

Número 34, Época II, enero 2016



INSTITUTO DE
DERECHOS HUMANOS
BARTOLOMÉ
DE LAS CASAS



HURI-AGE
Consolider-Ingenio 2010

FL FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

Dykinson, S.L.
EDITORIAL

DERECHOS Y LIBERTADES

REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO y DERECHOS HUMANOS

#34



DERECHOS Y LIBERTADES

Número 34, Época II, enero 2016



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.

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

Redacción y Administración

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

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

Adquisición y suscripciones



Suscripción en papel

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

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

Suscripción versión electrónica (revista en pdf)

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

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

ISSN: 1133-0937

Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:

Dykinson, S.L.

C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

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

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

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

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

Revista fundada por GREGORIO PECES-BARBA

Director:

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI (Universidad Carlos III de Madrid)

Subdirector:

ÁNGEL LLAMAS (Universidad Carlos III de Madrid)

Secretarios:

JAVIER DORADO PORRAS (Universidad Carlos III de Madrid)

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

Consejo Científico

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI (Universidad Carlos III de Madrid)

RAFAEL DE ASÍS (Universidad Carlos III de Madrid)

RICARDO CARACCILO (Universidad de Córdoba, Argentina)

PAOLO COMANDUCCI (Università di Genova)

J. C. DAVIS (University of East Anglia)

ELÍAS DÍAZ (Universidad Autónoma de Madrid)

RONALD DWORKIN (†) (New York University)

EUSEBIO FERNÁNDEZ (Universidad Carlos III de Madrid)

CARLOS FERNÁNDEZ LIESA (Universidad Carlos III de Madrid)

VINCENZO FERRARI (Università di Milano)

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO (Universidad de León)

PETER HÄBERLE (Universität Bayreuth)

MASSIMO LA TORRE (Università Magna Graecia, di Catanzaro)

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

JAVIER DE LUCAS (Universidad de Valencia)

JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA (Universidad de Cantabria)

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

ANTONIO E. PÉREZ LUÑO (Universidad de Sevilla)

PABLO PÉREZ TREMPES (Universidad Carlos III de Madrid)

MICHEL ROSENFELD (Yeshiva University)

MICHEL TROPER (Université de Paris X-Nanterre)

AGUSTÍN SQUELLA (Universidad de Valparaíso)

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

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

GUSTAVO ZAGREBELSKY (Università di Torino)

VIRGILIO ZAPATERO (Universidad de Alcalá)

Consejo de Redacción

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

Sentido de la Revista

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

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

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

ÍNDICE

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

ARTÍCULOS

La ética de Antígona, las leyes no escritas y el error de Creonte	17
<i>Antigone's ethics, the ungrafted laws and Creon's mistake</i>	

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA

El derecho de los pueblos a la vida: el caso armenio	31
<i>The right to life of peoples: The Armenian case</i>	

ENRICO FERRI

¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?	57
<i>Are there limits to the regressivity of social rights?</i>	

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

Humanismo renacentista, razón universal y sociedad humana en el pensamiento jurídico de Francisco de Vitoria	91
<i>Renaissance humanism, universal reason and human society in Francisco de Vitoria's legal thinking</i>	

FERNANDO H. LLANO ALONSO

Las diferentes bases de legitimidad de los poderes judiciales y políticos: la aplicación al caso italiano	115
<i>The different legitimacy foundations of judicial and political powers: The Italian case</i>	

MATTEO ZATTONI

La paz y el pacifismo en la obra de John Rawls	141
<i>Peace and pacifism in the work of John Rawls</i>	

JOSÉ MARÍA GARRÁN MARTÍNEZ

Implicaciones jurídicas de la mutilación genital femenina en las sociedades abiertas	169
<i>Legal implications of the female genital mutilation in open societies</i>	

MERCEDES VIDAL GALLARDO

La autonomía relacional de las mujeres como límite de la diversidad cultural y religiosa: a propósito de la polémica prohibición del velo integral	203
<i>Relational autonomy of women as a limit for cultural and religious diversity: About the polemical prohibition of the total veil</i>	

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

La consulta previa y la debida diligencia: similitudes y diferencias de dos instrumentos para un modelo de desarrollo y la defensa de los Derechos Humanos	235
<i>FPIC and due diligence: Similarities and differences of the two instruments towards a model for developing and defending Human Rights</i>	

ASIER TAPIA GUTIÉRREZ

RECENSIONES

Óscar CELADOR ANGÓN, <i>Libertad de conciencia y escuela en Estados Unidos</i>	265
--	-----

IGNACIO CAMPOY CERVERA

José Manuel RODRÍGUEZ URIBES, <i>Gregorio Peces-Barba. Justicia y Derecho (La Utopía Posible)</i>	277
---	-----

DANIEL CASAL OUBIÑA

Oscar PÉREZ de la FUENTE, <i>Por senda de justicia. Inclusión, Redistribución y Reconocimiento</i>	285
GUILLERMO REYES PASCUAL	
María José VILLAVERDE RICO y Gerardo LÓPEZ SÁSTRE (eds.), <i>Civilizados y Salvajes. La mirada de los ilustrados sobre el mundo no europeo</i>	297
DIEGO BLÁZQUEZ MARTÍN	
Daniel J. GARCÍA (ed.), <i>Sobre el derecho de los hermafroditas</i>	305
OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ	
Javier de LUCAS, <i>Mediterráneo: el naufragio de Europa</i>	313
ÁNGELES SOLANES CORELLA	

NOTICIAS

<i>Seminario “Il Diritto tra libertà e sicurezza”, Curso de verano de la Università Niccolò Cusano, Arpino, 24/26 de septiembre de 2015</i>	325
<i>Conferencia inaugural de las actividades del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas del curso 2015-2016 a cargo del Profesor Dr. Antonio Enrique Pérez Luño</i>	328
<i>Seminario La teoría constituzionalistica del diritto: prospettive europee, Modena, 23 y 24 de octubre de 2015</i>	330
<i>II Congreso Internacional El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI, Universidad de Zaragoza, 29 y 30 de octubre 2015</i>	332
<i>Talleres sobre derechos humanos, Filosofía del Derecho y Filosofía política en el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas para el curso 2015-2016</i>	332
Participantes en este número	337

NOTA DEL DIRECTOR

El número 34 de *Derechos y Libertades*, que el lector tiene en sus manos, contiene en primer lugar el trabajo de Eusebio Fernández, *La ética de Antígona, las leyes no escritas y el error de Creonte*. Consciente de que la tragedia griega sigue siendo un importante referente de reflexión filosófica para el pensamiento contemporáneo, el catedrático de la Universidad Carlos III analiza los conflictos morales en torno a la ley de la ciudad, la ley de la familia, la política y el poder que aparecen en la tragedia de Sófocles, con especial énfasis en las leyes no escritas y sus interpretaciones.

En *El derecho de los pueblos a la vida: el caso armenio*, Enrico Ferri propone una reflexión sobre el significado del derecho a la vida en su aplicación a un pueblo. A partir de ahí, defiende su sentido amplio de dicho derecho, de manera que negar a un pueblo el derecho a la vida significa quitarle la libertad, la autonomía y la autodeterminación, pero quizás también intentar eliminarlo físicamente. El caso del pueblo armenio constituye el centro de su trabajo, que repasa los principales atentados sufridos por este pueblo en el siglo XX y su lucha por conservar su propia identidad y transformar el derecho a existir de una concesión y un reconocimiento en una conquista defendida tenazmente y fuertemente defendida.

María José Añón aborda un tema principal de la teoría de los derechos, y en particular de la teoría de los derechos sociales, como es el de la regresividad. En *¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?* sostiene la tesis de acuerdo con la cual las decisiones sobre los retrocesos o la reversibilidad de los derechos sociales son decisiones normativas limitadas fundamentalmente por dos expedientes, garantías o salvaguardas. El primero es la posibilidad de determinar un contenido esencial para los derechos sociales. El segundo radica en situar el peso de la justificación de la decisión en la identificación de la legitimidad del fin de la norma. Para la autora, ambos conducen a la consideración del principio de proporcionalidad como un razonamiento complementario y subsidiario, pero no alternativo a la determinación del contenido esencial en la argumentación sobre la obligación de no regresividad.

En *Humanismo renacentista, razón universal y sociedad humana en el pensamiento jurídico de Francisco de Vitoria*, Fernando Llano vuelve al tratamiento de cuestiones históricas a las que se ha referido en otros momentos de sus investigaciones. En esta ocasión, se detiene en algunos aspectos del pensamiento de Francisco de Vitoria, a través de los cuales es posible, en primer lugar, fusionar la doctrina neotomista con el humanismo renacentista. En segundo lugar, el autor subraya la actitud de Vitoria frente a los problemas de su tiempo que muestra un compromiso moral e intelectual genuinamente iusfilosófico. En fin, se presta atención a la que se considera la principal aportación vitoriana que consiste en haber concebido la idea del *ius communicationis* como un concepto fundado en los principales valores del humanismo cosmopolita que se orienta a la constitución de una sociedad humana universal.

Los problemas del fundamento de la legitimidad de los poderes del Estado son abordados por Matteo Zattoni en *Las diferentes bases de legitimidad de los poderes judiciales y políticos: la aplicación al caso italiano*. Partiendo de la base de la existencia de fundamentos de legitimidad diversos según las respectivas funciones públicas que llevan a cabo los distintos poderes, el autor se centra en el debate italiano y contesta algunas tesis mayoritarias: por un lado, la inferioridad en términos de legitimidad del poder judicial respecto al poder político y, por el otro, la presunta injerencia a la hora de sindicar la legitimidad política. El análisis de las actuaciones de los gobiernos de Berlusconi no conformes al ordenamiento jurídico permite plantear la hipótesis de la existencia de un nuevo principio legitimador, superador de las tipologías weberianas, diferente al Estado de Derecho.

Desde Salamanca, José María Garrán se refiere a algunos aspectos del pensamiento de John Rawls. En *Paz y pacifismo en la obra de John Rawls*, analiza las reflexiones de Rawls en torno a dos cuestiones que se consideran muy sugerentes. De un lado, dos concepciones de la paz aludidas por Rawls, la llamada "paz justa" y la "paz democrática"; de otro, al posicionamiento crítico que mantuvo frente a lo que denominó el "pacifismo general".

La cuestión de las tensiones entre las costumbres y tradiciones de un pueblo y las reglas de convivencia de otra sociedad derivadas del fenómeno migratorio es tratada en el trabajo *Implicaciones jurídicas de la mutilación genital femenina en las sociedades abiertas* por Mercedes Vidal Gallardo. Un ámbito en el que la colisión se pone de manifiesto de manera especial es el de la mutilación genital femenina, práctica que obedece a la observancia de una

norma cultural en unos casos, religiosa en otros, concebida como signo de identidad, cuando no de género. En el artículo se analiza la situación de esta realidad en nuestro país, el marco jurídico que sirve de referencia, así como las propuestas para su erradicación, teniendo en cuenta la jurisprudencia española a partir del cuestionado principio de justicia universal.

La pluralidad también constituye el contexto intelectual y social que Octavio Salazar Benítez toma como referente en el trabajo *La autonomía relacional de las mujeres como límite de la diversidad cultural y religiosa: a propósito de la polémica prohibición del velo integral*. El autor considera que las mujeres suelen ser las principales protagonistas de los conflictos que se plantean entre determinadas identidades culturales y los principios constitucionales. De ahí la necesidad de analizar dichos conflictos desde una perspectiva de género y reivindicar la autonomía de las mujeres como parte del “orden público” y, en consecuencia, como límite del derecho a la identidad cultural y a la libertad religiosa.

La sección de artículos se cierra con el trabajo *La consulta previa y la debida diligencia: similitudes y diferencias de dos instrumentos para un modelo de desarrollo y la defensa de los derechos humanos*, en el que Asier Tapia Gutiérrez analiza el contenido y objetivos de la Debida Diligencia y la Consulta Previa, Libre e Informada de Pueblos Indígenas, con fin de establecer similitudes y diferencias para acabar con la equiparación que se está llevando a cabo desde sectores que promueven el desarrollo como la obtención del lucro permanente, sin atenderse a las consecuencias que pueden producirse de la actuación empresarial en términos de Derechos Humanos.

Como el lector podrá comprobar, el contenido de este número es, una vez más, expresión de la pluralidad, referida a los de puntos de vista y a los temas, que caracteriza el debate doctrinal sobre los derechos. El número se cierra con la habitual sección de reseñas, que se completa con las noticias sobre algunas actividades promovidas por el Instituto o en las que los miembros del Instituto han participado.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Director

ARTÍCULOS

LA ÉTICA DE ANTÍGONA, LAS LEYES NO ESCRITAS Y EL ERROR DE CREONTE*

ANTIGONE'S ETHICS, THE AGRAFOI NOMOI AND CREON'S MISTAKE

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 20-5-15

Fecha de aceptación: 10-6-15

Resumen: *En el presente trabajo analizamos la tragedia Antígona, la famosa obra de Sófocles, especialmente los conflictos morales en torno a la ley de la ciudad, la ley de la familia, la política y el poder. La tragedia griega sigue siendo un importante referente de reflexión filosófica para el pensamiento contemporáneo, principalmente de filosofía moral, jurídica y política. En nuestro trabajo vemos las leyes no escritas (nomoi agrafoi) y sus interpretaciones.*

Abstract: *This papers consists of a study of the tragedy 'Antigone', the famous work of Sophocles, with particular regard to the moral conflicts about the law of the polis, the law of the family, politics and power. The Greek tragedy continues to be an important reference of philosophical reflection for contemporary thought, in particular in relation to moral, legal and political philosophy. The focus is on the unwritten laws (nomoi agrafoi) and their interpretations.*

Palabras clave: conflictos trágicos, leyes no escritas, desacuerdos morales.

Keywords: tragic conflicts, agrafoi nomoi, moral discords.

1. INTRODUCCIÓN

Hace ya varias décadas C.M. Bowra comenzaba el Prefacio de su conocido libro *La Atenas de Pericles* con estas palabras: "son innumerables los

* La realización de este trabajo ha tenido lugar en el marco del proyecto de investigación *Identidades y Ciudadanías. Fundamentos político-jurídicos de la diversidad* (DER2012-36142), que dirige el profesor José María Saucá.

autores que han estudiado desde todos los ángulos, la historia de Atenas en el siglo V a.C., especialmente en los años centrales asociados a Pericles; puede por ello, parecer innecesario volver a abordar el tema. Y sin embargo, cada generación, involuntariamente, ve el pasado a su manera y halla en él algo aplicable a sus propias necesidades y experiencias. Este continuo cambio de enfoque mantiene vivo el pasado"¹. La descripción de las cuestiones que afronta C.M. Bowra en este párrafo es perfectamente trasladable a nuestro tiempo. Y podemos atrevernos a hacer el experimento de sustituir Atenas por la tragedia Antígona, esa obra maestra de Sófocles. Tanto han aumentado en los últimos tiempos los buenos estudios sobre la Atenas de Pericles como lo han hecho los autores y obras consagradas a analizar y valorar el papel y el alcance de la Antígona de Sófocles. Y no hay temporada de teatro en cualquier población importante donde no se represente Antígona. Y por supuesto una Antígona frecuentemente adaptada a las necesidades y experiencias de cada generación, tomada ésta en su enriquecedora diversidad y no como un todo compacto y uniforme. De ahí la pluralidad de interpretaciones que brindan los papeles de Antígona, Creonte o Polinices. Además, como señala C.M. Bowra, este continuo cambio de enfoque mantiene vivo el pasado. Esto parece una apreciación acertada a la que se podría añadir que, en el caso de Antígona, su oportunidad y continua vitalidad se encuentra también en la importancia de las cuestiones que trata y en la riqueza humana de sus personajes. La excelencia de la conciencia moral individual, la necesidad de las leyes y el orden político, la lealtad familiar, los deberes sociales y la obligación política, los condicionamientos del destino, la muerte, la libertad, la desmesura a que puede llegar el gobernante, los peligros del poder político, las atrocidades de toda tiranía, la responsabilidad moral y política, la existencia de leyes morales superiores a las leyes positivas y a los mandatos del poder político o las consecuencias y justificaciones del desafío a la autoridad pública son algunas de las cuestiones contempladas en esta tragedia de Sófocles que contactan con problemas permanentes de la Ética, la Filosofía Política o la Filosofía del Derecho.

Por ello, no debe sorprendernos que existan autores, contemporáneos nuestros, que se identifiquen con Antígona (me parece que los más) pero

¹ C.M. BOWRA, *La Atenas de Pericles*, trad. de Alicia Yllera, Alianza Editorial, Madrid, 1974, p. 9. Acerca de la personalidad de C.M. Bowra puede leerse el capítulo dedicado a él por Isaiah BERLIN en sus *Impresiones personales*, comp. Henry Hardy, introd. de Noel Annan y trad. de J.J. Utrilla y A. Coria, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, pp. 242 y ss.

también los hay que piensan que la tragedia, a pesar de su nombre, es la tragedia de Creonte o que éste es el “centro de atención” del poeta², incluso, quien expresa claras simpatías políticas por Creonte³.

La adscripción de Creonte a la terrible razón de Estado es puesta en duda por Bernard Lévy, al mismo tiempo que Martha C. Nussbaum analiza de manera brillante las relaciones entre la ética griega y la fortuna, dedicando un apartado especial a Antígona, mientras que otros autores ven en el desarrollo argumental de la tragedia de Sófocles los atisbos de la democracia deliberativa⁴. Ya G. Steiner nos ha puesto al tanto de la variedad de interpretaciones y lecturas que se han hecho de Antígona, insistiendo, por su parte, en que «no es un texto “cualquiera”. Es uno de los hechos perdurables y canónicos en la historia de nuestra conciencia filosófica, literaria y política»⁵.

Respecto al título, podemos adelantar que en este trabajo se quiere ensalzar la actitud ética de Antígona (independientemente de las razones que la sostienen y del alcance y riesgos teóricos que conlleva la referencia a las leyes no escritas, aunque sin poder soslayar esas importantes cuestiones), se desea insistir en los peligros de toda utilización desmesurada y no sujeta a límites y controles morales y jurídicos del poder político y se quiere hacer un pequeño homenaje a la defensa del individualismo moral y al imperativo de la disidencia.

² J. M^a LUCAS DE DIOS, Introducción a su traducción de Sófocles. *Áyax, Las Traquinias, Antígona y Edipo Rey*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 43.

³ A. TOVAR, *Antígona y el tirano o la inteligencia y la política*, artículo publicado en la revista falangista *Escorial*, 1942, recogido en su libro *Ensayos y peregrinaciones*, Ed. Guadarrama, Madrid, 1960, pp. 1 y ss.

⁴ B.H. LÉVY, *El testamento de Dios*, trad. de Joaquim Sala-Sanahuja, El Cid Editor, Buenos Aires, 1979, pp. 95-96. M.C. NUSSBAUM, *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*, trad. de Antonio Ballesteros, Ed. Visor, Madrid, 1995, pp. 89 y ss. E. HERRERAS, “Antígona y la democracia deliberativa”, en *Sistema. Revista de ciencias sociales*, núm. 212, Madrid, sept. 2009, pp. 87 y ss.

⁵ G. STEINER, *Antígonas. La travesía de un mito universal por la historia de Occidente*, trad. de Alberto L. Bixio, Ed. Gedisa, Barcelona, 2009. Se puede leer con provecho el trabajo de M^a O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, “Las Antígonas merecen ser vividas. Reflexiones sobre género y paz”, en E. FERNÁNDEZ y J. I. MARTÍNEZ GARCÍA (eds.), *Los derechos en el contexto ético, político y jurídico*, El Tiempo de los derechos 1, Consolider-Ingenio 2010, Tirant lo Blanch, Valencia 2014, pp. 235-261.

2. TEMAS DE ANTÍGONA

Voy a dar por conocida la estructura de la tragedia Antígona. En su lugar voy a seleccionar textos extraídos de tres momentos de su desarrollo. Para un análisis del texto, me parece recomendable dirigirse al tratamiento que han hecho estudiosos insignes de la tragedia griega, y de la aportación de Sófocles a ella, como Karl Reinhardt en su libro *Sófocles*⁶ o Albin Lesky en su obra *La tragedia griega*⁷. Su manera sencilla y concisa de efectuarlo puede ser más recomendable, en un primer momento, que otras interpretaciones más singulares. En cuanto a los párrafos seleccionados en tres lugares de la tragedia, es indudable que el segundo es el que contiene más ideas y cuestiones aprovechables para este trabajo.

1º. Después del diálogo de Ismene y Antígona y de conocer Creonte, por boca de un guardián que alguien ha manipulado el cadáver de Polinices, el Coro, en la Estrofa 1ª, exclama:

“Muchas cosas asombrosas existen y, con todo, nada más asombroso que el hombre. El se dirige al otro lado del blanco mar con la ayuda del tempestuoso viento Sur, bajo las rugientes olas avanzando, y a la más poderosa de las diosas, a la imperecedera e infatigable Tierra, trabaja sin descanso, haciendo girar los arados año tras año, al ararla con mulos”⁸.

A esta referencia de admiración hacia la especie humana y al trabajo agrícola añadirá, en la Antistrofa 1ª el aprendizaje humano de la caza y la pesca, y en la Estrofa 2ª los conocimientos acerca del lenguaje, el pensamiento, las reglas civilizadas del comportamiento y las maneras de protegerse contra las inclemencias del tiempo. Y también se insistirá en distinguir entre el bien y el mal, a la vez que tomará nota de los beneficios de vivir en sociedad, cumpliendo las leyes humanas y las divinas.

Este acento prometeico puede comprobarse en el texto de la Antistrofa:

“Poseyendo una habilidad superior a lo que se puede uno imaginar, la destreza para ingeniar recursos, la encamina unas veces al mal, otras veces al bien.

⁶ K. REINHARDT, *Sófocles*, trad. de Marta Fernández-Villanueva, Ed. Destino, Barcelona, 1991.

⁷ A. LESKY, *La tragedia griega*, trad. de Juan Godó, revisada por Montserrat Camps y present. de Jaume Pòrtulas, El Acanalado, Barcelona, 2001.

⁸ SÓFOCLES, “Antígona”, en *Tragedias*, introd. de José S. Lasso de la Vega, trad. y notas de Assela Alamillo, Ed. Gredos, Madrid, 1998, p. 261.

*Será un alto cargo en la ciudad, respetando las leyes de la tierra y la justicia de los dioses que obliga por juramento. Desterrado sea aquel que, debido a su osadía, se da a lo que no está bien. ¡Que no llegue a sentarse junto a mi hogar ni participe de mis pensamientos el que haga esto!*⁹.

Esta teoría optimista sobre la especie humana que aquí desenvuelve Sófocles es análoga a la que encontramos enunciada por el sofista Protágoras, su contemporáneo, en la evocación hecha por él del mito de Prometeo¹⁰ en el diálogo platónico *Protágoras*. Resulta paradójico un elogio de la vida política, la existencia de las leyes y la necesidad de obediencia y respeto a ellas en una tragedia que va a girar en torno a las razones para un acto de desobediencia, de tal magnitud, a las leyes emanadas del poder político. Werner Jaeger en su conocida *Paideia. Los ideales de la cultura griega*, ha comentado al respecto:

*“(primer canto del coro) El coro entona un himno a la grandeza del hombre creador de todas las artes, dominador de las poderosas fuerzas de la naturaleza mediante la fuerza del espíritu y que como el más alto de todos los bienes ha llegado a la concepción de la fuerza del derecho, fundamento de la estructura del estado (...). Y en el ritmo del coro de Sófocles podemos comprobar el orgullo prometeico que domina este primer ensayo de una historia natural del desenvolvimiento del hombre. Pero con la ironía trágica peculiar de Sófocles, en el momento en que el coro acaba de celebrar al derecho y al estado, proclamando la expulsión de toda sociedad humana de aquel que conculca la ley, cae Antígona encadenada (...).”*¹¹.

2º. El segundo texto, el núcleo de la tragedia, ya en pleno dialogo entre Creonte y Antígona, contiene la arenga de ésta:

*“No fue Zeus el que los ha mandado (se refiere a los decretos de Creonte) publicar, ni la Justicia que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres. No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Éstas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe de dónde surgieron. No iba yo a obtener castigo por ellas de parte de los dioses por miedo a la intención de hombre alguno”*¹².

⁹ Idem p. 262.

¹⁰ Ver, al respecto, el libro de C. GARCÍA GUAL, *Prometeo: mito y literatura*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2009, pp. 220 y ss.

¹¹ JAEGER W., *Paideia. Los ideales de la cultura griega*, trad. de Joaquín Xirau y Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 1990, p. 259.

¹² SÓFOCLES, *Antígona*, cit. p. 265.

Sófocles sabe muy bien retratar las dos posturas irreconciliables de Creonte y Antígona. Lo son tanto en el carácter como en la manera de comportarse ante auténticos y trágicos retos a la convivencia y al bien de la polis. Pero también es una lucha entre dos normas éticas, la intemporal amparada por los dioses y la que protege la vida de la ciudad, y dos derechos, el constituido por las normas no escritas y de la tradición familiar y el derivado de los mandatos del soberano. En este punto Sófocles debería haber sabido que estaba aportando a la posteridad un tema de debate moral, político y jurídico que ha continuado hasta el presente. Y, por último, aunque Hegel y muchos de sus seguidores en esta línea, diera lugar a una interpretación preponderante que sitúa en el mismo plano moral a Creonte (pretensiones legítimas del poder político soberano) y a Antígona (pretensiones justificadas en la tradición y el derecho familiar), no parece que ésta sea la última palabra evaluadora. Tras una lectura atenta de la tragedia de Sófocles deberíamos coincidir con Albin Lesky en su opinión: *“Antígona lucha realmente por las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses, como ella dice, leyes a las que la polis jamás debe oponerse. Pero Creonte, en su comportamiento, no representa en modo alguno a esa polis, la voz de esta polis, unánime, está de parte de Antígona (vv. 733 ss.), la disposición del tirano se basa absolutamente en la arrogancia y la maldad”*¹³.

3º. Y llegamos al final. Antígona, fiel a su familia, a su ética y a las leyes no escritas se suicida, da la vida por sus convicciones y nos ayuda a comprobar su valentía y su coherencia. Creonte, por otro lado, cambia de parecer, impresionado y miedoso, al oír a Tiresias, pero ya es tarde. No muere, pero su derrumbe moral es más que evidente. Éste es consecuencia de su desmesura. Leamos:

Creonte: *“(...) Mientras que yo, ya que he cambiado mi decisión a ese respecto, igual que la encarcelé, del mismo modo estaré presente para liberarla. Temo que lo mejor sea cumplir las leyes establecidas por los dioses mientras dure la vida”*¹⁴.

Antígona está llena de llamadas a la reflexión y a la prudencia. Su última enseñanza está recogida en las líneas finales:

Corifeo: *“La cordura es con mucho el primer paso de la felicidad. No hay que cometer impiedades en las relaciones con los dioses. Las palabras arrogan-*

¹³ A. LESKY, *La tragedia griega*, cit. p. 209.

¹⁴ SÓFOCLES, *Antígona*, cit. pp. 290 y 291.

*tes de los que se jactan en exceso, tras devolverles en pago grandes golpes, les enseñan en la vejez la cordura*¹⁵.

En el caso de Creonte, y como ha señalado Karl Reinhardt: *“La tragedia concluye no tanto con el juicio y el castigo del culpable, ni con la expiación del acto deleznable, sino sobre todo con la imagen del superviviente inútil (...). No es siquiera la falta que ha cometido la que le precipita en su caída, sino la forma y la manera de su ser*¹⁶.

3. LAS LEYES NO ESCRITAS

La orden que contenía la prohibición de dar sepultura a los traidores (y Polinices es un traidor a Tebas, su patria) cuenta a su favor con la doble justificación de provenir de un poder político legítimo, aunque Creonte se comporte aquí como un tirano, y de tratarse de una norma jurídica sancionadora vigente en Atenas y en muchas otras partes. Por el tono que encontramos en algunos fragmentos de la tragedia no podríamos decir que Antígona no sea consciente de este dato y de la responsabilidad que comporta la desobediencia a la ley (positiva). La validez y la vigencia de la norma jurídica que prohíbe dar sepultura a los traidores puede ser documentada en la *Helénicas* de Jenofonte y en la *Historia de la guerra del Peloponeso* de Tucídides. En el discurso de Euríptólemo, con motivo del proceso en Atenas a los estrategos de las Arginusas, que nos narra Jenofonte, se hace referencia a la existencia de una ley contra los saqueadores de templos y traidores que rezaba: *“si uno traiciona a la ciudad o roba objeto sagrado, sea juzgado ante un tribunal, si fuere condenado, que no sea enterrado en el Ática, y sus bienes sean confiscados*¹⁷. Por su parte Tucídides cuenta el interesante caso del enterramiento de Temístocles, de esta manera: *“pero sus huesos, según cuentan sus parientes, fueron repatriados por disposición suya y enterrados en el Ática a escondidas de los atenienses, pues no era lícito sepultarlo dado que era un exiliado acusado de traición*¹⁸.

El caso Antígona versus Creonte, lleno de numerosos y variados matices y sujeto a interpretaciones y valoraciones enfrentadas, puede ser visto, en

¹⁵ SÓFOCLES, *Antígona*, cit. p. 299.

¹⁶ K. REINHARDT, *Sófocles*, cit. p. 134.

¹⁷ JENOFONTE, *Helénicas*, Libro I, 7, 22, trad. y notas de Orlando Guntiñas Tuñón, introd. general de F. Javier Gómez Espelosín, Ed. Gredos, Madrid, 2000, p. 36.

¹⁸ TUCÍDIDES, *Historia de la guerra del Peloponeso*, Libro I, 138, 6, introd. general, trad. y notas de Juan José Torres Esbarranch, Ed. Gredos, Madrid, 2000, p. 252.

palabras de Luís Gil, de esta manera: “una muchacha muere por desobedecer un mandato del poder establecido que pugna con imperativos ético-religiosos de orden superior, un gobernante, accedido al poder en trágicas circunstancias, bienintencionado quizá, pero en exceso celoso de su mando, incurre en la **hybris** de un autócrata tiránico; por último el derrumbamiento de éste, con la reacción en cadena de suicidios que su actitud, modificada demasiado tarde, provoca”¹⁹.

Parece, por tanto, que hay que leer Antígona como la pugna entre lo perdurable y siempre válido de las leyes no escritas (e inquebrantables de los dioses) y las leyes de los hombres que se enfrentan a los contenidos de aquellas. La superioridad y la primacía en su respeto de las leyes no escritas sobre las del poder político es, sin lugar a dudas, la primera consecuencia que podemos y debemos sacar de la narración de la tragedia Antígona. Ello significa dejar de lado una interpretación muy seguida desde que Hegel la expusiera en su *Estética* (II, 2, I), o en su *Filosofía del Derecho* (Parte Tercera, sección primera, 166), describiéndola como un conflicto entre dos derechos, el familiar y el estatal, igualmente válidos. En todo caso, la última palabra y la jerarquía superior la tienen las leyes no escritas de carácter divino. Y por ello es repudiado Creonte por parte de su hijo y prometido de Antígona, por parte de los dioses por medio del adivino Tiresias, y por su propia esposa Eurídice. Y, además, no parece haber dudas en el hecho de que no solo las simpatías, sino las convicciones de Sófocles estén del lado de Antígona. Por ello no es difícil coincidir con Albin Lesky, cuando, frente a la interpretación hegeliana, ha señalado que “trasladada a Antígona, la teoría de los valores igualmente legítimos que chocan entre sí es una interpretación errónea”²⁰.

La fórmula que hace su aparición en uno de los momentos cumbre de la Antígona: “leyes no escritas e inquebrantables de los dioses” no admite gran discusión en cuanto al objetivo de su utilización por parte de Sófocles. Parece incuestionable que las leyes no escritas son las leyes seguras e intemporales de los dioses, es decir, la ley divina. Pero ya en la época de Sófocles la propia

¹⁹ L. GIL, Presentación a su traducción de *Sófocles. Antígona, Edipo rey y Electra*, Ed. Labor, Madrid, 1986, p. 5.

²⁰ A. LESKY, *Historia de la literatura griega*, versión española de José M^a Díaz Regañón y Beatriz Romero, Ed. Gredos, Madrid, 1989, p. 307. En este sentido se expresa también el juicio de José S. LASSO DE LA VEGA en su Introducción a *Sófocles. Tragedias*, Ed. Gredos, Madrid, 1998, pp. 78 y 79. Ver, también, la breve presentación de Antígona en *Esquilo, Sófocles, Eurípides. Obras completas*, bajo la coord. de Emilio Crespo, Ed. Cátedra, Madrid, 2004, pp. 523 y 524.

idea de ley no escrita amplió su significado a otras leyes, igualmente universales, fijas e intemporales que no tienen necesariamente un origen religioso o divino. Y a ello no es ajena la evolución social y política, el pensamiento ilustrado de los sofistas y los avatares de la ley democrática en Atenas. J. de Romilly utiliza este dato como una de las aportaciones que la Grecia clásica ha regalado a la cultura universal: *“Ahí reside el prodigio, ya que ese pueblo, hechizado por la escritura y las bases seguras que ofrecía a todos, inventó, sin embargo, la idea de las leyes no escritas para todo aquello que se sitúa más allá del terreno de las leyes. Esas leyes no escritas son muy conocidas gracias al elogio que hizo Sófocles en Antígona y en Edipo rey. Imponen, por ejemplo, el respeto por los suplicantes y los heraldos, el entierro de los muertos y la ayuda a los oprimidos. Pero lo importante es que son, contrariamente a las leyes escritas, universales”*²¹. Y pone como ejemplos además textos de Jenofonte, Isócrates y Aristóteles.

Volviendo al caso de Sófocles, este autor hace uso de esa fórmula, en el sentido de ley divina, también en un conocido texto de su tragedia *Edipo rey*, cuando, en un momento de su desarrollo, el coro resalta:

*“¡Ojalá el destino me asistiera para cuidar de la venerable pureza de todas las palabras y acciones cuyas leyes son sublimes, nacidas en el celeste firmamento, de las que Olimpo es el único padre y ninguna naturaleza mortal de los hombres engendró ni nunca el olvido las hará reposar! Poderosa es la divinidad que en ellas hay y no envejece”*²².

Según el análisis de W.K.C. Guthrie: *“la expresión “leyes no escritas” se aplicaba, en primera línea, a ciertos principios morales tenidos por universalmente válidos o válidos, al menos, para todo el mundo griego. Sus autores eran los dioses, y ninguna infracción podía quedar sin castigo”*²³. Este sería el caso que nos ocupa, aunque además, unas líneas más tarde, añade, lo siguiente: *“A mediados del siglo V iba ganando terreno una tendencia secular de pensamiento, a expensas del teísta que, de todas formas, no desapareció del todo”*. Y aquí es donde debemos situar la utilización que de la fórmula “ley no escrita” hace Pericles en su

²¹ J. DE ROMILLY, *¿Por qué Grecia?*, trad. de Olivia Bandrés, Ed. Debate, Madrid, 1997, p. 251. Ver, también, otro de sus libros, *Problèmes de la démocratie grecque*, Ed. Hermann, París, 1975, pp. 80 y 81.

²² SÓFOCLES, “Edipo rey” (863 y ss.), en *Tragedias*, introd. de José S. Lasso de la Vega, trad. y notas de Assela Alamillo, Ed. Gredos, Madrid, 1986, pp. 343 y 344.

²³ W. K. C. GUTHRIE, *Historia de la Filosofía griega*, tomo III, siglo V: Ilustración, trad. de Joaquín Rodríguez Feo, Ed. Gredos, Madrid, 1988, p. 134.

discurso fúnebre, que nos ha narrado Tucídides en su *Historia de la guerra del Peloponeso*, cuando destaca con vehemencia:

“Si en nuestras relaciones privadas evitamos molestarnos, en la vida pública, un respetuoso temor es la principal causa de que no cometamos infracciones, porque prestamos obediencia a quienes se suceden en el gobierno y a las leyes, y principalmente a las que están establecidas para ayudar a los que sufren injusticias y a las que, aun sin estar escritas, acarrearán a quien las infringe una vergüenza por todos reconocida”²⁴.

Según ha señalado J. de Romilly en referencia a las leyes no escritas en general, tanto las religiosas, como las laicas, se trata de leyes admitidas por los hombres, no incluidas en ningún código jurídico, que venían a solucionar las insuficiencias de las leyes escritas y que se veían como universales e intemporales. Una demostración de la preeminencia de lo eterno sobre lo perecedero y de lo seguro sobre lo precario. Y además se encontraban inscritas en la conciencia de los hombres. Cuando por influencia de postulados más ilustrados en el siglo V a.C. ganan en contenido moral y pierden en el religioso, pretenderán sustentarse más en un simple, pero reconocido, consenso humano.

Por ello, de la lectura de Antígona podemos concluir, coincidiendo con J. de Romilly, que *“contra la legalidad política encarnada en Creonte, Antígona representa un orden de los dioses, evidente para el corazón de los hombres y sancionado por unos y otros”²⁵*. Y quizá ahí radique el hecho de que la lectura de esta tragedia de Sófocles no haya perdido interés y oportunidad con el paso del tiempo.

4. ANTÍGONA EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

En las historias del Derecho Natural y de la Filosofía del Derecho no es raro encontrar referencias a la Antígona de Sófocles, concretamente al texto donde se enfrentan las *“leyes para los hombres”* con *«las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Estas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie*

²⁴ TUCÍDIDES, *Historia de la guerra del Peloponeso*, Libro II, 38, 3, op. cit. pp. 344 y 345. Ver, al respecto, la obra de N. LORAU, *La invención de Atenas. Historia de la oración fúnebre en la “ciudad clásica”*, trad. de Sara Vassallo, Ed. Katz, Madrid, 2012.

²⁵ J. DE ROMILLY, *La ley en la Grecia clásica*, trad. de Gustavo Potente, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2002, p. 31.

sabe de dónde surgieron". Pero un problema que surge inmediatamente es si esa idea de leyes no escritas nos remite a la ley natural o a la ley divina o a un combinado de ambas. Es difícil encontrar una respuesta clara y segura a esta pregunta. Así, por ejemplo, en un texto de Derecho Natural, claramente inspirado en un iusnaturalismo tomista, Miguel Sancho Izquierdo y Javier Hervada señalan respecto a la tragedia Antígona: "Ya Aristóteles se refiere a ella y es difícil encontrar escritos sobre el derecho natural que deje de aludirla. En términos poéticos, no filosóficos, Sófocles plantea en esta tragedia un dilema de todos los tiempos: qué hacer ante el mandato de la autoridad que contraviene la ley divina, manifestada en los dictados de la propia conciencia. Y lo resuelve en el sentido que la conciencia universal ha captado como el único recto: hay que obedecer antes la ley divina que la humana"²⁶.

Para Antonio Truyol y Serra, Sófocles suscita el posible antagonismo entre las leyes humanas y divinas, a la vez que "proclama que hay límites infranqueables para la acción del legislador"²⁷. Para Guido Fassó el contraste ley humana -ley superior (divina, eterna e inmutable) está descrito con claridad en la Antígona, dándose los primeros pasos de una concepción iusnaturalista que admitirá expresiones variadas desde el siglo V a.C. hasta nuestros días, pero una predominante y unívoca función: la de cuestionar la existencia, el carácter y el valor de las normas del derecho positivo cuando se enfrentan a dicha ley superior. O lo que es lo mismo, plantea un triple problema: "Problema jurídico, porque a propósito de este tema surge la discusión acerca de la validez de las leyes, pero también moral, porque se apela a la íntima conciencia del hombre, y político, porque contempla los límites del poder del Estado"²⁸.

Y junto a esta breve lista de intérpretes iusfilosóficos de la tragedia de Sófocles, no pueden faltar las reflexiones y las emotivas palabras que Ernst Bloch dedicó a Antígona en su *Derecho Natural y dignidad humana*: "Antígona tiene por violencia e injusticia la orden de Creón, y opone a ella el viejo Derecho no escrito de los lazos de la sangre. La tragedia de Sófocles no está construida como un problema ético-político, ni basada en un conflicto de deberes, sino basada en el conflicto entre dos Derechos. De un lado, el Derecho natural demetérico, del que Antígona

²⁶ M. SANCHO IZQUIERDO y J. HERVADA, *Compendio de Derecho Natural*, I, Eunsa, Pamplona, 1986, p. 82.

²⁷ A. TRUYOL Y SERRA, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, De los orígenes a la baja Edad Media, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1970, p. 127.

²⁸ G. FASSÓ, *Historia de la Filosofía del Derecho*, 1º. Antigüedad y Edad Media, trad. de José F. Lorca Navarrete, Ed. Pirámide, Madrid, 1978, pp. 25 y 26.

dice: “su existencia no es de ahora o de ayer, sino de siempre”; de otro lado, el nuevo Derecho, el Derecho masculino o de Zeus, al que se aferra Creón como rey”²⁹.

La discusión sobre la distinción entre legalidad y justicia, deudora, en parte, de las teorías iusnaturalistas, en la que reaparece el principal motivo, ya señalado, de la Antígona de Sófocles como pretexto, sigue siendo una cuestión actual de la Filosofía del Derecho. No en vano Hasso Hofmann en su *Filosofía del Derecho y del Estado*, en su segunda parte *Derecho injusto del Estado y Derecho por naturaleza* nos encontramos un capítulo primero con el título *La ira santa de Antígona*, donde leemos: “La imposición jurídica injusta de un poder estatal tiránico y la espantosa envoltura de rígida sofistería son, si bien se mira, antiguas y siempre repetidas experiencias. Por ello Antígona y Creonte en su lucha en torno al entierro de Polinices nos hablan directamente hoy, más allá de la profundidad del abismo de los tiempos (...). El sacrificio de Antígona rubrica el carácter inextinguible de la pregunta por la justicia conforme con el derecho o de los límites de la legitimidad del derecho”³⁰.

Y un filósofo del Derecho actual, tan poco dado a veleidades iusnaturalistas, como Luigi Ferrajoli, ha escrito: “La primera consecuencia de la primacía axiológica de la persona, con la que hemos identificado el “punto de vista externo”, es su **autonomía** en caso de conflicto entre derecho vigente y derechos fundamentales. La cuestión tiene antiguas resonancias, que evocan el conflicto entre derecho y moral, es decir, entre obligación política de obedecer las leyes aun cuando sean injustas y autodeterminación moral de las personas. La opción por la autonomía de la persona frente al estado se encuentra expresada de manera ejemplar en la tradición griega por la figura de Antígona”³¹.

5. CONCLUSIÓN: HACÍA UN NUEVO IDEAL DE CIUDADANÍA

²⁹ E. BLOCH, *Derecho Natural y dignidad humana*, trad. de Felipe González Vicén, Ed. Aguilar, Madrid, 1980, p. 117. Ver, al respecto, el excelente artículo de F. GONZÁLEZ VICÉN, “Ernst Bloch y el Derecho Natural”, en *Sistema*, núm. 27, noviembre de 1978, pp. 45 y ss. Incluido en su libro *Estudios de Filosofía del Derecho*, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, La Laguna, 1979.

³⁰ H. HOFMANN, *Filosofía del Derecho y del Estado*, trad. de Luís Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 108 y 110.

³¹ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto Bobbio, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Ed. Trotta, Madrid, 1997, p. 920.

Teniendo en cuenta el papel tan determinante que juegan las leyes inquebrantables de los dioses en la interpretación de las leyes no escritas, cabe preguntarse si el papel crítico de éstas se agota en su sentido religioso.

El análisis del contenido de la Antígona podría llevar a una interpretación más amplia y generosa que, sin olvidar las interconexiones entre política y religión, se fijara más en la actitud de nuestro personaje Antígona que en las razones utilizadas para desobedecer las leyes humanas.

¿Cabe una lectura de la tragedia de Sófocles que de lugar a la exaltación de un heroísmo cívico, más allá de la defensa de una religiosidad arcaica? Francisco Rodríguez Adrados se ha hecho una pregunta similar³² y me parece que el tratamiento de su posible contestación posibilita una respuesta afirmativa, al insistir que la obra añade al temor del castigo al impío otra perspectiva nueva. En su trabajo *Religión y política en la Antígona*, recogido años más tarde en el libro *Democracia y literatura en la Atenas clásica*, señala que “la Antígona descubre una nueva libertad, la virtud cívica del ciudadano que se opone a los abusos del tirano (...). No es esto, evidentemente, lo más importante desde el punto de vista de Sófocles, pero sí seguramente desde el de la posteridad. Esta reaccionaria, defensora sin esperanza de un rito fúnebre tradicional, funda casi sin darse cuenta el derecho a la discrepancia abierta frente al poder que quiere poner a su servicio la vida y las creencias todas del ciudadano (...). Sófocles abre de otra parte, con el sacrificio de Antígona, la vía para un futuro más humano”³³.

En esta interpretación de la postura de Antígona, no estaríamos muy lejos de la defensa de la obligación moral de desobediencia al poder tiránico, de las razones morales para la desobediencia a las leyes injustas o del imperativo de la disidencia que se ha evocado anteriormente.

Y lo mismo se podría concluir del tratamiento de otro catedrático de Griego, compatriota también, y estudioso de la Antígona de Sófocles por la misma época. Para Luís Gil habría que seguir la línea, paradójica al fin y al cabo, de ver a Antígona como la defensora de una moralidad negativa o crítica con el poder tiránico. Él nos recuerda que Antígona “defiende hasta el sacrificio de la vida una norma de derecho divino –la de recibir sepultura– que es a la

³² F. RODRÍGUEZ ADRADOS, *Religión y política en la Antígona*, Revista de la Universidad de Madrid, núm. 13, 1964, pp. 493-523 e *Ilustración y política en la Grecia clásica*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1966, pp. 316 y ss.

³³ F. RODRÍGUEZ ADRADOS, *Democracia y literatura en la Atenas clásica*, Alianza Universidad, Madrid, 1997, pp. 211 y 212.

vez un derecho humano”³⁴. Y a la hora de desentrañar el sentido que Sófocles quiso dar a su tragedia y la enseñanza que quiso extraer de ella para los ciudadanos de Atenas, cabría entenderlo como “un nuevo modelo de heroísmo cívico contrapuesto al ideal heroico”, “Antígona sería un anticipo mítico de un ideal de ciudadanía que habría de encontrar años más tarde su más cabal encarnación en Sócrates”³⁵.

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Instituto derechos humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
c/Madrid, 126
Getafe 28903 Madrid
e-mail: eusebio.fernandez@uc3m.es

³⁴ L. GIL, Presentación a Sófocles. *Antígona, Edipo rey y Electra*, cit., p. 14.

³⁵ Op. cit. pp. 16 y 17. Ver su artículo “Antígona o la areté política. Dos enfoques: Sófocles y Anouilh”, *Anuario de Letras*, II, México, 1962, pp. 159-190.

EL DERECHO DE LOS PUEBLOS A LA VIDA: EL CASO ARMENIO*

THE RIGHT TO LIFE OF PEOPLES: THE ARMENIAN CASE

ENRICO FERRI

Università Niccolò Cusano. Roma

Fecha de recepción: 18-9-15

Fecha de aceptación: 8-11-15

Resumen: *Considerar que todos los pueblos tengan derechos, significa reconocer que todo pueblo tiene características que merecen ser defendidas y tuteladas. Todo pueblo, en realidad, con su cultura, su lengua, su arte, sus costumbres, etc., ofrece una contribución original a la historia del hombre. Todo pueblo tiene un valor en cuanto pueblo y por tanto el derecho a existir y desarrollarse libremente. La historia moderna, sin embargo, a menudo ha asistido al predominio de políticas imperialistas, colonialistas y racistas basadas en la primacía de uno o algunos pueblos sobre otros, en ocasiones reducidos a súbditos y colonias. Negar a un pueblo el derecho a la vida significa quitarle la libertad, la autonomía y la autodeterminación, pero quizás también intentar eliminarlo físicamente, como ha ocurrido con el pueblo armenio y judío. Los Armenios han sufrido muchos atentados contra su derecho a la vida, a su identidad religiosa, a su autonomía, a la misma supervivencia física. No obstante, han sabido conservar su propia identidad y transformar el derecho a existir de una concesión y un reconocimiento en una conquista tenazmente y fuertemente defendida.*

Abstract: *To assert that all peoples have rights means acknowledging that each and every people embodies certain traits that deserve to be defended and protected. Each and every people, with its culture, language, art and traditions, etc., represents an original contribution to the history of mankind and, as a consequence, embodies the right to exist and to develop freely..Modern history, however, has seen imperialist, colonial and racist policies prevail – policies founded on the domination of one people, or a handful of peoples, over others reduced to being mere subjects or being colonised. To deny the right of a people to life is tantamount to taking away from it freedom, autonomy and self-determination,*

* Traducción al castellano de Katerine Solorzano.

and even to try and eliminate it physically---the case of the Jews and of the Armenians. The Armenians' right to life, to religious identity, to autonomy and even to their physical survival has been under attack many times. Yet they have succeeded in preserving their identity, transforming the right to existence from mere concession to an achievement strongly defended.

Palabras clave: autonomía, libertad, nación armenia, genocidio.
Keywords: autonomy, freedom, Armenian nation, genocide.

Aunque seamos una nación pequeña y poco numerosa, con fuerzas limitadas y generalmente sometidas a potencias extranjeras, en nuestra propia tierra se han cumplido muchas acciones valiosas, dignas de ser recordadas.

Mosè de Corene, I, 3

Afirmar que los pueblos tengan derechos fundamentales de reivindicar y de hacer valer, significa considerar como adquirida la idea de que cada pueblo tenga características dignas de ser conservadas y valoradas y que por lo tanto sea posible, mejor dicho "justo", reivindicar el derecho a existir. Veremos inmediatamente la naturaleza de estas características, si es así y por qué son tuteladas y también en qué sentido las encontramos en cada pueblo.

La *Declaración Universal de los derechos de los pueblos*, conocida también como *Carta de Argelia* (4 de julio de 1976) define una serie de derechos de los pueblos a partir del de la existencia, proclamado del artículo 1 de la *Carta*: "Cada pueblo tiene derecho a existir"¹.

La idea de que los pueblos, todos los pueblos, tengan derechos inalienables, se afirma con dificultad en el mundo y en la cultura contemporánea por diferentes motivos: por un lado la categoría de pueblo viene aplastada, por así decirlo, entre la de hombre y la del Estado; sobre todo si nos referimos a la noción de Estado absoluto o de Estado totalitario que se afirma en la Europa

¹ La *Carta de Argelia* fue publicada on-line por el "Centro Italiano di studi per la pace", www.studiperlapace.it, de donde he citado.

moderna, hasta el siglo XX² con los fascismos europeos y con las dictaduras de los países comunistas. Con el nazismo y el fascismo la idea de que un pueblo tenga un valor únicamente si posee la característica de una raza superior se afirma³ y se convierte en derecho del Estado. Con otras palabras, los individuos se clasifican por su pertenencia a una raza, que incluye a todos los individuos que tienen en común específicas características psicofísicas como el idioma o el color de la piel, la forma del cráneo o una determinada religión⁴. Las razas, además están clasificadas en base a sus presuntos valores y a otras características, inclusive de tipo físico como el color de los ojos o del cabello o el “ángulo facial”, es decir están ubicadas en una escalera jerárquica en donde en primer lugar se encuentra la raza “aria” o “indoeuropea” y en el último puesto la “raza negra” y la “raza semita”. La noción de pueblo adquiere valor solamente si se identifica con la raza; obviamente es una raza de tipo superior, pero esto ocurre sólo con los alemanes para los que la categoría de *Volk* (pueblo) y *Volksgemeinschaft* (comunidad de pueblo) adquiere un valor y es un fundamento jurídico solamente porque el pueblo se identifica con la raza aria por excelencia. El pueblo alemán para los nazis es una realidad fundada en *Blut und Boden*, en la sangre y la tierra.

La experiencia histórica del comunismo “real” ha confirmado los presupuestos del comunismo teórico, de la doctrina marxista. El sujeto de la historia no es el pueblo, sino el proletariado, una parte del pueblo que no obstante encarna y representa los intereses de cada hombre, los intereses de la humanidad.

² Para HOBBS, la noción de pueblo no reenvía a una entidad natural, sino a una realidad que se constituye a través del *pactum unionis* que es al mismo tiempo un *pactum subiectionis*. Sobre este aspecto, vid. *De Cive*, “Imperium”, VII,7: “ante constitutionem civitatis, Populus non extitit, ut quae non erat persona aliqua, sed multitudo personarum singularium”.

³ En Alemania con las leyes de Núremberg de 1935, con leyes como la de la defensa de la sangre y del honor alemanes (*Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*) del 15 de septiembre de 1935; en Italia con las leyes de “Difesa della razza”.

⁴ Una útil, elaborada reconstrucción del racismo y de su génesis, se encuentra en G.L. MOSSE, *Toward the Final Solution. A History of European Racism*, Howard Fertig Inc., New York, 1978, en particular en la primera parte sobre “Los orígenes” del fenómeno, que toma en manera más específica los aspectos racistas de la cultura alemana descritos por Mosse en la primera sección de otro estudio suyo de 1964, *The crisis of German Ideology*, sobre los “Fundamentos ideológicos” del Tercer Reich. Sobre los orígenes europeos y los camuflajes contemporáneos del racismo, véase de P.-A. TAGUIEFF, *Le racisme*, Flammarion, Paris, 1997. Una sintética, pero no banal reconstrucción histórica del fenómeno racista, desde la esclavitud romana hasta el *apartheid* en Sud Africa, se encuentra en F. DE FONTETTE, *Racisme*, PUF Paris, 1985.

Tanto la burguesía como el sub-proletariado (*Lumpenproletariat*) representan intereses anti-revolucionarios y anti-humanos. El comunismo está encarnado, representado y actuado por el proletariado no por el pueblo, no por la nación. El comunismo representa los intereses humanos universales; el nacionalismo, los intereses de una comunidad específica, particular. La Unión Soviética se ha constituido a través de la negación de derechos de las naciones como la armenia, a través de la invasión y el intento de asimilación. La reivindicación de la propia especificidad histórica, cultural, lingüística y religiosa era considerada como una expresión de nacionalismo contrarevolucionario y como tal reprimido⁵.

La teoría ilustrada que está en la base de la declaración de los derechos del hombre tiene presupuestos iusnaturalísticos: está fundada en la idea de una naturaleza común que pertenece a cada ser humano, naturaleza fundada en la razón, en la inteligencia. Mientras el pueblo-nación se caracterizaba sobre todo por sus particularidades (lengua, costumbres, religión, etc.), “el hombre” se definía por un elemento esencial, natural, universal, metahistórico: la razón⁶.

La categoría de los derechos de los pueblos puede ser un puente, como se ha escrito, entre los derechos del hombre, en donde se reduce a los individuos a la categoría genérica y abstracta de “hombre”, y el Estado-Leviatan que deja a la realidad del pueblo, a su componente humana, un espacio bastante restringido⁷.

⁵ Para una realista representación de la situación en la Armenia soviética, no sólo de la cuestión nacional, vista desde diversas perspectivas analíticas, renvío a las consideraciones de A. TER MINASSIAN, *La question armenienne*, Editions Parenthèses, Roquevaire, 1983, pp.169-230 y de A. y J.-P. MAHÉ, *Histoire de l'Arménie des origines à nos jours*, Perrin, Paris, 2012, pp. 527-586.

⁶ A la pretendida primacía del universal sobre el particular se puede oponer, como hace De Maistre, la concreción histórica del modelo particular, del pueblo-nación.

⁷ Que el pueblo no pueda reducirse a su representación política, burocrática y administrativa, o sea al Estado, será evidente más adelante en la consideración de la realidad histórica del pueblo armenio, que sólo en forma extraordinaria se constituyó como Estado independiente. Los Armenios se quedarán sin autonomía política desde 1375, fecha de la conquista del reino de Cilicia por parte de los Mamelucos, hasta 1918, cuando se constituye la República armenia independiente que tendrá una vida efímera de sólo dos años. Hay que esperar otros setenta años para que vuelva a nacer una República independiente, sobre las cenizas y los territorios de la ex República socialista soviética de Armenia. Casi 30.000 Km² que ocupan sólo una pequeña parte de los límites históricos de Armenia, afuera de estos límites se encuentra el Ararat, el más antiguo y representativo símbolo de la nación, que los Armenios llaman *Masis* y del que desde el Yerevan se puede ver sólo su lado oriental. El monte Ararat viene definido

François Rigaux, ha indicado que: “L’espace occupé par le droit de peuples se situe aussi entre, d’un part, le droit public interne, dans la mesure ou ‘le respect effectif des droits de l’homme et des libertés, fondamentales pour tous’ (Déclaration, art. 7) est l’un des éléments constitutifs du droit du peuple à l’autodétermination politique, et, de l’autre, l’ordre juridique international qui régit les relation interétatiques”⁸.

En el plano del derecho interno, continúa Rigaux, el derecho de los pueblos integra e redefine la doctrina de los derechos del hombre porque estos terminan por atrofiarse “cuando se pretende sacarlos de la dimensión colectiva a la que pertenecen”⁹, mientras que si consideramos el derecho de los pueblos en el ámbito internacional, estos “desmitifican la lógica extrema según el cual el pueblo se identifica con el Estado”¹⁰.

A partir de estas observaciones, podemos decir que la referencia a la categoría del derecho de los pueblos, resalta el carácter colectivo de los derechos fundamentales que derivan del carácter complejo y plural de la identidad individual, caracterizada por elementos como el lenguaje que son siempre una herencia y un patrimonio colectivo¹¹.

azad, “libre”, “noble” desde la antigüedad y el “noble Masis” lo llama Mosé de Corene en su *Historia*, libro I, XXX, libro II, LXI, de la que encontramos una edición italiana “Illustrata dai monaci armeni mechitaristi. Ritocata quanto allo stile da N. Tommaseo”, segunda edición, Venezia, Tipografía armenia de San Lazzaro, 1850. Las citas se encuentran en la p. 83 y la p. 208 de esta edición.

⁸ F. RIGAU, “Reflexion preliminaires su le concept de peuple”, en AA.VV, *Les Armenians. Le visage d’un peuple*, pp. 25-34, Symposium organisé par la Fondation internationale Lelio Basso pour le droit et la liberation des peuples, Venise, octubre 1985.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Las críticas más radicales de la teoría de los derechos del hombre, son llevadas a cabo desde la perspectiva individualista por Max Stirner, en el *Der Einzige und sein Eigentum* (1845) y por Joseph De Maistre, desde la perspectiva comunitaria, que en una obra de 1797, *Considération sur la France*, en el capítulo VI escribe: “En mi vida he visto franceses, italianos, rusos y otros; gracias a Montesquieu sé también que se puede ser persa; pero por lo que concierne al Hombre, declaro que no lo he encontrado nunca en mi vida y si existe seguramente yo no lo sé”. El primero sostiene que “*der Mensch*”, “el hombre” es una abstracción ya que existen sólo individuos y cada uno es “*der Einzige*”, único, original e irrepetible. El objetivo polémico de Stirner esta representado por la teoría ilustrada de los derechos del hombre y del humanismo ateo de Feuerbach que encontramos en *Das Wesen des Christentums* (1841). De Maistre, acusa de abstracción la teoría de los derechos del hombre ya que sostiene que los hombres reales, como nos los muestra la realidad histórica, tienen características de identidad que derivan de su pertenencia a un pueblo y a una comunidad.

En este punto, podemos como dirían los franceses, “aborder la question”, afrontar la cuestión principal: ¿existen presupuestos ciertos e incontrovertibles que nos permiten sostener que los pueblos tienen derechos fundamentales, el primero sobre todos el “derecho a existir”? La respuesta es negativa, si es que con “derecho de los pueblos” quisiéramos sostener que en el ámbito histórico siempre se ha reconocido –y por consiguiente respetado– el derecho de los pueblos a existir y los otros derechos que derivan de este derecho fundamental. Durante siglos, a muchos pueblos se les ha negado el derecho de existir, no solo porque fueron eliminados físicamente, sino porque fueron privados de su identidad de pueblo, de sus características colectivas (lengua, costumbres, tradiciones, memoria histórica); fueron dispersos y/o asimilados, es decir los individuos, las personas, las familias y las comunidades han podido sobrevivir solo cambiando su identidad, convirtiéndose en otros. Desde los etruscos hasta las poblaciones autóctonas de América, hemos sido testigos de esta destrucción-dispersión-asimilación. A las naciones nativas de Norteamérica, a los Mohicanos, a los Seminolas, a los Sioux, a los Apaches se les ha negado incluso un nombre propio, un nombre que es la síntesis de la identidad. Fueron llamados indios porque Colón pensaba en 1492 que había llegado a las Indias.

