupo de Alto Nivel para la elaboración de un informe y un Alto Comisionado. De ahí ha venido después el desarrollo interno de la AC en cada Estado miembro de la misma por medio de los Programas Nacionales de cada país. Los Estados van paulatinamente ratificando a la AC y desde ese momento generan una serie de normas propias de sus Programas Nacionales.

El derecho de la CR se ha producido en sentido contrario al indicado para la AC, pues inicialmente ha sido el derecho creado por una organización privada, es decir, el conjunto de Sociedades nacionales que iban conformando la CR con independencia de los Estados. Puede decirse que tras la creación privada del derecho de la CR posteriormente se ha producido una mutua influencia entre este derecho y el derecho internacional de Naciones Unidas, ambos obrantes sobre un mismo ámbito. J. Lossier habla de una convergencia, “convergencia entre la legislación de los derechos del hombre y el derecho de Ginebra”.<sup>44</sup> Es decir, la legislación de Naciones Unidas y el derecho de la CR, que tiene en Ginebra su sede principal. Desde luego el derecho inicial, el que se crea en las primeras resoluciones de las Conferencias internacionales y del Comité Internacional de la CR, donde la doctrina sitúa el origen del derecho humanitario, es anterior al derecho internacional de Naciones Unidas en el campo específico del tratamiento de los heridos y enfermos de las contiendas bélicas. A. Durand, buen conocedor de los orígenes de la CR y sus primeros desarrollos, era de la misma opinión a mediados del siglo pasado considerando que aquélla era una institución privada y de origen privado, al margen del derecho internacional positivo de Naciones Unidas –en el que después encontraría un reconocimiento formal–, y que su futuro seguiría siendo el de una institución social y no convencional: “la CR y su acción escapan todavía y por mucho tiempo a toda reglamentación convencional”.<sup>45</sup> Emplea Huber el término “convencional” en el sentido de convenio o tratado de Naciones Unidas. Constata la independencia mantenida a lo largo de los años tanto por el órgano de gobierno máximo de la CR, el Comité Internacional de la CR (CICR), como por las Sociedades Nacionales de la organización, aunque a éstas han ido prestando unidad las sucesivas Conferencias internacionales. De ambas instituciones, Comité y Sociedades Nacionales –afirma– muy lejanamente podría decirse que son reguladas por el derecho internacional de Naciones Unidas. Henri Coursier, al hacer un estudio analítico de lo que significa la CR, al plantearse el derecho de la organización, lo resume asegurando que su derecho no se apoya en un estatuto internacional como casi todos los organismos internacionales sino en las resoluciones elaboradas y aprobadas por las sucesivas Conferencias internacionales anuales.<sup>46</sup> Un derecho disperso que en ocasiones se delimita

---

<sup>44</sup> A. DURAND, *Genève, la Croix-Rouge et les Droits de l'Homme, s/e.*, Ginebra, 1985, p. 28.

<sup>45</sup> M. HUBER, *Principes, tâches et problèmes de la Croix-Rouge dans le droit des gens*, CICR, Ginebra, 1944, p.13.

<sup>46</sup> H. COURSIER, *cit.*, 1952, p. 47.

y se sistematiza, de lo que es un claro ejemplo el proceso de elaboración de los principios de la CR. Estos principios fueron construidos por las resoluciones de las citadas Conferencias. El Consejo de Gobernadores de la Liga de Sociedades Nacionales de la CR adoptó en 1946 una extensa resolución consagrada a los principios, que fue confirmada por la XVIII Conferencia internacional de 1952, celebrada en Toronto. Las Sociedades Nacionales de la CR constituyeron una Liga con un Consejo de Gobernadores al frente formado por un gobernador de cada Sociedad Nacional. Este Consejo tiene como función proponer proyectos de resoluciones a las Conferencias internacionales de la CR.

#### 4.4. La duración y permanencia en el tiempo

La AC es una institución de Naciones Unidas de muy corta existencia, pues es propuesta por el presidente español Rodríguez Zapatero en 2004 ante la 59ª Asamblea General de Naciones Unidas, como contrapunto a la Guerra de Irak y sus consecuencias –los atentados terroristas–, iniciada en marzo de 2003 por el presidente estadounidense George Bush. En tan poco tiempo la AC ha crecido enormemente, como muestra el número de Estados adherentes y de representantes estatales asistentes a los Foros anuales de la misma. Pero, a pesar de su éxito y generalizada aceptación, no puede ofrecer la estabilidad y seguridad que concede la larga permanencia en el tiempo. La AC surge con el propósito de abrir un diálogo entre el mundo occidental y el mundo musulmán en momentos difíciles y tensos de sus relaciones, lo que hace que la vida de la AC dependa del sentido y alcance de tales relaciones. Quiero decir que es una institución que ha estado y seguramente va a estar marcada por los criterios políticos y la política internacional. Ya en sus inicios encontró, como se ha indicado, la crítica de los Gobiernos de Estados Unidos, Reino Unido y España, los mismos que formaron el conocido *Trío de las Azores*, pues en estas islas se reunieron los presidentes del Gobierno de estos países –Bush, Blair y Aznar– momentos antes del inicio de la guerra de Irak. No podemos apostar claramente por el futuro de la AC. Por otro lado, es una institución de Naciones Unidas y necesita de su respaldo para seguir avanzando y conseguir estabilidad y permanencia. Y todos sabemos que Naciones Unidas es una difícil componenda de intereses encontrados.

En cambio la CR es ya una sólida y extensa organización, de gran prestigio, con una enorme red de colaboradores y financiación, pública y privada, y una vida de 150 años. No tiene punto de comparación con la efímera exist-

tencia de la AC. Ha durado y seguramente durará largo tiempo, siendo sus propósitos más estables y menos susceptibles de sumisión a las coyunturas políticas que los de la AC. Ayudar a los colectivos necesitados es una misión menos criticable desde las instancias del poder, siempre que la CR guarde y aplique celosamente sus principios, especialmente los de imparcialidad, neutralidad e independencia, lo que no siempre observa y crea el rechazo de algunos Estados.

## 5. CONCLUSIONES

Respondo a la hipótesis central de este trabajo formulada en la introducción: si hay una identidad de caracteres entre la CR y la AC y, si no es así, cuáles son los principales nexos y diferencias entre ambas.

Son organizaciones humanitarias y solidarias cuyo fin último es la paz entre los pueblos y culturas, luego forzosamente tienen que compartir caracteres y así lo hemos desvelado en nuestro trabajo. En efecto ambas organizaciones nacen desde la fuerza de un hecho originario que conmociona a sus actores: la batalla de Solferino en la CR y los atentados terroristas y la guerra de Irak en la AC. Dos hechos nada propicios para la paz en el mundo. También persiguen como finalidad principal la paz entre pueblos y culturas, aún cuando este fin está más nítido en la AC que en la CR (que desarrolla una serie de actividades que conjuntamente tiene por objeto la paz) Ambas se configuran por el impulso inicial de sus fundadores oponiéndose a serios obstáculos y consiguen que la resistencia inicial dé paso a su consolidación y éxito final. Ambas también sufren duras críticas: la AC en sus inicios, la CR en todo su proceso, más fuertes las críticas dirigidas a la primera que las de la segunda. Las críticas a la AC son más de fondo, pues se refieren a su idealismo e ingenuidad, que da como resultado el riesgo de pactar con peligrosos fanáticos. Las críticas a la CR son más bien de carácter organizativo y procedimental: al carácter cerrado de sus órganos rectores y a la poca transparencia y receptividad a la crítica ajena. También ambas organizaciones son producto de la voluntariedad de sus miembros. La CR se construye por la voluntaria adhesión de las Sociedades Nacionales constituidas por miembros que voluntariamente forman parte de las mismas. La AC se forma por la adherencia de los Estados y en segundo lugar de organizaciones supraestatales, regionales y mundiales, organizaciones privadas y la sociedad civil.

Por lo tanto podemos decir que el hecho originario, el impulso de los fundadores, los obstáculos iniciales y la consolidación y éxito final en su evolución, las críticas ajenas y la voluntariedad son notas comunes a la CR y la AC.

Pero, no obstante estas evidentes semejanzas, ambas organizaciones se distancian en algunas notas. Y así CR y AC difieren en los sujetos o actores principales: la sociedad civil de la que dimanaban las Sociedades Nacionales en la primera, los Estados y otras organizaciones supraestatales en la segunda. También se separan en los objetivos concretos. En la CR hay una diversidad de objetivos que van apareciendo conforme evoluciona y sus órganos rectores y Sociedades Nacionales van sintiendo la necesidad de que extienda su acción protectora, preventiva o reparadora, a nuevos colectivos y situaciones: militares heridos en campañas bélicas, refugiados, población civil como efecto colateral de las guerras, epidemias, cataclismos, etc. La AC ha tenido muy corta vida para evolucionar como la CR y así su objetivo único por ahora es la paz internacional teniendo como frente de batalla el terrorismo. También les separa el derecho regulador, como corresponde a dos organizaciones que se mueven en la esfera privada y pública. La CR es regulada por el derecho privado de sus asociaciones y órganos rectores. Su derecho principal es el elaborado en sesiones anuales por las Conferencias internacionales, que forman una especie de "Legislativo" de la organización, y en segundo lugar por el CICR, que viene a ser el "Ejecutivo" de la misma. El derecho regulador de la AC presenta un carácter jurídico-público-internacional. Es creada por una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas y desarrollada por la secretaría general de este organismo internacional, de quien dimana el Grupo de Alto Nivel y el Alto Comisionado, cuyos informes precisan los objetivos de la AC, destacando los Programas Nacionales de Acción producto de los Estados adheridos a la AC. Pero lo que más llama la atención a la opinión pública –lo que destacaría cualquiera bote pronto al ser preguntado– es la diferencia de edad enorme de ambas organizaciones. Siglo y medio dura ya la CR. Apenas ha nacido, en 2004, la AC. Tenemos ya una dilatada perspectiva histórica para examinar y valorar a la CR, pero apenas disponemos de tiempo para hacer lo mismo con la AC. Una cosa sí es cierta: que a pesar de su corta antigüedad la AC presenta ya una gran solidez y un altísimo número de Estados que la apoyan, aunque no podemos vaticinar sobre su futuro y si llegará a ser tan longeva como la CR.

A la vista de semejanzas y diferencias podemos colegir finalmente que es mucho más lo que las une que lo que las separa. Hay una diferencia enor-

me entre lo que les asemejan comparado con lo que las distancian. Repare el lector en la sustancialidad de las características que unen a la CR y la AC, especialmente su finalidad, apoyo y éxito obtenidos. Frente a estas cualidades poco importa que difieran por la naturaleza de sus sujetos principales, el derecho regulador, objetivos concretos dentro de la misma finalidad o fecha de nacimiento.

MARÍA LUISA SORIANO GONZÁLEZ  
*Departamento de Derecho Público*  
*Universidad Pablo de Olavide*  
*Carretera de Utrera, Km. 1*  
*41013 Sevilla*  
*e-mail: mlsorgon@upo.es*

## CRITERIOS DISTRIBUTIVOS MIXTOS: IGUALDAD EQUITATIVA Y MAXIMIN\*

MIXED DISTRIBUTIVE CRITERIA: FAIR EQUALITY AND MAXIMIN

CRISTIÁN AUGUSTO FATAUROS  
Universidad Nacional de Córdoba – Conicet

Fecha de recepción: 27-3-14

Fecha de aceptación: 3-7-14

**Resumen:** *Si asumimos que los bienes sociales deberían ser distribuidos igualitariamente podría presentarse un problema para teorías mixtas como la de John Rawls, la cual utiliza diferentes criterios: igualdad estricta, igualdad equitativa y prioridad. Este trabajo esclarece la idea de equidad, premisa normativa de la justicia rawlsiana y replica dos críticas sobre la noción de maximin. Se sostiene que la distribución de oportunidades sociales no debería evaluarse según el criterio maximin y que las diferencias económicas permitidas no están asentadas sobre una noción de necesidades humanas sino sobre la noción de equidad. Por lo tanto, las desigualdades permitidas son menos amplias de lo que los críticos sostienen y están fundadas en consideraciones diferentes.*

**Abstract:** *If we claim that liberties, opportunities and economic goods should be distributed equally a problem for mixed theories of justice, such as John Rawls', arises, because Rawls implements different distributive criteria, i.e., strict equality, fair equality and priority. This paper clarifies the idea of fairness which constitutes the normative premise of Rawls's theory of justice and replies two criticisms that converged on the notion of maximin. It is argued that the distribution of social opportunities should not be evaluated by the maximin criterion and economic differences allowed by maximin are not grounded on a notion of human needs but on the notion of fairness. Therefore, permissible inequalities are less extensive and based on different grounds.*

---

\* Agradezco al Profesor Hugo O. Seleme por sus observaciones y críticas a las ideas expuestas. Agradezco también a la Comisión Europea, cuya financiación mediante el Programa Erasmus Mundus ARTESS me permitió finalizar este trabajo, y al Departamento de Ciencias Políticas de la *Universidad de Aarhus*, Dinamarca, en donde encontré un grupo de profesionales generosos y cordiales.

**Palabras claves:** igualdad, antidiscriminación, eficiencia, desaventajados  
**Keywords:** equality, anti-discrimination, efficiency, disadvantaged

## 1. INTRODUCCIÓN: ¿CÓMO SE REGULA LA DISTRIBUCIÓN DE OPORTUNIDADES Y RIQUEZAS EN UNA SOCIEDAD BIEN ORDENADA?

La teoría de la justicia rawlsiana es conocida por haber introducido una diferencia en los criterios que se utilizan para distribuir los bienes producidos mediante la cooperación social. Esto significó introducir sistematicidad en la pluralidad de intuiciones particulares y generales que caracterizaba al *Intuicionismo* y eliminar la posibilidad de que las personas pudiesen ver sacrificados sus planes de vida en aras del Bienestar General promovido por el *Utilitarismo Clásico*. La novedad puede apreciarse tanto en su metodología como en su elegante formulación: la sociedad produce diferentes bienes cuya distribución se regula mediante dos principios subordinados de manera lexicográfica. Es así como la concepción política de justicia rawlsiana (en adelante *Justicia como Equidad*) se descompone en un primer principio: a) *principio de la igual libertad* y un segundo principio subdividido en dos: (b1) el *principio de la igualdad equitativa de oportunidades* y (b2) el *principio de la diferencia*.

Otra característica novedosa del sistema axiomático rawlsiano es que el principio de igualdad de oportunidades es interpretado a la luz de un criterio de equidad. En este sentido, Rawls se aparta de la interpretación ortodoxa que entiende al principio de la igualdad de oportunidades como la anti-exclusión de la movilidad social<sup>1</sup> o como una mera exigencia anti-discriminatoria<sup>2</sup>. En la concepción "ortodoxa" los cargos deben estar disponibles para las personas más talentosas y mejor motivadas. Esto garantiza, *imparcialidad* en la selección basada en el mérito y mayor *eficiencia* en la asignación de roles y distribución de ingresos y riquezas. De este modo, un esquema institucional en el que se garantiza imparcialidad y eficiencia presentaría una solución posible al problema de mitigar la arbitrariedad en la distribución de cargas y beneficios.

En la interpretación rawlsiana la igualdad de oportunidades no debe ser meramente formal, sino que debe funcionar para garantizar que las expectativas económicas y sociales del grupo más desaventajado sean las más altas

<sup>1</sup> W. KYMLICKA, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 57-59.

<sup>2</sup> R. J. ARNESON, "Against Rawlsian Equality of Opportunity", *Philosophical Studies*, núm. 93 vol. 1, 1999, pp. (77-112) 77 y ss.

posibles. Esta tarea no puede llevarse a cabo sin que exista un marco institucional que, además de garantizar el acceso meritocrático a los cargos y posiciones sociales, garantice una chance *equitativa* para todas las personas. La protección formal de la igualdad de oportunidades es incapaz de perdurar en el tiempo y la distribución muy probablemente sea afectada por los efectos acumulativos de la distribución contingente de talentos y posiciones sociales<sup>3</sup>.

Es necesaria una interpretación más igualitaria porque la eficiencia no es lo más importante en el diseño institucional de una sociedad justa. Además de ser eficiente debe garantizar una distribución equitativa. Si, por ejemplo, se restringiera el acceso de ciertas personas a ciertos cargos, aunque se garantizara que el sistema institucional atrajera a los más talentosos, la igualdad de oportunidades no sería equitativa. Incluso aunque las personas excluidas obtuviesen un incremento en sus beneficios económicos, éstas podrían rechazar un esquema institucional de este tipo. Además de ser privados de recompensas sociales tales como el prestigio y los mayores ingresos y riquezas vinculados al acceso a un puesto laboral calificado, serían privados de la recompensa interna que supone participar en cumplimiento de *un deber social*<sup>4</sup>. En otras palabras, una persona que es excluida de antemano del acceso a ciertas posiciones, aunque se beneficie económicamente, no es tratada como libre e igual. Las ideas fundamentales que subyacen a la necesidad de una interpretación es que “todos los ciudadanos deben ser tratados con igual consideración y respeto” y también que “cada persona debe tener la oportunidad de participar en la cooperación social con el objetivo de beneficiarse recíprocamente”. En este sentido el rol de la igualdad equitativa de oportunidades (IEOp) es fundamental para establecer un esquema institucional que funcione como un procedimiento de *justicia procesal pura*. Las porciones distributivas serán determinadas independientemente de las particulares circunstancias y contingencias que afecten a las personas<sup>5</sup>.

Ahora bien, ¿qué condiciones debe satisfacer el esquema institucional para establecer una IEOp? La respuesta implica diseñar instituciones en don-

---

<sup>3</sup> J. RAWLS, *A Theory of Justice. Revised Edition*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1971-1999, pp. 64-65.

<sup>4</sup> *Ibid*, p. 73.

<sup>5</sup> *Ibid*, p. 76. Esta idea expresa la noción de justicia procesal pura, en la cual, por oposición a la justicia procesal perfecta y a la justicia procesal imperfecta, no existe un criterio independiente para evaluar la justicia de los resultados más allá de ser el producto necesario de un procedimiento que se considera justo.

de el único criterio de justicia aceptable es su funcionamiento apropiado<sup>6</sup> y la determinación de los objetivos sociales legítimos y con referencia a los cuales debemos diseñar las instituciones, en particular las instituciones económicas<sup>7</sup>. Una sociedad en la que se satisface el principio de igualdad de oportunidades equitativas debe implementar:

- a) inversión de capital, sostenida en el tiempo, en hospitales, bibliotecas y escuelas.
- b) un sistema de iguales oportunidades educativas y culturales para las personas similarmente dotadas y motivadas.

Además se debe asegurar y proteger:

- c) la igualdad de oportunidades en las actividades económicas y asegurar que exista cierta libertad al momento de elegir un empleo.

Estos diferentes objetivos exigen intervenir en la dirección de la conducta de las empresas privadas y de los individuos, mediante políticas de incentivos y desincentivos, desgravaciones y beneficios impositivos, oferta de subsidios estatales, y por supuesto medidas tendientes a evitar los monopolios que incluyan la persecución penal de prácticas comerciales desleales. Asimismo se debe garantizar:

- d) una provisión mínima de bienes sociales.

## 2. LA IGUALDAD EQUITATIVA DE OPORTUNIDADES DESAFIADA

¿Podría ocurrir que el hecho de invertir recursos para garantizar la igualdad equitativa de oportunidades provoque la disminución de los recursos y de las posibilidades de maximizar las expectativas de las personas del grupo menos aventajado? A continuación analizaremos, ésta y otras objeciones

<sup>6</sup> Precisamente ésta característica define y distingue a la concepción de *Justicia como Equidad* de las concepciones de la *justicia como asignación de recursos*. El primer tipo de concepción toma como objeto de evaluación el *esquema institucional*, y evalúa si dicho sistema es equitativo. Las concepciones del segundo tipo toman como objeto de evaluación la *distribución resultante*, juzgando irrelevante el *modo* en que esa distribución acaece y deja fuera de la evaluación la *producción de bienes* como un sistema de actividad de *cooperación recíproca*. En la concepción de *Justicia como Equidad* el esquema institucional que distribuye los bienes, determina *qué* se produce, *cuánto* se produce y *cómo* se produce, *Ibid*, p. 76.

<sup>7</sup> Peter Vallentyne argumenta que la evaluación sobre la justicia del esquema institucional tributario debe realizarse a la luz del uso que se le dé a los fondos recaudados. Su argumento pone de manifiesto una relación profunda entre la función recaudatoria y el propósito de dicha función, aunque se discute si podría aceptarse como legítimos los objetivos puramente distributivos, véase P. VALLENTYNE, "Taxation, Redistribution and Property Rights", en A. MARMOR (ed.) *Routledge Companion to Philosophy of Law*, Londres, Routledge, 2012.

que han sido presentadas en contra del principio de la igualdad equitativa de oportunidades. Consideraremos las críticas en la versión presentada por Richard Arneson en “*Against Rawlsian Equality of Opportunity*”<sup>8</sup>.

Arneson critica al principio rawlsiano de igualdad equitativa de oportunidades, y propone una reformulación. En primer lugar, sostiene que debería abandonarse su prioridad frente al principio de la diferencia. En segundo lugar, sostiene que la única justificación admisible para fundamentar la igualdad equitativa de oportunidades es instrumental y por lo tanto puede ser dejada de lado cuando no sea necesario. Esto quiere decir que deberíamos garantizar la igualdad de oportunidades siempre y cuando pueda ser considerada un *medio* necesario para maximizar la porción distributiva de los menos aventajados. Seguidamente reconstruimos sus principales argumentos.

### 1.1. La importancia relativa del principio de igualdad equitativa de oportunidades

#### 1.1.1. Se permite la desigual formación de ambiciones

En primer lugar, el principio parecería no tener en cuenta que el proceso de formación de ambiciones de una sociedad puede ser profundamente desigual. Por ejemplo, si la formación de ambiciones está influenciada por una cultura racista o que discrimina en base al género, las mujeres o el grupo racial segregado no tendrá las mismas ambiciones que los demás y por lo tanto, nunca competirán para acceder a los puestos más calificados, incluso aunque tengan la oportunidad de hacerlo. Esto quiere decir que el principio no garantiza *igual* acceso, sino meramente iguales oportunidades (formales). Una sociedad justa debería garantizar que las personas tengan igualdad de oportunidades en la selección de sus planes de vida<sup>9</sup>.

Creo que la réplica rawlsiana a esta objeción debería afirmar que la justicia o injusticia de una sociedad no se predica de sus normas culturales sino de sus normas institucionales. En otras palabras, al ser la justicia una virtud de las instituciones, no se evalúa la cultura de la sociedad más allá de si respeta los derechos y libertades ciudadanas. El *principio de igualdad equitativa de oportunidades* funciona garantizando una estructura institucional *contextual*

---

<sup>8</sup> R. J. ARNESON, “Against Rawlsian Equality of Opportunity”, *Philosophical Studies*, núm. 93 vol. 1, 1999, pp. 77-112.

<sup>9</sup> *Ibid*, pp. 78-79.

que mitiga la influencia de: a) contingencias sociales, y b) contingencias naturales. ¿Debería mitigar también las contingencias *culturales*? Una modificación posible del principio de igualdad equitativa de oportunidades podría añadir la condición de que la educación y el proceso de socialización de las personas garanticen que la formación de ambiciones sea acorde con la idea de ciudadano libre e igual. Esto implicaría educar a los futuros ciudadanos de manera que conozcan los derechos y obligaciones que las instituciones les garantizan. Pero no dejaríamos de situarnos en el contexto institucional político de una sociedad.

Alguien podría argumentar que esto supone un cierto fetichismo por las instituciones cuando en realidad lo que debería importar es que tipo de condiciones sociales son necesarias para satisfacer los principios de justicia y entonces acomodar las instituciones para alcanzar dichas circunstancias<sup>10</sup>. Una respuesta posible a esta réplica sería interpretar la noción de estructura básica de tal manera que considere a las instituciones como *instrumentos* para lograr las condiciones sociales que convierten a una sociedad en justa. Esta respuesta, aunque implica retroceder hasta la noción de estructura básica, permitiría interpretar la igualdad equitativa de oportunidades de manera amplia. Así, no sólo sería necesario que las instituciones tengan en cuenta cuáles son las condiciones sociales en las que operan sino que además deben tener como parámetro lograr que ocurra un cierto estado de cosas<sup>11</sup>.

### 1.1.2. *No se admiten discriminaciones moralmente admisibles*

En segundo lugar, el principio de igualdad equitativa de oportunidades no dejaría lugar para admitir discriminaciones que son moralmente correctas. Si el fundamento del principio de igualdad equitativa de oportunidades es el ideal de no discriminación, tal como sostiene Arneson, entonces podremos distinguir las discriminaciones correctas de las incorrectas. Las discriminaciones que son moralmente admisibles, por ejemplo, son aquellas que no

---

<sup>10</sup> M. RONZONI, "What Makes a Basic Structure Just?", *Res Publica*, núm. 14 vol. 3, 2008, pp. (203-218) 209.

<sup>11</sup> Creo que la respuesta concede demasiado pero creo que funciona para defender el principio de la igualdad de oportunidades. En otra parte he desarrollado los argumentos por los que la interpretación de la estructura básica como algo diferente de la situación social que las instituciones producen es incorrecta. Véase "La Justicia Distributiva y la Relevancia Moral de la Suerte", tesis doctoral presentada para su evaluación en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Febrero, 2014.

están motivadas por odio o intolerancia u otros motivos y actitudes hostiles que perjudican a los sujetos discriminados, porque hacen su vida más costosa<sup>12</sup>. De este modo, el principio de la igualdad equitativa de oportunidades debería dejar su lugar a un *principio de no discriminación injusta*.

En mi opinión, esto también es incorrecto. Si las mujeres de una determinada religión desean ser atendidas por un médico ginecólogo de la misma religión, no existe una discriminación incorrecta, incluso en el caso en que esto provocase un costo significativo en las vidas de ciertos ginecólogos que no son de esa religión. Lo mismo sucedería si no existiese un ginecólogo de la religión de la paciente. Su vida sería más difícil, pero eso no significa que ella está siendo discriminada. Del mismo modo, no existe discriminación incorrecta en el caso que las mujeres sólo prefieran ser atendidas por ginecólogas mujeres. Por ello, incluso aunque una discriminación tuviese el efecto de hacer más costosa la vida de alguien, no necesariamente por este hecho se convierte en moralmente incorrecta. Lo que hace moralmente inadmisibles una discriminación la violación de derechos y libertades.

1.1.3. *Es incorrecto que el principio de la igualdad de oportunidades tenga prioridad sobre la distribución de bienes económicos*

Según Arneson, el respeto por la prioridad de la igualdad equitativa de oportunidades ordenaría invertir recursos educativos para igualar las oportunidades de éxito de una persona en el segundo decil de ingresos y que tiene los mismos talentos que una persona que está en el primer decil de ingresos. Dado que ambos tienen los mismos talentos y las mismas ambiciones deberían tener oportunidades que les permitan obtener los mismos ingresos. Esto parece injusto con los individuos de los deciles más bajos que son menos talentosos, ya que podrían obtener un incremento en sus ingresos si se implementase un sistema contribución impositiva y transferencias que distribuyesen estos recursos. Incluso el argumento parece tener implicaciones más extremas. El principio de igualdad equitativa de oportunidades podría ordenar la inversión de recursos para que las personas talentosas se beneficiaran más dejando completamente de lado a las personas sin talentos que están en el decil de los que menos ingresos obtienen. Debido a que el principio impone una exigencia tan estricta, su satisfacción no permitiría satisfacer

---

<sup>12</sup> R. J. ARNESON, "Against Rawlsian Equality of Opportunity", *Philosophical Studies*, núm. 93 vol. 1, 1999, pp. 77-112.

el principio de la diferencia, y por eso deberíamos abandonar la prioridad de la igualdad equitativa de oportunidades<sup>13</sup>.

Arneson presenta un dilema en donde: 1) o bien se satisface el principio de igualdad equitativa de oportunidades y se deja sin satisfacer el principio de la diferencia, con la consecuencia de que se deja a los que están en la posición más baja en una posición peor; 2) o bien se satisface el la diferencia (PD) y se deja insatisfecho el principio de la igualdad equitativa de oportunidades. Según Arneson, Rawls recomendaría la opción 1, y esto parece contra-intuitivo si consideramos la posición de los que están peor. La conclusión de su argumento es que la prioridad de igualdad equitativa de oportunidades lleva a resultados contraintuitivos y por ello debe abandonarse<sup>14</sup>.

## 1.2. Argumentos en contra del principio de la igualdad equitativa de oportunidades

### 1.2.1. *El sesgo meritocrático*

Al establecer que los puestos deben estar disponibles según el talento de las personas, el principio de la igualdad equitativa de oportunidades se ve comprometido con un principio meritocrático<sup>15</sup>. Esta condición considera a los talentosos merecedores de oportunidades para acceder a los puestos en los que los ingresos son más elevados. Sin embargo, en la visión de Arneson, la discriminación por talento y capacidad natural expresa el mismo tipo de arbitrariedad que cuando se discrimina a las personas por el color de piel. Tener un cierto color de piel o un determinado IQ son factores que están más allá del control del individuo. Si la discriminación racial es injustificada porque nadie es responsable por el color de piel que tiene, la discriminación basada en el talento es también injustificada, porque ¿cuál podría ser la razón por la que deberían recibir ingresos más altos los más talentosos si esto no genera que los miembros del grupo menos aventajados estén en una posición mejor?<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Ibid, pp. 79-80.

<sup>14</sup> Ibid, pp. 82-83.

<sup>15</sup> Ibid, p. 85.

<sup>16</sup> Ibid, pp. 83-89. El argumento se inclina por una interpretación robusta justificada en una concepción estructural de la igualdad. Para una discusión sobre como la concep-

### 1.2.2. *La prioridad de los menos aventajados*

Para determinar si una discriminación es moralmente admisible debemos tener en cuenta de manera prioritaria si esto mejora la posición de los que están peor. Si las instituciones que discriminan a las personas talentosas pero que no están en la peor posición, maximizan las expectativas de los menos aventajados, entonces esas discriminaciones son aceptables. Incluso aunque no cumpla con el principio de la igualdad equitativa de oportunidades. En cuyo caso, según Arneson, el PD admitiría cualquier discriminación socialmente productiva<sup>17</sup>.

### 1.2.3. *La justificación indirecta de la igualdad equitativa de oportunidades*

La igualdad equitativa de oportunidades al imponer la condición de que los cargos y puestos estén abiertos a las personas en base a los talentos, discrimina en base a una característica arbitraria. Pero, si la igualdad equitativa de oportunidades fuese un medio útil para satisfacer el principio de la diferencia, entonces podría estar justificada. Si esto fuese así, entonces, cualquier discriminación podría tener la misma justificación, siempre y cuando permita a la sociedad alcanzar objetivos valiosos que están vinculados con la justicia<sup>18</sup>.

## 1.3. **Síntesis de las críticas**

A modo de síntesis, Arneson arguye que los argumentos presentados por Rawls no justifican la prioridad del principio de igualdad equitativa de oportunidades frente al principio de la diferencia. Es más, los argumentos rawlsianos no justifican adoptar un principio de igualdad equitativa de oportunidades porque esto significaría aceptar que un principio meritocrático puede tener lugar dentro de la teoría de la justicia. Si la teoría considerase que el criterio más importante es la prioridad de los que están peor, en caso de conflicto, la igualdad equitativa de oportunidades no debería triunfar. El

---

ción estructural se apoya en un ideal de igualdad que excluye la subyugación, véase L. S. GROSMAN, *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, Librería, Buenos Aires, 2008, pp. 65-94.

<sup>17</sup> R. J. ARNESON, "Against Rawlsian Equality of Opportunity". *Philosophical Studies*, núm. 93 vol. 1, 1999, pp. 89-93.

<sup>18</sup> Ibid.

único caso en que se justifica una igualdad equitativa de oportunidades es cuando es considerada un medio útil para satisfacer la prioridad de los menos aventajados.

En primer lugar, estas objeciones parecen enfrentar a Rawls a un dilema: o bien el principio de la igualdad equitativa de oportunidades es infra-incluyente, y no permite condenar la discriminación cultural en la formación de las ambiciones, o bien es sobre-incluyente, y no permite distinguir discriminaciones que nos parecen correctas. Las discriminaciones que deben ser prohibidas son aquellas basadas en un “juicio negativo motivado por el odio racial, sexual o de género”.

En segundo lugar, la prioridad del principio de igualdad equitativa de oportunidades es injustificada porque en los casos de conflicto con el principio de la diferencia, no es claro que deba favorecerse la igualdad equitativa de oportunidades. Por el contrario, parecen existir razones para favorecer el PD y otorgarle prioridad a éste.

Finalmente, el argumento más fuerte afirma que dicho principio representa un compromiso con un principio meritocrático. Este compromiso implica una discriminación en base a características arbitrarias, y restringe injustificadamente la distribución de bienes y libertades y oportunidades para maximizar la situación de los que están en la peor posición. En todo caso, cualquier discriminación arbitraria podría estar justificada si redundaba en beneficios para los que están peor. Antes de responder a las críticas analizaremos otras objeciones que se han hecho debido a que las respuestas están vinculadas.

### 3. ¿PRINCIPIO DE MÍNIMO SOCIAL O PRINCIPIO DE LA DIFERENCIA?

De acuerdo con la teoría examinada, las instituciones de una sociedad deben asegurar que los ciudadanos tengan una provisión mínima de bienes sociales (incluidos bienes económicos). Este nivel mínimo de bienes comprende la satisfacción de ciertas necesidades básicas y un cierto nivel de bienestar, que no está condicionado por los vaivenes y contingencias del mercado laboral<sup>19</sup>. La manera de lograr este resultado es instrumentando transferencias específicas que se otorgan a los ciudadanos como resultado del funcionamiento conjunto de diversas políticas sociales.

---

<sup>19</sup> J. RAWLS, *A Theory of Justice. Revised Edition*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1971-1999, p. 244 y ss.

Una parte del ingreso total que compone la porción distributiva de cada ciudadano, es sustraída de la aplicación de reglas y preceptos comunes que rigen el mercado laboral. Para implementar institucionalmente este estándar es importante esclarecer si lo mejor es vehiculizar estas transferencias mediante un conjunto de políticas sociales o incorporar un principio de justicia que contenga un criterio de suficiencia específico. Cualquiera de estas dos soluciones se tropieza con el problema de determinar donde fijar el umbral de este estándar mínimo ya que dependerá del nivel socioeconómico de la sociedad en cuestión. Pero además también dependerá de los instrumentos de política social que sean más adecuados para alcanzar dicho objetivo. Así, puede ser útil un sistema de beneficios de asignación universal, o un sistema de impuestos negativos, que proporcione un reintegro impositivo a los grupos familiares, o un sistema de exenciones impositivas. También podría discutirse la opción de un sistema de ingreso básico universal incondicionado<sup>20</sup>.

Ahora bien, en la *Justicia como Equidad* esta provisión mínima de bienes sociales primarios es una exigencia que no deriva directamente de los principios de justicia sino de otras consideraciones. Su justificación reside en el hecho de que asegurar un mínimo de bienes parece la solución más racional y razonable para enfrentar el problema de las contingencias sociales y naturales. Dado que la posición social y los talentos naturales de las personas son distribuidos arbitrariamente, asegurarse una provisión de bienes sociales mínima es una propuesta que sería aceptable por cualquiera. Sobre todo porque las personas no conocen cuales son las contingencias que pueden afectarlas a lo largo de la vida y es preferible no arriesgar su propio futuro ni el de sus descendientes.

Aunque el resto del ingreso total, i. e., el salario laboral, sea determinado en un mercado competitivo e intervengan múltiples factores que las personas no controlan, si se asegura una provisión mínima de bienes sociales, se garantiza la satisfacción de *todos* los principios de justicia. Recordemos que para garantizar la satisfacción de todos los principios es necesario que las personas cuenten con bienes suficientes para ejercer sus capacidades morales ciudadanas. Veamos entonces si el estándar de mínimo social podría ser formulado en un principio de justicia que *reemplace* al principio de la diferencia.

---

<sup>20</sup> Una de las propuestas mejor articuladas es la de Phillipe Van Parijs, P. VAN PARIJS, "Why Surfers Should be Fed: The Liberal Case for an Unconditional Basic Income", *Philosophy and Public Affairs*, núm. 20, vol. 2, 1991, pp. 101-131, y P. VAN PARIJS, *Real freedom for all: What (if anything) can justify capitalism?*, Oxford University Press, New York, 1995.

### 3.1. Substituir el principio de la diferencia por un principio de mínimo social

La garantía de un nivel “satisfactorio” de ingresos y riquezas es una exigencia que deriva indirectamente de la aplicación conjunta de los principios de *Justicia como Equidad*. Tal como adelanté hace unos párrafos también podría discutirse si no sería preferible incorporar un principio de justicia que explícitamente estableciera un derecho a un nivel *mínimo de beneficios sociales*. Este principio podría sustituir al principio de la diferencia, el cual exige que las desigualdades económicas beneficien a los que están peor. Una vez que dicho principio fuera satisfecho se permitiría que los demás ingresos y riquezas se distribuyesen de la manera más eficiente posible.

El principio del *mínimo social*, reemplazaría al PD porque es más atractivo debido a que es menos exigente. En particular porque permite otorgar mayor importancia a consideraciones de eficiencia económica. Es así que, mientras que el PD es más exigente en términos de igualdad relativa, el principio de mínimo social permite desigualdades económicas más grandes aún. La razón de su menor exigencia es que sólo ordenaría asegurarse que todos alcancen un determinado estándar de igualdad absoluta.

Ahora bien, ¿por qué razón rechazaríamos el PD y aceptaríamos en cambio un estándar social mínimo garantizado por los principios de *Justicia como Equidad*? Según Jeremy Waldron, el razonamiento se apoya sobre las mismas consideraciones que utiliza Rawls, un argumento implícito y otro explícito<sup>21</sup>.

#### 3.1.1. Los argumentos basados en “la inseguridad respecto del futuro” y “la indeterminación del estándar social mínimo”

Si analizamos exegéticamente *A Theory of Justice*, el argumento implícito que justifica el PD se basa en la irracionalidad que representa la posibilidad de arriesgar el futuro propio y el de nuestros descendientes<sup>22</sup>. Para explicarlo mejor considérese que el PD está orientado a maximizar los ingresos de la posición más baja y esto lleva a que elegir dicho principio esté justificado porque la peor posición que podría resultar es lo más elevada posible. El PD sería elegido porque el peor resultado distributivo del *principio del mínimo social* puede ser *mucho peor* que el peor resultado distributivo garantizado por

---

<sup>21</sup> J. WALDRON, *Liberal rights*, Cambridge University Press, New York, 1993, p. 254 y ss.

<sup>22</sup> *Ibid*, pp. 254-255.

la aplicación conjunta de los principios de *Justicia como Equidad*. Por ejemplo, si la distribución  $\alpha$  tiene como resultados (a) \$ 10.000 y (b) \$ 5.000, y la distribución  $\beta$  tiene como resultados (a) \$ 15.000 y (b) \$ 4.000, la *Justicia como Equidad* se inclina por la distribución  $\alpha$  incluso aunque el mejor resultado de la distribución  $\beta$  (\$15.000) sea mucho mejor que el mejor resultado de la distribución  $\alpha$  (\$10.000).

El segundo argumento utilizado en defensa del PD es un argumento indirecto. La definición de un estándar mínimo social, o bien apela a intuiciones generales o bien apela al PD de manera implícita<sup>23</sup>. En el primer caso, si se apela a intuiciones generales sería mejor confiar en una concepción elaborada de manera exhaustiva, tal como lo hace *Justicia como Equidad*. En el segundo caso, si se apela de manera implícita al principio de la diferencia, entonces no existe un principio de justicia específico con un criterio de suficiencia mínimo<sup>24</sup>, sino que se utiliza de manera subrepticia la concepción de *Justicia como Equidad*. En cualquier caso, la determinación del nivel de estándar social mínimo parece apelar de manera inevitable a la concepción rawlsiana de justicia. De acuerdo con Rawls es tan probable que el PD y el principio del mínimo social coincidan que es mejor apelar al primero<sup>25</sup>.

Sin embargo, también podría ser el caso que otro principio estuviese en juego y que la única dificultad sea identificar cuál es. La estrategia de Waldron será precisamente ésta. Propondrá una definición diferente de la noción de mínimo social y mostrará que esta definición a la vez que es plausible debilita los dos argumentos ofrecidos con anterioridad. A continuación reconstruimos su estrategia.

### 3.1.2. La estrategia de las tensiones del compromiso

Waldron elabora su estrategia basándose en el argumento rawlsiano en contra de la aversión al riesgo. La *Justicia como Equidad* excluye la teoría de la elección racional a la hora de configurar la situación en que se eligen los principios de justicia. Esto es verdad, puesto que, según Rawls, la elección de los principios de justicia no debe ser vista como una elección llevada a cabo en una

---

<sup>23</sup> Ibid, p. 255.

<sup>24</sup> Sobre las dificultades para establecer el nivel mínimo propio de un criterio de suficiencia, véase P. CASAL, "Why Sufficiency Is Not Enough", *Ethics*, núm. 117 vol. 2, 2007, p. 102 y ss.

<sup>25</sup> J. WALDRON, *Liberal rights*, Cambridge University Press, New York, 1993, p. 256.

situación de incertidumbre. No sería racional aceptar que la distribución de las posiciones sociales, ni la distribución de los bienes económicos, estén sujetas al azar<sup>26</sup>. Por ello, la elección de los principios de justicia no debe ser configurada como una situación de elección racional bajo situaciones de incertidumbre.

Waldron afirma que a diferencia de un juego de póker, en el que la sucesiva distribución de cartas es azarosa, la situación en la que se eligen los principios de justicia es diferente porque la distribución de las cartas se produce de una vez y para siempre.

*“La característica de definitividad de la apuesta es crucial para el argumento de Rawls en su contra [i. e., en contra de la aplicación de la racionalidad de la teoría de los juegos a la posición original]”<sup>27</sup>.*

Waldron está interesado en el argumento de Rawls para rechazar el principio de mínimo social porque se apoya sobre consideraciones morales y no sobre consideraciones de racionalidad. Es decir, el argumento de la inseguridad respecto del futuro tendría su base en una premisa moral y no en una premisa de racionalidad prudencial. Es decir, el rechazo de un principio de mínimo social en conjunción con un principio de eficiencia estaría basado en que si uno lo acepta estaría apostando su futuro económico y el de sus descendientes. No es que sea irracional apostar, más bien es que sería irrazonable hacerlo.

El hecho de que sería irrazonable apostar el futuro propio y el de nuestros descendientes está conectado con lo que Rawls denomina *las tensiones del compromiso* (*strains of commitment*). La posición original representa una situación contractual en la que las partes acuerdan cuales son los principios de justicia y se comprometen a respetar este acuerdo. Si los principios de justicia elegidos incluyesen la posibilidad de que un resultado distributivo completamente desventajoso, entonces el compromiso con dichos principios podría

<sup>26</sup> J. RAWLS, *A Theory of Justice. Revised Edition*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1971-1999, p. 148.

<sup>27</sup> *“The one-off character of the gamble is crucial to Rawls’s argument against [the application of gaming rationality to the original position]”* J. WALDRON, *Liberal rights*, Cambridge University Press, New York, 1993, p. 258 (agregado propio). Sin embargo, creo que no es cierto que la idea de apuesta única y definitiva sea crucial para rechazar la aplicación de la racionalidad a la elección de la posición original. Como el mismo Waldron reconoce, Rawls intenta aclarar la estructura del problema de elegir los principios de justicia en la posición original. La posición original expresa los criterios de corrección fundados en la racionalidad, i. e., la motivación interesada de las partes, y los criterios de corrección fundados en la razonabilidad, i. e., las restricciones incorporadas por el velo de la ignorancia. En este punto véase H. SELEME, *Neutralidad y Justicia. En torno al liberalismo político de John Rawls*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 70-71.

no ser estable. En otras palabras, sería irrazonable comprometerse a aceptar un principio que incluye tener que vivir en condiciones de pobreza extrema. Según Waldron, en esta situación de pobreza extrema sería irracional mantener el compromiso asumido<sup>28</sup>.

El argumento de las *tensiones del compromiso* favorece al PD por sobre el principio del mínimo social. Pero, el *principio de mínimo social* podría ser aceptado, si el nivel mínimo garantizara recursos para ubicarse por encima de una situación de pobreza extrema. Si las personas pudieran asegurar que no caerán en la pobreza extrema, se fortalecería la estabilidad del compromiso y por ello, el *principio de mínimo social* gozaría de plena aceptación<sup>29</sup>. El modo de resolver la cuestión exige, según Waldron, evitar una definición *intuitiva* de un mínimo social. Una definición convincente de un estándar de mínimo social, aseguraría que dicho nivel se situara en un nivel que excluye las situaciones de pobreza extrema, pero permitiría negociar de buena fe sobre los demás principios de justicia a elegir.

Waldron refuerza su argumento con una premisa sobre la motivación de las partes en la posición original. Afirma que el nivel de recursos que garantiza el *principio de mínimo social* y el que garantiza el PD sólo podría converger si las partes estuviesen motivadas por el egoísmo y la envidia. De lo contrario, sostiene Waldron, si no se asume una motivación egoísta, el mínimo social y el PD no necesariamente deberían converger. El *principio del mínimo social* no sería tan exigente.

### 2.2.3. La pobreza extrema como necesidades insatisfechas

Como puede verse la fuerza persuasiva del argumento gira sobre la posibilidad de definir un nivel aceptable de mínimo social que evite la situación de pobreza de manera tal que no apele a intuiciones generales. La táctica de Waldron es apelar al lenguaje de las necesidades. Si las necesidades de algunos ciudadanos no fuesen satisfechas, probablemente dejarían de cooperar. En cambio si estas necesidades fuesen satisfechas, no existiría razón para que no cooperasen. De acuerdo con Waldron, si las necesidades básicas

---

<sup>28</sup> J. WALDRON, *Liberal rights*. Cambridge University Press, New York, 1993, pp. 259-261.

<sup>29</sup> "Being aware of the problem of the strains of commitment, they [the parties] should opt for a principle which fixes a social minimum just above that level of immiseration —whatever it is— which turns out, on the basis of the facts of social psychology, to be the level beneath which sacrifices of well-being cannot normally be expected from individuals without serious disaffection and discontent." Ibid, p. 262.

de la población estuviesen satisfechas, lo único que podría justificar que no se respeten los compromisos asumidos previamente, sería que las personas estuviesen motivadas por el egoísmo.

Waldron además arguye que la concepción de *Justicia como Equidad* no puede ofrecer una definición del mínimo social basado en las necesidades básicas. Los principios de *Justicia como Equidad* subrayan que el parámetro correcto para medir la posición distributiva de los ciudadanos es la posesión de bienes primarios sociales y no el bienestar. En consecuencia, no es posible que los principios de justicia de Rawls apelen a un umbral de suficiencia basado en la satisfacción de necesidades básicas. Si la motivación de las personas es evitar la pobreza extrema, no existe obstáculo para aceptar un principio de mínimo social que garantice precisamente eso. Sin embargo, afirma Waldron, si se pretende justificar la exigencia de un estándar de igualdad *relativa*, tal como lo propone Rawls, se necesitan argumentos adicionales que deberían apelar a motivaciones egoístas<sup>30</sup>.

### 2.3. Síntesis de la crítica

La crítica afirma que para la concepción de justicia rawlsiana, lo moralmente relevante es garantizar un mínimo de bienes económicos para cada persona. Sin embargo, Waldron señala que los argumentos ofrecidos por Rawls no justifican adoptar un estándar tan exigente como el PD. Si la justificación subyacente exige asegurar *que los compromisos puedan cumplirse* y que se mantenga la unidad social, el principio seleccionado en la posición original debería ser menos exigente. Los lazos sociales se rompen cuando se llega a situaciones de pobreza extrema, y esto muestra que lo moralmente relevante es la desigualdad absoluta. Si el principio de mínimo social pudiese asegurar un nivel de bienes suficientes para garantizar no caer en la pobreza extrema, entonces, el riesgo que se asumiría al elegir un principio de mínimo social en vez de un principio de la diferencia, no sería tan severo. Al no ser tan severo, el compromiso de quienes se encuentran en el nivel de suficiencia mínimo podría igualmente garantizarse.

---

<sup>30</sup> “...I do not think that we can argue in the same way for treating the situation of the least-favored group in society as a first charge on its resources irrespective of their actual level of well-being [...] Unless relative deprivation threatens social allegiance as much as abject deprivation [...] some other basis must be found for the extra egalitarianism of the rawlsian difference principle.” Ibid, p. 267.

#### 4. RESPUESTAS A LAS CRÍTICAS

Como hemos visto las críticas de Richard Arneson y Jeremy Waldron apuntan a diferentes elementos del segundo principio de justicia. Según Arneson lo más importante es otorgar prioridad a la situación de los que peor. Este criterio debe ser considerado supremo en la evaluación de un esquema institucional distributivo. En cambio, Waldron critica el PD y afirma que el argumento de las “*tensiones del compromiso*” no justifica las exigencias de dicho principio. Según su postura, la justicia debería garantizar un nivel mínimo de bienes sociales contenido en un principio de mínimo social cuyo criterio distributivo evite a las personas caer en la pobreza extrema.

La respuesta a estas críticas ayudará a esclarecer los presupuestos y las conclusiones prácticas que se derivan de la teoría de justicia rawlsiana porque aunque objetan diferentes elementos comparten el punto de partida y las premisas sobre las que Rawls apoya su concepción de *Justicia como Equidad*. En lo que sigue expondré la respuesta a estas críticas, haciendo hincapié en la idea de ciudadano libre e igual. Comenzaré analizando una respuesta a la crítica de Arneson en contra del principio de IEOp y en particular su objeción a la prioridad del principio. Como veremos a continuación, el principio de la IEOp tiene un impacto mucho más igualitario sobre las instituciones. La reconstrucción de Arneson supone exige maximizar la igualdad de oportunidades y la estrategia para satisfacer esta exigencia no permite compatibilizar la IEOp con la prioridad de los que están peor.

##### 4.1. La prioridad lexicográfica. Definición y justificación

Para responder a la objeción primero debemos explicar que significa que los principios de justicia deban satisfacerse en un orden de prioridad lexicográfico. La prioridad lexicográfica básicamente requiere que las exigencias contenidas en los principios, sean posible de satisfacer de manera serial. En este sentido, es necesario que las exigencias de los principios tengan una línea de corte para que una vez satisfechas las exigencias del principio de la igual libertad se continúe con las exigencias del segundo principio. Si el esquema institucional cumple con las exigencias de la igualdad de oportunidades equitativas, entonces recién ahí entra en juego la exigencia del principio de la diferencia. De no ser así, la concepción de la *Justicia como Equidad* no tendría ventajas sobre las concepciones de justicia intuicionistas, que no poseen un orden de prioridades ni una jerarquización de principios para resolver los

casos concretos. Una de los más importantes aportes de la teoría rawlsiana fue justamente superar las incertidumbres y el casuismo que afectaba a las concepciones intuicionistas<sup>31</sup>.

A menos que podamos determinar un punto de corte para la satisfacción de los principios, la prioridad sería inútil. Suponga que no fuese posible determinar cuándo se satisface la igualdad equitativa en el valor de las libertades políticas. Todos los recursos económicos deberían ser empleados con el fin de lograr esta igualdad y solo estaríamos en condiciones de determinar cuándo se viola la igualdad equitativa pero no cuando se satisface. En un caso como éste, los principios subsiguientes jamás tendrían aplicación<sup>32</sup>. Esto nos conduce hacia la conclusión de que a menos que sea posible determinar cuándo las instituciones garantizan una IEOP, la exigencia de beneficiar a los que están peor no podría tener aplicación. Esta restricción conceptual muestra la necesidad de que la configuración estructural del principio de IEOP permita determinar cuándo se logra su satisfacción y por lo tanto, cuando debe excluir una exigencia suficientista o una exigencia maximizadora. Para explicar esto veamos el siguiente ejemplo.

Suponga que los recursos educativos son distribuidos de manera tal que se trata de brindar iguales perspectivas de acceso a la cultura y de éxito profesional a las personas con igual talento y motivación. Este esquema institucional no necesariamente maximiza la posición de los que menos aventajados. Podría ser el caso que una distribución desigual de recursos educativos, es decir, que no garantice iguales perspectivas de éxito para los que son igualmente talentosos y están igualmente motivados, eleve la posición de los ciudadanos con los ingresos más bajos.

Es decir que puede ser que estemos ante un caso como el que presenta Arneson, y en el que el apartamiento de la IEOP eleve la perspectiva del índice de bienes primarios del grupo más desaventajado. Esto sería conflictivo si el principio de la IEOP exigiera incrementar la perspectiva de éxito y realización de una persona con un contexto familiar desaventajado económicamente pero que tiene la misma capacidad y talento que alguien que nació en una familia económicamente acomodada. Si el principio exigiese que estas dos personas tuviesen *exactamente* igual perspectiva de éxito profesional, en-

---

<sup>31</sup> W. KYMLICKA, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 53-54.

<sup>32</sup> J. RAWLS, *Justice as fairness: a restatement*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2001, p. 43.

tonces las instituciones deberían promover el incremento de las oportunidades de éxito incluso en contra de la prioridad de los que menos tienen y no son igualmente talentosos ni están igualmente motivados. Pero este conflicto surge de una interpretación extrema del principio de la IEOp. Bajo una interpretación tan extrema el principio también podría tener conflictos con el principio que distribuya bienes en base al mérito o con el principio que protege la autonomía familiar<sup>33</sup>.

Advertido de esta posibilidad, Rawls admite que el principio de igualdad de oportunidades podría tener una interpretación más débil que la ofrecida por la concepción de *Justicia como Equidad*<sup>34</sup>. Incluso se podría argumentar que los ciudadanos de una sociedad bien ordenada no aceptarían la prioridad del principio de IEOp. Porque la razón por la que elegirían un principio que distribuya oportunidades más allá de la igualdad formal podría ser que debe eliminarse cualquier desigualdad que afecte las bases del respeto por uno mismo<sup>35</sup>. Pero esta consideración no necesariamente justifica la prioridad del principio de IEOp. Podría exigirse, por el contrario, un principio prioritarista más abarcativo que justifique cualquier desigualdad en el acceso a cargos con la condición de minimizar la cantidad de personas que no alcanzan un estándar mínimo de calidad de vida<sup>36</sup>.

Además, el principio de IEOp tiene dos interpretaciones posibles que no son compatibles. Una interpretación posible exige igualar de manera *estricta* las oportunidades de éxito profesional y acceso a la cultura de dos personas con iguales talentos y ambiciones pero desiguales posiciones sociales, toda vez que sea posible. Esto debería hacerse incluso al costo de dejar de lado arreglos institucionales que podrían mejorar la posición de los ciudadanos que están peor. En esta interpretación el principio de IEOp contiene un criterio prioritarista que exige *maximizar* la igualdad. La segunda interpretación posible del *principio de IEOp* exige *igualar* de manera *equivalente* las oportunidades de los ciudadanos. En esta segunda interpretación el principio priori-

---

<sup>33</sup> E. RIVERA LÓPEZ, "Igualdad, Libertad y Mérito. ¿Valores en Conflicto?" en *El derecho a la igualdad: Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2007, pp. 91-106.

<sup>34</sup> J. RAWLS, *Justice as fairness: a restatement*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2001, p. 163, nota 44.

<sup>35</sup> T. POGGE, *John Rawls: his life and theory of justice*, Oxford University Press, New York, 2007.

<sup>36</sup> R. J. ARNESON, "Egalitarianism and Responsibility", *The Journal of Ethics*, núm. 3 vol. 3, 1999, p. 235.

tanista que exige distribuir hasta alcanzar un nivel *suficiente* de bienes para que tengan iguales oportunidades de no ver menoscabado el valor del respeto por sí mismos. Esta segunda interpretación es más comprehensiva en el sentido de que la igualdad a satisfacer es considerada desde el punto de vista de un bien primario que no es mensurable en términos económicos.

En mi opinión, Rawls no define el *principio de IEOp* de una manera estricta y por ello no tiene una interpretación exacta de lo que significa que alguien tenga una oportunidad *equitativa*. No obstante, sería correcto afirmar que el criterio de igualdad equitativa que regula la distribución de bienes sociales y culturales funciona por *aproximación*. Este modo de aplicar el *principio de IEOp* es análogo al funcionamiento de la igualdad equitativa en el respeto y garantía del valor de las libertades políticas. El tipo de igualdad requerida no es un criterio estricto y absoluto, sino que más bien *aproximativo y relativo*. Esto significa que la principal función del criterio de igualdad aproximada es excluir desigualdades groseras y sistemáticas. En consonancia con la idea de eliminar las desventajas económicas y sociales estructurales, la distribución de oportunidades debe asegurar a cada ciudadano una chance de acceder a mejores salarios y mejores posiciones sociales. La idea normativa subyacente es que el diseño institucional debe producir resultados distributivos *más igualitarios* que los que produce la igualdad formal de oportunidades. Esto no implica que cada individuo deba tener una chance de desarrollar la *misma y exacta* ambición que los demás individuos (es decir, no se soluciona el problema de la desigual formación de ambiciones que se mantiene en el plano extra-institucional de la cultura). Tampoco quiere decir que cada individuo deba tener un derecho a desarrollar sus talentos para tener una perspectiva de éxito profesional igual a la de cualquier otro individuo (es decir que tampoco se iguala a las personas poco talentosas y talentosas porque además de ser ineficiente, se violaría la igualdad).

#### 4.1.1. *Las medidas institucionales sistémicas que exige la equidad en las oportunidades*

Las instituciones que aseguran la IEOp tienen distintos objetivos y funciones específicas que operan como condiciones necesarias de un esquema institucional justo<sup>37</sup>. Dichas formas son necesarias porque satisfacen exigen-

---

<sup>37</sup> J. RAWLS, *A Theory of Justice. Revised Edition*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1971-1999, p. 243.

cias más específicas y garantizan ciertas condiciones sociales o económicas que son consideradas valiosas. De manera muy esquemática se enumeran las funciones que deben cumplir las instituciones exigidas por la concepción de *Justicia como Equidad*.

1) Asegurar mercados competitivos. Una de las principales funciones que deben cumplir las instituciones es la de asegurar la eficiencia económica.

Para ello son necesarios mecanismos que protejan el mercado de competencia perfecta, mediante el ajuste del sistema tributario, el otorgamiento de subsidios y beneficios sociales y la introducción de ajustes en el régimen jurídico de la propiedad privada<sup>38</sup>. El objetivo más importante de este conjunto de instituciones es excluir que la desmedida desigualdad económica de algunas personas pueda poner en peligro la eficiencia del sistema de competencia perfecta que se representa en el mercado de bienes y servicios. Dicho mercado necesita ser regulado para evitar las distorsiones en el manejo de algunos recursos públicos (salud, ambiente, recursos naturales) y de la falta de cooperación y organización para alcanzar objetivos comunes.

2) Fomentar el empleo. Otra función importante consiste en garantizar la libertad de empleo y la administración diligente de las finanzas públicas.

Para ello se intenta mantener equilibrada la demanda de trabajo, incentivando la producción y la radicación o creación de empresas. Por ejemplo, estableciendo zonas prioritarias y desincentivando la producción de ciertos artículos, o restringiendo los monopolios. Otra herramienta importante es la inversión pública para promover la generación de empleo. El objetivo aquí es evitar que por una suma de acciones individuales se produzcan ciertos resultados colectivos indeseados, como por ejemplo, la quiebra de un sector de la industria o el subdesarrollo de un mercado que tenga como resultado un aumento de la tasa de desempleo.

---

<sup>38</sup> Peter Vallentyne argumenta que la intervención mediante la recaudación tributaria sólo es incompatible con la idea de propiedad privada, si la propiedad se concibe de manera *totalmente* exclusiva. Es decir, si ser propietario significa tener un conjunto completo y exhaustivo de derechos, que incluyen el completo control del uso, el derecho de transferencia de una cosa y del derecho de indemnidad sobre cualquier pérdida. Pero lo discutible es, precisamente que la concepción correcta de la propiedad sea ésta. Puede dudarse que las personas tengan un derecho moral a la propiedad privada tan completo y exhaustivo. Si la respuesta es negativa, algunos sistemas tributarios pueden ser considerados moralmente aceptables. Véase P. VALLENTYNE, "Taxation, Redistribution and Property Rights", en A. MARMOR ed. *Routledge Companion to Philosophy of Law*, Routledge, Londres, 2012.

3) Satisfacer necesidades sociales. Los ciudadanos tienen demandas basadas en necesidades que no son tenidas en cuenta por un mercado competitivo y que deben ser satisfechas.

Aunque es evidente que la estructura institucional determina las porciones distributivas de manera global, es inaceptable que el ingreso total de una persona, dependa exclusivamente de un mercado competitivo de bienes y servicios. La satisfacción de los requerimientos fundados en necesidades, puede ser realizada mejor si se encarga dicha función a un tipo específico de instituciones que aseguren una distribución mínima de bienes económicos y sociales<sup>39</sup>. Esta distribución mínima puede ser realizada mediante asignaciones familiares, seguros de desempleo y enfermedad o de manera más sistemática mediante devolución o descuento de impuestos (impuestos negativos).

4) Distribuir equitativamente. Finalmente la última de las funciones que realizan las instituciones económicas es la de garantizar la igualdad en la distribución de los bienes económicos.

Esto, por ejemplo, se logra mediante la aplicación de tributos sobre las herencias, la limitación del derecho sobre los legados y la reconfiguración institucional del derecho a la propiedad privada. Ahora bien, el grupo de instituciones que se encarga de asegurar una distribución equitativa está dividida en dos partes que se ocupan de diferentes objetivos<sup>40</sup>. Ambas partes actúan en tándem, una parte asegura el *valor igual de las libertades políticas* y el *valor equitativo de las demás libertades básicas* y la otra parte asegura la *IEOp* y el *mayor beneficio para los menos aventajados*. De este modo, cada parte cumple un objetivo específico que se coordina para lograr un funcionamiento conjunto.

#### 4.1.2. Respuesta a la crítica formulada por Waldron

La noción de mínimo social que se defiende en *Justicia como equidad* no está basada en los argumentos que Waldron reconstruye. En primer lugar no está vinculada a la noción de necesidades sino a mejorar las expectativas de los que están en la posición más baja. En segundo lugar, el argumento de las *"tensiones del compromiso"* no revela que los ciudadanos romperán los lazos de la unidad social sino que no se verán tratados como personas con igual dignidad y que sus relaciones no estar basadas en términos de igualdad y

---

<sup>39</sup> J. RAWLS, *A Theory of Justice. Revised Edition*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1971-1999, pp. 244-245.

<sup>40</sup> Ibid, p. 278 y ss.

libertad. Es decir que la idea de ruptura de los lazos sociales no necesariamente se ve representada en la rebelión o revolución por incumplimiento del pacto social. Lo que se produce cuando se rompe el lazo social, es que se vulnera el ideal de reciprocidad mutua. Los principios de justicia que afirma la sociedad dejan de ser principios de justicia que todos aceptarían y por lo tanto no pueden verlos como propios. Explicaremos esta idea a continuación.

En el curso de su argumentación en contra de principios de justicia mixtos, diferentes de los principios de *Justicia como Equidad*, Rawls critica una concepción de justicia mixta que incluye un principio de la igual libertad, un principio de IEOP, pero no incluye un principio de la diferencia. En su lugar la distribución de bienes económicos y sociales se regula por un principio utilitarista restringido por un criterio de suficiencia que provee a una persona de un nivel mínimo de bienes suficientes<sup>41</sup>. Según este criterio, una vez que se satisface el nivel de recursos mínimos, la distribución se realiza del modo más eficiente posible. Rawls arguye que dicho criterio mixto de justicia padece diversos problemas. Uno de ellos se relaciona con el tema que nos interesa, i. e., el *principio del mínimo social*.

La concepción resultante dependerá de cómo y dónde se determine el umbral de satisfacción de la restricción impuesta por el *principio del mínimo social*. Por ello la pregunta que debemos hacer es la siguiente: ¿cuál sería un *principio de mínimo social* adecuado para restringir un principio de utilidad? Una exigencia de consistencia obliga a que las consideraciones en las que los principios se apoyan no sean contradictorias entre sí. El argumento de las tensiones del compromiso ilumina consideraciones que son apropiadas para justificar ambos principios. Tal como lo entiende Waldron, las personas no estarán dispuestas a comprometerse voluntariamente con un principio de utilidad irrestricto –porque además se aplica el argumento de la inseguridad respecto del futuro– pero sí pueden comprometerse con un principio de utilidad restringido de tal modo que se aseguren no caer nunca en una situación de pobreza extrema.

Esta manera de entender el argumento de las tensiones del compromiso está vinculada con la idea de necesidades humanas y una vez que dejamos fuera de las posibilidades la situación de pobreza extrema, no es necesario un mínimo más exigente. Sin embargo, es posible entender la idea de las tensiones del compromiso de otra manera. La idea básica es que el compromiso de los sectores más pobres puede quebrarse en dos sentidos diferentes: (a) porque las personas se sienten desplazadas y dispuestas a actuar violentamente para protestar por su condición; o (b) porque las personas se alejan de

---

<sup>41</sup> Ibid.

la vida política y se aíslan en un mundo privado<sup>42</sup>. En (a) las personas rechazan la concepción de justicia como opresiva, y en (b) son indiferentes y no reaccionan moralmente frente a las exigencias de los principios. No consideran que esos principios de justicia tengan valor para darles su apoyo.

En (a) el mínimo social hace referencia a tener lo suficiente para llevar adelante una vida humana decente. Precisamente esta es la manera en que Waldron entiende el argumento de las “tensiones del compromiso”. A las personas menos aventajadas les es debida una porción de beneficios sociales y económicos suficientes para que logren alcanzar un nivel mínimo de decencia. Las razones que justifican este esquema institucional no son de tipo prudenciales, sino más bien de tipo humanitarias. Los recursos distribuidos por el principio del mínimo social, apenas si son bienes económicos que son *suficientes* para que los necesitados estén por encima de un nivel de pobreza extrema, pero no son *suficientes* para que cada persona pueda poner en ejecución sus capacidades morales de ciudadano.

Rawls reconoce que Waldron tiene razón en señalar la posibilidad de definir un nivel mínimo de bienes sociales que son necesarios y suficientes para evitar que las personas no puedan satisfacer sus necesidades básicas. Sin embargo, en *Justicia como Equidad*, lo que se pretende es *maximizar* las perspectivas de ingresos económicos de los que están peor. Los beneficios económicos que serían distribuidos por el principio del mínimo social que defiende Waldron, persiguen el objetivo de paliar la situación de pobreza extrema y por ello no son considerados bienes sociales primarios.

Los bienes sociales primarios son propios de la cooperación social que es llevada adelante en una sociedad democrática de ciudadanos libres e iguales que son dueños de su destino común<sup>43</sup>. A menos que consideremos a la sociedad como una empresa cooperativa, los individuos que no tienen ningún vínculo entre sí, excepto como partes de una negociación en la que los principales motivos son el egoísmo y la auto-preservación, no pueden elegir principios que satisfagan el ideal de reciprocidad mutua que subyace a *Justicia como Equidad*. Como lo expresa Rawls:

*“Esperamos que ni siquiera encontrarse en la peor situación les impida [i.e., a los ciudadanos libres e iguales] introducirse en el mundo público y verse a sí mismos como miembros plenos, una vez que comprenden los idea-*

---

<sup>42</sup> J. RAWLS, *Justice as fairness: a restatement*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2001, pp. 128-130.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 129.