Del mismo modo, las grandes civilizaciones de los Toltecas, Mayas, Incas, Aztecas llegaron a ser las de los “pueblos pre-colombinos”, como si hubieran tenido que esperar miles de años para saber quiénes eran realmente y después descubrir que el año uno de su historia era el 1492, año que marcaba el límite entre el inicio de la historia verdadera y de la civilización y el tiempo precedente, el de la no-historia y de la pseudo-civilización¹².

Anteriormente se decía que las teorías racistas puestas como fundamento de la política y de la legislación racial en los años 30 y 40 del siglo pasado, no sólo en Alemania sino también en gran parte de Europa¹³, establecieron

¹² 12. Del mismo modo en que el nacimiento de Jesucristo señala el nuevo curso del tiempo, el *Annus Domini*, el de la “buena nueva”, de la liberación y de la salvación, mientras el tiempo precedente *ante Christum* tiene un valor y una justificación solamente como tiempo de la preparación y del anuncio del advenimiento salvador de Cristo, através del cual “La verdadera luz, que ilumina cada hombre venía al mundo”, como leemos en Juan 1, 9. Inclusive en el Islam el traslado de Muhammad y sus seguidores desde la Mecca a Medina en el 622, señala el año uno de la nueva era del Islam mientras la época pre-islámica es definida como “el tiempo de la ignorancia”, la *Jāhiliyya*, cfr. la voz *Dgahiliyya*, de la *Encyclopédie de l’Islam*², RÉD.

¹³ Véase, por ejemplo *Antisemitismo in Europa negli anni Trenta. Legislazioni a confronto*, a cura di A. CAPELLI y R. BRAGGINI, Franco Angeli, Milano 2001 y *Pagine di storia della shoa. Nazifascismo e collaborazionismo in Europa*, a cura di A. CHIAPPANO e F. MINAZZI, Kaos

una serie de discriminaciones sobre la base de una presunta supremacía racial que ponía en los primeros puestos a los pueblos que pertenecían a una hipotética raza “aria” y en las antípodas a los judíos, semitas y a los “negros”. A los hebreos, considerados una “raza enemiga” no se le reconocía ningún derecho a existir, de la misma manera que no se reconoce el derecho de existir a un virus o a un parásito¹⁴.

Si el problema se plantea en estos términos, allí donde el otro no es solamente el diferente o extraño sino que también es una amenaza para nuestra seguridad y nuestra existencia, la solución se convierte en una cuestión de profilaxis terapéutica cuyo resultado es evidente: de un elemento patógeno o de un virus sólo nos podemos defender eliminándolo. Una visión médica orientada según los postulados de la doctrina nacional-socialista describe al judío como un “apéndice canceroso en el cuerpo de la humanidad”¹⁵ y considera al “homicidio como un imperativo terapéutico”¹⁶. Si el judío es equiparado a un “piojo”, en la filmografía racista a menudo a una rata, su eliminación no tendría que generar sentimientos de culpa, más bien debe ser vista como un servicio a la humanidad¹⁷.

En la jerarquía racista, el “negro” estaba ubicado junto con el judío en el último lugar de la escalera de los valores, pero era considerado un poco be-

Edizioni, Milano, 2005, en particular el trabajo de de F. M. FELTRI “Il caso polacco”, pp. 129-144 y “Riflessioni sulla ‘questione ebraica’ in Romania, ieri e oggi”, pp. 261-274. Véase también de E. COLLOTTI, “L’antisemitismo tra le due guerre in Europa”, in *La menzogna della razza*, Grafis, Bologna, 1994, pp. 101-112.

¹⁴ Hitler define a los hebreos “seres de sangre impura” que constituyen una raza maléfica, portadora de desgracias. Para describirlos usaba frecuentemente los términos “bacilos”, “parásitos”, “infectadores de la sangre ajena”, “propagadores de infecciones”, “sanguijuelas” contra los que había que defenderse “como lo han hecho en el siglo pasado Pasteur y Kock”, en A. GRUNBERG, *Shoah, gli ebrei e la catastrofe*, Electa-Gallimard, Milano, 1995, p. 34.

¹⁵ Esta expresión pertenece a un médico nazi, Fritz Klein, al que se le preguntó cómo podía unir su misión de médico que según el juramento hipocrático tendría que haber dado tranquilidad y cura, al contrario de lo que hacía. Klein respondió: “Obviamente soy un médico y deseo conservar la vida. Y por respeto a la vida humana quitaría un apéndice con cáncer de un cuerpo enfermo. El hebreo es el apéndice con cáncer en el cuerpo de la humanidad”. La discusión de la temática del homicidio “situada en una visión médica” en R. J. LIFTON, *I medici nazisti*, trad. it., Rizzoli, Milano 2002, p. 31 y ss.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Los médicos nazis que torturaron y asesinaron miles de personas en los campos de concentración repartidos por toda Alemania y en Europa oriental, casi nunca tuvieron sentimientos de culpa y remordimientos por sus comportamientos sádicos y homicidas; véase la amplia documentación en R. J. LIFTON, *I medici nazisti*, cit., pp. 352 y ss.

nevolamente que el semita porque, aunque hubiera sido descrito como una “raza inferior”, no tenía para los racistas la potencialidad destructiva de los judíos. No estaba en condiciones de dominar a la raza blanca, sino de “contaminarla” a través de las uniones mixtas y de la procreación de mestizos, una verdadera obsesión de todos los racistas, comenzando con De Gobineau¹⁸. La legislación racial tiene sus orígenes en las políticas coloniales de *apartheid*, de separación/ discriminación hacia los africanos autóctonos, partiendo de la tesis considerada como evidente de que los “negros” por un lado eran seres inferiores, dotados de una cultura y prácticas de vida primitivas y que, precisamente por estas condiciones, no eran capaces de aprovechar de las enormes riquezas del continente africano, que en cambio tenían que ser valoradas en ventaja de la humanidad. Estos argumentos racistas eran la base del colonialismo y de la legislación racista fundada en el *apartheid*. El estereotipo del africano “salvaje/niño” sirvió también para presentar hipócritamente el colonialismo como una oportunidad de elevación y de civilización para los pueblos colonizados, mientras los colonizadores eran descritos como educadores, civilizadores que tenían que hacerse cargo, como si fuera una obligación moral, de la salvación de los africanos, “mitad demonios y mitad niños” como se puede leer en una poesía famosa de Rudyard Kipling¹⁹.

El racismo basado en la primacía de la raza blanca y/o de la raza aria no incluyó solamente los fascismos europeos, sino también a todos los estados que en los siglos XIX y XX promovieron políticas coloniales, como también

¹⁸ Una amplia documentación sobre la relación entre racismo y colonialismo presente en Italia durante las décadas fascistas se encuentra en *La menzogna della razza*, cit., a través de los diarios humorísticos, dibujos animados, tarjetas coloniales, literatura colonial, ivi, pp. 147-192 y pp. 276-297, materiales que analizan en particular el “problema del mestizaje” y el *apartheid* en la Africa italiana. En el periódico *La difesa della razza* (1938-1943), órgano oficial del fascismo in materia racial, existían una serie de artículos sobre los fundamentos raciales del colonialismo como los de L. CIPRIANI “Razzismo coloniale” (20 agosto 1938) y “Razzismo e possessi coloniali” (5 septiembre 1938).

¹⁹ La reducción del otro a objeto de curiosidad, como realidad extravagante, exótica como un monstruo se representa bien como un fenómeno de una reciente muestra en el Museo du Quai Branly (29/11/2011-3/6/2012) con el título *Exhibitions. L'invention du sauvage*, cuyos documentos se encuentran en el catálogo *Acte Sud*, Paris, 2011. Desde la mitad del siglo XIX hasta inicios de las primeras décadas del siglo XX, miles de hombres y mujeres no europeos, como “salvajes” fueron exhibidos en zoológicos humanos, en circos, en ferias; en *freak-shows* sobre todo en Europa y en USA. Escribe Pascal Blachard, uno de los autores de la muestra en la presentación del catálogo: “Exiber des hommes et des femmes, les mettre à distance de visiteurs, le presenter comme différents et inférieurs, c’est construire une sorte de mise à distance entre le normale et l’anormale, c’est inventer une coupure entre deux humanités”.

los mismos Estados Unidos, que justificaron la reducción a la esclavitud de millones de seres humanos deportados a la fuerza de los territorios de origen basándose en una diferenciación racista.²⁰

La idea de que algunos pueblos tengan el derecho a imponerse a otros hasta reducirlos a “colonias”, versión moderna de la esclavitud, es muy antigua, mientras que sólo en épocas modernas se afirma la convicción, compartida en el corazón de Europa por decenas de millones de personas, de que por motivos raciales los judíos habían de ser discriminados, práctica que fue la antecámara de la deportación y después de la eliminación física²¹.

El mismo hecho que haya sido necesario codificar el “derecho de los pueblos a existir” significa que se ha querido crear una obligación jurídica, o sea que se ha querido hacer obligatoria una condición –la libertad de existir– que en los hechos no es muy segura²². La obligación jurídica, en cuanto que convierte en obligatorio un comportamiento entre aquellos que son posibles, debe ser justificada. ¿Sobre qué presupuestos se puede justificar el derecho de los pueblos, de todos los pueblos, a existir? ¿Qué significa existir?, ¿un mero permanecer vivo?

A lo largo de la historia, el derecho de existir en sentio pleno, es decir fundado en la libertad de ser dueños del propio destino, por tanto en la autonomía y en la autodeterminación, ha sido una prerrogativa duradera en el tiempo sólo para algunos pueblos. Tal privilegio se ha construido de hecho sobre la desigualdad y sobre relaciones asimétricas entre Estados y pueblos. Al contrario, la idea de que cada pueblo tenga derecho a existir, independientemente de su lengua, de su cultura, de su religión, etc., significa reconocer que un pueblo deriva este derecho esencial no de una característica específica –por ejemplo su lengua y su patrimonio literario que se ha creado a partir de ésta– sino por su naturaleza de pueblo, por el simple hecho de ser

²⁰ Para una representación sintética de la condición de los indios de América y de los negros de USA y sobre los presupuestos jurídicos de la misma, principalmente sobre la base de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, vid. C. CARDIA, *Genesi dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2003, pp. 47 y ss.

²¹ Uno de los mejores y más extensos análisis, un verdadero *Lebenswerk*, es el estudio de R. HILBERG, *The Destruction of the European Jews*, Holmes & Maier Publishers, Inc., New York-Londres, 1985, texto revisado y ampliado en las nuevas ediciones aparecidas en francés, alemán e italiano.

²² Acerca la diferencia entre obligación jurídica y necesidad natural, se vea el penetrante análisis de S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milano 1981, pp. 58 y ss.

pueblo. Sería de otro modo difícil, si no imposible, hablar de “derecho de los pueblos a existir”.

En este punto es necesario tratar de responder a la cuestión fundamental: ¿con qué argumentos es posible justificar el derecho a los pueblos, de todo pueblo, a existir?

Antes de intentar una respuesta, tratemos de definir qué significa la expresión: “cada pueblo tiene derecho a existir”. No significa sólo reconocerle el derecho de mantenerse con vida, sino de conservar la propia identidad, que es la de un conjunto humano, caracterizado por componentes distintos como los culturales, “espirituales”: la lengua, el arte, la religión, la mitología, etc.

Mantener la propia identidad conduce a un proceso no sólo de conservación si no también de evolución, ya que la identidad de los pueblos y de los individuos no es estática, dada sólo una vez, sino dinámica, cambia. Al mismo tiempo la identidad de los pueblos, como la de los individuos, es el resultado de las relaciones que ellos establecen con el ambiente y en su interior, con otros pueblos, comenzando por los más cercanos. Ya la historiografía, la antropología y la geografía elaboradas en Grecia a partir del siglo V, comprendieron la importancia del ambiente, pero también de las instituciones, para la formación de los caracteres de los diferentes pueblos. Hipócrates, en un texto famoso, trata de definir el carácter del hombre griego y del hombre asiático a partir de las diferencias geográficas, climáticas, orográficas y del tipo de interacción que ellos establecieron con el propio ambiente. Hipócrates retoma tesis, desarrolladas en Herodoto y otros autores, según las cuales también son importantes las instituciones políticas de las que se dotan las comunidades, es decir los principios de referencia –por ejemplo la libertad y la igualdad– para regular las relaciones internas²³.

La relación entre la comunidad política y la tierra es considerada fundamental ya desde la época de los Griegos, los primeros que construyeron las categorías político-antropológicas, que serán consideradas fundamentales por la cultura europea.

Los Atenienses se definen “nacidos de la tierra” y Heródoto²⁴ muestra la afirmación de los mismos Atenienses: “junto a los griegos no somos

²³ HIPOCRATES, *Aires, aguas, lugares*, § 23.

²⁴ HERODOTO *Historias*, VII, 161.

inmigrantes”²⁵. Tucídides²⁶ hace comenzar la famosa oración fúnebre a los caídos del primer año de la guerra del Peloponeso con un elogio de los antepasados, los que “siendo siempre los mismos habitantes de esta tierra (...) la conservaron libre hasta nuestros días”. El *topos* de lo autóctono lo encontramos no sólo en el género autocelebrativo del epitafio, como vemos en Lisias y Demóstenes, también forma parte de los mitos fundadores de la democracia ateniense: haber nacido todos en el mismo territorio, haber vivido siempre de forma autónoma es índice de una igualdad típica de los bien nacidos, de un buen y común origen y de un conjunto de libertades e independencia²⁷. Creo que estos elementos para un pueblo, pueden ser considerados constitutivos de su derecho a existir; tener un territorio sobre el cual poder vivir y desarrollar libremente la propia identidad; con la convicción compartida por toda la comunidad, de tener una tierra, un origen, una historia y un destino comunes.

Podremos en este punto preguntarnos por qué no sólo los pueblos económica y militarmente potentes, científicamente desarrollados, numérica e históricamente importantes, tengan derecho a existir, como pensaban los racistas, imperialistas, colonialistas, etc., sino todos los pueblos, cada pueblo en cuanto pueblo tenga el derecho de reivindicar un pasado propio, un presente de libertad y autodeterminación, y a proyectar un futuro común, es decir a existir no en un libro o en un museo, sino como una realidad que vive y se desarrolla según sus propias modalidades.

Si nos planteáramos la misma pregunta sin referirnos a los pueblos sino a los hombre y nos preguntáramos sí y por qué cada hombre tiene derecho a existir, la respuesta podría ser que cada ser humano, cualquiera sea su “raza”, religión, cultura y condición, tiene derecho a existir porque la humanidad que le es propia, la condición de hombre, tiene por sí misma un valor que va reconocido y defendido. Lo mismo se puede decir de un pueblo, de cada pueblo que a través de su historia, su lengua, su arte, cultura, es decir sus características, representa una manera original y única de interpretar y organizar la vida en modo comunitario, en el tiempo y en el espacio.

²⁵ HERODOTO en VIII, 46 lleva a los Atenienses a un grupo de Pelasgi llamados Cranai, míticos habitantes de Attica.

²⁶ TUCIDIDES, *La guerra del Peloponeso*, II, 36.

²⁷ A los mitos constitutivos de la identidad ateniense se ha dedicado el estudio sistemático de N. LORAU, *L'invention d'Athènes*, Payot & Rivages, Paris, 1993; el primer capítulo está dedicado a la oración fúnebre en la sociedad democrática. Sobre los atenienses “nacidos de sí mismos”, *ivi*, p. 76, con referencia a la tragedia en nota.

Cada pueblo expresa una manera de estar en el mundo, un modo original de colocarse y referirse al espacio (con su geografía, su arquitectura, un urbanismo particular), al tiempo (a través de la historia, el mito, la religión) a la alteridad (con el arte, la literatura, la poesía) a los fundamentos de la vida (con la religión, la filosofía) y así sucesivamente.

De esa manera, cada pueblo a través sus características, sus manifestaciones, su historia, contribuye de modo importante a la historia de la humanidad: garantizarle el derecho a existir significa darle la posibilidad de conservar y desarrollar su identidad, de enriquecer el retrato que el hombre dibuja en el tiempo con su obra.

Si fuéramos a buscar en el plano histórico un ejemplo de pueblo, nación, para indagar en el campo de las luces y las sombras del derecho a la vida, ninguno podría ser más significativo que el de la circunstancia histórica del pueblo armenio, que nos muestra en forma práctica tantos tipos de amenazas y de atentados que puede sufrir el derecho a la vida de un pueblo, pero también una serie de características propias de su cultura, su arte, su lengua, en definitiva las múltiples manifestaciones y representaciones de su articulada identidad, que le han dado, bajo perspectivas diversas, un puesto de importancia, como diría Hegel, en la “historia universal”.

En las páginas que siguen, trataré de explicar aunque sea en modo sintético, los principales argumentos y los hechos más importantes, que han amenazado y negado el derecho a la vida de la nación armenia y luego, qué hubiera podido significar para el patrimonio de la humanidad en su conjunto la pérdida de la herencia de este pueblo, que en diversos aspectos representa un *unicum*.

Hemos dicho en las páginas anteriores que el derecho a la vida para un pueblo, se ejecuta a través de la relación con su tierra²⁸, que representa no solo el lugar en donde se desarrolla su existencia, sino también el vínculo material y al mismo tiempo simbólico de las generaciones que en esa misma tierra han trabajado y combatido.

He recordado también que para un pueblo, derecho a existir significa tener la posibilidad de autodeterminarse, de vivir libre, de darse en total au-

²⁸ “tierra que por muchas veces durante la historia se ha perdido y se ha vuelto a conquistar, pero siempre regada y cultivada”, escribe Verjin MANOUKIAN en su hermoso libro sobre la *Cucina Armena*, OEMME Edizioni, Milano 1997, p.15. Un texto instructivo sobre la presencia de complejas influencias culturales en la cocina armenia, que como toda cocina es una *melange* de influencias que provienen de la historia, de la geografía y de la religión.

tonomía las reglas de vida, de elegir libremente: de obedecer sólo a sus leyes, como decía Cicerón.

El desconocimiento y /o la pérdida del derecho a existir, pueden manifestarse en varios modos y en varios grados: con la pérdida de la unidad entre el pueblo y el territorio, por ejemplo, como consecuencia de deportaciones o diásporas de dispersión. Tales procesos provocan una ruptura de la unidad de la comunidad, su fractura: la pérdida de la unidad y de la continuidad de vida de las generaciones en el espacio y en el tiempo.

Se pierde el derecho a existir cuando la propia identidad es comprometida o anulada, cuando, por ejemplo, son "asimilados", reducidos a otra cosa, a algo radicalmente diverso de aquello que éramos. Este proceso puede desarrollarse de diferentes maneras, como en el caso de los niños que son separados de su familia, de su ambiente y de su comunidad, educados en el uso de otra lengua, en otros valores o en el honor a otras divinidades. O bien la asimilación puede aparecer para un adulto bajo el ropaje de una "libre conversión", una "libre" conversión que no casi nunca es tal si se elige como alternativa a la muerte.

A estas diversas modalidades de pérdida del derecho a existir, que son todas violentas pero no siempre sanguinarias²⁹, debemos agregar otra, la más violenta, extrema y definitiva: el genocidio, o sea la eliminación material de un pueblo. Mientras la crisis del derecho a existir determinado por la dispersión o de la asimilación lleva a la pérdida de la identidad de un pueblo o de la parte que la sufre, pero le permite continuar viviendo, si bien con otra identidad y otras características, el genocidio no sólo determina la pérdida de una identidad espiritual, sino también la destrucción física de los portadores de esa identidad. Genocidio significa destrucción de un pueblo y de su cultura que, al límite, puede sobrevivir sólo como un producto fosilizado, como un resto arqueológico, como material de museo una vez que el pueblo que la ha creado ha desaparecido.

En el curso de la historia, cuando se habla de Armenia, casi siempre se hace referencia a una tierra y a una región geográfica, no a un Estado, porque las épocas en que los Armenios han podido constituir un Estado autónomo han sido relativamente pocas. Armenia es una región geográfica, no un Estado, pero su posición en el espacio ha determinado en muchos sentidos

²⁹ Esto resulta evidente si nos referimos a procesos como la deportación o la asimilación forzosa, también a fenómenos diaspóricos determinados por factores socio-económicos (estado de guerra, miseria, etc.) que son la consecuencia de una forma de coherción.

su historia política y las relaciones internacionales. El geógrafo Karl Ritter ha definido a Armenia “isla de montaña”: una isla hecha de montañas y de valles por lo general inaccesibles, una isla de montaña rodeada de las corrientes oceánicas de grandes pueblos y grandes civilizaciones que, a lo largo de los siglos, se han alternado en las fronteras de Armenia y han tratado de arrasarla y a veces lo han logrado, pero nunca definitivamente.

Esta ha sido una constante en la historia de Armenia: el derecho a la vida nunca ha sido una concesión gratuita, sino una conquista difícil, nunca segura, nunca definitiva. Más que el derecho a la vida, los Armenios han conocido la lucha por la supervivencia contra grandes pueblos como los Persas, los Griegos, los Romanos, los Bizantinos, los Mongoles, contra civilizaciones continentales como la Aqueménida y la Sasánida, como la Islámica y la Comunista; contra invasores provenientes de todas las direcciones, Mamelucos árabes, Turcos selyúcidas y otomanos, Bizantinos cristianos, Mongoles nestorianos, Persianos mazdeístas primero y después chiítas. Desde el comienzo de su historia, Armenia se encontró en condiciones de tener que defenderse de la conquista, de la asimilación, de la destrucción, desde el principio los Armenios tuvieron que luchar para defender su derecho a existir.

El primer documento en el que hay una referencia expresa a la nación armenia consiste en las inscripciones rupestres de Behistun (en tres lenguas), un lugar situado entre Susa y Ecbatana que en persa (*baga-stama*) significa “lugar (consagrado) a los dioses”. Darío I después de declarar sus títulos y su legitimidad hereditaria (como aqueménida) y divina (“gracias a Ahuramazda yo soy rey”) hace la lista de los pueblos “que le obedecen.” La lista de los pueblos definidos *bandaka*, sus siervos.

Entre los veintitrés pueblos, los Armenios se encuentran en el undécimo lugar, están en el centro del imperio en la decimotercera satrapía³⁰. En otras inscripciones, los Armenios están siempre presentes; en las de Nasqš-e-Rostam se encuentran entre los pueblos que según decía Darío, “me traen un homenaje, hacen lo que digo, están bajo las órdenes de mi ley”³¹; en las inscripciones del palacio de Persépolis los Armenios se indican entre los pue-

³⁰ Vid. *Les inscriptions de la Perse achéménide*, de P. LECOQ, Gallimard, París, 1997, p. 132 y p. 188 (elenco de los pueblos sometidos); en las pp. 14 e 15, el mapa del imperio con las veinte satrapías. HERODOTO, III, 93, dice que “de la Pattica y de los Armenios Darío recibía cada año 400 talentos”.

³¹ *Les inscriptions de la Perse achéménide*, cit., p. 220.

blos sujetos a tributo³², mientras que las escritas en babilonio en el palacio de Susa, una de las capitales del Imperio aqueménida, Armenia se menciona como Urartu³³. Los Armenios también están presentes entre los tres pueblos que sostienen el trono de Darío³⁴. La inscripción de Behistun es una descripción, en primera persona, es decir, que Darío hace de las campañas militares para restaurar el orden después del intento de usurpación del trono por el mago Gautama, intento reprimido por la aristocracia persa, pero que causó la crisis del poder central y la rebelión de muchas naciones del imperio.

Darío dice que promovió dos campañas militares contra Armenia, la primera dirigida por el general Dādarši, que tuvo que reprimir tres rebeliones, la segunda dirigida por un general persa que reprimió dos levantamientos³⁵.

La imagen de los Armenios que se desprende de los documentos aqueménidas, de una nación obligada a servir, oprimida por los impuestos, pero siempre en busca de la libertad, del derecho a existir, de la autonomía, dispuesta a rebelarse, será recurrente en la historia de este pueblo.

Hay dos eventos que serán fundamentales en la historia de los Armenios, que definirán completamente su identidad de nación y que introducirán una nueva dimensión en su lucha por la existencia, por su derecho a existir: la conversión al cristianismo del rey armenio Tiridates III en el 201 por parte de Gregorio el Iluminador, y la creación del alfabeto armenio que permite el nacimiento de una literatura nacional, a partir de la traducción armenia de la Biblia y de los textos canónicos de la religión cristiana³⁶.

³² *Ivi*, p. 228, JENOFONTE en la *Ciropedia*, II, 12, III, 1-43, habla de una expedición de Ciro contra un rey armenio que no había pagado el tributo.

³³ *Les inscriptions de la Perse achéménide*, cit., p. 133.

³⁴ *Ivi*, p. 225. Los Atenenses reclaman un puesto de honor en la pelea griega en Platea, con el argumento que en Maratón "luchando solos [...] vencimos 46 pueblos", HERODOTO, IX, 27.

³⁵ *Les inscriptions de la Perse achéménide*, cit., pp. 196-188. La repetida fórmula "los rebeldes se reúnen" se refiere a los nobles armenios, los *naxarar*, que por más de dos mil años tendrán un rol importante en la historia armenia.

³⁶ Sobre la conversión de Tiridate III y luego de toda la nación armenia al cristianismo, vid. AGATANGELO, *Storia*, versión italiana ilustrada por los monjes armenios mequitaristas, Tipografía armenia de San Lazzaro, Venezia, 1845. Sobre la invención del alfabeto armenio, el clásico texto de KORIUN, *Vita di Maštoč*, San Lazzaro, Venecia, 1998. Sobre "Los inicios del cristianismo de Estado (IV-V siglo)" vid. la sección con este título en *Roma-Armenia*, a cura di Claude MUTAFIAN, Edizioni De Luca, Roma, 1999, pp. 58-94. Acerca de la *Storia dell'Armenia* di Agatangelo, la fecha del texto y su controvertido autor, *ivi*, pp. 65-72. Sobre el idioma y el alfabeto armenio vid. la reciente y penetrante síntesis de Gabriella ULUHOGIAN, "Lingua e scrittura" en *Armenia. Il popolo dell'Arca*, catálogo de la exposición hecha en Roma, complejo

La adhesión al cristianismo en el 301 hace que los Armenios sean la primera nación cristiana en la historia, así como la “invención” del alfabeto por Mesrob Mashtots proporciona un instrumento original que se convierte en un símbolo de autosuficiencia cultural y de un primario carácter identitario: “La conciencia de que el alfabeto fue una gran herramienta y, por lo tanto, la alabanza a los que lo crearon y utilizaron recorre toda la literatura armenia”³⁷. La elección del cristianismo no sólo caracterizará a Armenia por siglos durante los enfrentamientos con otros pueblos –politeístas, mazdeos, musulmanes–, sino también con la mayoría del mundo cristiano, partiendo de la Iglesia de Roma y del poderoso clero bizantino, ya que los Armenios en el Segundo Concilio de Dwin, en 551, deciden no unirse a las tesis del Concilio de Calcedonia (451), manteniendo posiciones sobre la naturaleza de Jesús consideradas heréticas, es decir monofisitas.

Desde la conversión al cristianismo, debido a la creación del alfabeto y del nacimiento de una literatura nacional, con las traducciones del griego, del sirio, del latín de clásicos de diversas ramas del conocimiento ³⁸ adquiere un nivel diferente la cuestión del derecho a existir para el pueblo armenio o, si se prefiere, los términos de la lucha para asegurarse el derecho a existir. Para los Armenios existir como nación no significaba tener y mantener la autonomía política, sino más bien preservar, expresar y desarrollar su identidad cultural. Así como Armenia a lo largo de la historia no ha representado un Estado sino un territorio, por otro lado como recuerda Anahide Ter Minassian, en el idioma armenio “les deux termes ‘joghovour’ (peuple) et ‘azk’ (nación) sont des termes des armeniebs anciens qui longtemps ont an presque le même valeur d’usage”³⁹. La autora afirma que la palabra *azk* evoca una “filiación común, mítica o real”, no una conexión política, no la igualdad basada en la ciudadanía política. Los dos eventos más importantes en la historia de la nación armenia, de su supervivencia como nación, confirman la primacía de la identidad cultural por encima de la política, la mayor importancia de la preservación de la primera que de la segunda. Me refiero a la batalla de Avarayr

del Vittoriano, 6 de marzo 3 de mayo 2015. La obra de Uluhogian se encuentra en las pp. 33-43.

³⁷ G. ULUHOIAN, *Gli Armeni*, il Mulino, Bologna, 2009, p. 113.

³⁸ Sobre la literatura que se ha encargado de las traducciones, vid. G. ULUHOIAN, *Gli Armeni*, cit., pp. 115-118, donde se recuerda que de algunos de los textos, de Filón de Alejandría, perdidos, “queda solamente la preciosa versión armenia”, *ivi*, p. 117.

³⁹ A. TER MINASSIAN, “Les elements constitutifs de la culture arménienne”, en *Les armeniens le visage d’un peuple*, cit., pp. 71-82. La cita está en p. 72.

en 451 y a aquella que los Armenios llaman *Metz Yeghérn*, el “Gran Crimen”, conocido como el primer genocidio del siglo XX, del que en este año se ha recordado el centenario. En 449, el “rey de los reyes” sasánidas Yazdagird II, con un edicto ordenó a los Armenios a adoptar el mazdeísmo como la religión de toda la nación y renunciar al cristianismo. En el consejo de Artashat el clero y los *naxarar* confirmaron su obediencia a Yazdagird II, el reconocimiento de su autoridad política, pero le negaron el derecho de intervenir en los asuntos religiosos. En otras palabras, los Armenios estuvieron de acuerdo en renunciar a la libertad política, pero no en convertirse, no en renunciar a la libertad religiosa. Una posición original que de alguna manera anticipa en más de un milenio un logro de la era moderna: la no injerencia del poder político en las elecciones que sus ciudadanos tengan en asuntos religiosos.

Los Armenios se negaron a convertirse y, dirigidos por Vartan Mamikonian, en Avarayr, se enfrentaron al ejército sasánida y fueron derrotados. A pesar del resultado de la guerra, por la determinación que los Armenios mostraron⁴⁰ con el Tratado de Nvarsak, en 485, obtuvieron de los Sasánidas la libertad religiosa. Por ello, la fiesta de *Vardananz*, literalmente “los de Vartan”, es decir, el recuerdo de Vardan, “el general de todos los mártires”⁴¹ y sus compañeros, de los *naxarar* que le siguieron, es una de las celebraciones más sentidas, el recuerdo de una derrota militar, pero también de una victoria espiritual, el sacrificio de muchos que garantizaron a todos los demás el derecho a vivir, con su propia identidad y sus tradiciones.

La historia de Vardan y de sus compañeros, mencionada por el historiador Eliseo, en un texto de fecha incierta, es significativa en muchos aspectos. La persecución religiosa de los Persas contra los Armenios se presenta como un diseño político, separar los Armenios del cristianismo, la fe que los hacía aliados naturales de los Bizantinos, para hacer que se adherieran al gnosticismo mazdeista y hacerlos aliados de los Persas.

⁴⁰ “Quien pensaba que tuviéramos nuestra fe cristiana como un vestido, ahora sabe que no puede cambiarla como no puede cambiar el color de la piel y quizás no podrá hacerlo hasta el final. Ya que sus fundamentos se ubican firmemente sobre rocas que no se pueden mover, no sobre la tierra, sino en cielo en donde no cae la lluvia, no soplan los vientos, no llegan inundaciones. Nosotros, aunque tengamos el cuerpo en tierra, con la fe estamos contruidos en donde ninguno puede tocar el cielo de Cristo, no construido por mano de hombre”; son famosas palabras del general Vardan que menciona ELISEO, *Storia di Vardan e dei martiri armeni*, trad. it., Roma, 2005, V, 11 (p. 117).

⁴¹ *Ivi*, V, 14.

Los Armenios comparan su lucha contra los Sasánidas a la de los Macabeos contra Antíoco ⁴² y toman su fe como principio de legitimidad de su nación, de su derecho a existir en la forma típica del monoteísmo judío, tan bien descrito por Jan Assmann en sus estudios sobre la “distinción mosaica”, es decir, sobre la fractura que el monoteísmo judío pone entre el bien y el mal, de acuerdo con los criterios de adhesión o de rechazo del único Dios y de la regla de actuar dictada por la revelación⁴³.

Es interesante observar que Eliseo describe la comunidad política armenia como fundada en el cristianismo: la nación se constituye porque es una comunidad religiosa y sólo secundariamente como una comunidad política. El príncipe Vasak de Siunik que asumió primero un papel ambiguo y luego abiertamente se puso del lado de los Sasánidas, es en varias ocasiones llamado “apóstata” e “impío”⁴⁴, lo que significa que la traición de la fe precede y fundamenta la traición política y la militar. El *sparapet* –comandante en jefe– Vardan y todos los *naxarar* –miembros de la alta nobleza– que lo siguen son recordados como mártires de la nación y ningún pueblo ha tenido tantos mártires que hayan muerto con las armas en la mano como los Armenios.

Este hecho muestra cómo los Armenios a menudo han colocado su derecho a vivir como una nación por encima de las vidas individuales y han considerado este derecho no tanto y no sólo como la supervivencia física de las personas, sino relacionado con la sobrevivencia y con la defensa de su identidad cultural y espiritual.

El mayor ataque que un pueblo puede tener a su derecho a la vida es el genocidio. Este término significa, al menos desde el punto de vista de la historia moderna, el intento de aniquilar incluso físicamente a un pueblo.

En 2015 los Armenios recuerdan lo que ellos llaman *Metz Yeghérn* (“el gran mal”) y que ha pasado a la historia como “el primer genocidio del siglo XX”, una definición que también se refiere al genocidio del pueblo judío. El tema del juicio político e histórico de este evento aún está abierto, no sólo en el ámbito de las relaciones entre Turcos y Armenios, sino también por los diferentes juicios históricos sobre el evento y sus implicaciones para las políticas internacionales, como lo ha demostrado la reciente crisis diplomática entre

⁴² *Ivi*, V, 15.

⁴³ J. ASSMANN, *Moses de Ägypter. Entzifferung einer Gedächtnisspur*, Carl Hanser Verlag, München, Wien, 1998.

⁴⁴ ELISEO, *Storia di Vardan e dei martiri armeni*, cit., p. 82-85 e p. 137.

el Estado Vaticano y Turquía, después de las declaraciones de Francisco I, quien volvió a mencionar la definición de “primer genocidio del siglo XX”⁴⁵.

Los hechos históricos son conocidos; por lo demás sobre los eventos que desde el 24 de abril de 1915 al 1917 supusieron el exterminio de la mayoría de los armenios de la Turquía oriental, existe una vasta historiografía y una rica documentación: miles de textos y documentos en los que han trabajado y continúan trabajando cientos de estudiosos, entre los que están los italianos que han publicado hasta el momento nueve volúmenes de *Documenti diplomatici italiani sulla questione armena 1891-1920*, con materiales de archivo del Ministerio de Asuntos Exteriores, en OEMME Edizioni, Venezia⁴⁶.

El tema del “genocidio armenio” es muy complejo e interesa históricamente, desde muchos puntos de vista, como el geo-político, el de las relaciones internacionales, y de las relaciones interreligiosas, solo para nombrar algunos. Me limitaré a unas pocas consideraciones estrechamente relacionadas con el tema de referencia de mi análisis: ¿cómo los acontecimientos de 1915, el exterminio masivo de los armenios del Imperio Otomano han afectado el derecho a la vida de esta nación? Empecemos por decir que la definición de genocidio es impropia si es tomada literalmente; como mucho debería hablarse de “intento de genocidio”, si por ello se entiende la eliminación de un pueblo entero. De lo contrario, habría que hablar de la masacre de una parte de un pueblo. Además, la documentación disponible nos muestra que los turcos no tenían intención de matar a todos los Armenios del Oriente Medio⁴⁷.

⁴⁵ El 12 de abril de 2015, en el día de la Pascua ortodoxa, el Papa Bergoglio ha recordado la declaración en común de Juan Pablo II y del Catholicos Kareghin II el 27 de septiembre de 2001, en la que se usaba esta expresión no muy grata para el gobierno turco.

⁴⁶ Existe mucho material, que se puede dividir en varias secciones, aunque estén relacionadas: los testimonios de diplomáticos, viajeros, religiosos y militares de diferentes nacionalidades; los documentos diplomáticos, las órdenes y despachos militares; los actos procesales, documentos y decretos producidos por el gobierno central del Imperio Otomano y de las autoridades periféricas. Las biografías y los historias de las víctimas, los testimonios de los sobrevivientes, la documentación fotográfica. Sería largo citar una serie de textos famosos, algunos de los cuales ya he mencionado anteriormente. Me limito a señalar tres volúmenes importantes con aspectos diferentes: por la prospectiva histórica: V.N. DADRIAN, *The History of the Armenian Genocide. Ethnic conflict from the Balkans to Anatolia to the Caucasus*, del 1995, traducido en diferentes idiomas; el monumental texto de Raymond KÉVORKIAN, *Le génocide des arméniens*, que reconstruye la geografía de la masacre, así como libros recientes de varios autores, del “Conseil scientifique international pour l'étude du génocide des Arméniens”, *Le génocide des Arméniens*, Armand Colin, Paris, 2015.

⁴⁷ Vid, por ejemplo, Y. TERNON, *Les Arméniens. Histoire d'un génocide*, Éditions du Seuil, Paris, 1977, p. 235 y sig. Y el texto de M. FLORES, *Il genocidio degli Armeni*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 117 y ss.

La posición de los gobiernos de Turquía desde el final de la Primera Guerra Mundial hasta nuestros días es básicamente la misma: en el transcurso de 1915 y en los años siguientes no hubo un genocidio, es decir el intento de eliminar a todos los armenios de Turquía, sino sólo la deportación masiva de los armenios que estaban en la Turquía oriental, ya que la población era hostil al gobierno y al ejército otomano y partidarios de la Rusia zarista. Esta deportación fue necesaria debido a que estas poblaciones estaban en las zonas cercanas o internas de los combates entre las tropas de los otomanos y del ejército zarista. En el ejército ruso luchaban tropas regulares armenias y voluntarios armenios de diversas proveniencias; la población armenia de Anatolia hubiera podido soportar en el terreno militar, logístico, de suministro, etc. a los enemigos de Turquía y, por lo tanto, era alejada. Las deportaciones se llevaron a cabo en condiciones difíciles, a veces extremas, de las que los Turcos eran plenamente conscientes, con una guerra en marcha, con precarios o inexistentes medios de transporte, a menudo con un calor o un frío excesivo que causó cientos de miles de muertos, también por el comportamiento hostil de la población turca y por comportamientos agresivos y asesinatos de personas o grupos de militares regulares o de la milicia irregular encuadrada en el ejército, pero, que según los turcos, no implicaban la responsabilidad ni del gobierno ni del ejército otomano. Los Turcos y los historiadores que retoman estas tesis sostienen además que los documentos disponibles no contradicen la tesis de la no voluntariedad y de la no premeditación de las muertes ocurridas en los años 1915-1917⁴⁸. También se responsabiliza a los armenios por haber hecho, con formaciones de voluntarios organizados militarmente, pertenecientes o no al ejército ruso, una serie de masacres de civiles turcos que habrían provocado durante la guerra, reacciones opuestas y contrarias⁴⁹.

⁴⁸ Sobre estos aspectos, V. DADRAN, *Storia del genocidio armeno*, cit., pp. 227 y ss. Y *Storia degli armeni*, a cura di G. DÉDEYAN, Guerini e Associati, Milano, 2007, pp. 379 y ss.

⁴⁹ Una propuesta de todos estos argumentos la encontramos en G. LEWY, *The Armenian Massacres in ottoman Turkey*, The University of Utah Press, 2005. Lewy llega a sostener que algunos actos de resistencia de los armenios tenían como finalidad provocar la reacción cruel de los turcos, provocar tragedias que los armenios habrían usado después como instrumentos de propaganda anti turca y de presión a los gobiernos europeos. Lewy sostiene también, la falta de certeza de los testimonios de los sobrevivientes a las masacres y de las sentencias de condena de los tribunales turcos, después de la guerra, en contra de los responsables de las masacres. Posiciones parecidas a la de Bernard Lewis, que he analizado y criticado en *The armenian Diaspora in Italy. Right Sought and Denied en Oriente Moderno*, 95 (2015).

Los argumentos resumidos anteriormente son sólo parcialmente fiables y ofrecen una interpretación cuestionable, desde el punto de vista de la lógica y del derecho común, de asuntos relacionados con la deportación y la responsabilidad del gobierno otomano. Recuerdo sólo algunos aspectos conocidos y documentados: una parte de los armenios que podían combatir en guerra, cuando estalló la guerra huyó a Rusia o se agregó a grupos de voluntarios que lucharon en territorio turco, en muchos casos para defender sus pueblos y sus familias. La mayoría de los hombres que podían luchar respondieron a la llamada a las armas del ejército otomano y principalmente en los batallones que fueron llevados fuera de las zonas de combate y fueron eliminados⁵⁰. Estos datos de hecho muestran lo infundado del argumento según el cual todos los armenios se comportaron como rebeldes. La población deportada estaba constituida principalmente por personas no aptas para el combate: mujeres, niños, personas de edad avanzada; de estos datos hay muchas pruebas y lo han admitido la mayoría de los historiadores. El número de huérfanos y de huérfanas que encontramos después de la guerra fue muy alto; muchos de estos niños, sobre todo los de edad temprana, fueron dados a familias turcas que les ocultaban sus orígenes. La deportación se llevó a cabo en condiciones extremas y difíciles, pero de esto los turcos eran muy conscientes y podían predecir las consecuencias de un viaje de miles de kilómetros, hecho principalmente por personas físicamente frágiles como niños y ancianos. En referencia a la responsabilidad del gobierno central no hay un documento público con la orden del exterminio, como de hecho tampoco existe algo parecido en el caso de los nazis cuando comenzaron la deportación y la eliminación de los Judíos. Pero hay una responsabilidad objetiva: las deportaciones se iniciaron y llevaron a cabo en territorio otomano, por iniciativa del gobierno otomano y fueron dirigidos por el ejército turco, que no sólo permitió a bandas de irregulares, a los Kurdos y a las milicias especiales llevar a cabo las deportaciones, torturar, robar y matar a miles y miles de armenios, sino que en muchos casos documentados participó personalmente en tales atrocidades. El gobierno turco no podía declinar la propia responsabilidad por una operación ilegítima como la deportación ilegal de un pueblo, realizada por su decisión, en el territorio de su país y concluida

⁵⁰ También en Italia llegaron desde Turquía centenares de pequeños armenios, un grupo de 400 niñas fue recibido en Roma, en la casa de verano del Papa, en Castel Gandolfo, luego en Turín. Sobre el episodio que tuvo tanta fama en Italia, se vea el reciente volumen de A. MANOUKIAN, *Presenza armena in Italia. 1915-2000*, Guerini e Associati, Milano, 2014, p.64 y sig. Sobre “el eco del genocidio en Italia”, *ivi*, pp. 37-49.

por el ejército y la policía, u otras personas armadas autorizadas o enrolados en el ejército otomano. El argumento del estado de necesidad y de peligro de los Armenios es sólo parcialmente aceptable: la gran mayoría de los armenios deportados no fue capaz de luchar; los armenios que lucharon en el territorio, por ejemplo en Zeithun o Musa Dagh, se defendieron a sí mismos de los ataques de los turcos. La cuestión de la responsabilidad de Turquía es evidente desde el punto de vista jurídico: no se puede ser irresponsable de lo que ocurre en su país, en su propio territorio. Si tenemos en cuenta los efectos de la deportación y masacres, es decir la muerte de un gran número de armenios, seguro más de un millón, tenemos que darnos cuenta de que este evento dio lugar a la despoblación de los armenios de toda la Turquía oriental. En otras palabras, si consideramos el exterminio según los parámetros de la responsabilidad objetiva de los Turcos no es esencial la cuestión de la voluntariedad o no de las masacres llevadas a cabo por ellos, sin considerar además que los efectos han sido devastadores, ya sea que se admita o se niegue el carácter voluntario.

La pregunta, tal como es y como se ha planteado en los últimos cien años, de si se trata de un genocidio o no, si era o no voluntario por parte del gobierno turco, es en muchos sentidos mal planteada. En cualquier caso se trata de un asesinato en masa, ya que sería imposible hablar de genocidio, en este caso como en otros, ya que en el siglo XX, nunca ha habido un intento que luego se haya realizado, de matar a todos los miembros de una misma nación. El mismo proyecto de los nazis no era eliminar todos los Judios que vivían en la tierra, sólo los que estaban en los territorios bajo su control. La cuestión no es determinar si el exterminio de los armenios por el gobierno otomano fue voluntario o no, sino de reconocer la responsabilidad del gobierno de los Jóvenes Turcos. La responsabilidad no está relacionada con el intento de genocidio, se admita o no este intento, sino con las condiciones en como ocurrió y los efectos producidos por la política de exterminio que eliminó casi la mitad de los armenios que vivían en la tierra⁵¹, aunque si las ci-

⁵¹ Existe una dimensión esencial, pero a menudo pasada por alto por los historiadores, vinculada a un trauma psicológico que el genocidio del 1915 ha producido en los supervivientes, con un efecto a menudo paralizante -por la incapacidad de "superar el duelo"- que esta situación ha determinado. Situación que une el drama nacional al personal y familiar, considerando que no ha habido una sola familia que directamente o a través de la red de familiares y de amistades no haya sido afectada y traumatizada por este evento. Este aspecto fue subrayado por B. SIVAZLIYAN, cuando escribe: "Le moment historique est sans doute venu pour le peuple arménien de laisser derrière lui l'idée d'un peuple victime et de souligner le droit de

fras exactas del porcentaje de armenios asesinados, así como de la población armenia en el mundo, sólo pueden ser una hipótesis.

Los acontecimientos que he mencionado anteriormente como ejemplo, muestran cómo el derecho a la vida del pueblo armenio, en lugar de ser un valor reconocido y protegido, se ha desarrollado con el tiempo a través de una larga y tenaz lucha para garantizarse derechos básicos como tener la religión cristiana, preservar su cultura, ser capaz de hablar su propia lengua, y de poder vivir en su propia tierra.

El derecho a existir no fue una concesión, sino una conquista; a menudo los Armenios, desde la Edad Media, han buscado en Occidente ayuda y apoyo⁵², pero casi siempre han tenido que contar sólo con sí mismos, con sus propias fuerzas y su propia determinación. En muchos sentidos, desde el punto de vista histórico, son un fenómeno extraordinario. Una nación que nunca ha llegado a la población que hoy tiene una ciudad como Londres o Tokio, ha logrado conservar su identidad y desarrollar su cultura durante casi tres mil años, sobreviviendo a conquistas, guerras de exterminio, deportación, cataclismos naturales. Un ejemplo de determinación, fuerza, resistencia y coraje.

Podemos, para concluir, efectuar algunas consideraciones de síntesis, sobre la base del análisis anterior. El derecho de un pueblo a existir se define como un derecho, que en cuanto tal es reconocido y tutelado, a conservar la integridad física de las personas que lo constituyen, así como las condiciones de su existencia que son tanto la tierra en la que ha nacido, y se ha desarrollado, como los caracteres culturales y espirituales (la lengua, la religión, el arte, etc.) que lo caracterizan. En la base del derecho a existir se encuentra la libertad, el derecho a decidir de manera autónoma el propio destino, es decir la libertad de autodeterminarse. Atentar contra el derecho que un pueblo tiene a existir significa no reconocer estos derechos fundamentales, por ejemplo obligar a un pueblo a abandonar la tierra en la que ha vivido durante generaciones enteras; privarlo de sus caracteres identitarios, obligándolo a abandonar su religión, a no hablar su lengua, a no practicar y transmitir su

vivre à côté des autres peuples avec les mêmes droits et les mêmes devoirs". La obsesión de los armenios con respecto a este caso "risquait à la longue de se consolider dans une culture de victime et une psychologie conséquente", en *Les arméniens, le visage d'un peuple*, cit., p. 23.

⁵² Sobre la "esperanza de la liberación de Occidente", verdadera forma de "mesianismo armenio", vid A. FERRARI, *In cerca di un Regno. Profezia, nobiltà e monarchia in Armenia tra Settecento e Ottocento*, Mimesis, Milano 2011, p. 63 y sig.

cultura, y así sucesivamente. El intento más drástico de negar a un pueblo el derecho a la existencia es su destrucción material, el exterminio de todos sus miembros, lo que se denomina genocidio. Este término, que forma parte del uso común en la historia reciente, en referencia a las masacres masivas perpetradas por los Turcos y los Alemanes con los Armenios y Judíos, puede interpretarse de diferentes maneras. Si consideramos que la realidad de un pueblo, de una nación, se compone de diversos elementos, que van desde su tierra (o el territorio donde vivir de modo sustancialmente libre) a su cultura, a su religión, etc., el exterminio masivo llevado a cabo por los Turcos contra los Armenios durante al menos cuarenta años, a caballo entre los siglos XIX y XX, puede configurarse como el intento, en buena parte realizado, de eliminar a los armenios de Turquía, negando y suprimiendo de hecho todos los elementos constitutivos de la identidad de una nación. Los armenios fueron deportados en masa de sus tierras, en algunos casos obligados a la conversión para salvar sus vidas, en muchos casos privados de su origen e identidad mediante adopciones forzadas, en definitiva exterminados mediante una matanza que sigue siendo, cualquiera que sea el nombre que se le quiera dar, la mayor masacre en masa de una población civil o desarmada de la primera guerra mundial. Desde este punto de vista el de los Armenios puede considerarse un genocidio, por lo menos el intento de destruir a los armenios de Turquía, intento prácticamente realizado en modo de alterar la estructura material e identitaria de este pueblo, en buena parte disperso en todos los continentes, por una serie de olas de diásporas que llegan a nuestros días, esencialmente iniciadas por las masacres conocidas como “el genocidio del pueblo armenio de 1915”. Si por genocidio entendiéramos la destrucción física de un pueblo entero, de la misma manera que por homicidio entendemos el asesinato de un hombre específico, deberíamos decir que el término se presta a equívocos ya que el hecho realizado, es decir el exterminio de un pueblo entero en el siglo XX, nunca ha tenido lugar, también por la dificultad objetiva, entre otras, de atacar en su totalidad a pueblos en gran medida en diáspora como lo son el Armenio y el Judío. Por estas razones, he usado en mi discurso tanto el término “genocidio” en la primera acepción, como “exterminio masivo”, o expresiones similares en la segunda.

El debate historiográfico, político y cultural, desde hace algunos años intenta definir algunas cuestiones, como la de la naturaleza de los trágicos acontecimientos que, de diferente forma, afectaron a toda la nación armenia en 1915. Las autoridades turcas, incluida con algunas excepciones la gran

parte de los historiadores turcos, a pesar de reconocer la muerte de un enorme número de armenios tras la deportación y en parte como consecuencia de las masacres llevadas a cabo por los militares, tropas incluidas en el ejército otomano, irregulares kurdos, etc., niegan que de parte del gobierno de los Jóvenes Turcos hubiera existido la voluntad, con las consiguientes instrucciones para llevarla a cabo, de exterminar a todos los Armenios de Turquía y que las muertes hayan sido esencialmente una consecuencia de las condiciones en las que los armenios de Turquía fueron deportados. Por el contrario los Armenios, todos los Armenios, sostienen que la muerte de un millón y medio de sus connacionales fue debida, programada y realizada por el gobierno turco y no ocurrió por accidente.

Mi lectura de los hechos, prescindiendo de la perspectiva historiográfica a la que uno se quiera sumar, parte de la observación de que la cuestión principal no es la de la voluntad subjetiva de los gobernantes turcos (es decir la de la voluntad o no del exterminio), sino la de la responsabilidad objetiva de cuanto ocurrió en los últimos años del siglo XIX y en los primeros veinte años del siglo XX. Dicha responsabilidad objetiva, si bien no excluye el dolo configura seguramente una culpa, derivada del hecho de que el genocidio/exterminio fue llevado a cabo a continuación de la decisión de deportación del gobierno turco (sin considerar las decenas de miles de armenios que fueron arrestados y a continuación muertos, o transportados de sus pueblos a otras localidades y muertos,) tuvo lugar en territorio turco, fue en buena parte llevado a cabo por soldados turcos o con su connivencia y bajo su control. Incluso aunque no se quiera definir esto como genocidio, se trata de un crimen grave del cual el gobierno de la época fue el responsable y en gran parte el ejecutor. Esta responsabilidad, al menos desde el punto de vista moral e histórico, es compartida por los sucesivos gobiernos turcos que de manera obstinada han repetido a lo largo de los años la versión de la no voluntariedad del exterminio por parte del gobierno del momento y la no implicación de las autoridades políticas y militares turcas en el exterminio.

ENRICO FERRI

Università degli Studi Niccolò Cusano

Via Don Carlo Gnocchi, 3.

00166-Roma

e-mail: enrferri@tiscali.it

¿HAY LÍMITES A LA REGRESIVIDAD DE DERECHOS SOCIALES?

ARE THERE LIMITS TO THE DEGRESSIVITY OF SOCIAL RIGHTS?

MARÍA JOSÉ ANÓN ROIG
Universidad de Valencia

Fecha de recepción: 31-8-15

Fecha de aceptación: 22-9-15

Resumen: *La constatación de modificaciones legislativas que afectan negativamente al objeto y alcance de derechos sociales y que dan lugar a retrocesos de los mismos plantea importantes cuestiones sobre sus condiciones de posibilidad. En este artículo se sostiene la tesis de acuerdo con la cual los retrocesos o la reversibilidad de los derechos sociales son decisiones normativas limitadas fundamentalmente por dos expedientes, garantías o salvaguardas. El primero es la posibilidad de determinar un contenido esencial para los derechos sociales. El segundo radica en situar el peso de la justificación de la decisión en la identificación de la legitimidad del fin de la norma. Ambos conducen, en el ámbito de la argumentación, a la consideración del principio de proporcionalidad como un razonamiento complementario y subsidiario, pero no alternativo a la determinación del contenido esencial en la argumentación sobre la obligación de no regresividad.*

Abstract: *The consideration that legislative changes adversely affect the purpose and scope of social rights, also leading to various setbacks, raises important questions about the underlying enabling conditions. This paper argues that those regressions or the reversibility of social rights are normative decisions fundamentally limited in two ways. The first is the possibility to determine an essential content of social rights. The second lies with placing the weight of the justification of the decision in relation to the legitimacy of the norm. Both arguments lead to the consideration that the principle of proportionality can be seen as a complementary and alternative reasoning, but not as an alternative to the determination of the essential content in relation to the principle of non-regression.*

Palabras clave: derechos sociales, obligación de no regresividad, contenido esencial, proporcionalidad, fin legítimo.

Keywords: social rights, principle of non-regression, essential content, proportionality, legitimate purpose.

1. INTRODUCCIÓN: CUESTIONES NORMATIVAS Y CONCEPTUALES

Determinadas modificaciones legislativas en ámbitos tan básicos como el trabajo y sus condiciones, las pensiones, la protección de la salud, el acceso a los medicamentos o el régimen jurídico de la dependencia¹, así como las consecuencias sociales ya constatables derivadas directa o indirectamente de las reformas –entre otras, el aumento del desempleo, el incremento de las tasas de pobreza y de exclusión, la reducción del gasto social, la limitación de prestaciones de bienestar social o las restricciones subjetivas en la titularidad de los derechos–, invitan a reflexionar sobre la reversibilidad de los derechos humanos y sus vías de justificación, y a introducir, como sugiere Calvo, “el lenguaje de los derechos en la lucha frente al retroceso de los derechos sociales y a los recortes del gasto social”².

El principio de no regresividad constituye un parámetro adecuado para el análisis argumentativo de la vulneración de los derechos humanos³, especialmente si existe algún reconocimiento de instrumentos jurídicos e institucionales orientados a asegurar, a distintos niveles, la protección de los derechos –o la equiparación y la interdependencia de todas las categorías de derechos–. Aquellos dispositivos son heterogéneos: garantías explícitas o implícitas del principio de estabilidad o de conservación de los derechos, prohibiciones constitucionales de actos retroactivos lesivos para aquellos, desa-

¹ * Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto DER2013-48284-R del programa estatal de I+D+I y el proyecto GVPrometeoII2014-078, programa de investigación de la Generalitat Valenciana. Agradezco a Pablo Miravet la atenta lectura y la revisión que ha realizado del texto.

Center for economic and Social Rights, *Visualizing Rights: a Shapshot of Relevant Statistics on Spain*, *Fact Sheet* num. 14, Enero 2015.

² M. CALVO, “Crisis económica y efectividad de los derechos sociales”, en M. J. BERNUZ y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 120 y ss.

³ Sobre la apreciación de regresividad en derechos comprendidos en el *Pacto de Derechos Civiles y Políticos* puede verse: *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España*, Comité de Derechos Humanos, 20 de julio de 2015. Respecto a los derechos integrados en el PIDESC existe una la obligación de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto. Como señala Courtis, la sanción de medidas normativas que empeoren la situación del goce de los derechos del PIDESC hasta el punto de excluir a personas del acceso al contenido mínimo esencial de esos derechos siempre constituye una violación del Pacto, sin que pueda quedar justificada por el Estado (Ch. COURTIS, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, Fontamara, México, 2009, pp. 60-63.).

rollos constitucionales y doctrinales sobre su limitación o ciertos principios como el de seguridad o el de confianza legítima. El campo de aplicación de la prohibición de regresividad es distinto al de otros principios con los que, sin embargo, guarda relación y cuyo reconocimiento se revela necesario para identificar las medidas que provocan la erosión o la directa supresión de los derechos sociales sin que se altere el texto constitucional⁴. En la valoración de las normas que comportan el deterioro, la degradación o la derogación implícita de los derechos sociales –y que pueden, por tanto, interpretarse como una violación de los mismos– intervienen argumentos centrados en la dignidad de la persona, la autonomía, el límite del mínimo existencial, la finalidad de derechos individualmente considerados o la seguridad jurídica.

La prohibición de regresividad en materia de derechos fundamentales está ligada al principio de constitucionalidad y, más ampliamente, al valor de la constitución como límite normativo al poder. La cláusula del Estado social, que se inserta en este complejo de valores, es seriamente puesta en cuestión en el caso de la regresión de derechos sociales, de modo que la supresión de los derechos y/o el retroceso de su tutela no solo podría suponer una arbitrariedad, sino también una auténtica vulneración del contenido del modelo de Estado social y democrático de derecho⁵. La prohibición de regresividad tiene igualmente anclaje en las normas de derechos humanos y en el principio de convencionalidad entendido en un sentido amplio⁶, pero ha encontrado su acomodo normativo y doctrinal más sólido en los tratados de derechos humanos y en su interpretación –concretamente, en la exégesis doctrinal del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), órgano encargado de supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, en adelante “el Pacto”)–. El Comité DESC fija como una de las obligaciones de los poderes públicos respecto a los derechos sociales la obligación negativa de no regre-

⁴ I. W. SARLET, “Posibilidades y desafíos de un derecho constitucional común latinoamericano. Un planteamiento a la luz del ejemplo de la llamada prohibición de retroceso social”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, enero-junio 2009, p. 14.

⁵ P. SALA, *La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica*, Universitat de València, Valencia, 2014, p. 83.

⁶ L. JIMENA QUESADA, “La protección internacional de los derechos sociales y laborales: la Carta Social Europea y el Comité de Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de Derecho Social*, núm. 65, pp. 24-25., y C. SALCEDO BELTRÁN, “Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y periodo de prueba del contrato de apoyo a emprendedores: la aplicación del control de convencionalidad en España”, *Lex-Social, Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 4 núm. 2, 2014, pp. 41-42.

sividad⁷, esto es, la prescripción de no adoptar medidas, no aprobar normas jurídicas o no implementar políticas públicas que empeoren sin justificación la situación de los derechos sociales, y también establece pautas y salvaguardas en garantía de su justificación. Como subraya Pisarello, esta tesis no es ajena a la teoría de la irreversibilidad de las conquistas sociales –es decir, la prohibición de supresiones definitivas en materia de derechos sociales– desarrollada por la doctrina alemana como corolario de la idea misma de la fuerza normativa de la constitución y del contenido mínimo o esencial de los derechos en ella reconocidos⁸.

La aceptación del principio de no regresividad, sin embargo, no es pacífica, y la crítica a su vigencia está estrechamente conectada a la concepción de los derechos sociales como derechos en una permanente minoría de edad⁹, una doctrina que resulta funcional a los retrocesos derivados de las transformaciones legislativas de orden regresivo en la medida en que asume como argumento insuperable el carácter progresivo de las obligaciones derivadas de los derechos sociales, la indeterminación de los enunciados de las normas que los reconocen, su consideración como construcción anómala de la dogmática del derecho subjetivo y, en fin, su identificación con principios meramente políticos, posiciones jurídicamente no estructuradas o, en todo caso, normas de efecto indirecto dependientes de un desarrollo legislativo ulterior caracterizado por la libertad ilimitada al legislador para configurarlos, imponerles restricciones injustificadas e in-

⁷ Sobre la obligación de progresividad, véase M. SEPÚLVEDA, “La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión “progresivamente””, en Ch. COURTIS (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL-CELS, Buenos Aires, 2006, pp. 117-152.; S. FREMAN, *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press, 2008, p. 80.; y Ch. COURTIS, *El mundo prometido*, cit., pp. 55-99.

⁸ G. PISARELLO *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Trotta, 2007, p. 62.; J. PONCE *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Pública, Barcelona, 2013.

⁹ Una posición crítica y bien argumentada frente a esta teoría sobre los derechos sociales en V. ABRAMOVICH y Ch. COURTIS *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, cap. 1; G. PISARELLO *Los derechos sociales y sus garantías*, cit., cap. 4, y, del mismo autor, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 35-42; J. L. CASCAJO CASTRO, “Derechos sociales”, *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, P. MIRAVET, *Estado Social, Empleo y Derechos. Una revisión crítica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, cap. 4; M. J. AÑÓN, “Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legalidad”, *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, núm. 44, 2010, pp 15-41.

cluso anularlos¹⁰. De todo ello se siguen dos reflexiones. Por un lado, esta consideración de los derechos de contenido socio-económico descansa en un planteamiento insustancial y pobre sobre la normatividad de la constitución y la relevancia del bloque de constitucionalidad, así como en el desconocimiento deliberado de que en él se halla incorporado un amplio conjunto de garantías institucionales de los derechos, es verdad que obviadas en numerosas ocasiones¹¹—entre ellas destacan los tratados de derechos humanos, de los que en muchas ocasiones se hace un uso meramente retórico o programático¹²—. Por otro, y como señala Pisarello, no es casual que, desde el punto de vista jurídico, la tesis de la naturaleza programática de los derechos sociales y su caracterización como criterios interpretativos que imponen al legislador su desarrollo y concreción fuera la respuesta dominante frente al desafío que suponía la articulación normativa del Estado social y sus técnicas de intervención¹³. De ahí la necesidad de enriquecer la calidad democrática del sistema jurídico y consolidar, para ello, la construcción teórica de la unidad y la interdependencia de todos los derechos —una perspectiva más compleja, pero más plausible, fértil y, en aparente paradoja, más realista que la que acabamos de ver arriba—, y de ahí también la necesidad de atribuir la nota de la fundamentalidad a los derechos sociales y de reconocer sin ambages que forman parte de las

¹⁰ No está de más recordar aquí que los derechos de cualquier tipo precisan de la acción del legislador. Al respecto, véase L. PRIETO, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 225.; y L. HIERRO, “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de R. Alexy”, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 197.

¹¹ Revenga afirma: “no podemos acercarnos con la claudicante impresión de que es un ámbito ajeno a la fuerza normativa de la Constitución y al sistema de valores y fórmulas políticas que le dan fundamento” (M. REVENGA, “Sobre los derechos sociales y su inconsistente estatuto constitucional”, en M. J. BERNUZ y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 81-82).

¹² Sin duda, en este aspecto, las variaciones son evidentes y muy relevantes respecto de los sistemas constitucionales que acogen, en diversos grados, los tratados de derechos humanos como criterios de validez constitucional. Sobre ello, L. JIMENA QUESADA *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013. Sobre la obligación de los tribunales a nivel estatal de tomar como guía la interpretación del PIDESC desarrolladas por el Comité DESC, V. ABRAMOVICH y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, pp. 70-76.

¹³ P. MIRAVET, *Estado Social, Empleo y Derechos. Una revisión crítica*, cit. cap. 4; R. SUSÍN BETRÁN, “Derechos sociales-trabajo-ciudadanía-democracia. Una relación necesaria (y conveniente)”, en M. J. BERNUZ y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 163-194.

bases de la asociación política y que son un componente central de la democracia constitucional entendida como ideal complejo¹⁴.

Como ya he anticipado, conceptualmente la regresividad o reversibilidad consiste en la adopción de medidas que empeoren la situación de los derechos sociales en términos de titularidad y contenido tomando en consideración ya el grado de goce y ejercicio de un derecho desde que es instituido –es decir, el nivel inicial de reconocimiento institucional y protector–, ya cada mejora progresiva del ámbito de su tutela¹⁵. De algún modo, aquel grado (o nivel) constituye un estándar que permite verificar la ocurrencia de una dinámica regresiva y, en definitiva, vulneradora del ajuste del desarrollo de un (o los) derecho(s) a un parámetro como el del contenido esencial, sobre el que ahora me detendré¹⁶.

Desde la perspectiva de los tratados de derechos humanos, la obligación de no regresividad comporta para el Estado la prohibición de empeorar el nivel de goce y ejercicio de un derecho desde la adopción del PIDESC –o, como ya se ha dicho, respecto a cada mejora progresiva¹⁷–. Tal prohibición es una obligación de respeto, de contenido negativo o de no hacer, según la clasificación aceptada con carácter general que distingue las obligaciones de respeto, de protección y de realización¹⁸. Como obligación negativa, la obligación de

¹⁴ E. DÍAZ, “Estado de Derecho y derechos humanos”, en *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 2004, pp. 17-40. Díaz afirma que el modelo constitucional se asienta sobre un Estado social y democrático que proveen su legitimidad y su legitimación. En un sentido coincidente, Ferrajoli habla del constitucionalismo social como una de las tres vías de desarrollo legítimo del Estado constitucional (L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, cap. 1). Véase también L. MORALES, *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 301.; y J. ANSUÁTEGUI, “Los derechos sociales en tiempos de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación”, en M. J. BERNUZ y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, cit., pp. 23-42.

¹⁵ J. PONCE, *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, cit., pp. 23-24; J. L. CARRO, L. MÍGUEZ, M. ALMEIDA, “Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria, racionalización del gasto público y cláusula del estado social”, *Estructuras administrativas y racionalización del gasto público*, Instituto Nacional de la Administración Pública, 2012.

¹⁶ Ch. COURTIS, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Apuntes introductorios”, cit., p. 6; Id., *El mundo prometido*, cit., pp. 55 y ss.

¹⁷ J. ROSSI, “La obligación de no regresividad...”, cit., p. 85.

¹⁸ OG Nº 3 Comité DESC §10 y, § 9. La obligación de progresividad y prohibición de regresividad de acuerdo con el Comité del PIDESC encuentran su sentido en el principio de efectividad de todos los derechos reconocidos en él. Cfr. J. ROSSI, “La obligación de no regre-

no regresividad constituye, por tanto, uno de los deberes típicamente sujeto a revisión tanto por los tribunales de justicia internos como por los órganos y tribunales internacionales¹⁹. Abramovich y Courtis señalan que este tipo de obligación no es extraña a la tradición jurídica iberoamericana y que guarda relaciones de semejanza con el principio de razonabilidad de la reglamentación de los derechos, ya que ambos tienen como objeto el aseguramiento del debido proceso sustantivo²⁰. La regresividad normativa²¹ se determina a través de un análisis comparativo de la nueva regulación y la norma que esta ha modificado a fin de evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios reconocidos por la anterior. Ahora bien, este análisis no puede circunscribirse a contrastar las dos normas: la comparación ha de llevarse a cabo tomando como parámetro la garantía del contenido esencial, vinculada a los principios de constitucionalidad y convencionalidad. En este contexto adquieren relevancia los criterios orientados a la determinación de los derechos, entre los que destacan sus características o atributos²² y los indicadores de derechos humanos que se han elaborado hasta el momento, así como la teoría sobre los indicadores que los justifica²³, herramientas que permiten evaluar tanto la progresividad o regresividad normativa y los indicadores de proceso y de resultado/evolución como la progresividad o regresividad de una política pública²⁴.

sividad...”, p. 84. M.SEPÚLVEDA, “El Comité DESC y la expresión ‘progresivamente’”, cit., p. 143.

¹⁹ V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 96-116.

²⁰ *Ibid.*, pp. 96-97.

²¹ Ch. COURTIS distingue regresividad de resultados que evalúa el retroceso en políticas públicas, y regresividad normativa. Ch. COURTIS, “Prohibición de regresividad”, cit., *Ibid.*, pp. 3-5.

²² Naciones Unidas, *Indicadores de Derechos Humanos. Guía para la medición y la aplicación*. HR/PUB/12/5, 2012, pp. 35-36.

²³ Sobre indicadores de derechos humanos véase J. GARCÍA CÍVICO, “¿Qué es un indicador de derechos humanos y cómo se utiliza”, *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 24, 2011, pp. 179-219; *Id.*, “Indicadores y eficacia de los derechos”, en M^a J. BERNUZ y M. CALVO (eds), *La eficacia de los derechos sociales*, cit., pp. 133-162; *Indicadores específicos sobre derechos sociales*, “Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/ser/L/V/II.129, 5 de octubre de 2007. Informes del Observatorio de política social y derechos humanos.

²⁴ P. HUNT, *I Informe del relator especial del derecho a la salud*, 2003, véase §§ 5-37.

La vulneración de la prohibición de regresividad normativa –sea la norma modificadora de rango legal o reglamentario– puede consistir en una reversibilidad de los derechos sociales que los elimine o que simplemente rebaje la calidad o la cantidad de prestaciones asociadas a los mismos²⁵. Algunas medidas son *prima facie* regresivas y resulta más sencillo determinar que lo son: ello depende, sobre todo, del grado en que un derecho ya se encuentra reconocido y con qué alcance²⁶. Es abiertamente regresiva, por ejemplo, una norma que deje sin efecto el reconocimiento de una prestación social a personas imposibilitadas de procurarse un sustento de forma autónoma o que reduzca su cuantía sin adoptar simultáneamente medidas alternativas que compensen el recorte. Lo es igualmente una norma que introduzca requisitos y barreras adicionales que obstaculizan el ejercicio de un derecho; tal es, claramente, el caso del Real-decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones –apenas atenuado por su reforma parcial–, norma que, entre otras medidas, excluyó del derecho a la atención sanitaria pública a determinados colectivos, entre ellos los nacionales de terceros países en situación de irregularidad administrativa (art 1). Un examen atento de este Real Decreto a partir del contenido esencial del derecho permite dilucidar si la reforma ha redefinido en profundidad el derecho a la protección de la salud, en la medida en que ha supuesto un cambio en la universalización de la asistencia sanitaria –fundada en el valor de la dignidad de las personas– que subyace al artículo 43 de la Constitución y que subyacía a la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y al Real-Decreto Ley 1088/1989, de 8 de septiembre, normas que sentaron las bases de la universalización. La vinculación del ejercicio efectivo del derecho a la condición de asegurado que introdujo la modificación operada por el RD 16/2012 en el artículo 3 de la Ley 16/2003 de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud ha comportado la “desuniversalización” del derecho, concretada en la exclusión de determinadas clases de sujetos

²⁵ Un buen ejemplo de ello en el Real Decreto-Ley 20/2011 de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público –que ha derogado la renta básica de emancipación de los jóvenes–, o la reforma del plan estatal de vivienda y rehabilitación 2009-2012 (Real Decreto 1713/2010, que suprime diversas medidas de fomento en este ámbito).

²⁶ J. ROSSI “La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en Ch. COURTIS (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, cit., p. 89.

del acceso a las prestaciones que constituyen el objeto del derecho²⁷. Con excepciones muy puntuales, la reforma exige a los «no asegurados» que cumplan determinadas condiciones, entre ellas un requisito de ingresos que no se exige a otros colectivos y cuya determinación depende de una disposición reglamentaria totalmente abierta.

En este contexto, el contenido esencial se presenta como un punto de referencia clave en nuestro tema, dicho esto en el sentido de que la posibilidad de articularlo y especificarlo en el caso de los derechos sociales puede sin duda reforzar la solidez de los mismos. De acuerdo con la doctrina del Comité DESC, una medida regresiva que afecte al contenido esencial de los derechos no comporta una mera presunción de incumplimiento, sino que constituye directamente una violación del Pacto no susceptible de justificación. Existiría, así, un umbral mínimo conformado por el conjunto de obligaciones que integran cada derecho social que los Estados no pueden transgredir ni siquiera en el caso de que se vean enfrentados a circunstancias externas que obstaculicen el cumplimiento pleno de obligaciones impuestas por el Pacto²⁸.

El objetivo de este trabajo es reflexionar sobre la aplicación del principio de prohibición de regresividad de los derechos sociales. Se trata de analizar cómo y en qué medida las decisiones normativas limitativas de derechos están constreñidas por las dos garantías o salvaguardas que me propongo examinar. La primera es la posibilidad de determinar un contenido esencial para los derechos sociales, es decir, un conjunto mínimo de obligaciones y garantías necesarias para tutelarlos desligadas de presupuestos y metáforas ontológicas y esencialistas. La segunda es la justificación de la decisión en la identificación de la legitimidad del fin de la norma. Entiendo que el análisis conjunto de ambas salvaguardas permite concluir que el principio de proporcionalidad es un razonamiento complementario y subsidiario –pero no

²⁷ A. SOLANES, “La salud como derecho en España: reformas en un contexto de crisis económica”, *Derechos y libertades*, núm. 31, pp. 127-162; C. LEMA, “La erosión del derecho a la salud en el Reino de España: el ataque a la universalidad”, en M^a J. BERNUZ y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, cit., pp. 234-246. Véase, asimismo, *Informe Defensor del Pueblo, Informe Anual 2012*, p. 210; M. DALLI “Universalidad del derecho a la salud e igualdad material: desigualdades económicas y sociales y desigualdades en salud”, *Universitas*, julio 2015, pp. 3-31.

²⁸ M. SEPÚLVEDA, “La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión ‘progresivamente’”, cit., p. 143. Véase también OG N^o 3 del Comité DESC §10.

alternativo– a la garantía del contenido esencial en el ámbito de la argumentación sobre la prohibición de regresividad. Obligación negativa que da contenido al principio de efectividad de los derechos humanos, principio que, a su vez, fundamenta la existencia de un derecho subjetivo “a la vigencia de normas de derecho público y/o de derecho privado que son necesarias para que sea posible aquello que garantiza el derecho fundamental”²⁹. Este planteamiento permite distinguir las garantías institucionales y los derechos, distinción adecuada para superar la hermenéutica superficial del principio de efectividad de los derechos sociales como la que parecen suscribir muchos intérpretes de la literalidad del texto constitucional que no comprenden que la prohibición de regresividad es la expresión más clara del carácter normativo y, por tanto, vinculante del principio de progresividad³⁰.

2. PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD Y CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS: POR UNA VINCULACIÓN POSIBLE

En relación con las dimensiones objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales, en el Derecho continental europeo ha arraigado hace décadas la tesis de que existe un contenido que actúa como barrera frente a posibles intervenciones arbitrarias de los poderes públicos. Generalmente, la doctrina ha vinculado la irreversibilidad de las conquistas sociales al núcleo esencial de los derechos, que vetaría la posibilidad de que, en la tarea de configuración del derecho, el legislador pudiera suprimirlo sin más o desconocer prestaciones sociales acordadas legislativamente bajo la cobertura de derechos sociales reconocidos en la constitución sin un fundamento suficiente –o legislara de manera arbitraria, irrazonable y desproporcionada o violara la prohibición de discriminación³¹–. Desde perspectivas constitucionales y convencionales hay referencias al contenido esencial como parámetro adecuado para interpretar las obligaciones de progresividad y no regresividad de los derechos humanos, deberes que tienen por objeto el aseguramiento del

²⁹ L. HIERRO, “Los derechos económico-sociales...”, cit., pp. 211-212.

³⁰ R. ARANGO, “La prohibición de retroceso en Colombia”, cit., p. 155.

³¹ J. L. CARRO, “Derechos fundamentales socioeconómicos y prestaciones esenciales” en *Derechos fundamentales y otros estudios*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, p. 377 y ss.; y M. VAQUER “Derecho sociales, crisis económica y principio de igualdad”, en *Informe Comunidades Autónomas*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2012, p. 85; y D. LOPENERA ROTA, “La irreversibilidad de los derechos sociales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2012.

debido proceso sustantivo, es decir, la posibilidad de control sustancial del desarrollo legislativo de un derecho³².

La prescripción de no regresividad ha sido objeto de dos interpretaciones básicas. Pisarello señala que la primera concibe la prohibición como un principio débil cuyo fundamento es una comprensión de la constitución como marco abierto y plural, realizable de acuerdo con distintos modelos sociales, políticas públicas muy diversas y un amplio margen de configuración legislativa. Según esta primera perspectiva, se reputa inconstitucional una reducción global o una supresión absoluta de derechos de contenido social, pero no modificaciones restrictivas de los derechos que el legislador instrumente apelando a criterios tales como la estabilidad económica o la reserva de lo financieramente posible. Hay escribe Pisarello, una segunda lectura del principio de no regresividad; se trata de una interpretación más enérgica que, por una parte, trata de conjugar la tesis de la apertura constitucional y la deferencia hacia el legislador y, por otra, aboga por robustecer el principio a través de dos vías indirectas: la determinación de un “contenido mínimo” infranqueable para los derechos sociales y el control de proporcionalidad de las políticas públicas *prima facie* regresivas³³.

Argumentativamente, la tesis de la indisponibilidad negativa de los derechos encuentra su anclaje justificativo en todo un conjunto de principios: el valor normativo de la constitución y la vinculación de todos los poderes a la misma, incluido el legislador (art. 9.1 CE), la efectividad del texto constitucional en una materia que forma parte del contenido de la cláusula del Estado social y democrático de derecho, el respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (10.1 CE)³⁴ y la apertura al Derecho inter-

³² V. ABRAMOVICH y Ch. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 96.; y G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*, cit., p. 65. También se propone la posibilidad de delimitar el contenido esencial en relación con el papel que podría jugar en la exigibilidad de los derechos sociales. Cfr. O. PARRA, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”, *Ni un paso atrás...*, cit., p. 56. Sobre los avances en la exigibilidad de derechos humanos, puede verse M. DÍAZ, “El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales”, *Lex-social. Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1, enero-junio 2012, pp. 5-30

³³ G. PISARELLO, “Derechos sociales y principio de no regresividad en España”, cit., p. 310.

³⁴ La indisponibilidad de un derecho social se ha vinculado a la dignidad de la persona de la que el Tribunal Constitucional ha deducido, entre otras, la exigencia de suficiencia económica a efectos de limitar las posibilidades de embargo de bienes para no sacrificar el mínimo vital del deudor (STC 113/1989, FJ 3); la existencia de “un mínimo vital de subsistencia” al

nacional de los derechos humanos (10.2 CE). En la medida en que el contenido esencial es el conjunto de niveles básicos de cada derecho social, constituye el canon al que debe someterse toda intervención de los poderes públicos sobre el derecho. Como sugiere Parra, el contenido esencial puede derivarse de un acervo normativo amplio integrado por las normas constitucionales, el bloque de constitucionalidad, los precedentes judiciales, los estándares de Derecho internacional de derechos humanos y el desarrollo doctrinal de los derechos fundamentales³⁵. Como han señalado algunos autores –entre otros, Fredman³⁶– semejante complejo normativo contribuye a contrarrestar y aun a superar la posible indeterminación de las normas de derechos sociales.

Las teorías sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales son bien conocidas, de modo aquí me limitaré a hacer una referencia mínima a la cuestión³⁷. La doctrina ha construido una doble clasificación: por un lado, la que distingue las teorías absolutas y relativas; por otro, la que diferencia las teorías espaciales y temporales³⁸. Prieto³⁹ sostiene que, en general, pueden conjugarse dos interpretaciones que dan lugar a la teoría de la doble barrera protectora; de acuerdo con esta aproximación, toda limitación de un derecho fundamental debe estar justificada y además respetar su contenido esencial. Dicho de otro modo: si una disposición limitadora de un derecho está justificada pero llega a dañar su contenido mínimo o esencial se tendrá por ilegítima, es decir, la intervención regresiva sobre el contenido esencial se considerará inadmisibles, pero la dimensión no esencial no queda desprotegida o desconstitucionalizada. No se trata de dejar al legislador libre en lo no esencial y vinculado en el núcleo indisponible porque no cabe hablar de “partes” del contenido de un derecho, como sostienen las teorías absolu-

tratar los derechos derivados del deber de contribución al sostenimiento de los gastos públicos (STC 19/2012, FJ 4) o la obligación del estado de garantizar mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad (art. 50 CE).

³⁵ O. PARRA, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”, *cit.*, p. 54.

³⁶ S. FREDMAN, *Human Rights transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford, 2008, cap. 3.

³⁷ Remito al examen de L. PRIETO en su análisis de los límites a los derechos fundamentales: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 217-248.

³⁸ Sobre estas teorías véase C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, prólogo de José Luis Cascajo Castro, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007 (3ª), pp. 406 y ss.

³⁹ L. PRIETO, *Justicia constitucional...*, *cit.*, p. 233.

tas. Por otro lado, incorpora la exigencia de justificación e incide en la idea de que el contenido esencial es el resultado del proceso de argumentación⁴⁰. Esta concepción de doble barrera evita tanto la caracterización del contenido esencial como una suerte de espacio geográfico al interior del derecho como la visión escindida del derecho –que, como señala Prieto, “puede ser expresiva, pero es contradictoria y confusa”⁴¹–. Existiría, así, un núcleo inderogable de obligaciones básicas que no pueden ser desconocidas, no tanto en sentido esencialista u ontológico cuanto pragmático⁴². En principio, como apunta Courtis, quedan excluidas de la posibilidad de ser justificadas las medidas regresivas que afecten el contenido mínimo esencial del derecho en juego. Con respecto a las demás medidas regresivas, las razones a las que pueden acudir los poderes públicos son taxativas y limitadas⁴³. Los derechos, de este modo, se incardinan en una concepción que les asigna prioridad frente a otros fines y son el contrapunto de los argumentos económicos y/o consecuencialistas que apelan a la estabilidad presupuestaria o a la prohibición de déficit público, argumentos que, como vamos a ver ahora, están presentes en el razonamiento característico de la proporcionalidad.

Todo lo dicho hasta aquí no elimina los contornos difusos del concepto de contenido esencial. Delimitar el contenido esencial de un derecho en abstracto sigue siendo una tarea ardua que reclama el diálogo permanente entre las formas jurídicas y las realidades sociales, pues los niveles básicos de los derechos deben ser reinterpretados y reconstruidos en contextos concretos. Esta posibilidad es factible si se apoya en criterios orientativos: se trata de comprobar si al final de la regulación legislativa el derecho sigue siendo reconocible como un derecho constitucional que, en equilibrio y en tensión nunca resuelta con otros derechos o principios, sea tutelado por la constitución. Existen propuestas sobre la determinación del contenido esencial a partir del bloque de constitucionalidad y los precedentes judiciales argu-

⁴⁰ Tesis característica de las teorías relativas. R. ALEXU, *Teoría derechos fundamentales*, Madrid, CEC, p. 288; R. ARANGO, “La prohibición de retroceso en Colombia”, cit., p. 170.

⁴¹ L. PRIETO, *Justicia constitucional...cit.*, p. 70.

⁴² O. PARRA, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”, cit., pp. 62-63.

⁴³ De acuerdo con la doctrina del Comité DESC, la obligación de adoptar medidas inmediatas para la realización de los derechos utilizando todos los recursos disponibles forma parte del mínimo esencial. Por tanto, la definición de un contenido mínimo esencial no puede significar un techo, sino un suelo a partir del cual se vaya desarrollando progresivamente el más alto nivel de satisfacción del mismo.

mentativamente correctos como un referente intersubjetivo para la delimitación de aquellos componentes que permiten medir la progresividad y la no regresividad⁴⁴.

Los enunciados de derechos constitucionales y de derechos humanos son inteligibles, pero adolecen de cierto grado de indeterminación, lo que comporta la necesidad de una intervención que, como ya se ha dicho, abreva en otras referencias normativas y bienes constitucionales para su concreción, desarrollo y efectividad. Una vía más fecunda en la determinación del contenido esencial es partir del principio de integridad e indivisibilidad de los derechos tomando como referencia tres parámetros: el principio de constitucionalidad y el bloque de constitucionalidad, el principio de convencionalidad en sentido amplio y la interpretación sistemática de la interrelación entre los derechos sociales y otros derechos⁴⁵ a través de las garantías institucionales existentes y los sistemas de protección⁴⁶. De estos tres parámetros se pueden extraer pautas interpretativas sobre el contenido esencial y sobre la prohibición de regresividad. Pensemos en la aportación realizada por la dogmática, que en cada país ha delimitado la jerarquía constitucional de los tratados internacionales. La doctrina sobre los tratados internacionales de derechos humanos y las resoluciones del Comité DESC ha evolucionado; su recepción y progresiva aceptación en el ámbito doméstico ha restringido, como subraya Rossi⁴⁷, el espectro de posibles justificaciones para la adopción estatal de medidas regresivas a través del establecimiento de requisitos rigurosos y sistematizados que, en última instancia, se orientan a reconocer que el contenido mínimo es inderogable y las medidas regresivas no son aceptables. El Pacto carece de razón de ser si se puede interpretar en el sentido de que no establece una obligación mínima⁴⁸, obligación que ha sido matizada en su ámbito de aplicación a través de diversos criterios: (a) la inderogabilidad del contenido mínimo y las obligaciones mínimas cuyo incumplimiento no es excusa-

⁴⁴ O. PARRA, "El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad", *cit.*, pp. 62.

⁴⁵ M. DÍAZ CREGO, "El tribunal constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales", *Lex Social- Revista de los Derechos Sociales* núm. 1, 2012, pp. 5-30. VVAA, *Equal Rights Trust, Economic and Social Rights in the Courtroom*. London, 2014.

⁴⁶ Sobre los límites derivados de la invulnerabilidad del contenido esencial de los derechos sociales veáse P. SALA, *La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica*, *cit.*, pp. 77-83.

⁴⁷ J. ROSSI, "La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité...", *cit.*, pp. 98-99 y 114.

⁴⁸ OG N° 3 §10.

ble⁴⁹. Se habla, así de un contenido inderogable como estándar que debe ser garantizado con independencia de la situación económica o las condiciones desfavorables a las que han de hacer frente los Estado, así como de las obligaciones con efecto inmediato (de respeto y protección); la prohibición de regresividad es, en este sentido, una obligación de respeto; (b) la demostración de que la medida regresiva adoptada es deliberada y se sigue de un examen exhaustivo de todas las medidas alternativas posibles; y (c) la consideración de que las medidas regresivas están prohibidas y la afirmación expresa de que constituyen una violación del derecho⁵⁰.

La constitución y el bloque de constitucionalidad del que deriven derechos expresos, las garantías institucionales, las obligaciones para los poderes públicos y los límites para su actuación son parámetros idóneos para analizar la constitucionalidad de una disposición e instrumentos jurídicos relevantes para decidir un caso constitucional particular. Precisamente, como he señalado, quienes defienden la posibilidad de hablar de un núcleo esencial de todos los derechos lo hacen a partir del valor normativo de la constitución y de la vinculación a todos los poderes, incluido el legislador, a la misma, así como su efectividad en una materia –que, como ya se ha dicho, es el contenido de la cláusula del Estado social–. Ilustraré la reflexión sobre la delimitación del contenido esencial desde la perspectiva de la irreversibilidad de los derechos sociales a través de la evolución reciente de su desarrollo normativo. Tomaré en consideración el bloque de constitucionalidad y la interrelación ente derechos constitucionales a fin de contrastar cómo de ahí surgen parámetros concretos y criterios bien perfilados para orientar adecuadamente la efectividad de los derechos mediante la realización y el respeto a su contenido esencial.

Existe una previsión constitucional clara que hace referencia a los servicios públicos fundamentales (art. 158 CE). Sin embargo, en España se ha registrado un proceso claro de regresión cuantitativa y cualitativa en la prestación de los mismos, así como la imposición de prestaciones coactivas –más elevadas o por nuevos conceptos– a sus usuarios⁵¹. Junto a esta previsión

⁴⁹ OG N°14 sobre derecho a la salud §43. Un Estado parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 *supra* que menciona el contenido mínimo. Las medidas regresivas están prohibidas y expresamente se afirma que son una violación del derecho (vid §48 OG 14 derecho a la salud).

⁵⁰ OG N° 14 sobre el derecho a la salud § 32, §48.

⁵¹ Modificaciones normativas mediante decretos-leyes, normas reglamentarias o meras resoluciones vulneradoras de la exigencia de reserva de ley. Entre ellos mencionaremos el Real Decreto-Ley 14/2012, que aumentó el importe de las matrículas universitarias hasta el

constitucional, existen criterios supralegales, constitucionales y convencionales, que acotan tanto la libertad del legislador como la interpretación del contenido de estos derechos. Como subraya Lozano⁵², el primero de ellos es la atribución *ex constitutione* a los poderes públicos de la garantía específica de ciertos derechos y prestaciones como la educación, la seguridad social, la salud pública, la atención y tratamiento de la discapacidad, las pensiones y los servicios sociales a la tercera edad (arts. 27, 41, 43, 49 y 50 CE, entre otros), todos ellos definidos como servicios esenciales de la comunidad en los artículos 28.2, 37.2 y como «servicios públicos fundamentales» en el artículo 158.1. Cabe, en segundo término, mencionar la identificación del carácter esencial de un servicio como límite: jurisprudencialmente se ha definido «esencial» como la aptitud del servicio para ser condición material del ejercicio y disfrute de bienes constitucionales (STC 51/1986). Lo decisivo para esta calificación es, pues, que el servicio sea necesario para la satisfacción de derechos fundamentales y de bienes o intereses constitucionalmente protegidos (STS 14/4/2009). En tercer lugar, la determinación de la financiación de los servicios públicos considerados esenciales, básicos, fundamentales o de interés general, según las distintas denominaciones plasmadas en las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad delimita igualmente la acción del legislador. El art. 158.1 CE prevé asignaciones presupuestarias del Estado para “los servicios públicos fundamentales” que garanticen un nivel mínimo de prestación en todo el territorio español. La LOFCA, legislación sobre la financiación de las comunidades autónomas, desarrolla normativamente el precepto. En su art. 15.1 califica como servicios públicos fundamentales la educación, la sanidad y los servicios sociales esenciales, y establece que no se satisface el nivel mínimo garantizado por la CE cuando su cobertura no alcanza «el nivel medio de los mismos en el territorio nacional», mientras

100 por 100 del coste en algunos casos, el Preámbulo del Real Decreto-Ley 16/2012 que elevó las aportaciones de los enfermos por los medicamentos y otras prestaciones o el Preámbulo de la Ley 10/2012 que crea y eleva las tasas judiciales coinciden en el término “racionalización” (también en materia de dependencia Resolución 13 de julio de 2012 Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD) y en que aplicarla a la educación universitaria, a la atención sanitaria y a la potestad jurisdiccional conlleva, en todos los casos, el aumento considerable de tasas y aportaciones por parte de los usuarios.

⁵² C. LOZANO, “Art. 158.1 CE: Límites al recorte y copago de servicios fundamentales”, en L. A. MALVÁREZ y S. RAMÍREZ (dirs.), *Fiscalidad en tiempos de crisis*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 171-197.

que el art. 15.2 prevé para un fondo de garantía para su implementación⁵³. Lozano sostiene que el mandato no es meramente financiero, sino más amplio y complejo. Por un lado, Lozano afirma que el mandato refuerza ciertos derechos reconocidos por otros preceptos constitucionales, asegurando que los servicios a través de los que se prestan alcancen una cobertura mínima que es responsabilidad del Estado; se garantiza así la efectividad de la CE y el respeto al contenido esencial. De otro lado, el autor apunta que el propio bloque de constitucionalidad, a través de la LOFCA, que sustrae esa determinación al legislador ordinario, es “el que cierra el diseño constitucional fijando como servicios fundamentales los de sanidad, educación, y servicios sociales esenciales, reconocidos como derechos prestacionales individuales en la constitución” (arts. 27, 41, 43, 49 y 50 CE). Así, la garantía constitucional se configura a través de dos barreras. Un primer límite mínimo infranqueable es el nivel de prestación ya existente en cada territorio en un momento dado, que no admite medidas regresivas. El segundo límite infranqueable establecido por la LOFCA lo constituye el nivel medio de prestación en todo el territorio español. Finalmente, y como consecuencia de esta nueva normativa, es preciso mencionar las modificaciones al alza en las aportaciones que deben hacer los usuarios⁵⁴. Justificadas a través de la apelación al déficit público, la sostenibilidad y la racionalización, obstaculizan en los hechos el acceso al servicio, pudiendo, como remarca Lozano, imposibilitarlo en algún caso por razones económicas, es decir, puramente discriminatorias y causantes de desigualdades injustificadas y arbitrarias. No puede ser acorde con la CE el impedimento y hasta el bloqueo del acceso a servicios que ella misma califica como fundamentales. Con respecto a esta aportaciones de los usuarios, la Sentencia 3429/2014 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana declara lo siguiente: “Siguiendo el hilo argumental, convendrá sentar que el copago regulado en el Decreto 113/2013 como precio público es, en la realidad jurídica, una tasa, que afecta a un servicio público esencial e imprescindible como es la asistencia social a ancianos y personas con discapacidad, lo que nos lleva a la necesaria regulación tributaria, comenzando por reseñar las previsiones constitucionales. En efecto, el artículo 31.3 de la Constitución Española dispone que “solo podrán establecerse prestaciones

⁵³ Sobre la importancia de la igualdad como título competencial por la vía del artículo 149.1.1ª CE en la regulación de las condiciones básicas para el ejercicio de derechos, véase, M. VAQUER CABALLERÍA “Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad”, cit., pp. 92-93.

⁵⁴ J. PONCE, *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales...*, cit., p. 25.

personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley”, pudiendo las comunidades autónomas establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes” (art. 133.2 CE)”. Además de ello para hablar de precios públicos son necesarios dos requisitos –el acceso a un servicio voluntariamente y la existencia de una prestación privada alternativa–. En este caso no se da el requisito de la voluntariedad. Esta no se da cuando “la voluntariedad en la solicitud o recepción de un servicio público por parte del interesado, es decir, cuando esta solicitud no sea libre, por resultar la actividad o el servicio requerido objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de su vida personal o social, de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar, priva al precio público de unos de sus dos requisitos inherentes, y nos acerca al hecho imponible de la tasa” (FJ 5).

De lo expuesto hasta aquí cabe concluir que existen en el sistema jurídico criterios de ámbito constitucional –constitución y bloque de constitucionalidad– que tienen carácter claramente supralegal y que pueden establecer una barrera infranqueable –un nivel mínimo de prestación– para el legislador en materia de servicios fundamentales aplicables en todo el territorio.

En este punto procede dar un paso más y prestar atención a las razones que eventualmente justifican una medida regresiva en materia de derechos sociales teniendo en cuenta que una decisión de tal naturaleza –que afecta al contenido mínimo de los derechos previstos en el PIDESC– es inválida en cualquier circunstancia y que una medida regresiva que no afecta al contenido mínimo es en principio ilegítima. Los poderes públicos tienen la responsabilidad de argumentar de forma suficientemente sólida para desvirtuar esta presunción y no cualquier justificación es válida⁵⁵. La exigencia de justificación es una garantía central en los sistemas constitucionales y obliga a dar cuenta de las motivaciones de cualquier medida o disposición restrictiva. El legislador no está, en fin, exonerado de aducir razones para justificar sus leyes. Como sostiene Prieto⁵⁶, desde la perspectiva del Estado constitucional la defensa del contenido esencial y la exigencia de justificación no suspenden las prerrogativas del legislador, pero la exigencia de la que hemos hablado es un mínimo exigible.

⁵⁵ Así se desprende de la interpretación del artículo 4 desarrollada por el Comité DESC y por parte de los *Principios de Limburgo* sobre las medidas regresivas o limitativas de derechos §§ 48 y 50. Véase J. ROSSI, “La obligación de no regresividad...”, *cit.*, pp.102-103.

⁵⁶ L. PRIETO, *Justicia constitucional...*, *cit.*, p. 204.

3. PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD Y ARGUMENTACIÓN: LEGITIMIDAD Y PROPORCIONALIDAD

Los estándares internacionales de derechos humanos, así como aquellos que los desarrollan e interpretan, pautan la forma y el contenido de los argumentos que inciden en la justificación de la regresividad en materia de derechos humanos y, más específicamente, de los derechos sociales. La prohibición de regresividad como uno de los criterios para establecer la validez de las normas y evaluar la legitimidad de medidas restrictivas de derechos es un esquema argumentativo que no resulta extraño a algunas jurisdicciones constitucionales o a la dogmática desarrollada por los órganos de los sistemas americano y europeo de derechos humanos. Como subraya Rossi⁵⁷, estos han aplicado alternativamente los test de razonabilidad, proporcionalidad o de escrutinio estricto en el control de legitimidad sustantivo sobre medidas estatales que afectan a derechos fundamentales.

Tales parámetros también se nutren de un conjunto de principios cuya sedimentación proviene de diferentes fuentes de orden constitucional, legislativo y/o jurisprudencial. Se trata de cánones que descansan sobre unos mínimos vinculados a las exigencias de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad y que excluyen toda medida desprovista de justificación objetiva y razonable. Principios como seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales o valores ligados a la dignidad humana tienen indudable repercusión a la hora de valorar la viabilidad constitucional y/o convencional de las regresiones de derechos aprobadas por el legislador.

La determinación del carácter regresivo de una norma o del grado de limitación de un derecho dependen fundamentalmente de la solidez del razonamiento o la motivación suficiente para su establecimiento, pero esta argumentación que no se produce en el vacío. De un lado, se ha beneficiado de los desarrollos argumentativos relativos a la prohibición de discriminación⁵⁸. De otro, se puede hablar, a partir de la doctrina elaborada por el Comité DESC, de un conjunto de criterios y pautas concebidos para orientar y mejorar la

⁵⁷ J. ROSSI, "La obligación de no regresividad...", cit., pp. 87 y ss.

⁵⁸ Ch. COURTIS traza un paralelismo con este juicio y relaciona este razonamiento con el juicio de razonabilidad y proporcionalidad, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", cit., p. 40.

argumentación en materia de derechos sociales, especialmente aquellos que se orientan a que el Estado asuma la carga de prueba⁵⁹.

Sintéticamente, el esquema argumentativo encaminado a demostrar la regresividad de una medida está integrado por los siguientes pasos. En primer lugar, la acreditación indiciaria de la regresividad que afecta a un derecho o a una dimensión del mismo genera una presunción de invalidez cuya consecuencia es la atribución al edictor de la norma de la carga de la demostración de su razonabilidad⁶⁰. En coherencia con este criterio, el estándar para considerar justificada y por ende permisible la medida regresiva debería ser elevado, estricto o agravado⁶¹. En este punto se ha señalado que es necesario evidenciar de modo concreto y categórico que la norma impugnada es *menos favorable* para el titular del derecho que aquella a la que ha reemplazado⁶². Aunque en este contexto la justificación indiciaria debería centrarse en el contenido esencial del derecho, este no parece tener cabida en esta argumentación.

En segundo lugar, la mencionada presunción invierte la carga de la prueba, de modo que corresponde al Estado demostrar que la configuración del derecho que ha llevado a cabo está justificada. Como apunta Arango, tal justificación se inserta en un proceso decisorio racional que enhebra la responsabilidad argumentativa del Estado y la interpretación constitucional del control estricto de las medidas adoptadas⁶³. Este segundo paso obliga al Estado a demostrar⁶⁴: el res-

⁵⁹ Pisarello hace referencia a dispositivos entre los que destacan el control de razonabilidad y proporcionalidad de los derechos y de las políticas públicas, la tutela del contenido mínimo y de las garantías institucionales de los derechos sociales y a las instituciones públicas que los hacen posible (G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, cit., pp. 64-66.); e Id., "Derechos sociales y principio de no regresividad en España", cit., pp. 323 y ss.

⁶⁰ En algunos sistemas se presume la inconstitucionalidad de la medida y de ahí la exigencia de un control judicial estricto. El sistema jurídico colombiano es un ejemplo de este modelo. Véase R. ARANGO, "La prohibición de retroceso ...", cit., p. 158.

⁶¹ J. ROSSI, "La obligación de no regresividad...", cit., p. 114.

⁶² Ch. COURTIS, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", cit., pp. 39-40.

⁶³ Arango se refiere a la subregla que afirma que si las autoridades no toman las medidas efectivas que aseguren avances en la realización de derechos, gradualmente va incurriendo en incumplimiento cuya gravedad aumenta. R. ARANGO "La prohibición de retroceso en Colombia", cit., p. 160.

⁶⁴ Las Observaciones Generales 3 §9 y 45, 13, 14 §32, 15§19, 17 §27 y 18 §21 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fijan los términos del posible marco argumentativo del estado.

peto al contenido mínimo esencial del derecho⁶⁵, la existencia de un interés estatal legítimo y cualificado, el carácter necesario de la medida, la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión⁶⁶, la utilización del máximo de recursos disponibles⁶⁷, la obligación de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto⁶⁸ y la preservación o avance teniendo en cuenta la totalidad de derechos contenidos en el Pacto⁶⁹. Asimismo, la medida restrictiva ha de ser instrumentada a través de una ley formal, entendiendo por tal una norma estatal de aplicación general, clara, accesible a todos y coherente con los principios del PIDESC⁷⁰.

En relación con los fines a considerar, así como el orden y tipo de los argumentos, el Comité DESC señala que el Estado no puede recurrir a argumentos generales de políticas públicas, disciplina fiscal o referirse a otros objetivos financieros o económicos, sino que debe ceñirse a aquellos derechos previstos en el Pacto que se han visto favorecidos por la medida enjuiciada. Al elaborar las conclusiones sobre el cumplimiento de la legislación española relativo a la Carta Social Europea, el Comité Europeo de Derechos Sociales se ha expresado de modo diáfano: “las medidas que pretenden consolidar la finanzas públicas, asegurar la viabilidad de los regímenes de pensiones de jubilación o incentivar el empleo podrían estimarse legítimas en tiempos de crisis económica, pero no deben traducirse mediante una reducción de los

⁶⁵ El Pacto fija una limitación absoluta –el cumplimiento del contenido mínimo esencial del derecho, similar a la prohibición de afectar al contenido esencial del derecho.

⁶⁶ Si bien el comité no lo refiere textualmente, como afirma Rossi, resulta lógico inferir que la medida debe ser la menos lesiva. J. ROSSI, “La obligación de no regresividad...”, *cit.*, p. 92.

⁶⁷ Para llevar a cabo esta argumentación, el Estado ha de tener en cuenta tres pautas: las prioridades establecidas en el Pacto, el uso eficiente y equitativo de los recursos, y finalmente la demostración de que ha evaluado adecuada y racionalmente la existencia de los recursos disponibles para satisfacer las obligaciones contenidas en el tratado y que aun así necesita acudir a esta regresión para proteger los demás derechos.

⁶⁸ Criterio establecido ya en la OG N° 3 sobre obligaciones de los estados y desarrollado en la OG N° 14 sobre el derecho a la salud § 43. Ch. COURTIS, *El mundo prometido...*, *cit.*, pp. 60-63.

⁶⁹ La nueva regulación “deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de recursos de que se dispone”. Como señalan las OG N° 3 §9, OG N° 13 § 45 sobre el derecho a la educación; la OG N° 14 §32 sobre el derecho a la salud, la OG N° 15 § 19 sobre derecho al agua y la OG N° 18§21 sobre derecho a trabajar.

⁷⁰ *Principios de Limburgo* § 48 y 50.

derechos contenidos en la Carta⁷¹. Los gobiernos deben, por tanto, adoptar las medidas necesarias para lograr que estos derechos sean efectivamente garantizados.

En síntesis, de acuerdo con el criterio aquí propuesto, la verificación del carácter regresivo de una norma tiene efectos similares a la existencia de un factor de discriminación de los expresamente prohibidos: conlleva, de antemano, una presunción de ilegitimidad de la medida que hace necesaria la realización de un escrutinio estricto o un severo control de la razonabilidad y la legitimidad de la medida, así como del propósito de la norma. Es responsabilidad del Estado la prueba de su justificación y, en caso de duda, habría que determinar la invalidez de la norma regresiva. Cuando se trata de acreditar la vulneración de la prohibición de regresividad, se somete a escrutinio estricto la norma posterior que pretende limitar la extensión del derecho y entra en juego el principio de proporcionalidad.

El juicio estricto o agravado es más exigente que el juicio denominado de razonabilidad o no arbitrariedad. La norma ha de ser considerada algo más que no arbitraria. En este segundo nivel se considera un lugar común apelar al principio de proporcionalidad, en virtud del cual toda omisión absoluta o relativa que constituye una intervención en un derecho social es inconstitucional a menos que esté justificada por las exigencias de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad⁷². El problema de la extensión del canon de proporcionalidad es, tal como denuncian Klatt y Meister⁷³, que de manera progresiva ha pasado a ser considerado el patrón central en la adjudicación de derechos en las democracias liberales, el criterio de constitucionalidad más universal y el principal parámetro de validez de las leyes limitativas de derechos.

No examinaré aquí en profundidad el canon de proporcionalidad ni las críticas de que ha sido objeto. Pretendo, antes bien, controvertir los aspectos de este razonamiento que afectan a la valoración de la regresividad de los derechos sociales. Examinaré, pues, la aplicación del canon de proporcionalidad

⁷¹ Comité Europeo de Derechos Sociales. *Conclusiones XX-3*, 2014, enero 2015.

⁷² R. ALEXY "Sobre los derechos constitucionales a protección", en *Derechos sociales y ponderación*, R. Alexy y otros, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009 (2ª), pp. 45-84; y C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., Cap. VI.

⁷³ M. KLATT y M. MEISTER, "Proportionality - a Benefit to human Rights? Remarks on the I.CON controversy", *International Journal of Constitutional Law I-CON*, vol. 10 núm. 3, 2012, pp. 687.

desde la perspectiva de la defensa del contenido esencial de los derechos sociales y de la atribución de prioridad a la determinación del fin legítimo. Abogo, en este punto, por una argumentación basada en el principio de legitimidad frente al de proporcionalidad –que, como he avanzado al inicio de este trabajo, entiendo como un canon complementario, pero no sustitutivo de aquel⁷⁴–.

Esta reflexión no pretende cuestionar el principio de proporcionalidad ni impugnar su suficiencia como parámetro argumentativo. Más bien se trata de analizar lo que podría denominarse “el desbordamiento del razonamiento basado en la proporcionalidad”, es decir, la tendencia a que, en el contexto del razonamiento judicial, la proporcionalidad derive inmediatamente hacia la ponderación (*balancing*), que es, como se ha señalado, el más opaco y subjetivo de los procedimientos argumentativos, al menos si no se ha seguido estrictamente el razonamiento exigido por los subprincipios de idoneidad y necesidad⁷⁵. En muchas ocasiones, estos se resuelven en tautologías o se presentan y aceptan sin suficiente argumentación. El propósito es, por lo tanto, profundizar en la idea de que lo que da sentido al principio de proporcionalidad es la fijación del fin legítimo, finalidad y criterio de legitimidad que solo puede ser constitucional o convencional, así como la valoración de los medios y la consideración de los que son menos lesivos para los derechos. En este caso, el parámetro no puede ser la legislación sin más, como a menudo se asume, sino la legislación en tanto que desarrollo constitucional.

El principio de proporcionalidad es un canon que sirve fundamentalmente para resolver conflictos de derechos y, en algunos supuestos, para determinar la validez de las normas que limitan derechos constitucionales. En el caso de las normas regresivas, no se trata solo de poner en evidencia las limitaciones a los derechos, sino también, en algún caso, la neutralización de su alcance e incluso su supresión. En ese sentido, la apelación a la proporcio-

⁷⁴ Según una reiterada doctrina constitucional, el uso del canon de proporcionalidad tiene un carácter complementario y no alternativo al canon sobre el respeto de la limitación establecida al contenido esencial que es el criterio de juicio de constitucionalidad en primer grado en nuestro sistema. El ejercicio de los derechos fundamentales puede ceder ante otros intereses o derechos «constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquel haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo perseguido, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho», doctrina vigente desde la STC 57/1994 (FJ 6).

⁷⁵ J. GERARDS, “How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights”, *International Journal Constitutional Law* I.CON, vol 11 num. 2, 2013, pp. 467 y 468; L. CLERICO “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación”, *Anuario de Filosofía del Derecho* vol. 31, Nueva Época, 2015, pp. 73-99.

nalidad y a la ponderación como recursos argumentativos no parece apropiada. Si la cuestión principal es la justificación de la limitación, la erosión, la restricción o la supresión de un derecho, una vez determinado el contenido esencial del mismo el centro de imputación argumentativo es la legitimidad del fin de la norma: cuando una reforma comporta la anulación de un derecho, no parece sensato examinarla a la luz de unos principios llamados a determinar si una limitación es proporcional o no.

El criterio de legitimidad apela a la vinculación de la medida con fines admitidos por el ordenamiento constitucional o convencional y, sobre todo, excluye los fines prohibidos por el ordenamiento de referencia. El objetivo del acto legislativo debe ser legítimo, adecuado o suficientemente importante; es lo que se denomina «prueba de la legitimidad»⁷⁶. Es precisamente el criterio del fin legítimo el que da sentido al procedimiento en el que se valora la proporcionalidad –la relación entre medios y fines– de una medida o un derecho de acuerdo con los subprincipios que integran este test, cada uno de los cuales expresa una exigencia que toda injerencia de la autoridad estatal en los derechos fundamentales debe satisfacer.

El canon de la *idoneidad* trata de dilucidar si la medida es adecuada y congruente, aunque no sea óptima para proteger o alcanzar aquellos fines. La idoneidad o adecuación tiene, pues, por objeto verificar que el (o los) medios adoptado(s) por la autoridad sea(n) apto(s) para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo –un fin vital para el sistema jurídico político, y no meramente una finalidad legal⁷⁷–. Se ha observado que en este parámetro anidan dos vertientes: la idoneidad del medio –a saber, que la decisión adoptada persiga un fin constitucionalmente legítimo o un objetivo suficientemente importante– y la legitimidad del fin –es decir, que la medida sea idónea para satisfacer la finalidad pública⁷⁸–. El primer subprincipio es el de legitimidad (o del fin constitucionalmente legítimo); el segundo, el de idoneidad en sentido estricto.

⁷⁶ L. B. TREMBLAY, “An egalitarian defense of proportionality-based balancing”, *International Journal of Constitutional Law*, I.CON, vol. 12 num. 4, 2014.

⁷⁷ F. Schauer aboga por el juicio estricto frente al de mera razonabilidad y al de proporcionalidad por ser más exigente, pero liberado de sus rigideces al argumentar a partir de la finalidad de promover un interés vital (no un simple fin legítimo) y que la medida en cuestión es la menos lesiva para el derecho en juego. (F. SCHAUER, “Proportionality and the Question of Weight”, en G. HUSCROFT, B. MILLER, G. WEBBER (eds) *Proportionality and The Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, pp. 173-185.

⁷⁸ I. COVARRUBIAS, “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 num. 2, 2012, pp. 447-480.

Por su parte, el argumento de la *necesidad* –el carácter indispensable o imprescindible de la medida, o su consideración como la alternativa menos gravosa– ha de ser interpretado en el sentido de que aquella no limite el derecho más allá de lo estrictamente necesario para la satisfacción del fin invocado⁷⁹. En esta dimensión, el razonamiento estándar del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre los límites a los derechos hace depender la legitimidad de la medida limitativa de “si [los límites] son necesarios en una sociedad democrática” y de si se trata de una “necesidad social apremiante” que responda a razones “relevantes y suficientes”⁸⁰. Gerards destaca que, ante la vaguedad y la falta de precisión en la aplicación de estos subprincipios –o su uso fundamentalmente retórico–, el TEDH tiende a recurrir al tercero, el de *ponderación*, omitiendo los anteriores⁸¹. Un examen atento de la aplicación de los principios de proporcionalidad y de necesidad revela un uso poco transparente de la terminología y una tendencia a confundir y mezclar distintos elementos de la revisión judicial⁸². La ponderación, sin abordar sistemáticamente los otros argumentos, comporta riesgos de subjetividad y opacidad en la toma de decisiones⁸³. Es más interesante, a juicio de Gerards, mejorar el razonamiento del test de necesidad a través de la aplicación de un canon de efectividad, de medios-fines o del medio menos restrictivo o lesivo⁸⁴. Aunque estos argumentos aparecen en el razonamiento del tribunal,

⁷⁹ La necesidad consiste en la aplicación del medio menos lesivo. A. STONE y J. MATHEWS, “Proportionality balancing and global constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol 47, 2009, pp. 73-163.

⁸⁰ Criterios derivados de los artículos 8 a 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sometidos a diversas críticas en su uso. El TEDH parte de la regulación establecida en los artículos 8 a 11, que contienen la cláusula de justificación de la limitación de derechos si tal limitación es «necesaria en una sociedad democrática» para la protección de uno de los intereses públicos enumerados y el tribunal ha extendido esta cláusula a otros derechos al considerarla implícita. Véase asimismo, Y. ARAI, “The Systems of Restrictions”, en P. VAN DIJK *et al.* (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Oxford, Intersentia, 2006 (4^a), p. 343.

⁸¹ J. GERARDS, “How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights”, *cit.*, pp. 467 y 468.

⁸² El caso emblemático en el que el TEDH se refiere al criterio de ser «necesario en una sociedad democrática» es el asunto *Sunday Times contra el Reino Unido*, 26 April 1979 (§ 62).

⁸³ Lo ejemplifica con el asunto *Soltsyak contra Rusia* (2011). Aquí el test medios-fines permite al TEDH examinar la justificación de un elemento específico de la razonabilidad, como es la idoneidad.

⁸⁴ J. GERARDS, “How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights”, *cit.*, p. 469. Brems y Lavrysen coinciden con este diagnóstico y consideran necesario que el TEDH depure o sea más refinado en la apelación al criterio del medio menos lesivo o

a menudo no forman parte de la justificación de la decisión, y su utilización de un modo más sistematizado puede ser un complemento valioso en la claridad del uso de la proporcionalidad propiamente dicho⁸⁵. En dos sentidos, según Gerards⁸⁶: en primer lugar, porque permitiría al tribunal examinar la justificación de la razonabilidad de la elección de medios, que constituye un elemento distinto e importante de la razonabilidad de una limitación de un derecho fundamental; en segundo lugar, porque podría ayudar al tribunal a evitar algunas de las dificultades relacionadas con la ponderación. Si la conclusión es que los medios elegidos son inadecuados o innecesarios, no habría necesidad ulterior de investigar si, al final, el legislador o la administración ha establecido un equilibrio razonable⁸⁷.

Cabe, por último, referirse al subprincipio de *proporcionalidad en sentido estricto*, cuyo núcleo radica en la determinación de si la medida limitativa es equilibrada porque de ella se derivan más beneficios para el fin legítimo que para otros bienes, valores o derechos en conflicto. Este paso argumentativo se resuelve en el razonamiento de la ponderación, que en puridad solo debería aplicarse, en su caso, en los conflictos de derechos. Existen, como es bien sabido, desacuerdos importantes sobre la función específica, el contenido, la deseabilidad y el fundamento de los diversos test de justificación y sobre lo que se denomina la prueba de equilibrio o ponderación⁸⁸.

La tesis que sostengo es que los derechos tienen prioridad normativa sobre otros objetivos sociales, intereses, criterios basados en la utilidad, creen-

restrictivo. E. BREMS y L. LAVRYSEN, "Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 0, 2015, pp. 1-30.

⁸⁵ J. CHRISTOFFERSEN «Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights», *Human Rights and Humanitarian Law*, E-Books Online, 2009, pp. 164-165.

⁸⁶ J. GERARDS, «How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights», *cit.*, pp. 488-489. Evidentemente, el alcance del razonamiento depende de la intensidad del juicio y del margen de apreciación que tienen los Estados.

⁸⁷ En esta propuesta se considera más plausible el test de efectividad medios-fines, incluso frente al test de necesidad, aunque no se obvian las dificultades que plantea la prueba del medio menos lesivo. Sobre las dificultades de prueba, véase J. GERARDS, «How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights», *cit.*, p. 489.

⁸⁸ Son bien conocidos los argumentos críticos sobre la ponderación, fundamentalmente por su carga de subjetividad y ser susceptibles de un control limitado. Véase J. A. GARCÍA AMADO, «El juicio de ponderación y sus partes: Una crítica», *Derecho sociales y ponderación*, R. Alexy y otros, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009 (2ª), pp. 249-332.

cias religiosas o cuestiones ligadas al perfeccionamiento de los individuos⁸⁹. Tal prevalencia descansa en la consideración de que los derechos están destinados a proteger y promover intereses humanos vitales, perentorios o de importancia fundamental y en que son condición de posibilidad del propio sistema democrático. La prioridad asignada a los derechos está vinculada a la definición previa de la legitimidad del objetivo perseguido⁹⁰, lo que ciertamente exige definir qué cuenta como “legítimo”⁹¹.

En caso de conflicto entre un derecho y un valor, en principio el derecho debería prevalecer, a menos que se pueda mostrar que el valor en conflicto es suficientemente fuerte como para “derrotar” o limitar al derecho. Esta posición explicita una teoría coherente de los derechos que expresa los criterios de la legitimidad de las normas y del sistema jurídico-político en su conjunto y que considera una tarea posible la determinación del alcance de cada derecho en términos de los valores, los intereses protegidos, las obligaciones y las finalidades que constituyen su contenido y que fundamentan tales obligaciones⁹².

Como he señalado, no cabe plantear los argumentos propios del juicio de proporcionalidad como un razonamiento alternativo que permita alejarse del ámbito constitucional, sino como un mero razonamiento complementario al juicio de legitimidad constitucional y/o convencional.

De acuerdo con este modelo, la clave de una buena justificación de la regresión de los derechos se encuentra en el razonamiento basado en la legitimidad. Dado que ninguna afectación de un derecho puede estar justificada si no hay una razón suficientemente fuerte para ello, la cuestión principal es

⁸⁹ Frente a la concepción que atribuye una prioridad a derechos, Temblay propone lo que denomina el modelo la optimización de valores en conjunto (L. B. TEMBLAY, «An egalitarian defense of proportionality-based balancing», *International Journal of Constitutional Law*, I.CON, vol. 12 (4), 2014, pp. 868 y 887.).

⁹⁰ F. SCHAUER “Balancing, Subsumption and the Constraining”, Disponible en Social Science Research Network, 2009. F. SCHAUER, “Proportionality and the Question of Weight”, en G. HUSCROFT, B. MILLER, G. WEBBER (eds.), *Proportionality and The Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 173-185.

⁹¹ Klatt y Meister concluyen que el test de proporcionalidad y el derivado de los derechos como triunfos son compatibles al menos con dos condiciones: que el fin u objetivo legítimo tenga estatus constitucional y se asigne un peso más elevado en abstracto a los derechos que a otras consideraciones. (M. KLATT y M. MEISTER, “Proportionality –a benefit to human rights? Remarks on the I.CON controversy”, I-CON, vol. 10 num. 3, 2012, pp. 691).