*les y principios de la sociedad y que reconocen cómo las mayores ventajas alcanzadas por otros ciudadanos también funcionan para su propio bien.*"<sup>44</sup>

La segunda interpretación de la rotura de los lazos sociales está vinculada con el desarrollo de la noción de capacidades ciudadanas. Si sólo se cubrieran las necesidades mínimas para evitar la pobreza extrema, los ciudadanos que están en la posición más baja, todavía podrían quejarse porque el esquema institucional no les permite ejercitar su capacidad de tener un sentido de la justicia y su capacidad de llevar adelante un plan de vida adecuado a su concepción del bien. Tratar a las personas como ciudadanos libres e iguales sólo es posible si a la vez se satisface el ideal de reciprocidad que constituye la base de los principios de *Justicia como Equidad*. No por el hecho de que sean *seres humanos*, sino porque son *ciudadanos* de la misma sociedad.

## 5. CONCLUSIÓN

El objetivo general de este trabajo ha sido esclarecer la idea general de *equidad* que se encuentra en la base normativa de la teoría de justicia rawlsiana. Las críticas que intentan extraer conclusiones contraintuitivas de la teoría, tales como las que presenta Richard Arneson en su trabajo "Against Rawlsian Equality of Opportunity", son infundadas. Esto se debe principalmente a que soslayan el hecho de que la teoría de la justicia defendida por John Rawls encuentra su justificación en consideraciones que se apoyan mutuamente y que, en conjunto, dan sentido a una idea de *sistema social equitativo*. Los principios que sirven para evaluar la justicia de las instituciones operan en tándem, y por lo tanto analizar aisladamente como opera cada principio de *Justicia como Equidad* es una actividad que tiene un punto de partida sesgado.

La idea de *equidad* interpretada de manera amplia como el fundamento moral de la teoría permite responder las críticas que se dirigen paralelamente hacia la noción de igualdad de oportunidades y hacia el principio de la diferencia. No en vano, la concepción de justicia que defiende John Rawls encuentra en la noción de equidad uno de los valores que permite interpretar la teoría de modo armónico y coherente. La función de la teoría es evaluar las instituciones sociales de una sociedad entendida como una empresa cooperativa para el beneficio recíproco y que lleva a cabo una distribución *equitativa* de los bienes sociales producidos socialmente.

---

<sup>44</sup> Ibid, pp. 129-130.

En este trabajo reconstruí dos importantes objeciones en contra de la teoría de la justicia de John Rawls. Ambas objeciones deben ser rechazadas por los argumentos presentados como respuesta. En particular, argumenté que la distribución de oportunidades sociales no debe ser evaluada según el criterio maximin. Dicho criterio sólo debe ser introducido y utilizado de manera secuencial, una vez que se ha satisfecho una cierta línea de corte en la que los ciudadanos gozan de oportunidades suficientemente aproximadas. Estas oportunidades no deben ser *estricta o exactamente iguales*, sino que deben evitar que las personas sientan que se ha vulnerado el sentido del respeto por sí mismos. La idea de capacidades morales que corresponden a la idea de ciudadano libre e igual proporciona un criterio para establecer la línea de corte adecuada.

Además sostuve que las diferencias económicas permitidas por el criterio maximin no están asentadas sobre una noción de necesidades humanas sino sobre la noción de trato equitativo como ciudadano libre e igual y por lo tanto, la noción de principio de mínimo social no puede encontrar un lugar en la teoría rawlsiana de la justicia. A contrario de lo que argumenta Jeremy Waldron, el principio de la diferencia es consistente con las consideraciones normativas y con la estructura teórica defendida por Rawls. El conjunto de principios de *Justicia como Equidad* tienen una justificación basada en consideraciones morales que incluso un ciudadano en la posición distributiva más baja estaría dispuesto a aceptar como las más razonables.

En conclusión, las desigualdades económicas permitidas por *Justicia como Equidad* son menos amplias de lo que los críticos sostienen las oportunidades sociales se distribuyen *equitativamente* igual, lo que no exige igualdad estricta, sino más bien igualdad aproximada. Finalmente, las consideraciones que dan soporte a la teoría y que ayudan a interpretar armónicamente el funcionamiento de los principios están apropiadamente conectadas con la idea de garantizar a cada persona bienes sociales suficientes para que pueda ejercitar sus capacidades morales como ciudadano libre e igual.

CRISTIÁN AUGUSTO FATAUROS  
Conicet – Derecho- Universidad Nacional de Córdoba  
Caseros 301 - 1er. Piso  
CP (X5000AHG) - Córdoba, Argentina  
e-mail: fatauros.cristian@gmail.com

# DISCAPACIDAD Y PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

## DISABILITY AND DEPRIVATION OF THE LIBERTY

PATRICIA CUENCA GÓMEZ\*  
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 28-8-14

Fecha de aceptación: 12-10-14

**Resumen:** *El presente trabajo tiene como objetivo determinar las implicaciones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación con la privación de la libertad de las personas con discapacidad; analizar la compatibilidad de la legislación española en la materia con este tratado y realizar algunas propuestas para adaptar nuestra normativa a sus exigencias.*

**Abstract:** *This article aims to study the implications of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities in relation to the deprivation of the liberty of persons with disabilities; analyze the compatibility of the Spanish legislation with this treaty and make some proposals to adapt our legislation to their demands.*

**Palabras clave:** libertad y seguridad, discapacidad, internamiento no voluntario, medidas de seguridad penal.

**Keywords:** liberty and security, disability, non-voluntary internment, criminal security measures.

---

\* Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” y Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Este trabajo se inserta en el marco de los proyectos Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” (CSD2008-00007) y “Dis-capacidad, in-dependencia y Derechos Humanos” (DER 2011-22729).

## 1. INTRODUCCIÓN

La protección de la libertad y la seguridad personal<sup>1</sup> es un derecho humano cuyo contenido esencial suele identificarse con la prohibición de la privación arbitraria de la libertad lo que exige que la misma se lleve a cabo únicamente por las causas determinadas en la ley, con arreglo al procedimiento establecido y respetando una serie de garantías<sup>2</sup>. Este derecho ha sido extensamente reconocido en diversos instrumentos internacionales generales<sup>3</sup> en disposiciones que si bien no mencionan expresamente a este colectivo – salvo alguna excepción, lamentable, como luego se comprobará – por su propia naturaleza protegen también a las personas con discapacidad<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Se trata de dos dimensiones que se consideran intrínsecamente unidas y que suelen ser reconducidas a la protección de la libertad. Vid. por ejemplo el planteamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Altun v. Turquía*, sentencia de 1 de junio de 2004. I. BIEL PORTERO, *De la sustitución al apoyo de las capacidades: ¿el fin de los internamientos forzosos? Perspectiva internacional y europea*, 2010, ponencia presentada en el I Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Buenos Aires, disponible en [www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comision%20IV/4-biel.pdf](http://www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comision%20IV/4-biel.pdf).

<sup>2</sup> I. BIEL y R.K.M. SMITH, *Textbook on International Human Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 2007.

<sup>3</sup> Por ejemplo, artículo 3 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, artículo 9 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y artículo 5 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*.

<sup>4</sup> Vid. sobre la aplicabilidad de los tratados de derechos humanos generales de la ONU a las personas con discapacidad el trabajo de G. QUINN y T. DEGENER, *Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Documento Naciones Unidas HR/PUB/02/1, Nueva York y Ginebra, 2002, disponible en: [http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Documents/Disability/disability\\_sp.doc](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Documents/Disability/disability_sp.doc). En relación con el derecho a la libertad y a la seguridad personales el Comité de Derechos Humanos en su *Observación General número 8* aprobada en 1982 (HRI/GEN/1/Rev.7) frente a la interpretación restrictiva realizada en sus informes por los Estados parte aclaró que el párrafo 1 del artículo 9, que prohíbe la detención o prisión arbitrarias y exige que la privación de la libertad se realice por “causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”, es aplicable a todas las formas de privación libertad “ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones”, como por ejemplo “las enfermedades mentales”. Asimismo señaló que todas las personas privadas de libertad, lo sean o no como consecuencia de una acusación penal, están protegidas por ciertas garantías como el derecho a recurrir ante un tribunal a fin de que este decida sobre la legalidad de su detención. En el Proyecto de *Observación número 35* sobre el artículo 9 CCPR/C/GC/R.35/Rev.3, 14 de abril de 2014, se señala expresamente que cuando este precepto se refiere a “todos” esta palabra “incluye, entre otras personas ... a las personas con discapacidad”.

Al igual que sucede con otros derechos, esta regulación genérica se ha venido mostrando insuficiente para asegurar la protección de la libertad de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos y ha convivido con prácticas extendidas, arraigadas y amparadas por las legislaciones nacionales que introducen modulaciones en el disfrute de este derecho que implican la instauración de un régimen específico de privación de la libertad aplicable singularmente a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. Ciertamente, la práctica totalidad de los Ordenamientos jurídicos internos –y entre ellos el español– aceptan el denominado internamiento forzoso o involuntario como forma especial de privación de la libertad de algunas personas con discapacidad<sup>5</sup>. Asimismo, las legislaciones domésticas –de nuevo también la legislación española– suelen incorporar un régimen de inimputabilidades que, en unos u otros términos, contempla la discapacidad psicosocial e intelectual entre las causas de exención de la responsabilidad criminal y arbitran un sistema de medidas de seguridad como respuesta penal específica para estos casos.<sup>6</sup> Este régimen especial ha venido siendo legitimado, además, de manera no problemática por los propios sistemas internacionales de protección de los derechos.

Detrás de esta situación subyacen la perspectiva asistencialista y el modelo médico de tratamiento de la discapacidad. Desde este enfoque las personas con discapacidad se consideran titulares de los mismos derechos que los demás ciudadanos pero se acepta como una consecuencia “natural” derivada de las deficiencias que padecen –“inevitable” y, por tanto, “tolerable”– que aquellas personas con discapacidad que no logran superar sus “desviaciones” vean limitados o restringidos en alguna medida sus derechos respecto al resto de la población no discapacitada.

Pues bien, este panorama se ve afectado de forma sustancial por la entrada en escena de la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas*

---

<sup>5</sup> F. BARIFFI, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los Ordenamientos jurídicos internos*, tesis doctoral presentada en el Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, IDHBC, Universidad Carlos III de Madrid, 2014, pp. 416 y ss. y T. MIKONWITZ, *Why Mental Health Laws Contravene the CRPD – An Application of Article 14 with Implications for the Obligations of States Parties*, 2011, disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1928600>.

<sup>6</sup> C. RÍOS, Vicepresidente del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Opinión sobre el proyecto de Ley Orgánica 121/000065, a la luz de los estándares previstos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, junio de 2014, disponible en <http://www.feaps.org/files/Documentos/Informe%20Carlos%20Rios%20proyecto%20de%20Ley%20Org%20C3%A1nica%20121.pdf>.

con *Discapacidad* (en adelante, CDPD)<sup>7</sup>. Como es sabido, esta Convención es el primer texto de carácter vinculante que en el ámbito del sistema universal de protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas se refiere de manera específica a las personas con discapacidad<sup>8</sup> e implica un trascendental cambio de paradigma hacia el enfoque de derechos humanos y el modelo social. Desde esta nueva mirada las limitaciones que las personas con discapacidad encuentran para participar en la vida social y disfrutar y ejercer sus derechos no se imputan a sus deficiencias individuales sino que se consideran resultado de una construcción social y de relaciones de poder, esto es, del diseño de la sociedad y de los propios derechos desde unos patrones de normalidad que no tienen en cuenta la situación de las personas con discapacidad. Asumiendo esta visión, la Convención pretende adaptar los derechos “generales” ya reconocidos en otros instrumentos internacionales a las necesidades de las personas con discapacidad garantizando su reconocimiento, ejercicio y disfrute en igualdad de condiciones e identificar ámbitos en los que la protección de estos derechos debe reforzarse porque se han venido vulnerando habitualmente<sup>9</sup>. Así, la regulación del derecho a la libertad y seguridad personal, abordada en el artículo 14 de la CDPD, se orienta a garantizar la aplicación efectiva y equitativa de este derecho en el contexto de la discapacidad introduciendo nuevos estándares en la normativa internacional de derechos humanos que cuestionan directamente la legitimidad de las legislaciones nacionales en esta materia.

En la primera parte del presente trabajo se analizará desde una perspectiva general el significado y las principales implicaciones del artículo 14 de la CDPD en relación con la privación de la libertad de las personas con discapacidad. La segunda parte se centrará en el estudio específico de la normativa española en esta materia y se orientará a poner de relieve su incompatibilidad con las exigencias contenidas en la CDPD y a realizar algunas reflexiones que deben ser tenidas en cuenta en su revisión.

---

<sup>7</sup> Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 2006 y en vigor desde mayo de 2008.

<sup>8</sup> Vid. sobre la CDPD, entre otros, los trabajos de A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2008 y 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 Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, Madrid, 2012.

<sup>9</sup> A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad*, cit., p. 270.

## 2. EL DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD PERSONAL EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

A la hora de determinar el sentido y alcance del derecho “a la libertad y seguridad de la persona” reconocido en el artículo 14 de la CDPD y las consecuencias de su implementación en los ordenamientos internos resulta obligada su interpretación *en contexto* teniendo en cuenta la filosofía que inspira la CDPD, esto es, el modelo social y la perspectiva de los derechos humanos; otras previsiones de su articulado– como el propósito de la Convención expresado en su artículo 1<sup>10</sup>; la definición de personas con discapacidad contenida en su artículo 2<sup>11</sup>; los principios generales reconocidos en su artículo 3<sup>12</sup>; la noción de discriminación por motivos de discapacidad incorporada en el artículo 5.2<sup>13</sup> –y la regulación de otros derechos– especialmente, del derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley (artículo 12)<sup>14</sup>; del derecho de acceso efectivo a la justicia<sup>15</sup> (artículo 13); del derecho a la accesibilidad universal (artículo 9) y a la realización de ajustes razonables<sup>16</sup> (definidos en

<sup>10</sup> Que consiste en “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

<sup>11</sup> Este artículo señala “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

<sup>12</sup> “Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”.

<sup>13</sup> Por discriminación por motivos de discapacidad entiende este precepto “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”.

<sup>14</sup> Que incluye el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones y el derecho al acceso a los apoyos que puedan necesitar para su ejercicio.

<sup>15</sup> Que exige la realización de ajustes de procedimiento para que las personas con discapacidad puedan participar efectivamente en todas las posiciones en las diversas fases de los procedimientos judiciales.

<sup>16</sup> La accesibilidad universal y los ajustes razonables no aparecen definidos expresamente como derechos en la CDPD pero es posible defender esta configuración a la luz de su

su artículo 2); del derecho a la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 15)<sup>17</sup> y a la protección de la integridad personal (artículo 17)<sup>18</sup>; del derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad (artículo 19)<sup>19</sup>; y del derecho a la protección de la salud (artículo 25)<sup>20</sup>.

Entrando ya en el análisis del tenor concreto del artículo 14 importa señalar que este precepto no se limita a reafirmar este derecho recordando de manera genérica su aplicabilidad a las personas con discapacidad ni se conforma con explicitar la obligación de los Estados de asegurar su reconocimiento en condiciones de igualdad entrando en sustancia en su regulación, corrigiendo su formulación abstracta y concretando su sentido con el objeto de adaptarlo a la situación y experiencia particular de las personas con discapacidad<sup>21</sup>. En efecto, el artículo 14 precisa el significado de la libertad personal en el contexto de la discapacidad especificando expresamente contenidos adicionales sumamente relevantes que no habían sido mencionadas previamente en los tratados de derechos humanos generales y que son vulnerados por la inmensa mayoría de las legislaciones nacionales con el beneplácito, según antes se apuntó, de los sistemas internacionales de protección de los derechos.

---

espíritu y finalidad, Vid. entre otros trabajos ASÍS ROIG, R. de, *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013. En todo caso, la Convención destaca su papel esencial en el ejercicio y disfrute de los demás derechos.

<sup>17</sup> Que establece "1. Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole que sean efectivas para evitar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, sean sometidas a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

<sup>18</sup> Que dispone que "Toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás".

<sup>19</sup> Que exige que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su forma de vida, que se garantice su acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta, y que las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades.

<sup>20</sup> Que reclama que las intervenciones relacionadas con la salud se basen en el consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad.

<sup>21</sup> Combinando los tres tipos de estrategias que, según F. MEGRET, "The disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?", *Humans Rights Quarterly*, núm. 30, 2008, pp. 494-516, la CDPD adopta en la regulación de los derechos.

Así, el artículo 14.1 en su inciso a) establece la obligación de los Estados Partes “de asegurar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona”. Y en su inciso b) aclara que dicha obligación implica no sólo garantizar, de acuerdo con la formulación estándar de este derecho en otros instrumentos internacionales, que las personas con discapacidad “no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley” sino que, además, exige asegurar “que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad”.

Como certeramente señala F. Bariffi, el artículo 14.1 intenta ir más allá del principio general formulado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos mediante el cual el derecho a la libertad únicamente puede ser privado por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta no sólo “por la necesidad de especificidad respecto de la discapacidad, sino también debido a que, en relación con el goce efectivo del derecho a la libertad de las personas con discapacidad, es justamente ‘la ley’ la que se constituye como principal barrera y fuente de discriminación”. Desde ese enfoque, a su modo de ver, el artículo 14.1 debe abordarse “desde una doble perspectiva”<sup>22</sup>.

Por un lado, este precepto recoge la garantía “de que ninguna persona con discapacidad se vea privada de su libertad sin un procedimiento legal adecuado en el que se respeten las garantías mínimas del debido proceso”<sup>23</sup>. En este punto, en el que el artículo 14 entronca con el derecho de acceso a la justicia contemplado en el artículo 13 de la CDPD, la jurisprudencia internacional ha avanzado bastante en los últimos años<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> F. BARIFFI, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica ...*, cit., p. 223.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> *Ibidem*. Por ejemplo, en el contexto europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) contaba ya antes de la entrada en vigor de la CDPD con una jurisprudencia consolidada en relación con las garantías procesales aplicables a la privación de libertad de las personas con discapacidad mental. Vid. algunos aspectos de esta jurisprudencia en L. F. BARRIOS FLORES, “Derechos Humanos y salud mental en Europa”, *Norte de salud mental*, vol. VIII, num. 36, 2010, pp. 55-67 y un sumario de casos de salud hasta 2007 en [http://www.mdac.info/sites/mdac.info/files/English\\_Summaries%20of%20Mental%20Disability%20Cases%20Decided%20by%20the%20European%20Court%20of%20Human%20Rights.pdf](http://www.mdac.info/sites/mdac.info/files/English_Summaries%20of%20Mental%20Disability%20Cases%20Decided%20by%20the%20European%20Court%20of%20Human%20Rights.pdf). Pues bien, el TEDH ha señalado que el artículo 5.4 de la CEDH, que establece el derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal, es aplicable a la privación de libertad de las personas con discapacidad mental. Ha indicado además que, en el caso de que no esté prevista una revisión periódica de la situación, la persona tiene derecho a recurrir a

La segunda de las perspectivas recogidas por el artículo 14.1 es, según F. Bariffi, la garantía de que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad que se conecta con la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad recogida en el artículo 5 de la CDPD<sup>25</sup> y que supone una auténtica revolución respecto al tratamiento anterior de esta cuestión en la normativa nacional e internacional<sup>26</sup>. Como señala la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos “Antes de la entrada en vigor de la Convención, la existencia de una discapacidad mental era motivo lícito de privación de libertad y detención en la normativa internacional de derechos humanos. La Convención se aparta radicalmente de ese enfoque y prohíbe por discriminatoria la privación de libertad basada en la existencia de una forma de discapacidad, en particular mental o intelectual”<sup>27</sup>.

Esta novedosa perspectiva implica que la discapacidad no puede constituir nunca una justificación para privar de su libertad a una persona. A mi modo de ver, lo anterior prohíbe que la discapacidad pueda ser tanto motivo directo (como sucede en las legislaciones que permiten la privación de la libertad con la mera referencia al diagnóstico clínico de la discapacidad psi-

---

intervalos razonables su internamiento, que el acceso al recurso tiene que ser directo y no a través del tutor o de la institución en la que está ingresada la persona (*Shtukaturov v. Russia*, sentencia de 27 de marzo de 2008), que la disponibilidad de este recurso es especialmente importante en aquellos sistemas en los que el tutor puede autorizar el internamiento sin intervención judicial (*Shtukaturov v. Russia*) que el procedimiento establecido tiene que contar con las garantías procesales adecuadas en función del tipo de privación de libertad y de las circunstancias particulares en las que se lleva a cabo y que es esencial que el sujeto afectado tenga la oportunidad de ser escuchado sea en persona o, en su caso, a través de alguna forma de representación (requisito afirmado ya en el asunto *Megyeri v. Germany*, sentencia de 12 de mayo de 1992). A esta jurisprudencia se alude tras la entrada en vigor de la Convención, en los casos *Stanev v. Bulgaria* sentencia de 17 de enero de 2012 y *DD. v. Lithuania*, sentencia de 14 de febrero de 2012. También el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la necesaria aplicación de estas garantías, Vid. su Observación núm. 8 antes citada.

<sup>25</sup> F. BARIFFI, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica ...*, cit., p. 224.

<sup>26</sup> Según apunta F. BARIFFI, *Idem*, p. 223, “la posición clara de las organizaciones defensoras de los derechos de las personas con discapacidad es que el artículo 14 de la CDPD no sólo entra en contradicción con la mayoría de las legislaciones nacionales existentes, sino también respecto de las normas y principios de DIDH vigentes al momento de entrada en vigor de la CDPD”. Vid. International Disability Alliance, *Position Paper on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) and Other Instruments*, 25 de abril de 2008.

<sup>27</sup> Vid. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, A/HRC/10/48, 26 de enero de 2009.

cosocial o intelectual y a su gravedad) como indirecto (como sucede en aquellos sistemas que al elemento médico añaden elementos adicionales –como el riesgo grave, o peligrosidad, para la propia persona o para terceros o la falta de autonomía o capacidad para cuidar de uno mismo– que terminan evaluándose en función de la naturaleza y gravedad de la discapacidad psicosocial o intelectual)<sup>28</sup> de privación de la libertad.

Por esta interpretación se decantó ya en 2009 la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos<sup>29</sup> señalando que el artículo 14 no sólo prohíbe que la discapacidad, “en particular la discapacidad intelectual o mental” pueda ser la única causa de la privación de libertad, sino que además prohíbe que la restricción del derecho a la libertad pueda fundarse en la combinación de la discapacidad con otros elementos “como la peligrosidad, la atención o el tratamiento”<sup>30</sup>. Dicho de otro modo, la concurrencia de estos motivos no puede hacerse depender, asociarse o evaluarse exclusivamente en función de la existencia de una discapacidad psicosocial o intelectual aparente o diagnosticada<sup>31</sup>. En todo caso, según también aclara el Alto Comisionado, la prohibición de que la privación de la libertad pueda fundamentarse directa o indirectamente en la discapacidad no debe “interpretarse en el sentido de que las personas con discapacidad no puedan ser legalmente internadas para su atención y tratamiento o privadas preventivamente de libertad, sino que el fundamento jurídico que determina

---

<sup>28</sup> En este sentido coincide con F. BARRIFFI, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica...*, cit., pp. 223 y ss. y 416 y ss. y con M.S. VILLAVARDE, “Artículo 14” en P. ROSALES (coord.), *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378) Comentada*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 211-223. Y discrepo de I. BIEL PORTERO, *De la sustitución al apoyo de las capacidades*, ya citado y de D. BLÁZQUEZ MARTÍN, “La garantía en igualdad de la libertad y seguridad de las personas con discapacidad tras la ratificación de la convención” en P. CUENCA GÓMEZ, (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010.

<sup>29</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Estudio temático...*, cit., párrafos 48 y 49.

<sup>30</sup> La Oficina apoya su interpretación en el hecho de que durante el proceso de elaboración de la Convención se rechazaron las propuestas formuladas con el objeto de limitar la prohibición de privación de libertad a los casos “únicamente” determinados por la discapacidad y entiende que las medidas que combinan la discapacidad con otros factores como causa de privación de la libertad “se justifican en parte por la discapacidad de la persona por lo que deben considerarse discriminatorias y contrarias a la prohibición de privación de libertad por motivos de discapacidad y al derecho a la libertad en igualdad de condiciones con los demás previstos en el artículo 14...”, *Ibidem*.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

la restricción de libertad debe estar desvinculado de la discapacidad y definido sin referencia a ésta, de manera que se aplique a todas las personas en igualdad de condiciones”<sup>32</sup>.

También el Relator Especial de Naciones Unidas contra la Tortura, Manfred Nowak en su informe de 2008 recuerda que “muchos Estados permiten, con o sin fundamento jurídico, la reclusión en instituciones de personas con discapacidad mental sin su consentimiento libre e informado, basándose en la existencia de un diagnóstico de discapacidad mental” con frecuencia unido a otros criterios tales como “ser un peligro para sí mismo y para otros” o la “necesidad de tratamiento” y considera que la aceptación de tratamiento involuntario y el encierro involuntario va en contra de lo dispuesto en la CDPD. Asimismo afirma que en algunos casos la privación arbitraria o ilegal de libertad basada en la existencia de una discapacidad podría infligir una pena o un sufrimiento graves a la persona, con lo que entraría en el ámbito de aplicación de la *Convención contra la Tortura*<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Se ha indicado, a mi juicio con razón, que el artículo 14 es un “texto equilibrado”. Y ello porque, de una parte, no exime a las personas con discapacidad psicosocial de la aplicación de los poderes generales del Estado de arrestarlas o detenerlas por la violación del Derecho penal o por otras razones no vinculadas en la legislación a la existencia de una discapacidad. Pero, de otra parte, las leyes de apariencia neutral que tienen el propósito o el efecto de discriminar por razón de discapacidad sí que violarían los artículos 14 y 5 de la CDPD. Así, si el Estado diseña una ley de detención preventiva o para personas necesitadas de atención y tratamiento que tiene como propósito continuar con la reclusión de personas con discapacidad psicosocial en instituciones en contra de su voluntad o que tiene el efecto desproporcionado de confinar a personas con discapacidad en instituciones en contra de su voluntad debido a la presencia de un sesgo oculto en sus estándares o en su aplicación, entonces se trataría de una ley que no es “*disability-neutral*” y debe ser rechazada, T. MINKOWITZ, *Why Mental Health Laws Contravene the CRPD*, cit.

<sup>33</sup> *Informe Provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, A/63/175, 28 de julio de 2008, observación núm. 64. Más recientemente el Relator Especial Juan Méndez ha prestado también en su Informe de 2013 especial atención a la situación de las personas con discapacidad reiterando algunas de las consideraciones del anterior titular analizando, de nuevo, el artículo 15 de la CDPD en el marco general de protección contra la tortura e insistiendo en la radical importancia de su artículo 12. Este informe recomienda examinar el marco contra la tortura en relación con las personas con discapacidad y ajustarlo a la CDPD; imponer una prohibición absoluta de todas las intervenciones médicas forzadas y no consentidas en los casos de personas con discapacidad; sustituir el tratamiento y el internamiento forzosos por servicios en la Comunidad; revisar las disposiciones jurídicas que permiten la privación de libertad por razones de salud mental o en instalaciones de salud mental, y de cualesquiera intervenciones o tratamientos coercitivos en entornos de salud mental sin el consentimiento libre e informado de la persona concernida y abolir las normas que autorizan el internamiento en una institución de las personas con discapacidad en razón de esta y sin su consentimiento libre e informado, A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013.

Esta segunda perspectiva no ha sido asumida con carácter general por los sistemas internacionales de protección de los derechos. En este punto merece especial mención el artículo 5.1.e) de la *Convención Europea de Derechos Humanos* que con una terminología propia del modelo médico y claramente estigmatizante, expresamente permite la privación de la libertad, de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley, “de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un tóxicomano o de un vagabundo”. Aunque otros sistemas de protección no contienen previsiones explícitas en sus instrumentos convencionales, sus órganos también han asumido de manera no problemática que la discapacidad pueda constituir una causa directa de privación de la libertad<sup>34</sup>. En algunos instrumentos de *soft law* la discapacidad psicosocial se considera también un motivo, ahora indirecto, para la privación de la libertad<sup>35</sup>. Tampoco tras la entrada en vigor de la CDPD los órganos de garantía de los sistemas regionales y universales de protección de los derechos –con la excepción del Comité

<sup>34</sup> El Comité de Derechos Humanos, en la Observación General número 8 antes citada, al considerar que el artículo 9 del *Pacto de Derechos Civiles y Políticos* es aplicable también a la reclusión consecuencia de la “enfermedad mental” está aceptando esta práctica. Vid. en este sentido International Disability Alliance, *Position Paper on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)*, cit.

<sup>35</sup> Así el principio 16 de los *Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental*, aprobados por la Asamblea de Naciones Unidas en 1991 establece que el internamiento involuntario en una institución psiquiátrica requiere que un médico calificado y autorizado por ley determine que la persona padece una enfermedad mental y considere: a) Que debido a esa enfermedad mental existe un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para terceros; o b) Que, en el caso de una persona cuya enfermedad mental sea grave y cuya capacidad de juicio esté afectada, el hecho de que no se la admita o retenga puede llevar a un deterioro considerable de su condición o impedir que se le proporcione un tratamiento adecuado que sólo puede aplicarse si se admite al paciente en una institución psiquiátrica de conformidad con el principio de la opción menos restrictiva.

Igualmente, los artículos 17 y 18 de la *Recomendación R (2004) 10 sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales* aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa establecen que una persona sólo puede ser sometida a un tratamiento o a un internamiento involuntario si tiene un trastorno mental, si su estado comporta un riesgo real de daño grave para sí mismo o para terceros, si la medida tiene un fin terapéutico, si no existe un medio menos restrictivo de atención y si la opinión de la persona ha sido tomada en consideración.

Ambos instrumentos se encontraron desde el momento de su aprobación con la oposición de los movimientos de personas con discapacidad mental que han denunciado después su contradicción con la CDPD. Vid. por ejemplo, Red Mundial de Usuarios y Supervivientes de la Psiquiatría, *Position paper on Principles for the Protection of Persons with Mental Illness*, disponible en: <http://wnusp.rafus.dk/pdf/position-paper-on-principles-for-the-protection-of-persons-with-mental-illness.pdf>.

sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como luego se comprobará- se han cuestionado que la justificación de la privación de la libertad pueda basarse en el diagnóstico de una discapacidad<sup>36</sup>. Esta es de momento la posición del TEDH que, a pesar de citar los artículos 12 y 14 de la CDPD entre la normativa aplicable, no se ha planteado que la justificación de la privación de libertad pueda basarse en un desorden mental. Y parece que podría ser también el posicionamiento del Comité de Derechos Humanos a tenor de la redacción actual del *Proyecto de Observación General número 35* sobre el artículo 9 del PIDCP<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> I. BIEL PORTERO, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 336. En este punto el TEDH continúa recurriendo a la jurisprudencia del caso *Winterwerp v. Holanda* de 24 de octubre de 1979 en el que se establecieron las condiciones mínimas que debe cumplir la privación de la libertad en este supuesto: 1) que la existencia de un desorden mental sea determinada de forma fidedigna desde el punto de vista médico 2) que sea de tal naturaleza o grado que justifique el internamiento 3) que el internamiento no se prolongue más allá de la persistencia del desorden. Además, el TEDH no ha tenido siempre en cuenta en sus decisiones los Principios de la *Recomendación R 2004 (10)*. Sí lo hace, aunque sin citarlos, en el caso *Stanev v. Bulgaria* que supone un cierto avance en este terreno, pero sin dar el paso que reclama la CDPD, al señalar que la privación de libertad sólo está justificada por la seriedad de la condición de la persona con el interés de asegurar su propia protección o la de terceros, cuando otras medidas alternativas menos graves resultan “insuficientes” y cuando se han tenido en cuenta “tan lejos como sea posible” los deseos de una persona capaz de expresar su voluntad. En todo caso, el TEDH ha ido refinando la interpretación de las condiciones legales que pueden justificar la privación de la libertad de una persona con discapacidad mental. Así, en *Stanev v. Bulgaria* y *DD. v. Lithuania* el TEDH ha dejado claro que la incapacitación no puede justificar la privación de libertad, que un internamiento debe considerarse involuntario siempre que la persona se oponga al mismo aunque haya sido autorizado, de conformidad con la legislación interna, por su tutor, que la determinación de la existencia de un desorden mental y de su gravedad requiere que se realice un examen médico en el momento del ingreso preferentemente por un facultativo diferente del médico del centro de internamiento que tenga como objetivo determinar la necesidad del ingreso y que es necesario que se realicen exámenes periódicos de la salud mental de la persona.

<sup>37</sup> En este proyecto si bien se recomienda “revisar las leyes y prácticas anticuadas en el ámbito de la salud mental con el fin de evitar la reclusión arbitraria” se admiten, sin tener en cuenta ni citar la regulación contenida en la CDPD, los internamientos forzosos limitándose a señalar la necesidad de tener en cuenta alternativas menos restrictivas, respetar las salvaguardias procesales y sustantivas establecidas por ley y las opiniones del paciente, asegurar que un tutor o representante defienda y represente verdaderamente los intereses y la voluntad del paciente, ofrecer a las personas internadas en instituciones programas de tratamiento y rehabilitación que sirvan a los fines aducidos para justificar la reclusión; revisar la privación de libertad con una periodicidad adecuada, prestar asistencia a los pacientes para que accedan a recursos efectivos a fin de reivindicar sus derechos y velar por que las condiciones de reclusión se ajusten al Pacto.

A mi modo de ver, el artículo 14.1 CDPD incorporaría una tercera perspectiva, estrechamente vinculada y derivada de las dos anteriores, pero que considero necesario subrayar, que exigiría que los estándares, condiciones y procedimientos aplicables para privar de la libertad a las personas con discapacidad sean los mismos que los establecidos en relación con los demás ciudadanos y en ningún caso puedan implicar un tratamiento perjudicial o desfavorable en relación con la población no discapacitada<sup>38</sup>.

Por su parte el apartado 2 del artículo 14 CDPD establece la obligación de que las personas con discapacidad que se ven privadas de su libertad tengan “en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables”.

Por lo que respecta a las garantías previstas en el Derecho Internacional de los Derechos humanos cabe mencionar el artículo 10.1 del PIDCP que establece que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. En su *Observación General número 21* el Comité de Derechos Humanos ha señalado que este precepto constituye una norma fundamental de aplicación universal que protege a todas las personas privadas de libertad en virtud de las leyes y la autoridad del Estado internadas en prisiones o cualquier otra institución, incluyendo los hospitales psiquiátricos y ha indicado que el artículo 10.1 incorpora una obligación positiva en relación con las personas especialmente vulnerables. Sin embargo, conviene mencionar que dicha *Observación* no menciona expresamente la discapacidad entre las razones que no pueden justificar distinciones en la aplicación universal de esta norma. Por otro lado existen toda una serie de instrumentos de *soft law*<sup>39</sup> en esta materia que si bien –salvo una excepción

---

<sup>38</sup> En este sentido, la International Disability Alliance en su *Position Paper on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, cit., ha señalado que cuando se usan estándares y procedimientos “separados” para privar a las personas con discapacidad de su libertad se vulnera la igualdad en el disfrute de los derechos humanos.

<sup>39</sup> Véase por ejemplo: *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977; *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos*, adoptados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990; *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

relativa al tratamiento de los “alienados o enfermos mentales”<sup>40</sup>– no aluden expresamente a las personas con discapacidad les resultan de aplicación.

El artículo 14.2 CDPD exige que las personas con discapacidad, como las demás personas privadas de libertad, puedan ejercer todos los derechos de los que son titulares que no se ven afectados de forma inherente por la situación de reclusión<sup>41</sup> para lo cual es imprescindible el cumplimiento de las condiciones de accesibilidad y la provisión de ajustes y apoyos. Conviene además recordar –por la existencia de vulneraciones flagrantes– que entre los derechos que las personas con discapacidad recluidas en instituciones no pueden ver restringidos se encuentra el de no recibir tratamiento médico sin su libre consentimiento<sup>42</sup>.

La jurisprudencia internacional se ha pronunciado sobre la obligación de los Estados de adaptar las condiciones de privación de libertad a las necesidades específicas de las personas con discapacidad aunque estos pronunciamientos se han realizado tomando como parámetro no tanto el derecho a la libertad, sino el derecho a no ser sometido a tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>43</sup>. En todo caso esta jurisprudencia se maneja planteamientos muy cuestionables a la luz de la CDPD.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> Las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos* antes citadas señalan que los alienados o enfermos mentales deben ser recluidos en establecimientos especializados y no en prisiones y pretenden asegurar que reciben tratamiento psiquiátrico por parte de personal médico tanto durante como, en su caso, después de la finalización de la reclusión.

<sup>41</sup> I. BIEL PORTERO, *De la sustitución al apoyo de las capacidades*, cit., pp.15 y 16.

<sup>42</sup> T. MINKOWITZ, *Why Mental Health Laws Contravene the CRPD*, ya citado.

<sup>43</sup> Tal y como advierte en su análisis de esta jurisprudencia F. BARIFFI, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica ...*, cit., p. 227. Vid. como ejemplo *Hamilton v. Jamaica*, Comunicación Nro. 616/1995, Dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos el 28 de julio de 1999 (CCPR/C/66/D/616/1995).

<sup>44</sup> En el análisis de si ciertas medidas coercitivas o tratamientos médicos administrados sin su consentimiento a las personas con discapacidad mental privadas de libertad constituyen un trato inhumano y degradante prohibido por el artículo 3 de la CEDH, el TEDH ha considerado que “en general, no puede ser catalogado como inhumano o degradante una medida dictada por razones de necesidad terapéutica”, (Vid. caso *Herczegfalvy v. Austria*, sentencia de 24 de septiembre de 1992); ha señalado que los malos tratos deben tener un nivel mínimo de gravedad para caer en el ámbito del artículo 3 cuya evaluación depende de las circunstancias del caso, la naturaleza y el contexto del tratamiento, el método y la forma de su ejecución, su duración, su impacto físico o mental, sus efectos y, en algunos casos, el sexo, edad y estado de salud de la víctima (Vid. casos *Kudl v. Poland*, sentencia de 26 de octubre de 2000 y *Poltoratski v. Ukraine* sentencia de 23 de abril de 2003) y ha entendido que el empleo de medios coercitivos del tipo de la alimentación forzosa, el aislamiento o incluso el empleo de esas medidas no fundamentan la apreciación de una vulneración del art. 3 CEDH (*Herczegfalvy v.*

A la hora de determinar el alcance de las implicaciones de las exigencias contenidas en el artículo 14 en las legislaciones nacionales resulta esencial tomar en consideración los pronunciamientos que ha realizado hasta el momento el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En todas sus *Observaciones Finales* sobre los informes iniciales presentados por los Estados parte<sup>45</sup> en cumplimiento del artículo 35 de la Convención, el Comité ha incluido consideraciones relativas al artículo 14 identificando en todos los países monitoreados regulaciones que permiten la privación de la libertad por razón de discapacidad, bien de modo directo o bien de forma indirecta y ha considerado que en ambos casos se vulnera el contenido de este precepto<sup>46</sup>. En esta línea, el Comité ha abogado insistentemente por la abolición de la práctica de los internamientos forzosos o involuntarios. En su *Comentario General 1/2014 sobre el artículo 12 de la CDPD* ha señalado rotundamente que la “privación de libertad en instituciones contra su voluntad, sin su consentimiento o con el consentimiento del sustituto en la adopción

---

*Austria*). Tampoco en la reciente sentencia *DD. v. Lithuania* el TEDH, aunque de nuevo considera preocupante que la demandante fuese recluida en una sala de aislamiento, se le hubiese administrado forzosamente una dosis adicional de medicamentos y hubiese sido atado a una cama durante 15-30 minutos, se aprecia una vulneración del artículo 3 al entender que existe una necesidad médica que justifica la adopción de estas medidas. Pero es que, además, resulta sorprendente que tras la entrada en vigor de la CDPD el TEDH no se haya pronunciado sobre la admisibilidad del tratamiento médico al que las personas privadas de libertad fueron sometidas sin su consentimiento incluso en aquellos casos en los que consideró que tenían “de hecho” capacidad para pronunciarse sobre el internamiento. En *Shtukaturov v. Russia* el TEDH no entra a valorar si el tratamiento administrado supone una vulneración del art. 3 de la CEDH al considerar que no están suficientemente probados los hechos que se alegan, ni la administración del tratamiento en cuestión, ni sus efectos adversos. En *Stanev v. Serbia* sí se aprecia una vulneración del art. 3, pero basada en las condiciones deplorables del centro en el que se produce el internamiento y tampoco se analiza en detalle la cuestión del tratamiento médico. En *DD. v. Lithuania*, no se tiene en cuenta que no se informó a *DD.* de los efectos del tratamiento y que en ocasiones no consintió su administración.

<sup>45</sup> Pueden consultarse en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=5](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=5)

<sup>46</sup> En este sentido, el Comité ha afirmado que violan la prohibición de privación de la libertad por motivos de discapacidad aquellas legislaciones (como la sueca o la austriaca) que permiten que una persona sea internada o recluida en contra su voluntad en un centro médico o en una institución psiquiátrica “si presenta una discapacidad psicosocial y se considera que representa un peligro para sí misma o para los demás”; las normas que “atribuyen a la persona con discapacidad la posibilidad de generar daño para sí misma u otras personas o le atribuyen la necesidad de cuidado y tratamiento” (como ocurre en El Salvador) y las regulaciones que usan el internamiento como instrumento para mantener el orden público (como sucede en China).

de decisiones” es una práctica que “constituye una privación arbitraria de la libertad y viola los artículos 12 y 14 de la Convención”<sup>47</sup>.

Además, en algunas de sus *Observaciones Finales* el Comité se ha pronunciado sobre el régimen de inimputabilidades y la regulación de las medidas de seguridad penal exigiendo el cumplimiento escrupuloso y en condiciones de igualdad de las garantías del debido proceso<sup>48</sup>. Aunque en su *Comentario General sobre el artículo 12* antes citado el Comité no se pronuncia explícitamente sobre esta cuestión su Vicepresidente, si bien en una opinión particular, sí ha afirmado que “el régimen penal especial previsto para personas con discapacidad en la mayoría de los países del mundo, tiene que ser sometido a una profunda revisión a la luz de los estándares contenidos en la CDPD”<sup>49</sup>.

Asimismo, en sus *Observaciones Finales* el Comité ha vinculado reiteradamente el artículo 14 con el artículo 15, relativo a la prohibición de la tortura y penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes aludiendo en ocasiones a las condiciones de reclusión y al sometimiento a tratamientos psiquiátricos especialmente agresivos<sup>50</sup> y con el artículo 19 abogando por promover la

<sup>47</sup> CRPD/C/GC/1, 11 de abril de 2014, disponible en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en).

<sup>48</sup> En el caso de Argentina expresa su preocupación debido a que cuando “una persona con discapacidad psicosocial o intelectual es declarada inimputable en un proceso penal, no se aplica procedimiento alguno en el que se respeten las garantías del debido proceso y se le priva inmediatamente de la libertad sin que siquiera se acredite su vinculación con el hecho” y ha solicitado la adecuación de la legislación penal “para que la decisión sobre la imposición de medidas de seguridad a personas que son declaradas inimputables solo se tome una vez que se ha seguido un proceso en el que se respeten las garantías de defensa y asistencia letrada, incluidos los ajustes de procedimiento que puedan llegar a necesitarse para garantizar el ejercicio de los derechos”, CRPD/C/ARG/CO/1, 22 de octubre de 2012.

También en el caso de Costa Rica, en sus consideraciones en relación con el derecho de acceso a la justicia, el Comité recomienda al Estado que reforme su legislación penal, con el objeto de que “las sanciones aplicables a personas con discapacidad estén sujetas a las mismas garantías y tengan las mismas condiciones que cualquier otra persona sometida a un proceso, previendo en su caso la aplicación de ajustes razonables y de procedimiento”, CRPD/C/CRI/CO/1, 12 de mayo de 2014.

<sup>49</sup> Vid. su *Opinión sobre el proyecto de Ley Orgánica 121/000065*, cit., Como indica T. MINKOWITZ, *Why Mental Health Laws Contravene the CRPD*, cit., “la declaración de no culpable por razones de demencia también priva a los individuos de una determinación clara de la responsabilidad”, promueve “la segregación y marginación” y se traduce en la “detención indefinida en instituciones psiquiátricas, “en las condiciones más duras” y con una duración “extremadamente larga” por lo que viola tanto el reconocimiento de la capacidad de las personas con discapacidad como su derecho a la libertad.

<sup>50</sup> Por ejemplo se refiere en el caso de Austria a la utilización de “camas red” y otros medios de “restricción física” en instituciones psiquiátricas (CRPD/C/AUT/CO/1, 30 de

desinstitucionalización de las personas con discapacidad mediante la puesta en marcha de servicios y programas que permitan su inclusión en la comunidad. Finalmente, el Comité ha mostrado su preocupación por las malas condiciones de vida de las personas con discapacidad en determinados lugares de privación de libertad<sup>51</sup>. En este punto adquiere también relevancia el *Dictamen del Comité de 18 de junio de 2014*, en relación con la comunicación individual n° 8/2012 presentada contra el Estado argentino<sup>52</sup>, en el que se analiza el alcance de las obligaciones de accesibilidad y de realización de ajustes razonables en relación con una persona con movilidad reducida privada de libertad<sup>53</sup>.

---

septiembre de 2013); en el caso de Suecia al empleo de terapia electroconvulsiva (CRPD/C/SWE/CO/1, 12 de mayo de 2014) y en el de China al recurso a la terapia correctiva, (CRPD/C/CHN/CO/1/Corr.1, 14 de noviembre de 2012). En otras Observaciones (como en el caso de España, CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011) alude genéricamente, a la necesidad de que todas las intervenciones en materia de salud mental se basen en el consentimiento de la persona o muestra su preocupación general porque se administren tratamientos médicos no consentidos (como sucede en el caso de Costa Rica CRPD/C/CRI/CO/1 12 de mayo de 2014 y El Salvador CRPD/C/SLV/CO/1, 13 de septiembre de 2013). Importa recalcar que en las *Observaciones Finales* sobre Azerbaiyán, las más recientes en el momento de la redacción de este trabajo, el Comité aborda conjuntamente el análisis de los artículos 14 y 15, (CRPD/C/AZE/CO/1, 12 de mayo de 2014).

<sup>51</sup> Por ejemplo, en las Observaciones sobre Azerbaiyán, (CRPD/C/AZE/CO/1, 12 de mayo de 2014). En el caso de Hungría el Comité valora positivamente la realización de ajustes razonables para las personas con discapacidad privadas de libertad (CRPD/C/HUN/CO/1, 22 de octubre de 2012).

<sup>52</sup> CRPD/C/11/D/8/2012.

<sup>53</sup> A juicio del Comité “los Estados partes deben adoptar todas las medidas pertinentes, incluyendo la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, a fin de que las personas con discapacidad privadas de libertad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida diaria del lugar de detención, entre otras, asegurando su acceso, en igualdad de condiciones con las demás personas privadas de libertad, a los diversos ambientes físicos y servicios, tales como baños, patios, bibliotecas, talleres de estudio o trabajo, servicios médico, psicológico, social y legal”. En este caso considera el Comité “que el Estado parte no ha probado fehacientemente que las medidas de ajuste tomadas en el complejo penitenciario sean suficientes para garantizar el acceso del autor al cuarto de baño y ducha, al patio y al servicio de enfermería, de la manera más independiente posible” y observa “que el Estado no ha alegado la existencia de obstáculos que le impidan tomar todas las medidas necesarias para facilitar la movilidad del autor en su entorno y tampoco ha desvirtuado las alegaciones del autor sobre la persistencia de barreras arquitectónicas” por lo que considera que “en ausencia de suficientes explicaciones, el Estado parte ha incumplido sus obligaciones en relación con el artículo 9, párrafo 1, apartados a) y b) y el artículo 14, párrafo 2 de la Convención”.

Analizado de un modo básico el significado del artículo 14 y expuestas con carácter general sus principales implicaciones en los ordenamientos jurídicos internos se tratará de determinar en concreto las adaptaciones normativas que es preciso realizar en el sistema español para cumplir con sus exigencias.

### 3. LA REGULACIÓN LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y SU REVISIÓN A LA LUZ DE LA CDPD

El derecho a la libertad y a la seguridad personal se recoge en el artículo 17 de la Constitución Española (CE) cuyo apartado 1 dispone: “*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley*”<sup>54</sup>. Si bien este genérico reconocimiento incluye obviamente a las personas con discapacidad<sup>55</sup>, al igual que sucede en otros muchos sistemas jurídicos, la propia legislación española prevé “*casos*” y “*formas*” de privación de libertad que implican el establecimiento de un régimen especial para las personas con discapacidad, singularmente personas con discapacidad psicosocial e intelectual tanto en el ámbito civil (a través de la figura del internamiento involuntario) como en el ámbito penal (a través del sistema de medidas de seguridad). A mi modo de ver, este régimen diferenciado vulnera las exigencias recogidas en el artículo 14 de la CDPD y, con ello, el artículo 17 CE en tanto, como es sabido, los derechos fundamentales reconocidos en nuestra norma constitucional deben interpretarse, en virtud del artículo 10.2, de conformidad con los Tratados Internacionales sobre esta materia ratificados por España<sup>56</sup>. En todo caso, también el artículo 25 de la CE –que se conecta claramente con el artículo 14 al

---

<sup>54</sup> El TC en repetida doctrina desde los inicios de su actividad considera que el significado del valor constitucional de libertad que protege el artículo 17 se refiere a la libertad personal entendida como seguridad personal, esto es, con sus propias palabras: “El derecho que consagra el art. 17 es un derecho a la seguridad personal y por consiguiente a la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas de detención o de otras similares, que puedan restringir la libertad personal o ponerla en peligro” (por todas STC 126/1987).

<sup>55</sup> Importa precisar que este reconocimiento obligó a una reforma sustancial de la legislación preconstitucional en materia de tratamiento jurídico de las personas con discapacidad mental e intelectual. En el plano doctrinal suele señalarse que el primer intento serio de abordar la problemática jurídica de las personas con enfermedad mental en España es la obra de R. BERCOVITZ, *La marginación de locos y el Derecho*, Taurus, Madrid, 1976.

<sup>56</sup> Vid. en este sentido P. CUENCA GÓMEZ, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*, cit., en especial Capítulo 2.

recoger el principio de legalidad penal, establecer la reeducación y reinserción social como finalidad de las penas y medidas de seguridad y señalar que las personas privadas de libertad gozarán de todos sus derechos fundamentales a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio- estaría en cuestión.

Pues bien, al menos en lo que atañe a las medidas de seguridad penal, la regulación española no cumple estrictamente el principio de legalidad ni reconoce suficientes garantías desde la óptica del debido proceso por lo que se enfrenta a la primera de las perspectivas recogidas en el artículo 14.1 de la CDPD. Claramente nuestra normativa civil y penal vulnera, además, la segunda y tercera de sus perspectivas al contemplar la discapacidad como una causa que justifica la privación de la libertad y no respetar la exigencia de igual tratamiento. En este sentido, la legislación española establece arbitraria e injustificadamente unas condiciones particulares para la privación de la libertad de ciertas personas por razón de su discapacidad, condiciones que resultan perjudiciales en relación con el tratamiento general que reciben el resto de los ciudadanos. Una vez que, en virtud de este régimen especial o de acuerdo con el régimen general, las personas con discapacidad son privadas de su libertad la normativa española tampoco garantiza su adecuado tratamiento de conformidad con los objetivos y principios contemplados en la CDPD tal y como exige el artículo 14.2, ni se garantiza que puedan ejercer los derechos que no se ven afectados por su situación de reclusión.

En la regulación de la privación de libertad de las personas con discapacidad el sistema español se enfrenta, asimismo, con todo el entramado filosófico y normativo del artículo 14 CDPD en tanto se inspira claramente en el modelo médico y la perspectiva asistencialista, avala su discriminación por motivos de discapacidad, maneja una visión de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial basada en prejuicios y estereotipos contemplándolas como personas vulnerables necesitadas de especial protección o como individuos potencialmente peligrosos, permite su sustitución por un tercero en la toma de decisiones, no contiene medidas orientadas a asegurar la participación efectiva de las personas con discapacidad en los procesos judiciales en los que se decide sobre la privación de su libertad, no garantiza el diseño y funcionamiento de los centros de internamiento y reclusión de acuerdo con las exigencias de accesibilidad, realización de ajustes y provisión de apoyos para el ejercicio de los derechos, no asegura que los tratamientos médicos a los que son sometidas las personas con discapacidad privadas de libertad se

realicen sobre la base de su consentimiento libre e informado y no dispone de los recursos sociosanitarios para hacer realidad el derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad capaces de evitar situaciones de desatención que aboquen a las personas con discapacidad a la institucionalización forzosa o al sistema penitenciario.

Tras estas reflexiones generales, se analizará con algún detalle la regulación española del internamiento no voluntario y de las medidas de seguridad en aras de poner de relieve su incompatibilidad con la CDPD y realizar algunas propuestas para su revisión.

### 1.1. El internamiento no voluntario

En el sistema jurídico español la figura del internamiento no voluntario se regula en la actualidad en el artículo 763 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC)<sup>57</sup> cuya redacción es fruto de las sucesivas reformas que tras la aprobación de la CE se han sucedido para adaptar nuestra legislación a los estándares internacionales<sup>58</sup>.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 132/2010 de 2 de diciembre ha considerado “formalmente” inconstitucional este artículo –o para ser más precisos su inciso 1– pues, a pesar de implicar una limitación del derecho fundamental a la libertad personal, no ostenta rango de ley orgánica sino de ley ordinaria. En todo caso el TC –apelando a la necesidad de evitar un “vacío normativo” – no ha procedido a declarar la nulidad de este precepto<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.*

<sup>58</sup> La *Ley 13/1983, de 24 de octubre* procedió a la reforma del *Código civil* regulando el internamiento involuntario del “presunto incapaz” en el artículo 211 que, frente a la regulación anterior contenida en el *Real Decreto de 3 de julio de 1931 sobre asistencia de enfermos psiquiátricos*, estableció el preceptivo control judicial del internamiento. Esta regulación fue reformada por la *Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero* para introducir la alusión al internamiento de los menores de edad, reforma que se aprovechó para sustituir la referencia al presunto incapaz – que generaba importantes confusiones con la figura de la incapacitación – por la alusión al trastorno psíquico. A pesar de que este precepto fue declarado constitucional en la STC 129/1999, se criticó desde el inicio su parquedad y se advirtieron deficiencias y lagunas (ver, además de importantes opiniones doctrinales la posición del Defensor del Pueblo en su *Informe sobre la situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España, Madrid, 1991*) lo que finalmente dio lugar a su derogación y a la regulación más detallada y garantista del internamiento involuntario en el artículo 763 de la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.*

<sup>59</sup> Alega el Tribunal en la sentencia antes citada que estamos “en presencia de una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar; razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica”. La

y tampoco ha entrado en el análisis de fondo de su compatibilidad con la regulación contenida en la CDPD.

El artículo 763<sup>60</sup> permite el internamiento *involuntario* (esto es, en contra de la voluntad, o sin que concurra la voluntad de la persona afectada)<sup>61</sup> *por razón de trastorno psíquico* (referencia que se ha señalado suscita bastantes

---

necesidad de establecer esta regulación por Ley Orgánica se ha reiterado en la STC 141/2012 de 2 de julio.

<sup>60</sup> El tenor literal de este precepto es el siguiente

*“1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.*

*La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.*

*En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 757 de la presente Ley.*

*2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.*

*3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el art. 758 de la presente Ley.*

*En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.*

*4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.*

*Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.*

*Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente”.*

<sup>61</sup> M.J. SANTOS MORÓN, *El supuesto de hecho del internamiento involuntario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 44.

dudas<sup>62</sup> que se proyectan, como enseguida se comprobará, en la delimitación de su ámbito de aplicación) de una persona *que no esté en condiciones de decidirlo por sí* (lo que se identifica con la ausencia de capacidad para otorgar su consentimiento<sup>63</sup> y justifica su sustitución por un tercero, en este caso por un juez<sup>64</sup> que basa su criterio en un dictamen médico<sup>65</sup>, sin que se provean los apoyos necesarios que potencien la posibilidad de que decida por sí misma la propia persona).

Desde un punto de vista material es común señalar que la regulación española del internamiento no voluntario se aparta de los criterios tradicionales seguidos en las legislaciones europeas en tanto no se hace referencia al factor “riesgo” o a la “peligrosidad” para la propia persona o para terceros<sup>66</sup> y tampoco a su falta de capacidad para cuidar de sí misma, lo que, en todo caso, no impide que *de facto* tras la mayor parte de los ingresos subyazcan estos criterios<sup>67</sup>. En relación con lo anterior, conviene advertir que la redacción genérica del supuesto de hecho del internamiento involuntario ha suscitado un importante debate doctrinal y jurisprudencial<sup>68</sup> entre quienes lo interpretan en un sentido estricto limitado al ingreso de personas con discapacidad psicosocial en centros psiquiátricos con finalidades exclusivamente terapéuticas<sup>69</sup> y quienes abogan por una comprensión más amplia que abarcaría

<sup>62</sup> C. ESPEJEL JORQUERA, “El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Comentarios al art. 763 L.E.C”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol. 4, 2004, pp. 47-62, p. 51.

<sup>63</sup> R. RAMÍREZ RUIZ, “Internamiento involuntario y tratamiento ambulatorio forzoso. El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000”, X Jornadas Aequitas: Derecho y situaciones de discapacidad, Bilbao 22-24 de febrero de 2006, pp. 11 y 12.

<sup>64</sup> Se ha señalado que el papel del juez en los internamientos es, precisamente, integrar la prestación de este consentimiento por quien no puede decidir por sí, es decir, sustituir a las personas que presentan un “trastorno psíquico” en la prestación del consentimiento para su internamiento.

<sup>65</sup> La indicación médica se considera imprescindible para la autorización del internamiento. De hecho, gran parte de la doctrina entiende que el internamiento es un problema médico y sostiene que el criterio que debe seguirse es el del especialista considerando la intervención judicial como una garantía de derechos, C. ESPEJEL JORQUERA, “El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Comentarios al art. 763 L.E.C.”, cit., p. 57.

<sup>66</sup> C. E. FERREIROS MARCOS, *Salud mental y derechos humanos La cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario*, CERMI, Madrid, 2007, pp. 181 y 182 y L.F. BARRIOS FLORES, “El ingreso psiquiátrico involuntario de carácter urgente: una revisión, tras la STC 141/2012, de 2 de julio”, *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.*, num. 32, vol. 116, 2012, pp. 829-847, p. 831.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> Que provoca que exista una importante disparidad de criterios y soluciones y genera una gran inseguridad jurídica.

<sup>69</sup> Así, por todas, la Audiencia Provincial de Barcelona en sus autos de 10 de febrero de 1998 y 5 de febrero de 1999 entiende que el internamiento no voluntario tan sólo engloba el ingreso

cualquier ingreso que implique una restricción de la libertad deambulatoria de toda persona que por sus “condiciones psíquicas” no puede prestar su consentimiento tanto en centros de naturaleza sanitaria o de salud mental como en centros de atención residencial y ya tenga un fin prioritariamente terapéutico o asistencial. Ello implica extender a estas situaciones el control judicial y las garantías previstas en el artículo 763<sup>70</sup>. Asimismo, importa señalar que aunque el criterio del peligro para terceros es en la práctica empleado en ocasiones como justificación del internamiento gran parte de la doctrina señala que, si bien el internamiento puede orientarse a evitar perjuicios a terceros<sup>71</sup>, en nuestro sistema no tienen cabida el internamiento con el solo objetivo de apartar a una persona de la sociedad (con fines únicamente preventivos o de mera custodia o vigilancia) considerándose preciso que la medida –a través de la intervención terapéutica o asistencial– redunde siempre en beneficio del afectado<sup>72</sup>.

---

de una persona con “enfermedad mental” en un “centro psiquiátrico” con el objetivo de lograr “su curación o atenuación del rigor de su enfermedad, así como evitar cause daños a sí mismo o a terceros”. Desde esta visión, se sostiene que el ingreso de ancianos en centros geriátricos sin contar con su consentimiento no debe estar sujeto a control judicial y no supone privación de la libertad

<sup>70</sup> Desde esta interpretación el “trastorno psíquico” englobaría un gran espectro de discapacidades de carácter mental, intelectual, deterioros cognitivos asociados a la edad o discapacidades de naturaleza física que supusieran una afectación a las condiciones psíquicas, como sucede con los traumatismos. Vid. una síntesis de los argumentos a favor de esta posición en C. GANZENMULLER “El internamiento no voluntario” en J. LAORDEN, (dir.), *Los derechos de las personas con discapacidad, Vol. I, Aspectos jurídicos*, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 365-395, pp. 377 y ss. Esta posición ha sido asumida por algunas Comunidades Autónomas en la regulación de los ingresos residenciales. Además, en el *Informe del Defensor del Pueblo al Ministerio de Justicia de 11/11/2005* –emitido al hilo de la discusión acerca de la regulación de los tratamientos ambulatorios involuntarios, a la que luego me referiré– se recomienda “que el régimen de garantías que actualmente contempla el artículo 763 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* y el que en el futuro pueda contemplar ese artículo, se haga extensivo de manera expresa a todas aquellas personas que padezcan enfermedades psíquicas de carácter crónico, degenerativo o de otro tipo que les impida gobernarse por sí mismas, garantizándose en todo caso la voluntad de la persona afectada a la hora de prestar su consentimiento cuando tenga capacidad para ello y se pretenda su internamiento en un centro en el que se limitará su libertad”. Asimismo es la opinión compartida por la Fiscalía General del Estado expresada ya en la *Instrucción 3/90 de 7 de mayo* y en la *Consulta 2/93 de 15 de junio* en relación con el artículo 211.

<sup>71</sup> Asimismo se ha indicado que este patrón no puede asociarse a un pronóstico impreciso de actos futuros sino que se refiere a casos inminentes en los que viene a coincidir con un diagnóstico agudo de la “enfermedad”, por lo que entraría dentro de la indicación terapéutica, C. FERREIROS MARCOS, *Salud mental y derechos humanos*, cit., p. 183.

<sup>72</sup> R. RAMÍREZ RUIZ, “Internamiento involuntario y tratamiento ambulatorio forzoso”, cit., pp. 14 y 15. Así se ha señalado que la legislación postconstitucional dejaría atrás completamente la legislación preconstitucional de “peligrosidad social”. En todo caso, parece

Desde un punto de vista formal, ciertamente, la legislación española es más garantista que otras legislaciones domésticas en tanto requiere siempre autorización judicial (y no simplemente administrativa, previa en el caso de los internamientos ordinarios o a posteriori en los de urgencia); incluso cuando la persona tiene modificada su capacidad de obrar (sin que el consentimiento del tutor permita considerar el internamiento como voluntario) y contiene diversas previsiones que tratan de asegurar el cumplimiento de las exigencias del debido proceso (entre ellas, la participación del Ministerio Fiscal, el obligado examen y audiencia del interesado y la emisión del dictamen de un facultativo, la posible audiencia de otras personas que el juez estime conveniente o le sea solicitada por la persona afectada, la posibilidad de que la persona cuente con representación y defensa, la disposición de un recurso para cuestionar la decisión y el establecimiento de controles periódicos a través de la remisión a la autoridad judicial, al menos cada seis meses, de informes realizados por los facultativos que atienden a la persona que deben pronunciarse sobre la necesidad del mantenimiento de la medida).

Por otro lado –y puesto que el internamiento involuntario es una forma civil de privación de libertad y, por tanto, una restricción de un derecho fundamental– en su adopción resulta de aplicación la doctrina consolidada del TC en relación con la limitación de los derechos fundamentales que requiere el recurso a los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad<sup>73</sup> que exigen que tal limitación tenga una justificación objetiva y razonable, y, por ende, que persiga una finalidad legítima; que resulte apropiada para conseguir ese fin que se pretende; que sea la menos gravosa de las disponibles implicando la menor afectación posible al derecho objeto de limitación y que no sea desproporcionada. Expresamente ha señalado el TC que, en tanto el artículo 763 establece una medida que implica una privación de un derecho tan importante como la libertad personal, es exigible una motivación expresa y reforzada de la concurrencia de estos elementos<sup>74</sup>.

Así, de acuerdo con este marco normativo, el internamiento involuntario debería configurarse como una medida extraordinaria y excepcional orientada a responder a situaciones graves y urgentes en las que resulten in-

---

dudoso que esta afirmación pueda mantenerse en relación con la regulación penal de las medidas de seguridad, como luego se verá.

<sup>73</sup> Vid. por todas STC 141/2012 de 2 de julio.

<sup>74</sup> En este sentido se ha indicado que los informes forenses –elemento central en el los que los jueces fundamentan su decisión– deben incluir una concreta argumentación acerca de la necesidad y proporcionalidad de la medida y no responder a fórmulas estereotipadas, STC 141/2012 de 2 de julio.

suficientes otros mecanismos de protección alternativos menos restrictivos<sup>75</sup>. Y en su adopción y desarrollo deberían aplicarse rigurosamente las exigencias contempladas en el artículo 763.

Ahora bien, no es menos cierto que en la práctica se ha procedido a un uso cada vez más extendido de la figura del internamiento involuntario, basada en la consideración de que la intervención judicial que la aplicación del artículo 763 asegura implica una garantía adicional en ingresos de carácter prioritariamente asistencial y fomentada por la inexistencia de recursos alternativos y por la ausencia de mecanismos de apoyo que permitan a las personas con “trastornos psíquicos” tomar sus propias decisiones en relación con su ingreso en instituciones médicas o centros residenciales. Así, como han denunciado diversos operadores entre ellos el CERMI, el internamiento involuntario se ha convertido en una medida ordinaria de atención a las personas con discapacidad<sup>76</sup>. Esta circunstancia – debido en parte a la carga de trabajo de los operadores implicados pero también a una actitud benevolente en relación con su adopción que se justifica en el bienestar del afectado– ha redundado en una actividad judicial en muchos casos mecánica o rutinaria<sup>77</sup> en la que se ha optado por una interpretación lo menos exigente posible de los requisitos recogidos en el artículo 763<sup>78</sup>. Por otro lado, el fenómeno de la puerta giratoria y de la puerta de tránsito al sistema penal –debido a los incidentes que pueden tener lugar durante la ejecución forzosa de un internamiento para cuya realización no existen protocolos adecuados– revelan la ineficacia de esta medida en la mayoría de los casos.

La indeterminación del ámbito del precepto, sus déficits y las disfunciones detectadas en su aplicación<sup>79</sup> así como el debate acerca de la necesidad de regular los tratamientos médicos involuntarios de carácter ambulatorio han

---

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> *Derechos Humanos y Discapacidad*, Informe España, 2010.

<sup>77</sup> Real Patronato sobre Discapacidad, *Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, disponible en [www.notariosyregistradores.com/.../2013-reforma-aequitas.htm](http://www.notariosyregistradores.com/.../2013-reforma-aequitas.htm)

<sup>78</sup> Así, por ejemplo, salvo en supuestos absolutamente excepcionales, los expedientes de ingreso se tramitan sin que la persona ingresada disponga de representación y defensa; el control periódico se realiza en los plazos máximos indicados; o no se suele escuchar a las personas del entorno en especial en los internamientos urgentes.