⁹² E. BEA, “Derechos y deberes. el horizonte de la responsabilidad”, *Derechos y Libertades*, núm. 29, 2013, pp. 53-92.

el peso normativo de los objetivos legislativos que constituyen la razón del derecho de acuerdo con los parámetros constitucionales. El test de proporcionalidad no tiene un significado normativo independiente, como sí lo tiene en el modelo de optimización de valores⁹³. Su importancia estriba en que es un complemento del test de legitimidad, una pauta complementaria y no sustitutiva en los supuestos en que una norma patentemente lesiva de derechos pone en riesgo el contenido del mismo –o cuando el objetivo legislativo es en principio ilegítimo o expresa una razón excluyente. Esta es la razón por la que, como advierte Covarrubias⁹⁴, al operar el principio de proporcionalidad sobre los derechos fundamentales conviene introducir ciertas cautelas. En opinión del autor citado, considerando una serie de factores –estructura, finalidad y contexto histórico– del canon de proporcionalidad, los derechos fundamentales quedan expuestos en buena medida a un cálculo utilitarista que contribuye a que terminen prevaleciendo los objetivos invocados por el Estado a costa de los derechos fundamentales. Así, el razonamiento a favor de los derechos fundamentales acepta que solo los intereses legítimos de estatus constitucional pueden ser capaces de competir con un derecho en la ponderación y que, en todo caso, en el razonamiento en abstracto ha de tener mayor peso que consideraciones de otro orden⁹⁵. Por ello, el criterio en el control de constitucionalidad ha de tomar en consideración antes el respecto al contenido esencial y la identificación del fin legítimo que el test de proporcionalidad, que encuentra su sentido en la colisión de derechos y que culmina, en su caso, con un examen de ponderación. La elusión u omisión del contenido esencial del derecho es habitual y como afirma Valdés Dal Ré, “equivale a una negación del propio derecho”⁹⁶.

Por consiguiente, en este razonamiento es determinante identificar los fines legítimos de estatus constitucional de la norma que se reputa regresiva. El canon de constitucionalidad se basa en la determinación de unas finalidades de la norma que deben plantearse desde la legitimidad constitucional

⁹³ L. B. TREMBLAY, “An egalitarian defense of proportionality-based balancing”, *cit.*, p. 867.

⁹⁴ I. COVARRUBIAS, «La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación», *cit.*, pp. 447-480.

⁹⁵ M. KLATT y M. MEISTER, «Proportionality –a Benefit to human Rights?..», *cit.*, p. 691.

⁹⁶ Véase el voto particular discrepante a la STC 119/2014, que examina la constitucionalidad de varios artículos de la reforma laboral (Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral) del magistrado F. VALDÉS DAL RÉ, voto suscrito por los magistrados Adela Asúa y Luis Ignacio Ortega.

o convencional, y no desde la propia legalidad que se debe enjuiciar⁹⁷. De hecho, las indicaciones de los tribunales y órganos internacionales de derechos humanos se orientan a exigir razones cuidadas y precisas vinculadas a normas superiores –y a derechos–, y no apelaciones genéricas a las políticas públicas, la disciplina fiscal, ciertos objetivos financieros o económicos, la propia crisis económica y la recesión. La argumentación debe, por el contrario, ceñirse a aquellos derechos previstos en el pacto que se han visto favorecidos por la medida enjuiciada; a mi entender, resulta palmario el abuso de la apelación parámetros constitucionales que no integran los derechos fundamentales o a argumentos de diverso calado –entre ellos, la situación económica de crisis, la estabilidad presupuestaria o la prohibición déficit público⁹⁸– en momentos de recesión económica. Como escribe Valdés Dal Ré, elevar a categoría de canon de constitucionalidad la crisis económica es “un argumento devastador para los ciudadanos, los derechos sociales y el Estado social”⁹⁹. Una reducción de los derechos sociales o, peor todavía, una supresión de los mismos a través de su configuración legislativa sin que se realice un cumplido razonamiento previo haría de la ley limitativa una norma violatoria de la arbitrariedad vetada por la CE¹⁰⁰. Antes al contrario, en la determinación del fin legítimo de las obligaciones constitutivas de los derechos sociales adquiere su sentido una finalidad básica: la equidad del gasto como principio de justicia, es decir, la equitativa asignación de los recursos públicos y la eficiencia y la economía como criterios constitucionales en la programación y ejecución del gasto público –que no es, como tradicionalmente se ha presentado, una opción exclusivamente política propia de la concepción

⁹⁷ D. JIMÉNEZ GLÜCK, *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, pp. 101 y 282-284.

⁹⁸ Así, no cabe desconocer las apelaciones a las exigencias de estabilidad presupuestaria o también a la constitucionalización en el ordenamiento jurídico español de la prohibición de déficit público estructural, a través de la reforma del artículo 135 CE. Cabe pensar que puedan darse contradicciones ente este “nuevo principio” constitucional y los contenidos de derechos sociales igualmente constitucionales y que sería grave si llegara a poner en cuestión el núcleo indisponible de prestaciones esenciales que se entienden garantizadas constitucionalmente por hallarse fundadas en la dignidad de la persona y en el modelo mismo de Estado de Derecho social y democrático.

⁹⁹ La crisis económica es utilizada como parámetro de valoración constitucional de las medidas limitativas de los derechos constitucionales. Véase, de nuevo, F. VALDÉS DAL RÉ, voto particular discrepante a la src 119/2014.

¹⁰⁰ P. SALA, *La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales*, cit., pp. 70-71. J. PONCE SOLÉ, *El derecho y la (ir)reversibilidad ...*, cit., p. 135, y M. VAQUER, “Derecho sociales, crisis económica y principio de igualdad”, cit., p. 82 y ss.

del poder financiero ilimitado en materia tributaria y presupuestaria¹⁰¹-. La importancia de respetar las finalidades y mandatos explícitamente reseñados en la Constitución supone lógicamente su traducción en prioridades del gasto público y, consecuentemente, su reserva a la hora de limitar los medios a arbitrar para su cumplimiento. El desconocimiento de estas prioridades o su asimilación a otras no directamente prescritas por la Constitución no significaría otra cosa que negar la normatividad de la misma.

La regresión de las reformas en materia de derechos de contenido socioeconómico no suele comportar solo una limitación desproporcionada del derecho constitucional en cuestión; en muchas ocasiones, lo anula o lo suprime. De ahí la urgencia de reivindicar el contenido esencial del derecho afectado y la determinación de la finalidad legítima del derechos¹⁰². Eludir la toma en consideración del contenido esencial comporta el riesgo de negar el propio derecho. Desatender el análisis de la legitimidad constitucional de la norma regresiva conduce en ocasiones a alejarse de los parámetros constitucionales y a limitar los fines a los proclamados en la misma legalidad ordinaria que se enjuicia. Un planteamiento anclado en la apelación al contenido esencial evita la paradoja a la que podría abocar la evolución del principio de proporcionalidad: hacer prevalecer la finalidad de la norma regresiva sobre las garantías constitucionales del derecho y reemplazar el canon constitucionalidad por una valoración de mera razonabilidad o no arbitrariedad.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH V. y Ch. COURTIS (2002), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Prólogo de L. Ferrajoli, Trotta, Madrid.
- ALEX Y, R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid.

¹⁰¹ P. SALA, *La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales*, cit., pp. 84-87.; C. LOZANO, "Art. 158.1 CE: Límites al recorte y copago de servicios fundamentales", cit., pp. 171-197.

¹⁰² En este sentido, la prohibición de regresividad puede integrar el razonamiento de un juicio o control estricto del debido proceso sustantivo, de forma que una medida considerara *prima facie* razonable y proporcionada, de acuerdo con el canon de proporcionalidad, no podría empeorar la regulación vigente de los derechos sociales desde el punto de vista de su amplitud y goce porque existe la barrera del contenido esencial. V. ABRAMOVICH y Ch. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 96 y ss.

- (2009), “Sobre los derechos constitucionales a protección”, en *Derechos sociales y ponderación*, R. Alexy y otros, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009 (2ª), pp. 45-84
- ANSUATEGUI, J. (2013), “Los derechos sociales en tiempos de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación”, en Mª J BERNUZ y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 23-42.
- AÑÓN, Mª J. (2010), “Derechos sociales cuestiones de legalidad y de legitimidad”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, pp. 15-41.
- (2013): “Derechos sociales y obligaciones positivas”, en M. J. BERNUZ y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 43-72.
- ARANGO, R. (2006), “La prohibición de retroceso en Colombia”, en Ch. COURTIS (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL-CELS, Buenos Aires, pp. 153-173.
- ARAI, Y. (2006) “The Systems of Restrictions”, en P. VAN DIJK *et al.* (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Oxford, Intersentia, (4ª).
- BEA, E. (2013), “Derechos y deberes. el horizonte de la responsabilidad”, *Derechos y Libertades*, núm. 29, Año 17, pp. 53-92.
- BERNAL, C. (2003), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- BREMS, E. y L. LAVRYSEN. (2015), “Don’t Use a Sledgehammer to Crack a Nut: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, v. 35, pp. 176-200
- CALVO, M. (2013), “Crisis económica y efectividad de los derechos sociales”, en Mª J BERNUZ y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 89-132.
- CARRO, J. L. L. MÍGUEZ y M. ALMEIDA, (2012), “Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria, racionalización del gasto público y cláusula del estado social”, *Estructuras administrativas y racionalización del gasto público*, Instituto Nacional de la Administración Pública.
- CASCAJO CASTRO, J. L. (2012), “Derechos sociales”, *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- CENTER FOR ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS (2015), *Visualizing Rights: a Snapshot of Relevant Statistics on Spain*, *Fact Sheet* núm. 14, enero.
- CHRISTOFFERSEN, J. (2009), “Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights”, *Human Rights and Humanitarian Law*, E-Books Online.
- CLERICO, L. (2015), “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación”, *Anuario de Filosofía del Derecho* vol. 31, Nueva Época, pp. 73-99.

- COURTIS, Ch. (2006), "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en Ch. COURTIS (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL-CELS, Buenos Aires, pp. 3-52.
- (2009), *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, Fontamara México DF.
- COVARRUBIAS, I. (2012), "La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación", *Revista Chilena de Derecho*, vol 39 num. 2, pp. 447-480.
- DIAZ CREGO, M. (2012), "El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales", *Lex-social. Revista de los derechos sociales*, núm. 1, 5-30.
- FREDMAN, S. (2008), *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press, Oxford.
- GARCIA CIVICO, J. (2013), "Indicadores y eficacia de los derechos", en M^a J. BERNUZ y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 133-162.
- GERARDS, J. (2013), "How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights", *International Journal Constitutional Law I.CON*, vol 11 num. 2, pp. 466-490.
- HUNT, P. (2007): *Informe sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, 8 de agosto.
- JIMENA QUESADA, L. (2013), *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo global y de la tutela multinivel de derechos*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi.
- (2014), "La protección internacional de los derechos sociales y laborales: la Carta Social Europea y el Comité de Europeo de Derechos Sociales", *Revista de Derecho Social*, núm. 65.
- KLATT, M y M. MORITZ (2012), "Proportionality –A Benefit to Human Rights? Remarks on the I.CON Controversy", *International Journal Constitutional Law*, vol 10 num. 3, pp. 687-708.
- LEMA, C. (2013), "La erosión del derecho a la salud en el Reino de España: e ataque a la universalidad", en M^a J. BERNUZ y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 221-258.
- LOZANO, C. (2014), "Art. 158.1 CE: Límites al recorte y copago de servicios fundamentales" en L. A. Malvárez y S. Ramirez (dirs.), *Fiscalidad en tiempos de crisis*, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 171-197.
- MIRAVET, P. (2014), *Estado Social, Empleo y Derechos. Una revisión crítica*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- MORALES, L. (2015), *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Prólogo de R. Gargarela, Marcial Pons, Madrid.

- PARRA, O. (2006), "El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad", en Ch. COURTIS (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 53-78.
- VAN DIJK, P. et al. (eds.) (2006), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Oxford, Intersentia.
- PISARELLO G. (2006), "Derechos sociales y principio de no-regresividad: algunas notas a propósito del caso español", en Ch. COURTIS (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 307-329.
- (2009) *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Bomarzo 2009, pp. 35-42.
- PONCE SOLÉ, J. (2013), *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto nacional de Administración Pública.
- PRIETO, L. (2003), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.
- ROSSI, J. (2006), "La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" en Ch. COURTIS (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 79-115.
- SALA SÁNCHEZ, P. (2014), *La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica*, Universitat de València, Valencia.
- SALCEDO BELTRÁN, C. (2014), "Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y periodo de prueba del contrato de apoyo a emprendedores: la aplicación del control de convencionalidad en España", *Lex-Social, Revista Jurídica de los derechos sociales*, vol. 4 num. 2, pp. 29-56
- SARLET, I. Wolfgang (2009), "Posibilidades y desafíos de un derecho constitucional común latinoamericano. Un planteamiento a la luz del ejemplo de la llamada prohibición de retroceso social", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, enero-junio.
- SCHAUER, F (2014), "Proportionality and the Question of Weight", en G. HUSCROFT, B. MILLER, G. WEBBER (eds.) *Proportionality and The Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge, 173-185.
- SEPÚLVEDA, M. (2006), "La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión "progresivamente"", en Ch. COURTIS (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 117-151.
- SHEININ, M. (1991), "Direct Applicability of Economic, Social and Cultural Rights: A Critique of the Doctrine of Self-Executing Treaties", en *Economic, Social and Cultural Rights, Textbook*.

- SOLANES, A., (2014), "La salud como derecho en España: reformas en un contexto de crisis económica", *Derechos y Libertades*, núm. 31, pp. 127-162.
- STONE A y J. MATHEWS (2009), "Proportionality balancing and global constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol 47, pp. 73-163.
- SULLIVAN, P. y T. FRASE (2009), *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*, Oxford University Press, Oxford.
- TREMBLAY L. B. (2014), "An Egalitarian defense of proportionality-based balancing", *International Constitutionnal I.CON*, vol. 12 num. 4, pp. 864-890.
- VAQUER, M. (2012), "Derecho sociales, crisis económica y principio de igualdad", en *Informe Comunidades Autónomas*, Barcelona, Instituto de Derecho Público.
- WALDRON, J. (2010), "Socioeconomic Rights and Theories of Justice", *NYU School of Law, Public Law Research*, paper 10-79.
- YUTAKA, A. (2006), "The Systems of Restrictions", en P. VAN DIJK *et al* (eds), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford, Intersentia.

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG
Instituto de derechos humanos
Universidad de Valencia
Edificio de institutos de investigación
C/Serpis nº 29
46022 Valencia (España)
e-mail: mariaj@uv.es

**HUMANISMO RENACENTISTA, RAZÓN UNIVERSAL
Y SOCIEDAD HUMANA EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO
DE FRANCISCO DE VITORIA**

RENAISSANCE HUMANISM, UNIVERSAL REASON
AND HUMAN SOCIETY IN
FRANCISCO DE VITORIA'S LEGAL THINKING

FERNANDO H. LLANO ALONSO
Universidad de Sevilla

Fecha de recepción: 21-2-15

Fecha de aceptación: 9-5-15

Resumen: *El presente artículo se centra en el estudio de tres de los aspectos (ético, jurídico y político) más originales y representativos del pensamiento de Francisco de Vitoria (circa 1483-1546). El primero de esos aspectos nos lleva a reconocer la originalidad del fundador de la Escuela de Salamanca al demostrar que es posible fusionar la doctrina neotomista con el humanismo renacentista. En segundo lugar, desde un punto de vista jurídico, nuestro autor se adscribe a la corriente iusnaturalista racionalista de raíz estoico-ciceroniana aunque, lejos de asumir una posición teórica equidistante respecto a los dilemas morales y los retos que afectan a los juristas de su época, Vitoria se pronuncia respecto a la problemática de su tiempo con una actitud de compromiso moral e intelectual genuinamente iusfilosófica. Por último, en tercer lugar, en sentido político la principal aportación vitoriana consiste en haber concebido la idea del ius communicationis como un concepto fundado en los principales valores del humanismo cosmopolita que se orienta a la constitución de una sociedad humana universal.*

Abstract: *This article focuses on the study of three of the most original and representative aspects (ethical, legal and political) of Francisco de Vitoria's thinking (circa 1483-1546). The first of these aspects leads us to acknowledge the originality of the founder of the School of Salamanca in having demonstrated that it is possible to blend the Neo-Thomist doctrine with Renaissance humanism. In the second place, from a legal perspective, Vitoria belongs to the rationalist natural*

law trend rooted in Cicero's Stoicism although, far from assuming a halfway theoretical position regarding the moral dilemmas and challenges posed to the lawyers of his time, Vitoria takes a stance with regard to the questions of his time with an attitude of moral and intellectual commitment which is genuinely of a legal philosophy nature. In the third place, in a political sense the main Vitorian contribution consists of having conceived of the idea of the ius communicationis as a concept based on the chief values of the cosmopolitan humanism directed to the constitution of a universal human society.

Palabras clave: humanismo renacentista, Derecho natural racional, humanismo cosmopolita, sociedad humana universal.

Keywords: Renaissance humanism, rationalist natural law, cosmopolitan humanism, universal human society.

1. INTRODUCCIÓN

En un jardín situado en pleno corazón de Manhattan, entre la Primera Avenida y la Calle 42, frente a la sede de las Naciones Unidas en Nueva York, se halla un austero busto de bronce dedicado a un insigne fraile dominico español del siglo XVI; en su pedestal aparece grabado el siguiente rótulo: "Francisco de Vitoria (1486-1546). Fundador del Derecho de Gentes"¹. En cierto modo, este pequeño monumento no sólo pretende rendir homenaje a la figura y el pensamiento de este burgalés universal, sino que también simboliza el reconocimiento de todas las naciones del mundo a uno de los precursores del actual sistema de Derecho internacional².

Pero a Vitoria también le corresponde el mérito de ser el fundador y maestro de la primera generación de la Escuela de Salamanca³, en la que,

¹ El busto, obra del escultor Francisco de Toledo, fue un obsequio del Rey de España, Juan Carlos I, con motivo de su primera visita a la sede central de las Naciones Unidas en Nueva York, realizada el 4 de junio de 1976. A propósito de la fecha de nacimiento de Vitoria que figura en dicho rótulo, conviene señalar que existe una controversia que aún no ha podido ser resuelta: algunos biógrafos se decantan por 1483, en tanto que otros se inclinan por el año 1486; en cualquier caso, lo cierto es que, a día de hoy, la fecha asignada al monumento en homenaje al dominico español no puede considerarse todavía como definitiva.

² Otros monumentos importantes, sitos en organismos internacionales, que resaltan la contribución de Francisco de Vitoria al desarrollo de las relaciones internacionales, se encuentran en la sede de la OEA en Washington, obra del escultor Victorio Macho, y en los murales pintados por José María Sert en la Sala "Francisco de Vitoria" de la sede de la Sociedad de Naciones (actualmente edificio central de la ONU en Ginebra), donados por el gobierno de la II República Española.

³ Desde un punto de vista historiográfico, en el estudio de la Escuela de Salamanca se suelen distinguir dos etapas claramente separadas: en la primera se hallan los creadores

como catedrático de Teología⁴, contribuyó decisivamente a renovar el método escolástico bajo la influencia de la cultura renacentista que adquirió durante su etapa de formación universitaria y doctoral en el Colegio de Santiago de París (1508-1523)⁵. En La Sorbona también pudo conocer las principales corrientes dominantes del tomismo y el nominalismo, de las que, por cierto, supo recoger las mejores enseñanzas para enriquecer su tan característico espíritu crítico e innovador, cualidades propias de los genuinos humanistas⁶.

originales del espíritu y de la metodología de esta Escuela, principalmente su fundador, Francisco de Vitoria, su amigo y colega de claustro Domingo de Soto, y su discípulo Melchor Cano. Junto a tan ilustre terna de profesores universitarios y maestros teólogos, también forman parte de este primer periodo Pedro de Sotomayor, Juan de la Peña y Mancio de Corpus Christi, que a pesar de desarrollar su magisterio en la segunda mitad del siglo XVI, son fieles a la metodología de los pioneros y aún conservan sus principales rasgos característicos. En la segunda época, marcada por el espíritu contrarreformista del Concilio de Trento (1563), hallamos a los continuadores de los grandes maestros, que a pesar de sus rivalidades internas, y de su inevitable pérdida de originalidad y creatividad en relación con los pioneros, desarrollan la doctrina del movimiento teológico salmantino. Entre sus representantes más destacados se encuentran Bartolomé Medina, Domingo Báñez y Fray Luis de León. Cfr., J. BELDA PLANS, *La Escuela de Salamanca*, Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), Madrid, 2000, pp. 162-171. Luciano Pereña distingue tres generaciones en la Escuela de Salamanca: la primera sería la generación creadora, de Vitoria a Soto (1526-1560); la segunda sería la generación de expansión cultural, de Sotomayor a Medina (1560-1584); y una última generación de sistematización doctrinal que va de Báñez a Suárez (1584-1617). Cfr., L. PEREÑA, *La Escuela de Salamanca. Proceso a la conquista de América*, Caja Duero, Salamanca, 1986, p. 65. En un sentido amplio, la Escuela de Salamanca también se extendería a autores de otras órdenes diferentes a la de los Dominicos (que era la mayoritaria), por ejemplo a la Compañía de Jesús, de la cual formaban parte autores que, aunque fueron docentes en universidades extranjeras, tenían un vínculo biográfico, intelectual y académico innegable con la Universidad de Salamanca. Este fue el caso de Luis de Molina (antiguo estudiante de Derecho en esta universidad y más tarde profesor en las Universidades de Coimbra y Évora) y Francisco Suárez (que ingresó en 1564 en el noviciado de la Compañía de Jesús en Salamanca, en cuya universidad también sería docente, aunque más tarde enseñaría en Roma y Coimbra, donde terminaría su carrera). Cfr., A. A. CHAFUEN, *Faith and Liberty: the Economic Thought of the Late Scholastics*, Lexington Books, Lanham (Maryland)-Oxford, 2003.

⁴ Francisco de Vitoria ocupó la Cátedra de *Prima* de la Universidad de Salamanca entre 1526 y 1546. Consúltase el detallado cuadro de catedráticos y sustitutos en las cátedras de *Prima* y *Vísperas* en la Universidad de Salamanca a lo largo del siglo XVI elaborado por M. ANDRÉS MARTÍN, *La Teología Española en el siglo XVI* (Vol. 2), BAC Maior, Madrid, 1976-1977, p. 376.

⁵ L. G. ALONSO GETINO, *El Maestro Fr. Francisco de Vitoria. Su vida, su doctrina y su influencia*, Imprenta Católica, 1930, pp. 27-28.

⁶ Entre los maestros tomistas que influyeron en Vitoria destacan Jean Feyner (Fenario) y Peter Crockaert (Pedro Bruselense); y entre los maestros nominalistas, Jacques Almain, Juan Celaya, y John Mair (o John Major), de los que recibe la orientación práctica de la teología y el interés por los problemas humanos y los temas morales y políticos. Cfr., TRUYOL Y SERRA,

A propósito de la riqueza del acervo doctrinal de nuestro autor, se ha podido advertir oportunamente que Vitoria no se limitó tan sólo a cultivar su vasto conocimiento teórico de manera especulativa o abstracta, es decir, al margen de la nueva dimensión socio-cultural, ético-jurídica y económico-política que se había abierto para los europeos a partir del descubrimiento de América en 1492, sino que, en sintonía con uno de los rasgos diferenciales de la Escolástica española del Siglo de Oro (su sentido práctico), aplicó el caudal del pensamiento clásico y cristiano a esa nueva realidad histórica, por un lado, acercando los principios de la Teología Moral y del Derecho natural a los hechos concretos y los problemas humanos y, por otro lado, orientando su exposición a los temas vivos del orden jurídico, social y político⁷.

Por lo tanto, el legado doctrinal de la Escuela de Salamanca, en general, y de Francisco de Vitoria, en particular, no se contenta simplemente con abordar los temas clásicos de la Teología desde una perspectiva moderna y acorde con las señas de identidad de una nueva época, marcada por los descubrimientos geográficos, el desarrollo de la técnica y la ciencia, la expansión del comercio, la aparición del Estado moderno y el florecimiento de las universidades al calor del movimiento humanista y la cultura renacentista⁸. El interés de Vitoria, como teólogo y jurista, pero sobre todo como profesor universitario, se extiende más allá de la sustitución de las fuentes de estudio escolásticas (los *Cuatro Libros de Sentencias* de Pedro Lombardo por la *Summa Theologiae* de Santo Tomás de Aquino), o del tratamiento de cuestiones morales en materia económica (como la idea de justicia en el establecimiento de los precios del mercado o la ética necesaria en el mundo de las finanzas y las operaciones mercantiles)⁹.

A., *Los principios del Derecho público en Francisco de Vitoria*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1946, p. 11. R. HERNÁNDEZ MARTÍN, *Francisco de Vitoria. Vida y pensamiento internacionalista*, BAC, Madrid, 1995, pp. 49 y ss. Joseph Pérez ha descrito el humanismo como una actitud crítica propia de aquellos intelectuales de inicios del s. XVI que quieren “examinar, someter a crítica y discusión unas teorías que tienen implicaciones y consecuencias de singular actualidad”, cfr., J. PÉREZ, *Humanismo en el Renacimiento español*, Gadir, Madrid, 2013, pp. 8-9.

⁷ J. B. SCOTT, *The Spanish Conception of International Law and of Sanctions*, Carnegie Endowment for International Peace/Georgetown Law Journal of January and March, Washington D. C., 1934, pp. 1 y 52; T. URDANOZ, *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones Teológicas*, BAC, Madrid, 1960, pp. 38-39; L. PEREÑA, *La Escuela de Salamanca. Proceso a la conquista de América*, cit., p. 61; A. TRUYOL Y SERRA, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. 2. Del Renacimiento a Kant*, Alianza Editorial, 4ª ed., Madrid, 1995, pp. 80-81.

⁸ A. E. PÉREZ LUÑO, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 2ª ed., 1995, pp. 35-36.

⁹ A. A. AZEVEDO, *Major Conservative and Libertarian Thinkers: Salamanca School* (ed: J. Meadowcroft), Continuum International Publishing, London, 2010, pp. 3-4.

En efecto, como se desprende del contenido de varias de sus *Relecciones*¹⁰ –un total de 15, aunque sólo se han conservado 13 de ellas–, Vitoria se propuso dilucidar en ellas problemas filosófico-políticos y jurídicos tan diversos como: el origen de la potestad civil, asunto que analiza fundamentalmente en *De potestate civili* (1528), donde, entre otras cosas, distingue competencias y atribuciones que tradicionalmente se habían venido disputando la Iglesia y los príncipes cristianos; el derecho de conquista y colonización del Nuevo Mundo y sus causas legítimas e ilegítimas (la polémica en torno a los justos títulos), cuestiones a las que ya se había referido en *De temperantia* (1537-1538), pero a las que dedicará poco después una de sus relecciones ético-jurídicas más célebres, *De indis prior* (1538-1539); o el problema de la guerra planteado en un plano universal en *De indis posterior seu de iure belli* (1539), tratado que es considerado como uno de los textos más representativos de la historia del Derecho internacional¹¹.

En relación con la aportación de Vitoria a la historia de la filosofía del Derecho, el presente trabajo pretende poner de manifiesto la plena vigencia y actualidad de las ideas humanistas, iusracionalistas y universalistas defendidas por este autor en sus *Relecciones* ético-jurídicas, así como su perfecta aplicabilidad al mundo contemporáneo que, al igual que el suyo (marcado por el tránsito de la Cristiandad de la Edad Media a la Europa moderna y renacentista, o lo que es igual, de la *res publica christiana* medieval al moderno sistema europeo de Estados), también está experimentando transformaciones profundas y afrontando los retos propios de una nueva era en la historia de la humanidad. Por eso, frente al azote permanente de la guerra,

¹⁰ Según explica Vicente BELTRÁN DE HEREDIA, en el lenguaje académico del Siglo de Oro, “se daba el nombre de ‘relección’ o ‘repetición’ a las disertaciones o conferencias que pronunciaban los licenciandos y los catedráticos propietarios ante su respectiva Facultad o ante toda la Universidad sobre algún punto doctrinal”. Estas relecciones, que antes incluso que en Salamanca se venían celebrando en otras universidades medievales (Bolonia, Montpellier, Aviñón, Orleans...), tenían lugar una vez al año, generalmente en primavera, y por ley debía versar sobre alguna cuestión que correspondiese a la materia de aquel curso. Cfr., BELTRÁN DE HEREDIA, V., *Francisco de Vitoria*, Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1939, p. 71. En sentido análogo, véase también la edición crítica bilingüe de L. PEREÑA y J. M. PÉREZ PRENDES a la *Relectio de Indis o Libertad de los indios*, C.S.I.C., Madrid, 1967, p. XXIII.

¹¹ L. PEREÑA, “La tesis de la paz dinámica”. Estudio preliminar a la edición del libro de F. VITORIA, *Relectio de Iure Belli o Paz Dinámica*. Escuela Española de la Paz. Primera generación 1526-1560, CSIC, Madrid, 1981, p. 81. B. DÍAZ, *El internacionalismo de Vitoria en la era de la globalización*, Cuadernos de Pensamiento Español-Universidad de Navarra, Pamplona, 2005, p. 26.

el fanatismo y la intolerancia, acaso sea más necesario que nunca reivindicar los ideales irenistas que inspiran la tesis vitoriana de la *communitas orbis* (comunidad internacional de todos los pueblos regulada por el *ius inter gentes*), tales como la sociabilidad natural, la solidaridad y la comunicación amistosa entre los hombres¹².

El mérito histórico de Vitoria consiste, como ha subrayado Truyol y Serra, precisamente en haber sabido “explotar intelectualmente los nuevos elementos del problema internacional que suscitó la época, en el sentido de un universalismo político y jurídico de alcance planetario. Y con ello dio una pauta a toda la Escuela española del Derecho de gentes de los siglos XVI y XVII”¹³. Esta visión universalista del maestro salmantino se basa en su convencimiento de que la unidad del género humano resulta de la igualdad esencial de los hombres y los pueblos, de acuerdo con la tradición doctrinal humanista-cosmopolita de los estoicos y el concepto ciceroniano de *humanitas*¹⁴ (o conciencia de la igual dignidad de los hombres) que posteriormente sería adaptado por Lactancio para el cristianismo¹⁵, ideales a los que Vitoria se referirá expresamente en sus *Relecciones*¹⁶.

2. LA PRESENCIA DEL LEGADO HUMANISTA EN LAS RELECCIONES ÉTICO-JURÍDICAS DE FRANCISCO DE VITORIA

La plena comprensión de la doctrina vitoriana sobre el problema de la guerra justa y la polémica indiana exige, a modo de requisito *sine qua non*, la previa consideración del momento de esplendor artístico y cultural que se vivía en Europa a comienzos del siglo XVI, por aquel entonces inmersa en la atmósfera del Renacimiento, así como una aproximación al período de formación intelectual de Vitoria durante sus años universitarios en París¹⁷,

¹² G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. Volume II: L'età moderna*, Il Mulino, Bologna, 1968, p. 80.

¹³ A. TRUYOL Y SERRA, “Vitoria en la perspectiva de nuestro tiempo”, en el estudio de introducción a la *Selectio de Indis o Libertad de los Indios*, de Francisco de Vitoria, edición crítica bilingüe por L. Pereña y J. M. Pérez Prendes, CSIC. Madrid, 1967, p. CXLVI.

¹⁴ *De legibus*, I, 10, 30.

¹⁵ E. BLOCH, *Derecho natural y dignidad humana*, trad. esp. F. González Vicén, Aguilar, Madrid, 1980, p. 26.

¹⁶ M. LUQUE FRÍAS, *Vigencia del pensamiento ciceroniano en la Relecciones Jurídico-Teológicas del Maestro Francisco de Vitoria*, Comares, Granada, 2012, pp. 297-298.

¹⁷ P. GARCÍA VILLOSLADA, *La Universidad de París durante los estudios de Francisco de Vitoria O. P. (1507-1522)*, Università Gregoriana, Roma, 1938, pp. 258 y ss.

donde, como se ha afirmado recientemente, tomó contacto con “una de las revoluciones espirituales más trascendentales que ha conocido la historia de la humanidad”¹⁸. En la Sorbona convergían entonces dos corrientes doctrinales ascendentes: el humanismo y el nominalismo, y un tercer movimiento intelectual que se encontraba en incipiente estado de restauración: el neotomismo.

El contacto con las principales figuras del humanismo del momento lo tiene nuestro autor prácticamente desde el comienzo de su etapa de estudiante de Teología en París, donde aprende de maestros humanistas como los helenistas François Tissard y Guillaume Budé (quien también era jurista)¹⁹. Precisamente, durante la primavera de 1511, estando de paso por la ciudad del Sena, publicaba Erasmo de Rotterdam su célebre opúsculo *Moriae encomium seu de laude stultitiae (Elogio de la locura)* dedicado a su amigo Tomás Moro. Aunque, según advierte Beltrán de Heredia, la estancia parisina del insigne humanista holandés fue demasiado breve (del 27 de abril al 15 de junio) como para presumir que Vitoria pudo conocer en algún momento a Erasmo personalmente, parece indudable que sí estaba bastante familiarizado con sus escritos y que, como revelaría años después una carta dirigida al propio Erasmo por Luis Vives (amigo personal de ambos)²⁰, nuestro autor defendería más de una vez las tesis erasmistas en París en numerosas juntas de teólogos con entusiasmo y admiración²¹.

¹⁸ J. L. MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, “Comentario crítico” a la edición de tres Relecciones de Francisco de Vitoria: *Sobre el poder civil, Sobre los indios y Sobre el derecho de la guerra*, Tecnos, Madrid, 2007 (2ª ed.), p. LV.

¹⁹ Sobre la influencia de las ideas renacentistas en Vitoria, *vid.*, V. MUÑOZ DELGADO, *Lógica, ciencia y humanismo en la renovación teológica de Vitoria y Cano*, CSIC, Madrid, 1980, pp. 9 y ss.

²⁰ Carta fechada el 13 de junio de 1527. A. BONILLA SAN MARTÍN, *Luis Vives y la filosofía del Renacimiento (I)*, p. 212.

²¹ V. BELTRÁN DE HEREDIA, *Francisco de Vitoria*, cit., pp. 93-94. Sin embargo, años más tarde, en las Juntas de Valladolid de 1527, esa admiración de Vitoria hacia Erasmo no impediría que nuestro autor condenase con “firme moderación” –como afirma Marcel Bataillon– los pasajes de la obra de Erasmo incriminados como errores doctrinales por el bloque de teólogos dominicos y franciscanos (algunos de ellos antiguos erasmistas) de las Universidades de Salamanca y Valladolid, que formaron parte de la acusación frente al bloque de los teólogos defensores de la Universidad de Alcalá. Cfr., M. BATAILLON, *Erasmus y España. Estudios sobre la historia espiritual del siglo XVI*, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., México D.F.-Buenos Aires, 1966, p. 247. Véase también, L. G. ALONSO GETINO, *El Maestro Fr. Francisco de Vitoria. Su vida, su doctrina y su influencia*, cit., pp. 85 y ss.

A sus años de aprendizaje universitario, en los que tanto influye el humanismo renacentista, se debe la estima de Vitoria por las fuentes literarias grecorromanas –cuyos textos principales: Cicerón, Quintiliano, Virgilio, Horacio, Tito Livio, Juvenal, Ulpiano, Macrobio, Lactancio..., lee en latín y griego–, y los clásicos del pensamiento –con especial predilección por Aristóteles y Santo Tomás–²². Sin embargo, la meritoria restauración del templo de Minerva no podía hacerse sobre los escombros de la Teología escolástica, en este punto Vitoria discrepaba de Erasmo, porque mientras este último pretendía recuperar la verdadera Teología depurándola de las aportaciones realizadas por la tradición escolástica, Vitoria creía que tanto la Escolástica como el Humanismo renacentista poseían valores positivos que eran perfectamente complementarios²³. Dentro de esta particular simbiosis, aún *in nuce*, entre los valores humanistas de la época y los fundamentos de una Teología escolástica renovada se hallan los rasgos diferenciales del genuino Renacimiento español que alcanzará su expresión más acabada en la doctrina de la Escuela de Salamanca²⁴.

La renovación del tomismo a la que Vitoria se dedica con denuedo, y su alineamiento con la filosofía renacentista (Marsilio Ficino, Giovanni y Pico della Mirandola, Françoise Tissard, Guillaume Budé, Luis Vives, Fernán Pérez de Oliva, Miguel Servet...²⁵) favorable a la potenciación de la libertad, la individualidad y la dignidad del hombre como categoría universal, le llevan a pronunciarse, en particular, sobre los problemas ético-jurídicos deri-

²² T. URDANOZ, *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones Teológicas*, cit., p. 15. En sentido análogo, *vid.*, J. BELDA PLANS, *La Escuela de Salamanca*, cit., p. 253.

²³ Como ha señalado el hispanista francés Joseph Pérez, a pesar de la oposición existente entre Humanismo y Escolástica, “la España del siglo XVI tuvo la suerte de contar con hombres que reunían las dos condiciones y aquella circunstancia no debió ser ajena a su extraordinario prestigio intelectual en aquella época”. Parece fuera de toda duda que uno de aquellos intelectuales españoles que más destacó en este afán por combinar dos actitudes que en principio eran epistemológicamente tan irreconciliables fue Francisco de Vitoria. Cfr., J. PÉREZ, *De l’humanisme aux Lumières. Études sur l’Espagne et l’Amérique*, Casa de Velázquez, Madrid, 2000, p. 187.

²⁴ V. BELTRÁN DE HEREDIA, *Francisco de Vitoria*, cit., p. 153.

²⁵ J. L. ABELLÁN, J. L., *El erasmismo español*, Espasa Calpe, 3ª ed., Madrid, 2005, pp. 54-62. Véase también, del mismo autor, *Historia del pensamiento español. De Séneca a nuestros días*, Espasa Calpe, 1996, pp. 200-201. En sentido análogo, *vid.*, F. TITOS LOMAS, *La filosofía política y jurídica de Francisco de Vitoria*, Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba (Cajasur), Córdoba, 1993, p. 20. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Dykinson-Instituto de derechos Humanos “Bartolomé de Las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2002, pp. 28-38.

vados de la colonización española del Nuevo Mundo, y en un contexto más general, sobre la guerra entre Estados. A este respecto, Vitoria presupone un principio fundamental: la igualdad esencial entre todos los seres humanos²⁶. En efecto, para nuestro autor, ni los cristianos, ni los musulmanes, ni los indígenas americanos eran radicalmente distintos, con independencia de sus diferencias culturales o de su nivel de educación²⁷. Esta igualdad esencial del género humano le lleva a concebir el consenso y la amistad entre los hombres, y la hospitalidad con los extranjeros, como derechos derivados de la sociedad y la comunicación natural a los que no cabe sustraerse sin causa justa²⁸. Para justificar este optimismo antropológico, Vitoria se remite a las fuentes del Derecho y de la cultura clásica:

“Y, como se dice en el Digesto²⁹, ‘la naturaleza ha establecido cierto parentesco, como una fuerza entre todos los hombres’. Por consiguiente, es contra el derecho natural que el hombre rechace al hombre sin causa alguna. Pues no ‘es lobo el hombre para el hombre’, como dice Ovidio, sino hombre”³⁰.

La perspectiva humanista y universalista vitoriana no encaja, sin embargo, en la cosmovisión imperial y papista de ese período histórico –recorremos, a este respecto, que al coronar Clemente VII a Carlos V en 1530 como Emperador único del Sacro Imperio Romano Germánico, lo que en realidad pretenden hacer los protagonistas de este acto solemne es escenificar ante todo el mundo, es decir, no sólo ante los cristianos, sino también ante los infieles y los paganos, el legítimo dominio que creen ejercer sobre todo

²⁶ A. APARISI MIRALLES, *Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria*, Comares, Madrid, 2007, p. 39.

²⁷ E. SAURAS, “La unidad del linaje humano según Francisco de Vitoria”, *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria*, Vol. X, 1955-56, pp. 9-31. J. M. DE LA TORRE, *The March of Democracy & Liberty: the Whig Tradition and Francisco de Vitoria*, University of Asia and the Pacific, Pasig City, Philippines, 2002, p. 11.

²⁸ *De indis prior* (1538-1539), en adelante: *Relección primera sobre los indios recientemente descubiertos*, cfr., Primer, octavo y noveno títulos legítimos. Cito por la segunda edición española publicada por la editorial Tecnos de las *Relecciones* de Francisco de VITORIA, *Sobre el poder civil, Sobre los indios y Sobre el derecho de la guerra*, estudio preliminar y traducción de L. Frayle Delgado, con comentario crítico de José Leandro Martínez-Cardós Ruiz, Tecnos, Madrid, 2007, 129-131.

²⁹ *Digesto*, I, 1, 3.

³⁰ *Relección primera sobre los indios recientemente descubiertos*, Tercera parte, Segunda proposición, cit., p. 133.

el orbe la autoridad espiritual (y temporal) del Papa y el poder secular del Emperador³¹.

*"(...) El Emperador no es señor de todo el orbe... No hay nadie que tenga por Derecho natural el imperio del orbe... Nadie tuvo por Derecho divino el imperio del orbe antes de Cristo, ni hoy puede por ese título el Emperador arrogarse el dominio del mundo y, por consiguiente, tampoco el dominio de los bárbaros"*³².

De esta manera, Vitoria se sitúa frente al universalismo político medieval, de signo jerárquico y unitario, que defiende Dante Alighieri en su tratado *De Monarchia* (1310)³³.

En relación con el dominio temporal del Papa, cuestión a la que Vitoria ya le había dedicado anteriormente su relección *De potestate Ecclesiae prior* (1531)³⁴, no le reconoce potestad temporal ni espiritual sobre "los bárbaros, ni sobre otros infieles", es más, añade nuestro autor rechazando la teoría de los curialistas (Egidio Romano, Álvaro Pelayo) y de los canonistas que atribuían al Papa jurisdicción directa en lo temporal y un poder temporal universal:

*"aun cuando los bárbaros no quisieran reconocer ningún dominio del Papa, no por eso él puede hacerles la guerra ni ocupar sus bienes. Esto es evidente, porque no tiene ninguna clase de dominio sobre ellos"*³⁵.

El posicionamiento ético mantenido por Vitoria frente a los retos planteados a los juristas-teólogos de su generación por la nueva realidad que se abría ante ellos tras el descubrimiento de América, una dimensión tan desconocida e inconmensurable que desbordaba todos los límites espaciales y conceptuales del *ethos* cristiano medieval, está basado en una idea compleja

³¹ F. GÓMEZ HERRERO, "Historicidad, Juridicidad y Para-Literatura: en torno a Francisco de Vitoria (1486-1546)", *Anuario de Estudios Americanos*, vol. LIX, 2002, p. 430.

³² *Relección primera sobre los indios recientemente descubiertos*, Segunda parte, Primera conclusión, *cit.*, pp. 89-92.

³³ S. LISSARRAGUE, *La teoría del poder en Francisco de Vitoria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1947, p. 97.

³⁴ En esta relección Vitoria pretende armonizar la potestad civil y la eclesiástica. En la Cuarta cuestión, nuestro autor declarará que el "*Papa non est dominus orbis*". El poder civil, cuyo origen es -según él-"natural y divino", no está sujeto al Sumo Pontífice como otros poderes inferiores porque la república civil es perfecta en su orden. En conclusión, para Vitoria, ambas potestades se diferencian esencialmente porque mientras la potestad civil se funda en la ley natural, la potestad eclesiástica lo hace en el derecho divino positivo.

³⁵ *Ibid.*, Cuarta conclusión, p. 103.

que combina el legado doctrinal neotomista con el humanismo universal: el bien común del orbe³⁶ concebido como la comunidad universal de los pueblos organizados en Estados (a los que Vitoria se refiere con el nombre de “Repúblicas”), fundada en el Derecho natural³⁷.

La comunidad internacional de repúblicas se erige sobre el principio estoico-cristiano de la igualdad esencial de los hombres, de su común naturaleza y destino³⁸. Por ello, de acuerdo con la interpretación de Truyol del pensamiento jurídico-político vitoriano, la aplicación de los principios generales del Derecho público a una comunidad política determinada, y por ende su reconocimiento como miembro de la comunidad internacional, será “una simple cuestión de hecho: dependerá de que dicha comunidad realice aquellas exigencias mínimas de organización requeridas para el normal desenvolvimiento de una existencia digna del hombre”³⁹.

Por consiguiente, para Vitoria, la natural sociabilidad del individuo se corresponde con la idea de comunidad humana; en este sentido, el proto-internacionalismo vitoriano apunta hacia un universalismo humanista en el que se defiende no sólo la dignidad y la igualdad de los seres humanos, entendidos como individuos naturalmente libres y racionales, sino también su condición de miembros de una comunidad más amplia en la que se desarrollan como especie: la sociedad del género humano⁴⁰.

3. IUSNATURALISMO Y RAZÓN UNIVERSAL EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO-POLÍTICO VITORIANO

En el preámbulo de su relección *De potestate civili*, Vitoria sigue el modelo de la teoría aristotélica de la causalidad e indaga en las causas –eficiente

³⁶ *De potestate civili*, 13, Tercer corolario, en adelante: *Sobre el poder civil*. Cito por la segunda edición española de Tecnos de las *Relecciones* de Francisco de VITORIA, *Sobre el poder civil, Sobre los indios y Sobre el derecho de la guerra*, cit., pp. 24-25.

³⁷ A. TRUYOL Y SERRA, *Los principios del Derecho público en Francisco de Vitoria*, cit., p. 57.

³⁸ Entre los maestros del estoicismo, quizás sea Zenón de Citio (aprox. 334-262 a.C.) quien propugnó con mayor determinación la fraternidad entre todos los seres humanos y su común condición de ciudadanos del mundo. Cfr., K. M. VOGT, *Law, Reason and the Cosmic City. Political Philosophy in the Early Stoa*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 86 y ss.

³⁹ *Ibid.*, p. 56.

⁴⁰ E. NYS, “Les Publicistes Espagnols du XVI Siècle et les Droits des Indiens”, *Review de Droit International et de Législation Comparée*, XXI, 1889, p. 559. J. B. SCOTT, *The Spanish Conception of International Law and of Sanctions*, cit., p. 138.

y final- del poder político⁴¹. De acuerdo con la opinión de nuestro autor, el origen del poder civil y de la República (el Estado) sería de carácter divino y natural. Esta tesis pone de manifiesto su profunda divergencia respecto a quienes, como Marsilio de Padua, defienden el origen contractual de la sociedad civil por el consenso de los hombres⁴². En mi opinión, esta defensa tan conservadora y moderada del origen divino y natural del poder por parte de nuestro autor es tan explícita que parece dejar en evidencia el argumento de quienes, en su afán por demostrar la modernidad de Vitoria, pretenden situarle a la vanguardia de los precursores del contractualismo⁴³. Es más, podría añadirse incluso que, sólo si se entiende de forma indirecta, es posible concebir una relación entre esta doctrina y las tres corrientes doctrinales que influyen tan claramente en el pensamiento jurídico-político de Vitoria: el ideal cívico aristotélico de vida comunitaria y sociabilidad humana⁴⁴, el republicanismo clásico de Cicerón⁴⁵ y el iusnaturalismo racionalista de Santo Tomás⁴⁶. Precisamente en estos autores se inspira Vitoria para reafirmar su

⁴¹ *Sobre el poder civil*, 3-6, pp. 10-15.

⁴² MARSILIO DE PADUA, *Defensor Pacis*, cit., I, cap. III, 5.

⁴³ G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. Volume II: L'età moderna*, cit., p. 81. J. W. GOUGH, *Il contratto sociale*, trad. it. R. Casadei, Il Mulino, Bologna, 1986, p. 100.

⁴⁴ ARISTÓTELES, *Política*, I, 1253a. Del mismo modo que había hecho con anterioridad Platón, al sostener que individualmente suficiente (*República*, II, 668b), Aristóteles insiste en la incapacidad del individuo para realizarse aisladamente; a su juicio, sólo en la sociedad puede el hombre practicar su *areté* y lograr su *eudaimonía*. Para un análisis más profundo de la conocida definición aristotélica del hombre como *zoon politikón*, consúltese la introducción de C. GARCÍA CUAL y A. PÉREZ JIMÉNEZ al tratado sobre la *Política* de Aristóteles (333-323/2 a.C.), Alianza, Madrid, 1986, pp. 17 y ss.

⁴⁵ CICERÓN, *De Republica* (54-52 a.C.), I, 25, 39. En este conocido pasaje, donde se establece un diálogo entre Cayo Lelio y Publio Cornelio Escipión Emiliano el Africano a propósito de la República, aclara Escipión Emiliano que aunque el término 'República' (= cosa pública) es "la cosa propia del pueblo", debe advertirse que por 'pueblo' no cabe entender toda reunión de hombres, congregados de cualquier manera, sino "una asociación de hombres que aceptan las mismas leyes y tienen intereses comunes. En este sentido concluye Escipión (trasunto ficticio de Cicerón): "El motivo que impulsa a este agrupamiento no es tanto la debilidad cuanto una inclinación de los hombres a vivir unidos".

⁴⁶ Sto. TOMÁS DE AQUINO, *De Regno* (1265/1267), I, 2, 8-9. En este pasaje el Aquinate compara al buen gobernante de una comunidad con un capitán de barco que sabe conducir su nave hacia el puerto de refugio a pesar de las inclemencias del mar. Al igual que el capitán protege a su tripulación y la integridad de su barco, señala este autor, "el bien y la salvación de la sociedad es que se conserve su unidad, a la que se llama paz, desaparecida la cual desaparece asimismo la utilidad de la vida social, e incluso la mayoría que disiente se vuelve una carga para sí misma. Luego esto es a lo que ha de tender sobre todo el dirigente de la sociedad, a procurar la unidad en la paz. Pues no delibera con rectitud si no consigue la paz en la so-

convicción de que nada hay por encima del interés general y del bien común que es, junto a la paz y la felicidad humana, el fin principal al que debe estar orientado el ejercicio del buen gobierno de la república (esta exigencia también se extiende a la comunidad de la república cristiana, es decir, la Iglesia)⁴⁷.

Ahora bien, puntualiza Vitoria, en clara alusión a sus autores clásicos de referencia:

*“Las leyes dadas por la república obligan a todos. Luego, si son dadas por el rey, obligan también al rey mismo”*⁴⁸.

La racionalidad intrínseca de la ley –viene a decirnos Vitoria– nos permite presuponer que ésta se funda en la justicia y que su fin natural es la búsqueda de la utilidad común de los ciudadanos. Se observa aquí la fidelidad de nuestro autor a la doctrina iusnaturalista racionalista del Aquinate, así como el enraizamiento de este criterio compartido por ambos pensadores sobre el buen gobierno de la república en la teoría jurídico-política de Cicerón⁴⁹. En el fragmentado e incompleto Libro III de su tratado *De Republica*, advierte el Arpinate que no puede considerarse como pueblo cualquier reunión de hombres, sino tan solo aquella asociación basada en el consentimiento del Derecho y en la comunidad de intereses; de aquí se deduce que la República existe exclusivamente cuando se la administra con miras al bien común y con sentido de la justicia, ya que el bien particular de cada uno es el mismo que el de todos, por eso cuando el gobernante es injusto no se le puede denominar rey, sino tirano⁵⁰.

Ahora bien, ¿a qué idea de justicia se refiere Cicerón? ¿acaso al concepto utilitarista de *ius* que proponen los epicúreos? En el Libro I de su inconcluso

ciudad sujeta a él”. Más adelante, Sto. Tomás justifica a la Monarquía como la mejor forma de gobierno apelando precisamente a su utilidad como forma de gobierno natural e idónea para garantizar la unidad y la paz –el rey sería para él la versión laica del pastor de ovejas al que se refiere el Cuarto Evangelio del Nuevo Testamento (Jn 10, 16) que cuida y apacienta a su rebaño; de ahí que concluya afirmando que “lo que se da según la naturaleza se considera lo mejor (...); por eso todo gobierno natural es unipersonal”.

⁴⁷ “Fragmentum De regno Christi”, en *Sobre el poder civil*, cit., p. 31; *De potestate Ecclesiae prior* (1530-1531), cit., 7.

⁴⁸ *Sobre el poder civil*, 21, p. 50.

⁴⁹ M. FAZIO, *Due rivoluzionari: Francisco de Vitoria e Jean-Jacques Rousseau*, Armando Editore, Roma, 1998, pp. 64 y ss. En sentido análogo, *vid.*, M. LUQUE FRÍAS, *Vigencia del pensamiento ciceroniano en la Relecciones Jurídico-Teológicas del Maestro Francisco de Vitoria*, cit., p. 232.

⁵⁰ CICERÓN, *De Republica*, III, cit., 31, 43; S. AGUSTÍN, *De Civitate Dei*, II, 21.

tratado *De Legibus* (51 a. C.) el Arpinate descarta por completo esta opción al escribir lo siguiente:

“Mas si la justicia es la obediencia a las leyes escritas y a las instituciones de los pueblos, o si, como dicen los mismos [los epicúreos] todo hay que medirlo por la utilidad, las despreciará y las violará, si puede, quien crea que obtendrá algún provecho haciéndolo. Así resulta que no existe en absoluto la justicia, si no está fundada sobre la naturaleza; si la justicia se funda en un interés, otro interés la destruye”⁵¹.

Cicerón, como harán con posterioridad Tomás de Aquino y Vitoria, parece adoptar la concepción estoica de la justicia. En este sentido, señala el gran orador romano, la actuación del individuo en su comunidad política se podrá calificar de justa o injusta dependiendo de si con ella se observan o no los mandatos y prohibiciones del único Derecho que sirve de vínculo a la sociedad humana, y que está constituido por una ley única: la ley de la razón o *lex naturalis*. A este respecto, la influencia de los estoicos en Cicerón –a quienes él alude en términos elogiosos denominándolos perifrásticamente como: “los hombres sabios” – es apreciable en su definición de la ley natural como la ley que es:

“la razón soberana, grabada en nuestra naturaleza (...) La misma razón sólidamente establecida y realizada en la mente del hombre, es la ley”⁵².

De esta ley natural racional, universal e intemporal a la que se refiere Cicerón, anterior a toda ley escrita (*lex positiva humana*) y a la constitución de cualquier república⁵³, forma parte esencial el Derecho natural que regula la vida social, y será estudiado precisamente por los escolásticos al tratar de la justicia⁵⁴. La concepción iusnaturalista medieval, elaborada por Agustín de Hipona y desarrollada siglos más tarde por Tomás de Aquino, parte de un concepto básico que es la *lex aeterna*, la cual expresa el gobierno divino del cosmos y a la que el Aquinate define como:

“La razón sabia de Dios en cuanto dirige toda acción, todo movimiento”⁵⁵.

⁵¹ CICERÓN, *De Legibus*, cit., I, 15, 42.

⁵² *De Legibus*, I, cit., 6, 18; *De Officiis* (44 a.C.), III, 23.

⁵³ *De Legibus*, I, cit., 6, 19.

⁵⁴ A. TRUYOL Y SERRA, *Los principios del Derecho público en Francisco de Vitoria*, cit., p. 29.

⁵⁵ Sto. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, cit., I^a-II^a, q. 93, a. 1.

Según la interpretación del *Doctor Angélico*, el hombre –en su calidad de ser racional– participa en la ley eterna de su Creador, y es de esta participación de donde surge el concepto de *lex naturalis*, que es la ley eterna misma impresa en el individuo⁵⁶. La transmisión del legado iusnaturalista racionalista tomista a algunos *Clásicos españoles del Derecho natural y de gentes*⁵⁷, y por excelencia a Francisco de Vitoria, se pone de relieve en la lectura que éste hace de la idea de justicia en la *Summa Theologiae* II^{am}-II^{ae} (q. 57, a 2, 4).

En el siguiente comentario de Vitoria, extraído del tratado *De iustitia et fortitudine*, sus palabras reflejan la importancia del influjo que en su concepto de justicia ejerce la doctrina iusnaturalista racionalista de raíz estoico-ciceroniana y tomista.

“Todo aquello que por luz natural aparece claramente justo a todos y conforme a la recta razón, y lo opuesto injusto, se llama Derecho natural; como por ejemplo no robar, no matar al inocente y no hacer a otro lo que no se quiere para sí”⁵⁸.

Vitoria establece, por un lado, un parangón entre el Derecho natural y lo que es justo por la naturaleza de la cosa, lo cual significa que el Derecho natural es para él aquel que es necesario y no depende –como el Derecho positivo y humano– de un consenso o acuerdo previo de voluntades a través de pactos privados o constitución de la ley (positiva)⁵⁹. Y por otro lado, siguiendo a Santo Tomás, nuestro autor concluye que el Derecho positivo está subordinado al Derecho natural, haciendo depender la validez jurídica del primero a su adecuación a los mandatos del segundo. De esta convicción deja testimonio en *De indis prior*:

⁵⁶ Ibid., q. 91, a. 2.

⁵⁷ Esta expresión fue acuñada por Antonio TRUYOL Y SERRA en: *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. 2. Del Renacimiento a Kant*, cit., p. 77. Esta denominación enlaza –según ha advertido Antonio E. PÉREZ LUÑO– con la de *magni hispani* utilizada por Joseph KOHLER para aludir a los principales estudiosos y tratadistas españoles del Derecho natural de los siglos XVI y XVII; cfr., “Die spanischen Naturrechtslehrer des 16. Und 17. Jahrhunderts”, en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1916-17, pp. 235 y ss. (Tomo la cita del libro de A. E. PÉREZ LUÑO, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, cit., p. 44).

⁵⁸ In II^{am}-II^{ae} de iustitia, q. 57, a. 2, 4.

⁵⁹ In II^{am}-II^{ae} de iustitia, q. 57, a. 2, 1-2.

“Si, pues, hubiera alguna ley humana que prohibiera sin razón alguna lo que permite el Derecho natural y divino, sería inhumana e irracional y, por consiguiente, no tendría fuerza de ley”⁶⁰.

Recapitulando todo lo dicho hasta ahora, parece un hecho indiscutible que a Vitoria le corresponde el mérito de haber sabido adaptar y transmitir a sus estudiantes y discípulos, con su original fusión entre dos corrientes tradicionalmente tan contrapuestas como el humanismo y el neoescolasticismo, las enseñanzas de los clásicos del iusnaturalismo racionalista de la Antigüedad y la Edad Media; también hay que reconocerle su encomiable labor como forjador de una doctrina del Derecho natural y de gentes basada, como ha señalado Antonio E. Pérez Luño, “en unos sólidos principios objetivos derivados de la racionalidad humana”⁶¹.

Desde un punto de vista ético-jurídico, Vitoria afrontó el debate doctrinal surgido en torno al Nuevo Mundo y la condición humana de los indígenas, con la actitud abierta, crítica e independiente tan genuina en un intelectual formado en la atmósfera cultural del Renacimiento. Su enfoque teórico no es, por tanto, equidistante en términos morales, ni en sus razonamientos rehúye la propuesta de soluciones concretas ante las dudas y los problemas prácticos suscitados a raíz del encuentro entre los europeos y las comunidades indígenas.

Según vemos, existe en el pensamiento vitoriano una clara interacción entre la teoría y la práctica que tiene en la razón su nexo de unión⁶². Esta conexión iusracionalista implica, a su vez, el establecimiento de una relación necesaria entre el Derecho y la Moral que inspira los fundamentos de los juicios de valor realizados por Vitoria ante cuestiones ético-jurídicas y políticas tan acuciantes en ese particular período histórico, y cuyas respuestas a las mismas habrían de tener tanta influencia para el posterior desarrollo de la doctrina de los derechos humanos⁶³. Entre sus contribuciones iusfilosóficas más destacables podrían mencionarse: la defensa de la dignidad humana⁶⁴,

⁶⁰ *Relección primera sobre los indios recientemente descubiertos*, Tercera Parte, Primer título legítimo, cit., p. 132.

⁶¹ A. E. PÉREZ LUÑO, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, cit., p. 67.

⁶² J. B. SCOTT, *The Spanish Conception of International Law and of Sanctions*, cit., p. 52.

⁶³ C. GARCÍA PASCUAL, *Norma Mundi. La Lucha por el Derecho Internacional*, prólogo de Javier de Lucas, Trotta, Madrid, 2015, p. 29.

⁶⁴ Vitoria se refiere a la idea evangélica y ecuménica del amor al prójimo como a uno mismo (Mt 22 39), que siglos más tarde (ya en la Modernidad, sobre todo en la cultura an-

la libertad natural y la igualdad jurídica de todos los hombres, la teoría de la guerra justa y sus principales requisitos⁶⁵, el derecho a la paz⁶⁶, los límites en el ejercicio del poder político y el principio de legalidad⁶⁷, la tolerancia y la libertad religiosa⁶⁸, el derecho de comunicación⁶⁹, la libertad de circulación⁷⁰, el derecho de hospitalidad⁷¹ y el libre comercio⁷², sin olvidar, por supuesto,

glosajona) adquirirá un sentido subjetivo de “autoestima” (*self-esteem*), entendido en sentido laico, es decir, como un sentimiento de respeto hacia uno mismo (*self-respect*) que resulta indispensable para respetar y reconocer también la dignidad de los demás como personas (*dignity*). Cfr., J. RAWLS, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)-London, 1971, p. 302. Como puede comprobarse en el siguiente fragmento, Vitoria se encuentra a caballo entre la acepción religiosa y el concepto laico de la dignidad: “(...) hay precepto de amar a los demás como a sí mismo; luego, si el hombre no tuviese obligación de amarse a sí, tampoco al prójimo”. Cfr., *De temperantia* (1537-1538), cito por la traducción española de Jaime Torrubiano Ripoll: *Relecciones Teológicas del P. Fray Francisco de Vitoria* (II), Librería Religiosa Hernández, Madrid, 1917, p. 142.