<sup>79</sup> Existiendo casos en los que los internamientos se han prolongado por más tiempo del necesario al limitarse el control judicial a la recepción de informes de los facultativos del centro que en muchos casos son reiterativos y estereotipados lo que resulta especialmente peligroso cuando puede existir un interés en que se prolongue el internamiento y concurrir situaciones en las que los centros de internamiento no son adecuados para el tratamiento de la persona etc.

dado lugar a diversas propuestas para mejorar la regulación contenida en el artículo 763<sup>80</sup>. Además, tras la entrada en vigor de la CDPD se han realizado propuestas de modificación orientadas a la interpretación de este precepto de conformidad con sus exigencias<sup>81</sup> y a su actualización y reubicación<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Ciertamente, en el año 2004 el Grupo Parlamentario de Convergencia y Unió, a instancias de la Confederación española de Asociaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mentales (F.E.A.F.E.S.), planteó una iniciativa –que finalmente no fructificó al retirarse el proyecto de ley en el que finalmente se incluyó– para modificar el artículo 763 incluyendo un nuevo apartado 5 con el objetivo de incorporar la regulación de estos tratamientos que dio lugar a una amplia discusión que trascendió la sede parlamentaria y en la que se plantearon otras reformas en la regulación del internamiento no voluntario. Entre las propuestas realizadas destacan las del Defensor del Pueblo que –en su Informe al Ministerio de Justicia de 11/11/2005 ya citado– se decantó por considerar innecesaria esta regulación, pero recomendó modificar el artículo 763 para extender expresamente su ámbito de aplicación a los ingresos en centros residenciales; contemplar “la necesidad de contar con la autorización o comunicación judicial pertinente cuando el proceso sanitario aconseje la adopción de medidas de contención mecánica u otras restrictivas de la libertad individual o de otros derechos fundamentales” e “introducir el control judicial en aquellos casos que se apliquen tratamientos especialmente invasivos, especialmente cuando no sea coincidente el criterio médico y el de la persona que presta el consentimiento en representación del enfermo que no está en condiciones de decidir por sí mismo”. Recomendaciones similares se habían realizado en su informe de 2004 *La protección y atención socio-sanitaria de los enfermos mentales: Carencias actuales* y en su informe de 1991 (ya citado y relativo al entonces vigente artículo 211 del Código civil) *La situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España*.

<sup>81</sup> Así, desde el Ministerio Fiscal se propone para la adecuación del artículo 763 a la CDPD, tener en cuenta, entre otras consideraciones: el abandono de la denominación internamiento con una clara connotación sancionadora por el término ingreso, el control riguroso de la concurrencia de los requisitos exigidos para la realización de este tipo de ingresos, la intervención de juzgados especializados, la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad y administraciones implicadas en la defensa de sus derechos, la obligatoriedad de la asistencia jurídica y su gratuidad, extremar el control del contenido y los plazos del control periódico de la ejecución de los ingresos que debe contemplar la audiencia de la persona ingresada y la emisión de informes por peritos independientes de los facultativos del centro, el establecimiento de pautas para el desarrollo de actividades de inspección por parte de la Fiscalía que deben incorporar medidas para asegurar la protección de la integridad patrimonial, la adopción de medidas cautelares para la protección de los derechos de la persona afectada etc. Vid. *Manual de buenas prácticas de los servicios especializados del Ministerio Fiscal en la protección las personas con discapacidad y apoyos en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre las personas con discapacidad*, Cuadernos prácticos de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006”, Fundación Aequitas, disponible en [http://www.fiscal.es/cs/Satellite?cid=1240559967837&language=es&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE\\_buscadorDocEspecialista](http://www.fiscal.es/cs/Satellite?cid=1240559967837&language=es&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_buscadorDocEspecialista).

<sup>82</sup> Por su parte, la Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN), Grupo de Ética y Legislación, en su “Propuesta de Regulación de los Ingresos Involuntarios. A propósito de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 763-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en

Pues bien, a mi modo de ver, la implementación de la CDPD requiere la derogación del internamiento involuntario regulado en el artículo 763<sup>83</sup>. Así se desprende de la *Observación General* del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad antes citada, pero, además, en concreto de sus *Observaciones finales* sobre el informe inicial presentado por el Estado español<sup>84</sup>. Ciertamente, la regulación española del internamiento no voluntario resulta incompatible con el artículo 14.1 de la CDPD, en conexión con los artículos 12 y 13 de la CDPD, en tanto se concibe expresamente como una forma especial de privación de libertad directamente fundamentada en la discapacidad o deficiencia que supone la sustitución de la persona en la toma de decisiones a través de un procedimiento –que si bien está fijado en

---

virtud de sentencia del Tribunal Constitucional nº 132/2010 de 2 de diciembre” (*Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.*, núm. 32 (114), 2012, pp. 429-434) aboga por regular los ingresos involuntarios en la *Ley de Autonomía del paciente*, por ampliar la legitimidad para la solicitud el ingreso; por exigir al facultativo que se pronuncie expresamente sobre la capacidad de la persona para decidir por sí sobre el ingreso, las alternativas al ingreso y otras circunstancias concurrentes, lo que incluiría la existencia de apoyo social o familiar; por garantizar la representación y defensa obligatorias; por establecer medidas de protección; por aludir expresamente al disfrute de los derechos fundamentales por parte de las personas internadas; por la introducción de salvaguardas y control judicial de las medidas especialmente restrictivas de derechos, como la aplicación de medios de contención, entre otras modificaciones.

<sup>83</sup> En este sentido se ha pronunciado, por ejemplo, el Real Patronato de Discapacidad, *Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, disponible en [www.notariosyregistradores.com/.../2013-reforma-aequitas.htm](http://www.notariosyregistradores.com/.../2013-reforma-aequitas.htm); el CERMI en sus informes *Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2010, 2011 y 2012* y el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” en sus informes *Capacidad jurídica y discapacidad, Consolider-Ingenio 2010*, núm. 23, 2012 y *Capacidad jurídica e internamiento involuntario* recogido como anexo en el Informe CERMI *Derechos Humanos y Discapacidad*, 2013.

<sup>84</sup> El Comité “toma nota del régimen jurídico que permite el internamiento de las personas con discapacidad, incluidas las personas con discapacidad intelectual y psicosocial (“enfermedad mental”), en establecimientos especiales. Le preocupa que, según se informa, se tienda a recurrir a medidas urgentes de internamiento que contienen solo salvaguardias *ex post facto* para las personas afectadas. Le inquietan igualmente los malos tratos de que, según se informa, son objeto las personas con discapacidad internadas en centros residenciales o en hospitales psiquiátricos” y “recomienda al Estado parte que revise sus disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por motivos de discapacidad, incluidas las discapacidades mentales, psicológicas o intelectuales; que derogue las disposiciones que autorizan el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada, y que adopte medidas para que los servicios médicos, incluyendo todos los servicios relacionados con la salud mental, se basen en el consentimiento otorgado con conocimiento de causa por el interesado”.

la ley y contempla algunas garantías- no asegura la efectiva participación de la persona afectada. Y, además, su aplicación práctica se enfrenta con el artículo 14.2 de la CDPD, en conexión con sus artículos 15 y 25 CE, al no adoptarse las salvaguardas necesarias para que la autorización del internamiento no se convierta en un cheque en blanco que permita la restricción de los derechos de la persona internada que no se ven afectados de forma inherente por la medida, en especial del derecho a no recibir tratamientos médicos sin su consentimiento libre e informado<sup>85</sup>.

En todo caso, importa aclarar que la CDPD no impide cualquier regulación de los ingresos no voluntarios que podrían considerarse justificados en algunas situaciones. Lo que exige es que los supuestos de hecho de estos ingresos no se basen en condiciones personales vinculadas o evaluadas directa o indirectamente sobre la base de la existencia de una discapacidad, sino en situaciones de necesidad objetiva –terapéutica o asistencial– definidas de un modo neutral en relación con la discapacidad y las deficiencias. En esta línea la regulación de estos ingresos debería reconducirse a la legislación general aplicable a las personas con y sin discapacidad que resulte pertinente en función de cada situación y abordarse de acuerdo con los principios propios de cada ámbito normativo interpretados, además, de conformidad con las exigencias de la CDPD<sup>86</sup>.

Como señala el Real Patronato sobre Discapacidad la actual legislación sanitaria ofrecería un marco adecuado para abordar de manera normalizada y de acuerdo con el principio básico de respeto a la autonomía del paciente los ingresos sin consentimiento (al igual que otros tratamientos hospitalarios y domiciliarios) por razones de protección de la salud pública o personal (incluida la protección de la salud mental)<sup>87</sup>. En todo caso, la adaptación de

---

<sup>85</sup> Según algunos expertos la aplicación tratamientos médicos y medidas agresivas, como el uso de medios de contención, deberían contar con autorización judicial expresa, pero el tenor del artículo 763 no garantiza que la misma se solicite y de hecho en la práctica no es lo común. Vid. R. RAMÍREZ, “Internamiento involuntario y tratamiento ambulatorio forzoso, cit., pp. 19 y ss. siguiendo a M. AZNAR LÓPEZ.

<sup>86</sup> De nuevo esta la posición defendida por el Real Patronato de Discapacidad, el CERMI y el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” en los informes antes citados.

<sup>87</sup> En este sentido conviene tener presente, como advierte entre otros O. GONZÁLEZ ÁLVAREZ “El tratamiento ambulatorio involuntario de los enfermos mentales. El trasfondo de un prolongado debate” *Portularia* vol. vi, núm. 1-2006, pp. 121-130, que la *Ley 3/1986 General de Sanidad de 25 de abril* estableció el principio general de plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general y la equiparación del en-

esta legislación a la Convención, exigiría la revisión de algunas previsiones, entre ellas, las relativas al consentimiento por representación que deberían ser sustituidas por la regulación del consentimiento con apoyos. Asimismo, podría optarse por la aprobación de una Ley general de intervenciones médicas no consentidas que regulase con detalle todas las situaciones, aplicable a las personas con y sin discapacidad<sup>88</sup>.

Por su parte, la regulación del supuesto en el que podría considerarse justificada la institucionalización involuntaria de una persona debido a una necesidad de atención y cuidado debería acometerse en la legislación asistencial ahora en sintonía con el principio básico de promoción de la autonomía personal<sup>89</sup>. También esta legislación tendría que ser revisada para su adaptación a la CDPD, entre otras cosas, con el objetivo de garantizar, de nuevo, los apoyos pertinentes a la hora de decidir sobre la adopción de un ingreso residencial.

En ambos supuestos el ingreso no voluntario debería configurarse como una práctica absolutamente excepcional por varias razones. En primer lugar, porque se trataría de una medida de urgencia médica o asistencial orientada a evitar un daño grave e inminente y que –salvo en casos de protección de la salud pública– sólo podría adoptarse cuando la persona afectada esté en una situación que le impida expresar o conformar su voluntad por sí misma por cualquier medio. A la hora de valorar la concurrencia de esta situación, como ya se ha subrayado, las personas con discapacidad deberían contar con todos los apoyos y ajustes razonables necesarios para poder tomar sus propias decisiones. En segundo lugar, porque deberían implementarse medidas alternativas –dispositivos y recursos sanitarios y asistenciales suficientes y

---

fermo mental a las demás personas consagrando el derecho a la información en favor del enfermo mental así como el reconocimiento de su consentimiento como requisito previo para cualquier intervención médica, estableciéndose como una de las excepciones la falta de conciencia del enfermo y que el artículo 9 de la *Ley 41/2002 de 14 de noviembre de Autonomía del Paciente*, enumera los supuestos en que se pueden llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud de los paciente sin contar con su consentimiento.

<sup>88</sup> Idem, p. 126 recogiendo la opinión de F. SANTOS URBANEJA.

<sup>89</sup> En este ámbito la *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia* establece, en su artículo 4 destinado a la regulación de los derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia, un apartado segundo que recoge el derecho de las personas en situación de dependencia “g) A decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial h) Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio”.

de calidad- que permitieran a las personas que se encuentren en estas situaciones de necesidad terapéutica o asistencial, incluidas las personas con discapacidad, continuar viviendo en la comunidad de conformidad con el artículo 19 de la CDPD. En todo caso, la adopción de un ingreso involuntario - como último recurso - debería rodearse en todas las situaciones (sean, o no, de discapacidad) de las garantías adecuadas lo que implicaría incorporar y robustecer, en la línea de las propuestas antes citadas, algunas de las previsiones ahora incluidas en el artículo 763 y asegurar la participación plena y efectiva de la persona afectada en los procedimientos aplicables<sup>90</sup>.

Finalmente interesa señalar que de considerarse admisible un internamiento no voluntario con fines únicamente preventivos fundamentado en el peligro genérico para terceros o la agresividad social resultaría discriminatorio trazar una distinción entre las personas en función de sus condiciones psíquicas<sup>91</sup>. En todo caso, la sede adecuada para llevar a cabo esta regulación sería la legislación penal, lo que supondría la operatividad de los vigorosos principios y garantías propios de este ámbito normativo<sup>92</sup>. En este punto cobra relevancia el impacto de la CDPD en la figura de la inimputabilidad y en el sistema penal de medidas de seguridad. De esta cuestión, situada también en la órbita de influencia del artículo 14, me ocuparé en el siguiente apartado.

## 1.2. El sistema penal de medidas de seguridad

La regulación de las causas de inimputabilidad en el artículo 20 del *Código penal*<sup>93</sup> incluye algunos supuestos que afectan directamente a las personas con discapacidad psicosocial e intelectual al considerar exento de responsabilidad criminal, a quien "*a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*" o a quien "*por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infan-*

---

<sup>90</sup> Es posible que, como se han señalado algunos expertos, la regulación de las garantías procesales deba realizarse en una norma procesal pero, en todo caso, esta norma no establecería un procedimiento especial aplicable solo a las personas con discapacidad, como sucede en la actualidad. Podría discutirse, además, si dada la naturaleza de la normativa donde se regularían los aspectos materiales de los ingresos esta norma debería ser no procesal civil, sino procesal administrativa. Y si deberían existir algunas especialidades en función de que el ingreso fuese terapéutico o asistencial.

<sup>91</sup> R. RAMÍREZ RUIZ, "Internamiento involuntario y tratamiento ambulatorio forzoso", cit., p. 14 y F. BARIFFI, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica*, cit., p.429.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

cia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad". A mi juicio, esta regulación debería modificarse para definir en términos neutrales en relación con la discapacidad y las deficiencias las situaciones en las que una persona no puede comprender la ilicitud de sus actos y actuar en consecuencia<sup>94</sup>.

La legislación penal vigente, que también ha sufrido relevantes modificaciones para su adaptación a las exigencias constitucionales y los estándares internacionales, siguiendo el denominado sistema vicarial o monista<sup>95</sup> reserva las medidas de seguridad<sup>96</sup> para aquellas personas declaradas inimputables mientras que las penas resultan aplicables a los infractores considerados imputables. Entre estas medidas se incluyen medidas privativas de libertad específicamente diseñadas para las personas con discapacidad psicosocial o intelectual, como el internamiento en centro educativo especial o en centro psiquiátrico<sup>97</sup>.

Frente a la anterior regulación<sup>98</sup>, el *Código Penal* de 1995<sup>99</sup> convierte la adopción de las medidas de seguridad en facultativa (limitándola a aque-

---

<sup>94</sup> Informe del IDHBC, *Capacidad jurídica y discapacidad*, ya citado.

<sup>95</sup> Que supone la articulación de un sistema dual de respuesta frente a las conductas criminales, penas para las personas imputables y medidas de seguridad para las declaradas inimputables.

<sup>96</sup> Sobre la instauración y evolución del sistema penal de medidas de seguridad, Vid. C.E. FERREIROS MARCOS, *Salud mental y derechos humanos*, cit., pp. 199 y ss.

<sup>97</sup> En el Capítulo VII del Título VII del *Reglamento penitenciario* se regula el *Internamiento en un Establecimiento o en Unidades psiquiátricas penitenciarias*, que son las dos modalidades de cumplimiento de la medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario que se puede imponer no sólo a quienes son declarados inimputables sino también a penados que puedan encontrarse en una situación en la que no puedan comprender el sentido de la pena debido a una "enfermedad mental sobrevenida" (Vid. artículo 84 *Reglamento Penitenciario* y artículo 60 del *Código Penal*).

<sup>98</sup> Que establecía la obligatoriedad de la adopción de medidas de seguridad, no imponía límites máximos en relación con su duración ni exigía su revisión periódica lo que propició en la práctica la permanencia en régimen de internamiento de personas declaradas exentas de responsabilidad penal por periodos muy dilatados, incluso cuando habían cometido simples faltas, Vid. entre otros GIMÉNEZ GARCIA, J, "Los internamientos psiquiátricos en el orden penal. Medidas de seguridad acordadas en sentencia", *Actualidad Penal*, num. 2, vol. 11, 1993. Esta situación fue denunciada por la Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN) en diversos documentos y por el Defensor del Pueblo en su informe de 1991 *Sobre la situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España*, ya citado. Sin embargo, el TC señaló que la indeterminación de la duración de la medida era conforme con su esencia y finalidad que identificó con la prevención y curación del sometido a la misma (STC de 21 enero 1993 y ATC de 14 marzo 1994).

<sup>99</sup> Vid. sobre esta regulación M<sup>a</sup> V. SIERRA LÓPEZ, *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

llos personas declaradas inimputables que han cometido el hecho tipificado como delito cuando “*de tal hecho y de las circunstancias personales*” del sujeto se pueda deducir un “*pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos*”); introduce el criterio de proporcionalidad en relación con la gravedad del delito cometido (de manera que sólo podrán adoptarse una medida de seguridad que conlleve privación de la libertad, cuando el delito contemple, asimismo, una pena privativa de libertad y nunca por un tiempo que exceda la duración de dicha pena<sup>100</sup>) y determina los requisitos de revisión de la ejecución de las medidas (que el caso de las privativas de libertad tendrá carácter anual y puede comportar su mantenimiento, cese, sustitución o suspensión).

A pesar de estas mejoras, la regulación actual adolece de importantes déficits entre los que cabe destacar: 1) la parquedad del marco normativo de regulación, que genera inseguridad jurídica, improvisación e ineficacia<sup>101</sup> 2) la relación que en su aplicación práctica se establece entre la *anomalía psíquica* o *trastorno mental* (y su gravedad) y la valoración de la peligrosidad y la desconsideración de los factores sociales a la hora de evaluar la necesidad de la adopción de medidas de seguridad y determinar su naturaleza<sup>102</sup> 3) el excesivo recurso a medidas privativas de libertad -ante la escasez de recursos apropiados alternativos en medio abierto- y la ausencia de mecanismos de transición a la libertad que promuevan la inclusión social tras el cumplimiento de la medida de internamiento 4) el insuficiente uso de la posibilidad legalmente establecida de modificar, suspender o dejar sin efecto la ejecución de las medidas de seguridad que suelen cumplir-

---

<sup>100</sup> A. L. ORTIZ GONZÁLEZ, *Enfermedad mental y derecho penal: una realidad manifiestamente mejorable*, Consejo General de la Abogacía Española, 2012, disponible en: <http://www.abogacia.es/2012/11/07/enfermedad-mental-y-derechopenal-una-realidad-manifiestamente-mejorable>. El artículo 6.2 del Código Penal establece que “*las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor*” y el artículo 95.2 reitera que “*cuando la pena que hubiera podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 96.3*”, es decir, las medidas no privativas de libertad.

<sup>101</sup> Idem.

<sup>102</sup> F. SANTOS URBAJENA, “El discapacitado autor y víctima de delitos” en J. LAORDEN, *Los derechos de las personas con discapacidad. Vol.I: Aspectos jurídicos*, cit., pp. 487-545, p. 506 considera una práctica en la actualidad corregida pero vigente hasta hace pocos años el automatismo existente en la evaluación de la peligrosidad, que se extraía directamente del diagnóstico, frente a la evaluación exhaustiva de la culpabilidad. En este punto menciona la STC 24/1994 de 21 de enero que subraya la necesidad e importancia de investigar la “peligrosidad” en términos análogos a la “culpabilidad” y ofrece pautas para ello.

se en su integridad aunque hayan cambiado las circunstancias que inicialmente pudieron justificar su adopción e incluso cuando su mantenimiento resulta contraproducente<sup>103</sup> 5) el complejo sistema procesal existente a la hora de imponer y ejecutar una medida de seguridad que implica un reparto de funciones entre el Juez de Vigilancia Penitenciaria y el Juez o tribunal sentenciador que no existe en el caso de la aplicación de las penas y que resulta poco operativo<sup>104</sup> 6) la ausencia de previsiones que garanticen la aplicación de la legislación sanitaria general y la regulación contenida en el *Reglamento Penitenciario*<sup>105</sup> en lo que respecta al consentimiento a los tratamientos médicos en el caso de personas internadas en centros o unidades psiquiátricas en cumplimiento de una medida de seguridad<sup>106</sup> 7) la imposibilidad de adoptar el internamiento terapéutico como medida cautelar lo que implica que se recurra a la prisión provisional no garantizándose el adecuado tratamiento del interno<sup>107</sup> 8) la posibilidad de plantear tras la finalización de la medida de internamiento penal el internamiento en vía civil<sup>108</sup> 9) la primacía de lo penitenciario sobre lo asistencial en el modelo de gestión

---

<sup>103</sup> La STS de 21 de enero de 2001 insiste en que la medida de seguridad está sometida a un límite máximo establecido en la sentencia pero que éste no es irreversible o inmodificable sino que por su propia naturaleza permite “que la duración del internamiento se interrumpa antes del vencimiento cuando la recuperación o mejora de la salud mental del enajenado permite la sustitución del internamiento por otra medida de seguridad, o incluso la suspensión”.

<sup>104</sup> A.L. ORTIZ GONZÁLEZ, *Enfermedad mental y derecho penal*, cit. En la actual legislación es el Juez de Vigilancia penitenciaria quien eleva la propuesta para mantener, cesar, sustituir o dejar sin efecto la medida de seguridad y el Juez o Tribunal que la impuso quien decide.

<sup>105</sup> *Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario*.

<sup>106</sup> IDHBC, *Capacidad jurídica y discapacidad*, cit., pp. 141 y 142.

<sup>107</sup> El anteproyecto de *Código Penal* de 1991 contemplaba la posibilidad de decretar como medida cautelar sustitutiva de la prisión provisional, el internamiento o cualquier otra medida de seguridad. Sin embargo esta previsión no se incluyó finalmente en el *Código Penal* de 1995. La Fiscalía General del Estado ha señalado la necesidad de regular el internamiento psiquiátrico como medida cautelar con todas las garantías previstas para la prisión provisional y en el mismo sentido se han pronunciado entre otros C. E. FERREIROS MARCOS, *Salud mental y derechos humanos*, cit., pp. 204 y 205; N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, “Aspectos procesales de la imposición y aplicación de las medidas de Seguridad”, *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal. 1997, II, p.185 y A.L. ORTIZ GONZÁLEZ, *Enfermedad mental y derecho penal*, cit. Esta laguna provoca de nuevo soluciones contradictorias y hace que en ocasiones la prisión provisional se aplique a personas exentas de responsabilidad criminal y ello a pesar de que la STC 191/2004 consideró un “contrasentido” aplicar con carácter provisional una medida “cuya imposición con carácter definitivo está a priori descartada”.

<sup>108</sup> Por lo que debe comunicarse preceptivamente la finalización de la medida al Ministerio Fiscal, artículo 104.2 del *Código Penal*. Han criticado esta previsión, entre otros, A.J. SANZ MORÁN, “La reforma del régimen legal de las medidas de corrección y seguridad”

de los centros y unidades psiquiátricas, su falta de adaptación a la situación y necesidades de las personas con discapacidad y la deficitaria formación y especialización de su personal<sup>109</sup> 10) el incumplimiento sistemático de los criterios legalmente establecidos para la localización de estos centros lo que provoca su lejanía de los lugares de residencia habitual de los internos y dificulta su arraigo en el entorno familiar<sup>110</sup> 11) la escasa coordinación institucional, en especial con la Administración sanitaria<sup>111</sup>.

Estos problemas revelan la necesidad de proceder a una profunda revisión de la regulación actual del sistema de medidas de seguridad, necesidad que se ha hecho más evidente e imperiosa tras la entrada en vigor de la CDPD. Sin embargo, el proyecto de reforma *Código Penal*<sup>112</sup> actualmente en tramitación no sólo deja pendiente la solución de la mayoría de estos déficits<sup>113</sup> y la adaptación de la legislación vigente a las exigencias de la Convención sino que implica un retroceso sin precedentes que afecta de manera especialmente nefasta al derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad. Como ha señalado con rotundidad el Vicepresidente del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “el régimen en vigor para la aplicación de medidas de seguridad en España, ya de por sí requiere una profunda revisión a efecto de hacerlo consistente con los estándares de la CDPD, sin embargo, las propuestas de modificación que se pretenden incorporar agravan la incompatibilidad de este ordenamiento jurídico con el derecho

---

en VV.AA., *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 871-882.

<sup>109</sup> F. BUENO ARÚS, “Tratamiento penitenciario de las personas con discapacidad responsables de actos delictivos, aspectos jurídicos” en J. LAORDEN, *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I, cit., pp. 547-602.

<sup>110</sup> C.E. FERREIROS MARCOS, *Salud mental y derechos humanos*, cit. 512. En este punto el artículo 191.2 del *Reglamento Penitenciario* establece que “la Administración Penitenciaria procurará que la distribución territorial de las instalaciones psiquiátricas penitenciarias favorezca la rehabilitación de los enfermos a través del arraigo en su entorno familiar, mediante los correspondientes acuerdos y convenios con las Administraciones sanitarias competentes”.

<sup>111</sup> Déficit que es destacado por la práctica totalidad de la doctrina y el movimiento asociativo.

<sup>112</sup> *Proyecto 121/000065 Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

<sup>113</sup> Aunque la regulación de las medidas de seguridad en la propuesta de reforma es más detallada ello no redundará en una mayor seguridad jurídica debido a su enorme indeterminación. Lo que, ciertamente, sí se soluciona es el reparto de tareas entre el Juez o tribunal sentenciador y el de Vigilancia Penitenciaria que es quién decide ahora sobre la revisión de la ejecución de las medidas de seguridad.

internacional de los derechos humanos". A su parecer, con el que coincido, "el régimen actualmente existente de medidas de seguridad" y más aún "el contenido de la propuesta de reforma al Código Penal español se enfrenta con los artículos 5.2; 8.1b); 12.2; 13.1 y 14.1b) y 2 de la CDPD"<sup>114</sup>.

Como ha advertido el Vicepresidente del Comité, el modelo propuesto en España para la aplicación de medidas de seguridad en relación con las personas inimputables "constituye una forma de discriminación por motivos de discapacidad en contravención con el artículo 5.2 de la CDPD" al prever un sistema de control penal diferenciado de acuerdo a la "competencia mental de la persona". Ciertamente, a diferencia de lo que sucede en el caso de las personas declaradas imputables donde el centro del proceso lo ocupa el juicio de culpabilidad, en el caso de las personas inimputables, singularmente personas con discapacidad psicosocial e intelectual, adquiere protagonismo el juicio de peligrosidad que -ya en la actual regulación, según antes se dijo, pero todavía más en la proyectada- se vincula y valora en función de la naturaleza y gravedad de la discapacidad. De este modo, "la sola existencia" de la discapacidad psicosocial o intelectual se considera indicio de la comisión de delitos futuros y justifica la aplicación de un régimen penal distinto del que se aplicaría a cualquier otra persona (régimen especial, que como después se explicará, resulta, en la propuesta de reforma de la legislación penal injustificada y desproporcionadamente más gravoso). En este punto son claros los vestigios del derecho penal de autor -e incluso del derecho penal del enemigo- por razón de discapacidad.<sup>115</sup>

La apelación al concepto genérico de peligrosidad resulta, además, especialmente preocupante pues la pervivencia (muy clara en el ámbito judicial) del estigma asociado a las personas discapacidad psicosocial puede repercutir de modo muy negativo en la respuesta penal frente a los comportamientos delictivos cometidos por éstas<sup>116</sup>. Pero es que, además, la propia regula-

---

<sup>114</sup> C. RÍOS, Vicepresidente del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Opinión sobre el proyecto de Ley Orgánica 121/000065*, cit.

<sup>115</sup> En ello coinciden el Vicepresidente del Comité, I. MUÑOZ ESCANDELL y J.M. SÁNCHEZ MONGE, "El actual proyecto de reforma del Código Penal: una nueva forma de discriminación contra las personas con trastornos mentales", *Revista del Consejo General de la Abogacía*, núm 85, 2014, pp. 46-50 y el Grupo de Ética y Legislación de la AEN, *Comentario sobre la propuesta de Anteproyecto de modificación del Código Penal en relación a las medidas de seguridad*, 2013, disponible en [https://www.aen.es/index.php?option=com\\_content&view=article&id=664:comentario-sobre-la-propuesta-de-anteproyecto-de-modificacion-del-codigo-penal-en-relacion-a-las-medidas-de-seguridad&catid=417:comunicados-aen&Itemid=135](https://www.aen.es/index.php?option=com_content&view=article&id=664:comentario-sobre-la-propuesta-de-anteproyecto-de-modificacion-del-codigo-penal-en-relacion-a-las-medidas-de-seguridad&catid=417:comunicados-aen&Itemid=135).

<sup>116</sup> Idem.

ción vigente y de nuevo todavía más la proyectada contribuyen a perpetuar y potenciar la estigmatización de las personas con discapacidad psicosocial como victimarios peligrosos lo que supone una patente vulneración del artículo 8 de la CDPD<sup>117</sup>.

Así, en el Preámbulo del proyecto de reforma se pone como ejemplo para justificar la modificación del sistema de medidas de seguridad el caso de una persona que sufre una “grave patología psiquiátrica” que “le ha llevado” a cometer reiterados delitos contra la vida o la libertad sexual. Por su parte, el artículo 98 de la propuesta establece que se acordará el “internamiento en un centro psiquiátrico” de un sujeto exento de responsabilidad criminal cuando “tras una valoración exhaustiva” se pueda concluir que, “debido a su trastorno”, es posible prever la comisión de nuevos delitos “de gravedad relevante” y se contempla la posibilidad de prorrogar esta medida, que en principio no puede ser superior a cinco años, ilimitadamente por periodos sucesivos de similar duración cuando el internamiento continúe siendo necesario para evitar que el sujeto que “sufre la anomalía o alteración psíquica” cometa nuevos delitos “a causa de la misma”.

Como ha subrayado, asimismo, el Vicepresidente del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “la regulación de las medidas de seguridad también tiene como consecuencia la afectación al artículo 12 en relación con el 13 de la CDPD, toda vez que las garantías del debido proceso se ven afectadas con la adopción de un régimen de individualización basado en la peligrosidad del autor y no en la culpabilidad por el acto”. Este juicio de potencial peligrosidad es altamente subjetivo y se adentra de lleno en el terreno de lo opinable e inverificable. Aunque la regulación actual hace referencia a la necesidad de realizar una “evaluación exhaustiva” de este riesgo no se indica “quién, cómo y con qué medios” se desarrollará y se subraya, además, que el cálculo de probabilidades se debe a su “trastorno”<sup>118</sup>. Según ya se advirtió, una de las principales novedades incorporadas por la propuesta de reforma en la regulación del sistema de medidas de seguridad penal consiste en el abandono de la gravedad del delito como parámetro límite desde el que establecer la proporcionalidad de las medidas de seguridad sustituyéndolo completamente por la evaluación de la peligrosidad del autor<sup>119</sup> lo que impli-

---

<sup>117</sup> De nuevo este potencial estigmatizador ha sido denunciado por el Vicepresidente del Comité y por otros expertos y representantes del movimiento asociativo.

<sup>118</sup> AEN, *Comentario sobre la propuesta de Anteproyecto de modificación del Código Penal*, cit.

<sup>119</sup> A. ORTIZ GONZÁLEZ, *Compatibilidades e Incompatibilidades entre la Convención y la legislación penal española*, ponencia presentada en las II Jornadas de la Unidad de Atención a

ca la indeterminación de su duración y, además, cuestión en la que se insistirá después, se contempla la posibilidad de que las medidas de internamiento en centro psiquiátrico puedan prorrogarse sucesivamente por periodos de 5 años en función, de nuevo, de la probabilidad de comisión de nuevos delitos lo que permite que las personas con discapacidad psicosocial e intelectual puedan verse privadas “a perpetuidad” de su libertad<sup>120</sup>. También en la regulación de las condiciones que permiten la revocación de la suspensión de la ejecución de una medida de seguridad privativa de libertad se alude a un difícilmente comprobable “cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada”<sup>121</sup>.

Pues bien, desde estos parámetros, en la práctica la exclusión de las personas con discapacidad psicosocial e intelectual del régimen de responsabilidad penal “lejos de constituir una garantía” o un beneficio se traduce en la aplicación de medidas que “ciertamente afectan los derechos” pero que no están sometidas a las salvaguardas sustantivas y procesales “del debido proceso” que amparan a cualquier otra persona cuando se le imputa un hecho penalmente relevante. De este modo, las condiciones de acceso a la justicia, que exigen que cualquier sanción de naturaleza penal tenga carácter cierto y determinado y que la persona puede defenderse en contra de su imposición, se ven afectadas sustancialmente<sup>122</sup>.

Todo lo anterior constituye una violación más que flagrante del artículo 14.1 de la CDPD. Como, otra vez, señala el Vicepresidente del Comité “en los hechos no se establecen las garantías y condiciones necesarias para que la privación de la libertad, cuando se aplica una medida de seguridad, no sea ilegal o arbitraria”. Ciertamente, aunque en la propuesta de reforma del *Código Penal* las condiciones de procedencia, duración, prórroga y revocación de la suspensión de las medidas de seguridad están fijadas en la ley, están establecidas en unos términos tan indeterminados que permiten el ejercicio de un margen de discrecionalidad insoportable –máxime en el ámbito penal–

---

Víctimas con Discapacidad Intelectual de la Fundación Carmen Pardo Valcarce, disponible en <https://www.nomasabusos.com/jornadas/ii-jornadas/ponentes-ii-jornadas/>

<sup>120</sup> I. MUÑOZ ESCANDELL y J.M. SÁNCHEZ MONGE, “El actual proyecto de reforma del Código Penal”, cit., p. 48.

<sup>121</sup> Artículo 103 de la propuesta de reforma.

<sup>122</sup> C. RÍOS, Vicepresidente del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Opinión sobre el proyecto de Ley Orgánica 121/000065 y AEN, Comentario sobre la propuesta de Anteproyecto de modificación del Código Penal*, ambos documentos ya citados.

que gira en torno al oscuro concepto de peligrosidad, introduciéndose elementos de arbitrariedad que se estiman incompatibles con el artículo 14.1 (en conexión con el artículo 13)<sup>123</sup>. De este modo, la regulación propuesta pone en cuestión el principio de estricta legalidad y de reserva de ley que debe imperar en el ámbito penal<sup>124</sup>.

Por otro lado, como se apuntó, el sistema español de medidas de seguridad justifica la privación de libertad por motivos de discapacidad e instaura en este ámbito un régimen especial que, sobre todo en la propuesta de reforma, resulta claramente desfavorable en comparación con el régimen aplicable al resto de los ciudadanos.

En relación con esta última consideración, conviene insistir en que el proyecto de reforma de nuestro *Código Penal* permite que se aplique una medida privativa de libertad incluso cuando el hecho no está castigado con una pena de similar naturaleza y que la duración de la reclusión sea mayor<sup>125</sup>.

En todo caso, no se debe olvidar que toda la reforma penal gira en torno al concepto de peligrosidad lo que se traduce en el abandono del sistema vicarial y en la posibilidad de aplicar medidas de seguridad, basadas también en la peligrosidad potencial, a las personas criminalmente responsables y que el proyecto incorpora asimismo una pena de prisión permanente (revisable). Ahora bien, en el caso de autores imputables la peligrosidad se evalúa en gran parte en función del tipo y gravedad del delito cometido (y no tanto en función de características personales); las medidas de seguridad que se arbitran para compensar este riesgo (diversas modalidades de libertad vigilada) son menos gravosas y de aplicación más limitada y la prisión es decretada como perma-

---

<sup>123</sup> Idem.

<sup>124</sup> Idem. En relación con el establecimiento de la gravedad de la pena como límite máximo a la duración de las medidas de internamiento en el *Código Penal* de 1995, se afirmó que venía a reconocer la necesaria extensión del principio de legalidad a las medidas de seguridad de conformidad con las exigencias constitucionales. Así, en opinión de VIVES ANTÓN, Tomás-S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 46 “el principio de legalidad comprende la garantía formal que exige que el establecimiento de los presupuestos y la sanción esté reservada a la ley y la garantía material de certeza dimanante de las exigencias de seguridad jurídica que imponen al legislador la obligación de redactar las normas penales de modo claro, taxativo y terminante y a los tribunales imponiendo límites estrictos en su labor de interpretación y aplicación”.

<sup>125</sup> Vid. en relación con el caso argentino C. VILLANUEVA, “Los derechos de las personas con discapacidad psicosocial o intelectual declaradas inimputables en un proceso penal. Una mirada a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/05/ddhh02.pdf>.

nente *ab initio* pudiendo ser revisada posteriormente y reservada a delitos considerados de excepcional gravedad, asesinatos especialmente graves, homicidio del jefe del Estado o de su heredero, de jefes de Estado extranjeros y a los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, en el caso de las personas con discapacidad consideradas inimputables la peligrosidad se hace depender exclusivamente de una condición personal, la privación de libertad que se decreta para paliarla se diseña como temporal *ab initio* pero puede llegar perpetuarse en el caso de delitos, ya no de excepcional gravedad, sino simplemente de gravedad relevante, esto es, aquellos para los que está prevista una pena máxima igual o superior a tres años de prisión. Así, la comisión de delitos de violencia intrafamiliar o de atentados contra la autoridad (susceptibles de producirse, por ejemplo, en el marco de la ejecución de internamientos forzosos) por parte de personas con discapacidad intelectual o psicosocial (que no son peligrosas, pero que sí pueden estar en riesgo de verse abocadas a la realización de tipo de conductas debido a la escasez de recursos sociosanitarios y comunitarios para atender su situación) puede determinar que pierdan para siempre su libertad. También el régimen de imposición de medidas de libertad vigilada una vez que se extingue la privación de libertad es mucho más severo para las personas declaradas inimputables<sup>126</sup>. Y, de nuevo, su aplicación no depende del tipo de delito ni de su gravedad, sino exclusivamente de la peligrosidad que, otra vez, parece presuponerse<sup>127</sup>.

De todo lo anterior se desprende que la situación de la persona declarada inimputable por razón de discapacidad resulta más gravosa que la de quien resulta penalmente responsable por la comisión del mismo ilícito penal, diferencia injustificada que, de nuevo, es radicalmente incompatible con el contenido de los artículos 5.2 y 14.1 de la CDPD.

Por otro lado, la propuesta de reforma del *Código Penal* mantiene la medida de seguridad consistente en el sometimiento a tratamiento ambulatorio

---

<sup>126</sup> En el caso de las personas criminalmente responsables las medidas de libertad vigilada se reservan a los casos en los que el sujeto que ya ha cumplido su pena haya sido condenado por la comisión de alguno de los delitos para los que la Ley prevé expresamente su posible imposición, en los que se haya impuesto por ello una pena de más de un año de prisión, y en los que se constate la peligrosidad de comisión de delitos futuros que se considera presupuesto general de todas las medidas de seguridad (ver artículo 95.1 de la propuesta de reforma).

<sup>127</sup> En el caso de las personas inimputables que han sido sometidas a una medida de seguridad privativa de libertad se señala que, una vez que esta finaliza o cesa, la libertad vigilada se impone siempre a no ser que no resulte necesario (artículo 98). Y se señala esa necesidad existe cuando se requiere para compensar el riesgo de comisión de nuevos delitos sea cual sea el delito cometido y la duración del internamiento (artículo 104.2).

que se incluye ahora en el ámbito de la libertad vigilada y que puede imponerse a las personas declaradas inimputables bien desde un inicio o bien tras la extinción, cese o suspensión de una medida privativa de libertad. Sin embargo, la regulación proyectada elimina la previsión –presente en la legislación vigente– que impide considerar quebrantamiento de condena “*la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido*”<sup>128</sup>. Con ello no se estaría respetando el principio de autodeterminación en relación con los tratamientos de salud mental lo que, de nuevo, se enfrentaría a las exigencias de la CDPD<sup>129</sup>.

Las numerosos y profundos conflictos existentes entre la propuesta de reforma del sistema de medidas de seguridad y la CDPD, que agudizan las inconsistencias ya existentes, ponen de manifiesto la necesidad de dar marcha atrás y aprovechar la modificación de la legislación penal para cumplir escrupulosamente con los estándares establecidos por la Convención recurriendo, como recomienda el Vicepresidente del Comité, al diálogo con expertos y representantes del movimiento asociativo.

Aunque no puedo detenerme en profundidad en el análisis de esta cuestión, me parece relevante apuntar (en tanto se relacionan también con la temática del trabajo) otros aspectos del sistema penal español que a la luz de la CDPD es preciso modificar. Así, y sin ánimo de exhaustividad, resulta esencial incorporar mecanismos que garanticen la adecuada detección de la discapacidad intelectual y psicosocial, a menudo desapercibida, en especial en el contexto de los juicios rápidos<sup>130</sup>; realizar las adaptaciones procedimentales pertinentes para asegurar la participación y el derecho de defensa de las personas con discapacidad acusadas de un delito en todas las fases del proceso penal; potenciar la disponibilidad y búsqueda activa de medidas alternativas a la privación de libertad también en el caso de personas con discapacidad psicosocial e intelectual consideradas imputables; promover programas de reinserción social mediante la coordinación de los servicios judiciales, penitenciarios, sanitarios y sociales y en estrecha colaboración con las organizaciones representativas de personas con discapacidad<sup>131</sup>.

---

<sup>128</sup> Artículo 100 del *Código Penal*.

<sup>129</sup> AEN, *Comentario sobre la propuesta de Anteproyecto de modificación del Código Penal*, cit.

<sup>130</sup> *Idem*.

<sup>131</sup> Vid. FEAPS, *Guía de intervención para personas con discapacidad intelectual afectadas por el régimen penal penitenciario*, 2010, 2ª edición, disponible en [http://www.feaps.org/archivo/centro-documental/doc\\_download/104-guia-de-intervencion-para-personas-con-discapacidad-intelectual-afectas-por-el-regimen-penal-penitenciario.html](http://www.feaps.org/archivo/centro-documental/doc_download/104-guia-de-intervencion-para-personas-con-discapacidad-intelectual-afectas-por-el-regimen-penal-penitenciario.html).

En todo caso, la prevalencia de la discapacidad psicosocial e intelectual en el medio penitenciario español muestra que la prisión al igual que el internamiento no voluntario se ha convertido en un recurso de carácter asistencial<sup>132</sup> para estas personas, en la única respuesta disponible frente a las deficiencias de la políticas preventivas o los dispositivos asistenciales comunitarios lo que revela la íntima conexión entre el artículo 14 y el artículo 19 de la CDPD<sup>133</sup>. En este sentido, resulta esencial apostar por la construcción de un sistema alternativo a la respuesta penal y al internamiento no voluntario que prime el tratamiento y atención de las personas con discapacidad psicosocial e intelectual en el ámbito sociosanitario<sup>134</sup>. Asimismo, en cumplimiento de las exigencias del artículo 14.2, debería promoverse una ley integral para garantizar la protección y el ejercicio de los derechos por parte de todas las personas que se encuentran institucionalizadas en cualquier centro que contemplase la situación específica de las personas con discapacidad<sup>135</sup>.

En todo caso, las reformas legales ineludibles e inaplazables que es preciso acometer para que las personas con discapacidad psicosocial e intelectual puedan ser sujetos igualmente libres requieren para su éxito y correcta implantación un cambio en la mentalidad de los operadores y profesionales del sistema pero también una mayor sensibilización social hacia la situación de este colectivo, posiblemente el que sufre una mayor exclusión dentro del mundo de la discapacidad.

PATRICIA CUENCA GÓMEZ

*Instituto derechos humanos Bartolomé de las Casas*  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
*c/Madrid, 126*  
*Getafe 28903 Madrid*  
*e-mail: patricia.cuenca@uc3m.es*

---

<sup>132</sup> Dirección General de Instituciones Penitenciarias, *Estudio sobre la salud mental en el medio penitenciario*, 2006.

<sup>133</sup> De hecho en algunas ocasiones las familias recurren a los procedimientos civiles y penales que pueden terminar en la institucionalización de la persona ante la ausencia de otras respuestas usándolos como una forma de acelerar el acceso posterior a recursos asistenciales públicos que de otro modo no llegan.

<sup>134</sup> Vid. Sistema cuyas bases, sin materializar, están sentadas en la *Ley General de Sanidad* y en la *Estrategia de Salud mental del Sistema Nacional de Salud*. Vid. también FEAFES, "Medidas terapéuticas para evitar tener que recurrir a medidas coactivas", 2013, disponible en: <http://www.feafes.org/publicaciones/Medidasterapeuticas-mayo2013.pdf>.

<sup>135</sup> Vid. este sentido CERMI, *Informes Derechos Humanos y Discapacidad*, 2010 y 2012, ya citados.



**CUANDO DIOS TAMBIÉN FICHA A LAS OCHO.  
EL ORIGEN DEL ACOMODO RAZONABLE  
DE LAS PRÁCTICAS RELIGIOSAS EN EL PUESTO DE TRABAJO\***

WHEN GOD ALSO CLOCKS IN AT EIGHT.  
THE ORIGIN OF REASONABLE ACCOMMODATION  
FOR RELIGIOUS PRACTICES IN THE WORKPLACE

JOSÉ RAMÓN INTXAURBE VITORICA  
*Universidad de Deusto*

Fecha de recepción: 19-9-13

Fecha de aceptación: 17-6-14

**Resumen:** *El acomodo razonable es una figura jurídica nacida en Estados Unidos y que posteriormente, al ser importada por Canadá, se ha convertido en una expresión de uso común tanto en la esfera pública canadiense como en foros internacionales que debaten sobre las necesidades religiosas de los grupos minoritarios. Producto de esta popularidad se ha propuesto su adopción en Europa como forma de gestionar la creciente diversidad del continente. Para ello es necesario conocer este instrumento así como sus ventajas y limitaciones. En este artículo se va a analizar la diferente evolución que la obligación de acomodar ha tenido en Estados Unidos y en Canadá, atendiendo tanto al contexto jurídico como a la distinta construcción jurisprudencial que ha experimentado en cada país.*

**Abstract:** *Reasonable accommodation is a legal instrument that was created in the USA and after being adopted by the Supreme Court of Canada, it has become a usual concept both in the Canadian public sphere and wherever debates about the needs of religious minorities are at issue. Due to this popularity, it has been proposed to be adopted by European institutions as a way to manage the growing diversity in the continent. In order to value this instrument, as well as its benefits and limitations, this article aims to analyze the different development the duty to accommodate has experienced in USA and Canada, through the examination of the legal context and two Supreme Court rulings of each country.*

---

\* Tengo que agradecer a Eduardo Ruiz Vieyetz y a Dolores Morondo su generosa e indispensable orientación en este trabajo.

**Conceptos clave:** acomodo razonable, discriminación indirecta, libertad religiosa, minorías religiosas  
**Keywords:** reasonable accommodation, indirect discrimination, religious freedom, religious minorities.

## 1. CONSIDERACIONES INICIALES. LA RELIGIÓN EN EL PUESTO DE TRABAJO

El concepto de *acomodo razonable* no es nuevo. Desde hace varias décadas se viene proponiendo como un instrumento válido para una gestión de la diversidad religiosa que sea coherente con los principios democráticos. Llama la atención que en Estados Unidos y Canadá, los dos países pioneros para esta figura, haya tenido desarrollos dispares desde su mismo origen en el ámbito laboral. Sin duda han afectado factores que tienen que ver con las particularidades del ordenamiento jurídico de cada país o con el papel que se reserva a las culturas minoritarias en el proyecto social. Ahora que, desde diferentes ámbitos, se cuestiona sobre la posible exportación del concepto a otras tradiciones jurídicas, resulta una buena ocasión para recordar cómo y en qué contexto surgió y se desarrolló el *acomodo razonable* en los dos países en los que ha tenido aplicación. Para ello se analizará en primer lugar el encaje constitucional de la libertad religiosa, para pasar a continuación a estudiar el ideal de igualdad por el que se ha optado en cada uno de los casos. Finalmente se examinan dos de las sentencias que en cada uno de los países han contribuido a dar forma a la obligación de acomodar.

La presencia de las necesidades religiosas en el puesto de trabajo viene marcada, en primer lugar, por la especificidad del entorno laboral. La existencia de una relación contractual entre quien ofrece un empleo y quien lo solicita implica que hay un consenso entre ambas partes. Una vez que éstas han llegado a un acuerdo la parte empleada consiente en quedar sujeta a la autoridad de la parte empleadora, que es quien determina principalmente las condiciones en las que el trabajo se va a desarrollar. Para gestionar las necesidades que surgen en unas relaciones presididas por un inicial desequilibrio se cuenta con la legislación laboral y con los mecanismos de negociación colectiva que regulan aspectos como los horarios, los repartos de turnos, la seguridad y la salud... Sin embargo no es habitual encontrar en estos instrumentos medidas sobre el lugar que corresponde a las prácticas religiosas en el puesto de trabajo. Surge por tanto la pregunta sobre si estos intereses son merecedores de protección. La solución que se proponga a la tensión existen-

te entre la libertad de empresa –que es un valor constitucional protegido y que abarca desde la libertad de contratación hasta la de gestionar el negocio con vistas a lograr su mayor eficacia– y el ejercicio de un derecho fundamental como es la libertad de religión, dependerá del peso que se otorgue a cada uno de los dos elementos del binomio<sup>1</sup>.

Quienes opinan que tiene preeminencia la libertad de contratación entienden que la propia sujeción a una relación laboral puede conducir inevitablemente a la restricción de ciertos derechos fundamentales, en la medida en que se pide a las personas empleadas la aceptación de cuestiones que van desde las formalidades necesarias para el funcionamiento normal de la empresa hasta la asunción como propias de visiones corporativas en el caso de los cargos directivos<sup>2</sup>. Este punto de vista pone el acento en la libertad con la que las partes llegan al acuerdo para comprometerse y concede un amplio margen de discrecionalidad a la parte empleadora. La prohibición que esta última tiene de no discriminar se entiende como un mandato de evitar la arbitrariedad del empleador en ámbitos protegidos por la ley y que responden a características inmutables del ser humano. La práctica religiosa es susceptible de ser vista como una actividad voluntaria y, por tanto, adaptable a las necesidades que marca el desempeño laboral.

Quienes ponen el acento en el ejercicio de un derecho fundamental, subrayan el hecho de que las partes contratantes no están en condición de igualdad a la hora de negociar el acceso de una de ellas al puesto de trabajo. Quienes demandan empleo no lo hacen sólo para satisfacer una necesidad económica sino que la inserción laboral tiene un importante papel en la participación y la inclusión social de los individuos. Este enfoque es el que, precisamente, debería proteger el derecho antidiscriminatorio<sup>3</sup>. El ámbito laboral no debería suponer una suspensión en la titularidad de los derechos fundamentales, y su ejercicio debería estar proporcionado a las necesidades

---

<sup>1</sup> J. RINGELHEIM, "Religion, diversity and the workplace: What role for the law?", en K. ALIDADI, M.C. FOGLETS Y J. VRIELINK (eds.) *A test of faith? Religious diversity and accommodation in the European workplace*. Ashgate, 1ª ed., Farnham, pp. 335-357.

<sup>2</sup> La propia Ringelheim, op. cit., p. 348, pone varios ejemplos. Desde los requisitos de vestimenta, que pueden chocar con preceptos religiosos que imponen un determinado vestuario, hasta otros que van más allá de la libertad religiosa. Por ejemplo, cuando algunas empresas prohíben a sus cargos directivos hacer declaraciones a los medios de comunicación sobre proyectos que están desarrollando, aceptan una limitación en su libertad de expresión.

<sup>3</sup> H. COLLINS, "Discrimination, equality and social inclusion", *The modern Law Review*, vol. 66, 2003, pp. 16-43.

de la práctica profesional. Lo cual significa que en determinadas circunstancias pueden darse las condiciones para la limitación del derecho en cuestión.

Estos dos puntos de vista aquí reflejados tendrán continuidad en las discusiones que sobre la obligación de acomodar se dieron en Estados Unidos y Canadá.

## 2. EL CAMINO ESTADOUNIDENSE

### 2.1. La relación del Estado con las confesiones religiosas. Referencia a los credos minoritarios

La importancia que la libertad religiosa tiene en la historia de los Estados Unidos adopta su principal forma jurídica en la primera enmienda de la Constitución.

*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof...*

Su contenido ofrece dos cláusulas, la *non-establishment clause* que prohíbe que ningún credo tenga el carácter de religión estatal y la *free exercise clause*, que supone una garantía para el libre ejercicio de la libertad religiosa. Estos principios, además de constituirse como derechos fundamentales, suponen criterios inspiradores para los poderes públicos<sup>4</sup>. Esta regulación tiene como finalidad preservar la pluralidad religiosa de un país que entiende la libertad de religión como un elemento fundacional del mismo. En consecuencia, la interacción de ambas cláusulas ha configurado la relación del Estado con las confesiones religiosas en el marco de una laicidad incluyente, positiva o abierta<sup>5</sup>. Una relación que se ha ido modulando en el tiempo según se diese

---

<sup>4</sup> Aunque el texto de la primera enmienda hace referencia al Congreso, el Tribunal Supremo lo entendió también aplicable a la acción de los Estados a la luz de la decimocuarta enmienda. *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937,) fallo en el que la libertad religiosa es considerada como un derecho "so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental". Para abundar en esta cuestión ver M. S. ARIENS y R. A. DESTRO, *Religious Liberty in a pluralistic society*. Carolina Academic Press, 2ª ed., Durham, 2002, pp.204-205.

<sup>5</sup> Son varias las formas como se ha denominado a este tipo de laicidad. Nos referimos aquí a esa neutralidad estatal que, consciente del papel positivo que pueden desempeñar las tradiciones religiosas, fomenta su presencia en el espacio público como un elemento de capital social que contribuye a la cohesión y vertebración de la sociedad. J. LÓPEZ CAMPS, "La necesaria laicidad", *Revista CIDOB d'affers internacionals*, num. 77, 2007, p. 189.

mayor preeminencia a la cláusula de libre ejercicio sobre la de no establecimiento o viceversa<sup>6</sup>.

Nuestro interés se centrará en el fuero externo que tiene la libertad religiosa, que en su dimensión positiva se proyecta hacia la manifestación –pública o privada– del culto, ritos, prácticas o enseñanza de la fe; y en su dimensión negativa protege frente a injerencias que supongan menoscabo de esa libertad. Un ámbito que no es absoluto sino que puede ser objeto de limitaciones. En ocasiones, las creencias y prácticas de grupos religiosos presentes en sociedades democráticas chocan con lo establecido por las normas jurídicas de las que se ha dotado la “mayoría”<sup>7</sup>. El caso *Shebert v. Verner* resulta de interés para ilustrar el conflicto que surge cuando ciertas personas se consideran amparadas por la *free exercise clause* para solicitar exenciones en la aplicación de normas de carácter general. La señora Shebert se vio privada de la prestación por desempleo ya que rechazó varias ofertas que requerían estar disponible para trabajar los sábados, día prescrito por su religión como dedicado al descanso semanal<sup>8</sup>. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos (TSUSA), en esos casos se impone un ejercicio de ponderación entre la libertad religiosa en juego (materializada en una práctica que choca con lo indicado en una norma) y el interés público protegido por esa norma neutral<sup>9</sup>. Sólo cuando ese interés público es conceptualizado como un “*Interés estatal preponderante*” se aceptará un gravamen puntual sobre el ejercicio de un derecho fundamental<sup>10</sup>. Es el conocido como *test de Shebert*.

---

<sup>6</sup> E. RELAÑO, “Derechos (humanos) individuales y pluralismo religioso: Conflictos y propuestas” en E.J. RUIZ y G. URRUTIA, (eds.) *Derechos humanos y diversidad religiosa*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2010, pp. 211-246. Para una visión de la jurisprudencia sobre esta materia ver, G. M. MORÁN, *La protección jurídica de la libertad religiosa en USA*, Servicio de publicaciones e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela, 1ª ed., 1989.

<sup>7</sup> Se emplea éste último término en el sentido de comunidad política que decide sobre el bien común a través de sus instituciones representativas.

<sup>8</sup> 374 U.S. 398 (1963). La demandante pertenecía a la Iglesia Adventista del séptimo día y perdió su empleo por no participar en los turnos de los sábados. Posteriormente, en aplicación de la *South-Carolina Unemployment Compensation Act*, se le retiró la prestación por desempleo ya que la prescripción religiosa de descanso semanal no constaba como causa justificada para el rechazo de ofertas de trabajo.

<sup>9</sup> En el sentido de que no posee intencionalidad discriminatoria hacia ningún miembro de una religión y es de aplicación a todas las personas por igual con vistas a obtener una finalidad positiva para el conjunto de la comunidad como, en este caso, es el hecho de fomentar la búsqueda activa de empleo por parte de personas desempleadas.

<sup>10</sup> M. S. ARIENS y R. A. DESTRO, op. cit., p. 210.

El Tribunal, aun reconociendo que la norma no pretendía discriminar, avaló la postura de la demandante atendiendo más a los efectos producidos que a su intención original, ya que Shebert era colocada en la necesidad de escoger entre seguir sus preceptos religiosos, rechazando así acogerse a los beneficios de la ley, o bien renunciar a su credo para obtener un empleo. En sentido opuesto, los jueces Harlan y White, en su voto particular, expresaron su preferencia por limitar sólo a la discriminación intencional la vulneración de la libertad religiosa. Es cierto, siguen razonando estos magistrados, que a la trabajadora se le negaron ciertos beneficios garantizados por la ley, pero de igual manera que a otras personas que por razones personales tampoco podían trabajar ese día de la semana. Establecer una excepción a la ley para aquellas personas que esgrimen necesidades religiosas supone marcar una preferencia hacia el fenómeno religioso ante otros factores que también se pueden oponer a trabajar los sábados, y eso entraría en contradicción con la obligación constitucional de neutralidad marcada por la cláusula de no establecimiento.

En este debate son varias las cuestiones que se pueden plantear. Por un lado, si las necesidades derivadas de la práctica religiosa –cuyo ejercicio está amparado en forma de derecho fundamental– son equiparables a otras necesidades de carácter personal que se podrían oponer para objetar al turno de los sábados. Parece que hay un mandato constitucional de protección de las del primer grupo ante los del segundo, cuya casuística puede ser enorme. En segundo lugar, es un tema delicado el determinar hasta qué punto se deben o no implementar medidas de exención o de acción positiva para evitar los efectos nocivos o bien discriminatorios de ciertas prácticas que gravan a grupos minoritarios. Algunas normas que hoy entendemos como neutrales y que actualmente no tienen motivación religiosa tuvieron en su día un origen confesional o bien fueron establecidas por el impulso uniformizador de la mayoría de la población. El día de descanso semanal es un buen ejemplo de ello. Los grupos minoritarios –por diferentes razones históricas– no participaron en la implantación de ese estándar. Hoy día se encuentran, en ocasiones, ante la necesidad de escoger entre su puesto de trabajo y el cumplimiento de sus preceptos religiosos.

La respuesta que se dé a esta disyuntiva dependerá no sólo del papel que se otorgue a la libertad religiosa sino también del concepto de igualdad que se maneje. Aquellas normas que estén inspiradas por un concepto formal de igualdad buscaran un trato simétrico, de manera que quienes son iguales re-

ciban un trato igual. Éste es el concepto que late bajo el razonamiento de los jueces Harlan y White. Por otro lado se puede aspirar a un concepto sustantivo de igualdad que, en palabras de la magistrada canadiense McLachlin<sup>11</sup>, supere el formalismo legal y avance hacia medidas que supongan una diferencia práctica en la vida de personas pertenecientes a grupos que tradicionalmente han estado sujetos a mecanismos de subordinación. En este punto se estima que el Estado tendría la obligación de intervenir para evitar la pervivencia de situaciones eventualmente discriminatorias<sup>12</sup>. Las medidas de acción positiva juegan el papel de redistribuir ciertas cargas que se dan en la sociedad visto que, como apunta Wasserstrom<sup>13</sup>, categorías como la raza o el sexo aún tienen un peso relevante. Cabría preguntar si esas medidas de acción positiva, al igual que con la raza y el sexo, podrían ofrecer un encaje para aquellas prácticas de las minorías religiosas que entren en conflicto con las normas vigentes en un ordenamiento jurídico, siempre que no haya en juego un interés preponderante del Estado. Es un debate aún no resuelto puesto que mientras algunos autores responden afirmativamente<sup>14</sup>, el propio TSUSA ha mantenido distintas posiciones<sup>15</sup> e, incluso, ha llegado a prescindir del test de Shebert<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> B. MACLACHLIN, "The evolution of equality", *The advocate*, vol. 54, part 4, July, 1996, p. 563.

<sup>12</sup> M. CONNOLLY, *Discrimination Law*, Sweet&Maxwell, 2ª ed., Londres, 2011, pp. 10-12.

<sup>13</sup> R. WASSERSTROM, "Racism, sexism and preferential treatment: an approach to the topics", *UCLA Law Review*, vol. 24, 1977 pp. 581-594.

<sup>14</sup> Por ejemplo, D.E. STEINBERG, "Religious exemptions as affirmative action", *Emory Law Journal*, vol. 40, 1991, pp. 77-139, para quien la exención religiosa entendida como acción positiva podría funcionar como una garantía para los grupos minoritarios. Su activación no sería nunca automática sino que estaría condicionada a la superación de un test de proporcionalidad en la que la carga que la legislación estatal impondría a la práctica religiosa estaría ponderada frente al interés público protegido por la norma.

<sup>15</sup> Producto de la interacción entre la cláusula de libre ejercicio y la de no establecimiento. Steinberg, op. cit., pp. 95-96. apunta que el criterio expuesto en *Shebert* se repitió en *Thomas v. Review Board* 450 U.S. 707 (1981) y se estimó que se debía ofrecer en estos casos una exención a la legislación estatal en base al libre ejercicio de la religión. Pero cuando el estado de Connecticut promulgó una ley en la que se preveía que los trabajadores que observaban un día de la semana como sabbat, pudiesen exigir a sus empleadores eximirles de trabajar esa jornada, el Tribunal Supremo entendió que esa previsión vulneraba la cláusula de no establecimiento. *Estate of Thornton v. Caldor, Inc.* 472 U.S. 703 (1985).

<sup>16</sup> En el caso *Employment Division Department of Human Resources of Oregon v. Smith* 494 U.S. 872 (1990), en el que admitió que un Estado pudiera aprobar normas limitadoras de la libertad religiosa sin tener que invocar un interés preponderante.

## 2.2. La Ley de Derechos Civiles y la prohibición de discriminación

En 1964 se promulgó la Ley de Derechos civiles (en adelante CRA, por sus siglas en inglés) que desde su preámbulo sitúa sus objetivos en garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales a través de los mecanismos de protección pública y en combatir la discriminación. Fue precisamente éste último fenómeno, el de la discriminación que sufrían varios grupos sociales –especialmente la población negra– en actividades cotidianas, la que inspiró este texto legal. Particularmente, el Título VII abordó la discriminación en el puesto de trabajo y la prohibió en los casos provocados por razón de raza, color, religión, sexo u origen nacional. La referencia la encontramos en la sección 703 que dice:

(a) *It shall be an unlawfull employment practice for an employer*

(1) *To fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex or national origin.*

A partir de la redacción de este precepto, hay dos importantes cuestiones a las que hubo que dar respuesta. Por un lado, qué ocurría con aquellas normas o estándares laborales que podían provocar efectos discriminatorios pero que no habían sido promulgadas con intención maliciosa. Por otro, esta vez referido particularmente a la discriminación religiosa, había que despejar la incógnita sobre si la prohibición de discriminar se predicaba de la condición de creyente o bien si también había un mandato de protección de la práctica religiosa en el ámbito laboral. A continuación veremos cómo se abordaron ambos debates.

### 2.2.1. El ideal de la igualdad en la “discriminación por efecto adverso”

Ya se ha indicado anteriormente que una concepción formal de la igualdad está comprometida con la paridad en el trato. Por desgracia la situación de los individuos en la sociedad no es equivalente, de manera que una concepción de la justicia que no tenga en consideración estas diferencias puede contribuir a perpetuar esas desigualdades en la práctica. Esto implica que una norma o estándar laboral ha podido ser puesto en marcha sin intencionalidad discriminatoria pero provocar efectos perniciosos en su ejecución. Esto es lo que el TSUSA se encontró en el caso de *Griggs v. Duke Power* que, aunque no es un asunto relacionado con la diversidad religiosa, tiene relevancia en nuestro trabajo por ser la primera vez que se reconoció la existen-

cia de la discriminación por efecto adverso o discriminación indirecta. El señor Griggs denunció que en la empresa en la que trabajaba, las promociones entre departamentos estaban condicionadas a la superación de pruebas de aptitud así como a la obtención de un título académico, hecho que impedía los ascensos entre los empleados afroamericanos<sup>17</sup>. Ante la situación que se daba en la empresa *Duke Power*, el tribunal va a tener en cuenta que los objetivos marcados por el poder legislativo al aprobar el Título VII, no eran otros que lograr la igualdad de oportunidades en el empleo y remover los obstáculos que han operado en el pasado en favor de un grupo identificable de personas. En este sentido, el tribunal no puede ser ajeno a las causas estructurales que operan en la sociedad y que dificultan el acceso a la educación de la población de raza negra<sup>18</sup>.

En la sentencia se acepta que la CRA no solo prohíbe la discriminación directa sino también aquellas prácticas que son formalmente escrupulosas pero discriminatorias en sus efectos. Con esta afirmación el tribunal estableció la figura de la *adverse effect discrimination*, que comienza con la necesidad de que la parte demandante demuestre que una norma aparentemente neutral genera efectos adversos en un grupo en base a una de las causas prohibidas de discriminación, y sigue con la carga de la prueba que recae sobre la parte demandada para que demuestre que esta medida tiene relación manifiesta con el puesto de trabajo y era necesaria para alcanzar un objetivo no discriminatorio<sup>19</sup>.

El énfasis, desde su misma denominación, en los efectos que produce hace que pase a un segundo término otro de los elementos de la discrimina-

---

<sup>17</sup> *Griggs v. Duke Power Co.* 401 U.S. 424 (1971). La empresa Duke Power sólo empleaba a las personas de raza negra en el departamento de mano de obra de su planta de *Dan River* (Carolina del Norte), pero no en los otros cuatro departamentos operativos en los que los sueldos más bajos eran mayores que en el de mano de obra. En 1965, tras la aprobación de la CRA, se levantó la prohibición que pesaba sobre las personas de raza negra y pudieron ser promovidas a otros puestos superiores. Sin embargo, para efectuar esa promoción, la empresa planteó dos exigencias: tener completada la educación secundaria y pasar satisfactoriamente dos test de aptitud. Ambos requisitos en la práctica suponían la eliminación de un número desproporcionadamente mayor de candidatos de raza negra que de raza blanca. La cuestión que se planteó ante el Tribunal Supremo consistía en dilucidar si, dando por hecho que la empresa había incurrido en una abierta discriminación racial antes de la aprobación de la CRA, esa conducta había cesado o bien seguía manteniéndose.

<sup>18</sup> 401 U.S. 424 (1971), sec. 430, nota al pie n°6: Se aporta el dato del censo de Carolina del Norte de 1960 según el cual el 34% de la población masculina de raza blanca había completado la educación secundaria mientras que sólo el 12% de entre la negra podía decir lo mismo.

<sup>19</sup> *Ibid.*, sec. 432.

ción, como es la intencionalidad. Durante el juicio *Duke Power* no consiguió probar la incidencia que el título escolar o la superación de los test tenían en el ejercicio exitoso de los trabajos para los que se requería. Es más, se demostró que personas que no cumplieron con ninguno de los dos requisitos fueron capaces de desarrollar su práctica profesional en puestos de departamentos superiores. A pesar de esto, el tribunal en ningún momento va a entrar a valorar la eventual mala fe de la empresa al establecer estas medidas. Precisamente el hecho de que no se entrase a valorar el propósito generó cierto debate en torno a la discriminación indirecta: ¿es necesaria la existencia de intencionalidad discriminatoria para apreciar esta figura? En principio atendiendo a su lógica interna parecería que sí, ya que la carga de la prueba de la existencia de una relación objetiva entre el requisito laboral y el desempeño del puesto de trabajo recae en la parte demandada. Así quedaría eximida de intencionalidad discriminatoria. De igual forma, dejar la intencionalidad discriminatoria fuera de la definición de discriminación indirecta nos llevaría, como apunta Carvin, a lo que ha denominado como un modelo "puro"<sup>20</sup>, que podría conducir a que cada vez que se detectase una presencia destacada de miembros de un grupo en detrimento de otros se aplicasen políticas de cuotas o de acción positiva para equilibrar la situación<sup>21</sup>. Desde este punto de vista la discriminación indirecta quedaría configurada como una discriminación directa encubierta.

Desde el enfoque opuesto se estima que el hecho de que el tribunal ignorase el elemento de la intencionalidad hizo que lo configurase atendiendo a sus consecuencias más que a su vocación inicial<sup>22</sup>. De hecho, prescindir del elemento de la intencionalidad, nos llevaría a poder incluir en este apartado aquellas actitudes efectivamente discriminatorias pero que son realizadas de manera inconsciente. Por ejemplo, perpetuando estereotipos o desequilibrios sociales tan asumidos que no son percibidos como discriminatorios. En palabras de Connolly, la discriminación indirecta está más preocupada por

---

<sup>20</sup> *Pure disparate impact model*. M. CARVIN, "Disparate impact claims under the new Title VII", *Notre Dame Law Review*, vol. 68, 1993, pp. 1153-1164.

<sup>21</sup> Connolly, *op. cit.*, p. 155 pone como ejemplo el caso *AMAE v. State of California*, 231 F 3d 572 (9th Cir 2000) en el que profesores hispanos, asiáticos y afroamericanos denunciaron que estaban infrarepresentados en los puestos de maestros de escuela respecto a la población blanca ya que su índice de suspenso en los exámenes de acceso era mucho mayor. Su pretensión fue desestimada ya que se entendió que los exámenes eran necesarios para demostrar cualificación al acceder al puesto de trabajo.

<sup>22</sup> De ahí su denominación como "*Adverse effect*" o "*Disparate impact*" discrimination.

los efectos que produce un comportamiento que por la naturaleza del comportamiento en sí<sup>23</sup>. De esta manera ha sido importada a nuestro Derecho.

### 2.2.2. *El alcance de la discriminación por razón de religión*

La redacción de la sección 703 CRA provocó controversia entre quienes interpretaban que la prohibición de discriminación se predicaba de la condición de creyente (es decir, protegería únicamente el estatus de creyente que tiene lugar en el fuero interno de las personas) y quienes opinaban que necesariamente debería también proteger la puesta en práctica de la fe (la acción como creyente).

El primer punto de vista está defendido por autores como Sonne<sup>24</sup>, quien acude a las deliberaciones del poder legislativo al aprobar la ley para defender una interpretación literal del texto. Para este autor resulta evidente que la principal motivación de la CRA era la prohibición de la discriminación racial. El sexo y el origen nacional son igualmente características inmutables. No hay, sin embargo, demasiadas pistas en el debate legislativo que ayuden a comprender si el Congreso incluyó la referencia a la religión porque la entendía como una característica inmutable, si fue incluido por su importancia histórica en la tradición constitucional americana o bien por alguna otra razón. De cualquier manera, Sonne coincide con otros autores en que la inclusión de la religión como causa de discriminación se debió más a la necesidad de resultar coherente en la formulación del principio antidiscriminatorio que al hecho de que el poder legislativo deseara encomendar la puesta en práctica de políticas específicas de protección de la práctica religiosa<sup>25</sup>.

El segundo punto de vista está representado por la acción de la Equal Employment Opportunity Commission (en adelante EEOC), organismo creado en la sección 705 CRA como agencia federal con la misión de ejecutar la legislación antidiscriminatoria en el ámbito laboral. Para EEOC la práctica

---

<sup>23</sup> Este punto de la intencionalidad es uno de los elementos más discutidos del Derecho antidiscriminatorio nacido en los Estados Unidos y exportado a otras tradiciones jurídicas.

<sup>24</sup> J.A. SONNE, "The perils of universal accommodation: the workplace religious freedom act of 2003 and the affirmative action of 147.096.000 souls", *Notre Dame Law Review*, núm. 79, 2004, p. 1034.

<sup>25</sup> Toma el argumento de R.S. POST, "The serpentine Wall and the serpent's tongue: rethinking the religious harrasment debate", *Virginia Law Review*, vol. 83, 1997, pp.180-181, quien sostiene que la mención a la religión no fue un paso muy meditado en sus consecuencias y que la referencia fue incluida dentro de un texto antidiscriminatorio estándar.

religiosa estaba protegida por la referencia a la religión que hacía el Título VII, puesto que una protección exclusiva del estatus de creyente podría quedar vaciada de contenido si además no se protegiese la práctica religiosa. En sus directrices de 1967 interpretó que la norma imponía una obligación de acción positiva que recaía sobre las empresas empleadoras al requerir de las mismas “*to make reasonable accommodations to the religious needs of employees and prospective employees where such accommodations can be made without undue hardship on the conduct of the employer’s business*”<sup>26</sup>.

EEOC entiende que una necesidad religiosa puede ser perfectamente razonable pero su acomodo puede no serlo en función de las circunstancias del caso. Es por tanto este último entorno el que decidirá su pertinencia o no. Este baremo viene determinado por el concepto de Undue Hardship, que traducimos como Carga Excesiva. En consecuencia se puede deducir por un lado que la Comisión entendió que inevitablemente la obligación de acomodar trae consigo un cierto nivel de carga o incomodidad y por otro, que si el límite está en que esa carga sea excesiva, hay una necesidad de ponderar en cada caso cuales son los elementos que hacen que el acomodo de las necesidades religiosas sea asumible o no.

Precisamente con el ánimo de superar la diferenciación entre estatus (filiación religiosa) y práctica, el Congreso aprobó en 1972 una enmienda a la CRA<sup>27</sup>. El texto aprobado se convirtió en la sección 701 (j). Se puede distinguir la influencia de las directrices de EEOC de 1967 en el mismo:

*The term religion includes all aspects of religious observance and practice as well as belief, unless an employer demonstrates that he is unable to reasonably accommodate to an employee’s or prospective employee’s religious observance or practice without undue hardship on the conduct of the employer’s business.*

La intención de la reforma queda clara, en cuanto supone el establecimiento de una obligación afirmativa para la parte empleadora de acomodar la diversidad religiosa. Ante la duda sobre si existía obligación de acomodar las necesidades religiosas que entraban en conflicto con normas o estándares laborales que carecían de voluntad discriminatoria, con la enmienda introducida quedaba claro que también el empleador

---

<sup>26</sup> 29 C.F.R. 1605.1 (1968). Citado en *Trans World Airlines v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977), sec. 72.

<sup>27</sup> El autor de la propuesta fue el senador Jennings Randolph que era miembro de la Iglesia Bautista del séptimo día.

“neutral” (quien carece de sesgo o voluntad discriminatoria) está obligado a acomodar. Sin embargo, una de las principales consecuencias de este nuevo texto es que va a abrir dos vías procesales en materia de protección de los principios del Título VII, la de la discriminación y la del acomodo. Aquellas personas que denuncian haber sido víctimas de una situación de discriminación en base a una característica protegida, lo hacen por no haber recibido un trato similar al de otras personas empleadas en sus mismas condiciones. Quienes, por su parte, alegan una contradicción entre su fe y las normas de su puesto de trabajo, lo hacen pidiendo un trato diferente, o acomodo, de manera que puedan cumplir sus obligaciones religiosas y laborales<sup>28</sup>.

Este diferente camino ha sido criticado por autores que consideran que uno y otro no son departamentos estancos. Corrada<sup>29</sup> denuncia el hecho de que hay casos en los que no es posible definir previamente cuál de los dos supuestos se está dando, con la consiguiente indefensión que esto provoca. Propone un marco integrado para ambos en el que la prueba de la neutralidad de la parte empleadora sea la manera de definir la vía a seguir. Pero también hay consecuencias en el campo ideológico. En esta diferencia entre acomodo y discriminación subyace la idea de que quien solicita una práctica de acomodo está pidiendo un privilegio en forma de exención frente a las prácticas “normalizadas” de la mayoría. Jolls<sup>30</sup> llama la atención sobre esta desconexión del acomodo respecto a su origen antidiscriminatorio que ha desembocado en la creación de categorías diferentes (tratamiento igual frente a tratamiento especial).

En cualquier caso, y dentro del terreno de lo práctico, el empleo de ciertos términos indefinidos así como la ausencia de directrices para interpretarlos, dejó en el aire y rodeada de ambigüedad la extensión de la obligación de acomodar. Quedaban por dilucidar cuestiones significativas como la definición y alcance de los términos de acomodo razonable y de carga excesi-

---

<sup>28</sup> K.P. DHILLON, “Covering turbans and beards: Title VII’s role in legitimizing religious discrimination against Sikhs”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 21, 2011, pp. 213-251.

<sup>29</sup> R.L. CORRADA, “Toward an integrated disparate treatment and accommodation framework for Title VII religion cases”, *University of Cincinnati Law Review*, vol. 77, 2009, pp. 1426-27.

<sup>30</sup> C. JOLLS, “Antidiscrimination and Accommodation”, *Harvard Law Review*, vol. 115, 2001, pp. 643-699.

va, o incluso la forma en la que ambos conceptos debían relacionarse<sup>31</sup>. La respuesta a estas cuestiones las va a ofrecer el TSUSA en las sentencias de *Hardison*<sup>32</sup> y *Philbrook*.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> P. ZABLITSKY, "After the fall: the employer's duty to accommodate employee religious practices under Title VII after *Ansonia Board of Education v. Philbrook*", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 50, 1989, pp. 513-574.

<sup>32</sup> *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977). Larry G. Hardison trabajaba como encargado en el departamento de almacenaje en la base que la aerolínea TWA tenía en el aeropuerto de Kansas. Todo el personal empleado en esta sede estaba sujeto a las previsiones que sobre asignaciones de turnos y antigüedad realizaba el convenio colectivo vigente en la empresa. Según este texto, los empleados más antiguos tenían preferencia sobre los más recientes a la hora de elegir turnos de trabajo. En 1968 Hardison entró en la *Worldwide Church of God*, cuyo credo impone el cumplimiento del sabbat así como el descanso en ciertas festividades religiosas. Cuando Hardison puso esta circunstancia en conocimiento de su encargado, éste le asignó un turno compatible con la observancia de su religión. Sin embargo poco después Hardison solicitó ser trasladado de la terminal 1 a la terminal 2. Mientras su antigüedad en la empresa le permitía elegir el horario laboral en el primer edificio, en el segundo era superado por varias personas y no pudo obtener el turno que le permitía compatibilizar trabajo y observancia religiosa. Hardison se negó a trabajar los sábados aunque llegó a ofrecer alternativas de acomodo a la empresa. Tanto ésta como el sindicato fueron reacios a aceptar soluciones que supusiesen contradecir lo establecido en el convenio colectivo. Al no encontrar una salida al problema y persistir el trabajador en su actitud, Hardison fue despedido por insubordinación.

<sup>33</sup> *Ansonia Board of Education v. Philbrook*, 479, U.S. 60 (1986). Ronald Philbrook fue contratado por Ansonia Board of Education (ABE) a partir de 1962 para impartir clases de educación secundaria. En 1968 Philbrook fue bautizado en la *Worldwide Church of God* que exige abstenerse de trabajos seculares durante sus festividades religiosas. El convenio colectivo del instituto preveía la existencia de tres días de baja al año para guardar festividades religiosas obligatorias. Asimismo se preveían tres días más para asuntos propios. Sin embargo existía la limitación de emplear estas últimas jornadas sólo en actividades cuya baja no estuviese prevista en el convenio. Es decir, que si alguien había empleado tres días para festividades religiosas después no podía emplear los tres días de asuntos propios para la misma finalidad. Philbrook usaba los tres días previstos en el convenio para asuntos religiosos y para el resto de festividades se ausentaba de manera injustificada, con lo que su sueldo se reducía de manera proporcional. Desde 1976 empezó a justificar sus ausencias religiosas como visitas al hospital. Sin embargo también trabajó en algunos días festivos. Como no estaba satisfecho con este estado de cosas propuso dos alternativas a la dirección del centro. Su preferida era emplear días de asuntos propios para festividades religiosas de manera que pudiera ausentarse de forma remunerada durante esas tres jornadas. Como segunda opción Philbrook proponía asumir personalmente el coste de la persona que le sustituyera a cambio de recibir su sueldo íntegro los días que tuviese que ausentarse por motivos religiosos. ABE rechazó ambas opciones ya que entendió que el sistema de ausencias laborales que preveía el convenio era suficiente a estos efectos y que el hecho de que la dirección del centro permitiese al profesor tomarse bajas no remuneradas para guardar sus festividades ya suponía una práctica de acomodo.

### 2.3. La construcción judicial del *acomodo razonable* en Estados Unidos

Las dos sentencias que se van a analizar responden a las cuestiones que la enmienda de 1972 dejó sin respuesta y son el punto de partida para entender cómo el *acomodo razonable* ha sido interpretado en Estados Unidos. Ambos pleitos fueron planteados por trabajadores cuya fe les llevaba a practicar el Sabbath, hecho que chocaba con el calendario laboral fijado por la empresa en la que trabajaban. Por ese motivo fueron despedidos. Una vez asumido que en los dos casos se había producido una interferencia en el ejercicio de la libertad religiosa de los demandantes, el Tribunal Supremo tuvo que dilucidar cuál era la extensión de la obligación de *acomodar* que tenía la empresa así como de qué manera se definía la existencia de carga excesiva que tenía la facultad de limitar la obligación de *acomodo*.

Son dos sentencias bien conocidas y que han producido numerosos comentarios. A los efectos del análisis que aquí nos interesa conviene reseñar que en los dos supuestos las peticiones de *acomodo* de los trabajadores chocan con lo establecido por sus respectivos convenios colectivos. Es éste un aspecto relevante del debate. La obligación de *acomodo* es una medida de acción positiva en beneficio del ejercicio de la libertad religiosa en entornos en los que su puesta en práctica puede encontrar dificultades debido a que, por su carácter minoritario, no han sido tenidas en cuenta al definir las condiciones del espacio público. Estas prácticas, en el ámbito laboral, habitualmente van a entrar en conflicto con las normas o estándares de los que la fuerza de trabajo se ha dotado en forma de convenio colectivo o pacto de empresa.

El Tribunal va a optar por la vigencia del convenio colectivo, entendiéndolo como un instrumento negociado, previsible y neutral de la mayoría que no puede ceder ante la obligación de *acomodar*<sup>34</sup>. Y es verdad que formulado de esa manera el argumento tiene una intachable lógica democrática, puesto que está en la mente de todos que el turno del sábado es uno de los menos deseados y el convenio establece un sistema de asignaciones para repartir esa carga. De lo contrario sería imposible atender a la pluralidad de motivos que podrían ser esgrimidos por todos y cada uno de los empleados para ser eximidos de trabajar en un día de la semana para el que habitualmente suelen presentarse resistencias. Sin embargo, ante este argumento, nos po-

---

<sup>34</sup> 432 U.S. 63 (1977), sec. 78 "...the system itself represented a significant accommodation to the needs, both religious and secular, of all of TWA's employees (...) the seniority system represents a neutral way of minimizing the number of occasions when an employee must work on a day that he would prefer to have off."

dríamos preguntar por la naturaleza de los motivos por los que ni Hardison ni Philbrook quieren trabajar ese turno. Ambos esgrimen imperativos derivados de la cosmovisión que sus respectivos credos religiosos les imponen. Es decir, que resultan relevantes en la puesta en práctica de su fe. Ya se ha podido ver que la exteriorización y la práctica de los preceptos religiosos son parte constitutiva de la libertad religiosa, tal y como está concebida en las democracias liberales. En ese sentido nos podríamos preguntar si tiene sentido o no ofrecer un tratamiento especial a las necesidades religiosas, visto que hay un mandato constitucional de protección de esta libertad. Dicho de otra manera, ¿se pueden equiparar las razones no religiosas que llevan a las personas a expresar su preferencia por no trabajar un sábado (y que podrían ir desde el gusto personal hasta los motivos familiares) con los imperativos que definen y constituyen la base de la creencia religiosa personal y colectiva?

Da la impresión de que esta pregunta no ha sido abordada por el tribunal en ninguno de los dos pronunciamientos que analizamos. Su respaldo del convenio en tanto que instrumento de gestión de las necesidades “no religiosas” viene avalado por su neutralidad<sup>35</sup>. Sin embargo, ante las necesidades religiosas, podríamos preguntarnos si realmente el convenio es igualmente neutral. A primera vista podríamos cuestionárnoslo ya que no incluye ninguna previsión dirigida a gestionar las necesidades religiosas sino que, a la hora de distribuir los turnos de trabajo, se limita a otorgarles el mismo peso que el que les da a las preferencias personales. El hecho de ignorar un fenómeno no debería considerarse neutralidad, puesto que entonces se podría argumentar que el “ideal” de trabajador que el convenio está regulando es el de alguien que carece de sensibilidad religiosa, o bien que siendo fiel de una religión renuncia a poner en práctica su fe en beneficio de mantener su puesto de trabajo.

Otro de los argumentos que subyacen a la preferencia del tribunal por el aspecto “neutral” del convenio es el peligro de “estratificación social” que trae consigo el acomodo. Así se argumenta en el caso Hardison<sup>36</sup>, en el que

---

<sup>35</sup> Para Engle los argumentos de los tribunales avalando la neutralidad de las normas proyectan una visión integracionista (en el sentido de liberal o neutral) de la legislación antidiscriminatoria. Aplicando la lógica utilizada en los casos de discriminación por cuestión de raza u origen nacional, se concluye que el demandante no fue discriminado ya que se le trató de igual forma que al resto de empleados. K. ENGLE, “The persistence of neutrality: the failure of the religious accommodation provision to redeem Title VII”, *Texas Law Review*, vol. 76, 1997, pp. 362-369.

<sup>36</sup> Ídem, sec. 81. El fallo estima que la intención del Congreso al introducir la enmienda en 1972 no era llegar tan lejos como para pedir a las empresas que privasen a parte de la fuerza

el juez White se pregunta por qué una persona se va a ver privada del turno de su preferencia simplemente porque no pertenece a una religión que exija poner en práctica el Sabbat<sup>37</sup>. La cuestión es que parece que a través de esta forma de pensar se denota una concepción del acomodo como sinónimo de privilegio, que debe ser sostenido a costa del esfuerzo de quienes no pertenecen a la "élite" de los eximidos. Frente a este razonamiento convendría recordar que la figura que estamos estudiando es una medida de acción positiva en beneficio de un grupo de personas que están adversamente afectadas en un campo protegido ante la discriminación. Pero en segundo lugar también hay que llamar la atención sobre el hecho de que estas medidas no son absolutas sino que son fruto de una negociación cuyo límite está en la carga excesiva que no resultaría aceptable para la empresa empleadora. Sería interesante analizar un dato que no parece haber sido tenido en cuenta por el tribunal. Tanto Hardison como Philbrook ofrecieron alternativas que pasaban por trabajar el turno del domingo, en el caso del primero<sup>38</sup>, y por sufragar de su propio bolsillo el coste de la persona sustituta, en el caso del segundo<sup>39</sup>. Este aspecto, además de poder ser considerado como un punto a favor de la sinceridad de las creencias de estas personas<sup>40</sup>, indica asimismo una voluntad negociadora que tiene más que ver con el intercambio que con la pura exención.

En ese sentido, se podría argumentar que la obligación de acomodar que legisló el Congreso en 1972 obligaría a quien demanda el acomodo y a la empresa empleadora a buscar (a agotar incluso) todas las alternativas posibles antes de la terminación de la relación laboral. Y aunque la carga de la prueba recaiga en la parte empleadora (así se prevé en la ley y parece lógico ante la

---

de trabajo de sus derechos contractuales para acomodar las preferencias religiosas de otras personas.

<sup>37</sup> Íden, sec. 81

<sup>38</sup> 432 U.S. 63, sec. 78 Lo recuerda el juez Marshall en su voto particular. Hardison puso en conocimiento de su supervisor el hecho de que la persona que realizaba el turno domingo-jueves estaba insatisfecha, ofreciéndose así a cambiar el turno con ella.

<sup>39</sup> 79, U.S. 60, sec. 65.

<sup>40</sup> La comprensible desconfianza ante la sinceridad de las creencias esgrimidas para obtener un acomodo es un aspecto muy relevante de este debate. En el caso que nos ocupa ya se ha dicho, al hablar de la neutralidad, que el turno del sábado es habitualmente rechazado por la mayoría de las personas por considerarlo inconveniente. Con más razón aún podríamos decir que los domingos son días reservados a actividades de ocio. En este caso vemos cómo Hardison, en coherencia con las creencias que dice sostener, se ofrece a permutar su turno por otro que incluye el domingo.

asimetría de las relaciones laborales), tampoco se entendería una actitud obstruccionista por parte de quienes piden ser acomodados, algo que no parece que ocurrió en los dos casos que nos ocupan. De hecho, también se podría interpretar que en esa negociación la figura de la carga excesiva es una garantía para la empresa, en el sentido de que lejos de precisar obligaciones de acomodo absolutas éstas están condicionadas por las circunstancias que configuran la realidad de la empresa y el sector económico en que opera.

No obstante, el Tribunal Supremo se decantó por un camino diferente. Escogió un punto de vista más integracionista y, aunque en ninguna de las dos sentencias menciona la cláusula de no establecimiento (visto que estamos en el ámbito privado), sí que se desprende una preocupación por no privilegiar una visión religiosa en beneficio de otras sensibilidades. Para ello va a modular la obligación de acomodar, en lo que se refiere a la parte empleadora, de manera muy restrictiva. En *Hardison* va a configurar la carga excesiva como un requisito “de minimis”, de manera que va a reducir a su mínima expresión<sup>41</sup> los costes que una empresa debería afrontar al asumir el acomodo. Esta afirmación resulta controvertida ya que parecería que, por definición, el concepto de carga excesiva debiera ser maleable y configurado a tenor de las circunstancias que concurren. Así lo ve Silbiger<sup>42</sup> para quien el test de proporcionalidad requerido por las previsiones del Título VII supone que el peso que se otorgue al lado de la balanza en el que se sitúa la libertad religiosa debe ser constante y concebido como sustancial, mientras que el lado del interés del negocio debe ser medido a partir de las especificidades del mismo y decidido en base a hechos y datos que den un valor concreto a las medidas que habría que tomar para acomodar al interesado. De ahí se determinará lo justificado o no de la carga a soportar. Por ejemplo, en el caso *Hardison* se podría cuestionar si la carga excesiva que podría llegar a soportar TWA (que en aquel momento era una de las principales aerolíneas de EEUU) era la misma que, por ejemplo, una librería familiar situada en una población de mediano tamaño.

En *Philbrook*, por su parte, al abordar la cuestión sobre la extensión de la obligación de acomodo, el juez Rehnquist en nombre de la mayoría afirmó que una vez que la empresa hubiese ofrecido una posibilidad de acomodo

---

<sup>41</sup> 432 U.S. 63 sec. 84: “To require TWA to bear more than a de minimis cost in order to give respondent Saturdays off would be an undue hardship”.

<sup>42</sup> S.L. SILBIGER, “Heaven can wait: judicial interpretation of Title VII’s religious accommodation requirement since *Trans World Airlines v. Hardison*”, *Fordham Law Review*, vol. 53, núm. 4, 1985, pp. 857-860.

ya resultaba suficiente para acreditar que la obligación se había cumplido<sup>43</sup>. Tal pronunciamiento tiene la virtualidad de dejar la obligación de acomodar reducida a un requisito puramente formal ya que, una vez acreditado el ofrecimiento de acomodo, el tribunal no entra a valorar la “calidad” del ofrecimiento ni su capacidad de mediar en el conflicto planteado atendiendo a las circunstancias. Una vez más, si tenemos indicios para pensar que la voluntad del poder legislativo era la de fomentar el entendimiento y la transacción<sup>44</sup>, resulta contradictorio que se avale una posición que deja en manos de la voluntad de una de las partes el cumplimiento de una obligación que, como mínimo, debería impulsar un diálogo en el que se acreditase el haber agotado la negociación con vistas a preservar la relación laboral. Con la dirección tomada en este caso no se articula el acomodo como una herramienta de resolución de conflictos, sino que se otorga un poder excesivo a una de las partes para que decida lo que es razonable y lo que no.

Para concluir, se puede decir que el acomodo razonable en Estados Unidos surgió como iniciativa del poder legislativo que lo configuró como un instrumento de acción positiva pero que dejó sin definir tanto los términos jurídicos que la componen como el alcance de los mismos. El TSUSA ha optado por una visión formal del principio de igualdad e integracionista respecto de las necesidades de las minorías religiosas. Con esa configuración ha reforzado la discrecionalidad del empleador en un ámbito tan sensible como es el de la terminación de la relación laboral y, de paso, también ha renunciado a desarrollar las potencialidades de resolución de conflictos y de gestión de las sensibilidades minoritarias que ofrecía esta figura.

### 3. LA EXPERIENCIA CANADIENSE

#### 3.1. La respuesta canadiense al pluralismo religioso

La configuración de la pluralidad religiosa en Canadá viene definida, en sus primeros pasos, por la existencia de dos comunidades cristianas: la católica, que resultaba ser un ingrediente principal en la identidad franco-

---

<sup>43</sup> 479 U.S. 60, sec. 68. “By its very terms the statute directs that any reasonable accommodation by the employer is sufficient to meet its accommodation obligation”.

<sup>44</sup> Así se reconoce en la sentencia de *Phibrock*, 479 U.S. 60, sec. 69, que recoge las palabras del senador Randolph “the sponsor of the amendment that became 701(j), expressed his hope that accommodation would be made with flexibility and a desire to achieve an adjustment”.

canadiense de Quebec, y la protestante. De ahí que, como señala Relano<sup>45</sup>, en Canadá faltó cierto ideal común de nación cristiana comprometida con la libertad religiosa que caracteriza la experiencia estadounidense y, en su lugar, las diferencias entre ambas comunidades fueron notorias desde el origen. Por ello, la preocupación por encontrar un reflejo jurídico a la pluralidad religiosa presente en la sociedad –más aún desde la eclosión de los credos evangélicos y protestantes, muchos de ellos provenientes de Estados Unidos así como de otras religiones producto de la inmigración– da forma a la trayectoria de Canadá.

La vigente constitución canadiense está configurada por la Ley del Canadá de 1982 y de ella forman parte la Ley constitucional de 1982, que incluye la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (en adelante CCDL), y la Ley constitucional de 1867<sup>46</sup>. La referencia de la CCDL a la libertad de religión la encontramos en el artículo 2 (a):

2. *Everyone has the following fundamental freedoms:*  
 (a) *freedom of conscience and religion;*

Se aprecia en esta redacción la vinculación de la libertad religiosa con la de conciencia, algo que por el contrario no estaba presente en la declaración de la primera enmienda estadounidense. En este último texto, este derecho era concebido como un elemento autónomo e inspirador de su fundación. En el caso canadiense, como en el de otros textos constitucionales europeos, la referencia a la conciencia eleva el carácter subjetivo de la libertad religiosa.

En cuanto a su contenido y extensión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo canadiense (TSC) resulta muy clarificadora<sup>47</sup>:

*The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination (...)* Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms

<sup>45</sup> E. RELANO, "El pluralismo religioso: el modelo canadiense", *Revista general de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico*, núm. 1, 2003, p. 6.

<sup>46</sup> La *Constitution Act* de 1867 es un texto relevante por cuanto establece criterios de reparto de competencias entre el Gobierno Federal y las provincias. Sin embargo no recoge ninguna referencia a la libertad de religión.

<sup>47</sup> *R. v. Big Drug Mart Ltd* [1985] 1 S.C.R. 295, sec. 94-95.

*of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience.*

Se subraya en esta definición la vertiente interna y externa del hecho religioso así como la dimensión positiva y negativa de esta libertad. Coherentemente con la visión que las democracias occidentales tienen de los derechos fundamentales se acepta que la libertad religiosa no se trata de ninguna manera de un derecho absoluto, sino que está sometido a restricciones. Esta idea tiene plasmación positiva en el artículo 1 de la CCDL, que lo enmarca “*subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*”.

La segunda referencia a la religión en la CCDL la encontramos en el artículo 15 que consagra el principio de igualdad sin que quepa discriminación por razón de religión.

*Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.*

De cara a entender la concepción de la igualdad que configura la CCDL, es interesante la matización que contiene el párrafo segundo del artículo 15. Se afirma que el principio de igualdad no obsta a que se puedan implementar normas jurídicas, programas o actividades que tengan por objeto la aplicación de medidas de acción positiva. De esta manera se da cobertura constitucional a las acciones en favor de individuos o colectivos que se encuentran en posición de desventaja por causa de alguno de los campos protegidos contra la discriminación<sup>48</sup>.

Otra de las peculiaridades de la carta canadiense la encontramos en el artículo 27 con el encabezamiento “Preservación de la pluralidad cultural”.

*This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.*

No se va a entrar aquí a valorar el carácter que tiene este artículo<sup>49</sup>. Sí interesan dos consideraciones. Por un lado que, a diferencia del caso estado-

<sup>48</sup> *Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.*

<sup>49</sup> Se ha debatido sobre si este artículo genera un derecho sustancial y por tanto reclamable ante los tribunales, si es un principio interpretativo del resto del articulado de la carta

unidense, en el que la existencia de la cláusula de no establecimiento en la primera enmienda suponía un freno a los intentos de los poderes públicos por tomar partido en ciertas cuestiones, en el caso canadiense no existe una previsión similar. Es más, el artículo 27 se podría llegar a interpretar como una invitación a la promoción de la diversidad cultural, cuando ésta sea vista en peligro. Por otro lado la conjunción de los textos que hemos visto, el art. 2 (a) -libertad religiosa-, el art. 15 -principio de igualdad- y el art. 27 -preservación de la pluralidad cultural- ofrecen un marco peculiar para la gestión de la diversidad religiosa en Canadá.

En su concepción de la neutralidad del Estado en materia religiosa este país encuentra también argumentos para el desarrollo de la obligación de acomodar. Es sabido que su legislación no contiene ninguna previsión oficial de separación entre Estado y Confesiones religiosas, aunque se estima que la interacción entre las libertades constitucionales de conciencia y religión crea una obligación indirecta de neutralidad<sup>50</sup>. Una neutralidad para la que se rechazan fórmulas de laicidad cerrada propia de tradiciones como la francesa o la turca. Por el contrario se propone una fórmula de neutralidad positiva, respetuosa con la expresión de las manifestaciones religiosas. El papel que le correspondería al Estado es el de preservar y fomentar esta pluralidad a través de varios instrumentos, uno de los cuales resulta ser el acomodo razonable.

### 3.2. La ruptura con la igualdad formal

Precisamente los conceptos de igualdad y no discriminación, tal y como vienen previstos en la CCDL fueron objeto de reflexión para el TSC en el caso *Andrews v. Law Society of British Columbia*<sup>51</sup>. El señor Andrews, ciudadano británico con residencia permanente en Canadá, cumplía todos los requisitos para acceder al colegio de abogados de la Columbia Británica, salvo el de poseer la ciudadanía canadiense. Este requisito era, para el demandante, contrario a las previsiones del art. 15. La importancia de este pronunciamiento reside en que el tribunal va a definir conceptos que dan forma al acercamiento

---

o si se trata de un precepto que da dimensión grupal a derechos individuales. Ver E.J. RUIZ VIEYTEZ, "Una valoración del artículo 27 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades", *Revista española de Derecho constitucional*, num. 80, vol. 2, mayo-agosto, 2007, pp. 169-197.

<sup>50</sup> L. BARNETT, *Freedom of Religion and religious symbols in the public sphere*, Library of Parliament, Canada, 2008, p. 5.

<sup>51</sup> [1989] 1 SCR 143.

to canadiense a esta materia. En *Andrews* se rechaza el llamado “similarly situated test”, vinculado a la idea de igualdad formal y que propugna que quienes están situados en un plano similar deben recibir un trato similar y quienes están situados de manera diferente deben recibir un trato diferente. Enfoque que está elaborado a partir de un conocido principio aristotélico. En el fallo se sostiene que, por el contrario, un trato similar no debe desembocar necesariamente en la igualdad, ni un trato diferenciado debe desembocar necesariamente en la desigualdad. Consecuentemente, el objetivo de eliminación de las diferencias no está presente en el espíritu del art. 15, y se rechaza con ello el ideal asimilacionista que en ocasiones acompaña al principio de igualdad. Con esta interpretación, se abre la puerta a medidas de acomodo para gestionar esas diferencias existentes en la sociedad. La pregunta que cabe hacerse en este punto es por el tipo de diferenciaciones que serían aceptables a la luz del art. 15.

Precisamente el subrayado que hace el texto de este artículo “sin discriminación alguna”, lleva al tribunal a formular una definición de discriminación.

*Discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.*

En esta definición se han incluido elementos que están presentes en la figura de la “Adverse effect discrimination” o discriminación indirecta. Como ya se ha visto, la referencia a los efectos del acto discriminatorio y no a su intencionalidad, llevan la definición más allá de los aspectos formales de la igualdad y la entronca con el ideal de la igualdad material. Por tanto, siempre que el trato diferencial se deba a características personales o grupales y conduzca a cargas o limitaciones no soportadas por otras personas o grupos será cuando estaremos ante un supuesto discriminatorio prohibido por el texto del art. 15(1).

La opción por esta definición deja dos cuestiones abiertas que nos resultan de interés. Por un lado, podemos preguntarnos si en esta formulación de la prohibición de discriminación habría naturalmente un man-

dato de protección. En el ideal de la igualdad formal la prohibición de discriminación comporta una exigencia de abstenerse de dañar a otros, que resulta coherente con una interpretación liberal del Estado y una concepción correctiva de la justicia. En el ideal de la discriminación indirecta podría ir implícita una necesidad de actuación positiva por parte de quien ha realizado el acto discriminatorio, que entronca con los requisitos de un Estado social y que responde a un ideal de justicia participativa<sup>52</sup>. De esta manera vemos cómo esta concepción de la discriminación indirecta permite atisbar una necesidad de acomodo de las necesidades religiosas cuando éstas pueden ser causa de la imposición en ciertas personas de desventajas, cargas u obligaciones que otras personas que no comparten esa característica personal de adscripción a ese credo religioso, no tienen que soportar.

La segunda cuestión de interés es la de si hay lugar para una interpretación grupal de la discriminación indirecta. El TSUSA ha mostrado una visión más individualista y liberal de esta figura, pero en la definición que da el TSC se hace referencia al diferente impacto que una medida tiene en quienes componen un determinado colectivo. A través de esta vertiente grupal se está en disposición de poner en cuestión el estándar de lo bueno que una norma da por sentado. Es lo que se conoce como el “dilema de la diferencia”. Para predicar que algo o alguien es diferente se necesita hacer un ejercicio comparativo en el que cierto estándar es considerado bueno o normal y frente al cual otros comportamientos son calificados de “diferentes”. En la sentencia de Andrews se pone como ejemplo de caso de *Bliss v. Canada*<sup>53</sup> en el que una mujer embarazada se vio privada de ciertos beneficios laborales durante su periodo de baja maternal. Para el tribunal, la legislación entonces vigente no la discriminaba por razón de sexo sino que la trataba como una persona en situación de baja por enfermedad y bajo esa categoría todas las personas eran tratadas iguales. Lo que late bajo esa afirmación es que lo que en aquel momento la legislación laboral canadiense consideraba “normal” no era otra cosa que un trabajador varón, soltero y sin cargas familiares, frente al cual el colectivo de mujeres trabajadoras que compatibilizaban su dedicación profesional y familiar resultaba discriminado.

---

<sup>52</sup> A. AGUILERA, *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*. Tirant, 1ª ed., Valencia, 2013.

<sup>53</sup> [1979] 1 S.C.R. 183.

Por tanto, en ocasiones, los requisitos impuestos por las normas o estándares laborales pueden tener más que ver con las características del grupo dominante que con criterios de eficacia. La conciencia de este hecho permite evitar la asimilación de aquellos grupos que no han tenido acceso históricamente a la implantación de esos estándares. Sin embargo tampoco sería correcto establecer políticas en base a la pertenencia de las personas a ciertos grupos sin que cupiese la posibilidad de salir de ellos o de legislar en base a criterios de igualdad para todos ellos. De ahí que el dilema de la diferencia “puede plantearse como una elección entre integración y separación, como una elección entre tratar de forma similar y tratar de forma especial, o como la elección entre la neutralidad y la acomodación<sup>54</sup>”.

Precisamente el dilema entre neutralidad y acomodo que se presenta desde el ideal de la discriminación indirecta se le planteó al TSC en materia religiosa por primera vez en el caso de *O'Malley v. Simpson Sears*<sup>55</sup>. A continuación veremos el razonamiento que ofreció para éste y posteriores casos. Para tener una visión más amplia de la concepción canadiense del acomodo razonable también se mencionará la sentencia del caso *Central Okanagan School District n° 23 v. Renaud*<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Martha Minow, *Making all the difference*, 1990, citado por Aguilera, op. cit., pp. 181-182.

<sup>55</sup> [1985] 2 S.C.R. 536. Theresa O'Malley trabajaba en *Simpson-Sears*, cuyo horario de atención al público incluía las tardes de los viernes y sábados en los que se concentraba el mayor nivel en las ventas. Los turnos en estos días eran asignados de manera rotativa entre el personal comercial. En octubre de 1978 la señora O'Malley puso en conocimiento del encargado de personal que había entrado en la Iglesia Adventista del séptimo día que exige respetar el Sabbat. El encargado le hizo ver que se le exigiría cumplir con el horario de trabajo establecido, ante lo cual la demandante decidió dejar su puesto de trabajo. Posteriormente la empresa le ofreció trabajar a media jornada, con la consiguiente reducción de salario. La empresa también se comprometió a valorar su candidatura para puestos vacantes que fuesen compatibles con sus necesidades religiosas. Desgraciadamente las alternativas que se le ofrecieron requerían bien trabajar el sábado o bien un perfil laboral superior al de la demandante. La señora O'Malley demandó a la empresa por discriminación.

<sup>56</sup> [1992] 2 S.C.R. 970. Larry Renaud, miembro de la Iglesia Adventista del séptimo día, no podía dedicar el Sabbat a actividades seculares. Ciertos turnos del centro de enseñanza primaria en los que impartía clases incluían la noche del viernes y la jornada del sábado. Cuando el señor Renaud puso a los directores del centro en conocimiento de sus necesidades religiosas, éstos le indicaron que cualquier cambio en los turnos debía hacerse con consentimiento del sindicato con el que se había negociado el convenio colectivo. Fruto de las conversaciones entre la dirección y el demandante (que no quería perder salario trabajando sólo 4 días por semana) se decidió que la mejor solución de acomodo consistía en crear una jornada semanal de domingo a jueves, para lo cual se precisaba del consentimiento sindical. El sindicato, reacio a violar los términos del convenio colectivo, se negó.

### 3.3. La apuesta por un acomodo negociado

Al igual que en los casos estadounidenses analizados, ambos demandantes planteaban reclamaciones de acomodo que tenían que ver con el día de descanso semanal (sábado) que su fe les prescribía y que entraba en contradicción con el calendario laboral de sus respectivas empresas. Además del marco legislativo de la CCDL, en ambos casos eran aplicables las leyes de Derechos Humanos vigentes en la provincia de residencia de cada uno de los demandantes<sup>57</sup>. A diferencia del Título VII CRA, no existía en Canadá ninguna norma que previese la obligación de acomodar.

Se acepta que el calendario laboral de las empresas ha sido elaborado sin ánimo discriminatorio y por motivos legítimos. Su aplicación es igual para todas las personas, de manera que la pregunta es si existe discriminación. La práctica de escoger el domingo como día de descanso entra dentro de la libertad de empresa, una de cuyas facultades es la de organizar el trabajo de la manera más eficiente para sus fines. Con independencia de cuáles son los orígenes históricos del descanso dominical, lo cierto es que hoy en día esta medida es asumida con naturalidad por la mayoría de la fuerza de trabajo. Sin embargo a quienes son practicantes de una religión que tiene un día diferente del domingo para ser dedicado a actividades religiosas se les plantea la disyuntiva de escoger entre mantener su puesto de trabajo a costa de su práctica religiosa o bien continuar en la observancia sacrificando su profesión. Esta dura decisión, que está basada en una característica personal como es la pertenencia a una religión y no a otra, supone tener que asumir una carga o desventaja –en el sentido en que lo dice la definición del caso *Andrews*– que a otras personas no se les plantea.

De manera que atendiendo a los efectos que la norma produce el tribunal del caso *O'Malley* puso sus ojos en la figura de la *Adverse effect discrimination*, que desde el caso *Duke Power* también había empezado a ser empleada por los tribunales canadienses<sup>58</sup>. El TSC identifica la discriminación

---

<sup>57</sup> En el caso *O'Malley*, la *Ontario Human Rights Code* R.S.O. 1980 y en el caso de Renaud la *British Columbia Human Rights Act*, S.B.C. 1984. Ambos textos prohibían la discriminación laboral en términos genéricos.

<sup>58</sup> Se cita como primera ocasión el caso *Singh (Ishar) v. Security and Investigation Services Ltd.* (Ontario Human Rights Board of Inquiry), decisión inédita de mayo de 1977. Se aceptó la existencia de una discriminación basada en religión ante el rechazo que se produjo por la empresa a una solicitud de empleo de un ciudadano Sij que no cumplía los requerimientos de vestimenta y presencia física (afeitado) por estar comprometido con los requerimientos de su fe. Ver I.Camós Victoria, "La evolución del tratamiento de la discriminación en materia de

indirecta en aquellos casos en los que la empresa, llevada por necesidades de su negocio, adopta una norma o estándar que es neutral a primera vista pero que provoca un efecto diferenciado en un empleado o grupo de ellos a consecuencia de una característica especial de estos últimos no compartida por otros miembros del personal. Hasta este punto la carga de la prueba le corresponde al empleado y supondría un reconocimiento *prima facie* de la existencia de discriminación. La cuestión controvertida es qué ocurre a partir de este momento.

En estos casos se activa un test de proporcionalidad que ponderará los intereses en conflicto. Por un lado la libertad de empresa y por otro la libertad religiosa de las personas empleadas. Si en la ponderación de los intereses en juego se concluye que esa norma constituye un requerimiento profesional impuesto de buena fe<sup>59</sup> (RPBF), la libertad religiosa se vería obligada a caer. Para los casos en que la norma no pudiera ser amparada como un RPBF la ley no preveía nada. Ante este vacío legal, el TSC se vio obligado a dar una respuesta –y lo hizo positivamente– a la interrogante sobre si la definición de discriminación indirecta no encierra implícitamente una obligación de reparación. La “cobertura” jurídica a esta situación la encuentra en la importación de la obligación de acomodar. De ahí que como apunta Woerling<sup>60</sup>, la obligación de acomodar se configura en Canadá como una exigencia del principio de igualdad y el corolario de la prohibición de la discriminación indirecta.

Ahora bien, el reconocimiento de la existencia de discriminación por causa de religión no conlleva automáticamente un derecho a implementar un remedio. Se acepta que el espíritu de la ley requiere cierta forma de acomodo de las prácticas que han originado el conflicto, pero en el marco de un modelo flexible que resulte garantista tanto para la protección del derecho a la libertad religiosa como para la adecuada gestión del negocio. Por esta razón la configuración del concepto de carga excesiva se articula por el TSC como una garantía más que como un límite del ejercicio del acomodo razonable.

---

empleo en aplicación de las cartas de libertades de las personas en Canadá y Quebec”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 37, 2002, p.138.

<sup>59</sup> *Bona Fide occupational requirement* es la expresión empleada en la ley. Esta formulación viene a cumplir la misma función que en la discriminación por efecto adverso del TSUSA tiene el *test de objetividad* a través del cual se debe demostrar, por la parte empleadora, que la norma impugnada tiene relación manifiesta con el puesto de trabajo y que es necesaria para alcanzar un objetivo legítimo y no discriminatorio.

<sup>60</sup> J. WOERHLING, “L’obligation d’accommodement raisonnable et l’adaptation de la société a la diversité religieuse”, *Revue de droit de McGill*, núm. 43, 1998, p. 330.

Efectivamente, el rechazo expreso por parte del TSC de emplear el requisito “de minimis” de su homólogo estadounidense implica que el concepto de carga excesiva se pretende articular como un elemento que sirva para ejecutar un test de proporcionalidad a la hora de aplicar acciones positivas. Un elemento previsible en su formulación pero variable en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. Así fue definido en el caso conocido como *Central Alberta Dairy Pool*<sup>61</sup>, donde se listaron varios factores que, lejos de ser una enumeración cerrada o exhaustiva, pretendían ofrecer una guía cuya puesta en valor frente a la libertad de religión podría dar un resultado diferente según el caso ante el que nos encontrásemos:

*“...financial cost, disruption of a collective agreement, problems of morale of other employees, interchangeability of work force and facilities. The size of the employer’s operation may influence the assessment of whether a given financial cost is undue or the ease with which the work force and facilities can be adapted to the circumstances. Where safety is at issue, both the magnitude of the risk and the identity of those who bear it are relevant considerations.”*

Un aspecto controvertido al que el TSC tuvo que dar respuesta es al eventual conflicto que surge entre la obligación de acomodar y los requerimientos laborales emanados de un convenio colectivo. Se plantea aquí la segunda de las preguntas que nos hacíamos respecto a la discriminación indirecta y que tiene su núcleo en el dilema de la diferencia. Un colectivo perfectamente legitimado, en tanto que ostenta la representación de la mayoría de la fuerza de trabajo, ha acordado unas condiciones laborales que quedan plasmadas en el texto del convenio colectivo. Sin embargo esa negociación no ha previsto la existencia de determinadas necesidades de carácter religioso que pueden ser presentadas por personas o colectivos no representados o que no tienen peso suficiente dentro de ese agente negociador. ¿Qué hacer ante un conflicto de este tipo? La respuesta difiere según se adopten posturas neutrales, que ignoren el conflicto y en consecuencia conduzcan a las personas con necesidades de este tipo a integrarse o asimilarse en lo establecido por la negociación, o bien se opte por posturas favorables al acomodo que acepten un trato especial en forma de acciones positivas.

En el caso *Renaud*, el tribunal entiende que lo pactado en un convenio colectivo está provocando una interferencia en la libertad religiosa del demandante. Cuando esta medida no pueda ser justificada como un RPBF y tenga efectos discriminatorios, se produce un choque entre la legitimidad

---

<sup>61</sup> *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489.

representativa del convenio colectivo y el ejercicio, garantizado constitucionalmente, de un derecho fundamental. Para el TSC, de la misma manera que la existencia de una relación laboral no supone la suspensión del ejercicio de derechos fundamentales, tampoco lo pactado en un convenio colectivo debería suponer un paréntesis respecto al marco jurídico aplicable en materia de discriminación. Dicho de otro modo, obligar a la persona afectada a integrarse en los términos del convenio a pesar de los efectos que éste provoca, supondría aceptar que lo pactado podría quedar eximido de la legislación en materia de Derechos Humanos.

De manera que el convenio colectivo no exige a las partes de su obligación de acomodar. Ahora bien, el efecto que produzca el acomodo debe ser tenido en cuenta dentro del límite que marca la carga excesiva. En ese sentido, un acomodo que suponga incumplir sustancialmente los términos y condiciones de la operativa pactada en el convenio puede ser considerado como una interferencia indebida en el desarrollo del negocio. Conviene recordar que en el caso concreto de Renaud, las partes involucradas consideraban que la mejor alternativa de acomodo consistía en la creación de un nuevo turno –de domingo a jueves– que satisfacía tanto al centro educativo como a la parte demandante. Sin embargo, la puesta en marcha de esta medida precisaba de la colaboración del sindicato ya que suponía introducir una exención en lo previsto en el convenio. Esa falta de asistencia en la materialización del acuerdo es la que critica la sentencia al subrayar que la obligación de acomodo es una “indagación multilateral” en cuya consecución se precisa el compromiso de todas las partes involucradas. En consecuencia el sindicato también estaría afecto por la obligación de acomodar.

A pesar de la posición del TSC en este caso, la aplicación práctica de este principio resulta compleja, especialmente si además –como suele ser habitual– concurren otras características como la antigüedad (que en ocasiones también pueden ocultar discriminaciones sistémicas). De las características de los casos vistos hasta el momento podemos concluir<sup>62</sup> que la obligación de acomodar podría imponerse como excepción a lo previsto en un convenio colectivo –sin que exista un patrón general y siempre atendiendo a las circunstancias del caso concreto– cuando no existan mejores alternativas disponibles, cuando su puesta en práctica no interfiera con el desarrollo del negocio y sin que el acomodo pueda suponer la pérdida de un puesto de trabajo o

---

<sup>62</sup> R. HATFIELD, “Duty to accommodate”, *Just Labour*, vol. 5, winter, 2005, pp. 28-29.

relegación de una persona que actualmente está ocupando un determinado puesto.

#### 4. EL ACOMODO RAZONABLE COMO HERRAMIENTA DE FUTURO

Los diferentes elementos que entran en juego en cada tradición jurídica ejercen una notable influencia en el desarrollo de una misma figura, como se ha visto con el acomodo razonable en los casos estadounidense y canadiense. Ciertamente en ninguno de los dos países esta figura es ajena a la controversia, aunque también es cierto que el empeño en desarrollarla muestra hasta qué punto la libertad religiosa ocupa un lugar relevante en su ordenamiento jurídico.

Un punto común en ambos casos tiene que ver con la crítica que pone el acento en la excesiva permisividad del acomodo razonable; en la cantidad impredecible de conductas que puede llegar a amparar. Una objeción que tiene más que ver con la propia configuración de la libertad de religión como un derecho individual y subjetivo que se da en las democracias liberales. Una de las tendencias que se observa en el fenómeno espiritual contemporáneo en Occidente viene definida por la proliferación de opciones religiosas o incluso de “bricolaje identitario” en materia de creencias y que ha sido etiquetado como “religión á la carte”<sup>63</sup>. Esto ha llevado a cuestionar el acomodo razonable a la luz de la excesiva judicialización a la que se sometería a esta materia en caso de implementar completamente este instrumento. Es verdad que no faltan ejemplos de casos en los que la definición de práctica religiosa o comportamiento amparable por la libertad religiosa puede ofrecer dudas<sup>64</sup>. Curiosamente es esa exacerbación del individualismo la que lleva a ciertas voces entre la doctrina estadounidense a rechazar el acomodo razonable por el efecto de *slippery slope* que podría crear<sup>65</sup>. Incluso quienes tienen mayor experiencia en la obligación de acomodar aceptan que la perspectiva de dar

<sup>63</sup> S. LEFEVRE, “Religion in court: between an objective and a subjective definition” en L.G. BEAMAN (ed.) *Reasonable Accommodation: managing religious diversity*, UBC Press, Vancouver, 2012, pp. 34-35.

<sup>64</sup> Casos como los de *Wilson v. US West Communications*. 58 F.3d 1337 (8th. Cir. 1995) en Estados Unidos o *Bruker v. Marcovitz*, [2007] 3 S.C.R. 607 en Canadá presentan una notable elevación de la carga subjetiva en la parte demandante.

<sup>65</sup> J.A. SONNE, op. cit., pp. 1051-1059; R.S. POST, op. cit., pp. 194-197, quien analiza el choque de principios que se da entre la visión liberal que encierra la primera enmienda de la constitución y la visión progresista de la CRA.

respuesta a casos derivados de una multitud de creencias individuales resulta intimidatoria<sup>66</sup>. Se puede confiar en que el carácter flexible y cooperativo con el que se ha configurado el test de la carga excesiva –al menos en Canadá– sirva para que el acomodo razonable no quede, efectivamente, invalidado por esta dificultad.

Una de las preguntas que nos hacíamos al comienzo del texto es si tiene sentido pensar en la eventual exportación del razonamiento jurídico que propone el acomodo razonable. En el régimen establecido por la Constitución (CE) de 1978, el principio de igualdad (arts. 9 y 14) así como el reconocimiento de la libertad ideológica y religiosa (puntos 1 y 2 del art. 16) dan forma a la neutralidad estatal que adquiere, en sus relaciones con las confesiones religiosas, un modelo de aconfesionalidad al que se le añade un mandato de cooperación (art. 16.3). Este entramado materializa un principio de laicidad, que ha sido definida por el Tribunal Constitucional (TC) como positiva<sup>67</sup> en la medida en que demanda de los poderes públicos una actitud abierta<sup>68</sup>. La figura de la discriminación indirecta tiene sustento en la legislación comunitaria con ocasión de la trasposición de la Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, hecha a través de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. La ponderación de los bienes jurídicos en juego a través de un test de proporcionalidad cuando se presente un conflicto entre derechos fundamentales ya ha sido prevista por el TC<sup>69</sup>. Bien es cierto que en el caso que nos ocupa se trata de una colisión entre un derecho fundamental y un dere-

---

<sup>66</sup> G. VUICIC, "Religious accommodation in the workplace. A management perspective", *2012-2013 Labour Arbitration Yearbook. Second Series*, Lancaster House, 1ª ed., Toronto, 2013, pp. 141-161.

<sup>67</sup> STC 46/2001, de 15 de febrero (BOE nº 65 de 16 de marzo de 2001) FJ4.

<sup>68</sup> Se puede poner en común el contenido del mencionado artículo con el 9.2 CE sobre el papel de los poderes públicos para garantizar la efectividad de los Derechos y Libertades garantizados en la Constitución. El Tribunal Constitucional ya tuvo ocasión en la sentencia 154/2002 de 18 de julio de manifestar en el fundamentado jurídico tercero que junto con la neutralidad del Estado en materia religiosa está la necesidad de cooperación entre Iglesia y Estado. Por tanto, la simple abstención en esta materia no satisface la postura que el Estado debe tener ante el fenómeno religioso.

<sup>69</sup> STC 154/2002 *op. cit.* FJ12 relativa a un caso de negativa a recibir una transfusión sanguínea por parte de una familia de Testigos de Jehová, se afirmó: "...cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante".

cho reconocido en la CE como es la libertad de empresa (art. 38, situado en la sección 2ª “de los derechos y deberes de los ciudadanos” del capítulo II); circunstancia que deberá ser tenida en cuenta al poner en práctica el mencionado test. Sin perjuicio de hacer un análisis más detallado sobre la cuestión<sup>70</sup>, a primera vista parece haber un marco jurídico en el que la obligación de acomodar podría encontrar bases en las que justificarse.

La modificación, por motivos religiosos, del régimen de festividades y días de descanso del que da cuenta el art. 37 del Estatuto de los Trabajadores<sup>71</sup> fue prevista en las leyes ordinarias que sancionan los acuerdos que el Estado español alcanzó con la Federación de entidades Evangélicas, Israelitas e Islámicas<sup>72</sup>. Sin embargo, en estos textos, el eventual acuerdo queda condicionado a que “medie acuerdo entre las partes”. Por un lado, esta formulación deja al arbitrio de las relaciones laborales un aspecto relevante de la exteriorización de la libertad religiosa y de culto<sup>73</sup>. Por otro, aunque la determinación del calendario laboral en España carece en la actualidad de justificación religiosa y busca su legitimidad en aspectos seculares y laborales propios de la tradición<sup>74</sup>, su deuda con una prolongada confesionalidad cató-

---

<sup>70</sup> Ver M. ELÓSEGUI ITXASO, *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable*, Thomson Reuters, 1ª ed., Cizur Menor, 2013; L. BORGES BLÁZQUEZ, “Freedom of religion versus freedom of business management in Spain: Spanish case-law analyzed in the light of reasonable accommodation figure according to Canadian case-law”, *Anuario de acción humanitaria y derechos humanos*, Edición especial, Universidad de Deusto, Bilbao, 2012, pp. 55-70.

<sup>71</sup> Que expresa una preferencia clara por el domingo como día de descanso semanal al establecer que éste consistirá en día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. El punto 2 del mismo artículo reconoce la existencia de un máximo de catorce días festivos y retribuidos al año, cuyo desarrollo se encuentra en el artículo 45 del Real Decreto 2001/1983 de 28 de julio de *regulación de jornadas de trabajo, jornadas especiales y descansos* (BOE nº 180, de 29 de julio de 1983).

<sup>72</sup> Art. 12 de las leyes 24, 25 y 26/1992 de 10 de noviembre, por las que se aprueban los Acuerdos con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCIE) y la Comisión Islámica de España (CIE).

<sup>73</sup> En los casos que hasta el momento han llegado a los tribunales por causa de necesidades religiosas en el puesto de trabajo, cuando la ponderación de los derechos en juego ha sido favorable a la libertad de empresa (haciendo prevalecer, por ejemplo, la seguridad jurídica) no se han dado pistas sobre la manera en que la libertad religiosa podría llegar a prevalecer sobre los otros intereses en juego. STC 19/1985, *op. cit.*; STS –sala de lo social– 20/04/1988 RJ 2999/1988; STSJ Madrid 20/10/1997 (Rec. 2170/1997); STSJ Baleares 9/09/2002 (Rec. 390/2002); STSJ Comunidad Valenciana 11/09/2000 (Rec. 1925/2000).

<sup>74</sup> STC 19/1985, de 13 de febrero. (BOE nº 55, de 5 de marzo de 1985) FJ 4.

lica es evidente. En este sentido resulta claro que la posición de las personas que demandan días festivos por motivación religiosa, que sean diferentes a los consagrados por el tiempo, supone una desventaja respecto a quienes no tienen inconveniente en seguir la situación establecida, y su margen de negociación es menor. El enfoque propio del derecho antidiscriminatorio y de la acción positiva que descansa tras la figura del acomodo razonable demanda igualmente una negociación entre las partes, pero asume la asimetría de las mismas y por ello pide un esfuerzo mayor a la parte empleadora situando ese acuerdo en el terreno de la obligación de mantener la relación laboral hasta el límite de la carga excesiva.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

A pesar de los diferentes elementos que confluyen en cada uno de los casos y que les hacen evolucionar de manera distinta, se puede afirmar a tenor de lo visto, que la figura del acomodo razonable no ha desarrollado en el caso estadounidense un carácter verdaderamente negociador, que es una característica definitoria de esta figura. En su lugar, se puede decir que se ha dotado a la parte empleadora –a través del requisito “de minimis” con el que se configura la carga excesiva, así como con la restringida extensión de la obligación de acomodar que se perfiló en *Philbrook*– de un margen de maniobra tan amplio que ha desvirtuado el aspecto bilateral del acomodo hasta dejarlo en un trámite poco operativo en lo que se refiere a la integración de las sensibilidades religiosas minoritarias en el puesto de trabajo. La ponderación de los intereses en juego entre la libertad de empresa y la libertad religiosa se ha decantado en favor de la primera a través de una visión integracionista y formal en su aplicación de los criterios de igualdad. La discriminación se entiende predicada sólo respecto al estatus, mientras que la práctica es “desgajada” de la libertad religiosa para ser considerada un hábito al que se debe renunciar para poder responder convenientemente a las exigencias laborales.

El caso canadiense, por el contrario, concibe la prohibición de discriminación por razón de religión como un mandato que cubre no sólo el estatus sino también la práctica, en la medida en que ésta es una manifestación en el fuero externo de un derecho fundamental. Consecuentemente realiza un esfuerzo por avanzar hacia una concepción de la igualdad en clave sustantiva y no asimilacionista. El choque entre la libertad de contratación y la práctica

religiosa se encauza desarrollando los aspectos bilaterales que tiene el acomodo razonable. Incluso los aspectos multilaterales, ya que el sindicato –en la medida en que le corresponde– tampoco va a escapar de esta obligación de agotar las posibilidades de la negociación sin menoscabo de la relación laboral. De manera ideal, el test de proporcionalidad que se activa en la obligación de acomodar debe otorgar un peso constante a la libertad religiosa para poder valorar, en el otro lado de la balanza, las circunstancias que concurren en el ejercicio de la libertad de empresa, con la garantía de la carga excesiva, un concepto jurídico indeterminado frente al que el TSC tiene el crédito de haber explorado diferentes indicadores para dotarlo de contenido.

A pesar del esfuerzo realizado, ya se ha visto que en ninguno de los dos casos el acomodo razonable ha conseguido superar los obstáculos que la complicada madeja de las relaciones laborales hace aflorar en el lado de la balanza que ocupan los intereses organizativos de la parte empleadora, ni los aspectos estructurales que tienen que ver con la organización social y que impiden, en ocasiones, el ejercicio de prácticas de los grupos minoritarios que podrían encontrar encaje constitucional. La obligación de acomodar, hasta el momento, se limita a negociar la diversidad gestionando excepciones y soluciones ad casum<sup>75</sup>. Tal vez la clave resida en la adopción de un multiculturalismo que no dependa de la idea de tolerancia de la diferencia sino de la idea de igualdad plena, por mucho que este concepto, hoy por hoy, encuentre demasiados escollos para su materialización.

JOSÉ RAMÓN INTXAURBE VITORICA

*Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe.*

*Universidad de Deusto*

*Avenida de las Universidades, 24*

*48007 Bilbao*

*e-mail: jr.intxaurbe@deusto.es*

---

<sup>75</sup> Para una reflexión sobre su capacidad para gestionar la diversidad religiosa y lingüística, véase E.J. RUIZ VIEYTEZ, “Crítica del Acomodo Razonable como instrumento jurídico del multiculturalismo”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 18, 2009, pp. 1-22. Un análisis sobre la necesidad de desarrollar instituciones inclusivas que superen el binomio Igualdad/Diferencia, se encontrará en S. DAY y G. BRODSKY, “The duty to accommodate: who will benefit?”, *The Canadian Bar Review*, vol. 75, 1996, pp. 433-473; y en L.G. BEAMAN, “Alternatives to Reasonable Accommodation” en L.G. BEAMAN (ed.) *Reasonable Accommodation: Managing religious diversity*. UCB Press, 1ª ed., Vancouver, 2012, pp. 215-216.

# ¿RECONOCIMIENTO O ANTIDISCRIMINACIÓN? UNA SÍNTESIS JURÍDICO-POLÍTICA\*

## RECOGNITION OR ANTI-DISCRIMINATION? A LEGAL-POLITICAL SYNTHESIS

PIER-LUC DUPONT  
*Universidad de Valencia*

Fecha de recepción: 22-1-14

Fecha de aceptación: 27-4-14

**Resumen:** *En el último medio siglo, los Estados democráticos han desarrollado una serie políticas encaminadas a combatir la discriminación de categorías sociales definidas en función de rasgos no elegidos como el sexo, la raza, la orientación e identidad sexual, la discapacidad y la edad. Sin embargo, los estudios sociológicos muestran que estas medidas no han acabado con la discriminación. A la luz de la teoría filosófico-política del reconocimiento formulada por Nancy Fraser, este trabajo pretende identificar las limitaciones intrínsecas de las principales estrategias antidiscriminatorias actuales y proponer algunas vías de mejora. En particular, se subraya la necesidad de prestar más atención a los determinantes del prejuicio y se destaca la contribución potencial del multiculturalismo a la eliminación de las formas de discriminación más encubiertas y cotidianas.*

**Abstract:** *Over the past half century, democratic States have been implementing a range of policies aimed at combating discrimination against social categories defined by non-elective traits such as sex, race, sexual orientation, sexual identity, disability and age. However, sociological research shows that such measures have not put an end to discrimination. In the light of Nancy Fraser's political-philosophical theory of recognition, this paper seeks to identify the intrinsic limitations of existing antidiscrimination strategies and clear the path for future improvements. In particular, it highlights the need to pay more attention*

---

\* Este trabajo se ha realizado con el apoyo de una beca de Formación del Profesorado Universitario del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, y se enmarca en el proyecto Derechos humanos, sociedades multiculturales y conflictos (DER2012-31771) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

*to the determinants of prejudice and underlines the potential contribution of multiculturalism to the elimination of covert, routine forms of discrimination.*

**Palabras clave:** reconocimiento, discriminación, prejuicio, multiculturalismo, justicia social.  
**Keywords:** recognition, discrimination, prejudice, multiculturalism, social justice.

## 1. INTRODUCCIÓN

Junto con el origen socioeconómico, la posesión de rasgos estereotipados y no elegidos tales como el sexo, la raza, la orientación e identidad sexual, la discapacidad y la edad posiblemente constituye una de las principales fuentes de desigualdad en las sociedades democráticas del siglo XXI. En la Unión Europea, las mujeres actualmente cobran un 16% menos que los varones y están masivamente infrarrepresentadas entre los legisladores y gobernantes nacionales (de los que conforman la cuarta parte), los administradores de grandes empresas (el 15%) y sus presidentes (el 3%<sup>1</sup>). Aproximadamente un 15% de la población gitana completa la educación secundaria, la tercera parte está desempleada y el 90% vive por debajo del umbral de la pobreza<sup>2</sup>. El 78% de las personas lesbianas, gais, transexuales o bisexuales (LGTB) recuerda haber presenciado frecuentes discriminaciones durante su escolarización y el 6% informa haber sufrido agresiones o amenazas en el último año<sup>3</sup>. El grueso de las personas con discapacidad intelectual se educa en establecimientos segregados, carece de empleo y debe superar obstáculos significativos para formar una familia, acceder a los servicios de salud o participar en actividades de ocio<sup>4</sup>. En cuanto a los mayores, se les veta muchas oportunidades de reciclaje, ascenso y formación, y

<sup>1</sup> COMISIÓN EUROPEA - DIRECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA, *Progress on equality between women and men 2012*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2013, pp. 17, 28 y 25.

<sup>2</sup> AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (FRA), *The situation of Roma in 11 EU Member States - Survey results at a glance*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2012, p. 12.

<sup>3</sup> FRA, *European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey - Results at a glance*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2013, pp. 19 y 22.

<sup>4</sup> FRA, *Choice and control: the right to independent living - Experiences of persons with intellectual disabilities and persons with mental health problems in nine EU Member States*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2013, pp. 25, 27 y 29-31.

resultan especialmente vulnerables al despido<sup>5</sup>. Además, existen pruebas de que la pertenencia simultánea a varios colectivos estereotipados tiende a generar desventajas más graves o irreducibles a la suma de los estigmas individuales<sup>6</sup>, un problema sociológicamente infra-teorizado que se ha venido abordando en el ámbito jurídico bajo el rótulo de la discriminación múltiple o interseccional<sup>7</sup>.