⁶⁵ *Relección segunda sobre los indios o Sobre el derecho de la guerra de los españoles sobre los bárbaros*, véanse la Primera cuestión, pp. 164-165, y la Cuarta cuestión, Cuarta proposición, cit., pp. 178-179.

⁶⁶ La postura de Vitoria respecto a la guerra es intermedia entre el pacifismo incondicional o ético, que considera a la guerra como un acto criminal en todo caso, y el belicismo radical o absoluto, que niega la existencia de límites a la misma. Cfr., A. APARISI MIRALLES, *Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria*, cit., p. 65. La guerra (tanto la defensiva como la ofensiva) es lícita como medio para alcanzar la paz y la seguridad de la república, o si sirve para resarcirse de una ofensa o daño causado por otra nación, pero nunca debe utilizarse para facilitar la conquista. Cfr., J. B. SCOTT, *The Spanish Origin of International Law. Francisco Vitoria and his Law of Nations*, The Clarendon Press/Humphrey Milford, Oxford-London, 1934, p. 151. La distinción entre guerra defensiva y guerra ofensiva, y su contraposición como conceptos correlativos, es creación original de Francisco de Vitoria, cfr., M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *La doctrina colonial de Vitoria o el Derecho de la paz y de la guerra*, Librería Cervantes, 2ª ed., Salamanca, 1998, p. 89.

⁶⁷ Vid. nota 47.

⁶⁸ Siguiendo a Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1, 1109b, 1110^a, sostiene Vitoria que: “el creer es un acto de voluntad, y el temor disminuye mucho la voluntariedad del acto”. Cfr., *Relección primera sobre los indios recientemente descubiertos*, Segunda Parte, Sexta proposición, cit., p. 117.

⁶⁹ *Relección primera sobre los indios recientemente descubiertos*, Tercera parte, Primer título legítimo, cit., p. 129.

⁷⁰ *Id.*, Segundo y Cuarto título legítimo, cit., p. 130.

⁷¹ *Id.*, Primero y Noveno título legítimo, cit., pp. 130-131.

⁷² *Id.*, Segunda proposición, cit., pp. 132-133. En general, sobre la aportación de Vitoria a la doctrina de los derechos humanos, *vid.*, A. NUSSBAUM, *A Concise History of the Law of Nations*, The MacMillan Company, New York, 1947, p. 82; J. PÉREZ, *De l'humanisme aux Lumières. Études sur l'Espagne et l'Amérique*, cit., p. 381. A. PADGEN, “The School of Salamanca”, en *The Oxford Handbook of the History of Political Philosophy* (edited by George Klosko), cfr. en versión digital

su decisiva aportación a la idea de comunidad internacional que está en la base de su teoría del *ius gentium* y que Vitoria –como indica Truyol– concibe en un doble sentido: por un lado, “como derecho universal de la humanidad (a la manera romana)”, y por otro, “como derechos de los pueblos como tales en sus relaciones recíprocas (*ius inter gentes*)”⁷³.

4. MÁS ALLÁ DE LA PERSPECTIVA INTERNACIONALISTA DEL *IUS INTER GENTES*: DEL *IUS COMMUNICATIONIS* A LA SOCIEDAD HUMANA UNIVERSAL

Resulta curiosa, a la vez que significativa, la referencia que hace Vitoria a la definición justiniana del *ius gentium* para justificar el primer título que legitima la presencia española en América.

“Lo que la razón natural ha establecido entre todas las gentes (inter omnes gentes) se llama derecho de gentes”⁷⁴.

Como puede apreciarse, Vitoria conecta, por un lado, con la tradición iusnaturalista de raíz estoico-ciceroniana –pues comparte su idea iusracionalista de que el Derecho de gentes dimana de la *recta ratio*, que es inherente al Derecho natural– y, por otro lado, enlaza también con la tradición romanística y su concepto clásico (y postclásico) de *ius gentium*⁷⁵ que parafrasea casi literalmente, con la salvedad de la interpolación anteriormente señalada (en la que Vitoria sustituye el original “inter omnes homines” de las *Institutiones* por la expresión original “inter omnes gentes”)⁷⁶.

Conviene advertir, como pretendía sugerir al comienzo de este epígrafe, que Vitoria parece tener un propósito claro al referirse al *ius gentium* en el

de *Oxford Handbooks Online* (septiembre de 2011): <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199238804.001.0001/oxfordhb-9780199238804-e-15>

⁷³ A. TRUYOL Y SERRA, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. 2. *Del Renacimiento a Kant*, cit., p. 83.

⁷⁴ *Relección primera sobre los indios recientemente descubiertos*, Tercera parte, Primer título legítimo, cit., p. 130. Vitoria sustituye el original “inter omnes homines” de las *Institutiones* por la expresión “inter omnes gentes” (el subrayado es mío).

⁷⁵ *Institutiones*, 1, 2, 1 y *Digesto* I, 1, 9. Como es sabido, las *Instituta* originales fueron escritas en el siglo II d. C. por Gayo, aunque posteriormente serían recopiladas en el siglo VI d. C. por iniciativa del emperador Justiniano junto al *Corpus iuris civilis*.

⁷⁶ J. B. SCOTT, *The Spanish Conception of International Law and of Sanctions*, cit., pp. 139-140.

encabezamiento de los ocho títulos legítimos, y es precisamente uno de los motivos por los que se le sitúa entre los principales precursores de la obra de Hugo Grocio⁷⁷; esta intención no es otra que la de proyectar la racionalidad del *ius gentium* y los principios de la justicia natural a la problemática surgida a raíz de la colonización del Nuevo Mundo con sentido ético y práctico, es decir, no haciéndolo en abstracto. En este sentido, Vitoria trata el *ius gentium* con una doble finalidad: en primer lugar, para apelar a la *ratio* que ordena las relaciones de los individuos como miembros del género humano, y en segundo lugar, para invocar el Derecho por el que se regulan universalmente las relaciones entre las naciones y los Estados (más allá de las fronteras dibujadas durante la Edad Media por los reinos y principados de la Cristiandad).

Por lo demás, como puntualiza Pérez Luño, para Francisco de Vitoria existe, en puridad, un único título legitimador de la presencia hispana en América: el *ius communicationis*, del cual se derivan “una serie de aspectos o supuestos casuísticos” (otros siete títulos legitimadores que se remiten en realidad al derecho de comunicación)⁷⁸.

El *ius communicationis* representa para nuestro autor el derecho humano básico del que dimanan los demás derechos y libertades tanto a nivel individual, como en el ámbito social e internacional. A este respecto, entre los más conspicuos estudiosos del pensamiento vitoriano hay un amplio acuerdo en destacar la íntima sinergia y mutuo condicionamiento que existe entre las ideas de comunicación, sociabilidad natural, consenso y solidaridad humana universal⁷⁹. A propósito de esta relación de ideas, Pérez Luño nos recuerda

⁷⁷ Desde principios del siglo XX, la doctrina anglosajona ha situado a Vitoria entre los precursores (*forerunners*) más relevantes de la obra iusinternacionalista de Grocio; cfr., L. F. L. OPPENHEIM, *Oppenheim's International Law*, Vol. 1: *Peace*, Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts (Editors), Longman, Harlow-London, 1992 (la edición original fue publicada en el año 1905), pp. 76-77. J. B. SCOTT, *The Classics of International Law*, The Carnegie Institution of Washington, Washington D.C., 1907, pp. 7-8. A. NUSSBAUM, *A Concise History of the Law of Nations*, cit., p. 81.

⁷⁸ A. E. PÉREZ LUÑO, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, cit., p. 87. Siguiendo una línea argumentativa similar, *vid.*, J. GOTI ORDEÑANA, *Del Tratado de Tordesillas a la doctrina de los derechos fundamentales en Francisco de Vitoria*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, p. 333.

⁷⁹ Como ha observado Pérez Luño, hay un claro paralelismo entre la tesis de Francisco de Vitoria sobre el *ius communicationis* y construcciones dialógicas contemporáneas como las de Karl-Otto Apel y la teoría de la comunidad ideal de comunicación defendida por Jürgen Habermas. En este sentido, la tesis de Vitoria no parece distar mucho de la doctrina de la acción comunicativa en su convencimiento de que las condiciones básicas que definen el proceso comunicativo son la racionalidad, la universalidad y el consenso, y el valor que lo informa,

precisamente que: “sin comunicación el ser humano no realiza plenamente su humanidad, no puede ser miembro de una sociedad libre, ni pertenecer a un Estado que se relacione de forma pacífica con los demás”⁸⁰. En sentido análogo se han manifestado Vicente Beltrán de Heredia⁸¹ y Antonio Truyol y Serra⁸², para quienes la naturaleza sociable y comunicativa del hombre no se agota en su esfera individual (vida privada) o social (dimensión comunitaria o política), sino que se extiende necesariamente a la universalidad del género humano.

Para Vitoria, la libertad de comunicación y comercio entre los hombres está amparada por el Derecho de gentes y por el mismo Derecho natural, por lo que debe ser ejercida sin límites ni restricciones legales. Cualquier prohibición del ejercicio de este derecho supone para él un acto *contra natura*, es decir, merecedor de ser considerado como una acción inhumana e irracional. Pero, en mi opinión, lo más interesante es que Vitoria trasciende la lógica de las relaciones internacionales y apunta con su idea del *ius communicationis* a una sociedad humana universal que desborda las fronteras de la comunidad política internacional en la que en realidad cuentan más las naciones que las personas. En esta *ecumene* mundial o *totus orbis* prevalecen los seres humanos sobre los intereses nacionales, y la acepción universal del *ius gentium*, entendido como Derecho común de la humanidad, con unos objetivos que –según Francesco Viola– trascienden el alcance del Derecho internacional clásico (alude este autor al *law of nations*, que se desvincula del Derecho natural de los individuos y que se ocupa exclusivamente de regular las relaciones entre las naciones (Estados), que empezaría a desarrollarse a partir de la Paz de Westfalia, firmada en 1648)⁸³, pues sus fines están consagrados a la defen-

la universalidad. Cfr., A. E. PÉREZ LUÑO, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 93-99.

⁸⁰ Ibid., p. 91.

⁸¹ V. BELTRÁN DE HEREDIA, “Personalidad del Maestro Francisco de Vitoria y trascendencia de su obra doctrinal”, en el estudio introductorio a *Relectio de Indis o Libertad de los indios*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1967, pp. CII-CIII.

⁸² A. TRUYOL Y SERRA, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. 2. Del Renacimiento a Kant*, cit., p. 83.

⁸³ F. VIOLA, “Derecho de gentes antiguo y contemporáneo”, trad. esp., I. Trujillo, *Persona y Derecho*, nº 51, 2004, p. 177. Esta pérdida de identidad del *ius gentium* (que a partir del Tratado de Westfalia se identificará con el *law of nations*, rompiendo de este modo con la tradición romanística e iusracionalista que integraba tanto a los individuos como a las naciones), se consumará en el pensamiento de Vattel al criticar éste la confusión existente entre el Derecho natural de los individuos y el de las naciones (que, en su opinión, son por sí solas au-

sa de la universalidad y la racionalidad de las reglas jurídicas que tutelan las legítimas expectativas de los seres humanos, y preservar los bienes y valores fundamentales de toda la humanidad⁸⁴.

La idea vitoriana del *ius communicationis*, entendida como profundización en el vínculo de fraternidad y/o solidaridad entre todos los seres humanos, por encima de sus diferencias y de cuál sea su nacionalidad, arraigará en el ideal irenista y humanista cosmopolita de Immanuel Kant. Esta relación filosófica y espiritual entre ambos autores iusracionalistas nos permite también establecer un hilo conductor o *continuum* lógico entre el humanismo renacentista de Vitoria y el humanismo ilustrado de Kant⁸⁵. En efecto, al igual que el jurista y teólogo español defiende la sociabilidad de todo el género humano, que está unido por vínculos naturales, morales y jurídicos en una gran familia o comunidad de todas las razas cuya convivencia se basa en el principio natural de comunicación amistosa, fraternal y pacífica entre los

tosuficientes e independientes como para ser jueces últimos del propio comportamiento). Esta misma consideración de los Estados como principales (exclusivos) actores del Derecho internacional, y que circunscribe a los ciudadanos dentro del ámbito interno del Derecho constitucional, ha sido compartida hasta hace poco por autores como John Rawls, quien en su último libro *The Law of Peoples*, donde por cierto no cita ni a Francisco de Vitoria ni a Hugo Grocio como cofundadores del Derecho internacional, y contra el pronóstico de quienes esperaban ver en su trabajo una actualización de la tesis humanista-cosmopolita sobre la sociedad de naciones defendida por Immanuel Kant en *Zum ewigen Frieden* (1795), comprueban que lo único que hace en realidad el filósofo norteamericano es desplazar el epicentro del Derecho internacional de los Estados a los pueblos (un concepto que, por cierto, para él tiene una connotación eminentemente cultural, y no político, con lo cual parece dejar abierta una puerta al final de su vida al relativismo multicultural, en lugar de coronar su itinerario intelectual con una definitiva apuesta el favor del cosmopolitismo neokantiano. Cfr., J. RAWLS, *The Law of Peoples* (1999), Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)-London, 2001, p. 23. Para una información más detallada sobre el giro multiculturalista de Rawls en este libro, consúltese el estudio crítico de F. H. LLANO ALONSO, *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, Dykinson-Instituto de derechos Humanos "Bartolomé de Las Casas". Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2002, pp. 153-170.

⁸⁴ Cfr., I. G. MENÉNDEZ REIGADA, "El Derecho de Gentes según el P. Vitoria", *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria*, vol. IV, 1931-32, pp. 46 y ss. A. MIAJA DE LA MUELA, "El derecho *totius orbis* en el pensamiento de Vitoria", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XVIII, num. 1, enero-marzo, 1965, pp. 342 y ss. F. VIOLA, "Derecho de gentes antiguo y contemporáneo", cit., p. 176. Las nuevas concepciones del Derecho internacional contemporáneo son construcciones doctrinales y más dinámicas que no se supeditan a los límites del Derecho Internacional clásico, que es interestatal.

⁸⁵ C. ROLDÁN, "Los antecedentes del proyecto kantiano sobre *La paz perpetua* y el escollo de la Filosofía de la Historia", *Laguna. Revista de Filosofía*, num. 5, 1998, pp. 15 (nota 10) y 17. A. APARISI MIRALLES, *Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria*, cit., p. 27.

hombres⁸⁶, el pensador prusiano diseña un plan de paz universal en el marco de un nuevo espacio jurídico-político que es complementario al Derecho político (*ius civitatis*) y al Derecho internacional (*ius gentium*): el Derecho cosmopolita (*ius cosmopolitanum*), que se completa con un nuevo status de ciudadanía (es decir, en una cosmocidadanía)⁸⁷.

5. CONCLUSIÓN

Sostiene Antonio Truyol y Serra que, si bien es cierto que gran parte de la fama de Vitoria se debe esencialmente a su doctrina jurídica internacional, no puede soslayarse la relevancia del legado iusfilosófico del maestro de la Escuela de Salamanca⁸⁸. En el presente trabajo nos hemos centrado precisamente en el estudio de las claves principales que ayudan a explicar la modernidad de la obra vitoriana desde una triple perspectiva ética, jurídica y política.

En primer lugar, Vitoria demuestra que es posible la fusión entre la escolástica medieval y el humanismo renacentista. Frente a quienes, como Anthony Padgen⁸⁹, afirman que es un error atribuir la originalidad de Vitoria a un “feliz matrimonio entre tomismo y humanismo cristiano” (a pesar de reconocerle al teólogo español su referencia constante a los textos clásicos de autores como Cicerón y Séneca), Luis Legaz y Lacambra mantiene que si en España hubo una genuina “escolástica del Renacimiento” se debió justamente a la meritoria labor realizada por Vitoria y sus seguidores⁹⁰. Como valor

⁸⁶ *Relección primera sobre los indios recientemente descubiertos*, Tercera parte, Primer título legítimo, cit., p. 131.

⁸⁷ I. KANT, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793), en *Kants Werke* (VIII), Akademie Textausgabe. Unveränderter photomechanischer Abdruck von Kants gesammelte Schriften. Herausgegeben von Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968, pp. 312-313; *Zum ewigen Frieden*, en *Kants Werke* (VIII), cit., p. 327.

⁸⁸ A. TRUYOL Y SERRA, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. 2. *Del Renacimiento a Kant*, cit., p. 81.

⁸⁹ A. PAGDEN, “Introduction”, *Francisco de Vitoria. Political Writings*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, p. XIV. Pagden, cuya lectura de Vitoria es a mi juicio incompleta, por cuanto que su análisis es retrospectivo (valora el pasado aplicando claves y razonamientos del presente), en vez de introspectivo, justifica este juicio por la crítica que Vitoria hacía en sus lecciones a algunos humanistas de su tiempo, como Budé, Valla, Lefèvre d’Étaples, entre otros.

⁹⁰ L. LEGAZ Y LACAMBRA, “Lo medieval y lo moderno en Francisco de Vitoria”, en *Francisco de Vitoria 1546-1946*, (eds: C. Bracia y Trelles *et al.*), Universidad de Santiago de Compostela, Madrid, 1947, p. 309.

añadido a este humanismo cristiano que es compatible con el neotomismo, cabe resaltar el hecho de que Vitoria se pronuncia sobre los dilemas morales y las cuestiones jurídicas que afectan a la sociedad de su época (la licitud de la guerra, el status jurídico de los indios, la libertad religiosa, etc...) desde un punto de vista iusfilosófico⁹¹, es decir, aplicando una racionalidad práctica a la realidad en la que vive, a la vez que combina su doble condición de teólogo y jurista⁹².

En segundo lugar, en cuanto al pensamiento iusfilosófico de Vitoria se ha podido comprobar que nuestro autor sigue la doctrina iusnaturalista racionalista tomista (en este sentido, resulta muy elocuente el hecho de que su llegada a la cátedra de *Prima* de la Universidad de Salamanca supusiera el cambio de los *Cuatro Libros de Sentencias* de Pedro Lombardo por la *Summa Theologiae* de Santo Tomás de Aquino como texto de referencia). Por otra parte, en cuanto a la idea de justicia y del buen gobierno de la república, Vitoria también se remite a las enseñanzas de los estoicos, en general, y a la teoría jurídico-política de Cicerón, en particular. En este iusnaturalismo racionalista y universal se hallan tanto los fundamentos del *ius communicationis*, expresión que preanuncia, en última instancia, su adopción del ideal humanista cosmopolita, como la justificación de su apuesta decidida a favor de una comunidad de todos los hombres y pueblos de la tierra, cuyo orden normativo es el *ius gentium* que, a su vez, está fundado en el Derecho natural⁹³.

Finalmente, en tercer lugar, desde una perspectiva filosófico-política se ha señalado que el concepto vitoriano de *ius gentium* coincide solo parcialmente con el Derecho internacional moderno, en cuanto Derecho interestatal. A este respecto, tanto Truyol y Serra como Pérez Luño han coincidido en afirmar que Vitoria aboga por un Derecho común de la humanidad cuyos principios alcancen validez universal al reconocer como sujetos no solamente a los Estados, sino también a los individuos⁹⁴. Esta expansión del *ius gentium* vitoriano a todo el género humano mediante el estrechamiento de los vínculos de solidaridad, la comunicación pacífica, la tolerancia y

⁹¹ *Relección primera sobre los indios recientemente descubiertos*, Primera parte, Tercera proposición, cit., p. 66.

⁹² Sobre los clásicos españoles del Derecho natural y la rehabilitación de la razón práctica en el siglo XX, *vid.*, A. E. PÉREZ LUÑO, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 102-103.

⁹³ *Ibid.*, p. 78.

⁹⁴ *Ibid.*, nota 3.

la racionalidad constituye un valioso precedente para el desarrollo de la idea de *ius cosmopolitanum* defendida por Immanuel Kant en su defensa del humanismo cosmopolita como fundamento axiológico del proyecto de la Modernidad.

FERNANDO H. LLANO ALONSO
Departamento de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho.
Universidad de Sevilla
41018 Sevilla
e-mail: llano@us.es

LAS DIFERENTES BASES DE LEGITIMIDAD DE LOS PODERES JUDICIALES Y POLÍTICOS: LA APLICACIÓN AL CASO ITALIANO

THE DIFFERENT LEGITIMACY FOUNDATIONS OF JUDICIAL AND POLITICAL POWERS: THE ITALIAN CASE

MATTEO ZATTONI
Università di Bologna

Fecha de recepción: 21-1-15

Fecha de aceptación: 8-4-15

Resumen: *En las actuales democracias los poderes judiciales y político tienen fundamentos de legitimidad diversos según las respectivas funciones públicas. El primero, investido de una función de garantía, se basa en una nueva forma de "legitimación de imparcialidad y reflexividad", típica de las Cortes constitucionales; por el contrario, el poder político –dotado de funciones de gobierno– sigue fundándose en la tradicional "legitimación electoral-representativa", que no obstante sigue sujeta a la verificación de la legitimidad sustancial a la luz de los principios del Estado de derecho, codificados en la Constitución. Aplicando tales fundamentos al contexto italiano de las legislaturas XII, XIV y XVI, en la vertiente de la magistratura, se puede llegar a rebatir algunas tesis mayoritarias en el debate público: por un lado, la inferioridad en términos de legitimidad respecto al poder político y, por el otro, la presunta injerencia a la hora de sindicarse la legitimidad política. En la vertiente de la política, analizando las actuaciones de los gobiernos de Berlusconi no conformes al ordenamiento jurídico (especialmente, las denominadas leyes ad personam), se plantea como hipótesis –sobre la base de la tipología weberiana– la existencia de un nuevo principio legitimador, diferente al Estado de derecho.*

Abstract: *In today's democracies judicial and political powers have different legitimacy foundations in connection with their respective public functions: the first, entrusted with a guarantee function, is characterized by a new form of "legitimacy based upon impartiality and reflexivity", as typical of constitutional Courts; by contrast, political power, endowed with government functions, remains based on the traditional "electoral-representative legitimacy", which,*

however, is subject to a verification of substantial legitimacy in the light of the principles of the rule of law, as codified in the Constitution. By applying these foundations to the Italian context of the legislative periods (legislatures) XII, XIV and XVI, and considering the judiciary, one can reject certain majority theories proposed in the public debate, i.e., on the one hand, the theory of its lower degree of legitimacy in comparison to the political power, and, on the other hand, the theory of its alleged interference when questioning the political legitimacy. Considering politics, an analysis of the acts of Berlusconi's Government which fail to comply with certain key principles of the legal system (especially the so called *ad personam laws*) seems to bring into existence –in accordance with Weber codification– a new legitimizing principle other than the rule of law.

Palabras clave: fundamentos de la legitimidad, Estado de Derecho, separación de poderes, magistratura italiana, gobierno Berlusconi.

Keywords: foundations of legitimacy, Rule of Law, separation of powers, Italian judiciary, Berlusconi government.

1. INTRODUCCIÓN

La cuestión de los fundamentos de la legitimidad del poder judicial y político ha sido objeto de numerosos estudios y reflexiones ya en el siglo XVIII, tras la primera formulación del principio de separación de poderes. Este principio, cuya autoría se atribuye tradicionalmente a Montesquieu (a pesar de la existencia de aportaciones previas¹), nace de la necesidad de que “el poder detenga al poder”²; fórmula según la cual sólo la intervención de un poder podía detener las actividades de otro poder, evitando abusos de competencia que le confiere. Esto fue impulsado por la comprensión de que todo hombre dotado de poder tiende a abusar de él. El concepto tradicional

¹ Véase el trabajo fundamental de G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, A. Giuffrè, Milano, 1979-1984, 2 vols.

² C.-L. de Secondat, baron de La Brède et de MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, UTET, Torino, 1996, Tomo 1, libro XI, capítulo IV, p. 274 [edición original: *De l'esprit des loix*, chez Barrillot & fils, A Geneve, 1748]: “La libertad política no se encuentra más que en los gobiernos moderados. Aunque no siempre se da en los Estados moderados, solamente en ellos existe cuando no se abusa del poder; pero es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder es llevado a abusar de él; llega hasta el punto en que encuentra límites. ¡Quién lo diría! La misma virtud necesita límites. Para que no sea posible abusar del poder es necesario que, gracias a la disposición de las cosas, el poder detenga al poder”; para una interpretación diferente, consulte R. GUASTINI, “Separazione dei poteri o divisione del potere?”, *Teoria politica*, 3, 1998, pp. 25-42, especialmente pp. 30-31.

de separación de poderes, que a continuación se separó en dos reglas, respectivamente, de la especialización de funciones y la independencia de los órganos³, es sólo una etapa en el proceso de elaboración teórica que se prolongó durante más de tres siglos, con el objetivo de minimizar los “poderes salvajes”⁴. Por tanto, la cuestión de las bases de la legitimidad, aparentemente teórica, en realidad tiene consecuencias graves en las relaciones dinámicas entre la política y el poder judicial, especialmente cuando intenta atribuir mayor importancia a uno que el otro, basando esta afirmación en sus diferentes bases de legitimidad que las sustentaría.

Una aplicación concreta de estas diferencias teóricas tuvo lugar en Italia, especialmente en las legislaturas XII, XIV y XVI: el largo debate que se ha desarrollado tras el conflicto de veinte años entre el poder judicial y la política ha involucrado tanto a especialistas (por un lado, los operadores y los teóricos de la ley y, por otro, los políticos) como al público en general. En cuanto a este último, sin embargo, en parte debido a la simplificación de los medios de comunicación, a menudo se atribuye más importancia a las implicaciones prácticas del conflicto que a los fundamentos teóricos que sustentan las diversas tesis contendientes. Con este artículo, se propone –en primer lugar– una breve, pero orgánica disposición de algunas contribuciones recientes sobre los *fundamentos de la legitimidad*, que dan cuenta de las nuevas formas de legitimidad en las democracias existentes. Posteriormente, estos fundamentos serán aplicados al contexto italiano de las legislaturas XII, XIV y XVI, argumentando analíticamente el apoyo a algunas tesis consideradas de minoría, y refutando otras, a veces acríticamente diseminadas en el debate público.

De esta manera se llegará –finalmente– a verificar la existencia o no de algunos fundamentos de la legitimidad en la dinámica concreta del poder durante las legislaturas antes mencionadas.

2. PREMISAS CONCEPTUALES

Para estructurar un análisis de las diferentes bases de legitimidad de la actividad judicial, por un lado, y de la actividad política, por otro lado, es

³ Ver M. TROPER, “Attualità della separazione dei poteri”, in ID., *Per una teoria giuridica dello stato*, Guida, Napoli, 1998, pp. 216-217.

⁴ Ver L. FERRAJOLI, “Garantismo e poteri selvaggi”, *Teoria politica*, núm. 3, 1998, pp. 11-24, especialmente p. 12.

necesario definir los términos en discusión. Para una delimitación preliminar del campo de investigación, se hará referencia, en primer lugar, a Michel Troper⁵, que considera las actividades judiciales de manera formal como las ejercidas por los jueces, con la exclusión de otros poderes del Estado, incluyendo, sin embargo, la actividad que llevan a cabo fuera de las controversias. En cuanto a la actividad política, Troper la define como “una actividad que, por un lado, tiene por objeto determinar –a través de normas generales o individuales (comandos)– la conducta o la situación de las personas distintas de las que la ejerzan y cuya fuente es, por otro lado, lo que se llamaría en términos legales una voluntad autónoma, que no está sujeta a las normas del derecho preexistentes, sino simplemente determinada por el conjunto de valores partidistas, morales, religiosos, etc., de su titular”⁶. A partir de ese concepto resulta evidente que el requisito de la actividad política no es la legalidad, sino la legitimidad.

Antes de proceder a la definición de estos dos términos, habría que introducir otra distinción interna a la noción de “poder político”, que, según Silvana Castignone⁷, puede ser útil dividir en tres entre: *ejercicio del poder*, *gobierno* y *régimen*. El “ejercicio del poder” es el conjunto de actos realizados por quienes detentan el poder; el “gobierno”, sin embargo, designa la masa o grupo de personas que realmente persiguen los objetivos del régimen; por último, el término “régimen” incluye todas las instituciones, las normas que regulan las relaciones políticas, así como los objetivos que guían la sociedad⁸. Por lo tanto, como ha señalado Castignone, a diferencia de los dos términos anteriores (“ejercicio del poder” y “gobierno”) “en el ámbito del régimen no parece que sea correcto plantear la cuestión de la legalidad, ya que es precisamente el régimen político el que es la base de la legalidad”⁹.

Hecha esta premisa conceptual inicial, podemos ahondar en la cuestión principal que se refiere a la definición de legitimidad¹⁰ y, por lo tanto, a la

⁵ Ver M. TROPER, “Funzione giurisdizionale o potere giudiziario?”, en ID., *Per una teoria giuridica dello stato*, cit., pp. 109-121.

⁶ Ibid., pp. 112-113.

⁷ Ver S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Laterza, nueva edición ampliada, Roma Bari, 2009 [1998], p. 63.

⁸ Ver L. LEVI, *Il problema della legittimità nel parlamento dell'Italia repubblicana*, Giappichelli, Torino, 1970, p. 11.

⁹ S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., p. 63.

¹⁰ Para la reconstrucción de la definición de la legalidad y las teorías relacionadas, nos referiremos principalmente al enfoque teórico formulado por Silvana Castignone y gradualmente perfeccionado en sus obras: S. CASTIGNONE, “Legalità, legittimità, legittimazione.”,

distinción entre legalidad y legitimidad; la elección de una definición de este tipo es de particular importancia porque diferentes definiciones de legitimidad corresponden a diferentes teorías para verificar o no su existencia.

En primer lugar, tenemos que introducir una distinción inicial entre la legitimidad formal y la legitimidad sustancial: la primera, en las sociedades basadas en la investidura imperial o papal o en el principio dinástico, consistió en la legitimidad *ex parte tituli* (el título correcto podría consistir, por ejemplo, en el respeto a la costumbre o la pertenencia a una dinastía), y se resuelve hoy en el control de la legalidad, y más concretamente de la legalidad constitucional. Los problemas de definición se mantienen, sin embargo, sólo para la legitimidad sustancial, es decir, para determinar si el poder es justo respecto a los valores y los fines que persigue. En épocas más permeadas por la doctrina de la ley natural (y, por lo tanto, al menos hasta el siglo XVIII), la legalidad sustancial resultó en el “discurso sobre el buen gobierno”, que a su vez implicó la ética racionalista (o cognitivista), es decir, la idea de que era posible “conocer” los valores objetivos de la justicia y del buen gobierno. Tras la crisis de la ética racionalista, que trató de volver a configurar el concepto de legitimidad (sustancial) en una clave exenta de valores, siguiendo dos corrientes distintas: reduciendo por un lado, la legitimidad a *legalidad* y, en el otro, reduciéndola a *consenso*.

Para la primera corriente, nos referimos a Max Weber y a la reconocida clasificación de los tres tipos ideales (o puros) de legitimidad: tradicional, carismático, racional (o legal)¹¹. De especial relevancia es el último tipo (racional o legal), donde se obedece al “ordenamiento impersonal” establecido legalmente; de hecho, en este tipo se basa el primer intento de reducir la legitimidad, para la cual el poder político sería aceptado como legítimo cuando

Sociologia del diritto, núm. 1, 1977, pp. 19-38; ID., “Legittimazione e potere. Elementi per una riflessione analitica”, en R. TREVES (ed), *Diritto e legittimazione*, Franco Angeli, Milano, 1985, pp. 15-20; y, finalmente, ID., *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., pp. 59-82.

¹¹ Ver M. WEBER, *Economía e società*, Edizioni di Comunità, Torino, 1999, vol. I, p. 210 [ed. orig. *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen, 1922]: “Existen tres tipos puros de dominación legítima. El fundamento primario de su legitimidad puede ser: 1. De carácter racional: que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal). 2. De carácter tradicional: que descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad (autoridad tradicional). 3. De carácter carismático: que descansa en la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas (llamada) (autoridad carismática)”.

es legal. Antes de definir los diferentes significados atribuidos al concepto de legalidad, cabe señalar que también la definición de Weber sobre la noción de legitimidad presenta una cierta inconsistencia. De acuerdo con Pier Paolo Giglioli, Weber “a veces parece referirse a las pretensiones de legitimidad por los titulares de dominio, otras veces a los principios de la última justificación de normas, a veces incluso a las creencias de los dominados”¹². El término “legalidad” se ha interpretado principalmente con dos significados: el primero indica el cumplimiento de la ley, el sistema legal, mientras que el segundo, más ideológico, designa ese tipo específico de la ley que es el Estado de Derecho. En cuanto a la primera acepción, ya hemos visto cómo este concepto de legalidad no es aplicable al “régimen” (únicamente al “ejercicio del poder” y al “gobierno”), de la misma manera que no tendría sentido decir que una Constitución es legal o ilegal. Por lo tanto la reducción de la legitimidad con la legalidad (entendida en el primer sentido) es imposible en el régimen político y también es peligrosa porque termina legitimando cualquier poder de facto, absteniéndose de realizar la evaluación de los valores y propósitos. El segundo significado de la legalidad, ya no se entiende de una manera neutral como el cumplimiento de la ley, sino como “la presencia de ciertos actos jurídicos formales mínimos para limitar el poder arbitrario y garantizar una esfera de libertad individual”¹³, de acuerdo con la ideología liberal de la justicia. Así, no tiene sentido hablar de la reducción de la legitimidad con la legalidad (en el sentido del Estado de Derecho), porque en la segunda acepción la ley es en sí misma un principio de legitimidad que ha existido históricamente y que todavía existe. Además, incluso en este caso, la reducción implica un riesgo porque el significado descriptivo del término legalidad 2 (como Estado de Derecho) se convierte en el de legalidad 1 (conformidad con la ley), al tiempo que conserva la carga de evaluación positiva inherente a la noción de derecho como Estado de Derecho.

La segunda corriente, la que trata de reducir la legitimidad al consentimiento, ha encontrado –en cambio– terreno fértil en la ciencia política estadounidense y, más concretamente, en la denominada escuela “estructural-funcional”. El supuesto básico de esta escuela se puede por lo tanto declarar como sigue: tiene legitimidad cualquier gobierno o poder político que es capaz de obtener el consentimiento de todos, o al menos de la mayoría de la

¹² P.P. GIGLIOLI (ed.), *Invito allo studio della società*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 150-151.

¹³ S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., p. 67.

población. De ello se desprende que la atención de estos estudiosos se ha centrado en las técnicas empíricas para la detección, en las que sería posible establecer la existencia del consentimiento. Bien conocidas y bien fundadas son las objeciones a la ambición estructural-funcional de un “funcionalismo absoluto”¹⁴ y los reflejos que este enfoque lleva en el concepto de legitimidad. Las mismas objeciones, según Vincenzo Ferrari, pueden asimilarse también el funcionalismo estructural de Niklas Luhmann, quien, a pesar de su intención de romper tanto con el concepto weberiano de legitimidad como con el estructural-funcional, no llega a crear un *tertium genus*; de hecho, “los combina en una unidad no declarada, y sin embargo, incuestionable. Y la combinación, casi fatalmente, termina por adquirir los genes de la esencia axiológica”¹⁵. Limitándonos aquí a la formulación estructural-funcional, en primer lugar se puede ver cómo el consentimiento no es en sí mismo una garantía de legitimidad, si no se demuestra antes la autenticidad de su formación¹⁶; en otras palabras, es necesario asegurarse de que el consentimiento es el resultado de la libre convicción espontánea y no, como suele ser el caso, llevado por la propaganda. En segundo lugar, hay que destacar que el argumento subyacente a la legitimidad (“el gobierno legítimo es un gobierno creado por consentimiento”) produce una regresión infinita, porque el hecho de “el consentimiento” es equivalente, a su vez, a “ser considerado legítimo por los ciudadanos”¹⁷. En tercer y último lugar, como señalan muchos no cognitivistas¹⁸, un gobierno que plantea el consentimiento puede

¹⁴ Ver V. FERRARI, “Brevi osservazioni su funzionalismo e legittimazione”, en R. TREVES (ed.), *Diritto e legittimazione*, cit., p. 40-45: Vincenzo Ferrari distingue el “funcionalismo relativo” de Robert K. Merton y de Vilhelm Aubert del “funcionalismo absoluto” de Talcott Parsons e Marion J. Levy, considerado inaplicable a un macro-sistema social. El primer tipo se considera más apropiado porque “resuelve el análisis funcional en el estudio de las correspondencias entre los objetivos perseguidos y los resultados obtenidos”. Ver también ID., “L’analisi funzionale in sociologia del diritto. Problemi terminologici e problemi metodologici”, *Sociologia del diritto*, 1, VII/1980, p. 60ss.

¹⁵ V. FERRARI, “Brevi osservazioni su funzionalismo e legittimazione”, en R. TREVES (ed.), *Diritto e legittimazione*, cit., p. 48.

¹⁶ Ver L. LEVI, *Il problema della legittimità nel Parlamento dell’Italia repubblicana*, Giappichelli, Torino, 1970, pp. 29ss.

¹⁷ Ver R.M. HARE, “The Lawful Government”, en P. LASLETT y W.G. RUNCIMAN (ed.), *Philosophy, politics and society, Third Series*, Basil Blackwell, Oxford 1969, pp. 157-172, especialmente p. 167.

¹⁸ Ver, entre otros, F.E. OPPENHEIM, *Etica e filosofia politica*, introducc. de U. Scarpelli, Il Mulino, Bologna 1971, pp. 165 y siguientes; y H. KELSEN, *La democrazia*, editado por Mauro Barberis, nueva ed., Il Mulino, Bologna, 2010.

ser igualmente ilegítimo (en el sentido de juicio de valor), ya que no todas las cosas generalmente aprobadas son por esto justas o moralmente buenas. Por lo tanto, para referirse a la situación real de la aceptación de la potencia (o consenso), como tal empíricamente detectable, es más correcto utilizar el término “locus”.

Además, después de haber rechazado ambos intentos de reducir la legitimidad (tanto a legalidad, como a consenso), queda todavía el problema de definir qué se entiende por legitimidad de una manera sustantiva. Por ahora podemos aceptar la definición genérica dada por Castignone, reservándonos el derecho de ponerla a prueba en el caso de los gobiernos de las legislaturas XII, XIV y XVI: “reconocer al poder como legítimo significa compartir y / o considerar como justos los fines que el quiere conseguir y la estructura social y institucional que quiere adoptar”¹⁹.

Sobre esta base podemos ahora abordar la distinción entre legalidad y legitimidad²⁰, recurriendo a la distinción hecha por Sergio Cotta²¹. El filósofo florentino distingue entre la legalidad y la legitimidad con el siguiente argumento: “celle-ci exprime le principe de la conformité logico-formelle à la loi en vigueur; celle-là, au contraire, le principe de la correspondance existentielle d’idées entre les deux éléments essentiels du corps social (le pouvoir et les gouvernés) au sujet du ‘bien commun’. D’autre part, la légitimité, considérée dans le sens que je viens d’indiquer, se distingue aussi de la simple existence ou effectivité du pouvoir, qui peut être fondée sur la force, sur la capacité de domination et non sur le consentement”²². Esta distinción entre la legalidad, la legitimidad y la eficacia del poder puede ser aceptada, siempre que se destaque una vez más que el consentimiento no es el elemento fundamental de la legitimidad (en cambio, lo es de la legitimación). Por el contrario, como ha señalado agudamente Castignone, “estos pasos, aislados del contexto,

¹⁹ S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., p. 80.

²⁰ Para una discusión de esta distinción fundamental y, en particular, el complejo debate sobre el tema de la legitimidad, ver AA.VV., *L’idée de légitimité*, Presses Universitaires de France, Paris, 1967; y también R. TREVES (ed.), *Diritto e legittimazione*, cit.

²¹ Ver S. COTTA, “Éléments d’une phénoménologie de la légitimité”, in AA.VV., *L’idée de légitimité*, Presses Universitaires de France, Paris, 1967, pp. 61-86.

²² *Ibid.*, pp. 73-74: “Ésta expresa el principio de cumplimiento lógico-formal con la legislación vigente; aquélla, por otro lado, expresa el principio de correspondencia existencial de ideas entre los dos elementos esenciales del cuerpo social (el poder y los gobernados) en el tema del bien común. Por otro lado, la legitimidad, considerada en el sentido que acabo de mencionar, también se distingue de la mera existencia o eficacia del poder, que puede estar basada en la fuerza, la capacidad de dominar y no en el consenso”.

pueden clasificar su autor entre los estructural-funcionalistas²³, que por supuesto no se corresponde con su posición teórica real. Cotta, de hecho, insiste sobre la noción axiológica de legitimidad, que siempre implica una elección de valores, sugiriendo a este respecto la libertad de la persona humana (llamada “legitimidad existencial”) como el mejor criterio de legitimidad.

3. COMPARACIÓN DE LAS BASES DE LEGITIMIDAD

Acabadas las premisas conceptuales, ahora procedemos con la comparación del poder político y el poder judicial bajo el perfil específico de las respectivas bases de legitimidad²⁴.

Comenzamos, pues, por el poder judicial. Palazzo detecta agudamente como en las democracias actuales, el concepto mismo de democracia ya no es unidimensional²⁵, es decir, no se basa sólo en una “legitimidad electoral-representativa”, típica del poder político. Junto a ésta, de hecho, se está afirmando una “legitimación de imparcialidad y reflexividad”, que sustenta tanto a las autoridades independientes (en particular, sobre la legitimación de imparcialidad) y a los tribunales constitucionales (especialmente sobre la legitimación de reflexividad) y, de hecho, el poder judicial (en ambos componentes, la imparcialidad y la reflexividad). La ventaja inherente a la fundación de la legitimidad es que, mediante el equilibrio de los intereses y en referencia a un marco de ordenamiento estable, el poder judicial tiende a decisiones más comunitarias que el poder político. Al respecto, Palazzo llega a afirmar que “la legitimación de imparcialidad y reflexividad es aún más sólida que la electoral-representativa, ya que no procede de la ficción con-

²³ S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., p. 77.

²⁴ Para la reconstrucción de las bases de legitimidad del poder judicial y el poder político, se hará referencia a la configuración teórica de Francesco Palazzo y Luigi Ferrajoli, como se señala en particular en F. PALAZZO, “Principi e realtà del rapporto tra giustizia e politica”, en AA.VV., *Criminalia 2009. Annuario di scienze penalistiche*, EIS, Pisa, 2010, pp. 23-56, y también L. FERRAJOLI, “Giurisdizione e consenso”, *Questione Giustizia*, núm. 4, 2009, pp. 9-22. Cabe señalar, también, que por debajo Palazzo y Ferrajoli se refieren a la “legitimación” en un sentido incorrecto o diferente de lo que nosotros identificamos y utilizamos, convirtiéndose esencialmente un sinónimo de “legitimidad”. En sentido estricto, legitimación se diferencia de legitimidad, ya que indica la situación actual de la aceptación del poder (o consentimiento), como tal empíricamente detectable, independientemente de cualquier juicio de valor (positivo o negativo) sobre la legalidad de la situación.

²⁵ Ver F. PALAZZO, “Principi e realtà del rapporto tra giustizia e politica”, en AA.VV., *Criminalia 2009*, cit., pp. 31-34.

vencional de que la mayoría puede decidir por todos”²⁶. Los límites de la legitimación de imparcialidad y reflexividad son, sin embargo, principalmente de dos tipos: en primer lugar, la falta de transparencia de cómo los órganos en realidad llegan a tomar decisiones, límite que parece ser más valioso para las autoridades independientes, ya que no sólo los procedimientos de los tribunales ordinarios están regulados legislativamente en los códigos, sino que los jueces (tanto en los tribunales ordinarios, como en el Tribunal Constitucional) también tienen la obligación de justificar sus decisiones lógicamente. En segundo lugar, se debe incluir la dificultad de verificar la correspondencia real entre las decisiones adoptadas y las relativas bases de legitimidad; verificación afectada por el prestigio del órgano (por ejemplo, el poder judicial) en este particular período histórico. Precisamente debido a estas limitaciones, Palazzo insiste en la necesidad de que la nueva legitimación de imparcialidad y reflexividad no prevalezca de manera exclusiva, es decir, a expensas de la legitimidad electoral-representativa tradicional, sino que ambos tipos de legitimidad coexistan, equilibrando así sus desventajas.

Según Ferrajoli²⁷, la diversidad de fuentes de legitimidad del poder judicial, en comparación con el poder político, se deriva de la diferente naturaleza de las funciones públicas. De hecho, sobre la base de la separación de poderes hay dos tipos de funciones: funciones de gobierno (*legis-latio* y “esfera de decidible”), características del poder político, y las funciones de garantía (*juris-dictio* y “esfera de lo indecidible”), encomendadas entre otros al poder judicial. Mientras las funciones del gobierno (ejecutiva, legislativas y las relativas funciones administrativas) tienen como fuentes de legitimidad la representación política y el consenso, no puede decirse lo mismo de las funciones de garantía y, en particular, para la subcategoría de las funciones de garantía que es la función judicial²⁸. Siguiendo todavía a Ferrajoli, los dos fundamentos específicos de la legitimidad de la función judicial son: el carácter básicamente cognitivo de la jurisdicción y la función de garantizar los derechos de los ciudadanos y especialmente los derechos fundamentales.

²⁶ Ibid. p. 33.

²⁷ Ver L. FERRAJOLI, “Giurisdizione e consenso”, *Questione Giustizia*, cit., pp. 10-11.

²⁸ Según Ferrajoli, entre las funciones de garantía se cuentan no sólo la función judicial, sino también “las funciones administrativas de la garantía fundamental de los derechos de la libertad y los derechos sociales igualmente obligados por la ley”, en *ivi*, p. 11; ver ID., *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, tomo I, parte III, cap. XII, párr. 12.6, pp. 869-879 y tomo II, parte IV, cap. XIII, párr. 13.5, pp. 24-29; párr. 13.14, pp. 71-77 y cap. XVI, párr. 16.14, pp. 548-552.

El primero consiste en la determinación imparcial de la verdad, a través de una motivación basada en argumentos cognitivos de hecho y re-cognitivos de derecho. De esta manera, la jurisdicción se relaciona con la voluntad del pueblo, pero no con el consentimiento de la mayoría. Por un lado, está vinculada a la voluntad del pueblo, ya que garantiza la aplicación sustancial de la voluntad política, sancionada de manera general y abstracta por las leyes y disposiciones constitucionales sobre los derechos fundamentales. Por otra parte, la jurisdicción no es consensual o representativa, puesto que la averiguación de la verdad requiere equidad, imparcialidad e independencia, y no puede por tanto ser influenciada por ningún poder externo, ni siquiera el de la mayoría. En cuanto al segundo fundamento de legitimidad –a saber, la función de garantía– es la protección de los derechos del ciudadano y especialmente de los derechos fundamentales, que, debido a su *universalidad*, se hacen cumplir, incluso contra la opuesta voluntad del poder de la mayoría. Como destaca categóricamente Ferrajoli, “ninguna mayoría, aun siendo abrumadora, puede hacer legítima la condena de un inocente”²⁹. La necesidad de una total independencia (externa e interna) de los jueces y los fiscales de los ministerios públicos es aún más evidente cuando la función de la garantía debe traducirse en el control sobre las ilegalidades cometidas por la política, como en el caso de las investigaciones sobre la corrupción de los líderes del poder político. En este sentido, se refiere a la naturaleza de “contrapoder” del poder judicial, que, como parte de la función judicial, también cumple la tarea de controlar el ejercicio ilegal de otros poderes. Por último, los dos fundamentos de la legitimidad se sintetizan en el *garantismo*, es decir en el estricto cumplimiento de las garantías y los procedimientos penales, independientemente del consentimiento de la mayoría, e incluso en conflicto con ella. De hecho, existe un vínculo entre la legitimidad de la jurisdicción, la independencia de la función y la eficacia de las garantías: en primer lugar, el aumento o la eficacia de las garantías causa un aumento de la legitimidad entendida como la confianza del público en la jurisdicción (es decir, en la justicia, la honestidad y la competencia de los tribunales); en segundo lugar, si bien es cierto que “no hay ninguna garantía de los derechos sin unos jueces independientes, también es cierto, por el contrario, que sólo la efectividad de estas funciones se aplica para acreditar el valor de su independencia ante los ojos de los ciudadanos”³⁰.

²⁹ L. FERRAJOLI, “Giurisdizione e consenso”, *Questione Giustizia*, cit., p. 15.

³⁰ *Ibid.* p. 17. Más ampliamente ID., *La democrazia attraverso i diritti: il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari, 2013, y también ID.,

Ahora llegamos al poder político. Volvemos a empezar desde el concepto de legitimidad sustancial, según la definición de Castignone: “Reconocer al poder como legítimo significa compartir y / o considerar como justos los fines que él quiere conseguir y la estructura social y institucional que quiere adoptar”³¹. En primer lugar, hay que señalar que en los países occidentales modernos las elecciones de los objetivos y valores del régimen³², no están disponibles para la mayoría de gobierno³³, sino que se refieren a las elecciones consagradas en las constituciones, especialmente en el ámbito de los derechos fundamentales. El constitucionalismo democrático incorpora las lecciones derivadas de las tragedias de los regímenes totalitarios, llegados al poder legalmente, introduciendo como un correctivo las nuevas constituciones rígidas: desde ese momento “ningún consenso de la mayoría, ni siquiera la unanimidad, de hecho, puede legitimar, en la democracia constitucional, las decisiones en conflicto con la Constitución”³⁴. En este sentido, hablamos de una “esfera de lo indecible”³⁵, que se refiere a los derechos fundamentales (que no se deben lesionar o que se deben satisfacer), cuya legitimidad es pre-política.

Con la protección del núcleo de los derechos fundamentales, también, nuestro constituyente ha decidido abrazar ese principio particular de legalidad, que es típica del estado “legal”, “legislativo” o “de derecho”; este principio es utilizado por algunos como el sentido mismo de la legalidad³⁶ (adicional al cumplimiento de la ley) y, por lo tanto, como un parámetro para

Diritto e ragione: teoria del garantismo penale, prefac. de N. Bobbio, Laterza, Roma-Bari, 2002 [1989].

³¹ S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., p. 80.

³² Por el término “régimen” acogemos la definición de Castignone, ya dada anteriormente: es decir, “el conjunto de instituciones y normas que rigen las relaciones políticas (las llamadas ‘reglas del juego’) y para guiar la totalidad sociedad”, en *ivi*, p. 63.

³³ El término “gobierno” significa “el órgano o un conjunto de personas que desarrollan e implementan en la práctica los propósitos del sistema”, en *ibidem*.

³⁴ L. FERRAJOLI, “Giurisdizione e consenso”, *Questione Giustizia*, cit., p. 9.

³⁵ Ver ID., “Democrazia costituzionale e scienza giuridica”, *Diritto pubblico*, núm. 1, 2009, pp. 1 y siguientes; M. MORISI, “La legalità tra giurisdizione e sistema politico”, en R. MINNA y M. MORISI (ed.), *Giustizia come. Giurisdizione e sistema politico in Italia, Il Ponte*, 1998/2-3, num. especial, 17, 23; G. SILVESTRI, “Sovranità popolare e magistratura”, en L. CARLASSARE (ed.), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin: atti del Convegno di studio per celebrare la casa editrice CEDAM nel 1. centenario dalla fondazione, 1903-2003: Padova, 19-20-21 giugno 2003*, CEDAM, Padova, 2004; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2008, en particular p. 145.

³⁶ Ver S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., pp. 65-70.

comprobar la legalidad o ilegalidad de un gobierno o de actos relacionados con el ejercicio del poder. Este no es el lugar para una discusión sobre el concepto de Estado de Derecho, una expresión de la ideología liberal, que ha recibido numerosas formulaciones³⁷, gracias a la unión de diferentes elementos: desde el concepto alemán original de *Rechtsstaat* de Robert von Mohl a las contribuciones de Kant y Rousseau, por el iusnaturalismo y la Revolución Francesa, por el liberalismo y la *rule of law*. Para nuestros propósitos podemos aceptar aquí la definición más general de Norberto Bobbio, que por “estado de derecho” entiende “el imperio de la ley en lugar del imperio de los hombres (aunque la mayoría se compone de hombres), y en virtud del cual todo ciudadanos, y si acaso aún más los gobernantes, están sujetos a las leyes que tienen por objeto limitar su poder”³⁸. Entre las limitaciones del estado de derecho existe, además del principio de legalidad y de los derechos humanos consagrados en las constituciones liberales, también el sistema de separación de poderes como garantía contra la arbitrariedad del poder absoluto³⁹; apenas debemos recordar, sin embargo, cómo la relación real entre los poderes –lejos de ser estable– está sujeta tanto a la evolución de las dinámicas internas como a la dinámica externa y en particular a la creciente función de la Unión Europea⁴⁰. De esta compleja red de requisitos legales y formales deriva la primera consecuencia que “en el Estado de Derecho, nadie, ni siquiera en el más alto grado del ordenamiento, es *legibus solutus* (libre de las

³⁷ Para un resumen de las definiciones, véase S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., pp. 65-67. Ver, entre otros, C. SCHMITT, *Le categorie del “politico”: saggi di teoria politica*, editado por G. Miglio y P. Schiera, il Mulino, Bologna, 1972, en particular los ensayos “Legalità e legittimità”, pp. 210-244 y “Il problema della legalità”, pp. 279-297; así como G. FASSÒ, “Stato di Diritto e Stato di Giustizia”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 1, vol. XL, 1963, pp. 83-119; A. BARATTA, voz “Stato di diritto”, en A. NEGRI (ed.), *Enciclopedia Feltrinelli Fischer: Scienze Politiche I (Stato e Politica)*, Feltrinelli, Milano, 1970; y P. COSTA e D. ZOLO (ed.), *Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica*, con la colaboración de E. Santoro, Feltrinelli, Milano, 2002.

³⁸ N. BOBBIO, *Contro i nuovi dispotismi: scritti sul berlusconismo*, Dedalo, Bari, 2008, p. 33. Más ampliamente ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1970; ID., *Diritto e potere: saggi su Kelsen*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1992; y ID., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 2005 [1984].

³⁹ Ver, entre otros, M. WALZER, “Liberalism and the Art of Separation”, *Political Theory. An International Journal of Political Philosophy*, núm. 12, 1984, pp. 315-337 (trad. it. “Il liberalismo come arte della separazione”, *Biblioteca della libertà*, núm. 21, 1986, pp. 11-30).

⁴⁰ Ver U. ZAMPETTI, “Evoluzione della legislazione e ruolo del Parlamento”, *Rassegna parlamentare*, año LIII, núm. 1, enero-marzo, 2011, pp. 47-65.

limitaciones de las leyes)⁴¹. En este sentido, Bobbio sostiene que el Tribunal Constitucional representa la culminación del Estado de Derecho, puesto que puede revisar hasta las decisiones del Parlamento, si no se ajustan a los parámetros de la Constitución.

4. UN CASO CONCRETO: LAS LEGISLATURAS XII, XIV Y XVI EN ITALIA

En vista de lo anterior, ahora estamos en condiciones de aplicar los fundamentos de la legitimidad al caso italiano, centrándonos en las legislaturas XII, XIV y XVI. La elección de este lapso de tiempo se debe a tres tipos de razones: en primer lugar, al hecho de que en el período considerado se produjo un conflicto entre el poder judicial y el poder político de una intensidad y una duración que no tienen precedentes en la historia de la República italiana; en segundo lugar, porque ha habido una constante producción de leyes *ad personam* de los gobiernos en el poder, que han planteado problemas de compatibilidad con los principios del Estado de Derecho; en tercer y último lugar, porque sobre el entonces Presidente del Consejo, cumbre del Poder Ejecutivo, hubo una concentración anormal de los medios de comunicación de masas, con el potencial de afectar la expresión del apoyo electoral.

Tras haber motivado la elección del período histórico, seguimos aplicando los fundamentos de la legitimidad, en primer lugar, al lado de la magistratura. De esa manera se puede replicar a dos objeciones hechas al trabajo de la justicia italiana y a menudo repetidas durante las legislaturas XII, XIV y XVI.

De acuerdo a la primera objeción, el poder judicial gozaría de una legitimidad menor que la del poder político por el método de reclutamiento de sus miembros: de hecho, ya que el acceso a la justicia es por concurso (y no por elección), el poder judicial carece de la “legitimidad electoral-representativa”. En realidad tal falta no es perjudicial en sí misma, ya que, como señaló Palazzo, la legitimidad electoral representativa ya no es la fuente preferida de legitimidad; por el contrario, como hemos visto, en las democracias actuales se está desarrollando un espacio para el crecimiento de la “legitimación de la imparcialidad y la reflexividad”. Se podría argumentar, además, que esta nueva forma de legitimidad es un *quid minus* de la legitimidad tradicional, basada en el poder de los números. A esta observación adicional se puede

⁴¹ N. BOBBIO, *Contro i nuovi dispotismi*, cit., p. 33.

replicar que si los fundamentos de la legitimidad de la corte son el resultado de una convención, porque la verdad jurídica es cuestionable y la verdad de los hechos es probabilística, también la legitimación electoral-representativa “parte de un supuesto esencialmente ficticio y convencional, como la identificación de la mayoría con la voluntad general hipotética”⁴². Además, es, en este último caso, una convención ya “más o menos desacreditada por varias distorsiones y manipulaciones, y ya no fundada en la base cognitiva de la jurisdicción y otras funciones de garantía”⁴³; en pocas palabras, la legitimidad representativa electoral no tiene una mayor dignidad. Por lo tanto, se puede concluir que es antihistórico –y por lo tanto inaceptable– acusar al poder judicial de mala legitimidad sólo porque carece del tipo tradicional de legitimidad electoral-representativa. Si esta crítica fuese tomada en serio, de hecho, significaría poner en duda la legitimidad de todos los órganos de garantía de nuestro país, establecidos en parte por las leyes ordinarias, y en parte incluso por la Constitución, con resultados grotescos. Además de la magistratura ordinaria, por ejemplo, en la acusación de falta de legitimidad acabarían siendo también incluidas a la Corte Constitucional, la autoridad garante de la competencia y del mercado (denominada *Antitrust* o Antimonopolio), o la Autoridad para la protección de los datos personales.

De acuerdo con la segunda objeción, expresada de diversas maneras, se argumenta que el poder judicial se habría erigido en “guardián de la legitimidad del sistema”, reduciendo de manera arbitraria la legitimidad en mera legalidad⁴⁴. Así, el poder judicial habría adquirido la función de salvaguardar la *virtud política*⁴⁵, dando prueba de “moralismo jurídico”; en esta operación ilícita, el poder judicial habría encontrado un valioso apoyo en una “veinteñal, oportunista, política flanqueante la Asociación Nacional de la Magistratura”⁴⁶ por el centroizquierda. Aún más explícito fue el ex primer ministro Berlusconi en el mensaje de vídeo publicado el 18 de septiembre

⁴² F. PALAZZO, “Principi e realtà del rapporto tra giustizia e politica”, en AA.VV., *Criminalia* 2009, cit., pp. 32-33.

⁴³ L. FERRAJOLI, “Giurisdizione e consenso”, *Questione Giustizia*, cit., p. 17.

⁴⁴ Ver F. CAZZOLA y M. MORISI, *La mutua diffidenza: il reciproco controllo tra magistrati e politici nella prima Repubblica*, Feltrinelli, Milano, 1996, pp. 20-21.

⁴⁵ Ver A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici: Stato democratico e controllo della virtù*, Laterza, Roma, 1998; y M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica: considerazioni sul politico quale tipo d'autore*, Mucchi, Modena, 2014.

⁴⁶ A. PANEBIANCO, “Dal moralismo al riformismo”, *Corriere della Sera*, 3 agosto 2009, p. 1.

de 2013, cuando dijo: “esta magistratura, por el predominio adquirido por su sector, Magistratura Democrática, se convirtió de orden estatal, compuesto por funcionarios públicos no electos, en un poder del Estado, más bien en un contrapoder que limita el poder legislativo y el poder ejecutivo, y se le dio la misión de –es su declaración– lograr a través de los tribunales el socialismo”⁴⁷. Omitiendo refutar la paternidad de esta última afirmación, vamos a centrarnos en los tres aspectos de esta acusación. En primer lugar, se le debe negar, en principio, la supuesta injerencia de la jurisdicción en la legalidad del régimen político (o de la economía): “la jurisdicción, de hecho, no interviene ya en los espacios legítimos de tales esferas, sino sólo en sus espacios ilegítimos, que se manifiestan precisamente en actos ilegales, o porque no válidos o porque ilícitos”⁴⁸. Si entonces se desvanecen las formas de responsabilidad política y además la corrupción involucra a grandes sectores de la clase política y de la sociedad, es evidente que las actividades de control de la ley pueden tener un impacto significativo sobre la legitimidad global del sistema; esta es, sin embargo, una repercusión refleja más que directa, debida a la falta de sanciones internas por la política⁴⁹. En segundo lugar, la acusación de “moralismo jurídico” es engañosa, ya que los delitos imputados a gran parte de la clase política en los últimos veinte años no tienen nada de moralista. De hecho, la magistratura no fue a criticar la conducta de la vida privada carente de relevancia jurídica, ni ha perseguido naderías o delitos de opinión, sino tenía que comprobar el cumplimiento de graves delitos contra la administración pública y la economía, como la corrupción, la concusión, el abuso de funciones o la evasión fiscal⁵⁰. En tercer y último lugar, hay que rechazar la acusación vertida contra el poder judicial de haberse convertido en un “contrapoder” en comparación con el poder legislativo y el ejecutivo. Ya hemos visto cómo la tarea de examinar la legalidad del ejercicio

⁴⁷ Declaración reportada literalmente del mensaje vídeo de Berlusconi, lanzado el 18 de septiembre 2013, minutos 2’55” - 3’20”. El mensaje vídeo está disponible, entre otros, en el sitio web de *Il Fatto Quotidiano*, en: www.ilfattoquotidiano.it/2013/09/18/videomessaggio-berlusconi-con-voi-decaduto-no-forza-italia-evitera-catastrofe/715852/. Estos cargos son recurrentes en el discurso político del centro-derecha y de su líder; véase, entre otros: “Berlusconi: ‘Magistrati contropotere’. Per il premier una settimana decisiva”, *www.lastampa.it*, 3 de abril de 2011.

⁴⁸ L. FERRAJOLI, “Giurisdizione e consenso”, *Questione Giustizia*, cit., p. 16.

⁴⁹ Ver G. COLOMBO, “Dal giudice interprete del conflitto al giudice interprete della legge” en E. BRUTI LIBERATI, A. CERETTI, A. GIASANTI (ed.), *Governo dei giudici: la magistratura tra diritto e politica*, Feltrinelli, Milano, 1996, pp. 93-94.

⁵⁰ Ver F. PALAZZO, “Principi e realtà del rapporto tra giustizia e politica”, en AA.VV., *Criminalia 2009*, cit., p. 42.

de los otros poderes no cae fuera de la función judicial, sino que constituye uno de sus rasgos salientes por la función de garantía de los ciudadanos, que el poder judicial tiene que desempeñar y que, al mismo tiempo, legitima su independencia. Si la política quiere limitar la discrecionalidad del poder judicial, podrá hacerlo legítimamente dando más eficacia a las garantías y en particular al principio de obligatoriedad. De hecho, cuanto la ley se formule formule con mayor precisión y rigor, los jueces deberán atenerse más estrictamente a ella, en la base de su sometimiento a la ley (art. 101, párrafo 2 de la Constitución); de esta manera, la política puede conseguir un mayor respeto por la prerrogativa constitucional de la reserva de ley y, en última instancia, también por la separación de poderes⁵¹.

Llegamos ahora a la aplicación de los fundamentos de la legitimidad a los gobiernos de las legislaturas XII, XIV y XVI. No hay duda de que, en términos de legitimidad, entendida en el significado recto⁵², estos gobiernos han gozado de amplio consenso por parte de la población, especialmente en el momento de las elecciones: en 1994, la coalición del Polo de las Libertades obtuvo el 42.84 % de los votos, en 2001 49,56%, y luego se estabiliza en 2008 a 46,31% de los votos. En particular, el resultado de la Casa de las Libertades en las elecciones generales de 2001 fue el segundo mejor resultado de la historia republicana italiana tanto en términos de porcentaje (precisamente el 49.56%) como en términos de la cantidad de votos (18.398.246 votos), quedando sólo por detrás del resultado obtenido por la coalición de Prodi ("La Unión") en 2006. A pesar de eso, ya hemos visto cómo la legitimidad substancial no puede reducirse al mero juicio de facto de la comprobación del consentimiento, así como habría querido el funcionalismo absoluto. En primer lugar, de hecho, hay que verificar si el consentimiento es realmente el fruto de la libre convicción o ha sido manipulado por la propaganda. En segundo lugar, incluso si el consentimiento se expresa libremente, no es contradictorio "decir que un gobierno plantea el consentimiento y sin embargo es ilegítimo"⁵³, basado en el principio de que no todas las cosas generalmente aprobadas son justas. De lo contrario, el riesgo sería acreditar como "legítimo" cualquier gobierno que plantea el consenso, incluso si fuera despótico.

⁵¹ Ver L. FERRAJOLI, "Giurisdizione e consenso", *Questione Giustizia*, cit., p. 17.

⁵² Legitimidad en el sentido propio se debe entender como la situación real de la aceptación del poder (o consentimiento), empíricamente detectable, ver S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., pp. 76-79.

⁵³ *Ibid.*, p. 76.

Dejando de lado la dificultad de verificar la autenticidad del consentimiento, nos atendremos aquí a verificar la legitimidad sustancial de los gobiernos de las legislaturas XII, XIV y XVI en la base del principio del Estado de Derecho. La cuestión más relevante es, por supuesto, la de las leyes *ad personam* o *contra personam*⁵⁴. En principio, la mayoría de gobierno, ya que ha recibido su legitimidad a través del voto electoral otorgado por los ciudadanos, puede cambiar a su discreción los límites de la legalidad por medio de las leyes, siempre que no entren en conflicto con la Constitución. El problema se produce cuando las leyes aprobadas por la mayoría carecen de los requisitos de generalidad y abstracción, fundamentales en el Estado de Derecho, en particular para garantizar el principio de seguridad jurídica. La culminación del contraste es cuando la intervención legislativa tiene como objetivo cambiar la suerte del caso de un solo acusado (que es el presidente del ejecutivo y el representante de la coalición que tiene mayoría en el Parlamento), en una fase en la que no sólo los hechos considerados delictivos por los investigadores ya han ocurrido, sino también los procesos están ya en marcha y a menudo se encuentran en una etapa avanzada. Claramente, dentro del Estado de Derecho, un líder po-

⁵⁴ Entre otras disposiciones *ad personam*, podemos incluir: el Decreto Biondi de 13 de julio 1994 (aunque en vigor durante sólo siete días); la l. núm. 367 de 2001 sobre los exhortos internacionales; el d.l. núm. 61/2002 (reforma del derecho social); la l. núm. 248/2002 (ley Cirami sobre la sospecha razonable), la l. núm. 140/2003 (“laudo Schifani”), el d.l. núm. 352/2003 (así llamado Decreto de ahorro de la Red), la l. núm. 112/2004 (ley Gasparri), la l. núm. 251/2005 (ley *ex Cirielli*), la l. núm. 46/2006 (ley Pecorella), la l. núm.124/2008 (“laudo Alfano”) y la l. núm. 51/2010 sobre el impedimento legítimo. Por otro lado, como ejemplo significativo de leyes *contra personam* baste mencionar las tres leyes preparadas por el segundo gobierno Berlusconi para prorrogar hasta el agosto de 2005 en el cargo de procurador nacional antimafia a Pierluigi Vigna y excluir así a Gian Carlo Caselli de la competición por el liderazgo de la Dirección Nacional Antimafia (Dna). Se trata, en primer lugar, de la combinación de las disposiciones del artículo. 2, co. 10 del proyecto de ley S.1296-B de la legislatura XIV (la versión anterior de la Reforma Castelli, luego regresada a la Cámara por el Presidente de la República) con el arte. 2, co. 1, letra. h), núm. 17 de la Ley delegada por la Cortes núm. 150/2005 (denominada Reforma Castelli); en segundo lugar, del art. 2 del decreto-ley de 30 de diciembre 2004, núm. 314 (denominado decreto “mil prórrogas”); y, por último, la enmienda de Luigi Bobbio, senador de Alianza Nacional, a la Reforma Castelli, aprobada por el Parlamento al art. 2, co. 45, actuando en conjunción con el art. 2, co. 10, y más tarde declarada ilegal por la sentencia del Tribunal Constitucional no. 245/2007; ver, entre otros, L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi: la crisi della democrazia italiana*, Laterza, Roma-Bari, 2011; M. AINIS, *L’assedio: la Costituzione e i suoi nemici*, Milano, Longanesi, 2011; M. TRAVAGLIO, *Ad personam: 1994-2010, così destra e sinistra hanno privatizzato la democrazia*, Chiarelettere, Milano, 2010, pp. 265-271; y también “Bobbio (An) presenta l’emendamento anti-Caselli”, *Corriere della Sera*, 11 de marzo 2005, p. 10.

lítico no debe usar su legitimidad representativa electoral para cambiar la ley en relación con los procesos actuales que le afecten de manera directa: aunque si hay realmente un ensañamiento judicial, se defenderá *en el* proceso, y no *del* proceso, precisamente para disipar toda duda sobre su honestidad de la forma más rápida posible y así fortalecer aún más su legitimidad entre los ciudadanos. En la base de lo anterior se comparte la evaluación negativa de las leyes *ad y contra personam*: su promulgación es una conducta “inaceptable”⁵⁵; si algo se niega decididamente todas las matices aunque incidentalmente absolutorias que transforman estas decisiones unilaterales en los intentos de “interpretar la necesidad del país, una necesidad política”⁵⁶.

Específicamente en relación con el contenido de algunas leyes *ad personam*⁵⁷, cabe señalar que el intento de la política de introducir inmunidades omnicomprensivas, incluso por medio de las leyes ordinarias, plantea problemas ya en su legitimidad teórica. Como afirma Palazzo, de hecho, la idea de “que el apoyo popular disfrutado por los representantes parlamentarios (y quizás aún más por el Presidente del Consejo de Ministros en la ambigüedad de la actual disciplina electoral italiana) cubra el poder político con una especie de intangibilidad del enjuiciamiento, si se entiende en este sentido extremadamente unilateral, es simplemente subversiva”⁵⁸. La elección de nuestra Constitución de excluir un principio general de irresponsabilidad incondicional (incluso penal) por el poder político se confirma en la especialidad del sistema de inmunidad funcional. Volviendo, pues, a los crímenes extra-funcionales, un principio de enjuiciamiento general de todos los actores políticos se puede deducir tanto de la falta de legislación sobre las infracciones extra-funcionales del Presidente de la República, de los Ministros y del Presidente del Consejo, como de la presión popular para abolir la autorización para procesar a los parlamentarios en 1993. En la misma línea el presidente de la ANM, Sabelli, ha contestado a la defini-

⁵⁵ L. VIOLANTE, *Magistrati*, Einaudi, Torino, 2009, pp. 118-119.

⁵⁶ *Ibidem*. Violante, sin embargo, va más allá, moviéndose hacia un justificacionismo peligroso: “Sin duda, es un sistema que niega la mediación y el pluralismo; pero ¿si era la única respuesta formulada hasta el momento por una pregunta popular cansada de la ineficiencia del viejo sistema de partidos?”.

⁵⁷ Se hace referencia, en particular al Laudo Lodo Schifani y al Laudo Alfano, ver, entre otros, A. PUGIOTTO, “Sull’immunità delle ‘alte cariche’ una sentenza di ‘mezzi silenzi’”, *Diritto&Giustizia*, núm. 5, 2004, pp. 10-14; G. GIOSTRA, “Il crepuscolo dello Stato di diritto”, en AA.VV., *Criminalia 2009*, cit., pp. 113-126; y A. PACE, “‘Cinque pezzi facili’: l’incostituzionalità della legge Alfano”, *Questione giustizia*, núm. 4, 2008, pp. 7-18.

⁵⁸ F. PALAZZO, “Principi e realtà del rapporto tra giustizia e politica”, en AA.VV., *Criminalia 2009*, cit., p. 31.

ción del poder de la magistratura como un “régimen” dada por “il Cavaliere” durante el mitin del 4 de agosto de 2013⁵⁹, diciendo que “es propio de los regímenes afirmar que el consenso popular cree áreas de intangibilidad”⁶⁰. La afirmación de que hay áreas de impunidad política en el Estado debe ser rechazada porque transformaría la democracia constitucional en lo que puede llamarse un “absolutismo democrático”⁶¹, en el que la voluntad de la mayoría tiene prioridad sobre las constituciones.

5. CONCLUSIONES

A partir de lo anterior, proceden dos consideraciones sobre la función institucional y, por lo tanto, sobre la legitimidad de la magistratura. En primer lugar, la imagen revivida por Violante basándose en el filósofo del siglo XVI Francis Bacon, de que “los jueces deben ser leones, pero leones bajo el trono”⁶², es engañosa, y por lo tanto debe ser revisada. No es casualidad que la representación del poder político como un “trono” y los jueces como “leones” que lo custodiaban se ha desarrollado bajo la monarquía y más precisamente en la época isabelina: es, de hecho, una imagen no sólo pre-constitucional, sino incluso pre-republicana. Por el contrario, en nuestra Constitución, tanto el principio de la administración de la justicia “en el nombre de la nación” (art. 101, Párrafo 1 de la Constitución) como el principio de la indepen-

⁵⁹ Durante el mitin en Via del Plebiscito en Roma el 4 de agosto 2013, el Cavaliere dijo: “(...) la presencia de Silvio Berlusconi, del Pueblo de la Libertad, de Forza Italia es un baluarte contra el régimen, es el único baluarte que tenemos contra un régimen illiberal y justicialista. Y entonces no podemos aceptar que nos dicen que no podemos criticar a una sentencia, criticar a una magistratura que no es un poder del Estado -los poderes del Estados son los que derivan de las elecciones por los ciudadanos-, una magistratura que es un orden del Estado, compuesto por empleados del gobierno que han hecho una tarea sencilla al ganar un concurso y que ahora son libres, y más que libres, independientes, irresponsables, no son objeto de ningún tipo de control y someten a los otros poderes del Estado, el poder ejecutivo y el poder legislativo. Esta es una condición que se encuentra sólo en los regímenes”, ver “Berlusconi: ‘Il governo vada avanti’. L’ex premier attacca la magistratura: ‘È un regime’. Pd: solita doppiezza”, *la Repubblica*, 5 de agosto 2013, p. 1 y siguientes.

⁶⁰ A. CUSTODERO, “Sabelli, Anm: ‘L’ex premier sproloquia, la magistratura non è un regime””, *la Repubblica*, 5 de agosto 2013, p. 9.

⁶¹ Ver J.L. TALMON, *Le origini della democrazia totalitaria*, nueva ed., Il Mulino, Bologna 2000 [1952]; A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo: lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, coordinados por A. Barbera y G. Zanetti, Laterza, Roma-Bari, 2012 [1996]; R. DWORKIN, *La democrazia possibile: principi per un nuovo dibattito politico*, Feltrinelli, Milano, 2007; y L. VIOLANTE, *Magistrati*, cit., p. 118.

⁶² *Ibid.*, p. 3.

dencia judicial respecto “de cualquier otro poder” (art. 104, Párrafo 1 de la Constitución) atestiguan en contra del argumento que los tribunales deben garantizar el poder político. En realidad, su trabajo consiste en garantizar los derechos de los ciudadanos frente a los delitos cometidos por cualquier persona, incluso por el poder político, respetando el principio de la sujeción a la ley ex art. 101, Párrafo 2 de la Constitución. Por lo tanto, si se quiere volver a configurar la imagen, adaptándola a la Constitución, se debe poner en el trono al ciudadano que es el verdadero corazón de nuestra República democrática. Así, cabe distinguir –siempre metafóricamente– entre dos especies de animales que se encuentran en la base del trono: los leones y los linces. Los leones (los magistrados) están vinculados por las cadenas de la ley y permanecen cerca del trono en la defensa del ciudadano; los linces (los políticos) tienen una mayor libertad de movimiento, pero todavía tienen que volver al trono, e informar periódicamente sobre su actividad al ciudadano.

En segundo lugar, cabe plantear dudas acerca de los intentos de aumentar la legitimidad del poder judicial mediante la introducción de los magistrados electivos: tanto si la elección está reservada sólo a los fiscales o a los jueces, como en el caso que involucra a ambas categorías. Esta posición fue defendida entre los primeros en Italia por Carlo Guarnieri⁶³, de inspiración explícita de la obra de Martin Shapiro⁶⁴. Guarnieri ha analizado los efectos de la naturaleza política de la actividad judicial en todo el sistema judicial: en primer lugar, las sospechas de parcialidad e intereses externos que las partes puedan tener contra el juez; en segundo lugar, como consecuencia del primer efecto, la disminución del consentimiento (*rectius*, la confianza) de las partes; por último, frente a la actividad creadora del juez (discrecionalidad que se traduciría en actividad legislativa), esto podría significar una disminución en la previsibilidad de las decisiones. Para legitimar la politización inherente a la actividad judicial, además de tuntas para reducir el nivel de la misma naturaleza política, Guarnieri plantea la hipótesis de “legitimar democráticamente al juez por lo que es directamente responsable ante la comunidad”⁶⁵, como sucede en los países anglosajones, y especialmente en los Estados Unidos. En esencia, se trata de seguir el camino de la elección popular directa, como es el caso de los jueces en muchos estados norteamericanos, o el camino de la designación de parte de los órganos electos (como

⁶³ Ver C. GUARNIERI, *L'indipendenza della magistratura*, CEDAM, Padova, 1981, pp. 53-67.

⁶⁴ Ver principalmente M. SHAPIRO, *Law and politics in the Supreme court: new approaches to political jurisprudence*, The Free press, Londres, 1964; ver también ID., *The Supreme court and administrative agencies*, The Free press: New York, Collier-Macmillan: Londres, 1968.

⁶⁵ C. GUARNIERI, *L'indipendenza della magistratura*, cit., p. 57.

el Presidente y el Senado), como en el caso de los tribunales estadounidenses a nivel federal. Como primera excepción, hay que señalar que elegir los jueces es un principio no sólo ajeno al sistema de nuestra Constitución, sino en general a la cultura jurídica de los países europeos de *civil law*, fuertemente influenciados por el “modelo burocrático francés”. Por lo tanto, la introducción de este principio en Italia podría causar una reversión cultural, lo que obligaría a reescribir otras partes de la Constitución en función de contrapeso a la nueva potencia del poder judicial, que sería dotado de legitimación electoral-representativa y, por lo tanto, sería potencialmente más propensos expandirse. Pero también hay una segunda objeción, menos inmediata, que surge de la reflexión sobre la compatibilidad con las fuentes actuales de legitimidad de la magistratura. Como ha destacado Ferrajoli⁶⁶, el carácter electivo de los jueces entraría en conflicto con la primera de las dos fuentes de legitimidad de la función jurisdiccional, es decir, el carácter cognitivo de la jurisdicción. La imparcialidad, la tercieidad y la independencia necesaria por los jueces en la determinación de la verdad parecen, de hecho, tan irreconciliables con su elección popular directa, como *-a fortiori-* con su nombramiento por parte de cualquier órgano político.

En cuanto al lado de la legitimidad del poder político, tenemos que preguntarnos primero una cuestión teórica: ¿cuántos actos no conformes con el ordenamiento jurídico existente puede cumplir un gobierno en el ejercicio del poder, antes de perder su legitimidad no sólo del lado formal (en el sentido de conformidad a la Constitución), sino también en cuanto a su legalidad substancial, es decir, como una opción para el Estado de Derecho?

A este propósito, es útil incluir un resumen de las acciones más controvertidas que han tenido lugar en los últimos veinte años. En primer lugar, durante las legislaturas XII, XIV y XVI se promulgaron numerosas leyes *ad personam* y *contra personam* (en parte todavía en vigor), careciendo de los requisitos de generalidad y abstracción, que en muchos casos han beneficiado directamente a algunos políticos; en segundo lugar, se propusieron reformas regresivas sobre el ordenamiento judicial, que habrían llevado al poder judicial en una condición previa a la aprobación de la Constitución en materia de garantías (en particular para la independencia externa), violando el principio de separación de poderes; en tercer lugar, tanto con la promulgación de algunas leyes (por ejemplo, la Ley núm. 367 de 2001 sobre las comisiones rogatorias internacionales y el Decreto Legislativo núm. 61/2002 que despenalizó la falsedad en documentos contables), como con la falta de emisión de la ley contra la corrupción (responsabilidad compartida

⁶⁶ Ver L. FERRAJOLI, “Giurisdizione e consenso”, *Questione Giustizia*, cit., p. 13.

con el centro-izquierda) los ejecutivos no han puesto a la magistratura en las condiciones objetivas para enjuiciar los actos de corrupción cometidos en particular por los funcionarios públicos, postergando más allá de toda sensatez la aplicación del Convenio Civil sobre la Corrupción de Estrasburgo del 4 de noviembre 1999. Por lo tanto, se puede poner por el gobierno una cuestión de legitimidad sustancial, si se identifica en los principios del Estado de Derecho; sin embargo, no se puede decir lo mismo para el régimen. Siguiendo Castignone, en efecto, sabemos que “el ejercicio ilegal del poder se refleja a nivel del régimen sólo en el extremo caso en el que el mismo régimen ha perdido por completo cualquier capacidad de reacción, es decir, en la práctica, está a punto de ser reemplazado con otro régimen basado en un principio diferente de legitimidad”⁶⁷. Durante el período mencionado, sin embargo, hubo estas reacciones por parte del régimen –aunque débiles y, a menudo, *in extremis*– que han impedido de hecho el cambio completo de las “reglas del juego” político, gracias a la intervención, que apareció a menudo aislada, de órganos como el Presidente de la República y, sobre todo, el Tribunal Constitucional.

El resultado, por lo tanto, es una segunda cuestión: es decir, uno puede preguntarse si durante las legislaturas XII, XIV y XVI, se estaba preparando un nuevo principio legitimador basado en valores diferentes o incluso en conflicto con el Estado de Derecho, tanto en el ámbito de la cultura de masas como, sobre todo, a nivel de algunos centros de poder. Como señala Calise en las conclusiones en parte modificadas de su exitoso libro *Il partito personale*⁶⁸, los asuntos políticos italianos (o, en general, occidentales) sugieren que se ha agrietado la versión de Weber, simplificada por los Estados Unidos y después relanzada por Europa, que coloca en el centro del mundo contemporáneo la racionalidad burocrática, dando casi por sentada la amplia legitimación del poder legal-racional entre la población. Este trauma –en primer lugar epistemológico y cultural– ha obligado a Occidente a una lectura más cuidadosa de las tesis del sociólogo alemán; así, parecía que “la tipología de Weber, más que a un modelo evolucionista, se presta para dar cuenta de las muchas resistencias y continuidades que otras formas de poder presenten en la realidad cotidiana”⁶⁹.

⁶⁷ S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., p. 69.

⁶⁸ Ver M. CALISE, *Il partito personale: i due corpi del leader*, nueva ed. ampliada, Laterza, Roma-Bari, 2010 [2000], pp. 149-155; L. FERRAJOLI, *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*, cit., tomo II, parte IV; M. CILIBERTO, *La democrazia dispotica*, Laterza, Roma-Bari, 2011; M. PROSPERO, *Il partito politico: teorie e modelli*, Carocci, Roma, 2012; M. REVELLI, *Finale di partito*, Einaudi, Torino, 2013.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 152.

Por otra parte, el autor de *Economía y Sociedad* había explícitamente advertido a la posteridad de la tentación de considerar el poder tradicional y el poder carismático como formas históricamente superadas y neutralizadas por la fusión en la impersonalidad del comando de la racionalidad burocrática. Según Weber, en realidad, “el poder carismático simplemente no existe en las primeras etapas de desarrollo; y por lo tanto los tres tipos básicos de la estructura de poder no pueden ser colocados uno detrás del otro en una línea de desarrollo, sino que tienen lugar combinados entre sí de varias maneras”⁷⁰. Este parece ser el caso de las legislaturas XII, XIV y XVI, en las que las estructuras del estado de derecho coexistieron con algunos rasgos del poder carismático.⁷¹

A veces se puede ver un alto nivel de confrontación entre el dominio carismático y las estructuras, aunque debilitadas y poco reactivas, del Estado de Derecho en el que se desarrolló. La razón, como explica Weber, es que el poder carismático en su forma genuina es estructuralmente opuesto tanto al poder tradicional, puesto que su carácter “extraordinario” representa siempre una discontinuidad o una novedad con respecto al pasado, como al poder racional, ya que es un poder específicamente irracional y fideísta. Sin embargo, la verdadera relación problemática se produce con el poder legal-racional, ya que “el carisma sólo conoce determinaciones internas y límites extraídos de sí mismo”⁷², y es por lo tanto intolerante a los principios y normas abstractas, así como a la producción “racional” del derecho. Por lo tanto, hay una tensión constante entre el poder carismático del demagogo oligárquico, que presiona a través de la exasperación de la democracia plebiscitaria⁷³ hacia formas distintamente autoritarias, y el modelo racional-legal

⁷⁰ M. WEBER, *Economia e società*, cit., tomo IV, p. 242.

⁷¹ Entre las características del poder carismático que se pueden encontrar en las legislaturas mencionadas, hay, por ejemplo, el reconocimiento de los dominados, el don de la gracia (tanto de origen divino como en términos de superioridad secular), así como la esencia de el partido como una comunidad de carácter emocional.

⁷² *Ibid.*, p. 219.

⁷³ Por “democracia plebiscitaria”, Weber entiende “una especie de dominación carismática que se oculta bajo la forma de una legitimidad derivada de la voluntad de los dominados y que sólo persiste en virtud de ella. El líder (demagogo) domina efectivamente en virtud de la independencia y de la confianza de sus partidarios políticos con respecto a su persona en tanto tal –en primer lugar los que se identifican como sus seguidores y luego, en caso de que le den el poder, el grupo social”, en *ivi*, tomo I, p. 265. Cabe señalar, también, que Weber pone al poder plebiscitario entre los tipos de transición del carisma en dirección extra-autoritaria, indicando como su tipo principal la “partitocracia” del estado moderno, ver *ivi*, p. 264. Para una reanudación más reciente del tema, ver N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit.; G. ZAGREBELSKY, *Contro la dittatura del presente: perché è necessario un discorso sui fini*, Laterza, Roma-Bari, 2014; y N. URBINATI, *Democrazia sfigurata: il popolo fra opinione e verità*, Università Bocconi, Milano, 2014.

del Estado de Derecho. Un cierto porcentaje de demagogia es inherente al proceso de democratización, puesto que “las masas ya no pueden ser tratadas como un objeto puramente pasivo de administración”⁷⁴, sino que tienen que ser convencidas por medios demagógicos, lo que obliga a la democracia de masas a hacer grandes concesiones al principio cesarista de selección de líderes; al mismo tiempo, sin embargo, el mayor peligro de la democracia de masas para el Estado consiste precisamente “en la posibilidad de una fuerte preponderancia de elementos emocionales en la política”⁷⁵. Debido a la prevalencia temporal de este tipo de elementos emocionales, el modelo racional-legal del Estado de Derecho puede ser debilitado tanto en términos de producción *legislativa*, como a nivel *cultural* y, por último, en el plano *institucional*. En lo que respecta en particular al primero de estos planes, ya hemos analizado el *vulnus* creado por la legislación *sibi et suis*, sobre todo cuando las leyes *ad personam* han intervenido sobre la configuración de las disposiciones constitucionales (por ejemplo, relativas a la inmunidad).

Por tanto, debemos preguntar lo que ha impedido al poder carismático de convertirse en permanente sentido autoritario durante las legislaturas XII, XIV y XVI. Según Weber, en una democracia de masas habría dos obstáculos importantes para una expansión incontrolada de la forma cesarística: por un lado, la organización de los partidos y, por otro lado, la existencia del Parlamento. La organización sólida de los partidos, de hecho, “todavía ofrece una fuerte garantía de que estos hombres de confianza de las masas se someten a estrictas reformas legales de la vida del Estado, y que no son elegidos de manera puramente emocional, es decir que se basa únicamente en calidades ‘demagógicas’ –en el sentido peyorativo de la palabra”⁷⁶. En cuanto al segundo freno, Weber se refiere al ejemplo del primer ministro británico durante la guerra, para afirmar que el Parlamento “garante en Inglaterra la estabilidad y el control de su posición de poder, el mantenimiento de las garantías legales civiles frente a él, una forma ordenada de prueba política de los políticos que trabajan para lograr la confianza de las masas, en el contexto de la labor parlamentaria, y por último una forma pacífica de eliminación del dictador cesarista, cuando perdió la confianza de las masas”⁷⁷. Pero ¿cuáles son los frenos al cesarismo donde, como en la Italia contemporánea, existe una grave crisis de los partidos políticos y el Parlamento es una institución débil y poco eficiente, que

⁷⁴ M. WEBER, *Economia e società*, cit., tomo IV, p. 544.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 554. Ver M. PROSPERO, *La costituzione tra populismo e leaderismo*, Angeli, Milano, 2007; y N. TRANFAGLIA, *Populismo: un carattere originale nella storia d'Italia*, Castelvecchi, Roma, 2014.

⁷⁶ *Ibid.*, pp. 553-554.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 546.

no goza de la confianza de la opinión pública? En Italia, dado el nivel patológico de asociacionismo y la corrupción de la clase política⁷⁸ (tanto en los partidos como entre los elegidos para el Parlamento), la delicada función de garantizar el equilibrio institucional se ha delegado casi en su totalidad en dos órganos constitucionales: el Jefe de Estado y, sobre todo, la Corte Constitucional. Se puede concluir, por tanto, que el principal obstáculo para la transformación del poder carismático de una manera más autoritaria notablemente durante las legislaturas XII, XIV y XVI consistió en la presencia de una constitución rígida y de los órganos constitucionales que ella prevé (el Jefe del Estado y la Corte Constitucional), colocado en el contexto político más amplio de la Unión Europea⁷⁹, más fuerte desde la firma del Tratado de Maastricht en 1992.

MATTEO ZATTONI
CIRSFID
Università di Bologna
Via Galliera, 3
40121 Bologna (Italia)
matteo.zattoni@unibo.it

⁷⁸ Además del estudio clásico de E.C. BANFIELD, *Le basi morali di una società arretrata*, il Mulino, Bologna, 2012 [ed. orig. *The Moral Basis of a Backward Society*, The Free Press, Glencoe, Ill., 1958], véase D. DELLA PORTA, *Lo scambio occulto: casi di corruzione politica in Italia*, il Mulino, Bologna, 1992; D. PIERCAMILLO, M. GRAZIA, *La corruzione in Italia: percezione sociale e controllo penale*, prefacio di V. Grevi, Laterza, Roma, 2008; D. PIERCAMILLO [et al.], *Corruzione e illegalità nella pubblica amministrazione: evoluzioni criminologiche, problemi applicativi e istanze di riforma*, editado por L. Giordano y R. Piccirillo, Aracne, Roma, 2012; y por último el EU Anti-Corruption report 2014 - *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione - Allegato sull'Italia*, consultable en la página: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_italy_chapter_it.pdf.

⁷⁹ De hecho, en términos de los documentos formales, la Unión Europea habría podido tener, sin duda, mayor incidencia en el caso de Berlusconi. Entre los pocos actos que han tenido lugar durante las legislaturas XII, XIV y XVI se encuentra la Recomendación CM / Rec (2010) 12 del Consejo de Ministros sobre los jueces: independencia, eficacia y responsabilidad (adoptada por el Consejo de Ministros el 17 de noviembre de 2010) que, sin embargo, no se dirige directamente a Italia, sino a todos los estados miembros. El capítulo II ("Independencia externa") núm. 18, prescribe: "Si comentan sobre las decisiones de los jueces, el ejecutivo y el legislativo deben evitar cualquier crítica que pudiera comprometer la independencia del poder judicial y socavar la confianza pública en el mismo. También deben abstenerse de cualquier acción que pueda poner en duda su voluntad de respetar las decisiones de los jueces, diferentes de expresar su intención de interponer recurso de casación". El texto completo de la Recomendación está disponible en la web oficial del Consejo de Europa, en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1707829&Site=CM>.

LA PAZ Y EL PACIFISMO EN LA OBRA DE JOHN RAWLS

PEACE AND PACIFISM IN THE WORK OF JOHN RAWLS

JOSÉ MARÍA GARRÁN MARTÍNEZ
Universidad de Salamanca

Fecha de recepción: 3-2-15

Fecha de aceptación: 24-6-15

Resumen: *El objetivo de este artículo es analizar las reflexiones realizadas por John Rawls en torno a dos cuestiones que, a pesar de haber sido abordadas de forma breve por este influyente filósofo, son muy sugerentes. Me refiero, en primer lugar, a dos concepciones de la paz aludidas por Rawls, la llamada "paz justa" y la "paz democrática" y, en segundo lugar, al posicionamiento crítico que mantuvo frente a lo que denominó el "pacifismo general".*

Abstract: *The objective of this paper is to analyze the reflections made by John Rawls on two issues which, despite having been addressed briefly by this influential philosopher, are very suggestive. I mean, first, the two conceptions of peace mentioned by Rawls, called "just peace" and "democratic peace" and, second, the critical position that he maintained against what he called "general pacifism".*

Palabras clave: paz justa, paz democrática, pacifismo.

Keywords: just peace, democratic peace, pacifism.

1. LA CONCEPCIÓN RAWLSIANA DE LA PAZ

Las principales alusiones realizadas por Rawls en torno a las concepciones de la paz y al pacifismo se encuentran en su influyente libro *A Theory of Justice*, publicado en 1971, y en *The Law of Peoples*, del año 1999¹. Los análisis

¹ Cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Original edition, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971 (imp.2005), (todas las citas de *A Theory of Justice* se harán por esta edición) y *The Law of Peoples. With "The Idea of Public Reason Revisited"*, Cambridge,

contenidos en ambos trabajos sobre estas materias son más bien escasos y, salvo el capítulo dedicado a la “paz democrática” ubicado dentro del último de los libros mencionados, los comentarios en torno a la paz y al pacifismo se encuentran dispersos en distintos epígrafes. De hecho, sólo se relacionan de forma colateral con otros asuntos abordados de manera mucho más profunda por nuestro autor. Es de sobra conocido, además, que Rawls no elaboró ninguna monografía acerca de la guerra y de la paz, sin embargo, sus juicios sobre ambas cuestiones resultan ser muy estimulantes y nos permiten profundizar, no sólo en el conocimiento y en la comprensión de la teoría de la justicia rawlsiana, en general, sino también en su doctrina de la “guerra justa”, en particular².

Mass., Harvard University Press, 1999. El escrito “The Idea of Public Reason Revisited” había sido publicado dos años antes, pero al entender Rawls que la idea de razón pública era “parte integral” de su concepción del derecho de los pueblos, decidió unir ambos trabajos porque constituían, según él, “la culminación de sus reflexiones acerca de cómo los ciudadanos razonables y los pueblos puedan convivir pacíficamente en un mundo justo”, cfr., p. vi. Cuenta Rawls que su interés por esta materia había surgido en la década de los ochenta, pero que no había escrito nada al respecto hasta 1993, año en el que redactó una de las conferencias de la cátedra Oxford Amnesty, posteriormente publicada en forma de artículo titulado “The Law of Peoples”, *Critical Inquiry*, num. 20, 1993, pp. 37-68. No contento del todo con el resultado del este escrito, decidió ampliarlo y corregirlo utilizando las conclusiones de tres seminarios impartidos durante el año 1995. Cuatro años después, en 1999, publicaba una monografía con el mismo título del artículo previo: *The Law of Peoples*.

Salvo que se indique lo contrario, cada vez que hablemos de *The Law of Peoples* nos referiremos al libro y no al artículo.

También existen breves comentarios relativos a estas cuestiones en otras obras del autor, pero suelen ser redundantes y no aportan nada nuevo a lo expuesto en los trabajos antes mencionados. Puede verse, por ejemplo “Fifty Years after Hiroshima” en J. RAWLS, *Collected Papers*, Edited by Samuel Freeman, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1999. Este escrito fue publicado originalmente en la revista *Dissent*, en verano de 1995, págs. 323-327.

² Sobre ésta última, pueden consultarse, entre otros, D.A. DOMBROWSKI, “Rawls and War” *International Journal of Applied Philosophy*, vol 16, 2002; M. A. RODILLA GONZÁLEZ, Cfr. “Epílogo: Doce años más”, en Ch. KUKATHAS y Ph. PETTIT, *La Teoría de la Justicia de John Rawls y sus críticos*, traducción y epílogo de Miguel Ángel Rodilla, Madrid, Tecnos, 2004; RIFD, num. 4 *Omaggio a John Rawls (1921-2002)*. Giustizia. Diritto. Ordine internazionale, a cura di Antonio Punzi, Milano, Giuffrè, 2004, (en particular la última sección titulada Globalizzazione. Diritto dei popoli. Ordine internazionale); S. FREEMAN, *Rawls*, London and New York, Routledge, 2007; P. Graham, *Rawls*, Oxford, One World Thinkers, 2007; A. FIALA, *The Just War Myth. The Moral Illusions of War*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2008; J. M. GARRÁN MARTÍNEZ, “La doctrina de la “guerra justa” en el pensamiento de John Rawls”, *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, num. 59, Madrid, Dykinson, 2013.

A modo simplemente introductorio, habría que destacar que Rawls no se detuvo a elaborar un concepto pormenorizado de la paz. Más bien lo que desarrolla en sus escritos, y sólo en cierta medida, son concepciones de la misma³. Lo hace a través de alusiones realizadas, por lo general, desde una perspectiva que puede calificarse de objetiva, en el sentido de que concibe la paz, no sólo como un valor que forma parte integrante de los ordenamientos jurídicos de las principales instituciones internacionales, sino como un estado ideal que debe servir para informar el modelo liberal de relaciones entre los pueblos y los Estados. Ahora bien, Rawls también se refiere, aunque de un modo más indirecto, a la idea de la paz desde una perspectiva de carácter subjetivo, cuando alude a la misma considerándola una virtud practicada individual o colectivamente, entendida entonces como un hábito de obrar característico de quienes calificamos de “pacifistas”.

Por último, y antes de iniciar el análisis de las concepciones de la paz, también habría que recordar algo que es muy conocido por los lectores de Rawls: la clara influencia de la filosofía kantiana. La presencia de Kant se percibe de forma particularmente directa en el tratamiento que hace Rawls de la paz, tras reconocer la importancia que tuvo el famoso opúsculo kantiano *Sobre la paz perpetua*⁴ para la elaboración de su propia concepción sobre el derecho de los pueblos. El breve texto kantiano, escrito en 1795, y en un contexto histórico muy diferente, contiene importantes reflexiones y propuestas que Rawls utiliza para construir su propia filosofía política⁵. Insiste nuestro autor, por ejemplo, en la conocida idea de Kant de que “la omisión de hostilidades no es todavía garantía de paz” y de que, por tanto, el estado de paz “debe ser instaurado”, pues, lo que es natural entre los seres humanos es el

³ Sigo aquí la distinción entre concepto y concepciones que Rawls expone al inicio de *A Theory of Justice*, en sus páginas 5 y 6 que, a su vez nos remite al libro de HART, *The Concept of Law*, Oxford, The Clarendon Press, 1961, páginas 155 a 159, y aunque en ambos escritos se hace referencia a la justicia, creo que esa distinción también puede ser aplicable a la idea de paz, lo que nos permitiría hablar de un concepto de paz y de diversas concepciones de la paz. Así, el concepto podría ser definido como la idea abstracta y general, vaga, intuitiva sobre la paz; mientras que las concepciones de la misma serían las distintas interpretaciones, o concreciones, que hacemos de la idea genérica utilizando diferentes enfoques, conexiones, etc.

⁴ Cfr., I. Kant, *Sobre la paz perpetua*, traducción de Joaquín Abellán, Madrid, Alianza Editorial, 2ª reimpresión, 2006.

⁵ Las conocidas diferencias entre Kant y Rawls en lo referente al tratamiento de la paz han sido recordadas, entre otros, por J. Ballesteros, en “El conflicto entre pueblos satisfechos y Estados criminales. Una lectura crítica de *The Law of Peoples*”, *RIFD*, num. 4 *Omaggio a John Rawls (1921-2002)*. ...op.cit., pp. 473 y ss.

estado de guerra⁶. Tal situación exigirá, según el planteamiento general que Rawls desarrollará en sus trabajos, el establecimiento, o la consolidación, de instituciones que armonicen el orden político, económico, cultural, etc, con el objetivo de orientar las relaciones entre los pueblos hacia la consecución de un estado ideal de paz.

Si se acepta la definición kantiana, según la cual la paz es algo más que la ausencia de guerra, no bastará con referirse a la paz de forma negativa, diciendo lo que no es, sino que será necesario precisar qué modelo de paz se propone y cuáles deberían ser los principios y medios para su paulatina realización, aunque ésta no pueda ser plena o perpetua. En sus reflexiones sobre este tema Rawls recurre a varios adjetivos aplicables al sustantivo paz, fundamentalmente, los dos calificativos más utilizados por él son: el de “justa”, al que a veces acompaña también con “duradera”, y el de “democrática”.

1.1. La “paz justa”

Una de las primeras apreciaciones que se podrían hacer al acercarse al estudio del tratamiento dispensado por Rawls de esta primera concepción de la paz es que la llamada “paz justa” no fue abordada por nuestro autor con la misma profundidad con la que construyó muchos otros conceptos básicos de su filosofía política, como hizo, por ejemplo, con el de la “estabilidad” o con el de la “utopía realista”, por mencionar algunos relacionados con la cuestión que abordamos⁷. Esta situación nos obliga, en buena medida, a intentar sacar a la luz cuáles fueron las principales ideas que sirvieron de fundamento a la concepción de “paz justa” que utiliza Rawls, y ello, no hay otra alternativa posible, a partir de las escasas alusiones que hace a la misma.

La concepción rawlsiana de “paz justa” se asienta, al menos, en dos presupuestos. En primer lugar, las referencias a este modelo de paz siempre se enmarcan dentro de los principios y reglas que ordenan las relaciones que deben existir entre los pueblos bien ordenados, –entendiendo por tales los liberales y los decentes⁸–, y los que forman el conjunto de los “Estados fuera

⁶ Cfr. I. KANT, *Sobre la paz perpetua*, traducción ...op.cit., p. 51.

⁷ Cualquier lector de la obra de Rawls sabe que este filósofo utiliza un aparato conceptual amplio y complejo para el que, además, elabora una terminología específica. Es, por tanto, imprescindible manejar todas estas herramientas para comprender sus escritos.

⁸ Aunque hay otros lugares en los que Rawls enumera las características de las sociedades *decentes*, me remito a las siguientes notas expuestas por él en las observaciones finales contenidas en el capítulo 12 de su *The Law of Peoples*. Dice de ellas que no son agresivas y sólo

de la ley”, aquellos que se niegan a cumplir un razonable derecho de los pueblos. Lógicamente, Rawls alude a la “paz justa” en los supuestos de conflictos armados en los que los primeros, los pueblos bien ordenados, derrotan a los segundos. En segundo lugar, este paradigma de paz constituye la finalidad esencial de lo que debe entenderse por una “guerra justa”⁹.

Es preciso hacer aquí una breve aclaración sobre la perspectiva desde la que Rawls se refiere a la “paz justa”. La concepción rawlsiana de la misma no es idéntica a la adoptada por quienes, desde diferentes planteamientos doctrinales, defienden una concepción de “paz justa” como un ideal de convivencia fundamentado, no sólo en la ausencia de hostilidades y en el respeto de la soberanía de los pueblos, sino especialmente en un orden económico que vela por el cumplimiento de las exigencias derivadas de la justicia global para todos los pueblos. Como es de sobra conocido, esta idea también está presente en otros lugares de la obra rawlsiana, pero cuando nuestro autor utiliza la expresión “paz justa”, lo hace, como indiqué, desde otra perspectiva referida a cómo debería finalizarse un conflicto bélico entre pueblos bien ordenados y Estados que actúan al margen del derecho de los pueblos.

Otra de las ideas esenciales expuestas por Rawls sobre esta cuestión es la necesidad de que exista una cierta coherencia entre las exigencias derivadas del *ius ad bellum* y del *ius in bello* con las que son propias del *ius post bellum*, las tres piezas en las que, tradicionalmente, se ha dividido la doctrina de la “guerra justa” y que son, de nuevo, utilizadas y reinterpretadas por el filósofo estadounidense en su propuesta de derecho de los pueblos. Insiste Rawls en que tanto las causas que se aleguen para justificar el uso de la violencia como la manera de conducirse en el enfrentamiento armado, deben estar previamente reguladas, además, el cumplimiento o el incumplimiento de ambos requerimientos prefigurarán cómo será la paz entre los antiguos beligerantes. Este planteamiento coincide, en general, con lo defendido, en-

justifican su participación en una guerra cuando es por causa de la autodefensa; tienen una idea de justicia como bien común que asigna derechos humanos a todos sus miembros; su estructura básica incluye una jerarquía consultiva decente que protege éstos y otros derechos y asegura a todos los grupos que están representados por cuerpos electorales en un sistema consultivo. Cfr. J. RAWLS, *The Law of...cit.*, p. 88.

⁹ Al inicio de su exposición sobre los principios del derecho de los pueblos que restringen la conducta en la guerra, Rawls afirma que “el objetivo de una guerra justa librada por un pueblo bien ordenado es una paz justa y duradera entre los pueblos”. Cfr. *Ibid.*, p.94. Una idea que ya había sido expuesta años antes con las mismas palabras en *A Theory of Justice...cit.*, p. 379.

tre otros, por Michael Walzer y está relacionado con las últimas palabras de su famoso libro *Just and Unjust Wars*¹⁰. Allí manifiesta que es esencial ordenar todas las materias relativas a la argumentación moral en torno a la guerra con la clara pretensión de limitarlas al máximo, de esta manera, nos dice Walzer, se evitarán interpretaciones laxas que puedan servir de justificación a los contendientes para iniciar un conflicto armado o para conducirse en él sin demasiadas cortapisas, pues, “la restricción de la guerra es el principio de la paz”¹¹.

Siguiendo esta misma idea, Rawls reserva el uso de la expresión “paz justa” a los supuestos en los que la situación final de una contienda armada es el producto del cumplimiento estricto de las exigencias que se derivan de todos los principios del derecho de los pueblos¹². Una paz será “justa”, se podría deducir entonces, si es el resultado de una guerra que se libró para defendernos legítimamente de una agresión, o porque se produjo una grave violación de los derechos humanos que justificó la intervención de pueblos bien ordenados en ese conflicto¹³. Y, además, será una “paz justa” si se han cumplido los principios de restricción en la conducción de la guerra, principios que, aunque expuestos por Rawls en los epígrafes relativos al *ius in bello*, se entremezclan con otros que, a mi juicio, pertenecen más bien al contenido del *ius post bellum*¹⁴.

Aunque Rawls no es mucho más explícito, su concepción de “paz justa” se podría concretar aún más de acuerdo con las siguientes pautas que

¹⁰ Las coincidencias doctrinales entre Rawls y Walzer en el análisis de temas como el de la “emergencia suprema” o la posibilidad de justificar una guerra preventiva, han sido resaltadas por L. BACELLI, “Rawls e le sfide della globalizzazione”, *RIFD*, num. 4 *Omaggio a John Rawls (1921-2002)*...op.cit., pp. 465 y 466.

¹¹ Cfr., M. WALZER, *Just and Unjust Wars. A Moral Argument with Historical Illustrations*, Forth Edition, New York, Basic Books, 2006, p.335.

¹² Los ocho principios que constituyen la esencia del derecho de los pueblos son formulados de la siguiente manera: “1. Los pueblos son libres e independientes, y su libertad e independencia ha de ser respetada por otros pueblos. 2. Los pueblos han de observar sus tratados y compromisos. 3. Los pueblos son iguales y son partes de los acuerdos que los vinculan. 4. Los pueblos han de observar un deber de no-intervención. 5. Los pueblos tienen el derecho de autodefensa, pero no a instigar la guerra por otras razones que la autodefensa. 6. Los pueblos han de respetar los derechos humanos. 7. Los pueblos han de observar ciertas restricciones especificadas en la conducción de la guerra. 8. Los pueblos tienen el deber de ayudar a otros pueblos que viven en condiciones desfavorables que les impiden tener un régimen político y social decente”. Cfr. J. RAWLS, *The Law of ...cit.*, p. 37.

¹³ Cfr. *Ibid.*, pp. 89 y ss.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 94 y ss.

él menciona. En primer lugar, una vez finalizada la contienda, la sociedad enemiga vencida debe recibir “un régimen bien ordenado autónomo”, entendiendo por tal un sistema mínimo de instituciones y normas que eviten el caos y garanticen la convivencia. En segundo término, el pueblo vencido no debe ser sometido a ningún tipo de régimen de esclavitud o de servidumbre por quienes lo han derrotado. Por último, el pueblo vencido no debe ser víctima de revanchas. Estas prescripciones dirigidas a los vencedores tiene su razón de ser tanto en la idea de que los vencedores tienen deberes que cumplir con los vencidos una vez finalizada la contienda, –esto es fundamental, por ejemplo en relación con la gestión de la ocupación del territorio enemigo–; como en la idea de que “las gestiones para poner fin permanecen en la memoria histórica de las sociedades y pueden configurar el escenario de futuras guerras”¹⁵. Aunque Rawls no lo menciona expresamente, parece evidente que su planteamiento en este punto en particular está influido por las experiencias históricas acontecidas con el Japón imperial y con la Alemania nazi, no sólo durante, sino también al poner término a la Segunda Guerra Mundial. La preparación de la paz *durante* el conflicto es una idea esencial que también se percibe cuando Rawls afirma que “por difícil que pueda ser, el enemigo actual debe ser visto como un futuro socio en una paz justa y compartida”¹⁶. Propósito y deseo que puede ser aplicable a cualquier conflic-

¹⁵ Ibid., p. 96.

¹⁶ Ibid., pp. 100 y 101. Es, al menos llamativo, que buena parte de las alusiones a hechos históricos mencionados por Rawls en *The Law of Peoples* se refieran a episodios de la Segunda Guerra Mundial, conflicto relativamente lejano en el tiempo al del año de la publicación de esta obra, 1999. Tampoco hay en este libro comentarios, ni amplios ni profundos, sobre otros conflictos bélicos contemporáneos al mismo. Por otra parte, también puede parecer curioso que las escasas referencias a la guerra y a su problemática contenidas en *A Theory of Justice*, del año 1971, no toman como ejemplo de reflexión el análisis de los casos relativos a la Segunda Guerra Mundial, sino que lo que se expone en este escrito son determinadas ideas relativas a las controversias surgidas en la sociedad estadounidense en torno a la Guerra del Vietnam. El factor de proximidad temporal podría, pues, servir para explicar, y es completamente lógico, las referencias existentes en el capítulo 58 de *A Theory of Justice*, escrito publicado en pleno desarrollo de la Guerra del Vietnam, pero no sería válido para *The Law of Peoples* que no alude a conflictos cercanos a su tiempo. Es muy probable que la explicación haya que buscarla en la idea, bastante extendida entre los teóricos de la “guerra justa” de que el conflicto acontecido entre 1939 y 1945 constituye para ellos un paradigma de “guerra justa” y que, por esa razón, Rawls, que en buena medida desarrolla su doctrina al respecto en el marco de la “teoría no ideal” de su *The Law of Peoples*, acuda a los hechos y decisiones adoptados por las potencias aliadas en aquel conflicto mundial para ejemplificar y concretar sus criterios sobre cómo se debe actuar conforme a lo prescrito por su derecho de los pueblos. Como es sabido, eso no

to bélico, aunque, si repasamos la historia, no siempre se ha llevado a efecto, como indica el caso de las relaciones posteriores a la guerra entre los Estados Unidos de América y la actual República Socialista del Vietnam.

Para completar la exposición sobre la concepción rawlsiana de “paz justa” es importante detenerse también en el destacado papel que nuestro filósofo asigna a los líderes políticos. Ellos, nos dice, son los máximos responsables del modo de conducir los enfrentamientos armados y su labor de liderazgo debe ser decisiva a la hora de configurar la resolución de los conflictos bélicos. Por otra parte, continúa Rawls, es en las situaciones de máxima tensión bélica cuando se debe exigir a nuestros representantes políticos que demuestren poseer y practicar ciertas virtudes morales, tales como las de la sabiduría, la fortaleza o el coraje, y ejerzan, entonces, como *estadistas*¹⁷. Aunque Rawls es consciente de que la figura del estadista es más bien un ideal, con el fin de ilustrar la idea, menciona varios ejemplos de quienes, ante situaciones bélicas, actuaron al frente de sus pueblos, tanto de forma correcta, –nombra a Washington y a Lincoln–, como de quienes tuvieron comportamientos reprochables, –entre otros recuerda a Napoleón, Bismarck, Churchill, Hitler o Truman–¹⁸, argumentando, en alguno de los casos, las razones para calificar, o no, como auténtico estadista a cada uno de estos personajes históricos. Ahora bien, para Rawls, lo que resulta característico de los líderes políticos que merecen ser considerados *estadistas* es precisamente que su objetivo fundamental en medio de un conflicto armado sea, “por encima de todo”, el de “permanecer fieles al propósito de conseguir una paz justa y evitar todo lo que impida esa tarea”¹⁹.

Desgraciadamente, como ya es de sobra conocido, la situación vital en la que Rawls se encontraba al escribir *The Law of Peoples*, en 1999, le impidió ahondar más en estas materias, cuestiones muy complejas que apenas quedan apuntadas con trazos demasiado gruesos. Unir en una expresión dos valores como son los de la paz y la justicia para construir su concepción de “paz

impide a nuestro autor denunciar los graves errores morales cometidos por las sociedades democráticas en el transcurso de aquella contienda.

¹⁷ Cfr. J. RAWLS, *The Law of...cit.*, p. 97 y ss.

¹⁸ En relación con éste último mandatario estadounidense, Rawls afirma que “Truman fue en muchos sentidos un buen, y a veces un muy buen presidente. Pero la manera en la que él terminó la guerra muestra que fracasó como estadista. Para él fue una oportunidad perdida, y una pérdida para el país, también para sus fuerzas armadas”. Cfr. J. RAWLS, “Fifty Years after Hiroshima”... cit., p. 572.

¹⁹ Cfr. J. RAWLS, *The Law of...cit.*, p. 98.

justa" habría exigido, sin duda, un análisis mucho más pausado e intenso que el que Rawls nos pudo ofrecer en su último libro. Y lo mismo se podría decir en relación con la siguiente concepción de paz utilizada por nuestro filósofo y, en general, con buena parte del contenido del mencionado escrito.

1.2. La "paz democrática"²⁰

La idea de la "paz democrática" es una de las cuestiones que han generado, y sigue generando, mayor controversia entre los estudiosos de las teorías sobre las relaciones internacionales²¹. Básicamente la tesis de origen kantiano, se ha ido desarrollando y concretando en varios postulados, entre los que cabría destacar los siguientes: a partir del análisis de determinados periodos históricos, se ha concluido que las democracias no han librado, ni libran, guerras entre sí; también se han apuntado diferentes razones o causas que explicarían este hecho, y por último, se ha concluido que las democracias son menos belicosas que los Estados autocráticos. Cada una de estas afirmaciones ha sido objeto de extensas e intensas polémicas en las que no podemos detenernos²². Veamos cómo Rawls se posiciona ante algunas de ellas, cuá-

²⁰ En relación con este controvertido tema, véase, entre otros, Z. GOBETTI, "Una revisión de la teoría de la paz democrática", *Revista CS*, enero 2009, pp. 39-74. El autor se detiene especialmente, en valorar, a través de dos modelos interpretativos –uno que incide en explicaciones estructurales e institucionales y otro basado en explicaciones culturales y normativas–, las causas de la paz democrática siguiendo los estudios presentados en su día por Russett y Maoz. Cfr., p. 46. Se refiere al artículo "Normative and structural causes of democratic peace, 1946-1986", en *American Political Science Review*, vol. 87, num 3, pp. 624-638. Concluye Gobetti que el último de los modelos "presenta una serie de fortalezas que han hecho de la suya la interpretación más convincente" porque es "capaz de ofrecer una explicación de cómo las normas de conducta política exterior de los Estados pueden paragonarse con las normas internas para la solución de conflictos" porque "es capaz de presentar una teoría sobre la formación del concepto de interés nacional, teniendo en cuenta los valores políticos de la opinión pública" y porque, finalmente, este modelo "puede ofrecer... explicaciones útiles para la resolución de los casos dudosos donde los conflictos se han producido entre democracias liberales". Cfr. *Ibid.*, p. 67.

²¹ A modo de conclusión sobre este tema y tras una exposición clara sobre el mismo, Salomón indica que "las pruebas contra la "ley" de la paz democrática son abrumadoras. Los intentos de explicarla son contradictorios y poco convincentes, los datos estadísticos en que se apoya pueden ser interpretados de muy diversas maneras y los estudios de caso muestran que sus supuestos y predicciones no coinciden con la realidad". Cfr., M. SALOMÓN, "El debate sobre la "paz democrática". Una aproximación crítica", *Revista de Estudios Políticos*, num. 113, 2001, p. 262.

²² La complejidad de esta materia ha sido puesta de manifiesto al considerar que "cualquier análisis de las relaciones de los Estados democráticos entre ellos y hacia los Estados

les son sus valoraciones y cómo detalla su propuesta sobre la llamada “paz democrática”.

Lo primero que se advierte en el tratamiento dispensado por Rawls al tema de la “paz democrática” es que nuestro filósofo se muestra ahora algo más explícito que cuando desarrolló su concepción sobre la “paz justa”. A la “paz democrática” le dedica varias reflexiones y un epígrafe entero, el quinto, de la primera parte de su *The Law of Peoples*, titulado precisamente “La paz democrática y su estabilidad”, aunque condensa sus principales ideas sobre esta interesante cuestión en apenas once páginas²³.

La exposición que despliega Rawls se podría estructurar a través de una serie de contraposiciones entre distintos conceptos y teorías. En principio, diferencia dos clases de estabilidad, una que se genera por las razones correctas, y otra que simplemente, es el fruto de un equilibrio de fuerzas. A continuación, esta distinción le sirve para enfrentar la concepción “realista” de las relaciones internacionales con su propia concepción del derecho de los pueblos basada en principios e ideales políticos y entendida como una utopía realista. Todo este desarrollo tiene el objetivo último de presentar y defender una concepción de “paz democrática” como un modelo opuesto a la noción de guerra defendida desde, nos dice, la “teoría hegemónica de los realistas”²⁴.

Siguiendo el plan proyectado, Rawls afirma que la estabilidad por las razones correctas se alcanza cuando las instituciones políticas y sociales “conducen de manera efectiva a los ciudadanos a adquirir el sentido apropiado de justicia mientras crecen y participan en la sociedad” entonces, nos dice, estarán habilitados para “entender los principios e ideales de la concepción política, interpretarlos y aplicarlos”²⁵. Según nuestro autor, este proceso, que él había examinado en detalle en *A Theory of Justice* con el fin de explicar la es-

autoritarios debe inscribirse en un marco más amplio, en un orden internacional liberal que estructura, disciplina y organiza los valores, prácticas e instituciones liberales. Orden en donde tiene cabida, por una parte, más lógicas que la de la afinidad democrática de diferentes regímenes –la lógica de la producción y distribución de bienes, la lógica de la seguridad militar, etc.–, y por otra, Estados que se inscriben y son funcionales en ese orden, por más que no compartan todo el ideario o las instituciones liberales, como fueron los casos de Portugal, Turquía y Grecia para la Alianza Atlántica, o es el caso de Arabia Saudí para el orden posterior a la Guerra Fría”. Cfr., F. J. PEÑAS, Liberalismo y relaciones internacionales: la tesis de la paz democrática y sus críticos”, *Isegoría*, num. 16, 1997, p. 139.