Incitados por sus obligaciones internacionales<sup>8</sup> y por las presiones de la sociedad civil<sup>9</sup>, varios Estados ya han reconocido la gravedad de la discriminación y la necesidad de combatirla activamente con medidas legislativas y administrativas. En España, por ejemplo, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres desarrolla un ambicioso programa de políticas públicas para favorecer la participación y representación de las mujeres en el sistema educativo, la producción artística e intelectual, los medios de comunicación, el deporte, los consejos de administración y los órganos de gobierno. Aunque menos detallada, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad también establece una obligación para los poderes públicos de diseñar medidas de acción positiva, sensibilización y formación y defensa jurídica a favor de los discapacitados. En cuanto a las minorías étnicas, cuentan con la extensa Estrategia integral contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas co-

---

<sup>5</sup> B. VAN BALEN, N. CROWLEY y H. RONALD, *Older Workers, Discrimination and Employment*, Informe del Network of socio-economic experts in the anti-discrimination field, 2011.

<sup>6</sup> R. CRISP y M. HEWSTONE, "Multiple social categorization: Context, process, and social consequences", en R. CRISP y M. HEWSTONE (eds.), *Multiple Social Categorization: Processes, Models and Applications*, Psychology Press, Hove, 2006, pp. 3-22.

<sup>7</sup> F. REY MARTÍNEZ, "La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo", *Revista española de derecho constitucional*, vol. 28, núm. 84, 2008, pp. 251-283; M. A. BARRÈRE UNZUETA y D. MORONDO TARAMUNDI, "Subordiscriminación y discriminación interseccional: Elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 15-42; M. A. BARRÈRE UNZUETA, "La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87-88, 2010, pp. 225-252; R. SERRA CRISTÓBAL (coord.), *Multidiscriminación en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

<sup>8</sup> Vid. la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006).

<sup>9</sup> AMINISTÍA INTERNACIONAL, *Convivir con la diferencia: marco para combatir la discriminación en Europa*, Editorial Amnistía Internacional, Madrid, 2009.

nexas de intolerancia<sup>10</sup>, donde se reconoce el papel de la discriminación en la perpetuación de sus desventajas y se plasman decenas de intervenciones específicas en todas las áreas de competencia estatal.

Dada la creciente institucionalización de las medidas de lucha contra la discriminación, es razonable esperar que se acaben convirtiendo en unas herramientas fundamentales para la consolidación democrática y la protección de los derechos humanos. Sin embargo, la concepción distributiva o economicista de la justicia social que tradicionalmente ha dominado la filosofía política<sup>11</sup> sigue dificultando la articulación moral y estratégica de estas intervenciones, lo que repercute negativamente en su aceptabilidad social, continuidad y eficacia a largo plazo. Mientras que el trato diferenciado de los ciudadanos más desfavorecidos (fundamentalmente mediante la progresividad fiscal, pero también a través de programas y servicios específicos) generalmente se considera legitimado por la relevancia intrínseca de esta característica<sup>12</sup>, el de los colectivos más expuestos a la discriminación frecuentemente se condena por innecesario<sup>13</sup>, peligroso<sup>14</sup> o injusto<sup>15</sup>. Además, muchos de los teóricos genuinamente preocupados por la discriminación se encuentran polarizados por la polémica en torno a las políticas de la igualdad (o los derechos individuales) y de la diferencia (o los derechos colectivos), frecuentemente entendidas como mutuamente incompatibles o contradictorias<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, *Estrategia integral contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia*, Subdirección general de información administrativa y publicaciones, Madrid, 2011.

<sup>11</sup> I. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, 1990, p. 15.

<sup>12</sup> J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, edición revisada, Oxford, 1999, pp. 81-86.

<sup>13</sup> B. BARRY, *Culture and Equality: An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Polity Press, Cambridge, 2001.

<sup>14</sup> P.-A. TAGUIEFF, *Les fins de l'antiracisme*, Éditions Michalon, Paris, 1995.

<sup>15</sup> D. GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

<sup>16</sup> Algunas aproximaciones esclarecedoras a este debate se pueden encontrar en J. DE LUCAS, "El reconocimiento de los derechos. ¿Camino de ida y vuelta? (A propósito de los derechos de las minorías)", *Derechos y libertades*, vol. 1, núm. 1, 1993, pp. 261-279; M. J. AÑÓN, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, 2001; J. DE LUCAS, "La realidad actual de las minorías en nuestra sociedad", *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 15, 2001, pp. 109-126; F. J. ANSUÁTEGUI ROIG (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001; y R. DE ASÍS ROIG y P. CUENCA, "La igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad", en L. CAYO PÉREZ BUENO (ed.) y G. ÁLVAREZ RAMÍREZ

La reflexión que sigue pretende contribuir al acercamiento de estas posturas mediante la evaluación de las prácticas antidiscriminatorias actuales a la luz de la teoría del reconocimiento formulada por Nancy Fraser. Aunque sus raíces filosóficas se hunden hasta Hegel, el concepto de reconocimiento irrumpió en la teoría política a principios de los años 90, cuando se definió como una obligación ética por parte de los poderes públicos de proteger la autoestima de los colectivos estigmatizados<sup>17</sup>. Esta propuesta normativa descansaba en la premisa empíricamente cuestionada de una relación causal sistemática entre estigma y autodesprecio<sup>18</sup>, que Fraser rechazó a favor de una conceptualización más directamente vinculada al problema de la discriminación.

En esta última versión, el reconocimiento se concibe como un imperativo moral cualitativamente distinto pero parcialmente dependiente de la redistribución, derivado de la existencia de injusticias culturales o simbólicas. Arraigadas en sistemas de representación, interpretación y comunicación, estas injusticias pueden consistir en la dominación cultural (sumisión a sistemas de interpretación y comunicación ajenos u hostiles a la propia cultura), el no reconocimiento (desatención por parte de las representaciones, comunicaciones e interpretaciones de la propia cultura) y la falta de respeto (calumnias o desprecio transmitidos mediante las representaciones estereotípicas o las interacciones diarias)<sup>19</sup>. Al mermar el estatus de ciertos colectivos, estas prácticas los vuelven vulnerables a una serie de tratos desfavorables, desde la evitación hasta la agresión física, pasando por el acoso, la exclusión de la vida política o asociativa y la denegación de empleos. Para remediar estas injusticias, el Estado debería promover la transformación de los patrones de valor cultural que obstaculizan la participación de los colectivos estereotipados. En algunos casos, este objetivo se podría alcanzar mediante la dilución de sus diferencias; en otros, se trataría más bien de visibilizar un rasgo que

---

(coord.), 2003-2012: *10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, 2012, pp. 59-75.

<sup>17</sup> C. TAYLOR, "The politics of recognition", en A. GUTMANN (ed.), *Multiculturalism: examining the politics of recognition*, Princeton University Press, Princeton, 1994, pp. 25-73; A. HONNETH, *La lucha por el reconocimiento: por una gramática moral de los conflictos sociales*, trad. de Manuel Ballester, Crítica, Barcelona, 1997.

<sup>18</sup> M. CROCKER y B. MAJOR, "Social Stigma and Self-Esteem: The Self-Protective Properties of Stigma", *Psychological Review*, vol. 96, núm. 4, 1989, pp. 608-630.

<sup>19</sup> N. FRASER, "From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a post-socialist age", *New Left Review*, I/212, 1995, p. 71.

había permanecido oculto, subrayar la no universalidad de las características del colectivo dominante o modificar los criterios de categorización social<sup>20</sup>.

Una de las ideas fundamentales que se pueden desprender de la argumentación de Fraser es que el reconocimiento constituye un requisito imprescindible, aunque no suficiente, de cualquier estrategia holista y eficaz de los poderes públicos contra la discriminación. En efecto, si la enfermedad que se quiere curar es la discriminación, y si los Estados democráticos ya cuentan con varias herramientas jurídico-políticas para hacerlo, ¿por qué otorgar tanta importancia al reconocimiento? La respuesta más plausible es que las demás medidas, sencillamente, no bastan. El problema radica en que Fraser no demuestra esta tesis, ni siquiera la formula explícitamente, tal vez dándola por sentada o porque el nivel de abstracción de su teoría, centrada en el vínculo entre reconocimiento, redistribución y justicia, difícilmente podría acomodar el análisis detallado de prácticas concretas. Incluso en el plano filosófico, sin embargo, la omisión proporciona armas a los que consideran el reconocimiento como un mero adorno, un capricho idiosincrático, no necesariamente incompatible con el proyecto moderno pero tampoco exigido por sus criterios deontológicos.

Para arrojar luz sobre esta cuestión, se empezará describiendo las principales formas de discriminación que atraviesan las democracias actuales. A continuación, se presentarán y evaluarán consecutivamente tres estrategias jurídico-políticas adoptadas para combatirlos: la disuasión, la compensación y la educación. Esta tipología, elaborada a partir de las descripciones detalladas proporcionadas por la doctrina, se presentará de forma apriorística como marco conceptual capaz de reflejar algunas propiedades de las medidas antidiscriminatorias más significativas sin excesiva distorsión. En último lugar, se abordarán las leyes y políticas enmarcadas en el paradigma del reconocimiento, prestando una atención especial a la relación que mantienen con las medidas anteriores y el multiculturalismo.

## 2. UN RETRATO GENERAL DE LA DISCRIMINACIÓN EN LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS

Aunque el significado del concepto de discriminación se ha dado por sentado hasta ahora, cabe especificar que subsisten considerables discre-

---

<sup>20</sup> N. FRASER, "Rethinking recognition", *New Left Review*, vol. 3, 2000, pp. 113 y ss.

pancias al respecto. La definición jurídica que mayor resonancia ha tenido plausiblemente es la que se encuentra formulada en la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: es decir, toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en un motivo prohibido y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil u otra. En las ciencias sociales, algunos autores se han mantenido fieles a esta definición<sup>21</sup>; otros, sin embargo, han acotado el objeto de estudio ciñéndose a un ámbito concreto de discriminación (más frecuentemente, el empleo<sup>22</sup>), han mantenido la globalidad de la definición legal pero reduciéndola a unos términos básicos, o han prescindido de su primer componente (basada en...) para centrarse en el segundo (que tenga por resultado<sup>23</sup>...).

En línea con la tercera de dichas estrategias, la discusión que sigue abordará la discriminación como trato menos favorable otorgado a una persona o categoría de personas debido a la posesión de rasgos no elegidos<sup>24</sup>. Sea cual sea su voluntad de sencillez, ninguna definición está libre de ambigüedades interpretativas. El cometido de esta sección consistirá en despejar las que pueda suscitar la formulación elegida y destacar algunos resultados de la investigación empírica llevada a cabo en esta área.

La mayor indeterminación tal vez esté vinculada a la categoría de “rasgos no elegidos”, deudora de una tradición moral que censura las desventajas causadas por motivos ajenos a la voluntad individual<sup>25</sup>. Estrictamente

---

<sup>21</sup> S. GARGANTÉ et. al., *La discriminación racial: propuestas para una legislación antidiscriminatoria en España*, Icaria, Barcelona, 2003.

<sup>22</sup> K. KRAAL, J. ROOSBLAD y J. WRENCH (eds.), *Equal Opportunities and Ethnic Inequality in European Labour Markets: Discrimination, Gender and Policies of Diversity*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2009.

<sup>23</sup> D. PAGER y H. SHEPHERD, “The sociology of discrimination: racial discrimination in employment, housing, credit, and consumer markets”, *Annual Review of Sociology*, núm. 34, 2008, pp. 181-209.

<sup>24</sup> Esta formulación se acerca a la temprana propuesta de P. BREST, “Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle”, *Harvard Law Review*, vol. 90, núm. 1, 1976, pp. 1-54.

<sup>25</sup> N. BOBBIO, “La naturaleza del prejuicio. Racismo, hoy. Iguales y diferentes”, en D. CAICEDO TAPIA y A. PORRAS VELASCO (eds.), *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2010, pp. 191-195.

hablando, ninguno de los rasgos actualmente protegidos por el derecho antidiscriminatorio resulta absolutamente imposible de modificar u ocultar; no obstante, los rasgos que se consideran como criterios ilegítimos de trato menos favorable se suele determinar en función del grado relativo de autonomía con que se adquieren y mantienen. También se tiene en cuenta la presencia o ausencia de interés legítimo del Estado en la modificación del rasgo<sup>26</sup>. La religión, la etnicidad, la nacionalidad, la lengua, el estado civil y el patrimonio son algunos de los rasgos difícilmente mutables que se han incluido en una zona intermedia de protección jurídica<sup>27</sup>.

Otra expresión que puede dificultar la delimitación del concepto de discriminación es la de "trato menos favorable". Aunque la idea de trato generalmente evoca interacciones y cercanía física, la mayoría de los tratos discriminatorios no se produce en presencia de sus destinatarios. Así ocurre, por ejemplo, cuando los tertulianos de un programa de radio expresan opiniones homofóbicas, cuando los electores rehúsan votar a una presidenta, cuando los empleadores descartan el currículum de una persona sexagenaria o cuando unos compradores evitan la tienda de "los chinos". Pero incluso cuando el individuo discriminado presencia la acción que lo perjudica, generalmente no puede concluir con certeza que se haya producido una discriminación. En efecto, un trato desfavorable puede atribuirse a muchos motivos alternativos, como el marco institucional, la conducta de la persona lesionada, el estado de ánimo del agente y la estructura de oportunidades asociada con una u otra línea de actuación. Además, muchas discriminaciones no adoptan la forma de tratos francamente desfavorables sino meramente neutros o incluso ligeramente favorables<sup>28</sup>. En estos casos, el daño consiste en denegar un beneficio que se habría concedido a una persona de otra categoría social. Dada la dificultad de detectar y demostrar las discriminaciones, no es de extrañar que muy pocas acaben denunciándose<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> FREDMAN, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, 2ª edición, Oxford, 2011, p. 132.

<sup>27</sup> A título ilustrativo, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (2000) prohíbe la discriminación por razón de orígenes sociales, características genéticas, lengua, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, patrimonio y nacimiento (art. 21.1).

<sup>28</sup> M. BREWER, "The Psychology of Prejudice: Ingroup Love or Outgroup Hate?", *Journal of Social Issues*, vol. 55., núm. 3, 1999, pp. 429-444.

<sup>29</sup> CONSEJO PARA LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO..., *Informe anual sobre la discriminación por el origen racial o étnico: la percepción de las potenciales víctimas 2011*, Ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad, Madrid, 2012.

La discriminación es un fenómeno multifacético que atraviesa todas las esferas de la vida social: así lo recalcan los títulos de los tratados internacionales contra “todas las formas” de discriminación y la enumeración de las esferas “política, económica, social, cultural, civil u otra” en que se producen. Sin embargo, las heterogéneas conductas que abarca comparten una misma causa más o menos inmediata: el prejuicio. Los psicólogos sociales definen el prejuicio como una actitud, es decir, una predisposición a actuar de una determinada manera hacia una categoría social<sup>30</sup>. Estas actitudes están arraigadas en un conjunto de creencias y emociones aprendidas desde la infancia, aunque también se pueden modificar a lo largo de la vida, y que se activan automáticamente a la hora de evaluar a una persona<sup>31</sup>.

El término de “prejuicio” suele reservarse para describir las actitudes globalmente negativas. Sin embargo, se ha observado que muchos prejuicios no son uniformemente negativos sino que comportan estereotipos de signo opuesto en las dimensiones de competencia y simpatía. Por ejemplo, los mayores, los discapacitados y las amas de casa tienden a percibirse como simpáticos pero incompetentes, mientras que los judíos, los asiáticos y las mujeres profesionales tienen una imagen de competencia y frialdad. Dos factores estructurales aparecen especialmente determinantes en la configuración de los estereotipos sobre un colectivo: la posición social que ocupa y la naturaleza cooperativa o competitiva de sus relaciones con el resto de la sociedad. Así pues, las categorías sociales percibidas como poderosas suelen asociarse con estereotipos de competencia, mientras que las que ocupan una posición subordinada suelen considerarse como incompetentes. Por otro lado, los individuos suelen caer más simpáticos y agradables en la medida en que pertenecen a categorías sociales aparentemente cooperativas y bienintencionadas; inversamente, resultan fríos o distantes cuando sus objetivos parecen colisionar con los de los demás<sup>32</sup>. Ahora bien, la relación entre la posición estructu-

---

<sup>30</sup> J. DOVIDIO *et. al.*, “Prejudice, Stereotyping and Discrimination: Theoretical and Empirical Overview”, en ID. (eds.), *The SAGE Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, Sage, Londres, 2010, pp. 3-28.

<sup>31</sup> S. FISKE y S. NEUBERG, “A continuum of impression formation, from category-based to individuating processes: influences of information and motivation on attention and interpretation”, en M. ZANNA (ed.), *Advances in Experimental Social Psychology*, Academic Press, San Diego, 1990, pp. 1-69.

<sup>32</sup> S. FISKE, A. CUDDY, P. GLICK y J. XU, “A Model of (Often Mixed) Stereotype Content: Competence and Warmth Respectively Follow From Perceived Status and Competition”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 82, núm. 6, 2002, pp. 878-902.

ral y los estereotipos de un colectivo no es directa, sino que resulta mediada por la forma en que las instituciones mediáticas, educativas, culturales y políticas representan esta posición ante sus respectivos públicos.

Los matices que distinguen cada tipo de prejuicio se plasman en patrones específicos de discriminación. En concreto, los colectivos estereotípicamente competentes y fríos tienden a despertar envidia y una combinación de ayuda pasiva (es decir, tratos motivados por el interés propio pero que redundan en beneficios colaterales para sus destinatarios) y daño activo (tratos deliberadamente perjudiciales para el destinatario). En cambio, las categorías percibidas como incompetentes y simpáticas suscitan lástima y reciben ayuda activa (explícitamente concebida para beneficiar al destinatario) pero daño pasivo (ignorancia, negligencia y distanciamiento)<sup>33</sup>. Las estructuras de oportunidades específicas de cada colectivo también vienen determinadas por el nivel de compatibilidad entre sus estereotipos y los requisitos asociados con determinados roles<sup>34</sup>. Dado que los estereotipos de género atribuyen más empatía y menos capacidades analíticas a las mujeres que a los varones, las primeras tienden a ser evaluadas de forma más favorable en las profesiones vinculadas al cuidado y menos favorable en las que comportan tareas matemáticas<sup>35</sup>. Del mismo modo, la presunta sensibilidad de los varones homosexuales puede facilitar su inserción en la industria cultural pero excluirlos de la policía o el mundo deportivo. Las recompensas derivadas del desempeño de roles estereotípicos crean incentivos para invertir en la adquisición de las competencias correspondientes<sup>36</sup>, contribuyendo así a la perpetuación de la segregación estructural.

El contexto normativo en el que se enmarca la discriminación también determina las formas que adopta. En particular, el desarrollo del derecho antidiscriminatorio y el descrédito de las ideologías basadas en jerarquías biológicas han fomentado la sustitución parcial de las hostilidades abiertas

---

<sup>33</sup> A. CUDDY, P. GLICK y S. FISKE, "The BIAS Map: Behaviours From Intergroup Affect and Stereotypes", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 92, núm. 4, 2007, pp. 631-648.

<sup>34</sup> A. EAGLY y A. DIEKMAN, "What is the Problem? Prejudice as an Attitude-in-Context", en J. DOVIDIO, P. GLICK y L. RUDMAN (eds.), *On the Nature of Prejudice: Fifty Years after Allport*, Blackwell Publishing, Londres, 2010, pp. 19-35.

<sup>35</sup> D. GINTHER y S. KAHN, "Women in Economics: Moving Up or Falling Off the Academic Career Ladder?", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 18, núm. 3, 2004, pp. 193-214.

<sup>36</sup> C. STANGOR y G. SECHRIST, "Conceptualizing the Determinants of Academic Choice and Task Performance Across Social Groups", en C. STANGOR y J. SWIM (eds.), *Prejudice: The Target's Perspective*, Academic Press, San Diego, 1998, pp. 105-124.

y directas por sesgos más indirectos y encubiertos, racionalizados con argumentos ligados a las diferencias culturales<sup>37</sup>. En muchas ocasiones, estos sesgos no solo pasan desapercibidos por sus víctimas y posibles testigos sino también por sus propios agentes, cuyas convicciones explícitas pueden ser igualitarias<sup>38</sup>. Una de sus manifestaciones más comunes y gravosas es la evitación de la interacción con individuos estigmatizados, debido en parte al temor de revelar posibles prejuicios<sup>39</sup>.

Hasta ahora, la exposición se ha centrado en los casos de discriminación donde el papel causal del prejuicio es inmediato, es decir, donde la actitud y la conducta se reúnen en el mismo individuo. Sin embargo, existen muchas formas de discriminación donde lo que cuenta no es la actitud del agente sino la de otras personas. Estos procesos se pueden agrupar en dos categorías diferenciadas: la discriminación estructural, que surge como efecto secundario de la búsqueda de beneficios en el mercado, y la discriminación institucional, arraigada en normas jerárquicamente impuestas en el seno de las organizaciones públicas y privadas<sup>40</sup>.

El caso paradigmático de discriminación estructural es la tendencia de los empleadores a tener en cuenta las preferencias de sus empleados y clientes a la hora de contratar, asignar tareas o conceder ascensos<sup>41</sup>. Dado que estas preferencias suelen estar condicionadas por los prejuicios socialmente vigentes, las empresas pueden verse incitadas a discriminar estratégicamente para prevenir el acoso de sus trabajadores atípicos o evitar una pérdida de prestigio ante sus clientes<sup>42</sup>. Otra forma de discriminación estructural es

---

<sup>37</sup> T. PETTIGREW y R. MEERTENS, "Subtle and blatant prejudice in western Europe", *European Journal of Social Psychology*, vol. 25, 1995, pp. 57-75.

<sup>38</sup> P. DEVINE, "Stereotypes and prejudice: their automatic and controlled components", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 56, núm. 1, 1989, pp. 5-18.

<sup>39</sup> W. STEPHAN y C. STEPHAN, "Intergroup Anxiety", *Journal of Social Issues*, vol. 41, núm. 3, 1985, pp. 157-175.

<sup>40</sup> Para una definición análoga, vid. L. CACHÓN RODRÍGUEZ, "Discriminación en el trabajo de las personas inmigradas y lucha contra la discriminación", en S. GARGANTÉ, S. et al., *La discriminación racial...*, cit., p. 50.

<sup>41</sup> G. BECKER, *The Economics of Discrimination*, University of Chicago Press, 2ª edición, Chicago, 1971.

<sup>42</sup> R. GREGORY, *Women and Workplace Discrimination: Overcoming Barriers to Gender Equality*, Rutgers University Press, Londres, 2003; J. MACDONNELL, "Comparative life histories of nurses who advocate for lesbian health in a Canadian context: sexual orientation discrimination as a factor in career and workplace dynamics", en M. BADGETT y J. FRANK (eds.), *Sexual Orientation Discrimination: An international perspective*, Routledge, Londres, 2007, pp. 118-135.

la llamada discriminación estadística, que se produce cuando un rasgo no elegido se encuentra fuertemente correlacionado con una característica relevante desde el punto de vista del rendimiento laboral. Por ejemplo, en una sociedad donde las mujeres dedican más tiempo al trabajo doméstico que los varones, los empleadores tenderán a utilizar el sexo como indicador de disponibilidad horaria, sobre todo cuando la búsqueda de información individualizada resulta costosa<sup>43</sup>. En cuanto a la discriminación oportunista, se basa en la explotación del menor poder de negociación que tienen los individuos estigmatizados, ofreciéndoles salarios más bajos o peores condiciones de trabajo<sup>44</sup>.

La discriminación estructural no se cierra al mercado laboral sino que también atraviesa los mercados inmobiliarios, financieros y de bienes de consumo<sup>45</sup>. Por ejemplo, existen pruebas de que los bancos estadounidenses conceden menos hipotecas a los residentes de los barrios donde se concentran las minorías raciales, lo que se puede deber a la disminución esperada del valor de sus propiedades o a una menor confianza en su capacidad de devolver los préstamos. También se muestran reticentes a financiar las empresas de propiedad hispánica o afroamericana. Al mismo tiempo, estos mismos colectivos constituyeron el blanco principal de los préstamos abusivos que desembocaron en la crisis financiera de 2007<sup>46</sup>.

En contraste con la ubicuidad de la discriminación individual y estructural, la discriminación institucional actualmente constituye un fenómeno relativamente marginal en las sociedades democráticas, en parte gracias a los límites impuestos por los instrumentos de protección de los derechos humanos a la actividad legislativa, administrativa y económica. Por su carácter formal, sistemático y jerarquizado, la discriminación institucional no solo puede tener impactos devastadores sino que también resulta más difícil de disimular. La penalización de la homosexualidad, la denegación del derecho

---

<sup>43</sup> H. FANG y A. MORO, "Theories of Statistical Discrimination and Affirmative Action: A Survey", en J. BENHABIB, M. JACKSON y A. BISIN (eds.), *Handbook of Social Economics*, Elsevier, North-Holland, 2011, pp. 133-200.

<sup>44</sup> A. NILSSON y J. WRENCH, "Ethnic inequality and discrimination in the labour market", en K. KRAAL, J. ROOSBLAD y J. WRENCH (eds.), *Equal Opportunities and Ethnic Inequality in European Labour Markets*, cit., p. 39.

<sup>45</sup> D. PAGER y H. SHEPHERD, "The sociology of discrimination: racial discrimination in employment, housing, credit, and consumer markets", cit.

<sup>46</sup> G. DYMSKI, "Discrimination in the credit and housing markets: findings and challenges", en W. RODGERS (ed.), *Handbook on the Economics of Discrimination*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006, pp. 215-259.

de voto a las mujeres, la firma de convenios impidiendo la venta de viviendas a determinadas minorías o la realización de experimentos con discapacitados intelectuales son algunas de las formas especialmente graves de discriminación institucional que no tendrían cabida en el orden jurídico actual. Sobre este trasfondo, sin embargo, varias normativas más o menos ocultas siguen castigando la posesión de rasgos no elegidos. Por ejemplo, la identificación por perfil étnico sigue siendo practicada a gran escala por los cuerpos policiales<sup>47</sup>; las reglas que rigen el empleo público y privado obligan a los trabajadores a abandonar sus puestos cuando alcanzan una edad determinada<sup>48</sup>; las personas homosexuales y las mujeres se encuentran formalmente excluidas de muchas actividades religiosas y militares. Diseñadas y aplicadas desde las instancias con mayor poder político, económico y cultural, estas discriminaciones suponen una amenaza directa para la consolidación de normas igualitarias.

En el plano normativo, quedaría por aclarar un dilema terminológico que inevitablemente deriva de la equiparación entre discriminación y trato menos favorable, a saber, que extiende la carga negativa del concepto a las discriminaciones inversas que favorecen a la categoría social habitualmente desfavorecida. Por ejemplo, ya se ha mencionado que los individuos más expuestos a la discriminación también pueden verse premiados cuando desempeñan roles estereotípicos. Aunque benefician directa e inmediatamente a sus destinatarios, dichos tratos también contribuyen a mantener los determinantes estructurales del prejuicio y, por lo tanto, no parecen merecer mucho respaldo moral. No ocurre lo mismo, sin embargo, con las políticas diseñadas para promover la participación de los colectivos estereotipados en actividades de las que tradicionalmente habían sido excluidos. Dado que muchos juristas apoyan en principio estas medidas, se muestran reticentes a calificarlas como discriminatorias, sobre todo teniendo en cuenta el aura de ilegalidad que rodea el término<sup>49</sup>.

Una solución al problema de las discriminaciones inversas consistiría en distinguir entre sus formas pro-estereotípicas, compatibles con e incluso arraigadas en las otras formas de discriminación, y sus manifestaciones anti-

---

<sup>47</sup> J. GARCÍA AÑÓN *et. al.*, *Identificación policial por perfil étnico en España: informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

<sup>48</sup> D. O'DEMPSEY y A. BEALE, *Age and Employment*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011.

<sup>49</sup> M. A. BARRERE UNZUETA, "Igualdad y discriminación positiva: Un esbozo de análisis teórico-conceptual", *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 9, 2003, pp. 1-27.

estereotípicas, fruto de un esfuerzo estratégico para socavar los fundamentos y contrarrestar las consecuencias de todas las otras formas de discriminación. De ahora en adelante, por afán de simplicidad y apego a la terminología establecida, las segundas se designarán como acciones positivas.

### 3. ANTIDISCRIMINACIÓN: TRES ESTRATEGIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

Partiendo de la descripción anterior de las prácticas que se pueden considerar inequívocamente condenables desde una interpretación minimalista del principio antidiscriminatorio<sup>50</sup>, esta sección aborda las medidas que se han puesto en práctica para contrarrestarlas hasta el momento. Aunque todavía no se han generalizado e institucionalizado de forma comparable a las leyes y políticas de naturaleza distributiva, dichas actuaciones sí han generado extensos y acalorados debates académicos. Aquí no se pretende repasar o zanjarlos sino únicamente recuperar y desarrollar algunos de sus argumentos en aras de identificar la contribución original del reconocimiento a la lucha contra la discriminación.

#### 3.1. La disuasión

La inclusión definitiva de la discriminación en el ámbito de actuación del aparato coercitivo de los Estados miembros de la Unión Europea se produjo en 2008 mediante la Decisión marco 2008/913/JAI<sup>51</sup>, que insta a la penalización de la incitación pública a la violencia o al odio, ya sea oralmente o por la difusión de escritos, imágenes u otros materiales (art. 1.1 a y b); la apología pública, negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, de guerra o contra la humanidad, de una forma que pueda incitar a la violencia o al odio (art. 1.1 c y d); así como la presencia de motivaciones racistas o xenófobas en cualquier conducta delictiva (art. 4). En términos generales, las conductas discriminatorias consideradas como suficientemente graves para

---

<sup>50</sup> Entre otros aspectos, dicha interpretación pasa por alto el importante problema de la discriminación indirecta, donde un trato igualitario genera consecuencias desigualitarias para distintos colectivos. Desde el punto de vista normativo, la discriminación indirecta plantea dificultades de ponderación específicas que no se pueden abordar en este trabajo, pero que se reflejan abundantemente en la doctrina. Vid., p. ej., C. TOBLER, *Limits and potential of the concept of indirect discrimination*, Luxemburgo, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, 2008.

<sup>51</sup> Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

ser objeto de sanciones disuasorias se pueden agrupar en tres categorías: la incitación al odio, el delito de odio y el acoso.

La penalización de la incitación al odio, y en particular el odio racista, tiene una larga trayectoria en derecho internacional y nacional. El artículo 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula que “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. El artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial también declara como acto punible “toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial [...] y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación”. En Francia, la Ley sobre la libertad de prensa pena con un año de prisión y/o 45.000 euros de multa la provocación al odio o la violencia por motivos de etnicidad, nacionalidad, raza, religión, sexo, orientación o identidad sexual o discapacidad mediante discursos, gritos o amenazas proferidos en público, así como escritos, impresos, dibujos, grabados, pinturas, emblemas, imágenes o cualquier soporte escrito, oral o pictórico vendido, distribuido o expuesto en público<sup>52</sup>.

En los discursos políticos y mediáticos, las minorías étnicas frecuentemente se asocian con estereotipos de ilegalidad, fraude, crimen, violencia, pasividad, inadaptación, ignorancia, pobreza, retraso cultural, superstición, agresividad y autoritarismo<sup>53</sup>. Dado que la percepción de amenaza constituye uno de los principales catalizadores de las hostilidades intergrupales<sup>54</sup>, la penalización de la incitación al odio teóricamente podría desempeñar un papel importante en la lucha contra la discriminación por motivos de raza. Hasta ahora, sin embargo, estas posibilidades han quedado reducidas a su mínima expresión por las amplias interpretaciones judiciales del derecho fundamental de libertad de expresión. Entre los argumentos aducidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para anular las condenas de los tribunales estatales se pueden citar las responsabilidades políticas y las intenciones legítimas del sujeto del discurso, el interés público de los debates,

---

<sup>52</sup> Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, art. 23 y 24.

<sup>53</sup> T. VAN DIJK, *Elite Discourse and Racism*, Sage, Londres, 1993, pp. 283 y ss.

<sup>54</sup> B. RIEK, E. MANIA y S. GAERTNER, “Intergroup Threat and Outgroup Attitudes: A Meta-Analytic Review”, *Personality and Social Psychology Review*, vol. 10, núm. 4., pp. 336-353.

la base fáctica de las afirmaciones, la libertad y pluralidad de la prensa y el derecho a la información<sup>55</sup>.

La figura jurídica del delito de odio puede abarcar cualquier delito motivado en alguna medida por el prejuicio. Sus formas específicas van desde el vandalismo, la agresión y la violación hasta los asesinatos en serie y el genocidio<sup>56</sup>. Al igual que la incitación al odio, se creó inicialmente para luchar contra la discriminación racial, étnica, nacional o religiosa, antes de extenderse a otras categorías sociales estigmatizadas. En 2009, 37 Estados miembros de la OSCE habían penalizado algún tipo de delito de odio; prácticamente todas las normativas cubrían la motivación racista o religiosa, 11 incluían la orientación sexual, siete mencionaban la discapacidad y seis, el sexo<sup>57</sup>. En el plano legislativo, la motivación discriminatoria puede tipificarse como delito sustantivo o como circunstancia agravante del delito al que da lugar, la opción más extendida. Una de las desventajas de la agravante es que, a diferencia del delito sustantivo, dificulta la recopilación de estadísticas oficiales sobre la prevalencia de los delitos de odio, debilitando así la función expresiva del derecho penal. Sin embargo, resulta más sencilla de aplicar de forma flexible a una gran diversidad de delitos. Además, en caso de incapacidad de demostrar la motivación discriminatoria, se mantiene intacta la acusación relativa al delito básico<sup>58</sup>.

Dado que el delito de odio siempre coincide con otro delito sustantivo, algunos autores han cuestionado la legitimidad de asignarle una pena específica, alegando una vez más el derecho a la libertad de opinión y expresión<sup>59</sup>. Sin embargo, existen motivos para pensar que los prejuicios que subyacen en un delito efectivamente aumentan su nivel de gravedad. Para sus víctimas inmediatas, generan una mayor percepción de vulnerabilidad, debido a la inmutabilidad de la característica que incitó al acto. Los daños psicológicos

---

<sup>55</sup> A. WEBER, "The case-law of the European Court of Human Rights on Article 10 ECHR relevant for combating racism and intolerance", *Actas del Expert seminar: Combating racism while respecting freedom of expression, European Commission against Racism and Intolerance*, Estrasburgo, 2007, pp. 97-113.

<sup>56</sup> OSCE/ODIHR, *La lucha contra los delitos de odio en la región OSCE: una visión general de estadísticas, legislación e iniciativas nacionales*, Movimiento contra la intolerancia, Madrid, 2005, p. 10.

<sup>57</sup> OSCE, *Hate crime laws: a practical guide*, OSCE Office for democratic institutions and human rights, Varsovia, 2009, p. 43.

<sup>58</sup> OSCE, *Hate crime laws: a practical guide*, cit., pp. 35-36.

<sup>59</sup> J. JACOBS y K. POTTERS, *Hate Crimes: Criminal Law and Identity Politics*, Oxford University Press, Cary, 2000.

pueden desembocar en casos de ansiedad o depresión. Los demás miembros de su categoría social también pueden llegar a temer por su propia seguridad. Finalmente, los delitos de odio contribuyen a exacerbar las tensiones internas de la sociedad en conjunto<sup>60</sup>. Otra justificación de orden pragmático es la tendencia de los operadores jurídicos a racionalizar estos delitos de acuerdo con los estereotipos vigentes. Desde este punto de vista, la agravante puede ayudar a contrarrestar los sesgos de los propios jueces y garantizar el acceso de los colectivos estigmatizados a la justicia<sup>61</sup>.

A diferencia de las dos figuras anteriores, la prohibición del acoso no surgió como respuesta al racismo sino a manifestaciones seculares de sexismo que se empezaron a denunciar a partir de los años 70<sup>62</sup>. En las directivas antidiscriminatorias de la Unión Europea, el acoso se define como “un comportamiento no deseado relacionado con [el sexo, la raza o el origen étnico, la religión, las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual] que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo<sup>63</sup>”. Aunque no se incluyó en la posterior Decisión Marco 2008/913/JAI, el acoso generalmente ha sido tratado por los legisladores y los tribunales como una forma especialmente grave de discriminación. Por ejemplo, el artículo 173 del Código Penal español<sup>64</sup> sanciona con pena de prisión de seis meses a dos años a la persona que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realice contra otra de forma reiterada actos hostiles o humillantes. La misma pena se aplica a la que lleve a cabo actos hostiles o humillantes que tengan por objeto impe-

---

<sup>60</sup> F. LAWRENCE, “Enforcing bias-crime laws without bias: Evaluating the disproportionate-enforcement critique”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, núm. 49, 2003, pp. 50-51.

<sup>61</sup> OSCE, *Hate crime laws: a practical guide*, cit., pp. 21-22.

<sup>62</sup> C. MACKINNON, *Sexual Harrassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*, Yale University Press, New Haven, 1979; INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Equality in Employment and Occupation, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, 1988.

<sup>63</sup> Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico, art. 2.3; Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, art. 2.3; Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), art. 2c).

<sup>64</sup> Modificado por el número trigésimo octavo del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio.

dir el legítimo disfrute de la vivienda. En los casos en que estos actos se cometan por motivos discriminatorios, también se debería aplicar la agravante del artículo 22.4<sup>65</sup>, lo cual convertiría técnicamente el acoso en un delito de odio. En sus formas más benignas, el acoso generalmente se sanciona mediante la normativa civil. Aún así, los tribunales han reconocido el considerable perjuicio emocional que causa, así como la intencionalidad reflejada en la reiteración de los actos, mediante la concesión de elevadas indemnizaciones a las víctimas<sup>66</sup>.

En la medida en que se acepte la gravedad del daño causado por la incitación al odio, los delitos de odio y el acoso, la legitimidad del recurso a la coerción estatal en aras de luchar contra algunas formas de discriminación difícilmente se puede rechazar de pleno. Sin embargo, subsiste una profunda tensión entre la vocación de excepcionalidad de las sanciones punitivas y el carácter endémico que, como se ha visto en la sección anterior, reviste la discriminación en las democracias actuales<sup>67</sup>. Por ejemplo, los estudios recientes indican que las formas más comunes de acoso consisten en criticar a una persona a sus espaldas, tratarla como si fuera transparente o invisible, despreciar su rendimiento, difundir rumores sobre ella, criticar su trabajo continuamente, limitar sus posibilidades de expresión, cuestionar sistemáticamente sus decisiones, asignarle tareas muy por debajo de su capacidad, lanzar miradas y hacer gestos despectivos y rechazar el contacto por alusiones y gestos<sup>68</sup>. Aunque pueden tener repercusiones considerables en la salud mental de la víctima, sobre todo cuando se producen de forma continua y acumulativa, muchas de estas conductas están tan extendidas que la intervención penal supondría una violación flagrante de los principios de proporcionalidad y regularidad en la

---

<sup>65</sup> “Son circunstancias agravantes: [...] Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad.”

<sup>66</sup> S. FREDMAN, *Discrimination Law*, cit., p. 293: “The Court of Appeal has set out three bands of award for injury to feelings: a top band (£18.000-£30.000) for the most serious cases, such as a lengthy campaign of sexual harassment”; N. BAMFORTH, M. MALIK y C. O’CINNEIDE, *Discrimination Law: Theory and Context*, Sweet & Maxwell, Londres, 2008, p. 1249: “Harassment cases often involve the type of fact situations that justify additional awards for aggravated damages”.

<sup>67</sup> J. LANDA GOROSTIZA, “Racismo, xenofobia y Estado democrático”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 18, 2004, pp. 59-71.

<sup>68</sup> G. DE RIVERA, *El maltrato psicológico. Como defenderse del mobbing y otras formas de acoso*, Espasa, Madrid, 2003.

aplicación de la ley. Del mismo modo, la racionalización y el encubrimiento de los discursos racistas bajo una retórica de hospitalidad, comprensión y tolerancia generalmente permite ocultar sus motivaciones discriminatorias<sup>69</sup>. Los elevados estándares de prueba que caracterizan el derecho penal, en línea con su énfasis en la presunción de inocencia y la intención del agente<sup>70</sup>, imposibilitan la sanción de estas discriminaciones ocultas.

De este modo, incluso las definiciones más amplias de las figuras jurídicas tratadas en este apartado necesariamente se deben ceñir a una fracción ínfima de las conductas que contribuyen a la subordinación de los colectivos estigmatizados. Por consiguiente, la gran debilidad del enfoque disuasorio radica en su impacto marginal sobre las causas o las consecuencias de la discriminación. Castigar a los discriminadores equivale a atribuir a unas cuantas personas la responsabilidad de todas las acciones rutinarias y aparentemente benignas que contribuyen directa e indirectamente a la perpetuación de los prejuicios. Además, las sanciones penales de tipo económico generalmente revierten en beneficio del Estado y no de las víctimas, lo que reduce sus posibilidades de resarcimiento y sus incentivos para litigar<sup>71</sup>. Teniendo en cuenta estas desventajas, no es de extrañar que la gran mayoría de las medidas antidiscriminatorias actualmente vigentes se enmarquen en el paradigma compensatorio propio del derecho civil y de las políticas que se explorarán en el apartado siguiente.

### 3.2. La compensación

Ante la inadecuación del método coercitivo para hacer frente a un problema social tan generalizado y escurridizo como el de la discriminación, muchos Estados han centrado sus esfuerzos en la compensación de las víctimas por los perjuicios sufridos. Esta lógica de intervención se puede desprender de la predominancia del derecho antidiscriminatorio civil respecto al penal, así como en la adopción de acciones positivas que favorecen a las categorías sociales discriminadas en el reparto de bienes como la vivienda, la educación, el empleo, los cargos políticos o algunas prestaciones<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> T. VAN DIJK, *Elite discourse and racism*, cit., p. 283.

<sup>70</sup> J. SUK, "Criminal and civil enforcement of antidiscrimination law in Europe", óp. cit., pp. 14-15.

<sup>71</sup> J. SUK, "Criminal and civil enforcement of antidiscrimination law in Europe", *European Anti-Discrimination Law Review*, núm. 14, 2012, p. 12.

<sup>72</sup> W. LEITER y S. LEITER, *Affirmative action in antidiscrimination law and policy: an overview and synthesis*, State University of New York Press, 2ª edición, Albany, 2011.

Debido a su alcance internacional, las directivas de igualdad de la Unión Europea<sup>73</sup> resultan especialmente ilustrativas de las tendencias actuales en materia de derecho antidiscriminatorio civil. Por un lado, tres de ellas<sup>74</sup> protegen una única categoría social, lo que se puede explicar por el mayor relieve político que ha adquirido la discriminación sexual y racial desde los años 60<sup>75</sup>. Por otro lado, la mitad de las directivas<sup>76</sup> solo se aplican al ámbito del empleo, plausiblemente por la responsabilidad social específica que pueden asumir los agentes económicos que controlan importantes recursos. En particular, la atribución de responsabilidades civiles a las empresas cuyos directivos o empleados cometen actos discriminatorios puede incrementar considerablemente el importe de las indemnizaciones<sup>77</sup>.

En materia laboral, la Directiva 2000/78 prohíbe la discriminación ejercida por cualquier persona perteneciente a un organismo público o privado en relación con las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción; el acceso a la orientación profesional, la formación profesional y el reciclaje; las condiciones de empleo y trabajo, incluidos el despido y la remuneración; y la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta (art. 3). En el caso de la discriminación racial, la Directiva 2000/43 también abarca la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria, las ventajas sociales, la educación y el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda (art. 3.1). Asimismo, la Directiva 2004/113 prohíbe la discriminación por sexo a todas las personas que suministren bienes y servicios disponibles para el público y que se ofrezcan dentro o fuera del ámbito de la vida privada y familiar (art. 3.1).

---

<sup>73</sup> Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2006/54/CE, cit.; y Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

<sup>74</sup> Directivas 2000/43, 2004/113 y 2006/54.

<sup>75</sup> Civil Rights Act (1964); Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

<sup>76</sup> Directivas 2000/78 y 2006/54.

<sup>77</sup> O. DE SCHUTTER, "The liability of legal persons in anti-discrimination law", *European Anti-Discrimination Law Review*, núm. 6-7, 2008, p. 36.

Las Directivas obligan a los Estados miembros a establecer un régimen de sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias”, pero este último requisito generalmente no se cumple en la práctica, en parte por la modestia de las indemnizaciones concedidas y en parte por la capacidad financiera de las organizaciones que las desembolsan<sup>78</sup>. Aun así, la litigación civil indudablemente ofrece mayores posibilidades de resarcimiento que la vía penal. También abre la puerta a una reducción de los estándares de prueba e incluso a una inversión de la carga, una herramienta esencial para superar la dificultad de identificar las motivaciones del discriminador y la asimetría informativa que suele producirse en el ámbito del empleo<sup>79</sup>.

Sin embargo, la adjudicación judicial se puede considerar como una herramienta antidiscriminatoria de alcance muy restringido. Junto con el bajo nivel de las reparaciones financieras y los problemas de prueba, el principio de imposición de costas al perdedor que rige en todos los Estados europeos<sup>80</sup> y la lentitud inherente al procedimiento judicial, cuya duración suele oscilar entre uno y tres años<sup>81</sup>, limita enormemente el número de casos que se resuelven por la vía de los tribunales. Para ilustrar la inadecuación del remedio a la enfermedad, incluso se ha llegado a compararlo con un sistema fiscal donde los pobres tendrían que demandar a los ricos para que pagaran sus impuestos<sup>82</sup>.

Desde esta perspectiva, las acciones positivas aparecen como una prolongación de la lógica compensatoria subyacente en el derecho antidiscriminatorio civil, rompiendo a la vez con el individualismo metodológico de la actuación judicial. Para las políticas de acción positiva, la posesión de un rasgo estigmatizado se convierte en un factor comparable a la renta en la determinación de la posición social de un individuo y de su correspondiente derecho a determinados bienes y servicios. Reconociendo la legitimidad de

---

<sup>78</sup> S. FREDMAN, *Discrimination Law*, cit., p. 293; I. CHOPIN y T. UYEN DO, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe: The 27 EU Member States, Croatia, Former Yugoslav Republic of Macedonia, Iceland, Liechtenstein, Norway and Turkey compared*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2012, p. 99; N. BAMFORTH, M. MALIK y C. O’CINNEIDE, *Discrimination Law: Theory and Context*, cit., p. 1224.

<sup>79</sup> F. PALMER, “Redressing the Balance of Power in Discrimination Cases: The Shift in the Burden of Proof”, *European Anti-Discrimination Law Review*, núm. 4, 2006, pp. 23-30.

<sup>80</sup> J. SUK, “Criminal and civil enforcement of antidiscrimination law in Europe”, cit., p. 18.

<sup>81</sup> FRA, *Access to justice in cases of discrimination in the EU: Steps to further equality*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2012, p. 44.

<sup>82</sup> L. MASON, “The hollow shell of European race discrimination policy: The EC Race Directive”, *American Behavioural Scientist*, vol. 53, núm. 12, 2010, p. 1741.

este criterio, las Directivas de igualdad de la Unión Europea especifican que “con el fin de garantizar la plena igualdad [...], el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas [ocasionadas por la posesión de algún rasgo estigmatizado]<sup>83</sup>”. En principio, las acciones positivas se pueden llevar a cabo tanto desde las organizaciones públicas como privadas, pero la intervención estatal suele ser más frecuente y una precondition para el involucramiento de las empresas.

Un estudio reciente sobre ocho países europeos, Estados Unidos, Canadá y Sudáfrica sugiere que la gran mayoría de las acciones positivas actualmente vigentes se encuentran directamente vinculadas a la distribución del empleo<sup>84</sup>. Sin embargo, una de las esferas donde más calado han tenido las acciones positivas hacia las mujeres es la de la política. En 2008, las leyes belgas, francesas, eslovenas y españolas establecían cuotas por género en las elecciones nacionales, regionales y locales; además, algunos partidos políticos de Alemania, Polonia, Suecia y el Reino Unido habían adoptado cuotas voluntarias<sup>85</sup>. La proporción mínima de mujeres – o de candidatos de cada sexo – establecida por las cuotas legales oscilaba entre el 20 y el 50% y para las voluntarias, alrededor del 30%<sup>86</sup>. En los Estados Unidos, las acciones positivas se han utilizado para facilitar la admisión de las minorías raciales en la universidad, promover su integración residencial en los barrios de mayoría caucásica y favorecer a sus empresarios en la licitación de contratos públicos<sup>87</sup>.

Por su carácter colectivo y su movilización de los recursos humanos y materiales de todas las ramas de la administración pública, las acciones positivas tienen la capacidad de mejorar las condiciones de vida de un número mucho mayor de individuos discriminados que la adjudicación judicial. Además, los bienes y servicios que ponen a su disposición –empleos, educación, viviendas, cargos políticos– frecuentemente tienen un valor económico muy superior a las indemnizaciones concedidas por los tribunales o difícil-

<sup>83</sup> Directiva 2000/43, art. 5; Directiva 2000/78, art. 7; Directiva 2004/113, art. 6.

<sup>84</sup> COMISIÓN EUROPEA, *International perspectives on positive action measures: A comparative analysis in the European Union, Canada, the United States and South Africa*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2009, p. 55.

<sup>85</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Electoral gender quota systems and their implementation in Europe*, Bruselas, 2008, p. 11.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>87</sup> W. LEITER y S. LEITER, *Affirmative action in antidiscrimination law and policy*, cit.

mente se pueden adquirir con medios financieros. Otra ventaja es que sus costes recaen en el conjunto de la población, lo que parece más acorde con el carácter difuso de la discriminación.

Ahora bien, las compensaciones posibilitadas por las acciones positivas también se encuentran limitadas por varios factores. El más fundamental es que muchas de las oportunidades vetadas a los colectivos discriminados desbordan el alcance de las políticas públicas. Por ejemplo, uno de los aspectos en que más perjudicados pueden resultar los discapacitados, las minorías étnicas, las personas LGTB o los mayores es el de las relaciones interpersonales<sup>88</sup>. Sin embargo, el Estado no tiene la posibilidad de distribuir la estima y el afecto de forma equitativa. Del mismo modo, el impacto del trato preferente de una minoría étnica en la concesión de viviendas públicas necesariamente se verá determinado por la calidad de las viviendas ofertadas y su peso relativo en el conjunto del mercado inmobiliario. En el ámbito del empleo, la trascendencia de las acciones positivas aumentará de forma proporcional a la intervención estatal en la economía.

La otra limitación es que los tribunales, en lugar de considerar las acciones positivas como una obligación derivada de una comprensión multidimensional de la igualdad, las han tratado como una medida excepcional que debe ser sometida a un test más o menos estricto de proporcionalidad<sup>89</sup>. Por ejemplo, el tribunal constitucional belga estableció cuatro condiciones para su admisibilidad: responder a una situación de desequilibrio de poder manifiesto y durable, estar previstas en la legislación, no ser desmesuradas y tener carácter temporal, abandonándose en cuanto se alcance el objetivo propuesto. En Finlandia, la constitución prohíbe cualquier tipo de acción positiva en el empleo público<sup>90</sup>. Incluso en los Estados Unidos, el país con mayor trayectoria en la materia, la Corte Suprema considera la raza y el sexo como criterios inherentemente sospechosos de actuación estatal, cuyo uso

---

<sup>88</sup> J. SWIM, L. COHEN y L. HYERS, "Experiencing Everyday Prejudice and Discrimination", en C. STANGOR, y J. SWIM (eds.), *Prejudice: The Target's Perspective*, cit., pp. 37-60.

<sup>89</sup> 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, pp. 1-26; M. J. ANÓN, "Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja", Ponencia presentada en las jornadas *Integración y derechos en tiempos de crisis*, Valencia, el 15 de noviembre de 2012.

<sup>90</sup> M. DE VOS, *Beyond Formal Equality: Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2007, p. 38.

debe restringirse al máximo y perseguir un interés fundamental<sup>91</sup>. A no ser que cambien radicalmente las interpretaciones judiciales del principio de igualdad, parece poco probable que las acciones positivas lleguen a aplicarse a gran escala en un futuro próximo.

Además de contrarrestar solo una pequeña fracción de los daños causados por la discriminación, las medidas compensatorias tienden a beneficiar a una parte reducida de los colectivos estigmatizados: es decir, a los individuos que solicitan los bienes incluidos en los dispositivos de acción positiva o los que disponen de pruebas y recursos suficientes para acogerse a las leyes antidiscriminatorias. Un corolario de esta selectividad es que, al igual que muchas políticas sociales, suelen dejar fuera a los que más las necesitan. La paradoja se plantea de forma especialmente obvia en relación con los costes del procedimiento judicial, pero también ha sido subrayada por los críticos de las acciones positivas<sup>92</sup>.

Por otra parte, las medidas compensatorias carecen en principio de vocación preventiva. Salvo en casos específicos que se abordarán más adelante, se diseñan como remedios para las discriminaciones pasadas, ya sea en el plano histórico o, de forma más convincente, durante el período vital de los beneficiarios. Sin embargo, también se suelen considerar como transitorias, destinadas a desaparecer al mismo tiempo que la desventaja de la categoría social a la que favorecen. Dado que su diseño generalmente no contempla su contribución efectiva a la eliminación de dicha desventaja, tienden a perpetuarse mucho más tiempo del previsto por sus instigadores<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> Caso *Grutter v. Bollinger* [2003] 539 US 306, Sup Ct.

<sup>92</sup> W. J. WILSON, *When work disappears*, New York, Alfred A. Knopf, 2000, p. 197. Según el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, "quien mejor aprovecha las medidas de acción afirmativa es el segmento más afortunado de los grupos beneficiarios. Por ejemplo, la acción afirmativa en el caso de las mujeres con frecuencia beneficiará a un mayor número de mujeres blancas de clase media que a mujeres de una clase inferior de otro origen étnico. Si favorece a una categoría amplia como los hispanos o los norteamericanos de origen asiático, sacarán más provecho algunos grupos étnicos que otros dentro de esas categorías porque ya tienen una situación económica, de educación o de empleo mejores. En otras palabras, los programas de acción afirmativa tienden a favorecer a los miembros más pudientes y menos desfavorecidos de un grupo." CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *El concepto y la práctica de la acción afirmativa*, 17 de junio de 2002, p. 83.

<sup>93</sup> T. SOWELL, *Affirmative action around the world: an empirical study*, Yale University Press, New Haven, 2004, pp. 3-7.

### 3.3. La educación

Pese a la prohibición legal de la discriminación y al reconocimiento oficial de sus impactos negativos, las encuestas indican una tendencia generalizada a subestimar su alcance y desconocer sus manifestaciones concretas<sup>94</sup>. Esta situación no solo plantea problemas para la eficacia del derecho antidiscriminatorio sino que también obstaculiza la autorregulación de los prejuicios mediante dos importantes incentivos no jurídicos: la voluntad de actuar de forma acorde a los propios valores y la de cumplir con las expectativas de los demás<sup>95</sup>. Con vistas a difundir las normas antidiscriminatorias en el conjunto de la ciudadanía, las Directivas de igualdad de la Unión Europea han impuesto a los Estados miembros la obligación de adoptar “medidas adecuadas para fomentar el diálogo entre los interlocutores sociales<sup>96</sup>”. En el caso de la discriminación por sexo, también prevén que se aliente a los empresarios a que fomenten la igualdad de trato de forma planificada y sistemática en el lugar de trabajo. Uno de los métodos preconizados es la presentación periódica a los empleados y/o a sus representantes de información adecuada sobre la igualdad sexual en la empresa, incluyendo propuestas de mejora y un inventario sobre su presencia en los diferentes niveles de la organización y sus salarios<sup>97</sup>. Para asegurar la efectividad de estas políticas, las Directivas establecen la creación de organismos administrativos especializados con competencias para realizar estudios sobre la discriminación, publicar informes y formular recomendaciones<sup>98</sup>.

En la actualidad, todos los Estados miembros de la Unión cuentan (por lo menos formalmente) con un organismo de igualdad<sup>99</sup>. Más de la mitad de estos organismos abarcan como mínimo los motivos de raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual<sup>100</sup>. Sus fun-

---

<sup>94</sup> CONSEJO PARA LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO..., *Informe anual sobre la discriminación por el origen racial o étnico: la percepción de las potenciales víctimas 2011*, Ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad, Madrid, pp. 42 y ss; FRA, *Data in Focus Report: Rights Awareness and Equality Bodies*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2010.

<sup>95</sup> E. PLANT y P. DEVINE, “Internal and external motivation to respond without prejudice”, *Journal of personality and social psychology*, vol. 75, núm. 3, 1998, pp. 811-832.

<sup>96</sup> Directiva 2000/43, art. 11.1; Directiva 2000/78, art. 13.1; Directiva 2006/54, art. 21.1.

<sup>97</sup> Directiva 2006/54, art. 21.3-4.

<sup>98</sup> Directiva 2000/43, art. 13; Directiva 2004/113, art. 12; Directiva 2006/54, art. 20.

<sup>99</sup> I. CHOPIN y T. UYEN DO, *Developing Anti-discrimination Law in Europe*, cit., p. 102.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 107.

ciones en materia de difusión de normas antidiscriminatorias se han sintetizado en la tipología siguiente: 1) investigación de la prevalencia, las formas y las causas de la discriminación; 2) campañas de información dirigidas al conjunto de la ciudadanía y de las víctimas de discriminación; 3) asesoramiento de las instancias encargadas de desarrollar normativas antidiscriminatorias y seguimiento de las vigentes; 4) cooperación con organizaciones públicas y privadas para el diseño y la aplicación de estrategias y políticas de igualdad<sup>101</sup>.

Desde el punto de vista educativo, la primera condición para la consolidación de una opinión pública informada es la recolección de datos fiables sobre la posición social de los colectivos discriminados. Aunque mucho queda por hacer en este ámbito, dichos datos se puede extraer de varias fuentes, tales como las estadísticas oficiales elaboradas a partir de censos o encuestas a gran escala; los registros administrativos que proporcionan información demográfica o laboral; las quejas presentadas ante las instancias policiales y judiciales; los estudios elaborados por organismos especializados como los defensores del pueblo o las ONG; las investigaciones académicas; las encuestas de opinión sobre las experiencias subjetivas de los individuos discriminados y las actitudes que suscitan en diferentes sectores de la población; y los informes elaborados por las empresas y las administraciones públicas sobre la composición de su plantilla y las experiencias de sus clientes o usuarios<sup>102</sup>.

La utilización de los resultados de investigación como herramienta de concienciación ciudadana es una tarea políticamente ardua, pero algunos organismos de igualdad han encontrado formas originales de acometerla. Por ejemplo, el de Italia imprimió mensajes antidiscriminatorios en millones de bolsas de compra y el de Portugal organizó manifestaciones relámpago (flash mobs<sup>103</sup>). En Irlanda del Norte, la promulgación de una nueva ley contra la discriminación por orientación sexual vino acompañada de una invitación a las personas homosexuales a compartir sus experiencias en Internet. El organismo belga subrayó el Día internacional contra la homofobia con la distribución de 100 000 postales promocionales en cafeterías, restaurantes y

---

<sup>101</sup> R. HOLTMAAT, *Catalysts for Change? Equality bodies according to Directive 2000/43/EC - existence, independence and effectiveness*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2006, p. 28.

<sup>102</sup> T. MAKONEN, *Measuring Discrimination: Data Collection and EU Equality Law*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2006, p. 14.

<sup>103</sup> EQUINET, *Tackling the "Known Unknown": How Equality Bodies Can Address Under-Reporting of Discrimination through Communications*, 2012, p. 35.

otros lugares públicos. En Francia, una campaña de información cívica se llevó a cabo a través de los principales medios de comunicación del país y con un blog sobre las consecuencias de la discriminación y la importancia de combatirla<sup>104</sup>.

Las campañas dirigidas al conjunto de la sociedad generalmente se tienen que ceñir a la transmisión de mensajes sencillos, genéricos y llamativos. Por el contrario, el asesoramiento de organizaciones específicas permite ofrecer información más detallada y relevante para las actividades que lleven a cabo. Por ejemplo, el organismo irlandés tiene la misión de realizar un seguimiento de la aplicación de la legislación antidiscriminatoria y formular recomendaciones al Ministerio de Justicia. El de los Países Bajos ofrece asesoramiento al gobierno, el parlamento y otras organizaciones que lo solicitan, incluyendo la evaluación de las prácticas vigentes y su compatibilidad con la legislación. En Bélgica, el Centro para la igualdad de oportunidades y contra el racismo ofrece cursos sobre comunicación intercultural, gestión de conflictos, reglas de cortesía, antidiscriminación, homofobia y gestión de la diversidad a los profesionales que trabajan en contacto con el público<sup>105</sup>. La publicación de material pedagógico, la creación de redes sectoriales de transferencia de conocimiento y el establecimiento de estándares de conducta son otros dispositivos de educación “indirecta” que se han implantado en organizaciones públicas, privadas y no gubernamentales<sup>106</sup>. La participación de dichas organizaciones generalmente se produce de forma voluntaria, aunque se puede incentivar mediante las licitaciones públicas<sup>107</sup> y la imposición de obligaciones jurídicas<sup>108</sup>.

Sean cuales sean sus formas concretas, todas las medidas educativas contra la discriminación se basan en la premisa de que las normas sociales pueden interponerse entre el prejuicio y sus manifestaciones externas en la conducta de los individuos. En efecto, hay pruebas de que las personas que han incorporado la no discriminación en sus propios estándares morales

---

<sup>104</sup> EQUINET, *Promoting equality: Overview of positive measures used by national equality bodies*, 2008, pp. 19 y ss.

<sup>105</sup> *Ibid.*, pp. 22 y 29.

<sup>106</sup> EQUINET, *Equality bodies supporting good practice by service providers*, 2012.

<sup>107</sup> T. UYEN DO, “In the face of diversity: public procurement to promote social objectives”, *European Anti-Discrimination Law Review*, num. 16, 2013, pp. 11-23.

<sup>108</sup> S. FREDMAN, “Making a difference: the promises and perils of positive duties in the equality field”, *European Anti-Discrimination Law Review*, núm. 6/7, 2008, pp. 43-53.

suelen realizar esfuerzos conscientes para controlar sus sesgos<sup>109</sup>. Este proceso se aparenta a la modificación de una mala costumbre: cada vez que toman conciencia de una discrepancia entre su conducta real y deseada, se activa una reacción inhibitoria que facilita la identificación y supresión de futuras discriminaciones<sup>110</sup>. Por este motivo, las medidas educativas teóricamente permiten atajar la discriminación a gran escala y en sus múltiples manifestaciones. Además, las normas que gozan de una amplia aceptación tienden a automantenerse sin grandes inversiones de recursos públicos con la intervención informal y descentralizada de las personas que las han interiorizado.

Ahora bien, ya se ha mencionado que muchos sesgos pasan desapercibidos por sus propios agentes, sobre todo cuando se pueden justificar con argumentos aparentemente legítimos o cuando las pautas de actuación no están claramente definidas. Para los que las sufren, estas discriminaciones sutiles pero endémicas tienen importantes efectos cumulativos: por ejemplo, dificultan la adopción de políticas activas de igualdad, merman la imparcialidad de los operadores jurídicos y frenan los impulsos altruistas que ayudan a salir de los apuros cotidianos<sup>111</sup>. En el ámbito laboral, la importancia relativa otorgada a distintos criterios de mérito tiende a manipularse inconscientemente de una forma que favorece la contratación de los candidatos más estereotípicos<sup>112</sup>. Los sistemas de retribución basados en el rendimiento, que dejan más latitud a la subjetividad de los evaluadores, también abren la puerta a la discriminación salarial<sup>113</sup>. En términos generales, los prejuicios implícitos afectan las conductas más espontáneas (por ejemplo, el lenguaje no verbal<sup>114</sup>), sesgan la memorización de información personal y generan ansiedad

---

<sup>109</sup> P. DEVINE, "Stereotypes and Prejudice: Their Automatic and Controlled Components", cit., pp. 5-18.

<sup>110</sup> M. MONTEITH, "Self-Regulation of Prejudiced Responses: Implications for Progress in Prejudice-Reduction Efforts", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 65, núm. 3, 1993, pp. 469-485.

<sup>111</sup> A. PEARSON, J. DOVIDIO y S. GAERTNER, "The nature of contemporary prejudice: insights from aversive racism", *Social and Personality Psychology Compass*, núm. 3, 2009, pp. 1-25.

<sup>112</sup> E. UHLMANN y G. COHEN, "Constructed Criteria: Redefining Merit to Justify Discrimination", *Psychological Science*, vol. 16, núm. 6, 2005, pp. 474-480.

<sup>113</sup> E. CASTILLA, "Mérito y discriminación dentro de las organizaciones: diferencias en la evaluación y retribución de empleados/as según género y origen étnico", *Revista española de investigaciones sociológicas*, núm. 129, 2010, pp. 61-105.

<sup>114</sup> B. NOSEK, M. BANAJI y A. GREENWALD, "Harvesting implicit group attitudes and beliefs from a demonstration web site", *Group dynamics: theory, research, and practice*, núm. 6, 2002, pp. 101-115.

en las interacciones<sup>115</sup>. Estas tendencias tienen importantes implicaciones en términos de discriminación estructural, dado el interés de las empresas en complacer a los clientes que se relacionan con sus empleados.

En resumen, las medidas disuasorias, compensatorias y educativas tienden a confinar la discriminación en los márgenes de la vida social pero no la pueden eliminar del todo, porque dejan sin abordar directamente las actitudes que la sustentan y hacen posible un eventual resurgimiento. En el ámbito de las relaciones étnicas, se ha designado esta situación con el interesante concepto de “infrarracismo”, un fenómeno prepolítico caracterizado por la difusión de discursos negativos vinculados a identidades colectivas, violencias localizadas, discriminaciones encubiertas y dispersas en varias instituciones y cierto nivel de segregación laboral, residencial y educativa<sup>116</sup>. Para superar el reto de la “infradiscriminación”, algunos Estados han empezado a remontar su cadena causal hasta el prejuicio implícito, conformado por procesos cognitivos y afectivos que desbordan la capacidad de autorregulación de los individuos. En ese nivel radicalmente preventivo de intervención podría situarse la cuarta estrategia antidiscriminatoria preconizada por los teóricos del reconocimiento.

#### 4. EL RECONOCIMIENTO COMO ANTIDISCRIMINACIÓN

Según Fraser, las leyes y políticas de reconocimiento son las que persiguen remediar las injusticias de estatus mediante la transformación de los patrones de valor cultural que causan la discriminación de ciertos colectivos generalmente definidos por la posesión de rasgos no elegidos. Algunas de las estrategias que se pueden desarrollar en este sentido son la universalización o la eliminación de los privilegios reservados a los colectivos dominantes; la desinstitucionalización de las preferencias de rasgos relacionados con estos colectivos o el diseño de normas que favorecen a los subordinados; y la privatización, revalorización o deconstrucción de las diferencias<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> E. SMITH y D. MACKIE, “Affective processes”, en J. DOVIDIO et. al. (eds.), *The Sage handbook of prejudice, stereotyping and discrimination*, cit., pp. 131-145.