²³ Cfr. J. RAWLS, *The Law of...cit.*, pp. 44 a 54.

²⁴ *Ibid.*, p. 46.

²⁵ *Ibid.*, p. 15.

tabilidad de una sociedad bien ordenada, se puede trasladar al ámbito de las relaciones internacionales cuando, tanto los pueblos liberales como los decentes, acepten “un justo derecho de los pueblos...con la intención de cumplirlo”. Lo harán, no sólo porque resulte ventajoso para ellos, sino porque tras el debido proceso psicológico de “aprendizaje moral”, lo considerarán el modelo ideal de conducta basado en la cooperación y en la confianza mutua entre los pueblos una vez que ha sido practicado “durante cierto tiempo”²⁶. Es indudable que esta clase de estabilidad difiere de la visión que la teoría realista tiene de la estabilidad, a la que considera un “mero *modus vivendi*”, pues, según mantiene esta teoría, la lucha por el poder y la riqueza ha sido siempre el *leitmotiv* de las relaciones internacionales a lo largo de la historia, una interpretación de clara raigambre maquiavélica y hobbesiana²⁷.

El derecho de los pueblos concebido por Rawls ofrece, pues, una alternativa a la teoría política realista porque defiende la viabilidad de la idea de la “utopía realista”, es decir, de “cómo puede ser posible una sociedad mundial de pueblos liberales y decentes” que alcancen la paz y la justicia, dentro y fuera de sus fronteras, y que, además, eliminen los grandes males de la humanidad mediante políticas e instituciones justas y decentes²⁸.

Una de las consecuencias que se deriva de la idea de “utopía realista” rawlsiana, y que enlaza con la tesis liberal de la “paz democrática”, es la hipótesis de que los pueblos liberales tenderán menos que otros pueblos a los conflictos armados si cumplen con los requisitos de estabilidad que Rawls propone. Menciona los cinco requisitos siguientes ya contenidos en los principios de justicia de las concepciones liberales: “a) Cierta igualdad de oportunidades, especialmente en materia de educación y formación...b) Una distribución decente de los ingresos y la riqueza, de acuerdo con la tercera condición del liberalismo: todos los ciudadanos deben tener asegurados los medios universales necesarios para usar de manera inteligente y efectiva sus libertades básicas...c) La sociedad como empleador de último recurso, a través del gobierno nacional o local, o de otras políticas sociales y económicas...d) La asistencia sanitaria básica asegurada para todos los ciudadanos e) Financiación pública de las elecciones y medios de asegurar la disponibilidad de información pública sobre cuestiones de política”²⁹. Tras exponer

²⁶ Ibid., p. 44.

²⁷ Ibid., p. 46.

²⁸ Ibid., p. 6.

²⁹ Ibid., p. 50.

estos cinco requisitos, Rawls destaca que la “historia documentada parece sugerir” que la afirmación sobre las relaciones pacíficas entre los pueblos liberales es cierta, y fundamenta su posición en los análisis y en las conclusiones contenidos en el libro de Michael Doyle, *Ways of War and Peace*, al que califica de magnífico³⁰.

Para Rawls la existencia efectiva de un modelo de relaciones internacionales que se corresponde con la concepción de la “paz democrática” pondría de manifiesto que la teoría realista, con su particular concepción de la guerra y de la paz, fracasa en su pretensión de explicar que las relaciones entre los pueblos y los Estados están sólo movidas por la lucha por el poder y la riqueza, siendo esa, además, según ellos, la constante en la historia de la humanidad.

Concretando algo más su concepción, Rawls señala que en la visión de paz democrática que él defiende se unifican dos ideas principales. La primera es que frente a la inevitabilidad de las catástrofes naturales, las instituciones políticas y sociales pueden ser cambiadas por el pueblo con el fin de hacerlo más feliz y satisfecho. La segunda idea, defendida entre otros por Montesquieu, es que el intercambio fomenta la paz. Esta segunda idea se desdobra a su vez en dos afirmaciones que están relacionadas entre sí: por una parte, que la práctica del comercio favorece ciertas virtudes como son la asiduidad, la laboriosidad, la puntualidad y la probidad; y por otra, que el ejercicio del comercio favorece o propicia la paz entre los pueblos, afirmación bastante controvertida sobre la que volveré más adelante³¹.

³⁰ Ibid., p. 51. Cfr. M. DOYLE, *Ways of War and Peace, Realism, Liberalism, and Socialism*, New York, Norton, 1997. Doyle considera que el ensayo *Sobre la paz perpetua* de Kant ofrece “una explicación coherente de las importantes regularidades que existen en el mundo político: las tendencias de los Estados liberales a mantener la paz en sus relaciones entre sí y, excepcionalmente, a mantener sus tendencias belicosas en sus relaciones con los Estados no liberales”. Recordando los tres artículos definitivos contenidos en la obra de Kant, (primero: la constitución civil de todo Estado debe ser republicana; segundo: el derecho de gentes debe fundarse en una *federación* de Estados libres y tercero: el *derecho cosmopolita* debe limitarse a las condiciones de la *hospitalidad universal*), Doyle afirma que “las alianzas basadas en intereses estratégicos mutuos entre estados liberales y estados no Liberales han sido rotas, los lazos económicos entre estados liberales y no liberales han resultado frágiles, pero los vínculos políticos de los derechos e intereses liberales se ha probado que poseen un extraordinario fundamento firme para la no agresión mutua”, de modo que concluye con la tesis de que “existe una paz separada entre los estados liberales”, en el sentido, interpreto, de que son muy distintas y por muy variadas razones, las relaciones que existen entre los estados liberales entre sí y las que éstos mantienen con los estados que no son liberales. Cfr., p. 284.

³¹ J. RAWLS, *The Law of...cit.*, p. 46.

En realidad, la paz entre los pueblos liberales es una consecuencia directa del modo en que la concepción liberal rawlsiana ha diseñado las relaciones entre los dos valores calificados de específicos o propios de las democracias constitucionales: la libertad y la igualdad. Ambos, dice Rawls, se articulan a través de tres principios, ya sobradamente conocidos³², gracias a los cuales, entre otras consecuencias, se evita la existencia de “excesivas desigualdades sociales y económicas” entre los ciudadanos de esos pueblos³³. Así, los pueblos liberales que disfrutaban de la estabilidad por las razones correctas, gozan de lo que Rawls denomina “verdadera paz”, una concepción similar a la de “paz por satisfacción” propuesta en su día por Raymond Aron³⁴. Esa situación explicaría que, según nuestro autor, los pueblos liberales no encuentran más que dos razones, o causas legítimas, para librar guerras: primera, cuando ellos mismos, o sus aliados, son objeto de agresiones; y, segunda, cuando se producen graves violaciones de derechos humanos en otros Estados. No participan, por tanto, de las razones utilizadas por los “outlaw states” para agredir a los demás miembros de la comunidad internacional. Los pueblos liberales no se empeñan, insiste Rawls, en realizar conversiones religiosas a la fuerza de los vencidos, ni se dejan llevar por la pasión del poder y la gloria, ni tiene pretensiones de conquistar territorios para expandir su influencia, etc³⁵.

Lamentablemente nuestro autor no polemiza con quienes abogan por las interpretaciones laxas sobre la legítima defensa que sirven para habilitar cualquier ataque preventivo, ni se detiene a analizar con calma los argumentos de quienes defienden las intervenciones, supuestamente, humanitarias por doquier; y todo ello aunque es consciente del uso indebido que se ha dado, y se da, a la invocación de la “seguridad nacional” para justificar cualquier ataque armado³⁶.

³² Los formula de la siguiente manera al inicio del libro *The Law of Peoples*: “Hay una familia de concepciones liberales razonables de justicia, cada una de las cuales tienen las siguientes tres características principales: la primera enumera derechos y libertades fundamentales de la clase que resulta familiar en un régimen constitucional; la segunda asigna a estos derechos, libertades y oportunidades una especial prioridad, en especial con respecto a las exigencias del bien común y del perfeccionismo de los valores, y la tercera asegura a todos los ciudadanos los bienes primarios necesarios que los habilitan para hacer un uso inteligente y efectivo de sus libertades”. Cfr. *Ibid.*, p. 14.

³³ *Ibid.*, p. 49.

³⁴ Cfr. R. ARON, *Peace and War*, Garden City, Doubleday, 1966.

³⁵ Cfr. J. RAWLS, *The Law of ...cit.*, p. 47.

³⁶ *Ibid.*, p. 53.

Continuando con la combinación entre lo ideal y lo real que está presente a lo largo de toda la obra *The Law of Peoples*, Rawls se detiene también en el análisis de ciertos hechos y situaciones históricas con las que pretende validar su hipótesis³⁷. Sin embargo, no contesta a las críticas que se han ido vertiendo contra la tesis de la “paz democrática”. Tampoco se detiene en el análisis pormenorizado de cada conflicto bélico, ni se cuestiona si estas afirmaciones son admisibles para el periodo de tiempo al que suelen aplicarse, desde inicios del siglo XIX hasta la actualidad. No se interroga sobre qué criterios se pueden utilizar para definir a las democracias y si los mismos se pueden extrapolar a determinados Estados existentes en épocas pasadas; ni por último, ahonda en qué debe entenderse por guerra³⁸.

Lo más importante para Rawls parece ser el análisis de las razones últimas que explicaría la tendencia que existe entre los pueblos liberales a resolver sus conflictos por cauces pacíficos, en vez de embarcarse en disputas bélicas para hacer valer sus intereses. La pregunta doble a contestar sería ¿cómo se ha alcanzado esa “paz democrática” entre las sociedades liberales firmemente estables? y ¿cómo avanzar en su consolidación? La respuesta dada por él nos remite a diversas obras, esencialmente a la Bruce Russett, *Grasping the Democratic Peace* y a la del mismo autor con John Oneal, titulada *The Classical Liberal Were Right: Democracy, Independence and Conflict*³⁹. En esta última, dice Rawls, se identifican distintos factores que posibilitan la “paz democrática”, tales como la propia organización democrática del Estado, la importancia de las relaciones comerciales para satisfacer los niveles de bienestar de los ciu-

³⁷ Ibid., p. 51.

³⁸ Sobre esas tres dificultades que están en el centro de la tesis de la “paz democrática”, véase, por ejemplo M. A. VECINO, “¿Son pacíficas las democracias? Un debate de nuestro tiempo”, *Política exterior*, num. 71, 1999, pp. 133-139. En relación con el concepto de guerra el autor de este artículo se pregunta si no debería incluirse en el mismo “las presiones ejercidas o la ayuda determinante para derrocar a un régimen democrático elegido (por ejemplo, EE.UU y el golpe de Estado contra el presidente Salvador Allende)”, p.134. Sobre estas cuestiones también es muy interesante la enumeración de los problemas de “procesamiento estadístico” reseñados por Salomón, entre los que señala además de los mencionados, las dificultades para determinar quién es el Estado agredido y quién el agresor; la usencia de criterios para medir el grado de violencia de las guerras, si las democracias recientemente constituidas tienen a ser particularmente inestables y si la correlación entre paz y democracia sólo es estadísticamente relevante para el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial. Cfr. M. SALOMÓN, “El debate sobre cit., pp. 247-249.

³⁹ Cfr. B. RUSSET, *Grasping the Democratic Peace*, Princeton, Princeton University Press, 1993 y J. ONEAL and B. RUSSET, “The Classical Liberal Were Right: Democracy, Independence and Conflict” *Internacional Studies Quaterly*, June 1997.

dadanos y la pertenencia a instituciones internacionales en las que el diálogo y la cooperación facilitan el entendimiento entre pueblos que comparten los mismos valores. Todos estos elementos, y muchos otros, a juicio de nuestro autor, han contribuido a minimizar los riesgos de enfrentamientos armados entre las democracias constitucionales a lo largo del tiempo.

Pero la respuesta rawlsiana a aquellas preguntas nos conduce necesariamente a recordar que los cinco requisitos de estabilidad mencionados por Rawls han de ser entendidos como ideales a alcanzar, como pautas de actuación pública en las que deben seguir trabajando las sociedades liberales guiadas por los valores de libertad y de igualdad de sus ciudadanos. Porque lo cierto es que ninguna de las democracias constitucionales que conocemos satisfacen plenamente esos criterios, aunque algunas se acerquen más que otras.

Por otra parte, podemos interpretar las alusiones que Rawls hace a la historia de los pueblos liberales como un camino hacia la consecución de la estabilidad que se ha ido construyendo paso a paso, fruto de una cultura política decantada a lo largo de mucho tiempo y que concibe el derecho como el instrumento idóneo para garantizar la convivencia pacífica, un objetivo que será factible, en definitiva, en la medida en que la libertad y la igualdad entre los pueblos sea cada vez más efectiva. Así valoro el pasaje en el que Rawls hace mención a la estabilidad existente entre los pueblos liberales como consecuencia de un “logro de justicia política y social para todos sus ciudadanos, garantizando las libertades fundamentales, la plenitud y la expresividad de la cultura cívica, así como el decente bienestar económico de todo su pueblo”⁴⁰.

En todo caso, aunque, como indiqué antes, Rawls no conteste de forma directa a las innumerables críticas vertidas contra la tesis de la “paz democrática”, ni a las diversas interpretaciones dadas por autores liberales y realistas sobre la misma, es consciente de cómo actúan las “democracias reales”. Su exposición es bastante explícita cuando denuncia determinados episodios de la política exterior de los Estados Unidos en los que se produjeron intervenciones de su gobierno en otros Estados vulnerando los principios del derecho de los pueblos. “A veces la idea de paz democrática falla”, nos dice, siguiendo de nuevo a Doyle⁴¹. Pero, Rawls se muestra esperanzado y confía en que el modo pacífico de relación existente entre los pueblos liberales se

⁴⁰ Ibid., p. 45.

⁴¹ Ibid., p. 53.

siga consolidando y pueda convertirse en el futuro en un modelo para los demás pueblos⁴². Para acercarse a ese objetivo es esencial que las democracias profundicen en la aplicación coherente de sus principios de política interna e internacional⁴³.

Lo que a mi juicio es también obvio en todo el planteamiento que nos ofrece Rawls a lo largo de su obra, y en particular, en su concepción liberal del derecho de los pueblos, es que ni la visión liberal de la democracia ni el derecho de los pueblos, generado en la matriz del liberalismo, deben imponerse a los pueblos no liberales⁴⁴. Esta actitud tolerante de la filosofía política rawlsiana le aleja, de forma evidente, de la aplicación política de la tesis de la paz democrática como instrumento para solucionar los males de la humanidad, tal y como, por ejemplo, Russet había sugerido de forma implícita y explícita⁴⁵.

⁴² Como bien indica Salomón al concluir su exposición, “la zona de paz kantiana no existe, pero no porque la tesis de la paz democrática no se haya demostrado, sino porque las condiciones para acercarnos a la paz perpetua planteadas por Kant –unos Estados que apliquen sus principios democráticos dentro y fuera de sus fronteras, una organización universal capaz de eliminar la guerra y unos derechos humanos que sean universalmente respetados– están lejos de haberse cumplido. Cfr. M. SALOMÓN, “El debate sobre cit., p. 263.

⁴³ Resulta especialmente interesante la propuesta de Archibugi sobre los criterios para elaborar índices que midieran el “carácter democrático” o la conducta ética de los Estados en su política exterior”, entre los que señala: “ a) la participación en conflictos armados b) la participación indirecta c) la implicación de acciones encubiertas contra otros Estados d) el porcentaje del Producto Interior Bruto que se asigna al gasto militar e) la cantidad de armamento exportado a otros países f) las participaciones en las actividades de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales, así como la contribución económica a su mantenimiento g) el respeto al derecho internacional, a los tratados internacionales y a la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia h) la participación directa o económica en las misiones de paz i) la ayuda a los países pobres”. Cfr., D. ARCHIBUGI, “Las democracias no combaten entre sí. ¿Y bien?”, traducción de María Cormiero, *Leviatán*, num. 68, 1997, pp.108 y 109.

⁴⁴ Sobre la problemática generada por la “paz democrática” y su modo de imposición, véase el interesante estudio realizado por T. GELARDO, *La tesis de la paz democrática y el uso de la fuerza*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

⁴⁵ En ese sentido, J. Tovar Ruiz, concluye de forma crítica que “en el momento en que Russet asocia el factor estabilidad o las relaciones pacíficas entre democracias, eliminando las consideraciones de Doyle sobre las complejas relaciones entre los estados democráticos y los autocráticos está lanzando un mensaje a la clase política estadounidense” y hace que de este mensaje se deduzca la idea de “que expandir la democracia en el mundo traerá no sólo la paz y la seguridad, sino el desarrollo económico y la prosperidad”, proclamas que han sido aplicadas con una misión democratizadora y que ha producido unos resultados más que desalentadores en casos como los de Kosovo, Palestina, Irak, Afganistán o Irán. Cfr. J. TOVAR RUIZ, “De Königsberg a Kosovo. La Paz Democrática: del planteamiento filosófico al discurso

Resta hacer una aclaración breve, pero importante, sobre la diferencia entre la “paz democrática” y otra concepción de paz apenas aludida por Rawls, la de “paz duradera”. Para ello es preciso remitirnos de nuevo al opúsculo kantiano *Sobre la paz perpetua*. Como ya indicó Rodilla a este respecto⁴⁶, Rawls, a diferencia de Kant, considera que la “paz duradera” no tiene por qué alcanzarse sólo a través de una federación de Estados, que posean una constitución civil republicana, es decir una constitución establecida de acuerdo con “los principios de *libertad* de los miembros de una sociedad... de la *dependencia* de todos respecto a una única legislación común...y de conformidad con la ley de la *igualdad* de todos los súbditos”⁴⁷, y cuyos principios políticos serían los equivalentes, en la actualidad, con los propios y característicos de los regímenes democráticos. Rawls relaja las exigencias kantianas al integrar en la concepción de su derecho de los pueblos, no sólo a los pueblos liberales, sino también a pueblos no liberales pero “decentes”, pues nuestro autor cree que con ellos se pueden ir dando pasos encaminados a la consecución del ideal de la “paz duradera”⁴⁸. No obstante, también defiende que la “paz democrática” debe ser vista como un ejemplo que permite avanzar en ese objetivo⁴⁹. En este sentido Rawls deja muy claro en sus escritos que, conforme a su concepción liberal de la justicia y de las relaciones internacionales, “un pueblo liberal puede vivir con otros pueblos que comparten su interés de defender la justicia y preservar la paz”⁵⁰.

político y su aplicación en el régimen de los protectorados internacionales”, *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, num. 10, febrero de 2009, p. 34.

⁴⁶ Cfr. “Epílogo: Doce años más”, en Ch. KUKATHAS y Ph. PETTIT, *La Teoría de la Justicia de John Rawls y sus críticos*, traducción y epílogo de Miguel Ángel Rodilla, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 206 y ss.

⁴⁷ Cfr., I. KANT, *Sobre la paz perpetua*, traducción de Joaquín Abellán, Madrid, Alianza Editorial, 2ª reimpresión, 2006, p. 52.

⁴⁸ Esa cierta similitud entre los pueblos liberales y decentes, aunque también haya entre ellos claras diferencias, le permite a Rawls afirmar que su objetivo al escribir sobre estas cuestiones es “extender el Derecho de los Pueblos a las sociedades decentes y mostrar que ellas aceptan el mismo Derecho de los Pueblos que el de las sociedades liberales”. Cfr. J. Rawls, *The Law of...cit.*, p. 63.

⁴⁹ Cfr. M. A. RODILLA GONZÁLEZ, “Epílogo: Doce años más” en Ch. KUKATHAS y...cit., pp. 207 y 208. Dice Rodilla que “Rawls parece atribuir a una «paz democrática» una gran fuerza atractiva para el objetivo de una paz duradera en el mundo. Pero la condición que imponía Kant a una federación de pueblos pacíficos le parecía indebidamente restrictiva. Él cree razonable relajar la condición kantiana sobre una constitución republicana o, para el caso, sobre una democracia constitucional”.

⁵⁰ Cfr., J. RAWLS, *The Law of...cit.*, pág.29.

2. LA CRÍTICA AL DENOMINADO “PACIFISMO GENERAL”

El mismo tratamiento utilizado por Rawls al referirse a las concepciones de la “paz justa” y de la “paz democrática” vuelve a reproducirse en sus comentarios y valoraciones en torno a la teoría del “pacifismo”⁵¹. Se podría decir que el pacifismo sólo es aludido de forma indirecta por nuestro filósofo al analizar otros asuntos a los que dedica mucha más atención. No encontramos en los escritos rawlsianos ninguna referencia significativa a las innumerables doctrinas calificadas de pacifistas, ni tampoco críticas detalladas sobre alguna de las más populares tesis acerca de la acción no violenta, como en su día fueron las promovidas por Mahatma Gandhi o por Martin Luther King, ejemplos clásicos de las mismas⁵². En los comentarios realizados por Rawls se alude al pacifismo en unos casos de modo genérico, y en otros, circunscribiéndolo a las actitudes personales adoptadas por los integrantes de

⁵¹ Una de las principales críticas que Rawls ha recibido por su alejamiento del pacifismo y su acercamiento al realismo político puede verse en D. A. DOMBROWSKI, “Rawls and War”, *International Journal of Applied Philosophy*, vol 16, 2002, p.192. En este estudio se afirma que, en el supuesto de la “emergencia suprema”, Rawls se ha dejado influir por las exigencias y las necesidades proclamadas desde el realismo, permitiendo y justificando la muerte intencional de civiles en la guerra.

⁵² A modo de ejemplo y dentro de la amplia bibliografía existente al respecto, puede consultarse la catalogación de teorías pacifistas que se ofrecen en el clásico trabajo de Bobbio. Allí el filósofo italiano alude al pacifismo pasivo frente al activo y diferencia dentro de éste tres tipos: el llamado instrumental, el institucional, dentro del cual sitúa al pacifismo jurídico y al social, y, por último el pacifismo finalista. Cfr. “El problema de la guerra y las vías de la paz” en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, en especial p. 75 y ss, traducción de Jorge Binaghi, Barcelona, Gedisa, 1981. De una forma aún más pormenorizada, A. Ruiz Miguel también ha diferenciado entre pacifismo relativo y absoluto, dentro del cual ubica el pacifismo político, el económico, el escéptico, el consecuencialista y el radical. Cfr. *La Justicia de la Guerra y de la Paz*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, págs. 84 y ss. En el ámbito anglosajón la literatura al respecto es también muy extensa, me ha resultado muy interesante el análisis sobre las distintas justificaciones no religiosas del pacifismo realizadas por el filósofo canadiense Briand Orend. Diferencia tres argumentos a favor del pacifismo que irá criticando uno a uno. Conforme al primero, definido por él como pacifismo teleológico, la guerra y el asesinato están enfrentados con la excelencia humana y con lo próspero; de acuerdo con el segundo tipo, el pacifismo consecuencialista, los beneficios obtenidos por una guerra nunca sobrepasan los costes de luchar en ella y, por último, menciona los argumentos esgrimidos por el pacifismo deontológico que afirma que toda actividad bélica viola los principales deberes de moralidad y justicia, como es el de matar a otras personas. Tras su exposición concluye Orend, compartiendo con Rawls y con muchos otros filósofos afirmando que en algunos supuestos, es legítimo utilizar la violencia para protegernos a nosotros mismos o para defender a otros. Cfr., B. OREND, *The Morality of War*, Ontario, Broadview Press, 2006, pp. 245 y ss, las conclusiones en pp. 262 y ss.

la comunidad religiosa de los cuáqueros, considerada por él un buen ejemplo colectivo de “pacifistas”, debido a que, entre sus principios éticos, la virtud de la paz ocupa un lugar preeminente.

Pero Rawls no se detiene a realizar observaciones más precisas para diferenciar, por ejemplo, entre las convicciones morales defendidas desde las diferentes teorías pacifistas. Para sus propósitos le basta con discriminar entre dos formas de pacifismo: el “general” y el “contingente”. Tampoco participa nuestro autor en disquisiciones teóricas que le podrían haber conducido, por ejemplo, a ofrecer argumentos contra la tesis del pacifismo, siguiendo la estela de otros filósofos contemporáneos especialistas en la teoría de la “guerra justa”, como la de Michael Walzer⁵³.

⁵³ Walzer, autor de referencia ineludible en estos temas, presenta una serie de críticas contra la modalidad del pacifismo general sólo en aquellos casos en los que, una vez desencadenado el conflicto armado, el territorio ha sido invadido por el enemigo. El ejemplo es revelador de las consecuencias que, en último término, estarían dispuestos a asumir quienes participan de la tesis radical de la no violencia. Para ser coherente con sus principios, la respuesta de esta teoría pacifista ante el caso planteado se canaliza a través de métodos que excluyen la utilización de cualquier tipo de violencia física, tales como la huelga general, la no colaboración, o cualquier otro medio de desobediencia civil con la pretensión última de dificultar al máximo la presencia del ocupante. Pero, como ha apuntado Walzer, el problema de esta estrategia estriba en que su éxito o fracaso depende completamente de cuál sea el código moral del invasor. Si las alteraciones del orden público son sancionadas por las autoridades enemigas sólo con toques de queda, encarcelamientos, o medidas similares, es posible que, más a largo que a corto plazo, las actitudes pacifistas mostradas por el colectivo dificulten hasta tal punto el control social que hagan imposible la prolongación de la presencia enemiga en el territorio conquistado. Si el invasor no traspasa ciertos límites puede que la resistencia pacífica cumpla con el objetivo. Ésta sería la salida ideal que justificaría la filosofía de la respuesta no violenta. No obstante, el verdadero problema para la solución dada por la teoría pacifista aparece en los casos en los que el ocupante actúa aterrorizando a la población. ¿Cómo comportarse en ese supuesto? Las dos salidas posibles serían entonces, o bien, utilizar la fuerza contra el invasor, lo cual nos situaría fuera del ideario pacifista, o bien, soportar sus represalias y barbaridades. En este último caso, la opción defendida por el pacifismo absoluto implica, como dice Walzer, admitir las consecuencias derivadas de la “violencia dirigida hacia uno mismo en vez de hacia mis asesinos”, algo incomprensible para el filósofo norteamericano que declara que “no puedo entender por qué deberíamos tomar esa dirección”. Por tanto, llevada al límite, al peor de los escenarios posibles, la teoría pacifista absoluta o general, siendo coherente con sus principios morales, justifica y proclama el sacrificio de la población ocupada antes que el uso de la violencia contra el agresor. No admitiría ni la conocida causa de la legítima defensa, ni, ninguna otra, como podría ser aquella que justifica la intervención humanitaria ante determinados abusos y vulneraciones graves de los derechos humanos. No existiría ninguna causa legítima para actuar violentamente contra nadie. El seguimiento de las decisiones defendidas por este tipo de pacifismo

Las principales pinceladas que nos ofrece nuestro autor sobre el pacifismo se ubican en tres contextos: (1) cuando Rawls expone sus valoraciones en torno a la definición y la justificación de la objeción de conciencia, (2) al referirse a las cualidades y responsabilidades que deben acompañar a los estadistas, y finalmente, (3) al reflexionar sobre la visión amplia que debe tener la cultura política pública.

(1). De la lectura de los diferentes comentarios que Rawls hizo en torno al pacifismo y a sus posibles implicaciones filosófico-políticas, se deduce al menos una conclusión clara: su posicionamiento en contra de lo que él denominó “pacifismo general”, al que podría definirse como la doctrina que antepone, de forma absoluta, el valor de la paz y los medios para su consecución a cualquier otro valor. Frente a ese modelo radical de concebir al pacifismo, Rawls, valora como “posición perfectamente razonable” la defendida por otra clase de pacifismo al que califica de “contingente”. Presenta esta idea a raíz del análisis que efectúa al referirse a la justificación de la objeción de conciencia. Partiendo de la existencia de un sistema de reclutamiento forzoso, se pregunta cómo se debe actuar si no existe una causa justa para la guerra, una cuestión propia del *ius ad bellum*, o si en el transcurso de la misma, se ordena a un soldado realizar actos que infringen la ley moral de la guerra, dilema moral propio del *ius in bello*. La respuesta de Rawls es clara en ambos supuestos: el soldado está justificado para negarse a cumplir con el deber jurídico de participar en una agresión ilegítima, porque se trata de imponerle una exigencia contraria a lo prescrito por su deber moral. Esta situación le conduce a Rawls a posicionarse en contra del pacifismo general y a valorar positivamente “la negativa consciente y específica a participar en la guerra en determinadas circunstancias”, lo que implicaría, en definitiva, actuar conforme a un pacifismo “contingente”, que discrimina qué causas y qué actos bélicos pueden ser contrarios a la conciencia del sujeto⁵⁴.

Rawls es consciente del peligro que podría suponer que los Estados admitieran las consecuencias derivadas de algunos de los principios que guían al pacifismo general. Sin embargo, dado su carácter sectario y su escasa relevancia social, cree que ese modelo de pacifismo “no al-

radical, es muy escaso. Es de suponer que esta respuesta sólo sea adoptada en aquellos supuestos en los que exista una actitud pacifista, fuertemente arraigada en todos o la inmensa mayoría de los miembros del colectivo sometido a trato inhumano, y muy probablemente, tal postura sólo podría darse si se ésta estuviera fundamentada en fuertes convicciones éticas o religiosas. Cfr., M. WALZER, *Just and Unjust ... cit.*, pp. 332 y ss.

⁵⁴ Cfr., J. RAWLS, *A Theory...cit.*, p.382.

tera la autoridad del Estado”, por lo que éste puede mostrar “cierta magnanimidad”⁵⁵ con los individuos o grupúsculos que lo practican. Esta respuesta está, pues, condicionada al impacto político del pacifismo, ya que, como bien ha señalado Pérez Bermejo “si la actitud del objetor extremo pusiera en peligro la estabilidad del orden constitucional, se traspasaría el umbral de lo admisible y habría razones de principio para ser intolerante con su actitud”⁵⁶.

Como ya dije antes, las dos razones que justifican la utilización de las armas por los pueblos bien ordenados son la legítima defensa y la intervención ante graves vulneraciones de los derechos humanos, ambas definen las líneas rojas que no pueden cruzarse si se pretende mantener un orden internacional acorde con los principios del derecho de los pueblos rawlsiano⁵⁷. Pero, más allá de la falta de concreción con la que nuestro autor aborda cada uno de estos complicados supuestos en los que se legitima la intervención armada, lo importante ahora es señalar que Rawls asevera que, en último término, lo que está en juego en nuestro mundo real es si los pueblos bien ordenados pueden dar razones convincentes, y en qué supuestos podrían hacerlo, para que sus ciudadanos estén dispuestos a sacrificar su libertad personal. Esta idea que forma parte de la esencia del liberalismo es desarrollada al referirse al reclutamiento militar forzoso, al que considera un sistema permisible “sólo si se hace necesario para la defensa de la libertad en sí misma”⁵⁸. Resulta llamativo, a mi juicio, que Rawls exponga esta importante idea y la refiera a las “sociedades bien ordenadas”, es decir, las liberales y las decentes, sin hacer ninguna distinción entre ambas. Considero que cuando menciona la libertad individual, muy probablemente esté pensando en cómo es concebida y ejercida en las democracias liberales, más que en los regímenes llamados

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Cfr. J. M. PÉREZ BERMEJO, *Contrato social y obediencia al derecho en el pensamiento de John Rawls*, Granada, Comares, 1997, pág. 356 y ss. Véase también el completo análisis realizado por el autor en el mismo libro en torno al tratamiento rawlsiano de las distintas formas de desobediencia: la objeción de conciencia, la desobediencia civil y, en menor medida, la resistencia.

⁵⁷ En este mismo sentido podría interpretarse la idea de Rawls sobre la debida orientación de las leyes al bien común, pues si no éstas no lo persiguen y sólo están sustentadas “por la fuerza, se convierten en fuente de resistencia y rebelión”, lo cual, podría considerarse un caso concreto de ataque grave a los derechos fundamentales de los ciudadanos que podría legitimar una respuesta violenta de los mismos. Rawls no se extiende más al respecto. Cfr. J. RAWLS, *The Law of ...cit.*, p. 88.

⁵⁸ Cfr., J. RAWLS, *A Theory of ...cit.*, p. 380.

decentes, cuyas características fueron definidas años más tarde en *The Law of Peoples*. En cualquier caso, la idea central expuesta por Rawls es que la conservación de las instituciones justas y de la libertad misma justifica que, en los dos supuestos que constituyen una causa justa para la guerra, todos los ciudadanos compartan el deber de participar en la defensa de la sociedad. Y añade algo muy importante que poseía una fuerte implicación política en aquel momento en el que la sociedad estadounidense estaba inmersa, desde hacía ya varios años, en la Guerra del Vietnam⁵⁹. En ese contexto Rawls había defendido en público y de forma reiterada su idea sobre el carácter injusto de esta contienda y, en particular, había manifestado su oposición a un sistema de selección de reclutas que admitía tratos de favor hacia algunos colectivos. Ahora vuelve sobre esa idea subrayando que nadie pueda eludir sus obligaciones cuando se está en un proceso de “seleccionar a aquellos que son llamados por el deber”⁶⁰.

(2). Rawls clarifica algo más su posicionamiento personal ante estos complejos temas (2.1) al distanciarse de la doctrina iusnaturalista cristiana del doble efecto, y (2.2) al considerar las consecuencias que podrían derivarse del hecho de que un líder político aceptara las máximas morales defendidas por el pacifismo general, como en la hipótesis de un dirigente cuáquero al frente de un pueblo democrático sometido a una agresión armada.

(2.1). En relación con la primera de las doctrinas, Rawls reconoce que entre su planteamiento y el defendido por la doctrina cristiana del doble efecto en el ámbito de la teoría de la “guerra justa” existen similitudes y también diferencias significativas. Es evidente que comparten el mismo ideal: el de defender que la paz es posible entre los pueblos y que ese valor debe guiar siempre las relaciones internacionales. Sin embargo, sus posi-

⁵⁹ Cfr. T. POGGE, *John Rawls. His Life and Theory of Justice*, translated by Michelle Kosch, Oxford-New York, Oxford University Press, 2007, p. 19. Nos relata Pogge que Rawls “junto con su compañero Roderick Firth, participó en Washington en una conferencia contraria a la Guerra celebrada en mayo de 1967. En el trimestre de la primavera de 1969, impartió un curso titulado “Problemas de la Guerra” en el que discutió varios puntos de vista en torno a si los Estados Unidos estaban legitimados para ir a la Guerra en Vietnam (*ius ad bellum*) y sobre el modo en el que habían realizado la conducción de la guerra (*ius in bello*)”.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 381. También habría que recordar que las proclamas pacifistas defendidas desde distintos movimientos sociales estadounidenses, desarrolladas durante la década de los años sesenta, se centraron en criticar las guerras imperialistas y en denunciar el peligro nuclear; mientras que décadas antes, la defensa del pacifismo solía ir asociado a las tesis que abogaban por la neutralidad ante conflictos bélicos iniciados o en ciernes, como sucedió ante la Primera y la Segunda Guerra Mundial.

cionamientos teóricos difieren a la hora de legitimar acciones que podemos denominar *límite*, supuestos en los que están implicados sujetos inocentes, como es el complejo caso de la llamada “emergencia suprema”, al que Rawls prestó bastante atención. La doctrina iusnaturalista cristiana, basada en la teoría del doble efecto de origen tomista, sólo admite el daño a sujetos inocentes en el transcurso de una acción legítima siempre que ese mal no sea querido, y sólo cuando se produzca como un daño colateral⁶¹. Por el contrario, la tesis defendida por Rawls admite que, en determinadas circunstancias, muy tasadas y especialmente graves para la supervivencia de un pueblo, es justificable utilizar deliberadamente la fuerza contra sujetos inocentes⁶².

(2.2). Al referirse, en segundo lugar, a la actitud de máxima responsabilidad que afecta a los líderes políticos especialmente en los casos de conflictos bélicos, Rawls rechaza la posibilidad de que un cuáquero, que pretenda ser fiel a las exigencias derivadas de su fe, acceda a cargos gubernamentales sobre los que recaiga la capacidad de tomar decisiones importantes en conflictos armados. La razón es clara según nuestro autor y se fundamenta en que los principios morales que guían la conducta de esta confesión religiosa proscriben el uso de la fuerza y exigen a sus miembros la renuncia total a la violencia. Esta prescripción conduciría al líder político cuáquero a prohibir el uso de la fuerza armada, de modo que no podría ordenar la aplicación de ninguna medida violenta ni siquiera amparándose en el argumento de la legítima defensa. Se pondría entonces en riesgo la supervivencia de las

⁶¹ Para una exposición más detallada de la doctrina del doble efecto, véase, por ejemplo A. J. Bellamy, *Guerras justas. De Cicerón a Iraq*, traducción de Silvia Villegas, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 75, en donde el autor indica que: “En la formulación de Aquino, la doctrina del doble efecto incluye dos elementos fundamentales. El primero es que todo acto puede tener dos consecuencias: una intencional y otra que no lo es. La única intención legítima que puede tener un individuo es la autopreservación. Incluso en esta circunstancia, el que mata en defensa propia debe demostrar que su intención era defenderse y no matar a su atacante. Los gobiernos, por su parte, deben demostrar que su intención es promover el bien común y sólo tienen que actuar cuando su causa es justa. El segundo elemento del doble efecto está centrado en las consecuencias objetivas y pregunta si son proporcionales. Aun si la intención es buena, debemos estar seguros de que el posible bien sea mayor que las posibles consecuencias negativas. Sólo se debe iniciar una guerra si la injusticia contra la que está dirigida es mayor que las posibles injusticias de la guerra misma”.

⁶² Cfr. J.M. GARRÁN MARTÍNEZ, “La doctrina de la “guerra justa” en el pensamiento...op.cit., pp. 54 y ss y 78 y ss.

sociedades y de los regímenes democráticos, algo absolutamente inaceptable para Rawls⁶³.

(3). Por último, en relación con lo que él denomina la visión amplia de la cultura política pública defendida, en este caso en su escrito *The Idea of Public Reason Revisited*, es preciso recordar una alusión al pacifismo seguido por los cuáqueros. Se refiere Rawls a un tipo de discurso, que denomina “testimonio” y que difiere de la llamada desobediencia civil, porque, según nos dice, “no apela a los principios y valores de una concepción política liberal de la justicia”. Los cuáqueros, prosigue, lo mismo que la oposición que muestran los católicos al aborto, aceptan como ley legítima la que es fruto de una votación de acuerdo con la idea de la razón pública⁶⁴. Pero consideran que, ante determinadas normas, deben, primero, informar de su oposición personal y comunitaria a esa ley y, segundo, dar testimonio de su fe, porque esa es la razón esencial que les lleva a disentir de la norma. Rawls considera, además que, en cualquier caso, los debates, cuando éstos siguen la razón pública, “enriquecen la cultura política de la sociedad y fortalecen su comprensión entre unos y otros, incluso cuando el acuerdo no puede ser alcanzado”, como sucede cuando se plantean algunas propuestas radicales defendidas por algunas teorías pacifistas generales en las democracias constitucionales⁶⁵.

También es importante recordar que, aparte de esas tres referencias, Rawls juzga positivamente el pacifismo al destacar la relevancia política y social de sus opiniones y de sus críticas, lo que sucede es que tampoco pone nombre y apellidos a ese discurso. Considera, por ejemplo, que esta teoría concuerda con determinados principios políticos de las sociedades democráticas, como son los de “una aversión común al uso de la guerra y de la fuerza y una creencia en el *status* igual de los hombres en cuanto personas morales”. Esta valoración positiva contenida en *A Theory of Justice* y realizada en el contexto de su análisis en torno a la desobediencia civil y a la objeción de conciencia, tiene una clara trascendencia política. Refiriéndose principalmente al pacifismo desarrollado a finales de los años sesenta, Rawls reconoce al pacifismo de aquel periodo, aunque creo que

⁶³ Cfr. J. RAWLS, *The Law of...cit.*, pp. 103 a 105.

⁶⁴ Recordamos que es definida por Rawls como la razón que “especifica al nivel más profundo los valores morales y políticos fundamentales para determinar las relaciones de un gobierno democrático constitucional con sus ciudadanos y la relación de éstos entre sí”. Cfr. J. RAWLS, “*The Idea of Public Reason Revisited*”, in *The Law of Peoples...cit.*, p. 132.

⁶⁵ Cfr. *Ibid.*, pp. 156 n y 170 y 171.

su opinión podría hacerse extensible a todas las épocas, el haber tenido la importante función social “de alertar a los ciudadanos sobre los errores que los gobiernos están dispuestos a cometer en su nombre”, alusión ésta que nos permite interpretar que nuestro autor se refiere, en concreto, a los pueblos democráticos⁶⁶.

Sería interesante, además, relacionar estas reflexiones con la honda preocupación que Rawls mostró al referirse a ciertas características de la política exterior practicada en aquel momento histórico. Así advertía, por ejemplo, de “la tendencia de las naciones, particularmente, las grandes potencias, a participar en guerras injustificables”, o cuando utilizaba la expresión “los voraces objetivos del poder estatal”, o mencionaba la habitual “tendencia de las personas a aceptar las decisiones de sus gobiernos de emprender la guerra”⁶⁷ sin que se hubiera producido un debate previo y público lo suficientemente profundo sobre materias que afectan a la vida de los ciudadanos de forma tan grave.

3. COMENTARIOS FINALES

Finalizaré mi exposición, con tres breves conclusiones relacionadas cada una de ellas con de las dos concepciones de paz mencionadas a lo largo de este estudio: la “paz justa” y la “paz democrática” y con la crítica al llamado “pacifismo general”.

3.1. No cabe duda de que el circunscribir, casi por completo, el análisis de la “paz justa” al contexto bélico, Rawls dejó al margen del debate en torno a esta concepción de la paz todas aquellas reflexiones que pudieran desarrollarse sobre el complejo encaje entre el valor de la justicia y el de la paz. No obstante, debe recordarse que ya al inicio de su obra *A Theory of Justice*⁶⁸ había subrayado el papel de la justicia como “primera virtud” de las sociedades. Enteramente consonante con ello es su rechazo del pacifismo general o absoluto, pues, para nuestro autor la paz no es admisible a cualquier precio o condición. Hay situaciones en las que la violencia está justificada y son precisamente las graves violaciones a los derechos humanos, tal y como Rawls las concibe en el ámbito internacional, las que marcan los límites de la paz. Una situación de paz es justa porque existe un

⁶⁶ Cfr., J. RAWLS, *A Theory of...cit.*, p. 370.

⁶⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 382.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 3.

mínimo respeto al ejercicio de los derechos, si es de otro modo, no puede calificarse como estado de paz justo.

3.2. Mucho más controvertida es la concepción de “paz democrática” defendida por Rawls. Él mismo fue consciente de ello al mencionar una serie de ejemplos históricos para validar su tesis de que los pueblos liberales no han librado guerras entre sí desde hace siglos. Sabiendo de que esta afirmación forma parte de su concepción del derecho de los pueblos como “utopía realista” y, precisamente por ello, insiste en el deber de trabajar en el fomento de unas relaciones entre los pueblos que satisfagan los principios del mencionado derecho, a la vez que reconoce y denuncia el comportamiento que en determinadas ocasiones tienen las democracias *reales*, gracias al cual dejan de ser percibidas por otros pueblos como modelos de organización política.

La tesis de la “paz democrática” es muy compleja y el tratamiento rawlsiano de la misma se encamina más hacia la comprobación de la hipótesis fundamentada en el cumplimiento progresivo de los requisitos de estabilidad de los pueblos liberales que al debate de las controversias doctrinales a las que ha dado lugar. Por ejemplo y por referirnos a una de ellas: nuestro autor se limita a aceptar la idea liberal clásica según la cual el comercio fomenta las relaciones pacíficas entre los pueblos sin detenerse a valorar que, si bien es cierto que la práctica del intercambio se beneficia de la existencia de un clima de no hostilidad entre los países, no es menos cierto que los intereses económicos se encuentran detrás de la inmensa mayoría de los conflictos armados, bien para consolidar posiciones en el mercado internacional o bien para alcanzar nuevas cuotas en el reparto del mismo.

3.3. Por último, aunque el análisis rawlsiano del pacifismo, pueda parecer demasiado simple al diferenciar sólo entre el llamado pacifismo general y contingente, ofrece varios argumentos muy interesantes en torno a temas considerados conflictivos. Así sucede cuando Rawls sitúa la libertad personal como eje central en el que se fundamenta el deber de defensa de la comunidad; o cuando critica las políticas imperialistas y recuerda el papel que el pacifismo ha tenido y tiene como movimiento político que cuestiona las decisiones gubernamentales; o cuando se posiciona a favor de establecer ciertos límites en el contenido tanto del *ius ad bellum* como del *ius in bello*, en línea muy similar a lo establecido por las legislaciones internacionales sobre los conflictos armados y las defendidas, con sus matices correspondientes, por

la mayoría de las teorías acerca de la guerra, desde la ética cristiana hasta los principales teóricos de la “guerra justa”⁶⁹.

JOSÉ MARÍA GARRÁN MARTÍNEZ
Departamento de Historia y Filosofía jurídica, moral y política.
Facultad de Derecho. Campus Miguel de Unamuno.
Universidad de Salamanca.
Salamanca 37007
e-mail: garran@usal.es

⁶⁹ En relación con la ética cristiana, puede verse, entre otros, las referencias a la evitación de la guerra y a la justificación de la legítima defensa contenidos en el *Catecismo de la Iglesia Católica*, en donde se indica, por ejemplo, remitiéndose a la constitución pastoral *Gaudium et Spes*, promulgada por el Concilio Vaticano II, que “Todo ciudadano y todo gobernante están obligados a empeñarse en evitar las guerras. Sin embargo, “mientras exista el riesgo de guerra y falte una autoridad internacional competente y provista de la fuerza correspondiente, una vez agotados todos los medios de acuerdo pacífico, no se podrá negar a los gobiernos el derecho a la legítima defensa (Gs 79,4)”. Cfr., Iglesia Católica, *Catecismo de la Iglesia Católica*, Librería Editrice Vaticana y Asociación de Editores del Catecismo, 3ª edición, 1992, parágrafo 2308, p. 506.

**IMPLICACIONES JURÍDICAS
DE LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA
EN LAS SOCIEDADES ABIERTAS***

*LEGAL IMPLICATIONS OF THE FEMALE GENITAL MUTILATION
IN OPEN SOCIETIES*

MERCEDES VIDAL GALLARDO
Universidad de Valladolid

Fecha de recepción: 17-11-14

Fecha de aceptación: 26-5-15

Resumen: *El fenómeno migratorio ha dado paso a un tipo de sociedad abierta que permite un enriquecimiento mutuo pero, a su vez, origina tensiones que surgen de la confrontación entre las costumbres y tradiciones de un pueblo y las reglas de convivencia de otra sociedad. Esta colisión se pone de manifiesto especialmente en el tema de la mutilación genital femenina, práctica que obedece a la observancia de una norma cultural en unos casos, religiosa en otros, concebida como signo de identidad, cuando no de género. En este trabajo analizamos la situación de esta realidad en nuestro país, el marco jurídico que sirve de referencia, así como las propuestas para su erradicación, teniendo en cuenta la jurisprudencia española a partir del cuestionado principio de justicia universal.*

Abstract: *Migration brings about an open type of society which allows for mutual enrichment, but, in turn, is not without tensions that arise as a result of the confrontation between the customs and traditions of a people and the rules of coexistence of another. This collision is especially evident in the subject of female genital mutilation, a practice that reflects the observance of cultural norm in some cases, and religious in other cases, which are a sign of identity or of gender. This paper studies this issue in our country, its legal frame of reference as well as proposals for its eradication, considering the Spanish case law starting from the contested principle of universal justice.*

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D DER2013-42261-P, del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, bajo el título "Solidaridad, participación y convivencia en la diversidad".

Palabras clave: mutilación genital femenina, principio de justicia universal, sociedades abiertas.

Keywords: female genital mutilation, principle of universal justice, open societies.

1. INTRODUCCION

Las migraciones son una constante en la historia de la humanidad y responden a la necesidad de buscar mejores condiciones de vida de aquellas personas que deciden migrar, quienes llevan consigo un bagaje cultural, unas costumbres y tradiciones que representan, en muchas ocasiones, sus señas de su identidad. El fenómeno migratorio da lugar a una sociedad cada vez más abierta étnica y culturalmente. Esta diversidad, si bien es cierto que permite un enriquecimiento mutuo, no está exenta de tensiones y conflictos que surgen, en algunos casos, como consecuencia del choque de culturas que se produce. En otras palabras, los problemas se derivan de la confrontación entre las costumbres y tradiciones de un pueblo y los modos de sentir y vivir de otra sociedad. Y esta colisión se pone de manifiesto especialmente en el tema de la mutilación genital femenina.

Tradicionalmente se venía pensando que este tipo de prácticas no afectaban a los países de la órbita occidental por entender que se llevaban a cabo en territorios muy alejados de nuestras fronteras. Sin embargo, este planteamiento inicial hoy no es de recibo, pues a partir de la década de los años noventa, como consecuencia del fenómeno migratorio, residen en nuestro país ciudadanos procedentes de Estados en los que este tipo de prácticas constituye una tradición que pretenden mantener durante su permanencia en territorio español.

Es por ello que la incorporación a nuestra sociedad de familias procedentes de entornos geográficos, históricos, sociales y culturales donde la realización de la mutilación genital tiene un fuerte arraigo identitario, hace que nos encontremos frente a un fenómeno que responde a unas tradiciones ancestrales propias de algunas comunidades que se asientan en nuestro país. Por otro lado, el creciente peso demográfico de estos colectivos va a hacer que en los próximos años no sea excepcional la presencia en nuestro entorno de niñas en riesgo de ser sometidas a una de estas prácticas, si tenemos en cuenta que no sólo se han detectado supuestos de mujeres mutiladas en otros países de la Unión Europea, sino también dentro de nuestras fronteras.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, es evidente que en las respuestas que los ordenamientos jurídicos otorgan a cuestiones como la mutilación genital, subyace la defensa de los derechos humanos frente a la observancia de una norma cultural en unos casos, religiosa en otros, del grupo de pertenencia y que es concebida, en la mayoría de los supuestos, como un signo de identidad, cuando no de género. Sin embargo, no puede quedar reducida la consideración de esta práctica a un mero asunto que pertenece a la esfera de la privacidad familiar, sino que entronca directamente con la defensa, protección y promoción de los derechos humanos.

Además, la mutilación genital femenina representa uno de los supuestos conflictivos que plantea la convivencia de diferentes culturas en el contexto de las sociedades abiertas como la nuestra, conflicto cuya resolución no puede reconducirse exclusivamente a la potestad sancionadora de los estados, una vez comprobada la insuficiencia del Derecho penal y las complicaciones que añade el principio de extraterritorialidad en la persecución de esta práctica, todo ello unido a las dificultades de prueba que suelen acompañar a estas actuaciones.

A partir de estas consideraciones, lo que pretendemos con este trabajo es analizar la situación de esta práctica atentatoria contra la dignidad de la mujer en nuestro país, su regulación jurídica, así como las propuestas para su erradicación, teniendo en cuenta los pronunciamientos de nuestros tribunales, a partir del tan cuestionado principio de justicia universal que rige en esta materia.

2. ACERCA DE LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA

2.1. Prácticas que comprende

La Organización Mundial de la Salud (OMS) considera que la mutilación genital femenina comprende una amplia variedad de prácticas que suponen la extirpación total o parcial de los genitales externos o su alteración por motivos culturales u otras razones que no son de índole médica¹. Este

¹ Tal y como lo define la Organización Mundial de la Salud, en adelante OMS, la "mutilación genital femenina (MGF) comprende todos los procedimientos que, de forma intencional y por motivos no médicos, alteran o lesionan los órganos genitales femeninos" (OMS, Nota descriptiva N°241, Febrero 2010). Vid., http://pazydesarrollo.org/pdf/guia_mgf_web.pdf

mismo organismo ha clasificado las diversas prácticas rituales, en función de su mayor o menor amplitud, y así distingue entre la circuncisión, la escisión y la infibulación. Todas ellas se suelen englobar bajo el nombre de “mutilación genital femenina”². A grandes rasgos podemos decir que la primera, *la circuncisión*, es la forma menos agresiva de intervención genital. Implica la remoción del prepucio clitorideo, conservando el clítoris, la parte posterior de los labios mayores y los labios menores. Este tipo de intervención ha sido equiparada por algunos autores a la circuncisión masculina³. *La escisión* supone la eliminación de todo el clítoris y puede incluir el corte de los labios menores. Esta escisión es también conocida con el nombre de *clitoridectomía*, es decir, corte o remoción del clítoris. La modificación más drástica tiene lugar a través de *la infibulación* que consiste en la eliminación completa del clítoris y de todos los labios, con una sutura total del órgano, salvo un pequeño orificio⁴.

Si bien el término mayormente utilizado ha sido el de mutilación genital femenina (MGF), cabe señalar que estas prácticas han recibido diversos nombres. Desde circuncisión femenina, hasta cirugía genital femenina, pasando por modificaciones genitales femeninas o corte genital femenino, término, éste último, acuñado por el Fondo de Población de las Naciones Unidas (FNUAP), con la expresión *female genital cutting*, “con el fin de evitar la demonización de ciertas culturas, religiones y comunidades”⁵. También han re-

² Junto a ellas, la OMS hace mención a una *cuarta categoría* que comprende prácticas de severidad variable sobre el área genital: piercing, dry sex, stretching, cauterización del clítoris o cualquier otra práctica o manipulación del área genital realizada sin finalidad terapéutica. Vid., A. KAPLAN, *et al*, “Las mutilaciones genitales femeninas: reflexiones para una intervención desde la atención primaria”, *Revista Atención Primaria*, núm 38, 2006, p. 122.

³ A. OBIORA, “Bigges and Barricades: Rethinking Polemics and Intransigence in Campaign against Femalew”, *Case Western Reserve University Law Review*, núm 47, 1996, pp.275-378. Esta circuncisión también es llamada clitoridotomía, que procede del griego “escisión del clítoris”. En la cultura islámica la circuncisión se conoce como “sunna” (tradición), y así se menciona en algunos dichos del profeta Mahoma (ahadith).

⁴ El término infibulación procede del latín “fíbula” o pinza. Este tipo de intervención genital se conoce también con el nombre de “circuncisión faraónica” pues se cree que es un ritual que tuvo su origen en el antiguo Egipto. Vid., M.C. LA BARBERA., “Mujeres, migración y Derecho penal: el trato jurídico de la “mutilación genital femenina”, en *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Social-legal Studies*, vol. 4, núm 1, 2010, p. 37.

⁵ Esta expresión ha sido adoptada por algunos documentos oficiales recientes. En este sentido, *la United States Agency for International Development (USAID)*, pone de manifiesto que “la Circuncisión Femenina (CF), Mutilación Genital femenina (MGF), Cirugía Genital Femenina (CGF), son términos que se han utilizado para referirse a la tradición de la altera-

cibido el nombre de “intervenciones rituales sobre los genitales femeninos”, para hacer especial hincapié en su dimensión inherentemente iniciática⁶.

2.2. Procedencia, extensión y grupos de riesgo

No se puede afirmar con total seguridad cuando comienzan a realizarse este tipo de intervenciones. Tampoco hay pruebas concluyentes del lugar donde se inició esta costumbre ni hay constancia de la forma cómo se propagó. Lo que parece evidente es que dicha práctica es anterior a la aparición de las religiones monoteístas y que para determinar su génesis habría que remontarse a unos 5.000 o 6.000 años A.C, lo cual queda avalado por la aparición de algunas momias en las que se aprecia su existencia, práctica que se ha ido extendiendo por las sociedades tribales de muchos países africanos. Este hecho nos conduce a pensar que se trata de una práctica preislámica, carente de connotaciones religiosas⁷. En esta misma línea, algunos estudios ponen de manifiesto que tiene su origen en el Egipto faraónico y de ahí procedería el nombre con el que se designa a una de sus modalidades, *la infibulación*, también denominada *circuncisión faraónica*⁸.

ción de los genitales femeninos. En virtud de la política actual, la USAID utiliza el término neutral de corte genital femenino (CGF). Esta decisión ha sido motivada por el rechazo de la expresión MGF por muchos activistas y comunidades que lo consideran un juicio de valor peyorativo y no propicio para el debate y la colaboración (...) de forma que cuestiones de identidad, cultura y otras normas sociales están entrelazadas en esta práctica. Denominar la tradición por sus efectos físicos supone ignorar los presupuestos culturales del CGF (...). El término, Mutilación Genital Femenina, estigmatiza la práctica en detrimento de los programas que tratan de cambiarla (...). Vid., Anexo “USAID Policy on Female Genital Cutting (FGC): Explanation of Terminology”, en http://www.usaid.gov/our_work/global_health/pop/techareas/fgc/anneex.html

⁶ Vid., M.C. LA BARBERA, “Mujeres, migración...”, cit. p. 38.

⁷ M. D. ADAM MUÑOZ, *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva de derecho internacional privado*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba 2003, p. 25.

⁸ R. MACIAS, “Las cuchillas del terror y de la muerte”, *Revista d'estudis de la violència*, núm 11, 2º Trimestre 2010, p. 5. Tomando como fuente la información suministrada por Heródoto, en el siglo V a.C, la escisión se practicaba entre los pueblos fenicios, hititas y etíopes y se extendió a los territorios adyacentes (actualmente Sudán, Yibuti, Eritrea, Somalia y Etiopía). En el mismo sentido, se argumenta que existen pruebas suficientes para confirmar que la infibulación se consideraba una práctica habitual en el Antiguo Egipto y allí tuvo su origen, sin perjuicio de aquellas teorías que defienden que se trata de un antiguo rito africano practicado durante la pubertad, adoptado con posterioridad en Egipto.

Lo que parece incuestionable es que hoy en día este tipo de prácticas se lleva a cabo principalmente en 28 países de África subsahariana, así como en partes de Oriente Medio y Asia (Yemen, Omán, norte de Irak, ciertas regiones de India, Malasia e Indonesia, entre otras)⁹. Sin embargo, debido a los flujos migratorios, este fenómeno que fue local en su origen, se ha convertido ahora en global, en otras palabras, “la mutilación pervive en diáspora y puede encontrarse en Europa, Australia o los Estados Unidos de América. Allí donde los migrantes llevan consigo su cultura”¹⁰.

Por lo que se refiere a nuestro país, según datos proporcionados por el *Mapa de la Mutilación Genital Femenina (MGF) en España 2012*¹¹, dentro del territorio español viven 57.251 mujeres procedentes de países en los que se practica la mutilación genital femenina, con un aumento del 40% respecto a 2008. De ellas, 16.869 son niñas menores de 15 años, población que ha aumentado en un 61,4% respecto a 2008, lo que indica la antigüedad de las trayectorias migratorias de estos orígenes¹².

Teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos este tipo de prácticas es considerada como un rito de iniciación, es bastante frecuente que la edad de las niñas que la sufren se encuentre entre los 6 y los 12 años, incluso en

⁹ Vid., Informe de Unicef del 2012. <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/es/>

¹⁰ <http://www.mgf.uab.cat/esp/mgf.html>. En África, cada año unos tres millones de niñas corren el riesgo de ser objeto de alguna de estas prácticas en un contexto donde hay unos 140 millones de mujeres que sufren sus consecuencias en todo el mundo. Se calcula que en África se han sometido a MGF aproximadamente 92 millones de niñas de 10 años o más.

¹¹ A. KAPLAN y A. LÓPEZ GAY, *Mapa de la Mutilación genital Femenina en España 2012*, Universidad Autónoma de Barcelona, Fundación Wassu-UAB, Barcelona, 2013. La Fundación Wassu-UAB presenta la nueva edición del Mapa de la Mutilación Genital Femenina en España, con datos de 2012 e información detallada de todas las comunidades autónomas. Este informe constituye la cuarta actualización del mapa (2001, 2005, 2009) y tiene como objetivo caracterizar demográficamente, por razón del sexo y de la edad, así como localizar en el territorio a la población de las nacionalidades provenientes de países en los que la MGF es prevalente.