<sup>116</sup> M. WIEVIORKA, *El espacio del racismo*, Paidós, trad. por Isidro Arias, Barcelona, 1992, pp. 102-104.

<sup>117</sup> N. FRASER, “La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, cit., p. 72.

El carácter abierto de esta conceptualización permite, en primera lugar, caracterizar muchas de las medidas disuasorias, compensatorias y educativas anteriores como formas indirectas de reconocimiento. El caso más evidente es el de la penalización de la incitación al odio, explícitamente diseñada para prevenir los determinantes afectivos de la discriminación. Así se pone de manifiesto en la decisión marco europea que limita la definición del delito a los discursos pronunciados en público, indicando así que el daño que se trata de evitar es la exacerbación de las tensiones sociales existentes<sup>118</sup>. De modo análogo, la prohibición del acoso no solo protege a los colectivos estereotipados de la denigración o la intimidación, sino que también puede limitar la exposición de terceras personas a discursos, imágenes y conductas que refuerzan el estigma<sup>119</sup>.

La medida antidiscriminatoria tradicional que parece mantener la relación más estrecha con el reconocimiento es la acción positiva. Así lo ha observado el Tribunal Supremo de Estados Unidos, al justificar la constitucionalidad de su aplicación en los procesos de admisión en la universidad con el argumento de la diversidad<sup>120</sup>. El mismo argumento se adujo en el ámbito laboral cuando el Tribunal Supremo de Canadá razonó que una cuota del 13% de mujeres en un empleo tradicionalmente masculino debilitaría los estereotipos de género asociados al cargo y evitaría la retroalimentación de la discriminación sistémica<sup>121</sup>. Desde el ámbito académico, se han defendido las cuotas políticas con la idea de que la infrarrepresentación de las mujeres y las minorías étnicas refuerza las ideologías que postulan su inferioridad<sup>122</sup>. Estas predicciones encuentran apoyo en las teorías que subrayan la contribución de los contactos intergrupales<sup>123</sup> y la movilidad social de los colectivos

<sup>118</sup> Decisión Marco 2008/913/JAI, art. 1a).

<sup>119</sup> C. JOLLS y C. SUNSTEIN, "The law of implicit bias", *California Law Review*, vol. 94, 2006, pp. 969-996.

<sup>120</sup> Vid. *Regents of the University of California v Bakke* (1978) 438 U.S. 265; y *Grutter v Bollinger* (2003) 539 U.S. 306, pp. 17-18: "The Law School's concept of critical mass is defined by reference to the educational benefits that diversity is designed to produce. These benefits are substantial. [...] The Law School's admissions policy promotes cross-racial understanding, helps to break down racial stereotypes, and enables students to better understand persons of different races."

<sup>121</sup> *Action travail des femmes v Canadian national railway co* (1987) i SCR 1114, 40 DLR (4) 193.

<sup>122</sup> A. PHILLIPS, *The Politics of Presence*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 38-39.

<sup>123</sup> T. PETTIGREW, "Intergroup contact theory", *Annual Review of Psychology*, vol. 49, 1998, pp. 65-85; T. PETTIGREW y L. TROPP, "A meta-analytic test of intergroup contact theory", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 90, núm. 5, 2006, pp. 751-783.

subordinados<sup>124</sup> a la reducción de los prejuicios. Para sacar partido de estas medidas, sin embargo, los tribunales deberían aceptar que dichos efectos constituyen un objetivo legítimo y fundamental de la actuación estatal<sup>125</sup>. En la medida en que existe una correlación positiva entre desigualdad estructural y prejuicio, la redistribución y las garantías jurídico-políticas de los derechos fundamentales generalmente se pueden considerar como condiciones esenciales para el éxito de las demás medidas<sup>126</sup>.

Ahora bien, cabe formular la hipótesis de que las formas indirectas de reconocimiento no mantendrían los prejuicios ligados al sexo, la raza, la orientación e identidad sexual, la discapacidad y la edad en un nivel suficientemente reducido como para convertir la discriminación en una anécdota sin relevancia moral. En efecto, la visibilidad, estabilidad y/o utilidad heurística de estas características las vuelve especialmente propensas a servir como base de categorización social, un proceso cognitivo fundamental mediante el cual las personas ordenan la información que reciben del entorno para desenvolverse en él con más facilidad. Entre otras consecuencias, la categorización lleva a sobreestimar la homogeneidad interna y las diferencias externas de los distintos colectivos, a recordar mejor las conductas que confirman los estereotipos y atribuirlos a factores personales en lugar de contextuales. Además, estas operaciones no se proyectan igualmente sobre todas las categorías sociales, sino que los exogrupos (es decir, a los que uno mismo no pertenece) y los colectivos estructuralmente subordinados tienden a percibirse de forma a la vez más homogénea y más negativa que los endogrupos y los colectivos de alto estatus<sup>127</sup>. Estos sesgos han demostrado ser suficientes para

---

<sup>124</sup> H. BLUMER, "Race prejudice as a sense of group position", *The Pacific sociological review*, vol. 1, núm. 1, 1958, pp. 3-7; L. BOBO, "Prejudice as group position: microfoundations of a sociological approach to racism and race relations", *Journal of social issues*, vol. 55, núm. 3, 1999, pp. 445-472; F. PRATTO, J. SIDANIUS y S. LEVIN, "Social dominance theory and the dynamics of intergroup relations: Taking stock and looking forward", *European Review of Social Psychology*, vol. 17, 2006, pp. 271-320; J. JOST, M. BANAJI, B. NOSEK, "A Decade of System Justification Theory: Accumulated Evidence of Conscious and Unconscious Bolstering of the Status Quo", *Political Psychology*, vol. 25, núm. 6, 2004, pp. 881-919.

<sup>125</sup> J. KANG y M. BANAJI, "Fair Measures: A Behavioral Realist Revision of Affirmative Action", *California Law Review*, vol. 94, 2006, pp. 1063-1118.

<sup>126</sup> 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 J. DE LUCAS et. al., *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo XXI*, Eurobask, 2012, pp. 11-92.

<sup>127</sup> S. FISKE, "Stereotyping, prejudice and discrimination", *Handbook of social psychology*, McGraw-Hill, 4ª edición, Nueva York, 1998, pp. 357-411; N. MACRAE y G. BODENHAUSEN,

manifestarse en conductas discriminatorias, además de crear las condiciones necesarias para el desarrollo de conflictos abiertos<sup>128</sup>.

El carácter en gran medida automático de la categorización social no significa que sea completamente imposible de alterar. Debido a que una misma persona se puede clasificar simultáneamente en función de múltiples criterios (entre los que se encuentran los “motivos prohibidos” pero también el carácter, el círculo de amigos, la profesión, las aficiones deportivas, los gustos musicales, las opiniones, la forma de hablar o vestir, etcétera), el grado en que las evaluaciones se ven afectadas por la percepción de rasgos inmutables varía en función de factores culturales, situacionales e individuales<sup>129</sup>. Uno de estos últimos es la mayor o menor propensión a concebir las categorías sociales como mutuamente exclusivas o como solapadas, ya sea de forma jerárquica (por ejemplo, en el caso de “rumano” y “europeo”) o simplemente cruzada (“mujer” y “político”). En efecto, la percepción de identidades inclusivas o complejas debería moderar los efectos negativos de las categorizaciones exgrupales y fomentar la creación de relaciones más cooperativas<sup>130</sup>. Aunque los antecedentes de la complejidad identitaria solo se están empezando a investigar de forma sistemática, aparecen especialmente prometedoras las estructuras sociales diversas que generan oportunidades de contactos personalizados entre individuos visiblemente diferentes, así como las representaciones mediáticas, políticas, culturales o educativas que evitan la reducción de cada colectivo a unos pocos ejemplares prototípicos<sup>131</sup>.

---

“Social Cognition: Thinking Categorically about Others”, *Annual Review of Psychology*, vol. 51, 2000, pp. 93-120.

<sup>128</sup> H. TAJFEL, “Social Psychology of Intergroup Relations”, *Annual Review of Psychology*, vol. 33, 1982, pp. 1-39; M. HOGG, “Intergroup relations”, en J. DELAMATER, (ed.), *Handbook of Social Psychology*, Kluwer Academic/Plenum Publishers, Nueva York, 2003, pp. 479-501.

<sup>129</sup> R. CRISP y M. HEWSTONE, “Multiple social categorization”, *Advances in Experimental Social Psychology*, vol. 39, 2007, pp. 163-254.

<sup>130</sup> S. GAERTNER y J. DOVIDIO, *Reducing Intergroup Bias: The Common Ingroup Identity Model*, Psychology Press, Hove, 2000; S. ROCCAS y M. BREWER, “Social Identity Complexity”, *Personality and Social Psychology Review*, vol. 6, núm. 2, pp. 88-106; A. MUMMENDEY y M. WENZEL, “Social Discrimination and Tolerance in Intergroup Relations: Reactions to Intergroup Difference”, *Personality and Social Psychology Review*, vol. 3, núm. 2, 1999, pp. 158-174.

<sup>131</sup> R. BROWN y M. HEWSTONE, “An integrative theory of intergroup contact”, *Advances in Experimental Social Psychology*, vol. 37, 2005, pp. 255-343; K. MILLER, M. BREWER y N. ARBUCKLE, “Social Identity Complexity: Its Correlates and Antecedents”, *Group processes & Intergroup Relations*, vol. 12, núm. 1, 2009, pp. 79-94; M. WENZEL, A. MUMMENDEY y S. WALDZUS, “Superordinate identities and intergroup conflict: The ingroup projection model”, *European Review of Social Psychology*, vol. 18, 2007, pp. 331-372.

A primera vista, estas prescripciones presentan interesantes continuidades con las medidas que Kymlicka incluyó en su propuesta de ciudadanía multicultural para las minorías étnicas<sup>132</sup>. Definiendo el multiculturalismo como un modelo de integración basado en la expectativa de que los inmigrantes y sus descendientes expresen sus identidades específicas en el espacio público, así como en la acomodación de algunas de sus prácticas por parte de las instituciones estatales<sup>133</sup>, Kymlicka elaboró una lista de sus principales componentes jurídico-políticos:

- el reconocimiento constitucional o legislativo de la multiculturalidad;
- su representación adecuada en el currículum escolar y los medios de comunicación;
- exenciones relativas a los códigos de vestimenta, horarios de comercio, etc. (acomodo razonable);
- el reconocimiento de la doble nacionalidad;
- el apoyo a las actividades culturales de las organizaciones étnicas;
- la enseñanza de lenguas de origen;
- la acción positiva para las minorías más desaventajadas<sup>134</sup>.

Dejando aparte las cuestiones lingüísticas y de nacionalidad, todas estas medidas plausiblemente se podrían generalizar, con adaptaciones menores, al conjunto de los colectivos estereotipados aquí analizados<sup>135</sup>. Así lo sugiere, en particular, el movimiento global orientado a la acomodación de las diferencias en la enseñanza obligatoria. Lejos de ceñirse a los problemas exclusivos de las minorías étnicas, muchas autoridades educativas han empezado a revisar los contenidos de los currículos para sacar a la luz las contribuciones históricas de las mujeres, romper el tabú de la homosexualidad o normalizar la discapacidad. Al mismo tiempo, han realizado esfuerzos para fomentar una mayor representatividad del profesorado, disminuir la segregación por raza, sexo y discapacidad dentro y fuera de las aulas, flexibilizar

---

<sup>132</sup> W. KYMLICKA, *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

<sup>133</sup> W. KYMLICKA, *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 72.

<sup>134</sup> Multiculturalism Policy Index, disponible en <http://www.queensu.ca/mcp/immigrant.html> [consultado el 10-01-2014].

<sup>135</sup> El propio Kymlicka siempre se ha mostrado reacio a dicha generalización, a diferencia de Bikhu Parekh, otro gran teórico del multiculturalismo, cuya obra reciente se enmarca explícitamente en el modelo fraseriano de reconocimiento y redistribución. Vid. B. PAREKH, *A New Politics of Identity: Political Principles for an Interdependent World*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2008.

los sistemas de evaluación y estimular la movilización de los colectivos estudiantiles autodefinidos por un rasgo estereotipado<sup>136</sup>. A nivel estatal, muchas disposiciones reglamentarias relativas a los medios de comunicación de propiedad pública ya les atribuyen la misión de reflejar la diversidad social<sup>137</sup>; lo mismo ocurre con las instituciones del ámbito cultural<sup>138</sup>. La figura jurídica del acomodo razonable también ha sido utilizada para facilitar la participación laboral de los discapacitados y las mujeres embarazadas<sup>139</sup>.

La idea de vincular multiculturalismo y reconocimiento dista de ser nueva. De hecho, una de las obras fundadoras de la teoría filosófico-política del reconocimiento ya establecía un paralelo explícito entre ambos conceptos<sup>140</sup>. Sin embargo, este vínculo se aflojó considerablemente con la reconceptualización del reconocimiento llevada a cabo por Fraser, que sustituyó el problema moral del autodesprecio por el del desprecio propiamente dicho. Aunque este cambio no necesariamente requería el abandono del multiculturalismo como herramienta de reconocimiento, lo cierto es que Fraser manifestó cierto escepticismo al respecto, llegando incluso a diagnosticar una incompatibilidad fundamental entre este remedio “afirmativo” y las políticas de redistribución<sup>141</sup>. En la medida en que las políticas multiculturales contribuyen a socavar las bases cognitivas de la discriminación, la teoría del reconocimiento debería considerarse como un argumento moral a favor, y no en contra, del multiculturalismo. Eso sí, la validez de este argumento estaría subordinada a la producción de los efectos anticipados, y las medidas que no cumplan este requisito deberían reevaluarse. En particular, cabría tomarse en serio los riesgos de incomunicación y conflicto generados por la segregación educa-

<sup>136</sup> J. BANKS y C. MCGEE (eds.), *Multicultural Education: Issues and Perspectives*, Wiley, 7ª edición, Danvers, 2010.

<sup>137</sup> Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, BOE núm. 134, art. 3.

<sup>138</sup> Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, BOE núm. 312, art. 19.1 g) y 25.2; Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas, BOE núm. 150, art. 7.1.

<sup>139</sup> L. WADDINGTON, “Reasonable accommodation”, en D. SCHIEK, L. WADDINGTON y M. BELL, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007, pp. 629-756.

<sup>140</sup> Vid. A. GUTMANN, *Multiculturalism: examining the politics of recognition*, cit.

<sup>141</sup> N. FRASER, “From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a Post-Socialist Age”, en C. WILLET (ed.), *Theorizing Multiculturalism: A Guide to the Current Debate*, Blackwell, Oxford, 1998, pp. 31 y ss. Dicho eso, varias políticas multiculturales posiblemente encajarían en el concepto de reconocimiento transformativo que Fraser propone como alternativa.

tiva, laboral y residencial de las minorías étnicas, así como por las prácticas manifiestamente contrarias a los principios básicos de la democracia y los derechos humanos<sup>142</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

En el transcurso de unas pocas décadas, la discriminación por sexo, raza, orientación e identidad sexual, discapacidad y edad ha pasado de ser practicada sistemáticamente a ser combatida activamente por una mayoría de Estados democráticos. Pese a este cambio revolucionario, la expansión cualitativa, cuantitativa y geográfica de las leyes y políticas antidiscriminatorias también ha sacado a la luz la resiliencia de la discriminación. Al mismo tiempo que desaparecían sus manifestaciones directas e institucionalizadas, persistían sus formas encubiertas y descentralizadas, plausiblemente más benignas que las anteriores pero suficientemente graves para mermar significativamente las oportunidades vitales de los colectivos en los que se concentra.

Según el análisis presentado aquí, esta situación se debe en parte a una limitación fundamental de las principales estrategias antidiscriminatorias adoptadas hasta ahora, cuya contribución a la eliminación de la discriminación se podría representar con la metáfora de una pirámide dividida en cuatro niveles. En los niveles superiores se encontrarían las discriminaciones más graves y excepcionales, mientras que los niveles inferiores contendrían las discriminaciones más sutiles y cotidianas. La disuasión, una estrategia que descansa en la coerción estatal y acarrea elevados costes en relación con el número de conductas afectadas, resultaría especialmente apropiada para contrarrestar las discriminaciones del nivel superior. La compensación, que se limita a devolver o asegurar algunos bienes y servicios a los colectivos que tienden a ser privados de ellos, podría neutralizar las conductas incluidas en el tercer nivel, suficientemente perjudiciales como para activar los mecanismos estatales de redistribución pero no los de coerción. La educación, capaz en principio de prevenir todas las discriminaciones identificadas como tales

---

<sup>142</sup> A. SOLANES, "Human rights and conflicts in European multicultural societies", *Migraciones internacionales*, vol. 7, núm. 1, 2013, pp. 69-100; M. BREWER, "The Social Psychology of Intergroup Relations: Can Research Inform Practice?", *Journal of Social Issues*, vol. 53, núm. 1, 1997, pp. 197-211; M. VERKUYTEN, "Social Psychology and Multiculturalism", *Social and Personality Psychology Compass*, vol. 1, núm. 1, 2007, pp. 280-297.

por sus agentes o eventuales testigos, se dirigiría fundamentalmente a las conductas del segundo nivel. Aún así, quedarían sin respuesta las discriminaciones del nivel básico, las más numerosas, generadas por prejuicios que los actores no reconocen como incompatibles con sus valores igualitarios o que escapan a su atención consciente.

Siguiendo a Fraser, el reconocimiento se puede concebir como una estrategia antidiscriminatoria centrada en la reducción de los prejuicios. Dado que las medidas anteriores generalmente contribuyen a este objetivo, se pueden considerar como formas indirectas de reconocimiento. Sin embargo, la práctica imposible de evitar las categorizaciones sociales basadas en rasgos visibles, estables y/o heurísticamente útiles hace pensar que no serían suficientes para convertir la discriminación en un fenómeno marginal. El multiculturalismo, entendido como un conjunto de leyes y políticas que facilitan la expresión y acomodación de las identidades infravaloradas en el espacio público, parece encajar con las estrategias de intervención preconizadas por los teóricos del prejuicio. Por lo tanto, una comprensión multidimensional de la justicia social aconsejaría su utilización más sistemática en el marco de una estrategia holista para promover la igual libertad proclamada en el artículo 2 de la Declaración universal de los derechos humanos, una promesa lejos de ser cumplida para el grueso de la humanidad.

PIER-LUC DUPONT  
*Instituto derechos humanos  
Universidad de Valencia  
C/Serpis, 29  
Edificio de Institutos de Investigación, pta. 1.1  
46022 Valencia  
e-mail: pier.dupont@uv.es*

COLOMBIA:  
¿CONVIRTIENDO LA DESAPARICIÓN FORZADA  
Y LOS “FALSOS POSITIVOS” EN POLÍTICA DE ESTADO?  
EL ACTUAL (Y NO TAN ACTUAL) ESTADO DE LA CUESTIÓN\*

COLOMBIA:  
TURNING THE ENFORCED DISAPPEARANCE  
AND “FALSE POSITIVE” INTO STATE POLICY?  
CURRENT (AND NOT SO CURRENT) STATE OF THE QUESTION

GABRIELE VESTRI  
Universidad Pablo de Olavide

Fecha de recepción: 2-12-14  
Fecha de aceptación: 4-9-14

**Resumen:** *La presente investigación aborda el fenómeno de la desaparición forzada y de los falsos positivos en el contexto colombiano. El trabajo entonces intenta tratar el tema desde dos perspectivas que finalmente se entrelazan entre ellas. Por un lado resulta significativo establecer los patrones de la desaparición forzada utilizando en primer lugar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular en los casos en que Colombia se ve involucrada. Por*

---

\* El presente trabajo ha sido posible gracias a la colaboración académica que el Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, quiso brindar a este investigador. La disponibilidad, amabilidad y profunda profesionalidad de sus colaboradores fueron un impulso añadido para tratar temas de profunda actualidad que han tenido que lidiar con heridas todavía abiertas. Al mismo tiempo, es con agradecimiento que este autor quiere señalar la intervención de la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado (AUIP) y la Universidad Pública Pablo de Olavide que han apoyado la presente investigación. A nivel académico y doctrinario cabe destacar que la investigación se enmarca en un plan más ambicioso que llevó este investigador a contar con otro espacio de reflexión sobre el mismo tema en los Estados Unidos Mexicanos y que vio resumidas sus ideas en la publicación “Migración, desaparición forzada de personas y Derechos Humanos. La eterna condena humana. El caso mexicano”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 20, 2012, pp. 267-302. Es vívida la esperanza de seguir investigando en estos temas en los años venideros.

*el otro, es útil reflexionar sobre si las ejecuciones sumarias y arbitrarias, es decir los falsos positivos, representan una conducta aislada o si, al contrario, identifican ciertos criterios de sistematicidad. Tras esto resulta indispensable establecer si en ambos casos existen elementos para definir estos delitos de lesa humanidad y aún más si se pueden comprobar características que dejan ponderar una política de estado, aunque no oficial, de violencia reconducible a motivaciones específicas, por ejemplo la lucha al conflicto armado dentro de un posible plan de seguridad democrático.*

**Abstract:** *This research approach the phenomenon of forced disappearances and false positives in Colombian context. This paper then attempts to address the issue from two perspectives that eventually intertwine with each other. By one hand it is significant to establish patterns of enforced disappearance using the judgments of the Inter-American Court of Human Rights, particularly in cases where Colombia is involved. By the other hand, it is useful to consider whether summary and arbitrary executions, for example, false positives, represent an isolated behavior or, conversely, identify a kind of systematicity. After that it is essential to establish if in both cases, is it possible to define some elements to identify those as crimes against humanity and more so, if they can be the result of a state policy, although not official, but recognizable through some specific violent actions, such as the struggle with the armed conflict within a possible democratic security plan.*

**Palabras clave:** desaparición forzada, falsos positivos, violencia de estado, lesa humanidad, derechos humanos.

**Keywords:** forced disappearance, false positives, state violence, crimes against humanity, human rights.

*Honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*

## 1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Si por un lado el fenómeno de la desaparición forzada en Colombia no es nuevo, por el otro, cabe destacar que los “falsos positivos” encuentran su particular redundancia mediática y fáctica –masificándose– a partir del año 2002, precisamente cuando asume el poder del país el Presidente Álvaro Uribe Vélez.

Sin embargo, el que identificamos como “falso positivo” evoca el concepto de ejecución extrajudicial que podría convertir a los “falsos positivos” en un auténtico delito autónomo dentro de un marco más general representado por el delito de estado.

No queda ajena al delito pluriofensivo de desaparición forzada la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH). Tres de las treinta y cuatro Sentencias atañen al caso Colombiano (Sentencia Serie C núm. 140 del 31 de enero de 2006: Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia; Sentencia Serie C núm. 109 del 5 de julio de 2004 (Fondo): 19 Comerciantes vs. Colombia y Sentencia Serie C núm. 22 del 8 de diciembre de 1995 (Fondo): Caballero Delgado y Santana vs. Colombia). En los tres casos queda demostrada la violación de los siguientes artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículo 1 (Obligación de respetar derechos), Artículo 4 (Derecho a la vida), Artículo 5 (Derecho a la integridad personal), Artículo 7 (Derecho a la libertad personal), Artículo 8 (Garantías judiciales) y Artículo 25 (Protección judicial)<sup>1</sup>.

Es conocida la complicada relación entre el estado colombiano, los paramilitares y la guerrilla identificada por las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (en adelante FARC-EP). No podemos profundizar en esta sede la correlación entre los tres frentes; pues cuantiosa es la doctrina en esta materia<sup>2</sup>. Nos interesa, eso sí, evidenciar dos vertientes que constituyen el compás de los “falsos positivos” y también de las desapariciones forzadas que aunque con diferentes propósitos, que intentaremos demostrar, mantienen una directa relación con los anteriores.

Por un lado entonces la necesidad por parte del estado colombiano de proporcionar una respuesta contundente al problema de la guerrilla y de los paramilitares, por el otro, la obligación de procurar resultados que demuestren a la Comunidad Internacional y a los Estados Unidos de América en particular que la inversión económica elaborada a favor de Colombia no fue en vano (nos referimos, por ejemplo, al Plan para la Paz, la Prosperidad y el Fortalecimiento del Estado o como más se conoce “Plan Colombia”).

Esto, que al lector atento podría parecer una de las conclusiones del presente trabajo, es, para quien escribe, escuetamente el inicio de la investiga-

---

<sup>1</sup> En el caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, también queda demostrada la violación de los arts. 13 (Libertad de pensamiento y expresión), 19 (Derechos del niño), y 22 (Libertad de circulación y de residencia).

<sup>2</sup> Entre otros AA.VV., “Nuestra Guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia”, Instituto de Estudios Políticos y relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Colombia, 2006, Bogotá Colombia. M. PALACIOS, F. SAFFORD, *Colombia. País fragmentado, sociedad dividida. Su historia*, Vitral, 2005, Bogotá (Colombia). C.A. VELÁSQUEZ, “El ámbito político en el conflicto armado con las FARC 1990 - 2006”, *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, vol. 1, núm. 2, 2006, pp. 157-194.

ción que intentará otorgar unos elementos jurídicos, políticos e interpretativos útiles para opinar y criticar el cuadro en que se desenvuelve el delito de lesa humanidad que en el mismo título encuentra dos desafortunados aliados.

## 2. ESTATUS DE LA DESAPARICIÓN FORZADA EN COLOMBIA

Es conveniente iniciar esta análisis asumiendo una definición unívoca de desaparición forzada. Probablemente no nos equivocamos si acatamos la definición de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (en adelante CIDFP)<sup>3</sup>:

*“la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuese su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.*

Parecida es la definición del Estatuto de Roma aunque este introduce la palabra secuestro (y tipifica las conductas) que en ocasiones puede generar problemas con el delito tipificado en los Códigos Penales Nacionales (incluido el Colombiano)<sup>4</sup>. El que puede parecer un mero inconveniente semántico, a nivel jurídico fundamenta una complicación axiológica. Los estados enmarcan el secuestro como un delito cometido por particulares o la criminalidad organizada. En otros términos, internamente se descarta la responsabilidad estatal con lo cual no se concreta el delito de desaparición forzada a causa de la falta de participación de funcionarios públicos. Además, si esto es el cuadro general, podemos hallar dificultades durante la persecución del delito. Por ejemplo, la desaparición forzada es un delito imprescriptible mientras que el secuestro tiene una prescripción legal.

<sup>3</sup> Adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

<sup>4</sup> Definición del Estatuto de Roma, art. 7.2 i): “Por desaparición forzada de personas se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.

Sin embargo, la curiosidad jurídica y científica nos ha impulsado a investigar la misma realidad en el ordenamiento interno de Colombia. Principalmente hay que destacar la Constitución Política de Colombia y el Código Penal de Colombia. En el primer caso, art. 12, como es obvio, el constituyente colombiano no confiere ninguna definición sino, más bien, colige la desaparición forzada como elemento separado. Esta labor jurídica tiene dos fundamentales logros: en primer lugar otorga a la desaparición forzada un *estatus* de autonomía importante junto con la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes. En segundo lugar, implantando la desaparición forzada dentro del Capítulo I (Derechos Fundamentales), identifica la directa responsabilidad por parte de los poderes públicos, instituyendo, *por ende*, la obligación constitucional de actuación para que dicha práctica no se cumpla.

En el caso del Código Penal Colombiano (en adelante CPC), el actual art. 165 establece que:

*“El particular que someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1000) a tres mil (3000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años. A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior”.*

Con respecto a la definición de la CIDFP se altera la secuencia de los involucrados: “agentes del Estado o por personas o grupos de personas (...)” en el caso de la CIDFP; “El particular (...) y el...servidor público (...)”, en el caso del CPC. Aunque el CPC utiliza el término “servidor público” que a nivel axiológico dejó algunas dudas sobre la exacta identificación del comisionario de la desaparición forzada (dudas esclarecidas por la Corte Constitucional), cabe señalar el importante avance en materia penal. Sin embargo, el que hoy detectamos como un logro sólo fue posible gracias a la intervención de la Corte Constitucional Colombiana.

Tras la Sentencia C-317-02 de 2 de mayo de 2002 (a demanda de la ciudadana Marcela Patricia Jiménez Arango) se abroga el inciso que no pocas dudas planteó sobre el verdadero compromiso del gobierno colombiano en combatir la desaparición forzada.

La sentencia anula la frase que identificaba el particular, es decir, el *“perteneciente a un grupo armado al margen de la ley”*. No hay duda que en este último caso se hacía referencia a los paramilitares y a la *“guerrilla”* subestimando, según la demandante, la participación de las fuerzas estatales en esta práctica.

Es interesante mostrar los pasajes judiciales que llevaron a la declaración de inconstitucionalidad de la mencionada primera parte del art. 165 CPC. De hecho según la demandante la expresión acusada infringe los principios de justicia, igualdad, racionalidad y razonabilidad que representan los valores que fundamentan el Estado Social y Democrático de Derecho y *“explica que el segmento demandado en cuanto exige como requisito sine qua non para la configuración del delito de desaparición forzada que el particular o el servidor público autor del punible debe pertenecer a un grupo armado al margen de la ley, deja de tipificar la conducta del particular o del servidor público que actúa individualmente o que pertenece a un grupo que no tiene la particularidad de ser armado o que ni siquiera está por fuera o al margen de la ley”*.

El Fiscal General de la Nación y el Procurador General de la Nación argumentan de otra forma. En el primer caso, entre otros supuestos, el Fiscal *“señala que las interpretaciones de la demandante sobre la norma acusada no consultan la naturaleza del delito de desaparición forzada, pues no es cierto que de su descripción típica se concluya que el servidor público tenga que pertenecer a un grupo armado al margen de la ley, o que no pueda adecuarse típicamente el hipotético caso de un sujeto activo cualificado perteneciente a las Fuerzas Armadas”*.

En el segundo caso, el Procurador General *“considera que no es válida la argumentación de la demandante en el sentido que a los miembros de las Fuerzas Armadas de Colombia se les haya excluido como destinatarios de la prohibición penal examinada, pues es claro que ostentando la calidad de servidores públicos como cualquier otro funcionario y empleado de las distintas ramas del poder público, los organismos de control y otras entidades del Estado, pueden ser sancionados como autores o partícipes del reato de desaparición forzada, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 165 del Código Penal”*.

Los Magistrados constitucionales toman las riendas de este supuesto haciendo un impecable análisis de la desaparición forzada en su ámbito pluriofensivo, jamás olvidando que se trata de un delito contra los derechos fundamentales y los derechos humanos. Contextualmente esclarecen, sentando un punto y final, el ambiguo concepto de servidor público que no pocos aprietos había generado: *“se considera que no es válida la argumentación de la demandante en el sentido que a los miembros de las Fuerzas Armadas de Colombia se les haya excluido como destinatarios de la prohibición penal examinada, pues es claro que ostentando la*

*calidad de servidores públicos como cualquier otro funcionario y empleado de las distintas ramas del poder público, los organismos de control y otras entidades del Estado, pueden ser sancionados como autores o partícipes del reato de desaparición forzada, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 165 del Código Penal”.*

Por otro lado la Corte se pronuncia de manera concluyente en mérito al primer supuesto del Código Penal: *“El inciso primero del artículo 165 del Código Penal, por su parte, involucra como sujeto activo del delito de desaparición forzada al particular “que pertenezca a un grupo armado al margen de la ley”. Para la Corte esta expresión es inconstitucional, porque reduce significativamente el sentido y alcance de la protección general contenida en el artículo 12 de la Carta Política”.*

Finalmente, la Corte recoge la orientación de la misma CIDFP en la identificación del delito de desaparición forzada, cuando acierta declarando que *“no es necesario el requerimiento para dar información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad, sino que basta la falta de información sobre el paradero de la persona”.*

Esta sentencia nos otorga una equivalencia jurídica de imprescindible importancia para Colombia. Por un lado los servidores públicos se identifican, fuera de cualquier duda, también con las Fuerzas Armadas de Colombia y por otro lado, se comete el delito de desaparición forzada de personas cuando respetando requisitos subjetivos (ser “servidor público” o particular), no solamente se priva de la libertad a una o más personas (atentando al delito de privación de la libertad, libertad de circulación y residencia) sino que, sencillamente, se oculta su paradero impidiendo el cumplimiento de las garantías legales establecidas en la Constitución Política y reguladoras de un estado de derecho.

Desde luego, a la luz de que el ordenamiento penal colombiano no cualifica el sujeto activo del delito, resulta que la prohibición tiene carácter universal, es decir, se dirige a todas las personas independientemente de la calidad que ostenten, trátense de agentes estatales o de particulares<sup>5</sup>.

## **2.1. Los patrones de la desaparición forzada a través de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): Colombia**

Es conveniente tomar en cuenta los tres casos que ven a Colombia involucrada como estado demandado. Desde luego, los procedimientos judiciales de la Masacre de Pueblo Bello, 19 Comerciantes y de Caballero Delgado y

---

<sup>5</sup> En este mismo sentido: C. LÓPEZ DÍAZ, *Desaparición Forzada de personas. Análisis comparado internacional*, Editorial Temis, 2009, Bogotá (Colombia), p. 77.

Santana vs. Colombia presentan elementos comunes, no obstante, resulta de extraordinario interés jurídico mencionar el razonamiento de la CIDH que logra sentar patrones internacionales.

La desaparición forzada de personas tiene una directa relación con el contexto social y jurídico del país. En este sentido, en la Sentencia de los 19 Comerciantes, la CIDH recuerda<sup>6</sup> el surgir en Colombia –en la década de los sesenta del Siglo XX– de diferentes grupos guerrilleros a los que el estado respondió con la promulgación del Decreto Legislativo 3398<sup>7</sup> “por el cual se organiza la defensa nacional”. El Decreto proporcionó legalidad a la actuación de los colombianos y colombianas que no fueran militares, y que quisieran operar por restablecer la normalidad en el país. El resultado a medio y largo plazo fue que los civiles organizados según la autorización del Decreto de 1965, se convirtieron, a partir del año 1985, en grupos de delincuentes conocidos más habitualmente como “paramilitares”.

A partir de este momento en Colombia se establece una fuerza paramilitar que ya no aspira a ayudar el estado en la lucha contra la guerrilla sino que pretende luchar contra ella y erradicarla.

En este contexto, el paramilitarismo se aprovechó de las instituciones, del Estado, de las necesidades, de la ideología y de cualquier argumento que le fuera útil, sacando partido de las contradicciones de la sociedad colombiana. Los tres grandes pilares del paramilitarismo fueron los terratenientes y campesinos que querían defenderse de las guerrillas; los narcotraficantes que fortalecieron o reclutaron a esos grupos insurgentes y los militares que<sup>8</sup>, deseosos de acabar con la insurgencia, emplearon cualesquiera métodos para lograr sus fines<sup>9</sup>.

La CIDH reitera su posición sobre el contexto social en la misma Sentencia Masacre de Pueblo Bello vs Colombia<sup>10</sup> y también en la Sentencia Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. En este último caso la Corte reitera que el

---

<sup>6</sup> Vid. párrafo 84 Sentencia Serie C núm. 109 del 5 de julio de 2004 (Fondo): 19 Comerciantes vs. Colombia.

<sup>7</sup> El Decreto Legislativo 3398 de 24 de diciembre de 1965 en cuestión debía tener carácter provisional pero se convirtió en permanente gracias a Ley 48 de 1968 (exclusos los artículos 30 y 34).

<sup>8</sup> Es útil señalar que no todos los agricultores, terratenientes y Fuerzas Armadas decidieron entregar y vivir al margen de la ley.

<sup>9</sup> En este sentido Vid. P. RIVAS NIETO, P. REY GARCÍA, “Las autodefensas y el paramilitarismo en Colombia (1964-2006)”, *CONfines*, núm. 4 vol. 7, 2008, p. 45.

<sup>10</sup> Vid. párrafo 95 Sentencia Serie C núm. 140 del 31 de enero de 2006: Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia.

Municipio donde ocurrieron los hechos era, en esa época, una zona de intensa actividad del Ejército, paramilitares y guerrilleros<sup>11</sup>.

Es cierto que a partir de 1988, Colombia emitió una serie de Decretos<sup>12</sup> que en resumidas cuentas intentaron limitar la violencia de los paramilitares y restablecer el orden público. Sin embargo y a pesar de los acuerdos de Santa Fe de Ralito<sup>13</sup>, el fenómeno de los paramilitares sigue siendo una realidad y es exactamente en este tejido que se perpetran muchas de las desapariciones forzadas.

Tampoco debemos olvidar otro y más reciente fenómeno criminal que aunque asumiendo diferente nombre identifica las características principales de los paramilitares. Es el caso de las conocidas Bandas Criminales en Colombia-Bandas Criminales Emergentes (BACRIM). Es interesante advertir que las BACRIM fueron así apodadas por el Presidente Álvaro Uribe Vélez después que se puso en marcha la desmovilización de cerca de 32 mil combatientes de las autodefensas de Colombia (AUC).

Los intentos que el estado colombiano ha adoptado durante las últimas décadas parecen no haber producido los efectos deseados. Según el último Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, si por un lado reconoce un avance en la lucha y en el diálogo del estado con la guerrilla y los paramilitares, por el otro, destaca que “continuaron las agresiones y amenazas contra los defensores de los derechos humanos y contra quienes participan en el programa de restitución de tierras. En muchas regiones, la mayoría de estas violaciones pueden atribuirse a los grupos armados ilegales surgidos después de la desmovilización de organizaciones paramilitares (grupos post-desmovilización)”<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Vid. párrafo 53 Sentencia Serie C núm. 22 del 8 de diciembre de 1995 (Fondo): Caballero Delgado y Santana vs. Colombia.

<sup>12</sup> Entre otros: Decreto Legislativo 0180 elevado a legislación permanente con Decreto 2266 de 1991, Decreto 0815, Decreto 1194, decreto de 17 de diciembre de 1993 núm. 2235, Decreto de 11 de febrero de 1994, Ley 418 de 26 de diciembre de 1997, Decreto 324 de 25 de febrero de 2000, Ley 975 de 22 de junio de 2005.

<sup>13</sup> El Acuerdo de Santa Fe de Ralito es un documento suscrito el 15 de junio de 2003 por el Gobierno Nacional de Colombia, representado por Luis Carlos Restrepo, Alto comisionado para la paz y las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). En dicho acuerdo, el gobierno y las AUC acordaron “dar inicio a una etapa de negociación”, teniendo “como propósito de este proceso el logro de la paz nacional, a través del fortalecimiento de la gobernabilidad democrática y el restablecimiento del monopolio de la fuerza en manos del estado”.

<sup>14</sup> Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 2012, en línea, [Fecha consulta 21 de noviembre de 2013] <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/informe2012.pdf>

De hecho, según las compartidas consideraciones de la Comisión Colombiana de Juristas, estos grupos “tienen como blanco principal el mismo tipo de víctimas que los grupos paramilitares supuestamente desmovilizados: líderes sociales y sindicales; defensores de derechos humanos; pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas; entre otros, operan con la complicidad, aquiescencia y, a veces, con la participación de miembros de la Fuerza Pública, tienen una organización estructurada militar y tienen alta capacidad militar y están integrados, entre otros, con reconocidos integrantes de los grupos paramilitares supuestamente desmovilizados y ex miembros del Ejército”<sup>15</sup>.

El primer patrón que cabe señalar es entonces referente al contexto social y político aunque resulta interesante no únicamente el hecho de que las desapariciones forzadas se desenvuelvan en un preciso tejido social, a esta altura resultaría una obviedad, sino más bien hay que insistir sobre la responsabilidad estatal de no transformar, hacía una definitiva solución del conflicto, la pasada y la actual situación política del país en esta materia.

Desde aquí la aquiescencia de las Fuerzas de seguridad regulares del estado de Colombia con los paramilitares.

Por otro lado resulta significativo el control del territorio bien por parte del estado, bien por parte de los paramilitares y la guerrilla. En este sentido, controlar el territorio se convierte en una valiosa arma donde a mayor control corresponde crecimiento de la fuerza política y económica.

Desde luego, tenemos constancia (gracias por ejemplo a las sentencias poco antes citadas) que dicho control se basaba en tácitos acuerdos entre el estado (Fuerzas Armadas) y los paramilitares. Es por eso que las desapariciones forzadas se llevan a cabo (en su mayoría) en determinados contextos territoriales. Los paramilitares deciden matar a los 19 Comerciantes exactamente en el Municipio de Boyacá del que mantenían el control: “La “cúpula” del grupo “paramilitar” que tenía gran control en el Municipio de Puerto Boyacá realizó una reunión, en la cual se tomó la decisión de matar a los comerciantes y apropiarse de sus mercancías y vehículos, en virtud de que éstos no pagaban los “impuestos” que cobraba el referido grupo “paramilitar” por transitar con mercancías en esa región (...) “Esta reunión se realizó con la

---

<sup>15</sup> F. ANDREU GUZMÁN, “Algunas anotaciones sobre BACRIM y paramilitares”, Comisión Colombiana de Juristas, [en línea], [Fecha de consulta 21 de noviembre de 2013]

[http://coljuristas.org/documentos/pronunciamientos/algunas\\_anotaciones\\_sobre\\_bacrim\\_y\\_paramilitares.html](http://coljuristas.org/documentos/pronunciamientos/algunas_anotaciones_sobre_bacrim_y_paramilitares.html)

aquiescencia de algunos oficiales del Ejército, los cuales estaban de acuerdo con dicho plan”<sup>16</sup>.

En la Masacre de Pueblo Bello se repite la misma situación: “(...) Entre el 13 y 14 de enero de 1990 un grupo de aproximadamente 60 hombres fuertemente armados, pertenecientes a una organización paramilitar creada por Fidel Antonio Castaño Gil denominada “los tangueros” por la relación de éstos con su finca “Las Tangas”, salieron de la finca “Santa Mónica” de su propiedad, ubicada en el municipio de Valencia, Departamento de Córdoba. Su propósito era realizar un ataque en el corregimiento de Pueblo Bello, para secuestrar a un grupo de individuos presuntamente colaboradores de la guerrilla con base en una lista de la que eran portadores”<sup>17</sup>. Después de un ataque sangriento, “(...) En la mañana del 15 de enero de 1990 varios familiares de las personas secuestradas se dirigieron a la base militar de San Pedro de Urabá con el fin de obtener información sobre el paradero de los desaparecidos. En la base fueron recibidos por el Teniente Fabio Enrique Rincón Pulido, quien les indicó que los camiones que transportaban a las personas retenidas en Pueblo Bello no habían pasado por el reten militar y mencionó que los pobladores de Pueblo Bello “cambiaron gente por ganado”. Los familiares de las presuntas víctimas recibieron poca ayuda de las autoridades en la búsqueda de los desaparecidos (...)”<sup>18</sup>.

Finalmente, en la Sentencia Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, gracias sobre todo a los testimonios, se establece que el Municipio de San

---

<sup>16</sup> Vid. párrafo 85b Sentencia Serie C núm. 109 del 5 de julio de 2004 (Fondo): 19 Comerciantes vs. Colombia. En este mismo sentido se pronuncia la jurisdicción ordinaria de Colombia: sentencia emitida por el Juzgado Único del Circuito Especializado de San Gil el 23 de marzo de 2001; y sentencia emitida por el Juzgado Regional de Cúcuta el 28 de mayo de 1997 (expediente de prueba presentada por el Estado el 18 de abril de 2002, la cual fue solicitada siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte –párrafo 68 de la demanda–, tomo I, anexos 3 y 4, folios folio 1086, 1227, 1229, 1230 y 1231).

<sup>17</sup> Vid. párrafo 95.30 Sentencia Serie C núm. 140 del 31 de enero de 2006: Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia.

<sup>18</sup> Vid. párrafo 95.42 Sentencia Serie C núm. 140 del 31 de enero de 2006: Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Cabe señalar que según los testigos, en el tramo de carretera por donde pasaron los camiones con los paramilitares que llevaron a cabo el ataque: El retén ubicado entre Pueblo Bello y San Pedro de Urabá tenía por función controlar el tránsito de vehículos y personas. La requisita consistía en solicitar los documentos de identidad a los transeúntes, revisar los vehículos, sus ocupantes y carga y de todo tipo de tránsito durante los paros armados. Cuando se declaraba un paro armado los retenes militares de la zona funcionaban de seis de la mañana a seis de la tarde y luego de esa hora se cerraba el paso a todo vehículo hasta el día siguiente.

Alberto donde ocurrieron los hechos, era una zona altamente conflictiva (ejército, paramilitares y guerrilla).

Debido a tal situación podemos destacar otros dos patrones que se suman al anterior (contexto social y político): el control del territorio y una averiguada correlación entre el ejército y los paramilitares donde los primeros avalaban las conductas violentas y criminales de los segundos (teniendo conocimiento y no actuando para impedir la violencia o no disponiendo mecanismos para ayudar a las víctimas y sus familiares).

Tras esto, la gravedad en la relación que acabamos de describir se enmarca dentro de una proclama política determinada: “la lucha a la guerrilla ante todo y contra todos!”. El compromiso del estado colombiano con grupos paramilitares, aceptando conductas privadas de sentido del estado e incumplidoras de los derechos fundamentales y humanos, ha creado un leviatán que sigue generando incertidumbre política y jurídica en un estado donde desde hace cinco lustros se derrama sangre.

## 2.2. La desaparición forzada como delito de lesa humanidad

Tras el enfoque otorgado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos enfrentamos a la necesidad de establecer la correlación entre la desaparición forzada y el delito de lesa humanidad. En este sentido, el mismo Preámbulo de la CIDFP nos faculta para afirmar lo anterior, cuando establece que “*la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad*”. Por otro lado y siempre dentro de una demostración empírica, nos parece conveniente esclarecer la misma correlación haciendo referencia al Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado el 17 de julio de 1998<sup>19</sup>. El Estatuto que en su artículo 5.1 b) otorga competencia a la Corte sobre los crímenes de lesa humanidad, advierte detalladamente (art. 7 del Estatuto) sobre su significado. La norma incluye una definición tajante: “Se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. Más adelante el artículo 7.1 i), identifica la desaparición forzada de personas como uno de los delitos que compendian el contenido de los crímenes de lesa humanidad.

---

<sup>19</sup> Colombia es estado parte del Estatuto de Roma, es decir se somete a ello obligándose a perseguir los delitos cometidos en el país y recogidos en el Estatuto.

Tras esta visión que por si sola debería resultar suficiente para demostrar que la desaparición forzada es un delito de lesa humanidad, nos hemos planteado la cuestión de si la situación colombiana en esta materia responde a lo establecido por el Estatuto (Arts. 5 y 7). Una vez más la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos resulta ser el indicador más apreciado. En todos los casos tratados, las personas afectadas son parte de la población civil y los ataques son perpetrados por fuerzas de seguridad y paramilitares, con innegable conocimiento de los altos rangos que autorizaron la intervención.

Desde esta perspectiva es entonces útil abordar el fondo de la cuestión. El Estatuto de Roma manifiesta lo que significa “ataque contra una población civil”:

*“Por ataque contra una población civil se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política”<sup>20</sup>.*

Destaca que la población civil se convierte en objetivo principal de los ataques y que no es necesario que se trate de un ataque militar. Colombia y sus ciudadanos han sido el blanco de los ataques durante el conflicto armado.

En materia de desaparición forzada, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional colombiano ha señalado con firmeza su posición al respecto. La Corte Constitucional a través de diversos fallos, ha reiterado el deber que tiene el Estado Colombiano, de prevenir el delito, sancionar a los responsables y reparar a las víctimas de manera integral entendiendo que el estado democrático debe amparar a sus ciudadanos de este delito internacional. En este sentido, la Corte se ha pronunciado de la siguiente forma: “También pude concluirse de lo visto y analizado, que el conjunto de determinaciones que se han adoptado en el ámbito internacional en relación con los derechos humanos, y particularmente en lo que corresponde a la desaparición forzada, constituyen el parámetro mínimo de protección a partir del cual los Estados deben orientar su legislación a fin de prevenir razonablemente e investigar las violaciones de los derechos humanos, identificando a los responsables e imponiéndoles las sanciones pertinentes, asegurando a la víctima

---

<sup>20</sup> Art. 7.2 Estatuto de Roma.

la adecuada reparación”<sup>21</sup>. En la misma interpretación del artículo 12 de la Constitución Política de Colombia, la Corte señaló: “Para la Corte el Título II de la Carta Política relativo a los derechos, las garantías y los deberes –del cual forma parte el artículo 12 superior que prohíbe la desaparición forzada–, no implica únicamente deberes de abstención a cargo del Estado sino que fundamentalmente demanda una labor efectiva de parte suya orientada hacia su protección, respeto y promoción”<sup>22</sup>, retomando en parte el mismo Preámbulo del Estatuto de Roma.

### 2.3. La dimensión actual del fenómeno

Si como relata la CIDH la desaparición forzada en Colombia tiene una directa relación con el conflicto armado, es también cierto que el país debe enfrentarse a un sistema de clases fuertemente diferenciado donde un grupo dominante prevalece sobre los sectores intermedios (y aún más los sectores pobres) que han perdido su autonomía económica<sup>23</sup>. Este contexto social facilita entonces la comisión de los delitos que nos ocupan.

Los datos recopilados por la Comisión de búsqueda de personas desaparecidas y también por el Sistema de Información Red de Desaparecidos y Cadáveres (SIRDEC), del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses en la materia son abrumadores aunque la contabilidad de los desaparecidos se complica puesto que se incluyen a los desaparecidos y a los desaparecidos forzosamente.

Sin embargo, “a noviembre de 2011, el Registro Nacional de Desaparecidos, reportaba un total de 50.891 casos (en su totalidad). De ese total, se presume que 16.907 corresponden a desapariciones forzadas”<sup>24</sup>. A pesar de que el SIRDEC hasta la fecha contabiliza 52.360 casos de desaparecidos<sup>25</sup> (es decir 1.469 casos más con respecto al año 2011) queda complejo establecer cuantos casos se identifican como desaparecidos forzosamente<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Sentencia Corte Constitucional C-317 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> En este sentido: G.M. GALLEGO GARCÍA, N. FERNÁNDEZ SOLA, “Guerra y desaparición forzada en Colombia”, *Jueces para la Democracia*, núm. 47, 2003, p. 91.

<sup>24</sup> AA.VV., *Desapariciones forzadas en Colombia. En búsqueda de la justicia. Mesa de trabajo sobre Desaparición Forzada de la Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos*, Bogotá, 2012, p. 13.

<sup>25</sup> Vid. <http://sirdec.medicinalegal.gov.co:58080/mapaDesaparecidos/> [Fecha de consulta 20 de noviembre de 2013].

<sup>26</sup> Sistema de Información Red de Desaparecidos y Cadáveres (SIRDEC), del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Por lo que concierne el segundo supuesto, hemos podido analizar los datos ofrecidos por “Noche y Niebla”, Revista colombiana que se ocupa de derechos humanos y violencia pública. El banco de datos relata que prácticamente la totalidad de las desapariciones fueron cometidas por los paramilitares, el ejército y las autodefensas. En puntuales ocasiones coexiste la intervención de la guerrilla y la desaparición se desenvuelve durante un conflicto armado con los paramilitares<sup>27</sup>.

Finalmente, a la luz de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (relativas a hechos de los años noventa) así como en consideración de los datos que hemos podido recopilar, en Colombia se perfila una línea relativamente clara que prueba la reiterada comisión, a lo largo del tiempo, del delito de desaparición forzada. Dicho de otra manera, tras este análisis, no se puede hablar de casos aislados sino de una prolongada comisión del delito de lesa humanidad.

No cabe duda que a nivel interno la labor jurisprudencial ayuda a entender el fenómeno de la desaparición forzada. En palabras (escritas) de la Fiscalía General de la Nación, podemos apreciar diferentes condenas por desaparición forzada. Aunque brevemente, caben destacar algunas de ellas: “Por solicitud de la Fiscalía Primera Especializada de Manizales, el Juez Penal del Circuito Especializado de esa ciudad profirió sentencia condenatoria de 20 años de prisión, en contra de Pablo Hernán Sierra García, alias Alberto Guerrero, jefe del bloque paramilitar Cacique Pipintá. El Juzgado 4 Penal del Circuito Especializado de Medellín condenó a 37 años de prisión al teniente de la Policía Nacional, Camilo José Pérez Parrado, por la desaparición de un hombre y tres mujeres, dos de ellas menores de edad, en el municipio de La Estrella (Antioquia).

Igualmente, El Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia sentenció a 34 años de prisión a Franklin David Chalarca Castro, alias El Chato, y a Germán Ovidio Valencia Restrepo, alias Gally; por la desaparición y muerte de 10 personas en zona rural del municipio antioqueño de Sopetrán. Los hechos investigados ocurrieron el 24 de abril de 2011 cuando un grupo armado que portaba distintivos de la Policía Nacional, irrumpió en una finca de la vereda El Rodeo de la citada población y luego de preguntar por el paradero de alias *Barnie* y alias *Gomelo* de la denominada Oficina de Envigado, se llevó por la fuerza a Juan Camilo Vallejo Meneses, Juan

---

<sup>27</sup> Debido a la continua actualización Vid. “Base en línea” <http://www.nocheyniebla.org>. El Banco de datos recopila los casos comprendidos entre el 1 de abril de 2001 y el 15 de marzo de 2013 rubricados bajo el título: “A11 DH: persecución política: desaparición”.

Camilo Úsuga Lopera, Tatiana Emilia Monsalve Ortega, Johnatan Orlando Zapata Gañán, Juan Esteban Gómez Martínez, Andrés Felipe Vélez Torres, Diego Alejandro González Rodríguez, Diego Alejandro Gavilanes Agudelo, Frankeinelti Arcenio Ramírez Galvis y Carlos Ignacio Ramírez Cardona<sup>28</sup>.

### 3. LOS “FALSOS POSITIVOS” EN LA POLÍTICA COLOMBIANA

Si la desaparición forzada implica a militares, paramilitares y en ocasiones puntuales a la guerrilla; los “falsos positivos” son propios de las Fuerzas Armadas del estado de Colombia. A pesar de que los casos de personas asesinadas por la Fuerza Pública y luego presentadas como muertes en combate no es algo desconocido en Colombia; es en el periodo 2002-2008 cuando el fenómeno estalla en la opinión pública asumiendo rasgos específicos que connotan características claras y un penetrante nivel de organización.

El periodo en cuestión es el del Presidente Álvaro Uribe Vélez<sup>29</sup>. Es conocido cómo la política del entonces Presidente gravitaba alrededor de la seguridad democrática y entonces alrededor de la lucha contrainsurgente.

Si por un lado se otorgaron una serie de facultades a las Fuerzas Militares, por el otro, en agosto de 2002 fue decretado el estado de excepción<sup>30</sup>. Tras esto se implantó un sistema de recompensa que no era algo novedoso pero que a partir del Plan de Política de Seguridad Democrática se perfeccionó otorgándole un rol central en la estrategia de lucha contra la insurgencia<sup>31</sup>.

La más famosa y probablemente sugerente disposición jurídica fue la Directiva permanente del Ministerio de Defensa núm. 29 de 2005 (revocada)<sup>32</sup>. Así como identificó el Ministerio de Defensa Nacional, la principal finalidad de la Directiva era “definir una política ministerial que desarrolle criterios claros y definidos para el pago de recompensas por la captura o abatimiento en combate de cabecillas de

<sup>28</sup> Estos datos representan una breve recopilación de procedimientos penales. Pueden ser consultados en la página web de la Fiscalía General de la Nación.

<http://www.fiscalia.gov.co/colombia/tag/desaparicion-forzada/>

<sup>29</sup> Colombia tuvo elecciones el día 26 de mayo de 2002. El Presidente Álvaro Uribe Vélez asume el poder el 7 de agosto de 2002 (hasta el 7 de agosto de 2006 en su primer mandato).

<sup>30</sup> Decreto 1837 de 11 de agosto de 2002.

<sup>31</sup> En este sentido: OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO HUMANITARIO, “La guerra se mide en litros de sangre. Falsos positivos, crímenes de lesa humanidad: sus más altos responsables están en la impunidad”, Documentos temáticos núm. 7, s.a., p. 13.

<sup>32</sup> Pero también entre otras: Directiva núm. 02 (2008) y la Directiva núm. 01(2009). Se trata de Directivas confidenciales.

las organizaciones armadas al margen de la ley, material de guerra, intendencia o comunicaciones e información sobre actividades relacionadas con el narcotráfico y pago de información que sirva de fundamento para la continuación de labores de inteligencia y el posterior planeamiento de operaciones”<sup>33</sup>.

En el caso de los militares el compenso “consistía en licencias para los soldados y felicitaciones, condecoraciones, traslados, ascensos y hasta capacitaciones en el exterior del país para los miembros de más altos rangos”<sup>34</sup>.

Como se puede imaginar el que debía ser (oficialmente por eso se creó) un instrumento de ayuda para la lucha contra la insurgencia, se convirtió en una herramienta que generó competencia entre los militares que fomentó no solamente las bajas “regulares” sino la creación de bajas ad hoc es decir los falsos positivos identificados en personas que nada tenían que ver con la lucha entre militares, FARC-EP y paramilitares<sup>35</sup>.

Según el testimonio de un militar, publicado en la Revista “El Espectador del 1º de noviembre de 2008 (pág. 2):

*“Uno de los incentivos que nos otorgaban a los comandantes de contra-guerrilla de cada batallón era una licencia por todo el mes de diciembre a los pelotones que más sumaran muertos en el año, o sea que si mi pelotón del Batallón Calibío era el que más había dado muertos en el año, yo y mi gente salíamos todo el mes de diciembre (...). También se dijo que el soldado que más diera bajas sería incentivado con enviarlo al Sinaí o a un curso fuera del País”.*

El que debía permanecer secreto, destapó entonces una detallada lista de recompensas.

Los “falsos positivos” se convirtieron en una política de lucha para restablecer la democracia en Colombia aunque la influencia para obtener resultados era tan alta que según varios testigos había una “insaciable presión por bajas”<sup>36</sup>.

Sin embargo, y como apunta Pedro Medellín Torres hablando del primer mandato del Presidente Uribe, en Colombia hay obstáculos (políticos e

---

<sup>33</sup> A eso se suman otras fuentes de pago en forma de “gastos reservados” y de fondo utilizados a discreción por los comandantes.

<sup>34</sup> OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO HUMANITARIO, “La guerra se mide en litros de sangre (...) op. cit, p. 13.

<sup>35</sup> Entre los muchos casos de víctimas, se recomienda leer: CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y EDUCACIÓN POPULAR PROGRAMA POR LA PAZ, “Deuda con la humanidad: 23 años de falsos positivos (1988-2011)”, *Noche y Niebla*, número especial, pp. 212-323.

<sup>36</sup> Vid. OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO HUMANITARIO, “La guerra se mide en litros de sangre (...) op. cit., p. 14.

institucionales) que impiden cumplir con el cometido de conducción política y “esa incapacidad para cumplir rápidamente se expresa en una pérdida de gobernabilidad que, al no ser adecuadamente tratada, agrava las limitaciones de acción del poder presidencial, reduciendo, todavía más, cualquier posibilidad de resolución de los problemas de (in)gobernabilidad que todos van acrecentar<sup>37</sup>”.

A la luz de esto, se produjo una ansiedad para obtener resultados frente a la Comunidad Internacional y en primer lugar frente a Estados Unidos<sup>38</sup>. A causa de la obsesión por presentar resultados militares, se generaron prácticas masivas de vulneración de los derechos humanos. Todo esto asociado a la prioridad gubernamental de solución del conflicto armado mediante políticas autoritarias de seguridad<sup>39</sup>.

Los falsos positivos se convierten en una de las herramientas para lograr resultados, transformándose, desgraciadamente, en un delito de lesa humanidad.

El Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston, declaró, en este sentido, que las ejecuciones cometidas por los paramilitares, las Fuerzas Armadas y la guerrilla:

*“Repercuten de manera desproporcionada en las poblaciones rurales y pobres, pueblos indígenas, afrocolombianos, sindicalistas, defensores de derechos humanos y líderes comunitarios”<sup>40</sup>.*

<sup>37</sup> P. MEDELLÍN TORRES, *El Presidente sitiado. Ingovernabilidad y erosión del poder presidencial en Colombia*, Editorial Planeta Colombiana, Bogotá, Colombia, 2006, p. 33.

<sup>38</sup> Es el caso del conocido Plan Colombia. Entre los años 2000 y 2005, el Plan Colombia recibió 2.800 millones de dólares, que junto a la asistencia del Departamento de Defensa promedió los 4.500 millones de dólares. En el año 2005, la Administración Bush pidió fondos adicionales al Congreso de los Estados Unidos para aumentar las ayudas de 463 millones de dólares a través del ACI y 90 millones a través del FMF. El plan original tenía un presupuesto de \$ 7.500.000 de los cuales el 51% se dedicaría al desarrollo institucional y social, el 32% para combatir el narcotráfico, el 16% para revitalización social y económica y el 0,8% para apoyar los procesos de negociación política con los grupos guerrilleros. La administración Clinton apoyó la iniciativa asistiendo económicamente y con 500 miembros de personal militar para entrenamiento de las fuerzas locales. Además 500 civiles fueron enviados para apoyar las actividades de eliminación de los cultivos de coca.

Vid también: C. VEILLETTE, “Plan Colombia: a Progress Report”, CRS Report for Congress, 2005, pp. 1-13.

<sup>39</sup> En este sentido Vid. OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO HUMANITARIO, “Ejecuciones Extrajudiciales en Colombia 2002-2010. Crímenes de lesa humanidad bajo la Seguridad democrática”, Documento Temático núm. 8, p. 17.

<sup>40</sup> En <http://www.nacionesunidas.org.co/index.shtml?apc=i1&s=nx=58590>, Boletín de prensa de Naciones Unidas, Bogotá, 18 de junio de 2009 [Fecha de consulta 26 de noviembre de 2013].

Este supuesto encuentra una detallada y compartida explicación en el Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston que a pesar de no poder afirmar la existencia de una “política oficial de estado” en esta materia, deja, en este sentido, más que un motivo para preocuparse:

*“De mis investigaciones se desprende claramente que los miembros de las fuerzas de seguridad de Colombia han cometido un número considerable de ejecuciones ilegales y que el cuadro sistemático de falsos positivos se ha repetido en todo el país. Ha habido demasiados asesinatos de carácter similar para caracterizarlos como incidentes aislados perpetrados por apenas algunos soldados o unidades renegados, o “manzanas podridas”<sup>41</sup>.*

Prosiguiendo en la línea del Relator y a la luz de que como hemos explicado anteriormente, en Colombia hubo una serie de mecanismos jurídicos y administrativos en el seno de la conocida Política de Seguridad Democrática que avivaron las ejecuciones extrajudiciales, existen razonables motivaciones para pensar que las muertes y la creación de falsos positivos tenía un alto nivel de organización llevado a cabo por militares y apoyados por los altos mandos del Ejército.

De la misma forma, la situación colombiana parece cumplir las características de “un ataque generalizado y sistemático”. El concepto de generalizado está señalado en diferentes Documentos de la CPI: se trata de hecho de un ataque a gran escala, masivo, frecuente y dirigido a múltiples víctimas<sup>42</sup>.

En cuanto al concepto de sistemático, cabe señalar que se expresa a través de los patrones de los crímenes, en el sentido de una no accidental repetición de la conducta delictiva<sup>43</sup>. Los datos confirman esta perspectiva<sup>44</sup>.

Finalmente, existe un nexo entre el ataque criminal y el conocimiento del mismo. De hecho entonces no hay delito de lesa humanidad cuando se trata de eventos criminales que forman parte de actos aislados<sup>45</sup>. Está sobra-

---

<sup>41</sup> Apartado IV.A Informe A/HRC/14/24/Add.2, de 31 de marzo de 2010 en:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/132/35/PDF/G1013235.pdf?OpenElement>

<sup>42</sup> En este sentido Vid. Documento Corte Penal Internacional núm. ICC 01/05 01/08 424, apartado 83.

<sup>43</sup> Vid. Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/07-717, párrafo 397. ICTY, Prosecutor vs. Kordic and Cerkez, Caso Núm. IT-95-14/2-A, Appeal Judgement, 17 de diciembre de 2004, párrafo 94; Prosecutor vs. Blagojevic and Jokic, Caso núm. IT-02-60-T, Judgement, 17 de enero de 2005, párrafo 545.

<sup>44</sup> Vid. *Revista Noche y Niebla*, NUM. 47, periodo Enero - Junio de 2013, pp. 57 y ss.

<sup>45</sup> Vid. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, Pre-Trial Chamber II, núm. ICC-

damente demostrado que Colombia se vio afectada por una organizada y puntual comisión de estos delitos no pudiéndose hablar de casos aislados.

Estamos frente a una serie de crímenes que se identifican como delitos de lesa humanidad y que reflejan una conducta responsable por parte del estado colombiano. A la luz de la obsesiva y obligada necesidad de lograr resultados se suman las no pocas dudas que deja el mismo poder político sobre este tema. Si como destaca el Prof. Philip Alston, (Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias), no se puede demostrar una política de estado oficial en la utilización de los falsos positivos como instrumento para conseguir resultados, es verdad, por otro lado, que resulta cuanto menos difícil aceptar el principio latín "*aberratio ictus*".

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Es cierto que las características de los delitos de desaparición forzada y falsos positivos presentan elementos jurídicos autónomos. Sin embargo, entre la desaparición forzada y lo falsos positivos coexiste un triple mínimo común denominador: en primer lugar se trata de delitos pluriofensivos: principalmente violación del derecho a la integridad personal, del derecho a la vida y de la libertad personal. En segundo lugar asistimos a delitos criminales que se llevan a cabo por un mismo propósito es decir establecer una cultura del miedo frente a todos los que supuestamente podrían ser o son obstáculos a la realización de un plan democrático para Colombia. Finalmente, en última instancia, existe una impunidad generalizada que afecta directamente a las víctimas y a sus familiares.

No hemos podido encontrar informaciones (sería sorprendente lo contrario) para afirmar que a la base de esta visión está una política oficial de estado pero es también cierto que en Colombia, a o largo de los años, se ha desarrollado una sistemática vulneración de los derechos fundamentales y de los derechos humanos que nos deja indicios concretos hacia tal posibilidad.

A raíz de esto, es razonable reconocer algunos avances jurídicos en la materia. Es el caso de la Constitución Política de Colombia y del Código Penal que reconocen la desaparición forzada de personas como delitos autónomos y la revisión, y en determinados casos la anulación, de las normas de

---

01/09 de 31 de marzo de 2010, párrafo 97 y 98, <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc854287.pdf> [Fecha de consulta 26 de noviembre de 2012].

recompensa que profusamente han incentivado las ejecuciones sumarias. A eso se suma el reconocimiento por parte del estado colombiano del fenómeno de la desaparición forzada y de los falsos positivos.

Sin embargo, a un avance jurídico no corresponde un avance práctico puesto que en Colombia siguen habiendo desapariciones y ejecuciones extrajudiciales.

Finalmente, parece útil recalcar que cuando argumentamos sobre desaparición forzada de personas y falsos positivos estamos asumiendo que hay una violación de derechos fundamentales y también de derechos humanos. A tal propósito, la violación de los derechos fundamentales declarados en la Constitución Política de Colombia (debido a la desaparición forzada y a los “falsos positivos”), se convierte en un delito de lesa humanidad cuando el estado colombiano, teniendo la obligación legal de actuar, permanece paralizado frente al abuso o utiliza estos supuestos como defensa política. Es decir, la violación de un derecho humano nunca debe ser considerado como excluyente de la violación también de un derecho fundamental propio de un estado de derecho. En todo caso, la falta de actuación para proteger un derecho fundamental se convierte en el antecedente de la prevaricación de un derecho humano.

Sin ánimo de pronunciar soluciones sino más bien teniendo la ambición de formar propuestas, parece conveniente trabajar linealmente en diferentes frentes:

- a) Aunque somos conscientes de insistir sobre un tema en el que la doctrina se ha expresado cuantiosamente; la situación del conflicto armado en Colombia crea una inseguridad política y ciudadana que crea la base por la comisión de los delitos objeto de esta breve investigación. El plan de paz debe sentarse sobre un más puntual diálogo entre el estado, la guerrilla y los paramilitares (también los de nueva generación como por ejemplo las Bacrim). El diálogo tiene que ser paulatino: si por un lado se establece una sobria paz, un temporal “alto al fuego”, por el otro será necesaria una política de desmantelamiento definitivo de las fuerzas ilegales que gravitan alrededor del estado de derecho. Conscientes de esta dificultad, advertimos la necesidad de un cambio político. Desde hace demasiado tiempo Colombia está aniquilada por una política capitalista, quizás una transformación en este sentido podría servir para enfrentarse firmemente a los nuevos retos que los mismos ciudadanos demandan.
- b) El control para el territorio fracciona a los ciudadanos colombianos. En determinados casos, por ejemplo en los sectores más pobre del

- país, dependiendo de donde uno vive, se reconoce como sustentador de la política estatal, de los paramilitares o de la guerrilla. Es en estos tipos de contextos donde lamentablemente se consume el riesgo de encontrar algún tipo de justificación a los delitos de lesa humanidad. Nunca debería ser así. No debemos olvidar que en la mayoría de los casos las personas son simplemente víctimas inocentes del conflicto. En un estado de derecho el único controlador del territorio es el estado, ningún otro tipo de organización. Ahora bien, la autoridad que los poderes públicos ejercen sobre el territorio conlleva una profunda responsabilidad política y social. En el futuro, la presencia del estado no deberá ser principalmente militar sino tendrá que cumplimentar, hacia sus ciudadanos, aquel contenido de política social que bien se recoge en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos y Sociales del que Colombia es estado parte.
- c) Prever en la Constitución Política de Colombia y en el Código Penal la tipicidad de la desaparición forzada no equivale a solucionar un problema real (aunque es un avance). La impunidad para los infractores sigue siendo altísima. No hay duda que es responsabilidad de los poderes públicos hacer valer la justicia ordinaria para encarcelar a los responsables de los delitos. Si esto no ocurre, el estado se convierte en corresponsable del crimen. Esto genera un reo institucional que, por lo contrario debería ser quien ampara y protege, bajos sus leyes, a sus ciudadanos. La protección en este sentido pasa inequívocamente por atacar a los infractores según los cometidos legales. Demasiadas dudas levanta la actitud del estado colombiano en esta materia. Es el caso, por ejemplo, de la conocida “ampliación del fuero militar”. Por otro lado, el estado colombiano debe asumir el reto de tipificar en su legislación ordinaria una norma cierta que impida la creación de falsos positivos. Para hacer esto Colombia debe asumir, una vez por todas, que la lucha para la democracia no puede franquear por delitos de lesa humanidad. En los casos entonces donde se demuestre que las Fuerzas Públicas así como los paramilitares o la guerrilla, son los culpables de un delito de lesa humanidad, todo el peso de la justicia ordinaria debe caer sobre los delincuentes. Es trascendental entonces la creación de mecanismos jurídicos y legales que afronten este problema. Al mismo tiempo y quizás sea el verdadero desafío, tales mecanismos deben respetar requisitos de celeridad y seguridad jurídica. Los colombianos de-

- ben tener la evidencia de que las investigaciones criminales que se llevan a cabo desembocan en una sentencia ejemplar que se acata y se cumple.
- d) Resulta principal la atención a los familiares de las víctimas. La labor del estado colombiano debe entonces desarrollarse no solamente en la lucha jurídica y política de los delitos tratados sino que deberá encargarse de los que desde hace años están buscando sus hijos, sus padres, mujeres etc. En numerosos casos esta labor está encomendada a las organizaciones no gubernamentales, a las asociaciones de las víctimas que hacen un esfuerzo enorme para lograr algún tipo de resultado. Desde luego tenemos que reconocer la increíble entrega de esta parte de la sociedad civil pero al mismo tiempo no debemos olvidar que cuando se verifica esto es porque el estado (y el estado social) ha fracasado. Si las asociaciones se ven obligadas a una intervención directa en la búsqueda de las víctimas es porque el estado no actúa, dejando, entonces, completamente desamparados a los familiares que han sufrido una desaparición forzada o una ejecución extrajudicial.

## BIBLIOGRAFÍA ESENCIAL

- AA.VV., *“Nuestra Guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia”*, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Colombia, 2006, Bogotá Colombia.
- CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y EDUCACIÓN POPULAR PROGRAMA POR LA PAZ, *“Deuda con la humanidad: 23 años de falsos positivos (1988-2011)”*, *Noche y Niebla*, número especial.
- GALLEGO GARCÍA G.M., FERNÁNDEZ SOLA N., *“Guerra y desaparición forzada en Colombia”*, *Jueces para la Democracia*, julio 2003, núm. 47.
- LÓPEZ DÍAZ C., *“Desaparición Forzada de personas. Análisis comparado internacional”*, Editorial Temis, 2009, Bogotá, Colombia.
- MEDELLÍN TORRES P., *“El Presidente sitiado. Ingovernabilidad y erosión del poder presidencial en Colombia”*, Editorial Planeta Colombiana, Bogotá, Colombia, 2006.
- OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO HUMANITARIO, *“Ejecuciones Extrajudiciales en Colombia 2002-2010. Crímenes de lesa humanidad bajo la Seguridad democrática”*, Documento Temático núm. 8.
- *“La guerra se mide en litros de sangre. Falsos positivos, crímenes de lesa humanidad: sus más altos responsables están en la impunidad”*, Documentos temáticos núm. 7.
- PALACIOS M., SAFFORD F., *“Colombia. País fragmentado, sociedad dividida. Su historia”*, Vitral, 2005, Bogotá, Colombia.

- RIVAS NIETO P., REY GARCÍA P., "Las autodefensas y el paramilitarismo en Colombia (1964-2006)", *CONfines* 4/7 enero-mayo 2008.
- VEILLETTE C., "Plan Colombia: a Progress Report", CRS Report for Congress, 2005.
- VELÁSQUEZ C.A., "El ámbito político en el conflicto armado con las FARC 1990 - 2006", *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, Vol. 1, núm. 2, 2006.

## PÁGINAS WEBS Y BIBLIOGRAFÍA EN LÍNEA

Alta Comisionada para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 2012,

<http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/informe2012.pdf>

[Fecha consulta 21 de noviembre de 2013]

Boletín de prensa de Naciones Unidas

En <http://www.nacionesunidas.org.co/index.shtml?apc=i1&s=nx=58590>, Boletín de prensa de Naciones Unidas, Bogotá, 18 de junio de 2009

[Fecha de consulta 26 de noviembre de 2013]

Comisión Colombiana de Juristas

ANDREU GUZMÁN Federico, "Algunas anotaciones sobre BACRIM y paramilitares". [http://coljuristas.org/documentos/pronunciamientos/algunas\\_anotaciones\\_sobre\\_bacrim\\_y\\_paramilitares.html](http://coljuristas.org/documentos/pronunciamientos/algunas_anotaciones_sobre_bacrim_y_paramilitares.html)

[Fecha de consulta 21 de noviembre de 2013]

Corte Penal Internacional

Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, Pre-Trial Chamber II, núm. ICC-01/09 31 de marzo de 2010, <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc854287.pdf>

[Fecha de consulta 26 de noviembre de 2012]

Instituto Colombiano de Medicina Legal

<http://sirdec.medicinalegal.gov.co:58080/mapaDesaparecidos/>

[Fecha de consulta 20 de noviembre de 2013]

Prensa digital

Europa Press: <http://www.europapress.es/latam/colombia/noticia-colombia-santos-piden-ultima-sentencia-contra-reforma-fuero-militar-20131031124943.html>.

Terra Colombia: <http://noticias.terra.com.co/nacional/colombia-santos-solicita-anular-decision-que-rechazo-ampliacion-del-fuero-militar,b2a468fad402410VgnCLD2000000d-c6eb0aRCRD.html>.

TeleSur: <http://www.telesurtv.net/articulos/2013/10/31/santos-pide-anular-fallo-juridico-que-tumbo-la-reforma-del-fuero-militar-5305.html>.

[Fecha de consulta 28 de noviembre de 2013]

Revista Semana

<http://www.semana.com/seccion/nacion/3-1>

[Fecha de consulta 29 de noviembre de 2013]

Fiscalía General de la Nación

<http://www.fiscalia.gov.co/colombia/tag/desaparicion-forzada/>

[Fecha de consulta 28 de mayo de 2014]

GABRIELE VESTRI  
*Derecho Constitucional*  
*Universidad Pablo de Olavide*  
*Carretera de Utrera Km.1*  
*41013 Sevilla-España*  
*e-mail: gves1@upo.es*



# RECENSIONES



**Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG,**  
*Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico,*  
Madrid, Dykinson, 2013, 387 pp.

PATRICIA CUENCA GÓMEZ  
*Universidad Carlos III de Madrid*

**Palabras clave:** Estado de Derecho, Estado constitucional, voluntad y razón, restricciones constitucionales  
**Keywords:** Rule of Law, constitutional State, will and reason, constitutional restrictions

La obra del profesor F. Javier Ansuátegui *Razón y Voluntad en el Estado de Derecho* es el resultado, como el propio autor explica en su Introducción, de años de trabajo y reflexión acerca de la relevancia del Estado de Derecho y del constitucionalismo para la Filosofía del Derecho. Una Filosofía del Derecho que, desde el inicio del trabajo, se reivindica como una Filosofía del Derecho positivo, como una Filosofía de la experiencia jurídica ocupada y preocupada por los problemas que tienen repercusión práctica en los Ordenamientos (p.12) en torno a cuya utilidad pueden, a mi modo de ver, suscitarse pocas dudas.

Partiendo de este presupuesto el presente libro aborda temas nucleares, clásicos y recurrentes en nuestra disciplina a la luz del nuevo paradigma normativo (aunque no tan novedoso para el profesor Ansuátegui como luego señalaré) que representa el Estado Constitucional. Ciertamente desde la visión manejada en esta obra, y que comparto plenamente, la Filosofía del Derecho debe estar atenta a la realidad de los sistemas jurídicos sobre los que reflexiona y en la actualidad resulta un dato incontestable que esta realidad está condicionada por la presencia de Constituciones “con rasgos y contenidos específicos” por lo que el Derecho el constitucionalismo se presenta como “un campo” en el que someten a “prueba” o cuestiones que tradicionalmente han centrado “el interés de la reflexión iusfilosófica” (p. 16).

Me parece importante subrayar que si bien el Derecho del constitucionalismo se presenta como el marco de reflexión del trabajo, el autor guarda

cierta distancia en relación con las construcciones más habituales del movimiento neoconstitucionalista. En este sentido, se mantiene en la perspectiva esencialmente positivista de la separación conceptual entre el Derecho y la moral (si bien algunas consecuencias que se extraen en el trabajo en relación con el valor del imperio de la ley y la conexión cierta entre estos sistemas normativos en el Estado de Derecho puede resultar problemática en este punto); se matiza (quizá en exceso) la novedad o mutación que supone el Estado Constitucional en relación con el Estado de Derecho y se defiende (puede que con demasiada confianza) el papel del poder legislativo en el desenvolvimiento del Derecho del constitucionalismo. En todo caso, a mi modo de ver, esta distancia, razonada y justificada de manera exhaustiva a lo largo de la obra, la convierte en una aproximación novedosa y en un sano contrapunto a los excesos (iusnaturalistas, rupturistas y judicialistas) en los que incurren, a mi modo de ver, los planteamientos neoconstitucionalistas. Por otro lado, el trabajo se aparta también de la aproximación propia de la literatura neoconstitucionalista al no entrar en profundidad, aunque se toma en consideración en diferentes momentos y se menciona en la Introducción como uno de los temas clásicos con el que volvemos a toparnos en el constitucionalismo, en el análisis de la cuestión de la aplicación e interpretación del Derecho.

Asimismo considero obligado subrayar la variedad de propuestas y planteamientos que se analizan en este libro cuyo aparato analítico, argumental y bibliográfico resulta por momentos abrumador. Me atrevería a señalar que no hay ninguna posición relevante en relación con las cuestiones abordadas en el trabajo –que son, además, grandes y tradicionales temas de la filosofía del Derecho– con la que no se dialogue y discuta, lo que sumado a la novedad de la aproximación, hacen de este libro una obra de referencia imprescindible.

Pues bien, la reflexión desarrollada por Javier Ansuátegui en esta obra pretende analizar la paradigmática tensión entre razón y voluntad que constituye, en efecto, una de las grandes dialécticas que atraviesan el pensamiento iusfilosófico. Esta tensión se considera, siguiendo a Habermas, “inmanente” al Derecho mismo, en tanto realidad normativa que “constituye el escenario del encuentro o desencuentro entre la expresión de una voluntad y determinadas exigencias de racionalidad o de corrección” (p. 17)”. Desde esta perspectiva el Estado de Derecho se concibe como un modelo de articulación concreto de esta relación a partir del cual se desarrolla el Estado Constitucional.

El análisis de la tensión entre voluntad y razón obliga al autor a pronunciarse sobre la relación existente entre el Derecho, la Moral y el Poder. Así, en el trabajo se encuentran valiosas reflexiones respecto de la configuración de esta conexión con carácter general, en relación con cualquier orden político-jurídico y con carácter particular respecto de la concreta fórmula del Estado de Derecho y lo que Javier Ansuátegui considera su estadio más evolucionado, esto es, el Estado Constitucional. Como se comprobará después, esta evolución consiste, precisamente, en la mayor capacidad que muestra la razón para someter y condicionar la voluntad del poder al respeto de ciertas dimensiones de moralidad.

El punto de partida y la posición que el trabajo considera “aceptable” con carácter general para describir la relación entre el Derecho y la moral en los órdenes jurídicos es la expresada en la tesis típicamente positivista de la separación conceptual o conexión aleatoria entre el Derecho y la moral (p. 72). Asimismo, puede afirmarse que la relación entre el Derecho y el Poder en la cultura jurídica y política moderna es descrita en la obra –de nuevo en términos compatibles con el positivismo– de acuerdo con el modelo de coordinación manejado por Gregorio Peces-Barba que considera al poder como apoyo de la eficacia del sistema jurídico y al Derecho como racionalización del uso de la fuerza de ese Poder (p. 113).

Coincido plenamente con Javier Ansuátegui en la existencia de una conexión necesaria y no meramente contingente entre la satisfacción, al menos mínima, de las exigencias del imperio de la ley y la existencia de un Ordenamiento jurídico (pp. 148 y 149). Asimismo creo –y parece que esta posición sería también compartida por el autor atendiendo a las reflexiones que realiza en torno al concepto restringido de Estado de Derecho manejado por Rafael de Asís<sup>1</sup>– que existe una relación necesaria entre la división de poderes, entendida como una asignación de diferentes tareas en el seno del Ordenamiento y el funcionamiento de un sistema jurídico. Así, la presencia de estas conexiones que, en efecto, distinguen el Derecho de la mera coacción arbitraria (pp. 148 ss) me parece un argumento fuerte para rechazar un concepto formal de Estado de Derecho en tanto dicha comprensión formal no permitiría su diferenciación de un Estado de no Derecho (p.114). En este aspecto discrepo, en parte, de la reflexión realizada por la María del Carmen Barranco –en una recensión de esta misma obra publicada en el *Anuario de*

---

<sup>1</sup> R. DE ASÍS ROIG, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1999.

*Filosofía del Derecho*– quien entiende que “por definición todo Estado tiene Derecho, pero no siempre el poder político se somete a las normas que crea”. En todo caso, ciertamente, una cualificación de estos elementos formales que vaya más allá de la sujeción del poder a normas públicas, claras etc. y de su organización de acuerdo con la técnica de división del trabajo exigiría la atención a dimensiones materiales que vienen representadas por contenidos susceptibles de traducirse en derechos, que ya no estarían presentes en cualquier modelo de relación entre el Derecho y el Poder.

Conviene tener presente que en un primer momento Javier Ansuátegui justifica el carácter imprescindible de un cierto grado de satisfacción de las exigencias del imperio de la ley (y podríamos añadir de la separación de poderes) en la capacidad estructural y técnica del Derecho a la hora de llevar a cabo con alguna garantía de éxito la función que constituye su razón de ser, a saber, el control social (p.149). Desde esta perspectiva funcional, los requisitos del imperio de la ley se presentan como condiciones de eficacia o de “obedecibilidad” del Derecho<sup>2</sup>.

Ahora bien, en un segundo momento, asumiendo una perspectiva finalista que conecta el Derecho con ciertos fines (la certeza, la seguridad, la protección de la autonomía individual) el autor considera que las exigencias del imperio de la ley tienen un valor moral inherente (p. 167 ss.). Como Javier Ansuátegui reconoce esta afirmación en tanto supone asociar al Derecho rasgos morales parece problemática desde los presupuestos asumidos en su aproximación al incurrir en una argumentación de tipo iusnaturalista. Y para solucionar esta contradicción en este punto el autor recurre a la distinción entre un iusnaturalismo en sentido fuerte (que predica el carácter moral directamente del Derecho) y un iusnaturalismo en sentido débil (que lo predica de los fines a los que el Derecho sirve) que permitiría diferenciar entre el juicio moral relativo a la estructura del sistema jurídico y el referido a su contenido y, por tanto, continuar reconociendo como jurídicos y a la vez como injustos (a pesar de generar algunas dosis de certeza, estabilidad o previsibilidad) sistemas que permiten, por ejemplo, masacrar a una minoría.

Aunque el autor entiende que esta consideración resultaría compatible con el positivismo metodológico (p. 183), a mi modo de ver, una aproximación positivista al fenómeno jurídico exige mantenerse fiel a una justificación

---

<sup>2</sup> Me he referido a esta perspectiva en P. CUENCA GÓMEZ, *El sistema jurídico como un sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008.

estrictamente funcional de las exigencias del imperio de la ley que respete escrupulosamente la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Además y más allá de la cuestión de las etiquetas –cuya importancia Javier Ansuátegui relativiza, con razón, en la introducción a su trabajo– coincido con María Carmen Barranco en que entre el iusnaturalismo débil y el positivismo metodológico existirían algunas diferencias importantes. En efecto, la afirmación del valor moral del imperio de la ley puede, al igual que sucede con el concepto restringido de Derecho al que se refiere Hart, contribuir a oscurecer la variedad de cuestiones morales que plantea la existencia de órdenes jurídicos “inicos”<sup>3</sup> y favorecer su legitimación (y volviendo a las etiquetas terminar incurriendo en un positivismo ideológico, en todo caso, también débil expresado en la existencia de una obligación *prima facie* de obediencia).

De cualquier forma, me parece que el autor resulta más que convincente en la exposición de los argumentos a favor de un concepto sustancial de Estado de Derecho. En el análisis de esta concreta fórmula de relación entre el Derecho y el Poder se señala que el imperio de la ley se caracteriza como un principio de legalidad selectiva en el que la ley que impera no admite cualquier contenido y no tiene cualquier origen (p.193). Dicha “selección” implica la conexión del Estado de Derecho con ciertos contenidos materiales, de moralidad, en definitiva, representados por los derechos fundamentales y los valores y principios a ellos vinculados (p.194). De este modo, el Estado de Derecho –si bien no cualquier Estado lo que dejaría, en principio, a salvo en este punto el carácter positivista de la aproximación (p. 216)– queda caracterizado por la existencia de una conexión cierta entre el Derecho y la moral (p. 125).

Pues bien, no podemos perder de vista que esta vinculación se produce, al fin y al cabo, entre el Estado de Derecho material y una moral correcta. Por esta razón, en palabras del autor, el Estado de Derecho sustancial “permite fusionar de alguna manera la justificación moral (correcta, la que se reconduce a la Constitución ideal) y la justificación jurídica; permite que lo relevante moral sea también relevante jurídico” (p. 98). Como de nuevo advierte María del Carmen Barranco, desde esta perspectiva, se podría llegar a considerar que el Estado de Derecho es necesariamente justo. Y pese a que Javier Ansuátegui insiste en que la absorción de dimensiones morales por parte del Derecho de ninguna manera elimina la autonomía de la moral, como de

---

<sup>3</sup> H.L.A. HART, *El concepto de Derecho, El concepto de Derecho*, 2ª edición, trad. G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, p. 260.

nuevo indica Barranco, el ejercicio legitimador del Derecho que su conexión con la moral correcta supone podría hacer difícil justificar “la independencia de la obligación jurídica con respecto a la obligación moral de obediencia tal y como la sostiene el positivismo jurídico”.

Ciertamente, como también apunta Rafael de Asís<sup>4</sup>, llevar dimensiones de corrección moral al concepto de Derecho implica hurtar la reflexión sobre la obediencia respecto de aquellos Ordenamientos que participan de esos criterios de corrección, como sería en la aproximación de Javier Ansuátegui el Estado de Derecho (material). En palabras de Rafael de Asís, “se ha objetado a este argumento que en realidad lo que supone es trasladar el momento de la reflexión ética sobre el Derecho” –desplazamiento al que también alude Javier Ansuátegui– afirmando que “la inclusión de referentes de moralidad en el Derecho presupone con carácter previo precisamente la reflexión sobre su moralidad. Así, el positivismo jurídico lo que haría es llevar esa reflexión a un momento posterior”. Ahora bien, esta diferencia parece esencial, si se parte del carácter ampliamente indeterminado de los valores y de los derechos. En efecto, “la diferencia no sería importante si entendiéramos que sólo existe una manera de interpretar los criterios éticos incorporados al Derecho y, por tanto, si defendiéramos la tesis de la existencia de una única respuesta correcta. Si por el contrario, somos conscientes de la pluralidad interpretativa y, por tanto, de la posible existencia de varias soluciones correctas desde la apelación a un mismo criterio ético, la diferencia es esencial”<sup>5</sup>. De este modo a partir de la discrecionalidad interpretativa en la determinación del sentido de las dimensiones materiales que Javier Ansuátegui parece admitir en diferentes momentos del trabajo, la conexión cierta entre el Estado de Derecho y la moral correcta no tendría por qué conllevar necesariamente calificar como justas o correctas todas las decisiones del poder adoptadas en su seno. Y ello no sólo no plantea problemas desde la óptica del positivismo, sino que de nuevo más allá de la cuestión de las etiquetas, permite mantener –como el autor del trabajo comentado pretende– la autonomía moral y el juicio crítico en relación con la obediencia al Derecho del constitucionalismo.

Avanzando en el análisis, interesa subrayar que según Javier Ansuátegui es precisamente la vinculación del Estado de Derecho con los derechos fundamentales, esto es, la opción por un Estado material de Derecho lo que justifica la existencia de una continuidad entre el Estado de Derecho y el

---

<sup>4</sup> R. DE ASÍS ROIG, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005.

<sup>5</sup> Idem.

Estado Constitucional (entendido, de nuevo, no como cualquier Estado con Constitución, sino como un Estado con una Constitución que reconoce y garantiza determinados contenidos, de nuevo, los derechos fundamentales). En opinión del autor el Estado Constitucional se presenta como una manifestación o un perfeccionamiento del Estado de Derecho en tanto se enfatiza la idea básica compartida por ambos, esto es, la limitación o control del poder (p. 223) a través del redimensionamiento o reubicación del imperio de la ley que se reformula ahora como imperio de la Constitución. Así, tras analizar diversas propuestas de comprensión de la relación entre Estado de Derecho y Estado Constitucional (rupturistas y continuistas) Javier Ansuátegui concluye que el rasgo principal que permite diferenciar ambas fórmulas es el reemplazo del principio de legalidad por el principio de constitucionalidad (pp. 274 y 275) que comparte, en todo caso, la filosofía del primero y conlleva la operatividad de los derechos como un límite sustancial infranqueable que condiciona la actuación normativa de todos los poderes, incluido ahora el legislador.

Desde esta premisa la tesis de la continuidad no impide al autor reconocer que el Estado Constitucional presenta algunas novedades, entre ellas, una cierta alteración del equilibrio clásico de los poderes al articularse mecanismos jurisdiccionales de control en relación con la actuación del legislador (p. 276) –lo que, en opinión de Barranco, supone una modificación de los criterios de legitimidad que podría cuestionar la teoría de la evolución y operar como una razón a favor de la tesis de la ruptura– y ciertos problemas específicos como la tensión entre democracia y derechos (entendida, en todo caso, como una renovada y actualizada formulación de la clásica dialéctica entre razón y voluntad).

En la formulación de Javier Ansuátegui la tensión se describe de la siguiente forma: “la razón es la de Constitución y de los derechos, la de los contenidos sustantivos protegidos a través de la inclusión en el texto constitucional. La voluntad es la de las mayorías que toman decisiones en el marco de un sistema democrático” (p. 279). Esta tensión se aborda en el trabajo comentado desde la consideración del constitucionalismo y la democracia como realidades vinculadas a través de la línea común de los derechos (p. 344).

Así, como apunta Francisco Mora –en otra recensión sobre el libro de Javier Ansuátegui– es la tesis, ya avanzada por el autor en trabajos anteriores, de la conexión conceptual existente entre el Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales lo que permite defender el concepto de Estado de Derecho material, postular la continuidad entre éste y el Estado

Constitucional de Derecho, preferir una concepción sustancial de la democracia y analizar los problema de los límites o vínculos constitucionales, la tensión constitucionalismo-democracia, en términos de implicación mutua.

Pues bien, la afirmación de una conexión interna entre derechos y democracia no conduce al autor a desconsiderar su tensión sino, por el contrario, a tomársela en serio. No obstante, esta tesis sí condiciona el tratamiento de dicha tensión entre derechos y democracia que se presenta en términos menos dramáticos que en otros planteamientos abogándose por resolverla desde la búsqueda de un equilibrio de fuerzas que no implique la hegemonía de ninguno de los dos polos en conflicto sino que encuentre (en términos de Jon Elster) “la estrechez óptima de las ataduras” (p. 346). De esta forma, la tensión se plantea como “un problema de diseño institucional” –equilibrado– que admite diversas articulaciones. En relación con este diseño, y apartándose de las soluciones comunes en el ámbito del neoconstitucionalismo, Javier Ansuátegui reivindica la “dignidad de la legislación” como instancia a quien corresponde en primer término desarrollar el sistema de derechos. Como aclara el autor “se está pensando en una legislación que, comprometida con las dimensiones morales asumidas y compartidas en el sistema democrático –y por tanto por la Constitución– tenga la capacidad de expresar en cada momento el parecer de la soberanía popular” (p. 348). Ciertamente, la combinación de este legislador con unos jueces comprometidos también con la defensa de los derechos es condición de la democracia deliberativa, la democracia de las mejores razones, que es lo que debe ser, como también apunta el autor, la democracia constitucional. No obstante, resulta obvio que no todas las actuales democracias constitucionales –al menos creo que esto puede afirmarse sin lugar a dudas en relación con el sistema español– parecen ajustarse a este modelo ideal. Y esta circunstancia no puede perderse de vista en la evaluación de la corrección moral de estos sistemas y en la valoración de la cuestión de la obediencia que merecen.

PATRICIA CUENCA GÓMEZ  
Universidad Carlos III de Madrid  
e-mail:patricia.cuenca@uc3m.es

Thomas CASADEI (coord.),  
*Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie,*  
Giappichelli, Turín, 2012, 291 pp.

ALESSANDRA GROMPI\*  
*Università di Venezia*

**Palabras clave:** derechos humanos, vulnerabilidad, discriminación, dignidad  
**Keywords:** human rights, vulnerability, discrimination, dignity

## 1. NO SÓLO DERECHOS

Individuar un hilo conductor que atraviese y conecte en la medida de lo posible las diversas aportaciones de un volumen colectivo nunca resulta sencillo, sobre todo para un tema como el de los derechos humanos. No obstante, en este caso el particular estilo de la obra permite captar desde el principio su clave interpretativa y posibilita que el lector, incluso en la diversidad y riqueza de los ensayos, no “pierda el rumbo” y tenga la impresión de estar recorriendo el mismo discurso. Lo que une todas las contribuciones al volumen (subdivididas en dos grandes partes, tituladas respectivamente “Quadri teorici: l’umanità tra universalismo e contesti culturali” y “Soggetti: vulnerabilità e violazioni”) es la perspectiva de aquéllos cuyos derechos son reconocidos formalmente, pero a la vez desatendidos y violados más o menos abiertamente. A la pregunta fundamental de si sigue teniendo sentido detenerse en el terreno especulativo en torno al tema de los derechos, corriendo el riesgo de no pasar de la “retórica”, los autores responden que ha llegado el momento de mirar a los derechos humanos con otros ojos, los de los *sujetos* y no tanto del Sujeto; de las *culturas* y no tanto de la Cultura; los de

---

\* La presente reseña ha sido traducida por Toni Morant i Ariño (Cluster de Excelencia Religión y Política, Universidad de Münster), miembro del proyecto HAR 2011-27392, financiado por la Dirección General de Investigación Científica y Técnica del Ministerio español de Economía y Competitividad.

las *historias* y no tanto de la Historia. La invitación a cambiar la perspectiva se acepta aquí precisamente en consideración de la creciente articulación y complejización del tema de los derechos humanos, cada vez más imbricado de influencias culturales y visiones del mundo, una especie de masa crítica que, en diversos ámbitos, ha llevado a hablar de una “crisis de la edad de los derechos”. Ciertamente, no es sino un verdadero eclipse de los derechos el que golpea con dureza a los *sujetos* y las *historias* presentadas en la segunda parte del volumen, que hace palpable el apremio de algunos contextos vitales y que apela a todos y todas a asumir responsabilidades.

El volumen se abre con el texto de Silvia Vida (“Diritti umani e umanità: a partire da Jeanne Hersch”, pp. 3-22), que parte de una reflexión sobre la emblemática figura de Jeanne Hersch, discípula de Karl Jaspers y catedrática de filosofía en Ginebra, que ocupó importantes cargos en la UNESCO. Su enfoque, *via negationis*, la lleva a una conclusión tan lineal como innovadora: los derechos no son ni naturales ni universales y el derecho primario y fundamental es el de ser hombre. *Le droit d’être un Homme* (título de su importante antología de 1968) encierra en sí el mensaje esencial de que la humanidad no sólo procede del hecho biológico de nacer, sino que es una propiedad que debe ser *reconocida*. Tal reconocimiento tiene lugar sobre el terreno más que a través de los numerosos documentos de las declaraciones, al precio de luchas en las que lo justo se contrapone a lo injusto, donde resuena el “no” del hombre rebelde de Albert Camus. La enorme labor de investigación promovida por la propia Hersch demuestra que semejante aspiración a lo humano está presente en la tradición histórico-documental de cada uno de los países analizados. Aparece allí señalado ya el camino que toda cultura es capaz de emprender para dar cuerpo a las declaraciones de derechos, donde el “dar cuerpo” debe ser entendido en sentido literal puesto que, al fin y al cabo, el “mundo del cielo” debe enlazarse con el de la tierra y parece poder hacerlo sólo con el esfuerzo continuado de recuperar para los derechos a aquéllos amenazados con quedar excluidos, aquéllos pues cuya humanidad no es aún derecho.

Hasta qué punto no es secundaria la cuestión del reconocimiento y hasta qué punto es larga y accidentada la senda de su consecución lo demuestra la aportación de Luca Baccelli (“Diritti umani, universalismo e differenze culturali”, pp. 23-44), quien estudia en profundidad las posturas de pensamiento de algunos grandes protagonistas sobre la cuestión de quién puede ser considerado “hombre”, surgida ya a finales del siglo XV a raíz del descubrimiento de nuevas tierras y de los pueblos que las habitaban. Analizando las

consideraciones de Las Casas, Sepúlveda y Vitoria, Baccelli sitúa el foco en la cuestión primera y fundamental: establecer si, dado que se trata de indígenas, se puede hablar de ellos en términos de “sujetos” y/o seres humanos/ racionales, etc., es decir, con los caracteres sedimentados en la cultura de los conquistadores. Nos encontramos aún en una fase preliminar, previa al “universalismo de los derechos”, cuando las primeras reflexiones que tienen lugar sobre las poblaciones descubiertas de forma inesperada hacen referencia a la cuestión de si pueden ser incluidas en el “conjunto de la humanidad”, vinculadas a otras categorías en el seno de las mismas “civilizaciones”.

Sin embargo, ser considerados “hombres” es sólo la primera etapa. Retomando a Hersch, libertad y ser hombre constituyen un binomio inseparable. Humanidad, libertad y acción representan las estrellas fijas en torno a las cuales gravitan todos los derechos: no hay realmente derecho si no existe el hombre, si este hombre concreto no es libre y si, al final, no manifiesta con sus acciones semejante humanidad libre. En nombre de los derechos se promueven acciones radicales, como la insurrección en Chiapas, citada por el autor. Precisamente esta reivindicación se halla presente en el discurso, recogido por Baccelli, de la comandante Esther en 2006 ante el Congreso federal mexicano. Si el “derecho de ser hombres”, diría Hersch, remite al arendtiano “derecho a tener derechos”, todo esto no es tanto una cuestión meramente especulativa como –subraya Baccelli– una cuestión de activa reivindicación en el interior de las prácticas sociales, de luchas y de una historia que parece ir aparejada a toda adquisición de derechos subjetivos. Resulta lícita, pues, la duda acerca de la eficacia de la exportación/imposición de derechos, deberes y disposiciones políticas en el que a menudo el *ius* se transforma en *iniuria*. Siguiendo las huellas de Baccelli, el único universalismo concebible para los derechos es el de su *potestad reivindicativa*.

Leyendo el volumen, se tiene la impresión de estar emprendiendo un camino hacia atrás, del que resulta necesario identificar las precondiciones, una especie de *genealogía* no tanto de los derechos sino de quienes son sus portadores, cuya humanidad no procede sólo del hecho biológico de nacer, sino que consiste en una particularidad que debe ser reconocida. De hecho, en el texto de Baccelli emerge una cosa con claridad: incluso cuando existe el riesgo de crear, de forma paralela al reconocimiento de los derechos, nuevas discriminaciones, el hecho mismo del reconocimiento conquistado, quizás al precio de extenuantes luchas, constituye el momento imprescindible de apertura de horizontes, hasta entonces impensable, para todos aquéllos que toman parte en ellas, si bien en diversos niveles de emancipación y reconocimiento.

Cuáles y cuántos procesos tienen su origen en la difusión y recepción en el seno de los diversos sistemas jurídicos y políticos de las familias de derechos, es algo descrito por Isabel Trujillo en “Diritti umani e diritto umanitario: convergenze, complementarità e deroghe” (pp. 61-71). La *internacionalización*, a nivel de Estado e internacional (pactos y tratados), la *especificación*, a nivel de categorización y puntualización de los derechos (políticos, civiles, sociales, culturales etc.), así como la *regionalización*, a nivel geopolítico más circunscrito (cartas europea, africana, interamericana, etc.), constituyen todas ellas tendencias a reconocer a las personas, ya sea de forma universal o contextual, la tutela de múltiples instancias. Si se amplía, pues, el número de derechos, incluyendo aquéllos de contextos “nuevos”, con perspectivas y visiones culturales diversificadas, corresponde a todos la obligación de atemperar, equilibrar y sistematizar los derechos emergentes.

La empresa no es en absoluto sencilla, como demuestra el ensayo de Francescomaria Tedesco (“I diritti umani alla prova del relativismo. La critica dei ‘valori asiatici’”, pp. 45-60), en el que se apuntan las incongruencias y las complicaciones de las cohabitaciones de derechos cuando éstos son considerados más un surtido catálogo del que elegir, en vez de un conjunto de elementos estrechamente interrelacionados. Si los derechos universales recogidos en las numerosas declaraciones portan inevitablemente el marchamo de su origen histórico, cultural y social, es plausible esperar que, en los pasajes que los conducen más allá de sus confines geográficos de procedencia, tales derechos sean objeto de discusiones, de crítica y también de manipulación y revisión, según los cánones socio-culturales e históricos igualmente “situados”. Resulta legítimo entonces –sugiere Tedesco– que los denominados *Asian values*, emanados de la Declaración de Bangkok, al inicio de los años noventa del siglo XX, tengan como objetivo también el de suministrar un instrumento de control del disenso, de las minorías o, en todo caso, de la libertad de expresión en general. Pero quizás sea ésta, a su vez, la consecuencia del hecho de que tales derechos no sean siempre, en aquellos países, el fruto de luchas y conquistas desde abajo, sino concesiones desde arriba, y difícilmente se concederá lo que limite o cuestione el poder.

Resulta interesante notar que semejante ambigüedad o desequilibrio de los derechos ha sido denunciada por las ONGs, no por los Estados soberanos occidentales, lo cual prácticamente significa una tácita disponibilidad a considerar los derechos en el marco de cálculos de conveniencia y comodidad, como parte de contrataciones y negociaciones, consciente de su incapacidad

imponer a otros el deber de respetar derechos no observados ni siquiera en los Estados de más antigua tradición. El denominado “relativismo fuerte”, que parece caracterizar a los nuevos contextos socio-políticos, no es prerrogativa suya, sino de toda situación en que sólo algunos derechos sean ignorados de forma más o menos intencional o culpable, dejando intacta su universalidad formal. Querer y pretender que los derechos sean inmediatamente reconocidos y aplicados en una única modalidad conlleva el riesgo de configurarse como acto de imperialismo y de dominio: el espíritu de los derechos –como es sabido– no está en las Cartas, por muy nobles e insustituibles que éstas sean, sino en las mentes y en las prácticas de los hombres y las mujeres que se reconocen en ellos, como *la* comandante Esther o, por no abandonar el contexto asiático, Aung San Suu Kyi.

## 2. VULNERABILIDAD Y LOS DERECHOS COMO CUIDADO

Que el movimiento de los derechos no discurra de forma lineal o coherente no significa negar una cierta tendencia a su difusión y arraigo. Sólo es preciso reseguir, *a là* Hersch, las huellas del devenir micro y macrohistórico, considerándolas no hechos extemporáneos y casuales, sino un acontecimiento que adquiere un sentido y una dirección. Y si, de este modo, se rehabilitase una inactual “filosofía de la historia”, ello podría representar, por un lado, uno de los modos en los que la filosofía puede incorporarse de forma fructífera al discurso de los derechos humanos, sin ser ni una mera digresión estética ni una reflexión ahistórica, y, por el otro, un modo a través del cual la transversalidad y la ubicuidad de algunos derechos no queden reducidos a un mero registro socio-antropológico y la confirmación de una intuición.

Está bien, por tanto, que el derecho se vea confrontado directamente con aquellos conceptos extrajurídicos que con frecuencia sustancian los derechos. Entre éstos, el de la dignidad humana, abordado por Francesco Belvisi (“Dignità umana e diritti fondamentali: una questione di riconoscimento”, pp. 72-89), constituye seguramente uno de los conceptos límite más problemáticos. La incorporación de la dignidad a las cartas constitucionales (desde la alemana de 1949 hasta la de la Unión Europea), aun con la noble intención de impedir el retorno a un pasado aterrador, ha suscitado muchos problemas en términos de aproximación jurídica, por la amplitud, la carga de significado y la densidad del propio concepto de dignidad. Tan cargado de historia y de historias, de significantes morales y religiosos, se presta poco

a ser incardinado en el sistema del derecho moderno, formal-procedimental, tendencialmente extramoral y fundamentalmente laico. Tratando de dejar en un segundo plano las innumerables ramificaciones y fundamentos en supuestas ontologías y realidades objetivas, el esfuerzo de Belvisi busca individuar el significado *jurídico* de dignidad. De hecho, si se “toma en serio”, toda limitación de la libertad personal, aun estando jurídicamente legitimada, se convierte en lesiva de la dignidad. Por lo demás, limar y circunscribir su alcance conlleva exponerse a una “pendiente resbaladiza”, pavimentada de excepciones y derogaciones, que lleva a la suspensión de algunos derechos fundamentales, como el propio autor demuestra en los casos de los interrogatorios de reos de algunas tipologías de delitos, como el terrorismo.

En coherencia con la vocación presente en todo el volumen, Belvisi pretende insertar la dignidad en la historicidad y en una especie de pragmática del derecho. En la carta constitucional italiana, por ejemplo, Belvisi apunta cómo la dignidad no se encuentra ligada únicamente al otorgamiento de derechos fundamentales, sino a la observancia de los deberes, una especie de encrucijada en la que derechos y deberes se encuentran para sustanciar a la persona en tanto que individuo siempre en su contexto y nunca idealizado. En su *I doveri dell'uomo* (1860) Mazzini había observado ya cómo la apelación a los deberes parecía ser cada vez más extraña en un mundo donde cobraban ventaja múltiples y multiformes derechos, desequilibrando el peso hacia los “honorés” más que hacia los “gravámenes”, y considerando necesario contrabalancear la teórica de los derechos con una teórica de los deberes complementaria. La dignidad –precisa Belvisi– es atribuida *presuntamente* a cada uno, pero necesita ser confirmada efectivamente o, al menos, no desatendida. Reconocerse recíprocamente valor e identidad supone la necesidad común que nos vincula necesariamente a los otros, sin haber elegido o buscado tales vínculos recíprocos, sino sólo por el hecho de co-existir juntos. Ello hace de los derechos no sólo un acto de reconocimiento formal y de cumplimiento burocrático, contractualista y negociado, sino una oportunidad para reconocer en semejante dependencia recíproca nuestra fundamental vulnerabilidad y la del otro, la necesidad de ser considerados como aquella persona dada, con aquellos derechos particulares, más que determinarlo como sujeto formal de derechos universales. Por lo demás –concluye Belvisi– una de las formas de humillación procede precisamente de considerar la atribución y el reconocimiento de los derechos como una especie de “aplicación estándar”, indiferente a la diversidad, una etiqueta genérica de reconocimiento, privada en fin de empatía. Y viceversa: la tenden-

cia hacia el otro, para recoger su singularidad, no equivale a una actitud supererogatoria, sino que se convierte en consecuencia de entender la dignidad por la vertiente de humanidad, reciprocidad y socialidad.

En este camino que hemos contado hacia atrás, en el que la dignidad, aun llegando la última, se sitúa al inicio, es posible dar aún otro paso atrás. Es lo que parece proponerse Thomas Casadei en el ensayo "Soggetti in contesto: vulnerabilità e diritti umani" (pp. 90-116), que cierra la primera parte del volumen y constituye, sin solución de continuidad, el tránsito a la segunda. Llevar la vulnerabilidad al interior del discurso sobre los derechos, más allá de dar espacio a toda la reflexión crítica que rechaza la ficción del ser humano autosuficiente, sustancialmente aislado y siempre consciente de sí mismo, introduce otro concepto tan antiguo como con frecuencia utilizado de forma instrumental y que no es otro que el de *necesidad*. Ciertamente, también esta idea es amplia y de ninguna manera más unívoca que las de "hombre", "derechos" o "dignidad". Los listados de necesidades corren el riesgo de asemejarse a los de derechos, si no se tiene *cuidado* de cuánto y en qué medida necesidades y derechos se ciñen a *un* contexto o situación dada; si no, resulta difícil situarse en la perspectiva -reivindicada en estas páginas- de la concreción e historicidad tanto de las *necesidades* como de los *derechos*. En sus *Moral boundaries* (Routledge, 2003) Joan Tronto había ya advertido contra un proceso de cuidado que no se declina sobre aquél que es sujeto de cuidados.

El requisito común de la vulnerabilidad constituye, pues, un principio quicio y, a la vez, desquiciante de las maneras de mirar a los derechos. "Quicio" porque la vulnerabilidad es experiencia común, observable en todo ser humano, de cualquier edad, condición, tiempo y lugar, una especie de constante antropológica. Y -afirma Casadei- es necesario hablar, más que de la vulnerabilidad, de *las* vulnerabilidades, al menos tantas como sean las amenazas que puedan violarla en sus numerosas expresiones: el cuerpo y sus partes, la mente y sus procesos, las relaciones y sus dinámicas, así como los bienes y su posesión. Dominio del más fuerte, tortura, prevaricación, opresión y humillación gratuita son sólo algunos de los nombres de las muchas formas del abuso de la vulnerabilidad y, con ésta, del anonadamiento de la dignidad humana.

Lo que convierte en "desquiciante" la incorporación de la vulnerabilidad como referencia significativa de los derechos es la constatación de que las vulnerabilidades van a cargo de otros. La necesidad se puede expresar, pidiendo su satisfacción; un derecho se puede reivindicar, pretendiendo su reconocimiento, pero las vulnerabilidades no se reivindicán, o mejor dicho,

el vulnerable no está a menudo en condiciones de reivindicar o pretender nada y depende de lo que otros hagan para proteger su fragilidad. Así pues, la vulnerabilidad nos obliga directamente a actuar, nos interpela de forma empática desde lo más profundo de nuestras primeras experiencias de dolor, ausencia, miedo, sufrimiento y, en este sentido, es una categoría exigente.

### 3. LAS MUCHAS FORMAS DE LAS VIOLACIONES DE DERECHOS

La violación de las vulnerabilidades lanza un puñal directamente al corazón de la esencia de la humanidad, imputando al violador no sólo la infracción de los derechos humanos primarios y fundamentales, sino también la ofensa de la íntima fragilidad y dependencia que nos determina en origen. *Dependencia y vulnerabilidad* nos entregan indefensos a las manos del otro, que puede convertir una dependencia tal en abuso o apoyo, una vulnerabilidad tal en exceso o socorro, pasando así a ser el fiel de la balanza del valor concreto y efectivo de sus acciones, en los términos de una moral inmanente a las relaciones, que acoge en sí la conciencia histórica de cuanto ha acontecido y acontece entre los hombres. El profundo sentimiento de desconfianza en la humanidad que invadió a Jean Améry con el primer puñetazo propinado por su torturador, sin que nadie acudiese en su ayuda, puede convertirse en el ejemplo de los efectos de una violación de lo humano que ningún sistema de derechos puede enmendar.

Las contribuciones de la segunda parte del volumen describen bien en qué modo y hasta qué punto todo aquello que ha emergido en la reflexión sobre los derechos tiene un reflejo en el plano de la pura cotidianidad. Precisamente en los pliegos del vivir histórico y concreto, en aquellas zonas de confín dejadas en la sombra por la luz directa de los derechos, se percibe la dificultad de su proceso de reconocimiento, erizado de falacias, aporías y violaciones. El camino que lleva a tomar conciencia de la no observancia de los derechos concierne, por un lado, a la aplicación de categorías falsamente neutrales, con el consiguiente oscurecimiento de las particularidades, y, por el otro, a la atribución de dudosas especificidades, con las consiguientes discriminaciones fruto de prejuicios y estereotipos.

En los casos a los que se refiere Orsetta Giolo (*“Le ‘periferie’ del patriarcato. L’uguglianza, i diritti umani e le donne”*, pp. 119-142), con particular referencia a la aplicación del Texto Único sobre la inmigración adoptado en Italia (N.d.T.: decreto legislativo del Presidente de la República, 25 de julio de 1998),

la idea de especificidad de género que puede inferirse del mismo es la transmitida y sedimentada por una cultura machista. Bajo la cobertura de un registro lingüístico administrativo y aparentemente no valorativo, que habla por ejemplo de mujeres embarazadas, bailarinas y sirvientas, volvemos a encontrarnos –subraya la propia autora– con las viejas etiquetas de *madres, prostitutas y sirvientas* (p. 133). Esta acepción reductora y por ello mismo tranquilizadora sobrevuela de forma latente todos los ámbitos que tienden a escapar al control de un género sobre el otro, para emerger luego a la superficie a través del “vínculo de sangre”, el uso de la fuerza, el control sobre el aborto y la fecundación y, al fin y al cabo, la arbitraria reconducción del funcionamiento del organismo femenino a los procesos fisiopatológicos del masculino. Volvemos a encontrar aquí la tendencia manifestada en la primera parte a convertir en inocuas las diversidades, bien a través de estrategias homologadoras o bien mediante una verdadera y patente in-diferencia. Este enfoque resulta evidente también en la aportación de Giampiero Griffo (“Persone con disabilità e diritti umani”, pp. 143-163), quien observa cómo tras el término generalista de ‘discapacitado’ (“disabile”, en italiano) se esconde la indiferencia a las particularidades, con la intención así de remitir a lo que se considera “anormal” dentro de las coordenadas de una “normalidad” frecuentemente malinterpretada, creando contextos espaciales y sociales “adaptados”, con la intención declarada de proteger, pero con el resultado –y la falsa conciencia– de recluir, hasta el desplazamiento semántico de la acepción de “indeseable”, que pasa de las características de la discapacidad al sujeto que la porta.

Por el otro lado, a modo de espejo, el hecho de evidenciar algunas especificidades pasa a ser fuente de discriminación, tendiendo a cristalizaciones más fácilmente tratables, que vuelven a colocar “las cosas en su sitio”. Es el caso, al que Giolo hace referencia, del modelo de “buena madre” y de la bondad intrínseca de algunas decisiones (por ejemplo, la lactancia materna) o la tácita ratificación social del “doble trabajo”, dentro y fuera de casa, con la consiguiente comprensión solidaria con su labor, pero cuidándose mucho de modificar el *statu quo*. De forma análoga, en las consideraciones de Griffo, el concepto de lo que es normal –y, por tanto, bueno– entra con fuerza en juego en la definición de anormalidad referido al discapacitado. Un ambiente social y humano, público y privado, tallado a imagen y semejanza de los ‘normodotados’, excluye necesariamente a grandes franjas de población. Así pues, subraya Griffo, ver el mundo con los ojos de la diversidad física o psíquica significa pasar de la perspectiva de la *integración*, en la cual se requiere al otro una adaptación, con

alguna “concesión” adecuada, a la de la *inclusión*, que comporta que el otro no sea sólo “hospedado” sino que, en la estela del concepto clásico de hospitalidad, el que hospeda se convierta en hospedado –“el huésped del huésped”– hasta acabar diluyendo la idea de extranjero.

Hasta qué punto pesa un modelo social y cultural en la valoración de quién es apto o no-apto, integrado o no integrado con un cierto sistema de vida, del que deriva la titularidad de los derechos, lo demuestran de manera eficaz tanto el análisis de Letizia Mancini sobre la situación de los romaníes en Italia (“Diritti umani e forme della discriminazione: il caso dei rom”, pp. 187-196), como el examen de Emilio Santoro sobre las formas de neoesclavismo, en particular de los inmigrantes clandestinos residentes en territorio italiano (“Diritti umani, lavoro, soggetti, migranti: procedure e forme del ‘neo-schiavismo’”, pp. 227-248). En estos estudios se pone de manifiesto cómo las dos modalidades estigmatizantes apenas descritas se unen conformando una tenaza de la que resulta casi imposible liberarse. Los prejuicios y los estereotipos sociales se vinculan a un sistema normativo que refuerza y legitima los primeros, alejando de forma irremediable a estos individuos de las zonas de legalidad y relegándolos a la invisibilidad, también de los derechos y las necesidades. No obstante, este resultado no es el fruto de violaciones patentes y evidentes, sino que se ocultan entre las líneas de las incongruentes normas que se han sucedido en el tiempo, de leyes cuyo espíritu remite a una idea de sociedad cerrada y recelosa, avara de solidaridad y humanidad. Viene a la cabeza el volumen de Clelia Bartoli, con el ejemplificador título de *Razzisti per legge* (Laterza, 2012), que ilustra de forma eficaz el fenómeno del *racismo institucional*, ese “complesso di leggi, costumi e pratiche vigenti che sistematicamente riflettono e producono le disuguaglianze nella società”. Un proceso no necesariamente estudiado y seguido por legisladores, funcionarios u hombres del sistema, pero cuyo resultado es la exclusión social a partir de factores como la procedencia, la pertenencia, el estilo de vida, etc. Y, de hecho, como demuestran todas las contribuciones de esta segunda parte, la primera consecuencia es la desigualdad material, en la que pobreza y marginalidad marcan de forma irreversible situaciones vitales de por sí precarias y vulnerables. En este sentido, los retrasos en la aplicación de la jurisprudencia, las incongruencias y deformaciones hacen más difícil reconocer el “superior interés del niño”, como demuestra Nazarena Zorzelli en el caso de los menores extranjeros en Italia (“Diritti fondamentali e minori stranieri: il caso italiano”, pp. 249-268). Un niño, extranjero, en difícil equilibrio entre regulaciones, definiciones, subespecificaciones, etc., que a menudo en lugar de facilitar el ejercicio de la ciudadanía,

la complican y enredan. Sin embargo, como describe Eufemia Milelli en “Minori stranieri e sistema penale minorile: il diritto alla rieducazione e al reinserimento sociale” (pp. 269-284), la atención a la persona, el respeto de la individualidad y de exigencias específicas, así como –y no en último término– una aplicación atenta de la ley, permiten conquistar el sentido de la valía y la dignidad propias; en una palabra: una identidad reconocida.

Una ulterior confirmación de que la implementación de los derechos requiere pre-condiciones indispensables se halla en la contribución de Davide Guerzoni, “Diritti umani e povertà: intorno alle tesi di Thomas Pogge” (pp. 164-186). Recorriendo de nuevo las tesis de Pogge, el autor coloca en primer plano la tríada pobreza-marginalidad-desigualdad, que abre sus garras hasta abarcar a buena parte de la población del planeta. En su crudeza los datos referidos por el autor ayudan a entender de inmediato la situación real del mundo y cómo, una vez más, el enfoque in-diferenciado se hace cómplice de efectos mortales, casi homicidas. Según Pogge, ni siquiera están exentos de responsabilidad los enfoques político-filosóficos de cuño más democrático, como el de John Rawls y del propio Amartya Sen, que comparten con la perspectiva estrictamente liberal la tendencia a cargar todo el peso de las desigualdades económico-sociales sobre las espaldas de las respectivas individualidades nacionales. Si bien éstas tienen de forma incontestable su parte de responsabilidad a la hora de mantener determinadas condiciones de sufrimiento de la población, lo cierto es que la connivencia de los países más ricos y consumistas con regímenes de legitimidad o conducta discutibles, la tolerancia para con políticas inicuas, las ventajas económicas que derivan en la preservación invariada de esas mismas condiciones, constituyen todas elementos competidores que inclinan el fiel de la balanza de las responsabilidades hacia las relaciones más que sobre cada uno de los Estados. En situaciones de gravedad y emergencia económica, hambre y pobreza, la inactividad –en el sentido de no promover una igualdad sustancial– resulta igualmente culpable, sobre todo cuando es “racionalmente posible”. El *non nocere* se convierte en un enfoque activo y no se limita a abstenerse de hacer el mal porque, cuando millones de personas sufren y mueren por el hambre, la sed, las penurias y las violencias, “no hacer” es devenir cómplices de aquellas condiciones político-económicas que las mantienen. Según los críticos, cuyas posiciones son resumidas por Guerzoni, la *strong thesis* de Pogge no es de coste cero para el equilibrio económico mundial; por lo demás, convendría preguntarse por qué debería serlo, dado que se trata de un equilibrio que se sostiene sobre desigualdades, desequilibrios y

explotación. Por tanto, también “el derecho a ser libres de la pobreza”, como “el derecho a tener derechos” (Arendt) o “el derecho de ser hombre” (Hersch) forma parte de los pre-requisitos que se hallan a mitad camino entre lo jurídico y lo moral, y permiten cimentar el reconocimiento de todos los otros.

Ulteriores demostraciones de cómo el desequilibrio económico internacional puede golpear a los más débiles y vulnerables las aporta Marco Scarpati en “Diritti umani e bambini: lo sfruttamento sessuale come forma di schiavitù” (pp. 197-226). Parece ejemplificarse aquí con claridad un ejemplo de la tesis de Pogge sobre las responsabilidades no sólo de los países que permiten en su interior las prácticas de explotación y uso sexual de los menores, sino de una red de relaciones entre países que, bajo la égida de financiaciones para el turismo y el desarrollo, las incentivan y al mismo tiempo “no las ven”. Los niños pobres, abandonados, hambrientos, solos y analfabetos y, *por ello*, explotados, violados y ultrajados, se convierten en el símbolo más doloroso y culpable de la negación de los derechos humanos fundamentales. Estos niños representan aquí a los sin voz, a los invisibles a los que, pese a ser millones, les cuesta más que a otros ser reconocidos. Para ellos, los derechos sancionados en las diversas declaraciones (la Convención de la ONU sobre los derechos de la infancia de 1989, la Declaración de Estocolmo de 1996, la de Yokohama de 2001 y la de Río de Janeiro de 2008) constituyen no sólo un acto debido, sino una asunción de su vulnerabilidad y fragilidad, que no se puede separar de intervenciones coordinadas a nivel internacional para controlar y contrarrestar las violaciones de su incolumidad, que extraen de tales documentos una mayor fuerza legitimadora.

La diversidad y la plural procedencia de los autores (estudiosos y expertos de variada extracción y formación cultural) demuestra cómo el tema de los derechos humanos es verdaderamente un discurso con muchas voces. Además, resulta igualmente esencial que una reflexión sobre los propios derechos no pueda separarse de una denuncia de las dificultades a las que se enfrenta su reconocimiento, así como de aquellas actitudes y enfoques que tienden a negarlos.

ALESSANDRA GROMPI  
Università di Venezia  
e-mail: [algrompi@tin.it](mailto:algrompi@tin.it)

**Patricia LAURENZO COPELLO; Rafael DURÁN MUÑOZ (eds.),**  
*Diversidad cultural, género y Derecho,*  
**Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 710 pp.**

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

**Palabras clave:** Derecho penal, identidad, género, pluralismo cultural  
**Keywords:** criminal Law, identity, gender, cultural pluralism

Los cambios a partir de los procesos de globalización, en especial la convivencia con los nuevos inmigrantes, deberían suponer una nueva oportunidad para reflexionar sobre temas que son cadentes en las diversas sociedades. Este libro busca ofrecer una amplia panorámica de diferentes perspectivas, metodologías y enfoques sobre la respuesta que el Derecho debería dar, especialmente, ante el binomio entre identidad y género.

El pluralismo a la hora de abordar los diversos temas es puesto de manifiesto por la editora del libro –y auténtica impulsora del mismo– en su Introducción, Laurenzo Copello, cuando sostiene que las “distintas formas de aproximación a los asuntos controvertidos, ponen de manifiesto la enorme complejidad del tema.” La presente obra reúne los trabajos elaborados con base en el Proyecto de Investigación Multiculturalidad, Género y Derecho (DER 2009-08297) y las ponencias del Seminario internacional celebrado en noviembre de 2012 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga.

El libro se divide en seis partes que cada una sigue una temática específica y agrupan varias contribuciones. Cabe destacar la calidad de los trabajos, la actualidad de los temas tratados y la valentía de algunos escritos al sostener puntos de vista que pueden resultar polémicos.

En la Parte I de la obra titulada “Definiendo el contexto: la diversidad como realidad social y como objeto de gestión política” se realiza una aproximación filosófica y sociológica a la cuestión de la diversidad cultural. En el primer trabajo de Rafael Durán Muñoz, titulado “Teoría y praxis de los mo-

dos de gestión de la diversidad: Abordaje mediático y judicial de los conflictos multiculturales en España”, se abordan las características de los modelos del multiculturalismo, del asimilacionismo y del interculturalismo con una aplicación práctica a las reacciones en España al caso del velo islámico. En este contexto, el autor defiende que “el interculturalismo se postula como la mejor forma de combatir la desigualdad en las sociedades multiculturales: con el presupuesto (y el objetivo) asimilacionista de la homogeneidad cultural, el interculturalismo combate la desigualdad intercomunitaria, pero igualmente combate la desigualdad intracomunitaria a que dan lugar la relaciones de poder que se sustentan en argumentos de identidad en el seno de determinadas comunidades” (p. 45).

En la contribución “Una aproximación a las políticas de gestión de la diversidad cultural”, Fátima Cisneros Ávila aborda algunos elementos actuales de Filosofía política que son relevantes en las cuestiones de identidad. De esta forma, se refiere a algunos aspectos de la polémica liberal comunista y al debate entre redistribución y reconocimiento entre Fraser, Honneth y Young. Sobre la gestión de la diversidad cultural se analizan las visiones del culturalismo liberal, del multiculturalismo y del interculturalismo y parece abogarse por este último frente a las críticas de los otros modelos.

En lo que supone su segunda contribución al presente volumen Rafael Durán Muñoz analiza las “Cifras y actitudes de una sociedad transformada: Los españoles ante la inmigración y los modos de gestión de la diversidad”. Básicamente, el trabajo realiza una radiografía del origen de los inmigrantes a partir de las Encuestas de Inmigrantes del INE. También analiza las encuestas sobre las actitudes de los españoles hacia la inmigración. Se destaca que en 2006, el 59% consideraba que la inmigración era uno de los tres problemas más importantes del país, mientras que a partir de 2012 ha bajado al 6%. Analizando estos datos, Durán Muñoz sostiene que “ello no implica que el fenómeno migratorio se haya desvanecido desde el punto de vista socio-demográfico, como no ha perdido relevancia política, ni económica. Que ha dejado de ser visto como problemático tampoco niega la necesidad de pensar las políticas de integración (y, con ellas, las de bienestar) ni excluye la posibilidad del uso electoralista de la inmigración por parte de determinados partidos políticos” (p.145).

En este apartado, además de cuestiones filosóficas y sociológicas, también se aborda la aplicación intercultural del Derecho en el trabajo “La conflictiva apropiación de la diversidad cultural en la aplicación del Derecho”

de Carlos Vladimir Zambrano. Este autor defiende una visión que considera que el Derecho Penal debe ser sensible a la diversidad cultural. En este sentido, afirma que “los tres corolarios de la diversidad: negación de la indiferencia, la promoción de la singularidad tal cual sea y la comprensión de la ductilidad de la identidad, que proceden de entender antropológicamente la diversidad cultural, pueden ser útiles para la administración de justicia para la diversidad, pues los hechos culturales pueden transformar los pilares liberales abstractos de la libertad, la igualdad, la fraternidad en cimientos democráticos concretos de emancipación, identidad y diversidad” (p. 166).

La segunda parte de la obra se titula “Repensando los derechos humanos: Entre el universalismo y el relativismo” donde se analiza la dicotomía entre identidad y género desde bases filosóficas y jurídicas. En la contribución titulada “Sobre la compatibilidad entre la universalidad de los derechos fundamentales y el Derecho penal intercultural” de Guillermo Portilla Contreras se abordan, en primer lugar, las bases filosóficas del universalismo, con la ética del discurso de Habermas y el pluralismo razonable de Rawls; en segundo lugar, se analiza el relativismo posmoderno y, en tercer lugar, se plantea la cuestión de si es posible un derecho penal intercultural. La conclusión que plantea Portilla Contreras, se diferencia de la aportada anteriormente por Zambrano, y se mantiene exclusivamente en las coordenadas del universalismo cuando afirma “desde la concepción universalista que propongo no es factible crear un Derecho penal intercultural que reconozca las diferencias culturales o religiosas en términos de igualdad, ya que, en la mayoría de supuestos, significaría mantener a esos colectivos bajo nuevas formas de discriminación y sometimiento” (p. 230).

Sobre la dicotomía la cuestión de identidad y género, Tamar Pitch analiza en “*Tess y yo: Diferencias y desigualdades en las diferencias*” el tema de las diferencias relevantes *entre mujeres* y las posibilidades de alianzas entre diversos colectivos de mujeres. Desde esta perspectiva, la autora sostiene que “las mujeres no son una etnia, ni una cultura, ni un grupo social. Y las diferencias propias de las mujeres vienen a verificarlo. Son diferencias culturales, pero también, y de forma interrelacionada, desigualdades” (p. 260).

Abordando la cuestión internacional de esta dicotomía identidad y género, Magdalena M. Martín Martínez y Carolina Jiménez Sánchez en su trabajo “La protección internacional de los derechos humanos de las mujeres: Una visión desde la multiculturalidad y la perspectiva de género” analizan las motivaciones de los Estados en las reservas a la legislación internacional

sobre derechos humanos, ya sean religiosas, político-institucionales, económicas y de control. Sobre violencia contra la mujer las autoras afirman que “su naturaleza específicamente sexista y omnipresente obliga a categorizarla, no como un problema de Derecho Penal nacional, sino como una de las más graves y vergonzosas violaciones de los Derechos Humanos, que pone en peligro el desarrollo y la paz mundial” (p. 302).

La tercera parte del libro titulada “Feminismos, identidades y procesos” se abordan algunas cuestiones desde la perspectiva feminista y de la Teoría del Derecho feminista –*feminist jurisprudence*-. En el artículo “Voces y cuerpos de mujeres “marcados” en la era de la globalización: Identidad, transformación y vulnerabilidad”, María Luisa Femenías concluye por afirmar que “es indispensable, no solo una imaginación transformadora, basada en conocimientos situados, sino dar cuenta de un horizonte que permita pensar e implementar estrategias que, por una lado, eviten repetir estructuras multiplicadoras de exclusión y violencia y, por otro, fomenten autoconfianza, autorespeto y autoestima, como los tres modos de relación práctica del yo consigo mismo. Ese es el giro trópico que llevan a cabo muchas mujeres que se inscriben como sujetos-agentes transgresores y a la vez transformadores” (p. 320).

El siguiente trabajo se titula “Estereotipos y ciencia jurídica” y está elaborado por Josefa Dolores Ruiz Resa. Se analiza el giro lingüístico y los estereotipos, haciendo referencia a la Filosofía analítica de Hart y Kelsen y a la hermenéutica de Gadamer. De este modo, la autora afirma “los cambios en el Derecho y en su lenguaje para transformar estas percepciones estereotipadas y excluyentes no son, como muchas veces se ha considerado, una imposición del lenguaje políticamente correcto, o de la ideología de género, sino más bien una exigencia de rigor teórico y técnico, porque solo es posible acercarse a ese rigor sometiendo los conceptos jurídicos y el propio concepto de Derecho a un adecuado escrutinio crítico, que incluya una aproximación científico social y científico-lingüística, muy adecuada para analizar el lenguaje el Derecho y el de su conocimiento teórico y práctico, y teniendo también en cuenta las aportaciones de la filosofía analítica, la hermenéutica y la pragmática” (p. 361).

En el trabajo titulado “Interseccionalidad, género y Derecho: La defectiva fiscalización judicial del ‘*gender mainstreaming*’” de Juana María Gil Ruiz se estudian los conceptos de transversalidad y su aplicación judicial en diversas sentencias. Desde esta perspectiva, se afirma que “partiendo de este marco de trabajo, cualquier planteamiento que venga del Derecho y de la

política, y con el objetivo –marcado por el Tratado de Amsterdam y por el Tratado de Lisboa– de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad, no puede perder de vista las condiciones que las que se trabaja y mencionadas desde el principio: la falta de sensibilidad y conciencia respecto a la igualdad de género; falta de dotación presupuestaria, económica y humana, y falta de formación en género. Ello implica que no se puede apostar por un mera tratamiento transversal del género, sino que ha de apuntalarse el enfoque dual propuesto por Europa: acción positiva y transversalidad” (p. 399).

En el trabajo “Violencia dóxica y cultura patriarcal: Sobre el proceso de feminización de la fiscalía de violencia de género”, Belén Lorente Molina y Flor de Torres Porras realizan un análisis de casos, sentencias y actuación de la Fiscalía en materia de género. De esta manera, sostienen que “el propósito es expresar cómo la intensidad de la violencia que manejan en la fiscalía, la cual se ha venido desgranando y señalando desde una perspectiva dóxica, institucional y profesional, puede identificarse a partir de casos que deben atenderse, los cuales constituyen una realidad cotidiana, lo que no presupone naturalidad ni normalización de la violencia. Los rostros de las otras y de los otros, sus historias, la constatación de la vida marcada de las mujeres, y sus familias, quedan en la memoria” (p. 425).

La parte cuarta de la obra se titula “Cuando las culturas se entrecruzan: Crisis matrimoniales que atraviesan fronteras” y se estudia, a partir de cuatro trabajos, la situación de las mujeres marroquíes en España, en especial la aplicación del Derecho en casos de disolución matrimonial. De esta forma, en la contribución titulada “Cuando el formalismo jurídico discrimina a las mujeres: Análisis de la aplicación jurisprudencial del art. 107 del Código Civil. ¿Un precedente del reglamento Roma III?”, M<sup>a</sup> Soledad de la Fuente Nuñez de Castro se plantea la cuestión de que “no sabemos hasta qué punto la aplicación del Derecho español sería ventajosa para la ciudadana marroquí, ya que las decisiones españolas de divorcio pronunciadas de conformidad con la Ley española no serán reconocidas por los tribunales alauitas cuando las causas del mismo no coincidan con las previstas en el nuevo Código (art. 128 Código marroquí de Familia)” (p. 449).

En el trabajo titulado “Divorcio a través de las fronteras: Aplicación del Reglamento Roma III”, Blanca Sillero Crovetto explica los objetivos del Reglamento Roma III cuando sostiene: “1.- Crear un marco jurídico completo en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en los

Estados miembros participantes (...) Para ello: a) se reconoce la posibilidad de elección de la ley aplicable por las partes, si bien hay que advertir que se trata de una autonomía conflictual informada y restringida, solo cabe elegir una de las leyes establecidas en el artículo 5.1. Por otra parte, b) no se ocupa el Reglamento de todas las cuestiones vinculadas a una crisis matrimonial, sino solamente de la disolución o atenuación del vínculo matrimonial, lo que ha reducido las expectativas iniciales puestas en esta norma” (p. 479).

En su contribución denominada “Disolución del matrimonio en el Código de Familia de Marruecos (2004) y derechos fundamentales de la mujer marroquí en España”, Gloria Esteban de la Rosa incide en la cuestión de las mujeres marroquíes inmigrantes y la respuesta jurídica a los casos de disolución matrimonial. Por un lado, reconoce que la reforma del Código de Familia de Marruecos de 2004 es un paso adelante, sin embargo la aplicación de sus disposiciones está “anclada” en el Derecho islámico. En este contexto, “las autoridades españolas han de tratar de conciliar la ley nacional de los individuos con el orden público, sin aplicarlo como un excepción. Esto es, la acción del orden público permite un margen de apreciación para lograr la observancia de los derechos fundamentales de las personas que conviven en territorio español y preservar – de este modo- la igualdad, que constituye uno de los pilares que sustentan un Estado social y democrático de Derecho” (p. 509-510).

Sobre el mismo tema trata el trabajo denominado “Códigos culturales, inserción jurídica, integración social y disolución matrimonial de la mujer inmigrante marroquí en España” escrito por Esperanza Gómez Valenzuela y Karima Ouald Ali. Estas autoras sostienen “cuando se trata de dar respuesta a la situación jurídico-familiar de la MIM –mujer inmigrante marroquí- en España, y en concreto a lo relacionado con la disolución del matrimonio y sus efectos (tanto patrimoniales como personales), la autoridades españolas tienden a dejar de aplicar el Código de Familia de Marruecos en la gran mayoría de ocasiones porque no llegan a entenderse los conceptos propios del derecho islámico. (P. 524) Las autoras ponen como ejemplo que la mujeres inmigrantes marroquíes no se atreven a pedir en España las compensaciones económicas previstas en el Código de Familia de Marruecos y abogan porque España y Marruecos lleguen a un acuerdo para solucionar este tema.

La parte quinta de la presente obra se titula “Diversidad y género en el sistema penal” donde se analizan las concepciones predominantes en la aproximación al Derecho Penal respecto a la diversidad cultural y también

se estudian el delito de tráfico de seres humanos, donde la víctimas suelen ser mujeres. En la contribución "Diversidad cultural, género y sistema penal: Hacia una reconsideración de los paradigmas dominantes", José Angel Brandariz García se plantea la tesis de que "hay buenas razones para indagar si el -(ordenamiento jurídico)- español es realmente neutro en relación al género y al origen nacional. Las evidencias de la particular severidad con la que se trata a las mujeres, y a los hombres y mujeres de determinadas nacionalidades, en relación con ciertas penas y concretas figuras delictivas, son el mejor motivo para ello" (p. 566).

En el siguiente trabajo titulado "El peso del género y otras identidades culturales en la criminalización de las mujeres", M<sup>a</sup> Luisa Maqueda Abreu aborda la cuestión de si "las mujeres criminalizadas están relacionadas, en su inmensa mayoría, con condiciones de pobreza, marginación, discriminación racial o étnica, trabajos precarios y poco saludable, desocupación o subocupación en los estratos sociales más bajos con familias problemáticas y bajo nivel de instrucción y cultura" (p. 597-598). Y añade la "Teoría de la caballeridad" donde son más benevolentes con los delitos de estatus relacionados con su rol de esposas o madres (aborto, infanticidio, abandono de menores), pero se comportan más severamente con mujeres jóvenes, de clase baja, inmigrantes o integrantes de minorías raciales (afroamericana) o étnicas (como las gitanas o las zíngaras) (p. 598).

En el trabajo "Desmontando el discurso oficial sobre la trata de seres humanos", M<sup>a</sup> Dolores Machado Ruiz aborda de forma crítica los elementos relacionados con este delito. De esta manera, concluye que "la limitada o nula efectividad práctica de las medidas adoptadas pone en tela de juicio si es realmente esa asistencia su fin o mero pretexto para mantener una política represiva de la inmigración y prostitución. Se hace necesario, pues, abandonar la actual retórica antitráfico y abolicionista, que ofrece protección a cambio de restringir los derechos de las víctimas, por otra que centre sus esfuerzos en las condiciones políticas y económicas que propician estas actividades y reconozca la capacidad de agencia de las mujeres migrantes respetando sus opciones de supervivencia y salvaguardando sus derechos en el sector de los servicios sexuales o en otro cualquier otro sector laboral" (p. 628).

Sobre el análisis de la misma problemática, Alberto Daunis Rodríguez escribe su contribución titulada "El enfoque trafiquista y la perspectiva de género en la prostitución y la trata de seres humanos". Este autor sostiene que "en puridad, los efectos perversos del enfoque trafiquista y la perspecti-

va abolicionista de la prostitución se constatan en mayor medida en las políticas municipales utilizadas para erradicar la prostitución en la calle. Así, con la supuesta intención de proteger a las mujeres migrantes que ejercen la prostitución, las distintas intervenciones municipales en materia de prostitución están destinadas fundamentalmente a erradicar su ejercicio en el espacio público, por entender que afecta negativamente a la convivencia y la seguridad ciudadana” (p. 651).

La sexta parte del libro se denomina “Diversidad, derechos de las minorías y valores dominantes”, donde se incluye un análisis de una Sentencia española sobre el velo islámico en la escuela pública y un trabajo sobre migraciones, derechos humanos y orientación sexual. En la contribución “El uso de *hiyab* en la escuelas públicas en los tribunales: Comentario a la Sentencia 35/2012, del Juzgado Contencioso-Administrativo de Madrid, núm. 32, de 25 de enero de 2012”, Rafael Naranjo de la Cruz estudia los valores implicados en la citada Sentencia cuando afirma “este diálogo o esta educación solo pueden transmitir que nuestra Constitución garantiza una serie de derechos fundamentales, entre los que se encuentra el de la igualdad, pero también el de libertad religiosa (...) Nada justificaría el sometimiento de las portadoras de *hiyab* a un proceso de adoctrinamiento basado en la idea del pañuelo islámico como prenda en sí misma contraria a la Constitución, no solo por las razones ya aludidas, sino porque tal proceso podría entrar en conflicto con la libertad de creencias de las afectadas, que protege el derecho de no ser sometidas a proselitismo alguno” (p. 690).

En el último trabajo del libro, titulado “Orientación sexual, derechos humanos e identidad de género. Razones de una migración” Raquel Osborne ofrece un original enfoque sobre un tema poco investigado, como es la intersección entre migración y orientación sexual. La tesis central de su investigación la expone de la siguiente forma: “Las condiciones de etnia, procedencia, clase y estatus jurídico imprimen vivencias muy diferenciadas entre unas personas y otras, lo cual afecta también a su propia configuración identitaria en relación a su ser TLGB. Esta observación cuestiona dos estereotipos en torno al tema que se plantea:

- El de las migraciones económicas, ya que en los casos analizados, el deseo o la necesidad de vivir libremente la opción sexual es fundamental en la motivación a migrar, aunque este mezclado con otras motivaciones.
- El que supone que las personas TLGB pertenecen a clases sociales privilegiadas, que pueden permitirse viajar y hacer turismo con el

fin de ejercer libremente su sexualidad cuando lo deseen, ya que muchas personas migran para “mejorar su calidad de vida” pero son marginadas de los espacios de participación social y económica.

En este sentido, las migraciones TLGB dan cuenta de la variedad de motivaciones por las cuales se migra, así como que migrar supone, en muchos casos, ocupar posiciones desiguales en el ámbito económico, social y jurídico” (p. 707).

Como se puede suponer, por la cantidad de temas tratados y número de aportaciones, este libro tiene unas dimensiones mayores de lo habitual y supone un esfuerzo editorial por analizar cuestiones que, en ocasiones, son polémicas, pero que ineludiblemente afectan a los valores básicos donde se organiza la convivencia en sociedad.

Algunas veces se afirma que los temas sobre la inmigración han pasado de moda porque la crisis ha acabado con sus causas, pero esa forma miope de aproximarse a los fenómenos sociales no quiere ver que vivimos en sociedades diversas, donde el pluralismo cultural y religioso es ya uno de sus ejes indiscutibles. Es más, esta forma de aproximarse a la diversidad forma parte intrínseca de los elementos que componen la legitimidad del sistema político. O así sería bueno que fuera entendido por los actores políticos, jurídicos y sociales y por la sociedad en su conjunto.

Comprender la diversidad, ya no debería sumirnos en la perplejidad, sino acercarnos a un aprendizaje moral sobre la alteridad que, teniendo como guía a los derechos humanos, debería suponer que nuestras sociedades se acercan más al ideal de justicia. Que la diversidad implique complejidad no debe alejarnos de construir la mejor base para la convivencia, desde el diálogo y la tolerancia. Este libro puede ayudarnos en la necesidad de articular, desde los derechos humanos, un discurso de las identidades en las sociedades diversas.

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
*e-mail: oscar.perez@uc3m.es*



**Ana M<sup>a</sup> MARCOS DEL CANO (coord.),**  
*Derechos humanos y trabajo social,*  
**UNED-Editorial Universitas, Madrid, 2013, 256 pp.**

RAFAEL RAMIS BARCELÓ  
*Universitat de les Illes Balears*

**Palabras clave:** derechos humanos, trabajo social, derechos fundamentales, reconocimiento de los derechos.  
**Keywords:** human rights, social work, fundamental rights, recognition of the rights.

La intersección entre los derechos humanos y el trabajo social es el tema que aborda en un libro colectivo un conjunto de profesores del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, bajo la acertada dirección de Ana María Marcos del Cano, profesora titular de dicha disciplina. Como es sabido, todo manual de filosofía tiene como función acercar los ámbitos de discusión teórica a una dimensión más pedagógica para el uso de los estudiantes: en este caso se trata de los alumnos de trabajo social, quienes tienen que aproximarse a la realidad de los derechos humanos.

Al tratarse de una obra colectiva, lo mejor que puede hacerse para dar noticia de la misma es ir desgranando su contenido por partes, siguiendo el orden mismo del libro. El primer capítulo, escrito por la coordinadora del volumen, está dedicado a la evolución histórica de los derechos humanos, y toma en cuenta el origen de los derechos humanos y las etapas del proceso histórico de positivación de los de los mismos hasta las primeras declaraciones de derechos en el ámbito estatal y su recepción en las constituciones. En el capítulo siguiente se trata acerca del fundamento de los derechos humanos, que han sido muy discutidos e incluso negados por algunos autores. Ana M. Marcos examina tres tipos de fundamentación de los mismos: la iusnaturalista, la positivista y la que ella denomina ética o axiológica, que no es muy distinta de la iusnaturalista.

En el tercer capítulo, Narciso Martínez Morán, catedrático de la disciplina, trata de la naturaleza, los caracteres y la delimitación conceptual de los “derechos humanos”. Entre sus caracteres destaca su universalidad, inalienabilidad, irrenunciabilidad e imprescriptibilidad. Se ocupa también del estudio de la positivización de dichos derechos, al examinar el sujeto activo y pasivo de los mismos. Entre la bibliografía recomendada en estos capítulos destaca la presencia de las obras de Benito de Castro, catedrático emérito de la UNED, que dedicó buena parte de su producción intelectual al estudio de los derechos humanos.

Los tres capítulos siguientes tratan las tres generaciones de derechos, según las clasificaciones convencionales, siguiendo –entre otros– la teorización de René Cassin. La primera generación la estudia Narciso Martínez Morán, que puntualiza los derechos de libertad, los derechos civiles y los derechos políticos, así como sus caracteres específicos y sus manifestaciones.

Iñigo de Miguel Berain y Ana María Marcos del Cano son los responsables del capítulo dedicado a los derechos de segunda generación, analizados como derechos de igualdad. En los diferentes apartados se trata acerca de los derechos sociales, económicos y culturales, y de entre estos últimos se hace una mención especial a los derechos a la educación y a la cultura. Más problemáticos son los derechos de tercera generación, referentes a la solidaridad, estudiados por Martínez Morán en el capítulo VI. En él se expone el nacimiento de dichos derechos y se discute su existencia. En concreto, se hace referencia a los derechos a la paz, a la calidad de vida, al desarrollo de los pueblos y a los derivados de las nuevas tecnologías, siguiendo muy de cerca los trabajos de Antonio E. Pérez Luño.

Josu Cristóbal de Gregorio, profesor colaborador de la disciplina también en la UNED, es el autor del capítulo VII, referente al reconocimiento y protección estatal de los derechos humanos. En él, estudia muy rápidamente el proceso histórico de positivación de los derechos humanos y se detiene en los diversos niveles de reconocimiento de los mismos (constitucional, legislativo, ejecutivo y judicial) y el sistema español de protección de los derechos fundamentales. El mismo autor estudia en el capítulo siguiente el reconocimiento y la protección internacional de los mismos derechos. Trata en primer lugar la protección en el continente europeo (el Consejo de Europa y la Unión Europea) y la ONU. Se abordan finalmente los instrumentos de protección de otros organismos y de la Corte Penal Internacional.

En el capítulo IX se reflexiona acerca de las condiciones para el ejercicio de los derechos humanos y la diversidad de caminos que hay para ello, así como las dificultades para lograrlo. El profesor Martínez Morán hace referencia a las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales, así como al papel de las Organizaciones no Gubernamentales en la reivindicación y práctica de los derechos humanos. Hay que llamar la atención sobre las referencias que se hacen en dicho capítulo (y en otros) a las encíclicas papales como protectoras de los derechos humanos, incluso en los textos y homilias del Papa Francisco (pp. 197 y 198).

Quizás el capítulo con una incidencia más práctica para los estudiantes de Trabajo social sea el décimo, dedicado a los derechos humanos y a las políticas sociales desde el sector público, cuya redacción se debe a Raúl Sanz Burgos, profesor colaborador del Departamento de Filosofía jurídica. En él se exponen algunas ideas que abarcan desde el concepto mismo de servicios sociales hasta su crisis en el modelo actual. El autor repasa las diferentes leyes autonómicas y estatales de servicios sociales, así como algunos de los retos de futuro. El capítulo XI se debe a la misma pluma y expone las iniciativas del tercer sector en el ámbito de los derechos humanos. El enfoque otorgado permite estudiar con cierto detenimiento algunas teorías económicas y políticas contemporáneas, de carácter bastante contrapuesto, así como algunas de carácter sociológico. Concluye el texto con una referencia al impacto de la crisis del tercer sector.

El último capítulo, escrito por Ana M. Marcos e Íñigo de Miguel Berain versa sobre la globalización, el multiculturalismo y los derechos humanos, uno de los ámbitos de investigación más socorridos de la actual filosofía del derecho. Los coautores se refieren a la globalización desde el punto de vista económico, político y tecnológico, así como la incidencia de ello en los derechos humanos. Se estudian, en fin, los modelos de gestión de la multiculturalidad en los enfoques de tres de los planteamientos más relevantes de nuestros días: el liberal, el llamado "liberal moderado" (siguiendo a Kymlicka) y el comunitarista (construido sobre el cañamazo de Taylor). Los autores evalúan y sopesan seguidamente dichas posturas con las críticas recibidas en los últimos años. La propia profesora Marcos ya se había ocupado de estos temas en su obra *Inmigración, Multiculturalismo y Derechos Humanos*, Madrid-Valencia, Uned-Tirant lo Blanch, 2009.

En definitiva, un libro didáctico, pensado para los estudiantes de trabajo social, que huye –en general– de los tecnicismos y que quiere ser una

herramienta útil para el estudio de los derechos humanos en esta carrera. Asimismo, el lector no especialista que quiera tener un panorama más o menos amplio de los actuales enfoques sobre los derechos humanos podrá ver satisfecha su curiosidad con la consulta de esta obra.

RAFAEL RAMIS BARCELÓ  
*Universitat de les Illes Balears*  
*e-mail: r.ramis@uib.es*

**Emilia BEA PÉREZ,**  
*Conversación con Antônio Augusto Cançado Trindade.*  
*Reflexiones sobre la Justicia Internacional,*  
**Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 111 p.**

JOAN ALFRED MARTÍNEZ I SEGUÍ  
*Universitat de València*

**Palabras clave:** Derecho Internacional contemporáneo, *jus gentium*, humanización, universalización  
**Keywords:** contemporary International Law, *jus gentium*, humanization, universalization

Mediante una plática distendida y profundamente humanista, Emilia Bea, profesora de Filosofía del Derecho de la Universitat de València, dialoga con aguda pulcritud con el jurista brasileño Antônio Augusto Cançado Trindade, actual magistrado del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, desgranando su reconocida visión del Derecho Internacional contemporáneo como un renovado *jus gentium* regido por los principios de humanización y universalización. Llama la atención, nada más acercarse al texto, el hecho de que el rigor jurídico de las distintas preguntas y argumentos expuestos como respuesta no circunscribe su lectura a un círculo cerrado de juristas expertos en la materia. Sino que, más bien, gracias a la interrelación constante entre lo estrictamente jurídico, las cuestiones éticas y filosóficas subyacentes, los contextos históricos que enmarcan los debates y los ejemplos literarios que vienen al caso para ilustrar mejor la relevancia humana de los temas tratados, este libro tiene el mérito de poder presentarse a un público amplio, preocupado responsable y solidariamente por todo aquello referido a la justicia internacional y la cultura de los derechos humanos, a guisa de pequeño tratado sintetizador de los principales puntos de vista del jurista entrevistado. Es la virtud que atesora una interdisciplinariedad asumida y elaborada con tesón a lo largo de los años por parte de Cançado Trindade, explicitada además, en esta ocasión, por medio del método socrático de la

mayéutica, que ayuda al interlocutor interrogado a descubrir la verdad de su pensamiento. Así pues, los nueve capítulos en que se divide la obra son nueve contestaciones a un número igual de preguntas planteadas por Emilia Bea con amable sagacidad.

De entrada, no cabe duda de que la visión global del Derecho que guía al jurista nacido en 1947 en Belo Horizonte es de impronta iusnaturalista, conforme expresa en el primer capítulo titulado “*Los prima principia*”. Ética y Derecho están para él en estrecha conexión, pues la pregunta sobre los valores, principios y fines del Derecho aparece como fundamental. Más allá del voluntarismo estatal que, bajo el prisma iuspositivista, sólo logra alcanzar de forma limitada un Derecho Internacional a modo de *jus inter gentes*, opta por aplicar estos *prima principia*, entendidos como criterios de justicia objetiva de alcance universal, tanto *inter gentes* como *intra gentes*. De ahí que, la validez de las normas jurídicas no sólo dependa del examen de sus “fuentes” formales, sino también de una legitimidad metajurídica, es decir, de su adecuación acorde con una fuente material última del Derecho Internacional: la *communis opinio juris*, que, en un sentido axiológico, define la *recta ratio* de toda norma en atención a la salvaguarda universal de los derechos humanos de cada ser humano en particular y de la humanidad en su conjunto. Evidentemente, en la tensión dialéctica existente entre los dos principios constitucionales del orden jurídico contemporáneo, hay una opción clara en pro del reconocimiento y protección internacional de los derechos humanos frente a la soberanía de los Estados.

La segunda parte del libro narra en primera persona el proceso de formación intelectual del autor, íntimamente ligado a su itinerario vital: lecturas realizadas, centros de estudio frecuentados, maestros que le han inspirado... Aspectos todos ellos que, cultivados desde el eje de la tradición de pensamiento humanista, permiten conocer mejor su gran exigencia de honestidad y coherencia entre teoría y praxis profesional. Convicción personal que tanto ha influido no sólo en sus publicaciones académicas sino también en sus votos en los distintos tribunales de justicia de los que ha formado parte.

El tercer capítulo contempla la perenne necesidad humana de contar con múltiples raíces que permitan al ser humano recordar sus experiencias pasadas a la vez que presentir el futuro desde una óptica concreta. Una necesidad que choca con el vacío dramático que produce el desarraigo en el alma humana en el contexto de las diferentes situaciones históricas cambiantes. Así, frente a este mal, que arrecia con especial fuerza en el actual mundo

globalizado a través del problema de los refugiados y el fenómeno migratorio –fruto de la marginación y la exclusión sociales a escala mundial–, el jurista latinoamericano reclama una mayor atención a la condición existencial de la persona humana para atender sus nuevas necesidades de protección por medio de una *interpretación evolutiva* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional de los Refugiados y del Derecho Internacional Humanitario.

El cuarto capítulo aborda los grandes temas de la justicia y la paz desde la participación personal de Cançado Trindade en el ciclo de Conferencias Mundiales de Naciones Unidas acaecidas durante la década de 1990 y la primera mitad del primer decenio de este siglo. Una serie de acontecimientos que, a su parecer, han logrado elevar las cuestiones relativas a los derechos humanos a una posición central en la agenda de las relaciones internacionales hodiernas. Hecho que felizmente, por encima de las inercias estatistas, entronca con la inspiración originaria de los fundadores del Derecho Internacional (F. Vitoria, F. Suárez, H. Grotius...), que destacaron la centralidad de los seres humanos en el universo conceptual del derecho de gentes.

En la quinta parte, a partir de la experiencia del juez brasileño en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se trata el punto fundamental de la dignidad humana en relación con casos específicos de abandono y violencia. Así se evidencia la importancia de la nota de “indivisibilidad” de todos los derechos humanos (más allá de su división artificial en distintas generaciones) a la hora de atender el *derecho a vivir con dignidad* de forma integral. Esta exigencia de superación conceptual de la anacrónica categorización de derechos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) también conduce a avanzar hacia campos inexplorados jurídicamente como la formulación de la noción de “daño espiritual” generada por graves violaciones de derechos humanos (daño al proyecto de vida –caso de los “Niños de la Calle”; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Villagrán Morales vs. Guatemala*, Sentencias sobre el fondo de 19/11/1999 y sobre reparaciones de 26/5/2001–, pero también daño al proyecto de post-vida –Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, Sentencia de 15/6/2005–). Y ello en atención a que el mal perpetrado en las personas de las víctimas (directas o indirectas) no puede ser removido por las reparaciones, por lo que se impone dar mayor importancia a las medidas en pro de la rehabilitación.

En el sexto capítulo dedicado a la relación entre el tiempo y el Derecho se muestra, mediante la práctica judicial de Cançado Trindade tanto en la

Corte Interamericana de Derechos Humanos como más recientemente en el Tribunal Internacional de Justicia, las limitaciones de la justicia retributiva para calmar el sufrimiento de las víctimas de crímenes internacionales y satisfacer sus expectativas de justicia. Así, en su respuesta a la pregunta de Emilia Bea, el juez sudamericano, a la hora de afrontar el reto de aplacar el sufrimiento de las víctimas en el tiempo, valora la contribución complementaria que la llamada justicia restaurativa ofrece a la justicia retributiva. Pues, en casos de graves violaciones de derechos humanos, la justicia restaurativa se erige como un medio privilegiado para hacer frente al deber de reparación (no pecuniaria), que requiere *obligaciones de hacer* de cara a la satisfacción de las víctimas con el objetivo de rehabilitarlas. Por otro lado, y en lo que atañe a la relación entre el tiempo y el Derecho, en ambas susodichas jurisdicciones internacionales, Cañado Trindade también destaca su labor, por medio de Votos Razonados, en beneficio de la salvaguardia del patrimonio espiritual y cultural a partir del *principio de humanidad* en su dimensión intertemporal e incluso intergeneracional.

La séptima parte del libro, con un marcado carácter iusfilosófico e histórico, versa sobre la consolidación del proceso de humanización del Derecho Internacional, en el que prima la dignidad de la persona humana sobre el Estado, pero también sobre el mercado capitalista. De esta manera, mediante un pensamiento iusnaturalista de amplia base humanista, alejado por supuesto del voluntarismo iuspositivista centrado en el Estado, se afirma el despertar de una conciencia jurídica universal que conduce a un renovado *jus gentium*, guiado por los principios de humanización y universalización del Derecho Internacional. En este sentido, creemos que el punto de vista del autor brasileño no puede sino buscar sinergias complementarias con las variadas propuestas cosmopolitas del neoconstitucionalismo actual. Pues ambos, desde sus diferencias teóricas que no son pocas, se postulan a favor de una sociedad internacional cada vez más articulada en torno a la cultura de los derechos humanos y a los organismos multilaterales de cooperación internacional existentes, y, por tanto, en contra del modelo neoliberal que fomenta el unilateralismo estatal de cariz hobbesiano.

En estrecha relación con el capítulo anterior, en el octavo, Cañado Trindade, rehuyendo la visión meramente estatocéntrica o interestatal que prima un enfoque de “fragmentación” de la jurisdicciones internacionales, defiende una perspectiva de diálogo entre las diferentes jurisdicciones internacionales con el fin último de promover una mejor realización de la justicia.

De este modo, en referencia a la cuestión concreta de la limitación en materia contenciosa a los Estados de la jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia de la Haya (dentro del sistema de la ONU), se posiciona en contra de la opinión mayoritaria de la Corte a través del Voto Razonado emitido en el caso, de mediados de 2010, relativo a *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania vs. Italia)*, en el que defiende que en lo referente a *delicta imperii* (nombre dado por él a los crímenes cometidos por el propio Estado que atentan contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o el Derecho Internacional Humanitario) un Estado sólo puede valerse de su renuncia en relación con derechos que le son propios, y no en relación con derechos cuyos titulares son individuos sometidos a atrocidades o violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Ya que cualquier pretendida renuncia por parte del Estado a los derechos inherentes a la persona humana constituye una violación del *jus cogens* que rige el orden público internacional.

Por último, en el capítulo noveno, Cañado Trindade desarrolla el desafío, sólo muy fragmentaria y precariamente satisfecho en algunos continentes, de que los individuos puedan tener acceso pleno y directo a la Justicia Internacional.

En definitiva, la publicación que tenemos ante nosotros es un buen ejemplo de una tendencia presente tanto en el estudio como en la práctica del Derecho Internacional, tal vez minoritaria, pero profundamente profética, que lucha, desde los parámetros de un renovado *jus gentium*, por superar la dimensión puramente interestatal de la disciplina y por fomentar un proceso de humanización generalizado. Así, este proceso de universalización de los derechos de todo ser humano, que arrancó a mediados del siglo pasado fruto de la conmoción moral provocada por la Segunda Guerra Mundial, busca ahora, a principios del siglo XXI, asentar la centralidad de la persona humana en medio del ordenamiento jurídico internacional. Se trata pues de progresar en el tortuoso y largo camino en pro de la sustitución de la "razón de Estado" por una nueva razón de humanidad.

JOAN ALFRED MARTÍNEZ I SEGUÍ  
Universitat de València  
e-mail: [Jalfred.Martinez@uv.es](mailto:Jalfred.Martinez@uv.es)



# NOTICIAS



## NOTICIAS

### Conferencia internacional

*“Nuevas y viejas ciudadanías en la sociedad multicultural contemporánea”*,  
Università degli Studi Niccolò Cusano, Roma, 10 de octubre de 2014

En esta conferencia internacional intervinieron invitados del Goldsmith College de Londres, Universidad de Hull, Universidad Carlos III de Madrid y de la Universidad de Valencia, así como también de tres Universidades italianas: la Universidad Magna Grecia de Catanzaro, la Universidad de Trieste y la Universidad de Bolonia. El profesor Fabio Fortuna, Rector de la Unicusano, que estuvo representada por dos conferencistas, saludó a todos los presentes, haciendo hincapié en la importancia de la cuestión de la ciudadanía, en sus múltiples aspectos, no sólo jurídicos y políticos, sino también sociales.

Hay algunos datos que justifican la relevancia de las cuestiones tratadas en el encuentro. El pasado 29 de octubre se publicó en Italia el Dossier Estadístico de Inmigración 2014, informe de la UNAR (los datos se refieren al año 2013). En 2013, los extranjeros que residían legalmente en Italia, eran casi 5.364.000, lo que nos indica un pequeño incremento de casi veinte mil personas en comparación con el año 2012. En la Unión Europea, a finales del año 2012, los residentes extranjeros eran 34.061.000, el 6/8% de la población total; los números más importantes se registraron en Alemania (7.696.000), España (5.072.000) y el Reino Unido (4.929.000). El aumento de los residentes extranjeros, como sucede en Italia, se presenta en una fase de recesión económica a nivel continental (más o menos marcada en los distintos países) y los números de récord que se encuentran en una situación como la de España, coexisten en conflicto con las altas tasas de desempleo que alcanzan más del 20% de la fuerza de trabajo potencial.

La cuestión de la ciudadanía se plantea –según el primer conferenciante, Francisco Javier Ansuátegui Roig– en la diferenciación entre “las personas que están bajo el imperio de la autoridad y los que no lo están. Probablemente el ámbito de pertenencia / no pertenencia al Estado, a la comunidad política,

constituye el primer factor distintivo”, pero también el de la radicalización del problema, enfatiza Ansuátegui, determinado por el hecho de que “seguimos considerando al Estado como nuestro horizonte de pensamiento”<sup>1</sup>. En un momento en el cual, deberíamos añadir, la economía, la política y el Derecho parecen seguir la lógica del desarrollo y de acciones transnacionales o mundiales. Según Ansuátegui, las fronteras han surgido para diferenciar los derechos, pero al mismo tiempo la historia de los derechos es la historia de la superación de los límites, teniendo en cuenta la extensión progresiva (a menudo teórica) de los derechos fundamentales de cada persona que se afirman con el Iluminismo y la Revolución Francesa, en lo que es una “relación directa entre derechos y persona”. Sin embargo esta afirmación, choca con al menos dos objeciones fundamentales: la primera se refiere al sustrato ideológico de esta teoría, que por ejemplo, señaló Max Stirner, en *El único y su propiedad*, poniendo en evidencia que en nombre de los “derechos del hombre”, es decir, de un presunto sujeto universal, se cortaron muchas cabezas de hombres de carne y hueso. Saul Newman, uno de los conferencistas, señaló, siempre refiriéndose a Stirner, como el mismo problema se vuelve a presentar cuando se describe la comunidad política y la ciudadanía como la dimensión natural de pertenencia y el mismo hombre como un “animal político”. La ciudadanía, de hecho indica una “pertenencia al grupo”, y esta se basa en el “particularismo” además de tener una dimensión de “artificial”. La exposición del primer conferencista representó las coordenadas de referencia para todas las intervenciones que han analizado los mecanismos de inclusión/exclusión, incluyendo la noción misma de ciudadanía y la dinámica de apertura y limitación que en este campo se desarrolla en la sociedad occidental contemporánea.

Como se señaló anteriormente, la ciudadanía se ubica siempre bajo el signo de la particularidad y artificialidad: la comunidad política es la que establece las normas artificiales que rigen tanto la pertenencia como la no-pertenencia a la misma comunidad, de acuerdo a sus necesidades de supervivencia y desarrollo, ampliando o restringiendo las posibilidades de acceso a la ciudadanía a todos aquellos excluidos y que quisieran formar parte. No sólo la historia, sino también los mitos fundadores de la ciudadanía muestran esta realidad; por ejemplo, la historia de Atenas y Roma, las dos realidades en donde la condición de ciudadano encontró su origen, definición y un

---

<sup>1</sup> Las referencias han sido tomadas de los borradores provisionales de las intervenciones de los conferencistas.

marco legal, muestra como la mayor o menor medida de las fronteras de la ciudadanía dependía del grado de la necesidad de promover la inclusión y aumentar el número de ciudadanos.

Este es un punto esencial que ya hemos encontrado en la historia y en los relatos de los mitos fundadores de las dos realidades que han definido la noción jurídica y política de ciudadanía en Atenas y Roma. Antes de eso, se debe tener en cuenta un dato permanente e incontrovertible en materia de ciudadanía: visto que por ciudadanía entendemos la inclusión en una comunidad política, es esta última que establece las reglas, las condiciones en el sentido más amplio, que permitan al no-ciudadano, a los extranjeros, de poder formar parte de la comunidad política, de convertirse en un ciudadano, no en base a principios o reglas universales, sino en la medida que las leyes de la ciudad o de la República lo permitan.

Por su parte, el profesor Carlo Bersani presentó el tema de la Italia pre-unificada, mostrando una aparente apertura de los Estados y Reinos de la época, debido sobre todo a la naturaleza limitada del fenómeno y al hecho que concerniera solo a personas consideradas útiles para el Estado que las recibe. Una de las principales razones de la solicitud de ciudadanía, se basa en el pedido que sea reconocida la contribución que el solicitante ha dado y da a la ciudad, al Estado. Quien contribuye en forma significativa al desarrollo de una comunidad, que trabaja durante años, paga los impuestos y participa de diversas maneras en la comunidad, espera que todo este esfuerzo le sea reconocido y que a través de la ciudadanía le sea concedida completamente la pertenencia a la comunidad política. También este modo de inclusión, ciudadanía como reconocimiento/recompensa por una importante contribución dada a la comunidad política, tiene una larga historia que se actualiza hoy en día por los "extranjeros", los "inmigrantes" que ven en el reconocimiento de la ciudadanía un camino de colaboración/integración en una comunidad que les dio la bienvenida, al menos al principio, sobre todo para los empleados que trabajan una actividad útil, que a menudo la gente del lugar no quiere hacer.

Este camino, que se podría definir como la búsqueda de la ciudadanía a través del trabajo, no siempre es fácil porque a veces el inmigrante no es considerado como una persona que trabaja, sino más bien como un trabajador que vale solo hasta cuando pueda ser útil, con su trabajo, a la economía de los países "hospedantes", una especie de "Gast Arbeiter", que se puede traducir como un trabajador temporal, como un extranjero, una especie de robot, de "medio de producción", para usar las palabras de Marco Cossutta, que men-

cionó algunas de las cuestiones a las que se ha hecho referencia, indicando la problemática de la ciudadanía en sus diferentes niveles. En la sociedad multicultural contemporánea, el no-ciudadano, el extranjero que aspira a la nacionalidad del Estado en el que vive, se encuentra en el marco de una red de múltiples relaciones que a su vez se refieren a cuestiones jurídicas fundamentales. Esta multiplicidad condiciona las diferentes estrategias de reconocimiento a las que se refirió Albetto Scerbo en su intervención. Por otro lado, según Cossutta, la idea de ciudadanía que contiene dentro de sí misma la idea de la no-ciudadanía, es decir, de extranjero, parece contradecir la noción de hombre reconocida por los derechos y garantías fundamentales; los “derechos del ‘hombre” que parecen descartar la noción de extranjero, que sería una especie de no-hombre, que pondría en crisis la perspectiva universalista de este concepto. La ciudadanía en términos de derechos esenciales y libertad, debe encontrar una manera de buscar el equilibrio entre casos extremos que podrían poner en peligro sus características esenciales. Este punto fue un aspecto central de las palabras de Mauro Barberis, que sostuvo la necesidad de “una extensión del concepto jurídico de ciudadanía intermedia”; según él, la concepción mínima de ciudadanía es limitada, cuando se concentra solo en “los derechos políticos, entre ellos el voto activo y pasivo.” Al mismo tiempo, la idea de una “ciudadanía cosmopolita” conduciría a “la disolución del concepto de ciudadanía” porque una “ciudadanía universal” suena como un oxímoron, afirmación aporética en cuanto “el concepto de ciudadanía regla de inclusión y la exclusión de los sujetos” y la ausencia de esta norma daría lugar a la eliminación de la noción misma de ciudadanía.

Por estas razones, Barberis en forma coherente proyectó una tercera vía, la de una “ciudadanía *intermedia* entre mínima y máxima” -como puede llegar a serlo una ciudadanía europea (noción abordada críticamente por Massimo La Torre)-, que debe ser protegida de la ambigüedad de la perspectiva universalista y de las limitaciones de la expresión “mínima”, que necesita ser ampliada de acuerdo con los “tres contenidos esenciales,”: es decir la igualdad, valor que si es disminuido a escala europea expande la noción tradicional de la igualdad política, limitada a la comunidad nacional; los otros dos contenidos deberían ser la libertad, no sólo política, sino también social, como en varias ocasiones ha dictaminado el Tribunal Europeo de Justicia, y, por último, el derecho al trabajo.

Por su parte, tanto Cristina García Pascual como Marina Lalatta abordaron diferentes interpretaciones del lugar que la noción de autonomía debe

ocupar en el discurso sobre la ciudadanía; la primera, abordando la cuestión en el marco de las condiciones del multiculturalismo; la segunda, desarrollando la idea de que cuando se restringe la ciudadanía en realidad se está poniendo en peligro la autonomía individual. Las aportaciones se completaron con la de Cristina Gazzetta que, desde la perspectiva del Derecho Constitucional Comparado, presentó un cuadro de las diferentes regulaciones en el escenario europeo.

La conferencia internacional en Roma, ha analizado algunas cuestiones claves relacionadas con la noción de ciudadanía, especialmente la dinámica de inclusión y exclusión que implica ese concepto, y la elección de algunas opciones respecto a otras, servirán para ayudar a definir la identidad no sólo política, sino también cultural de la Europa de los próximos años.

ENRICO FERRI

**Crónica del Congreso Internacional**  
**'El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI',**  
**Cádiz 5, 6 y 7 de junio de 2014**

Los días 5, 6 y 7 de junio, el proyecto Consolider-Ingenio 2010 'El tiempo de los derechos' (HURI-AGE) celebró en Cádiz el Congreso internacional *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI* que tuvo como finalidad debatir acerca de la situación de los derechos en nuestro siglo, abordar los principales retos con los que se encuentran y se pueden encontrar en el futuro y proponer posibles vías de solución.

Expertos académicos nacionales e internacionales de reconocido prestigio se dieron cita en la Universidad de Cádiz en un Congreso que puso el broche casi final al proyecto "El tiempo de los derechos" y que se articuló como un foro de intercambio y debate sobre la realidad actual de los derechos humanos con el que se pretende contribuir, a través de la reflexión científica, a que el siglo XXI se convierta en el tiempo de los derechos.

El Congreso *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI* se estructuró en cuatro grandes Paneles temáticos que abarcaron las principales líneas de investigación que configuran HURI-AGE: 'Concepto, fundamento y didáctica de los derechos humanos', 'Democracia, constitucionalismo y justicia', 'Nuevas encrucijadas para los derechos' y 'Derechos sociales y culturales: igualdad y no discriminación'.

Investigadores de los 12 grupos que componen el equipo HURI-AGE y personal de apoyo estuvieron trabajando durante los meses previos en la configuración del programa, la organización y la difusión del evento.

La inauguración del Congreso corrió a cargo de Miguel Ángel Pendón Vicerrector de Docencia y Formación de la Universidad de Cádiz, Miguel Revenga Sánchez-Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz y Rafael de Asís Roig, Catedrático de Filosofía del Derecho y coordinador del *Proyecto Consolider Ingenio 2010 "El tiempo de los derechos"*.

El Congreso contó como ponentes con los siguientes expertos nacionales y extranjeros:

- María del Carmen Barranco Avilés, Profesora Titular de Filosofía del Derecho del *Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid* que abordó el tema "Las teorías de los derechos humanos en el siglo XXI".

- Sara Chandler, Profesora en Educación jurídica Clínica, London South Bank University ‘Formación en Derechos Humanos que disertó sobre la cuestión “¿Cómo deberemos entender la educación en la justicia y los derechos humanos en el mundo en que vivimos?”’
- Gaby Lasky, abogada defensora de derechos humanos que trató el tema ‘Democracia, derechos y movimientos sociales. El caso de Israel y los Territorios Ocupados’
- Guillem Cano Palomares, Letrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con una intervención sobre “Diálogo entre jurisdicciones supranacionales de derechos humanos: Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos”.
- Paolo Bonetti, *Professore associato confermato* de Derecho Constitucional de la Università degli studi di Milano-Bicocca que reflexionó sobre “Libertad y Seguridad en el Estado Constitucional Democrático”.
- David Bondía García, Profesor Titular de Derecho Internacional de la Universidad de Barcelona y Director del Institut de Drets Humans de Catalunya que abordó el tema “Derechos humanos emergentes: El inicio del proceso de interacción de los derechos humanos”.
- María José Añón Roig, Catedrática de Filosofía del Derecho, Institut de Drets Humans de la Universitat de València que trató la cuestión “Principio de efectividad de los derechos sociales: claves interpretativas”.
- Eduardo Ruiz Vieytez, Profesor de Derecho Constitucional y Director del Instituto de Derechos “Pedro Arrupe” de la Universidad de Deusto cuya ponencia versó sobre el tema “Diversidades Culturales: Cien años perdidos (1914-2014)”.

Junto a las ponencias centrales durante el Congreso se discutieron más de 40 comunicaciones relacionadas con los ejes temáticos del programa.

Además en el marco del Congreso se presentó la Colección de monografías “El tiempo de los Derechos” publicada por Tirant Lo Blanch e integrada por un total de 7 volúmenes *Los Derechos en el contexto ético, político y jurídico; La eficacia de los derechos sociales; Democracia, gobernanza y participación; Nuevas tecnologías y derechos humanos.: Derechos emergentes: desarrollo y medio ambiente; Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos y Terrorismo y derecho bajo la estela del 11 de septiembre.*

Asimismo en la Sede de la Asociación de la Prensa de Cádiz tuvo lugar la presentación de la obra “Historia de los Derechos Fundamentales. Siglo XX” publicada por la editorial Dykinson en la que han participado más de 170 au-

tores y en la que se muestran las últimas piezas teóricas con las que articular el discurso actual de los derechos humanos. La obra ha sido editada por la Fundación Gregorio Peces-Barba para el estudio y cooperación en derechos humanos y el Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid. En su presentación se contó con la presencia de Antonio-Enrique Pérez Luño, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla.

El Congreso *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI* que contó con la asistencia de más de 90 investigadores de diversas universidades españolas y extranjeras, cumplió con su objetivo de promover la investigación de frontera en el campo de los derechos humanos y fomentar la transferencia y difusión del conocimiento en esta materia.

Las ponencias del Congreso se publicarán en una obra colectiva que verá la luz en la editorial Dykinson y las comunicaciones en los *Working Papers* del proyecto “El tiempo de los derechos” que están disponibles en la siguiente dirección:

<http://www.tiempodelosderechos.es/materiales/working-papers.html>.

Puede consultarse la web del Congreso y tener acceso al material multimedia generado en:

<http://congresotiemposdelosderechos.wordpress.com/>

PATRICIA CUENCA GÓMEZ

**Encuentro de la Red Iberoamericana de Clínicas de Interés Público organizado por la Universidad del Rosario, 'El abogado del siglo XXI: Transformaciones en la enseñanza y el ejercicio del Derecho', Bogotá, Colombia 12 y 13 de junio de 2014**

La Universidad del Rosario organizó el Encuentro de la Red Iberoamericana de Clínicas de Interés Público, los días 12 y 13 de Junio de 2014. En él se incluyeron como novedades la participación de Clínicas Jurídicas de España, y el diseño de un programa académico a partir de paneles. El objetivo, además del fortalecimiento de la red y su ampliación como Red Iberoamericana, fue la discusión sobre los diferentes ejes temáticos relacionados con las clínicas jurídicas. El punto de mira se fijó en transformaciones que la enseñanza y el ejercicio de Derecho deben vivir para que el abogado pueda cumplir el papel que la sociedad requiere en el siglo XXI.

En las mañanas de los dos días del Encuentro se realizaron los paneles temáticos sobre Educación Legal Clínica y Litigio Estratégico para la defensa del interés público, redes para la transformación social y la búsqueda de la protección de los derechos de las comunidades vulnerables, la defensa del interés público como labor de toda la sociedad (Trabajo ProBono) y Alianzas Estratégicas para la defensa del Interés Público y los derechos humanos. Asimismo, se presentaron los avances del Proyecto HED - Fortalecimiento de la Educación en Derechos Humanos en las Facultades de Derecho de tres regiones de Colombia.

Por las tardes se presentaron las experiencias de las diferentes clínicas jurídicas bajo dos modalidades: Experiencias de Casos de Educación Legal Clínica o Experiencias en educación jurídica y desarrollo de competencias.

M<sup>a</sup> CARMEN BARRANCO AVILÉS

**Foro de Expertos “Gestión Pública de la Diversidad desde la perspectiva de los derechos humanos: Religión, Género y Discapacidad”, Universidad de Alcalá, con una conferencia sobre ‘Los derechos de las personas con discapacidad’, Alcalá de Henares 23 y 24 de junio de 2014**

El Foro de Expertos “Gestión pública de las diversidades desde la perspectiva de los derechos humanos: religión, género y discapacidad” tuvo lugar en la Universidad de Alcalá, los días 23 y 24 de septiembre de 2014, dentro del marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” del Ministerio de Economía y Competitividad para actividades de alta calidad.

Este foro de expertos, organizado por la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá y el Defensor del Pueblo, puso de manifiesto los obstáculos que todavía hoy sufren algunas personas que pertenecen a ciertos colectivos en su relación con los organismos de las Administraciones públicas, lo que nos hace advertir que la igualdad real y efectiva no se ha logrado de forma plena. A estos efectos, se analizó lo que ocurre con las creencias o convicciones religiosas, el sexo y la discapacidad como razones de exclusión; y se aportarán soluciones que permitan mejorar la realización del respeto, protección y ejercicio de los derechos humanos al igual que su promoción.

En el programa se abordaron cuatro grandes temas: buenas prácticas de las Administraciones Públicas y protección de los derechos fundamentales (Jesús Lizcano y José Bartolomé Martínez García); los derechos de las minorías religiosas (Marcos González Sánchez y Puerto García Ortiz); los derechos de las mujeres (Eva Desdentado Daroca y Jesús Casas Grande); y los derechos de las personas con discapacidad (María del Carmen Barranco Avilés y Jacobo Martín Fernández). En relación con cada uno de estos temas, un experto/a de la Administración y un/a profesor/a universitario/a tuvieron ocasión de presentar su diagnóstico, y sus propuestas de solución.

M<sup>a</sup> CARMEN BARRANCO AVILÉS

**Encuentro con Soledad Cisternas**  
**(Presidenta del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad)**  
**organizado por FEAPS en la sede del Consejo General de la Abogacía**  
**el 7 de octubre de 2014**

La presidenta del Comité de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad, María Soledad Cisternas, hizo balance de la aplicación en España de la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad ocho años después de su aprobación, en un encuentro celebrado en la sede del Consejo General de la Abogacía, que ha sido organizado por FEAPS y la Fundación Abogacía Española.

M<sup>a</sup> Soledad Cisternas (Premio Nacional de Derechos Humanos 2014 en su país) puso de manifiesto varios aspectos que hay que mejorar observados por su Comité. En primer lugar se refirió al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (artículo 12 de la Convención), cuyo alcance de aplicación “no se está entendiendo bien”. Este alcance supondría un auténtico “cambio de paradigma”, y en la práctica precisaría “la revisión completa de todo el ordenamiento jurídico”. Junto a ello, también sería importante la implicación tanto del poder judicial como de la propia sociedad civil en la efectividad de una Convención que, para Cisternas, la Convención resulta “totalmente vinculante para las legislaciones de los países firmantes” en relación con la superación de modelos como el de incapacitación judicial de personas con discapacidad que hoy no son acordes con la correcta aplicación de la Convención. Actualmente, ante la falta de una completa adaptación en este ámbito, debemos exigir la debida aplicación de la ley acorde con la Convención. Este asunto de la formación de los jueces en derechos humanos, la discapacidad y su diversidad fue destacado por Cisternas como uno de los retos actuales más importantes. Por supuesto, hace falta un importante barrido de toda la normativa vigente para no limitar el pleno disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad, pero no hay que olvidar que “la Convención en cuanto que norma internacional de Derechos Humanos ha de considerarse superior a la ley ordinaria”.

Un ejemplo de ello sería el del acceso a la justicia de estas personas con discapacidad: casi siempre se alude a la necesaria adecuación de los procedimientos, pero casi tan importante o más sería la existencia de jueces concienzudos que ayudaran a este acceso.

Otro aspecto de mejora en la adaptación de la Convención sería el del disfrute de la autonomía y la inclusión en la comunidad de las personas con discapacidad (artículo 19), que no se está aplicando en la medida en que la Convención lo requiere. Aún existe institucionalización y la provisión de medidas de apoyo es insuficiente

Cisternas también se refirió al derecho al sufragio de las personas con discapacidad intelectual, que aún en muchos casos se ve vulnerado por los procesos de incapacitación. Cisternas resaltó el Comité de Naciones Unidas que preside requiere la restitución de este derecho sobre la base del artículo 29 de la Convención, relacionado con la participación de las personas con discapacidad en la vida pública y política.

Como aspectos positivos, Cisternas destacó que en nuestro país existe una evidente toma de conciencia, y se nota que hay un ejercicio permanente de campaña en asuntos importantes como educación, igualdad, no discriminación, etc. En España ya no se observa un modelo antiguo y caritativo. Además, señaló, nuestro país es un ejemplo de la participación de la sociedad civil (representada por organizaciones como el CERMI) en el seguimiento de la aplicación de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad.

En el encuentro participaron Nuria Días Abada y Pilar Llop, del Consejo General del Poder Judicial; el fiscal del Tribunal Supremo Carlos Ganzenmüller; la profesora de la Universidad Carlos III M<sup>a</sup> del Carmen Barranco; Lourdes Márquez de la Calleja, de la Fundación ONCE; Torcuato Recover, responsable de la Red de Juristas de FEAPS; la directora adjunta de esta organización, Laura Espejo; Pepa García Lorente, abogada experta en derechos de personas con discapacidad, y José Luis Segimón y Francisco Segovia, de la Fundación Abogacía Española.

M<sup>a</sup> CARMEN BARRANCO AVILÉS

**Jornadas sobre  
“Legislación y estigma hacia las personas con enfermedad mental”  
organizadas por el *Proyecto Participa y Comprende*  
en la Universidad Carlos III de Madrid,  
con una conferencia sobre ‘Derechos Humanos y estigma’,  
Madrid 9 de octubre de 2014**

El jueves 9 de octubre tuvo lugar la jornada ‘Legislación y Estigma’, en el marco del proyecto de sensibilización hacia las personas con enfermedad mental ‘Participa y comprende’, del que forman parte la Universidad Carlos III de Madrid y el Ayuntamiento de Getafe. En ella se analizaron que existe entre parte de la legislación actual y los procesos de estigmatización que se dan en la sociedad hacia las personas con enfermedad mental, entendiendo que esta relación puede ir en la dirección de contribuir al estigma, bien en la dirección de erradicar el mismo o incluso en ambas direcciones.

La jornada se abrió con dos conferencias marco sobre ‘Libertades fundamentales y derechos básicos’ en las cuales se trató de relacionar ambos conceptos con las implicaciones que tienen para los ciudadanos y concretamente para la atención a las personas con enfermedad mental, a cargo de M<sup>a</sup> del Carmen Barranco y Margarita M<sup>a</sup> Herranz.

Posteriormente, se abrió la mesa ‘Análisis legislativo’ que dio lugar al debate y la reflexión sobre algunos marcos legislativos y sus implicaciones directas hacia el colectivo de personas con enfermedad mental. Se analizó la legislación penal (Javier Pallarés), laboral (Antonio Prieto) y la relacionada con la protección de datos (Mercedes Santamaría).

Para finalizar, Irene Muñoz, asesora jurídica de FEAFES, Federación de Asociaciones de Familiares de Personas con Enfermedad Mental, presentó los diferentes mecanismos legales que pueden utilizar los ciudadanos para la defensa de los derechos que a lo largo de la jornada se han sometido a análisis. También se escuchó la voz del colectivo representada por Basilio García Copín en el Comité de Personas con Enfermedad Mental de FEAFES, que expresó en primera persona su visión sobre el tema abordado durante la jornada.

M<sup>a</sup> CARMEN BARRANCO AVILÉS

**IV Encuentro de Clínicas Jurídicas de las Universidades Españolas  
organizado en la sede del ICAM la Facultad de CCSS y JJ, el IDHBC  
y el Centro de Responsabilidad Social de la Abogacía Madrileña  
'La enseñanza jurídica clínica y la función de la abogacía  
a través del ejercicio pro bono',  
Madrid 16 de octubre de 2014**

Con ocasión del *IV Encuentro de Clínicas Jurídicas de las Universidades Españolas*, se celebró una jornada sobre *La enseñanza jurídica clínica y la función de la abogacía a través del ejercicio pro bono*, con la pretensión de propiciar un espacio de reflexión y formación para profesionales de la abogacía, con responsabilidad o interés en la oferta del pro bono, y profesorado universitario, con responsabilidad o interés sobre la enseñanza clínica.

Este IV Encuentro, fue promovido para dar continuidad a los encuentros anteriores celebrados en la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona (2007); Universitat de Valencia (2010), y el último encuentro también celebrado en la Universitat de València en el marco del Quinto Congreso Nacional de docencia del Derecho (2013, *www.uv.es/innodret*). En esta última reunión, y entre las propuestas que se plantearon entonces en el marco de la Red Española de Clínicas Jurídicas de las Universidades españolas, se planteó la institucionalización de la red de clínicas jurídicas para avanzar en la visibilidad y el reconocimiento por parte de las instituciones públicas; el establecimiento de criterios y estándares que identifiquen la educación jurídica clínica; favorecer el intercambio de experiencias, buenas prácticas y de colaboraciones entre clínicas; facilitar la formación de los nuevos profesores clínicos y desarrollar estrategias de investigación.

En los tres últimos años se ha incrementado el número de clínicas jurídicas en las Facultades de Derecho en España. Al mismo tiempo, cada vez son más profesionales los que realizan actividades de pro bono de manera autónoma, organizada en instituciones e incluso vinculadas a las clínicas jurídicas universitarias. Por estas razones, el encuentro se organizó en torno a tres aspectos: la puesta en contacto de las distintas clínicas españolas, la reflexión sobre las actividades pro bono de los profesionales y las clínicas españolas y, en tercer lugar, una sesión de formación.

De este modo, en la Conferencia inaugural, José García Añón sometió a discusión los estándares para establecer una hora de ruta para las clínicas en España ante los restos del futuro. A continuación, los representantes de las clínicas dispusieron de un tiempo de cuatro minutos para presentar sus

experiencias, a partir de lo cual los asistentes pudieron intercambiar puntos de vista y dudas ante los retos que presenta la implantación de las clínicas en las Universidades y el mejor modo de cumplir simultáneamente la función docente y la finalidad social.

Tras la Asamblea de la Red, tuvo lugar un taller de formación sobre el aprendizaje basado en problemas, dirigido por Antoni Font Ribas.

Para finalizar, representantes de despachos, de entidades sociales y de universidades que habían colaborado en proyectos conjuntos presentaron sus colaboraciones, dando pie a la reflexión sobre “El papel de los abogados en la formación de los juristas. El pro bono y las clínicas jurídicas”.

M<sup>a</sup> CARMEN BARRANCO AVILÉS



## PARTICIPANTES EN ESTE NÚMERO

ANDREA PORCIELLO

Es *Professore Associato* de Filosofía del Derecho en la Università Magna Graecia de Catanzaro, en donde enseña también Teoría General del Derecho. Ha desarrollado actividades de investigación en prestigiosas instituciones académicas extranjeras, entre las que destacan la “School of Law” de la Universidad de Edimburgo y el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid. Forma parte del colegio docente del Programa de Doctorado “Teoria del diritto ed ordine giuridico europeo”. Ha publicado los volúmenes *Breve introduzione alla logica ed informatica giuridica* (con Stefano Bertera, 2003), *Diritto, decisione e giustificazione* (2005), *Il caso degli speleologi di Lon Fuller e alcuni nuovi punti di vista* (2012), así como numerosos ensayos, como “Il positivismo giuridico inglese dell’800: Jeremy Bentham e John Austin” (2010), y “Algunas cuestiones metateóricas sobre el punto de observación del fenómeno jurídico: una breve comparacion entre el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo” (2010).

MARIO CATERINI

Es Profesor de Derecho penal de la Universidad de la Calabria (Italia). Como monografías ha publicado: *Reato impossibile e offensività* (2004); *Il reato eccessivo* (2008); así como, entre otros, los ensayos: *Reviviscenza normativa e legalità penale* (2003); *Il dolo eventuale e l’errore su norma extrapenale nei reati di falso ideologico* (2007); *Le origini del reato preterintenzionale* (2008); *I reati di falso nel procedimento di ammissione al patrocinio a spese dello Stato* (2009); *Sezioni unite versus offensività? Il falso impossibile in dichiarazione sostitutiva di certificazione* (2010); *Lo strabismo deeticizzante del legislatore penale economico: è forse vero che l’etica vale solo per i poveri e gli stupidi?* (2011); *Responsabilità penali in tema di rifiuti* (2011); *Imprenditori e ‘contiguità mafiosa’ tra impulsi repressivi ed esigenze personalistiche* (2012); *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico* (2012); *L’interpretazione favorevole come limite all’arbitrio giudiziale* (2012); *L’ambiente ‘penalizzato’. Evoluzione e prospettive dell’antagonismo tra esigenze preventive e principio di offensività* (2013); *Criminalità, politica e mass media* (2013); *Riflessioni a margine di un caso di estorsione o truffa bancaria* (2014); *La legalità penal-mediatica. La mercificazione del ‘prodotto’ politico-criminale tra vecchi e nuovi mezzi di comunicazione* (2014). Ha curado, en fin, junto al Prof. Marcello Gallo el volumen *Persona, pena, processo* (2012), y, junto al Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni, el volumen *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia* (2014).

MARIO RUIZ SANZ

Profesor Titular de Filosofía del derecho y Filosofía política de la Universitat Rovira i Virgili (Tarragona). Acreditado a cátedra por la ANECA (agencia española) y la AQU (agencia catalana). Es autor de diversos trabajos académicos sobre temas relacionados con la metodo-

logía, epistemología, argumentación jurídica, derechos humanos o cine y derecho, entre otros. Pertenece a grupos de investigación en diferentes universidades. Actualmente es Secretario General de la URV (Tarragona).

MARÍA LUISA SORIANO GONZÁLEZ

Es licenciada en filosofía y doctora europea en derecho en programa doctoral con mención de calidad. Actualmente es profesora ayudante doctora de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, así como miembro del grupo de investigación del Plan Andaluz de Investigación “Derechos Humanos: Teoría General”. Ha publicado principalmente sobre pluralismo jurídico e interculturalidad. Ha llevado a cabo trabajos de investigación de campo en comunidades indígenas y colaborado con proyectos interculturales en comunidades de Nicaragua y México. Forma parte de equipos de investigación de proyectos I+D del Ministerio y de excelencia de la Junta de Andalucía. Ha realizado estancias de investigación en México (Chiapas), Italia (Instituto Universitario Europeo de Florencia y Universidad La Sapienza de Roma) y Argentina (Universidades de Buenos Aires y Nacional de Córdoba). Es autora de un libro y una quincena de artículos de fondo sobre los temas de su especialidad.

CRISTIAN AUGUSTO FATAURÓS

Abogado (UNC). Profesor Auxiliar de Ética y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho (UNC). Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Becario Doctoral (CONICET). Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS-UNC). Investigador Visitante (2013) en la Cátedra Hoover de Ética Económica y Social, Universidad Católica de Lovaina (UCL), Bélgica. Investigador Visitante (2014), Departamento de Ciencia Política y Estado, Facultad de Ciencias Sociales y Negocios, Universidad de Aarhus, Dinamarca.

PATRICIA CUENCA GÓMEZ

Es profesora e investigadora del Departamento de Derecho Internacional Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid y el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Es Doctora en Derecho desde el año 2006 habiendo obtenido el premio extraordinario de Doctorado y el Premio Internacional Norberto Bobbio a la mejor tesis doctoral europea en ciencias jurídicas. Sus líneas de investigación son la Teoría del Derecho y la teoría jurídica de los derechos y la Igualdad y No discriminación con especial atención a los derechos de las personas con discapacidad. Es autora de 2 libros y de diversos artículos y capítulos de libro. Ha participado y coordinado diferentes proyectos de investigación. Es Subdirectora del Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos y secretaria académica del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”.

JOSÉ RAMÓN INTXAURBE VITORICA

Doctorando del programa de Estudios Internacionales e Interculturales - Universidad de Deusto-. Licenciado en Derecho -Universidad del País Vasco (1998)-. Máster en Migraciones, Conflictos y Cohesión Social en la sociedad global -Universidad de Deusto (2011)-. Becado por el programa de *Formación de Personal Investigador* y adscrito al equipo *Retos* del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe.

PIER LUC DUPONT PICARD

Investigador del Institut de Drets Humans de la Universitat de València y miembro del proyecto "Derechos humanos, sociedades multiculturales y conflictos" (DER2012-31771) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Completó un grado en Estudios internacionales y lenguas modernas en la Universidad Laval (Canadá) y un master en Migraciones en la Universitat de València, donde se encuentra realizando un doctorado en Derechos humanos, democracia y justicia internacional. Cuenta con el apoyo de una beca FPU del Ministerio de Educació

GABRIELE VESTRI

Es Doctor Internacional en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Pública Pablo de Olavide de Sevilla y Premio Extraordinario de Doctorado. Actualmente es Profesor a tiempo completo de Derecho Constitucional en la misma Universidad. Investigador del Centro Euro-Árabe de Estudios Jurídicos Avanzados, es coordinador de relaciones internacionales y movilidad de la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Ha sido *Visiting Profesor* en la Universidad Roma Tre de Roma, San Francisco Xavier de Chuquisaca de Sucre, Bolivia, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México y del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, Colombia.



## 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 (**fc-javier.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).

# DERECHOS Y LIBERTADES

## BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Deseo suscribirme a “Derechos y Libertades” (Año 2015), dos números al año

Abonaré la cantidad de 36,00 € (IVA incluido) por la suscripción anual

Nombre y Apellidos \_\_\_\_\_

Institución \_\_\_\_\_

Dirección \_\_\_\_\_

CP \_\_\_\_\_ DNI/CIF \_\_\_\_\_

Población / Provincia \_\_\_\_\_

Teléfono \_\_\_\_\_ Fax \_\_\_\_\_

e-mail \_\_\_\_\_

### **Efectuaré el pago mediante domiciliación bancaria**

(En caso de que no disponga de cuenta bancaria para hacer el pago, envíenos un e-mail a [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com) para buscar otra forma de pago)

Titular de la cuenta \_\_\_\_\_

Datos de la cuenta:

Firma (imprescindible)

Fecha:

Remitir a Dykinson, S.L. (C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid – Fax 915446040)

Los datos que nos facilite serán tratados con la máxima confidencialidad. Serán incorporados a nuestros ficheros a efectos de informarle sobre bibliografía, teniendo usted derecho a solicitar su consulta, actualización o anulación.

DERECHOS Y LIBERTADES  
Periodicidad semestral (enero-junio)

SUSCRIPCIONES (envío incluido)

*Suscripción formato papel*

---

2 números 36,00 €

Número suelto 20,00 €

*Suscripción on-line*

---

2 números 35,00 €

Número suelto 19,00 €

Artículo suelto 6,00 €



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

*Dykinson, S.L.*

NOVEDAD  
editorial Dykinson

## HISTORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. TOMO IV. SIGLO XX.

Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García, Fco, Javier Ansuátegui Roig,  
Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa  
(directores)

### VOL I.

Libro I: *Cultura, sociedad y Política en el siglo XX*

Libro II: *Cultura, sociedad y Política en el siglo XX*

### VOL II.

Libro I: *Ideologías Políticas y Derechos Humanos en el siglo XX*

### VOL. III.

Libro I: *El reconocimiento universal de los derechos humanos*

Libro II: *Los procesos de regionalización y especificación*

Libro III: *Nuevos desarrollos del DIDH. Especial referencia a España*

### VOL IV.

Libro I: *Valores, Principios y Derechos Humanos*

### VOL V.

Libro I: *Cultura de la Paz*

Libro II: *Grupos vulnerables*

### VOL VI.

Libro I: *El Derecho positivo de los derechos humanos. Parte General.*

Libro II: *El Derecho positivo de los derechos humanos. Derechos individuales, civiles y políticos*

Libro III: *El Derecho positivo de los derechos humanos. Los derechos económicos, sociales y culturales*

VOL VII. Libro I: *Constituciones.*

consulte nuestra **web: [www.dykinson.com](http://www.dykinson.com)**

e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)

Teléf.: 915442846/69

BIBLIOGRAFÍA JURÍDICA. LIBRERÍA JURÍDICA ON-LINE  
**Dykinson, S.L.**



## ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS

- La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación *por Ara Pinilla, Ignacio*
- Razón y voluntad en el estado de derecho Un enfoque filosófico-jurídico *por Ansuátegui Roig, Francisco Javier*
- Reconstruir la ciudadanía *por Guichot Reina, Virginia*
- El derecho a la vivienda. Reflexiones en un contexto socioeconómico complejo *por González Ordovás, María José*
- Sobre discapacidad y derechos *por Asís Roig, Rafael de*
- El derecho y el poder. Realismo crítico y filosofía del derecho *por Díaz, Elías*
- Las víctimas del terrorismo en España *por Rodríguez Uribes, José Manuel*
- Democracia con motivos *por Jiménez Cano, Roberto M.*
- Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico *por Lloredo Alix, Luis M.*
- *Reconocimiento y protección de derechos emergentes en el sistema europeo de derechos humanos* *por Saura Estepà, Jaume (coord.)*
- *Jueces y leyes, entre el absolutismo y la codificación* *por Iglesias Garzón, Alberto*

CONSULTE TODOS LOS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN EN  
[www.dykinson.com](http://www.dykinson.com)



**MANTÉNGASE INFORMADO  
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbese gratis  
al boletín informativo  
[www.dykinson.com](http://www.dykinson.com)**

**Y benefíciense de nuestras ofertas semanales**