¹² *Ibidem*. Se trata de una población que ha incrementado sostenidamente, a pesar de la crisis, y en los últimos años se han diversificado las nacionalidades de origen. El 31,7% de la población femenina de esta procedencia reside en Cataluña, mientras que un 13,2% reside en Madrid y un 10,8% en Andalucía. Lérida es el quinto municipio de España con más mujeres de estas nacionalidades, Barcelona, el sexto y Salt, el octavo, los tres con más de 1.200 mujeres. En el caso de las niñas menores de 15 años, la Comunidad catalana acapara el 36.6% del total, índice que representa más de 6.000 niñas, cifra que se ha visto incrementada en casi 2.000 desde el año 2008. Quizá estos datos vengan a justificar por qué esta Comunidad sea una de las pioneras en la adopción de medidas orientadas a la erradicación de esta mutilación, como veremos posteriormente.

edades más tempranas, en función del valor que tenga en la comunidad a la que pertenecen¹³ y sólo excepcionalmente se realice en la edad adulta. Como apuntan algunos autores “su aparición en las ciudades, como consecuencia de la emigración desde las áreas rurales, ha supuesto incluso una progresiva transformación en la forma de llevar a cabo esta práctica, pues hoy se realiza de forma clandestina, individualizada y a edades mucho más tempranas, incluso sobre bebés”¹⁴.

2.3. Significado: práctica religiosa o seña de identidad

La praxis de la mutilación genital representa la expresión de una de las desigualdades de género más profundamente arraigadas, en la que intervienen diversos factores, culturales una vez, sociales otros, vinculados a creencias religiosas en determinadas ocasiones, pero siempre inherentes a los valores propios de sociedades, comunidades y familias patriarcales¹⁵. Es por ello que a estas intervenciones rituales se les ha atribuido distinto significado simbólico, vinculado a razones de tipo religioso, socio-cultural, estético o de índole sexual y reproductiva¹⁶ que reflejan aspectos diferentes, todos ellos relacionados con la definición de la edad adulta, la identidad étnica, el

¹³ J. ROSELL, “La mutilación genital femenina”, en *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, AA.VV, A. MOTILLA (ed.), Trotta, Madrid, 2004, p. 231.

¹⁴ J. ROPERO CARRASCO, “La mutilación genital femenina: una lesión de los derechos fundamentales de las niñas basadas en razones de discriminación sexual”, *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. IV, 2003, p. 357. J. ROSELL, “La mutilación genital femenina” ..., cit. p. 231. En palabras de este autor, “en algunos países estas prácticas han sido incorporadas de tal manera que, en ocasiones, son realizadas en hospitales y llevadas a cabo por personal sanitario con medios menos rudimentarios que los habituales, aunque prescindiendo de la anestesia o empleando únicamente un anestésico local”.

¹⁵ F. JIMÉNEZ GARCÍA, “La mutilación genital femenina (MGF) y el principio de extraterritorialidad. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional 9/2013, de 4 de abril de 2013”, *Revista de Derecho Internacional Público*, vol. LXV, 2013, p. 250.

¹⁶ M. E. TORRES FERNÁNDEZ, “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm 17, 2008, p. 12. En palabras de esta autora “bajo esta práctica subyacen distintos tipos de legitimación que pueden reconducirse a razones de índole sexual y reproductiva, como la creencia de mejora de la fertilidad o el peligro que puede entrañar a la hora del alumbramiento de los hijos. En otros casos, se aluden a razones de estética o de belleza, como que los genitales femeninos son feos y hay que cortarlos o que son una parte masculina del cuerpo de la mujer y por ello deben desaparecer para así reintegrar a la mujer en su plena feminidad, si bien, frecuentemente se hace alusión a la ablación como un acto de purificación que hace más digna a la mujer que se somete a él (...). Vid., V. CASADO, “La mutilación genital femenina como forma de violación de

género o la posibilidad de contraer matrimonio.¹⁷ Vamos a analizar por separado las razones esgrimidas para legitimar su práctica¹⁸.

Bajo su configuración como práctica tradicional justificada por razones religiosas, estas intervenciones rituales no están contempladas en ninguna de las tres religiones monoteístas pero están difundidas entre musulmanes, cristianos, y falashas (judíos negros de Etiopía). Sin embargo, la justificación religiosa de esta práctica es difícilmente sostenible porque mientras las zonas de África central islamizada la mantuvieron, países como Arabia Saudí, la cuna del Islam, la desconoce¹⁹. Convive además con religiones animistas, con el cristianismo e incluso con el judaísmo ortodoxo. En el Corán no se cita esta mutilación genital, aunque hay algunos *hadices* que la reconocen como una práctica preislámica, nunca concebida como una intervención obligatoria²⁰. Por tanto, no encuentra su fundamento en ningún precepto coránico sino que “se trata del resultado de una interpretación sesgada, puntual, no gene-

los derechos humanos”, en *Género y Derechos humanos*, A. GARCÍA INDA y E. LOMBARDO (coords), Zaragoza, 2002, p. 419.

¹⁷ M. C. LA BARBERA, “Mujeres, migración y derecho penal...”, cit. p. 39. La autora realiza un análisis detallado de las diversas motivaciones que tratan de dar sentido a estas intervenciones en los genitales femeninos a través de distintos estudios efectuados sobre este particular, Vid. A. OBIORA, “Bridges and Barricades: Rethinking Polemics...”, cit. pp. 275-378. C. OBERMEYER, “Female Genital Surgery: The Known, the Un known, the unknowable”, *Medical Anthropology Quarterly*, vol. 13, núm 1, 1999 pp. 79-106; F. AHMADU., “Rites and Wrongs: An Insider/Outsider Reflects on Power and Escision”, en B.Shell-Duncan y Y. Herlund (eds), *Female “Circuncision” in Africa, Culture, Controversy and Change*, Boulder, Colorado, 2000, pp. 575-622; L. FAVALLI, “Whats is Missing? Female Genital Surgeries - Infibulation, Excision, Clitoridectomy, in Eritrea”, *Global Jurist Frontiers*, vol. 1, 2001, pp. 1-99; S. JAMES y C. ROBERTSON, *Genital Citting and Transnational Sisterhood. Disputing U.S. Polemics*, University of Illinois Press, Chicago, 2002.

¹⁸ Vid., M.C. LA BARBERA, “Intervenciones sobre los genitales femeninos. Entre el bisturí del cirujano plástico y el cuchillo ritual”, *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*, núm 2, 65, pp. 445-464. <http://rdtp.revistas.csic.es/index.php/rdtp/article/viewFile/236/237>.

¹⁹ Vid., N. AL-SA DAWI., *La cara desnuda de la mujer árabe*, 2º ed. Madrid, 2011, p. 60. M. CHARFI., “L’influence de la religion dans Droit International privé des pays musulmans”, *Recueil des Cours 1987*, vol. 203, pp. 321-454.

²⁰ M.J. GUERRA PALMERO, “Culturas y género; prácticas lesivas, intervenciones feministas y derechos de las mujeres”, *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política*, núm 38, enero-junio, 2008, p. 69. A juicio de esta autora “hay que tener en cuenta, no obstante, que en la elaboración que hacen las diferentes escuelas jurídicas de estas prácticas, no hay consenso. Así, para la escuela malakí, actualmente en vigor en el Magreb, el jitân (circuncisión masculina) es una práctica obligatoria para los hombres mientras que el jifâd (mutilación femenina) es sólo recomendable para las mujeres. En cambio, para la escuela shâfií, esta intervención es obligatoria, gâdjib, y esta escuela rige actualmente en Bahrein, África Oriental y Egipto”.

ralizada y, desde luego, aberrante”²¹. Esta práctica, de hecho, “se deriva de la tradición oral, puesto que son los proverbios atribuidos a Mahoma los que se invocan en este caso, y su veracidad no es unánimemente aceptada por los líderes islámicos”²². Sin embargo, esta significación religiosa ha seguido siendo defendida por algunos representantes religiosos más puros defensores del integrismo islámico que utilizan este tipo de prácticas como escudo frente a la que consideran “amenazante intromisión” de la cultura occidental en la conservación y el fomento de las costumbres y tradiciones islámicas. Lo cierto es que a pesar de la desvinculación de esta práctica de los libros sagrados, su identificación con el Islam ha sido utilizada, por determinados sectores, como estrategia estigmatizadora de la religión musulmana²³.

Hoy parece más sostenible la tesis que concibe esta intervención genital como una especie de rito de iniciación que marca el paso de la pubertad a la edad adulta, rito a través del cual se transmiten normas sociales y secretos de la sabiduría popular. Se trata de una práctica que se realiza exclusivamente entre mujeres y constituye la manera de transferir la cultura femenina de una generación a la siguiente²⁴. Por esa razón, las comunidades oponen fuerte resistencia a las medidas que los distintos países adoptan para la erradicación de estas prácticas²⁵. Además, sirve para afirmar la identidad de género de la mujer que la sufre pues, como parte del rito de iniciación a la edad adulta, esta definición de género está directamente vinculada a la posibilidad de casarse²⁶. Sólo una mujer iniciada está preparada para contraer matrimonio²⁷.

²¹ J.M. TEROL, “Islam y Derecho Internacional: influencia y desencuentros”, en S. CATALÁ y J.M. MARTÍ SÁNCHEZ (eds.), *El Islam en España*, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, p. 108. En el mismo sentido se pronuncia Z. COMBALÍA, “Inmigración y tutela de los derechos de libertad religiosa en España”, en AA.VV., *Migraciones, Iglesia y Derecho. Actas del V Simposio del Instituto Martín de Azpilicueta sobre Movimientos migratorios y acción de la Iglesia. Aspectos sociales, religiosos y canónicos*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2003, p. 154.

²² J. ROSELL, “La mutilación genital...”, cit. p. 232.

²³ M.J. GUERRA PALMERO, “Culturas y género...”, cit. p. 69.

²⁴ Vid., M.D. ADAM MUÑOZ, *La protección de los derechos de las mujeres en una sociedad multicultural*, Córdoba 2001, pp. 50 y ss.

²⁵ O. NNAEMEKA, “If Female Circumcision Did Not Exist, Western Feminism Would Invent It”, en *Eye to Eye: Women Practicing Development across cultures*, Londres, 2001, p. 177.

²⁶ M.C. LA BARBERA, “Cuerpo femenino y diferencia cultural: el caso de la mutilación genital masculina”, T. AGUADO ODINA y M. del OLMO PINTADO (eds.), *Educación Intercultural: Perspectivas y propuestas*, Madrid, 2009, pp. 333-360.

²⁷ M.C. LA BARBERA, “Mujeres, migración y Derecho penal...”, cit. p. 40. En palabras de esta autora “por esta razón las mujeres africanas someten a sus hijas a estas intervenciones

Tiene, en consecuencia, “el efecto de traumático rito iniciático, ejercido por otras mujeres dedicadas a esta tarea, con el fin de señalar el lugar de sumisión de la niña o adolescente frente al futuro marido, así como frente a las mujeres mayores”²⁸.

En definitiva, a la experiencia derivada de estas prácticas se le atribuye un papel fundamental en la creación de relaciones sociales, pues quienes son sometidas a ellas desarrollan un fuerte sentido de solidaridad, de mutua ayuda y de hermandad²⁹. Desde este punto de vista, las intervenciones rituales sobre los genitales están profundamente vinculadas a la identidad étnica y actúan en el contexto de una estructura social centrada en el grupo³⁰. En algunas sociedades estas prácticas funcionan como auténticos marcadores étnicos al mismo nivel que lo hacen aspectos como la raza, la lengua o la religión, permitiendo recordar a los miembros su pertenencia al grupo, lo cual justificaría su difusión en la diáspora desde las excolonias africanas³¹.

Compartimos la opinión de aquellos que consideran que con independencia del significado que estas prácticas tuviesen en su país de origen, “las intervenciones rituales sobre los genitales adquieren nuevos significados en los países occidentales, donde se han convertido en símbolos de tradición, identidad y autenticidad, transformando el cuerpo de la mujer en una frontera étnica”³². Además, en aquellos casos en que el proceso migratorio se prevé con carácter provisional, la continuación de esta práctica ritual significativa en el país de origen representa, desde una perspectiva de retorno, una garantía de reintegración³³.

rituales ya que una niña no circuncidada es considerada inaceptable para el matrimonio. De manera que una madre que no exponga a su hija a la extirpación en determinadas comunidades es considerada una mala madre que no cumple con sus deberes y, por tanto, se sentirá culpable de no dar cabida a su hija en una vida social normalizada con éxito matrimonial”.

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ A. MORINIS, “The Ritual Experience: Pain and the Transformation on Consciousness in Ordeals of Initiation”, *Ethos*, vol. 13, núm 2, 1998, p. 154.

³⁰ E. GRANDE, “Hegemonic Human Rights and African Resistance: Female Circumcision in a Broader Comparative Perspective”, *Global Jurist Frontiers*, vol. 4 núm. 2, 2004, p. 15.

³¹ M.C. LA BARBERA, “Mujeres, migración y Derecho penal...”, cit. p. 40.

³² *Ibidem.*, p. 41.

³³ S. JOHNSDOTTER, “Persistence of Tradition or Reassessment of Cultural Practices in Exile? Discourses on Female Circumcision among and about Swedish Somalia”, en B. SHELL-DUNCAN y Y. HERNLUND (eds), *Transcultural Bodies. Female Genital Cutting in Global Context*, New Brunswick, 2007, p. 116.

3. MARCO JURÍDICO DE REFERENCIA

Con independencia de cuales sean las razones esgrimidas en aras a legitimar este tipo de prácticas atentatorias contra la dignidad de la mujer, se trata de intervenciones que han sido reconocidas internacionalmente como un problema global. Según UNICEF “la práctica de la mutilación genital femenina no está limitada a los países en que se ha practicado tradicionalmente. La emigración africana a los países industrializados es una característica presente desde el final de la segunda guerra mundial y muchas de las emigrantes provienen de países que la practican. Más allá de los patrones migratorios, con frecuencia reflejan los lazos establecidos en el pasado colonial”³⁴. Se trata, en consecuencia, de una práctica reprobada por los distintos ordenamientos jurídicos³⁵, no sólo a nivel internacional y europeo³⁶, sino también en la esfera de nuestro sistema jurídico nacional y autonómico.

³⁴ Informe de UNICEF. *Cambiar una convención social perjudicial: la ablación o mutilación genital femenina*, Siena, Unicef, 2005, Centro de Investigaciones Inocenti. Vid., <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/fgm-e.pdf>.

³⁵ Vid., A. FACHHI, “Mutilaciones genitales femeninas y derecho positivo”, *Derechos de las Minorías en una sociedad multicultural*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo general del Poder Judicial, J. De LUCAS MARTÍN (coord.), núm 11, 1998, pp. 141 y ss.

³⁶ Resultan de especial interés para nuestro estudio, algunos de los trabajos que analizan esta práctica desde una perspectiva de derecho comparado. Vid., *Legislación sobre mutilación genital femenina en Europa y su aplicación en Bélgica, Francia, España, Suecia y el Reino Unido*, E. Leye y J. Deblonde (coord.), International Centre for Reproductive Health, Universidad de Gante, Ghent, ICRH, 2004. http://issuu.com/josegarciaanon/docs/brochure_fgm_legislation_spanish; E. LEYE, J. DEBLONDE, J. De LUCAS, J. GARCÍA AÑÓN, S. JOHNSDOTTER, A. KWATENG-KLUVITSE, L. WEIL-CURIEL, *A comparative analysis of the different legal approaches towards female genital mutilation in the 15 EU Member States, and the respective judicial outcomes in Belgium, France, Spain, Sweden and the United Kingdom*, E. Leye y J. Deblonde (coord.), International Centre for Reproductive Health, Universidad de Gante, ICRH Publications n° 8, Ghent, ICRH, 2004, <http://www.icrh.org/files/icrh%20publications%20n%20n%20comparative%20analyse2.pdf>; AA.VV., “An analysis of the implementation of laws with regard to female genital mutilation in Europe”, en *Crime, Law, and social change*, Springer Netherlands, vol. 47, núm. 1, 2007, pp. 1-31; AA.VV., *Evaluating the impact of existing legislation in Europe with regard Female Genital Mutilation. Spanish National Report*, Daphne programme (Directorate General of Justice and Home Affairs. European Commission), Group of Studies on Citizenship, Migration and Minorities, University of Valencia, Valencia, 2003-2004, pp. 1-111, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2008, (http://www.uv.es/CEFD/17/Daphne_SpanishReport_February_04.pdf).

3.1. Instrumentos de Derecho Internacional

Son muy diversas las Declaraciones y Convenciones que de una manera más o menos directa vienen a sancionar este tipo de prácticas que representan una violación de los derechos humanos de millones de mujeres³⁷. En primer lugar, es de aplicación a esta materia las disposiciones por las que se rige la comunidad internacional basadas en los principios de igualdad, libertad y eliminación de toda forma de discriminación. Es el caso de la *Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948* que, partiendo del reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, la dignidad y la igualdad de derechos entre hombres y mujeres (art. 2), establece que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes” (art. 2)³⁸. En el mismo sentido se pronuncian el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, junto a la *Conferencia Internacional de la ONU sobre Población y Desarrollo*, cuyos textos abordan el derecho al disfrute de la salud y el bienestar físico y mental e insisten en la promoción de una política pública educativa de los países afectados³⁹.

A partir de esas disposiciones, es indudable que el consenso internacional ha evolucionado hacia el reconocimiento de distintas violaciones de los derechos humanos tomando como referencia el papel social encomendado a la mujer y la creación de instrumentos jurídicos específicos para su eliminación. A esta finalidad responde la *Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979*⁴⁰. Esta norma obliga a los Estados a adoptar las medidas apropiadas para la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias o de otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o que encuentren su fundamento en roles estereotipados asignados convencionalmente a hombres y mujeres⁴¹. A través de esta Convención se crea el *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*, órgano encarga-

³⁷ M.D. ADAM MUÑOZ, *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones*, op. cit. pp. 33 y ss.

³⁸ J.A. CARRILLO SALCEDO, “Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, AA.VV., *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*, Homenaje al Prof. Díez de Velasco, Madrid, 1993, pp. 167-178.

³⁹ Vid., M. HERRERA MORENO, “Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina”, *Revista de Derecho Penal*, núm 5, 2002, p. 58.

⁴⁰ <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

⁴¹ Vid., C. BUSTELO GARCÍA DEL REAL, “Progresos y obstáculos en la aplicación de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, en

do de vigilar su observancia que va a dictar la *Recomendación General n° 14*, en el año 1990. Esta Recomendación solicita a los Estados parte que adopten las medidas adecuadas y eficaces para la erradicación de la Mutilación genital femenina, especialmente la adopción de medidas sanitarias y educativas.

En este mismo sentido, en el año 1993 se aprueba la *Declaración de Naciones Unidas sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer*⁴². Aporta este texto una amplia definición de violencia contra la mujer, encuadrando dentro de ella la mutilación genital femenina, prohibiendo su art. 4 a los Estados “invocar ninguna costumbre tradición o consideración religiosa para eludir su obligación”, en otra palabras, para eludir su compromiso en orden a la erradicación de la violencia de género.

Otros textos internacionales abordan este tema desde la perspectiva del reconocimiento de la igual libertad entre el hombre y la mujer en el ejercicio de los derechos a la salud sexual y reproductiva⁴³. Ejemplo de ello son la *Declaración y la Plataforma de Acción de Pequín* de 1995 y la *Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre población y desarrollo* de 1994⁴⁴.

Por su parte, la *Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*⁴⁵, vincula la práctica de estas intervenciones a la eliminación de discriminación fundada en creencias religiosas o ideológicas. Esta Declaración protege los derechos de los menores frente a prácticas culturales o confesionales atentatorias contra su dignidad, de manera que “la práctica de la religión o convicciones en las que se educa a un niño no deberá perjudicar a su salud física o mental ni a su desarrollo integral” (art. 5.5).

Teniendo en cuenta que esta mutilación suele llevarse a cabo sobre menores, merece especial mención lo dispuesto en la *Convención sobre los dere-*

La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995, F. Mariño Menéndez (ed.), Madrid, 1996, p. 53.

⁴² <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2018.pdf>

⁴³ Sobre este particular Vid., A. KAPLAN MARCUSAN., “Mutilaciones genitales femeninas: entre los derechos humanos y el derecho a la identidad étnica y de género”, en *Multiculturalidad, Cuadernos del Poder Judicial*, J. De Lucas Martín (coord.), núm 6, 2001, pp. 197-199.

⁴⁴ Vid., M.E. TORRES FERNÁNDEZ, “La mutilación...”, cit. p. 4. Esta perspectiva orienta el tratamiento del tema como un aspecto del derecho de las mujeres a disfrutar del mayor nivel posible de la salud en un concepto amplio de ésta, ligado al pleno disfrute de los derechos sexuales y reproductivos.

⁴⁵ http://www.tc.gob.pe/tratados/uni_ddhh/instru_alca_especifici_uni/instru_dere_civ/relig/decla_relig.PDF

chos del niño de 1989 que obliga a los Estados parte a adoptar las medidas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de prejuicio o abuso físico o mental (art. 19), así como las medidas eficaces para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para su salud (art. 24.3), en una clara alusión a la mutilación genital⁴⁶.

No obstante, la ausencia de carácter vinculante de estos textos y la obstinación de algunos grupos por la pervivencia de estas prácticas al quedar vinculadas a motivos religiosos y culturales, ha dado lugar a que la comunidad internacional haya actuado de forma más efectiva, dictando Declaraciones y Resoluciones por parte de organismos internacionales y regionales en las que se insta a los Estados a adoptar medidas penales y administrativas así como a fomentar medidas de carácter social tendentes a establecer políticas de prevención⁴⁷.

En este sentido, se aprueba la *Resolución 67/146*, de la Asamblea General de 20 de diciembre de 2012 sobre la *Intensificación de los esfuerzos mundiales para la eliminación de la mutilación genital femenina*⁴⁸. En ella se establecen los principios rectores esenciales que han de regir las políticas nacionales e internacionales para la eliminación de esta práctica. Su objetivo es el empoderamiento de las mujeres y de las niñas como medida esencial para poner fin a la discriminación y para proteger los derechos humanos, entre ellos, el derecho al más alto nivel posible de la salud mental y física, incluida la salud sexual y reproductiva. Para ello, se insta a los Estados a la adopción de programas y actividades de información, concienciación y educación, vinculados directamente con las políticas de integración de las comunidades afectadas desde un enfoque amplio y sistemático que tenga en cuenta las diferencias culturales y la perspectiva social. Asimismo, esta Resolución insta a los Estados a adoptar medidas punitivas contra esta práctica, bien se realice dentro o fuera de las instituciones médicas para poner fin a la impunidad de tales actividades.

⁴⁶ Vid., M. HERRERA MORENO, "Multiculturalismo y tutela penal...", cit. p. 58. En definitiva, aboga esta Convención por "la abolición de prácticas de victimización infantil basadas en la tradición".

⁴⁷ Vid., J. ROSELL, "La mutilación genital...", cit. pp. 234-236. Este trabajo hace una recopilación de documentos en los que las Naciones Unidas ha expresado su interés por la erradicación de esta práctica.

⁴⁸ http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/67/PV.60&Lang=S.

Vid., F. JIMÉNEZ GARCÍA, "La mutilación genital femenina...", cit. p. 351.

3.2. Regulación jurídica comunitaria europea

Partiendo de la consideración de que la mutilación genital constituye un ataque frontal a los más elementales derechos de las personas, en el seno de la Unión Europea se han adoptado una serie de medidas para evitar su práctica o para sancionarla, en el caso de que ésta ya se haya producido. La primera medida adoptada en este sentido viene de la mano de la *Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio de 1986 sobre agresiones a la mujer*⁴⁹. Su art. 47, bajo la rúbrica de “mujeres pertenecientes a minorías”, lamenta la práctica de la ablación y la infibulación entre ciertos grupos de inmigrantes residentes en los Estados miembros; pide a las autoridades nacionales de estos países que adopten y apliquen la legislación que prohíba estas prácticas y que eduquen a las mujeres sobre las consecuencias nefastas de las mismas.

En esta misma línea de condena, el Parlamento Europeo dicta la *Resolución sobre Mutilación Genital Femenina en Egipto*, de 10 de julio de 1997⁵⁰. A través de ella se insta a los Estados miembros a perseguir a quienes lleven a cabo estas prácticas así como a conceder asilo a las mujeres que lo soliciten por esta causa⁵¹. Posteriormente, en el año 2001 se aprueban sendas *Resoluciones del Parlamento europeo de 20 de septiembre sobre Mutilaciones Genitales Femeninas*⁵²

⁴⁹ <http://funvic.org/paginas/legislacion/legi6.htm>

⁵⁰ En esta Resolución el Parlamento Europeo se pronuncia sobre lo acontecido en este país en relación a esta práctica, ya que el Tribunal Administrativo de El Cairo anuló la Orden del Ministerio de Sanidad de Egipto de julio de 1996 en la que se prohíbe la práctica de la ablación del clítoris en los hospitales públicos y el Consejo de Estado de este país admitió como lícita la misma. A través de esta Resolución se apoya firmemente la decisión del Gobierno egipcio y de su Ministerio de sanidad de recurrir la sentencia del Tribunal Administrativo y la continuidad de esta campaña.

⁵¹ En esta misma línea, en junio del año 2000, el Parlamento Europeo emite una propuesta de Resolución sobre la mutilación genital femenina, complementaria de la anterior, en la que se considera que esta práctica “constituye un atentado gravísimo a la salud psíquica y física de las mujeres y de las jóvenes y que ninguna motivación de naturaleza cultural o religiosa la puede justificar. Por este motivo invita al Consejo, a la Comisión y a los Estados miembros, entre otras acciones a “tratar las mutilaciones genitales femeninas como un crimen contra la integridad personal”.

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2001-0476+0+DOC+XML+V0//ES>. Un año más tarde, la Unión europea celebra la primera conferencia sobre mutilación genital femenina organizada con la finalidad de compartir experiencias y poner en conocimiento de los Estados de la Unión los problemas que se derivan de su práctica para poder ofrecerles tratamiento y solución.

⁵² Resolución del Parlamento Europeo (A5-0285/2001) sobre las mutilaciones genitales femeninas (2001/2035 INI), DO C 77 E, 28-3-2002). En el número 31, in fine, solicita a los

y de 25 de octubre sobre *Mujeres y Fundamentalismo*⁵³. En la primera de ellas se condena enérgicamente esta práctica por representar una violación de los derechos humanos y se solicita a los Estados miembros que adopten todas las medidas informativas, preventivas, penales y administrativas, para hacer frente a las mismas. Por su parte, la segunda Resolución denuncia, en el apartado V, la utilización de prácticas culturales y tradicionales como la mutilación genital y su considerando 3 pone de manifiesto que “dentro de la Unión Europea, la defensa de los derechos de las mujeres implica la imposibilidad de aplicar normativas y tradiciones opuestas o no compatibles (...), de manera que no se admitirá que bajo pretexto de creencias religiosas, prácticas culturales o consuetudinarias, se violen los derechos humanos (...)”⁵⁴.

La cámara europea volvió a pronunciarse sobre esta materia en dos nuevas Resoluciones. *La Resolución de 16 de mayo de 2008*⁵⁵ establece las prioridades en las estrategias europeas relacionadas con los derechos de los niños para instar a los Estados miembros a que apliquen medidas legales específicas sobre mutilación genital femenina, así como que elaboren leyes que permitan la adopción de acciones penales contra toda persona que lleve a cabo este tipo de prácticas. Otra *Resolución es de 24 de marzo de 2009*⁵⁶, dedicada específicamente a la lucha contra la mutilación genital femenina en la Unión Europea, considera ésta como una violencia contra las mujeres que surge de estructuras sociales basadas en la desigualdad entre los sexos y en las relaciones desequilibradas de poder, dominación y control, en las que la presión

Estados miembros que “adopten una legislación contra cualquier práctica que ponga en peligro la integridad física o psíquica de las mujeres, como la ablación del clítoris”.

⁵³ Resolución del Parlamento Europeo (P5 TA 2002 0110) sobre las mujeres y el fundamentalismo (2000/2174 INI), (DOCE C 47 E, 27-2-2003).

⁵⁴ Vid., M. ELOSEGUI ITXASO, “Mujer y Fundamentalismo”, *Revista Aequalitas*, num 10-11, 2002, pp. 9-11.

⁵⁵ <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2007/2093> (INI)

⁵⁶ <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2008/2071> (INI).

A través de esta Resolución la Comisión de Derechos de la Mujer del Parlamento Europeo ha elaborado un informe sobre la lucha contra esta práctica y en él se exhorta a los Estados a cuantificar el número de mujeres que han sufrido mutilaciones o se encuentran en riesgo de sufrirlas en cada país de la Unión Europea y a que elaboren y apliquen una estrategia global que incluya los objetivos de prevención y eliminación de la Mutilación. Vid sobre este particular., Y. GARCÍA RUÍZ, *Derecho de asilo y mutilación genital femenina: mucho más que una cuestión de género*, Madrid, 2009, Fundación Alternativas, p. 20.

social y familiar está en el origen de la violación de un derecho fundamental, como es el respeto a la integridad de la persona.

Por otro lado, en la *Resolución del Parlamento Europeo*, de 5 de abril de 2011, sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la Unión *para combatir la violencia contra las mujeres*⁵⁷, se proponía una estrategia para luchar contra esta violencia junto a la mutilación genital femenina, como base para futuros instrumentos legislativos de Derecho penal para combatir la violencia de género, incluido un marco para su erradicación (política, prevención, protección, persecución, previsión y asociación), seguido de un plan de acción de la Unión. Finalmente, en la *Directiva del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2012*⁵⁸, en la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, se hace referencia expresa, como forma de violencia por motivos de género, a la mutilación genital femenina.

En este mismo contexto hay que situar las acciones emprendidas por el Consejo de Europa⁵⁹. Así, en mayo de 2011 se adoptó en Estambul el *Convenio sobre la prevención y la lucha contra las mujeres y la violencia doméstica*⁶⁰, que en fecha de 1 de agosto de 2014 ha entrado en vigor en España⁶¹, junto a otros once países de los trece que lo han ratificado. El Convenio está centrado en la detección, prevención y lucha contra todas las formas de violencia sobre la mujer, desde el maltrato a manos de su pareja al matrimonio forzoso o la mutilación genital femenina⁶². Por lo que respecta al tema de la competencia

⁵⁷ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT%2BTA%2BP7-TA-2011-0127%2B0%2BDOC%2BXML%2BV0//ES&language=ES>

⁵⁸ <http://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

⁵⁹ Con carácter previo, había adoptado la Resolución 1247 de la Asamblea Parlamentaria de 2001, la cual representa un avance sobre este tema porque insta a los gobiernos a que emprendan distintas acciones entre las que se incluyen la elaboración de legislaciones nacionales ordenadas a su prohibición, promoción de sensibilización y flexibilidad en la concesión del derecho de asilo a madres e hijas en situación de riesgo de ser sometidas a estas prácticas.

⁶⁰ <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/conventionviolence/convention/Convention%20210%20Spanish.pdf>

⁶¹ BOE-A-2014-5947, núm. 137, de 6 de junio de 2014. Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. <https://www.boe.es/boe/dias/2014/06/06/pdfs/BOE-A-2014-5947.pdf>

⁶² Su artículo 38 se pronuncia en los siguientes términos: "las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa de

de los tribunales, este instrumento se decanta por el principio de extraterritorialidad e insta a los Estados a adoptar cuantas medidas sean necesarias en aras a la persecución de los delitos previstos en el mismo para el caso de que su víctima sea una nacional o una persona con residencia habitual en su territorio (art. 44.2)⁶³. Por otro lado, el Convenio contiene una referencia implícita al principio de justicia universal a través de la cláusula estándar del art. 44.7 en la que se dispone que “*sin perjuicio de las normas generales de Derecho Internacional, el presente Convenio no excluye ninguna competencia penal ejercida por una Parte conforme a su legislación interna*”⁶⁴.

3.3. Legislación española

La sensibilidad de la opinión pública ante las prácticas tradicionales atentatorias contra la salud y el bienestar de las mujeres se inicia en nuestro país a raíz de la llegada regular de personas de muy distintos orígenes que han convertido a España en destino cualificado de inmigración. En el contexto más amplio de la eliminación de las diferentes formas de discriminación contra la mujer y en cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España, el legislador español ha tratado de dar una adecuada respuesta a las distintas cuestiones que suscita el tema de la mutilación genital femenina.

En nuestro país se venía aplicando el artículo 149 de Código Penal de 1985 para sancionar esta práctica como un delito de lesiones. Por tanto, no era la ausencia de tipos penales específicos lo que ha justificado la reforma legal ope-

modo intencionado: a) La escisión, infibulación o cualquier otra mutilación de la totalidad o parte de los labios mayores, labios menores o clítoris de una mujer; b) El hecho de obligar a una mujer a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin; c) El hecho de incitar u obligar a una niña a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin”.

⁶³ Vid., sobre el particular la siguiente bibliografía: AA.VV, “El principio de justicia universal: una propuesta de “lege ferenda”, A.I. PÉREZ CEPEDA (dir.) C. D. BENITO SÁNCHEZ (ed. lit.), *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*, A. I Pérez Cepeda (dir.), Tirant lo Blanch, 2012; L. M. BUJOSA VADELL., “En torno a la reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española”, *Diario La Ley*, núm 7298, 2009; J. DE CARPIO DELGADO., “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, *Diario La Ley*, núm 7307, 2009; M. OLLÉ SESÉ., “A vueltas con la justicia universal”, *Política exterior*, vol. 28, núm 60, 2014, pp. 96-104; F. MORALES PRATS, “La reforma del Principio de justicia universal”, *Revista de derecho y proceso penal*, núm 35, 2014, pp. 13-20.

⁶⁴ Vid., F. JIMÉNEZ GARCÍA, “La mutilación genital femenina (MGF) y el principio de extraterritorialidad...”, cit. p. 353.

rada en esta materia, puesto que era posible su castigo por medio de las figuras ya existentes⁶⁵. Más bien esta reforma obedece a la necesidad de dotar de un mismo tratamiento jurídico a las lesiones que incapacitan para la vida sexual satisfactoria a las mujeres y, que en defecto de esta norma, tenían un tratamiento punitivo más benévolo que las lesiones de entidad similar causadas a un varón⁶⁶. Sin embargo, no es hasta el año 2003, en virtud de la *Ley 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, cuando se tipifica explícitamente esta conducta como delictiva, castigándose en el art. 149.2 del C.P al que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones⁶⁷.

Asimismo, la *Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio*, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, posibilita su persecución cuando la comisión del delito se realice en el extranjero, como sucede en la mayor parte de los casos, aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes han emigrado a nuestro país⁶⁸. Se convierte, desde este momento el tema de la mutilación genital femenina en una materia respec-

⁶⁵ A. LLABRÉS FUSTER, "El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico-penal español", en *Europa: derechos, culturas*, F.J. De Lucas Martín (coord.), Universidad de Valencia, 2006, pp. 67-86, donde se abordan los principales problemas que plantea esta figura desde el punto de vista de política criminal.

⁶⁶ En el caso del varón este tipo de lesiones eran reconducibles, en todo caso, a alguna de las modalidades más graves del delito, ya se tratase de impotencia o de la privación de un miembro, puesto que teniendo por objeto la lesión de los genitales externos de un varón, siempre se catalogaban como principales. Vid., M. E. TORRES FERNÁNDEZ, "La mutilación genital femenina...", cit. p. 11.

⁶⁷ La Exposición de Motivos de la mencionada Ley, en su apartado IV, pone de manifiesto que "(...) con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar adecuada respuesta. Así, como novedad igualmente reseñable, se tipifica el delito de mutilación genital o ablación. Y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales". Esta reforma ya había sido planteada en el seno de las Cortes a través de una proposición de ley que pretendía introducir una cláusula interpretativa sobre la represión de la mutilación genital femenina (...).

⁶⁸ Como reconoce la Exposición de Motivos de esta norma, "el hecho de que las mutilaciones sexuales sean una práctica tradicional en algunos países de los que son originarios los inmigrantes de la Unión Europea, no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos (...)". Además, añade un nuevo epígrafe g) al apartado 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactado como sigue: "4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional suscepti-

to de la cual rige la denominada justicia universal⁶⁹. Posteriormente, con la modificación del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985 operada por la *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre*, se produjo un cambio en la regulación y aplicación de este principio de justicia universal. En el planteamiento de dicha reforma latía la idea de perfilar la competencia de la jurisdicción española, ampliando, por un lado, los delitos que, habiéndose cometido fuera del territorio nacional e independientemente de la nacionalidad de su autor, son susceptibles de ser investigados por la jurisdicción española y, por otro lado, definiendo las condiciones que debían darse para que la justicia española fuera competente, adaptando la justicia universal al principio de subsidiariedad y a la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo.

Esta materia experimenta una nueva reforma en virtud de lo establecido en la *Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, relativa a la justicia universal* con la finalidad de delimitar con precisión, aplicando el principio de legalidad y reforzando el de seguridad jurídica, los supuestos en que la jurisdicción española puede investigar y conocer de delitos cometidos fuera del territorio en que España ejerce su soberanía. Con esta finalidad, el reciente cambio legislativo viene a establecer los límites positivos y negativos de la posible extensión de la jurisdicción española. En este sentido, determina de un modo ajustado al tenor de los tratados internacionales, –el más reciente suscrito por España es de 1 de agosto de 2014, sobre la prevención y la lucha contra las mujeres y la violencia doméstica– qué delitos cometidos en el extranjero pueden ser perseguidos por la justicia española⁷⁰, en qué casos y

bles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España”.

⁶⁹ Vid., sobre el particular, la bibliografía referenciada en la nota 63 de este trabajo.

⁷⁰ Es el artículo 1.4. k), bajo el epígrafe “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad”, el que establece las condiciones en que se puede perseguir este delito, exigiendo la concurrencia de los siguientes requisitos:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,

4.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España”.

bajo qué condiciones⁷¹. No obstante, a pesar de la claridad con que se expresa la ley, no ha sido hasta octubre de 2014 cuando la Audiencia Nacional se ha pronunciado sobre su competencia para investigar el delito de mutilación genital femenina perpetrado en el extranjero cuando los autores o la víctima tengan algún tipo de vinculación en España⁷².

De la misma forma, la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad entre hombres y mujeres, en su Disposición Adicional vigésimo novena, modifica la definición de persona refugiada a la que se refiere la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, para hacer referencia a que la condición de persona refugiada “será de aplicación a mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a tener temores fundados de sufrir persecución por motivos de género”⁷³. Esta disposición abre las puertas al reconocimiento del derecho de asilo a las mujeres y niñas que lo soliciten, apelando al riesgo de ser víctimas de esta práctica⁷⁴. Así, en materia de asilo podemos afirmar que España es uno de los países

⁷¹ Además resalta esta Ley que “la persecución de delitos cometidos fuera de España tiene un carácter excepcional que justifica que la apertura de los procedimientos deba condicionarse a la presentación de querrela por el Ministerio Fiscal o la persona agraviada por el delito”. Vid., Exposición de Motivos de la Ley 1/2014, de 13 de marzo, y art. 1.6.

⁷² Vid., <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Pleno-de-la-Sala-Penal-de-la-Audiencia-Nacional-acuerda-la-competencia-de-Espana-para-la-persecucion-de-los-delitos-de-ablacion>. Los jueces de la Audiencia Nacional han seguido unificando sus criterios sobre la aplicación del principio de justicia universal tras la reforma operada para limitar la capacidad de los tribunales españoles para perseguir delitos cometidos en el extranjero. Los 20 magistrados de la Sala de lo Penal han decidido por unanimidad que España es competente para investigar el delito de mutilación genital femenina perpetrado en el extranjero cuando los autores o las víctimas tengan algún tipo de vinculación con España. La Sala ratifica la resolución del juez instructor del Juzgado Central número 3, que decidió seguir adelante con la investigación sobre un caso de ablación en Gambia de una niña cuyos padres residen en España. El tribunal entiende que “tras la ratificación por España el pasado 1 de agosto del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y contra la violencia doméstica, ésta tiene la obligación de perseguir los delitos de ablación”.

⁷³ Sobre este particular, de especial interés para este tema resulta la obra de J. GARCÍA AÑÓN, *Prevention and enforcement of Female Genital Mutilation Legislation in Spain: some proposals on Penal Law, Asylum Law and Protocols of prevention*, Valencia, Servei de Publicacions de la Universitat de València, 2009, (<http://www.uv.es/garciaj/pub/2009mgf.pdf>).

⁷⁴ Vid., C. MIGUEL, “La mutilación genital femenina, derecho de asilo en España y otras formas de protección internacional”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, núm. 17, 2008, pp. 1-15. Esta norma se dicta siguiendo las indicaciones de ACNUR que en el año 2002 recomienda a los Estados que en las solicitudes para el reconocimiento de la condición de refugiada por motivo de género, se encuentre incluida la mutilación genital femenina.

pioneros y se sitúa desde el año 2007 a la cabeza de los estados europeos en materia de protección de las víctimas extranjeras por motivos de género, pues con la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, se ha incorporado la persecución originada por estos motivos, donde tiene cabida el riesgo de sufrir mutilación genital, como causa para solicitar el estatuto de refugiado en España⁷⁵.

3.4. Normativa Autonómica

Han sido varias las Comunidades Autónomas que con carácter previo a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, o en fecha posterior a ella, han promulgado leyes sobre esta materia, utilizando diferentes denominaciones (violencia de género, malos tratos, mujeres maltratadas, mujeres y violencia de género, mujeres y violencia machista, entre otras)⁷⁶. La presencia de la mutilación genital femenina en nuestro país se detecta inicialmente en comunidades de inmigrantes africanos asentados en Cataluña⁷⁷. Por eso, una de las pioneras en esta materia es la *Comunidad Autónoma de Cataluña*, con su Ley 5/2008, de 24 de abril⁷⁸, sobre el derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista. La ley catalana ofrece un concepto amplio de violencia contra la mujer, bajo la denominación de violencia machista. Y así, en su art. 1, al referirse al objeto de la ley, pone de manifiesto que su finalidad es “la

⁷⁵ Art. 36.1.f) de la Ley 12/2009. Así ha venido siendo reconocido en numerosas sentencias dictadas por los Tribunales españoles, entre otras: STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 11 de Mayo de 2009, rec. 3155/2006; STS de 6 de Octubre de 2006, rec. 6597/2003; STS de 15 de Junio 2011, rec. 1789/2009. SAN de 17 de Marzo de 2004, rec. 913/2002; SAN de 15 de Septiembre de 2010, rec. 256/2010; SAN de 25 de Febrero de 2009, rec. 40/2009.

⁷⁶ Tanto la denominación empleada por la norma como su contenido, incluyen o permiten incluir en el ámbito de protección de la misma a las víctimas de este delito, si bien, sólo algunas CC.AA hacen referencia explícita en sus disposiciones a esta práctica como una forma de violencia de género. Y así, se han venido desarrollando normas específicas sobre su prevención, detección, atención y, en definitiva, erradicación.

⁷⁷ En esta Comunidad, los distintos agentes en contacto con la población que mantiene esas prácticas han elaborado una estrategia de actuación para su evitación con un marcado carácter preventivo. Vid., B. LUCAS, “Prevención de la ablación o mutilación genital femenina en España: planes de acción y medidas de protección de menores, complementos necesarios a la prohibición legal”, *Cuadernos Electrónicos de filosofía del Derecho*, núm. 17, 2008, http://www.uv.es/CEFD/17/blucas_prevenccion.pdf.

⁷⁸ BOE núm 131, de 30 de mayo de 2008.

erradicación de la violencia machista y la remoción de las estructuras sociales y los estereotipos culturales que las perpetúan". Contempla específicamente los supuestos de mutilación genital femenina en su artículo 5, número 4, apartado d), entendida ésta como una manifestación de violencia en el ámbito social y comunitario. En este sentido se castiga "la mutilación genital femenina o el riesgo de padecerla, incluyendo cualquier procedimiento que implique o pueda implicar una eliminación total o parcial de los genitales femeninos o produzca lesiones en los mimos, aunque exista consentimiento expreso o tácito de la mujer"⁷⁹. En consecuencia, la remoción de los estereotipos culturales y sociales a que se refiere el objeto de esta ley, guarda directa relación con esta práctica⁸⁰.

En el mismo sentido, la Comunidad de Canarias promulga la Ley 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género⁸¹. Su artículo 3º considera que constituyen formas de violencia contra las mujeres, a los efectos de esta Ley, en función del medio empleado y del resultado perseguido y, con independencia de que estas conductas estén o no tipificadas como delito, falta o infracción administrativa por la legislación vigente en cada momento (...) "g) la mutilación genital femenina, que comprende el conjunto de procedimientos que implican una eliminación parcial o total de los genitales femeninos y/o lesiones causadas a estos órganos por razones culturales, religiosas o, en general, cualquier otra que no sea de orden estrictamente terapéutica, aun cuando se realicen con el consentimiento, expreso o tácito, de la víctima"⁸².

⁷⁹ Estas son algunas de las medidas que esta Ley propone para erradicar la mutilación genital femenina: a) investigación del fenómeno, b) sensibilización social, c) Obligación de intervención y comunicación por parte de los profesionales (art. 11), d) Actuación de políticas públicas en el ámbito educativo (Art. 12 y ss.), e) formación y capacitación obligatorias de todas las personas profesionales que intervienen directa e indirectamente en procesos de violencia, así como obligación de las administraciones públicas de Cataluña de diseñar programas de formación a tal fin (arts. 18 y 19), (...), g) Regulación de todos los derechos de las mujeres a la prevención, la atención, la asistencia, la protección, la recuperación y la reparación integral (arts. 30 y ss). Vid., J. GARCÍA AÑÓN *et al.*, *Mutilación Genital Femenina: Conclusiones y propuestas sobre la aplicación del Derecho y desarrollo de buenas prácticas en su prevención.*, <http://www.uv.es/cefd/17/conclusiones.pdf>, p. 5.

⁸⁰ Vid., J. GARCIA GARCÍA-CERVIGÓN, "La mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico: ¿violencia intrafamiliar, delito de lesiones o violencia de género?", *La Ley*, núm. 78, 2011, Sección legislación aplicable a la práctica, p. 9.

⁸¹ BOE núm 162, de 8 de julio de 2003.

⁸² La inclusión de la mutilación como manifestación de la violencia de género se encuentra justificada a partir de la amplia definición que ofrece esta Ley en su art. 2, cuando considera violencia contra las mujeres "todo tipo de actuación basada en la pertenencia a dicho

También la *Comunidad de Aragón* dispone de una Ley en el mismo sentido. Se trata de la Ley 4/2007, de Prevención y Protección integral a las mujeres víctimas de Violencia⁸³. Menciona expresamente la mutilación genital como una manifestación de violencia contra la mujer y sanciona como una forma de esta violencia (...), art. 2.g) *“la mutilación genital femenina, que comprende el conjunto de procedimientos que implican una eliminación parcial o total de los genitales externos femeninos y/o lesiones causadas a los mismos por razones culturales o, en general, cualquier otra que no sea una de orden estrictamente terapéutico, aun cuando se realice con el consentimiento, expreso o tácito, de la víctima”*.

La *Comunidad de Madrid* cuenta con una normativa expresa sobre esta materia. Se trata de la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, denominada Ley integral contra la violencia de género⁸⁴. Considera esta Ley que la violencia de género *“comprende toda agresión física o psíquica a una mujer, que sea susceptible de producir en ella menoscabo de su salud, de su integridad corporal, de su libertad sexual o cualquier otra situación de angustia o miedo que coarte su libertad”* (art. 2.2). Además, considera incluidas en su ámbito de aplicación *“todas las manifestaciones de violencia de género ejercidas sobre la mujer, como expresión de la discriminación, la situación histórica de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”* (art. 2.1), en concreto, el apartado g) hace referencia expresa a la mutilación genital femenina en cualquiera de sus manifestaciones.

La *Región de Murcia* regula esta materia en de la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre Mujeres y Hombres y de protección contra la violencia de género⁸⁵. Incluye un conjunto de medidas integrales dirigidas a la sensibilización, prevención, asistencia y protección de las víctimas de violencia de género. Bajo el título *“violencia hacia las mujeres”*, en su art. 40 se define qué se entiende por violencia de género y a tales efectos considera la mutilación genital femenina en cualquiera de sus manifestaciones, pues la violencia a que se refiere esta ley comprende *“toda agresión física o psíquica a una mujer, que sea susceptible de producir menoscabo de su salud, de su integridad, de su libertad sexual o cualquier otra situación de angustia o miedo que coarte su libertad”*. Asimismo (...) se considera la ejercida sobre los menores y las personas dependientes de una mujer cuando se agrede a los miembros con ánimo de

sexo de la víctima (...) y se realice al amparo de una situación de debilidad o de dependencia física, psicológica, familiar, laboral o económica de la víctima frente al agresor”.

⁸³ BOE núm 141, de 13 de junio de 2007.

⁸⁴ BOE núm 52, de 2 de marzo de 2006.

⁸⁵ BOE núm 176, de 22 de julio de 2008.

causar perjuicio a aquélla. En particular, se entiende incluidas g) la mutilación genital femenina en cualquiera de sus manifestaciones.

Finalmente, la Ley 12/2008, de 3 de julio de la *Comunidad Autónoma de Valencia* de protección integral de la infancia y la adolescencia⁸⁶, dedica su art. 9 al derecho a la protección a la integridad física y psíquica del menor. En este sentido, las autoridades responsables de esta Comunidad se comprometen a adoptar *“las medidas pertinentes para proteger la integridad física y psíquica del menor frente a situaciones de maltrato, abuso, violencia, amenaza, mutilación genital, explotación sexual, laboral o económica, manipulación, utilización de instrumental y acción degradante y humillante, en todo tipo de conductas, ya sean intencionales por acción u omisión como imprudentes”*⁸⁷.

4. LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

A pesar de que el legislador español ha tipificado estas conductas constitutivas de delito en el actual Código Penal, puesto que representan prácticas inhumanas y degradantes, los órganos jurisdiccionales españoles en sus distintos pronunciamientos han puesto de manifiesto las dificultades que plantea, en muchas ocasiones, la persecución de la mutilación genital femenina en nuestro país, debido, en gran medida, a la distinta concepción que de la misma tiene la población asentada en nuestro territorio como consecuencia de los flujos migratorios, junto a los problemas de prueba que lleva aparejada y la complejidad que añade el principio de extraterritorial o de justicia universal⁸⁸.

⁸⁶ BOE núm 200, de 19 de agosto de 2008.

⁸⁷ La normativa de otras Comunidades Autónomas relativa a la violencia de género, no contempla en sus disposiciones la práctica de la mutilación genital femenina como una forma más de este tipo de violencia. Este es el caso de la Comunidad de Castilla-La Mancha (Ley de Prevención de malos tratos y de Protección de las mujeres maltratadas, de 17 de mayo de 2001), Castilla y León (Ley 1/2003, de 3 de marzo de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres), Comunidad de Valencia (Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre hombres y mujeres), País Vasco (Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad entre mujeres y hombres), Baleares (Ley 12/2006, de 20 de septiembre, para la mujer), Andalucía (Ley 13/2007, de 6 de noviembre, de Medidas de Prevención y protección integral contra la violencia de género), Galicia (Ley 11/2007, de 27 de julio, para la prevención y tratamiento integral de la violencia de género).

⁸⁸ Principio previsto en el art. 23.4 de la LOPJ en virtud de la modificación introducida por la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, reformado por el art. 1.4.k) de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo.

Muestra de cuanto venimos diciendo se pone de manifiesto en la Sentencia 26/2011, de 15 noviembre, según la cual *“los valores culturales de las sociedades que practican la mutilación genital femenina transmiten a sus mujeres que cualquier mujer que no haya pasado por esta “purificación” (la amputación del clítoris para estas culturas significa “limpieza” y “pureza”), no es útil para el matrimonio y no tiene ninguna posibilidad de inserción normal en su sociedad de origen o en los grupos más o menos numerosos de compatriotas que se forman en el país de residencia”*⁸⁹. De manera que, en este contexto, se suele considerar que la única forma de desenvolverse en un país totalmente ajeno es mediante su introducción en el grupo cerrado de sus compatriotas, para lo cual es necesaria la mutilación de la hija, o bien se consiente la misma por presiones del entorno.

Hoy nadie cuestiona que una de las notas que definen a la sociedad española es su alto grado de multiculturalidad. Ésta obedece a los recientes movimientos migratorios que proceden de unas culturas donde se llevan a cabo unas prácticas desconocidas en los países de acogida como el nuestro. El conflicto surge, en algunas ocasiones, como evidencia la Sentencia 42/2013, de 13 de mayo, *“entre lo dispuesto por la ley imperante en esta sociedad y las creencias y concepciones religiosas, tradicionales o culturales de unos determinados grupos sociales migratorios que, a su vez, son iconos de identidad y de diferencia, en el seno de la pluralidad e interculturalidad, suscitándose una tensión inevitable entre el poder, el Estado de acogida y el individuo inmigrante, entre la autoridad y los valores del individuo, entre los valores sociales y colectivos y las vivencias personales del hombre”*⁹⁰.

Sin embargo, nuestros tribunales, en la mayoría de los casos, se niegan a admitir que esta mutilación carezca de relevancia penal amparada en razones culturales y/o religiosas y, en este sentido, reconoce la STS 835/2012, de 31 de octubre, que *“el respeto a las tradiciones y a las culturas tiene como límite infranqueable el respeto de 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”*⁹¹. En parecidos términos, la Sentencia 42/2013, de 13 de mayo, reconoce que *“el Estado no pue-*

⁸⁹ Sentencia 26/2011, de 15 de noviembre de 2011, F.J. 2º, Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Teruel, Recurso Núm 12/2011.

⁹⁰ Sentencia 42/2013, de 13 de mayo de 2013, F.J. 3º, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 9ª, Recurso Núm 3/2012.

⁹¹ STS 835/2012, de 31 de octubre de 2012, F.J. 3º, Sala de lo Penal, Recurso de Casación Núm 3/2012. Para ello el Tribunal recuerda lo establecido en la Exposición de Motivos de la

de admitir, bajo el alegato de la libertad de conciencia o al abrigo de la tradición y al amparo de la costumbre, todas las actuaciones que según criterios individuales sean conformes a los dictados de la conciencia, ya que ello supondría olvidar la afectación de bienes jurídicos de fundamental importancia y trascendencia que constituyen un referente universal, tales como la vida, la integridad física o la indemnidad sexual⁹². En suma, debe señalarse que “el límite al respeto de las culturas autóctonas se encuentra en el respeto a los Derechos Humanos, universalmente reconocidos y que actúan como mínimo común denominador intercultural”⁹³.

Entendemos, a juzgar por el sentido de estos pronunciamientos judiciales, que concurren cuestiones de orden público⁹⁴ para prohibir la práctica de la mutilación genital dentro de nuestras fronteras⁹⁵ y por eso mantenemos, en la misma línea de nuestros tribunales, que estas prácticas “suscitan, cuando menos, resistencia u oposición por parte no sólo de los particulares-ciudadanos que conviven con quienes las practican, sino también y, principalmente, de los poderes públicos, en la medida en que éstos están comprometidos constitucionalmente a garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos (art. 9.2 de la C.E)”⁹⁶.

Sin embargo, a la hora de enjuiciar estos hechos, los tribunales tienen en cuenta el conocimiento de las normas fundamentales de convivencia de la cultura española por parte de los responsables de prevenir y evitar a las

L.O. 3/2005 de 8 de Julio que acordó perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina.

⁹² Sentencia 42/2013, de 13 de mayo de 2013, F.J. 1º.

⁹³ *Ibidem.*, FJ.4º.

⁹⁴ Vid., M. AGUILAR NAVARRO, “El orden público en el Derecho Internacional Privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol XX, 1967, p. 69; M. DORAL, *La noción de orden público en el Derecho Civil español*, Pamplona, 1989, pp. 30 y ss; J. ZAMORA CABOT, “A propósito del orden público en el sistema español de Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Privado*, 1995, pp. 123-1135.

⁹⁵ Así lo hemos puesto de manifiesto en M. VIDAL GALLARDO, “Prescripciones alimentarias y nueva Ley de libertad religiosa y de conciencia: particular conflicto en caso de la Comunidad Islámica”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 27, 2011, p. 182, nota 13.

⁹⁶ *Ibidem.*, p. 183. Vid., J. DE LUCAS, *El desafío de las fronteras. Derechos Humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de hoy, Madrid, 19994, pp. 31-43; J. GARCÍA AÑÓN, “Derechos culturales y dimensión de género”, en *Género y derechos fundamentales*, C. MONEREO ATIENZA y J.L. MONEREO PÉREZ (coords.), Granada, Comares, 2010, p. 685, donde se hace referencia al concepto de orden público en relación a este tipo de prácticas, sin perjuicio de apreciar el carácter convencional, dinámico y cambiante de esta cláusula que no puede presentarse como un límite objetivo e inmutable, junto a la falta de legitimidad de estas prácticas por vulnerar los derechos humanos.

menores el sometimiento a este tipo de prácticas, así como su grado de inserción e integración en la comunidad de acogida. Es por ello que el órgano juzgador, generalmente, rechaza la tesis del error de prohibición, es decir, el desconocimiento de la sanción penal en España de estos hechos, particularmente en aquellos casos en que, después de un tiempo prudencial de residencia en España, al menos uno de los progenitores de la menor, sea lo más razonable que conozca que este tipo de conductas están sancionadas por nuestro ordenamiento jurídico⁹⁷, como pone de manifiesto la Sentencia 26/2011, de 15 de noviembre. En el mismo sentido, la STS 1141/97, de 14 de noviembre, aprecia que *“aunque la defensa alega la existencia de error de prohibición, la Sala lo desestima por lo que se refiere al padre de la menor, toda vez que tenía conocimiento de la antijuricidad de la norma que sanciona la mutilación genital femenina al formar parte de la cultura de España, país en el que lleva viviendo desde hace más de diez años, teniendo un perfecto conocimiento del idioma y relación con personas ajenas a su nacionalidad (...)”*⁹⁸.

En similares términos se pronuncia la Sentencia 42/2013, de 13 de mayo, según la cual *“la residencia regularizada de los acusados en España con aceptable integración social y cultural, les impide alegar ignorancia delictiva en la ablación*

⁹⁷ Vid., Sentencia 26/2011, FJ. 2º. En el mismo sentido, la STS 1141/97, de 14 de noviembre -RJ 1997, 7860-, donde se reconoce que *“(...) tampoco las razones culturales y religiosas aducidas pueden tener encaje en el error de prohibición. Sin embargo, sí aprecia error de prohibición en la madre, pues llegó a España pocos meses antes de practicarse el hecho delictivo y no consta que conociera la ilicitud de la práctica de la mutilación genital femenina, muy arraigada en el entorno del que procedía, por lo que lo tenía asumido como normal y necesaria para la mujer. Ahora bien, tal error era vencible, ya que la procesada tuvo la posibilidad de consultar con su esposo sobre la licitud de tal actuación y no lo hizo”*.

⁹⁸ Esta situación ha llevado a los tribunales, en algunas ocasiones, a la adopción de medidas tuitivas en prevención de la posible práctica mutilatoria. Así, la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, dicta el auto 274/2005, Recurso Núm. 142/2005, por el que se acuerda mantener las medidas adoptadas por el Juzgado de Instrucción y después por el Juzgado de familia, toda vez que *“se había comprobado que sus s hijas mayores habían sido sometidas a ablación genital en el país de origen y, ante la sospecha de que pudieran sufrir idéntico trato sus dos hijas menores, se ordenó una medida de protección respecto a las mismas consistente en ordenar el cierre del territorio nacional para ellas o prohibiendo la concesión de pasaportes para las mismas”*. En parecidos términos, la Audiencia Provincial de Girona, sección 2ª, dicta un auto el 26 de enero de 2004, auto 7/2004, Recurso Núm. 556/2003). Considera esta resolución que en virtud de las pruebas practicadas *“es tan evidente como incuestionable que existe riesgo de que se practique a las tres hijas dicha mutilación en el caso de que acudan al país de origen de la madre, que se acuerda prohibir su salida del territorio nacional, hasta su mayoría de edad, así como la expedición del pasaporte, junto a la exploración de las menores por parte del médico forense cada seis meses”*, F.J. 2º.

genital”⁹⁹. Es por ello que, según esta resolución judicial, su práctica en la clandestinidad normalmente “supone un juicio acerca del conocimiento previo de la antijuricidad que hace desaparecer el error de prohibición, máxime cuando el infractor no es un inmigrante recién llegado del país de origen, sino un ciudadano extranjero que responde a un perfil de adecuado test de integración por su prolongada permanencia en territorio español y grado de adaptación social y cultural del país de acogida”¹⁰⁰.

No obstante, la reforma penal operada en el año 2003, además de incorporar como delito autónomo la mutilación genital femenina, como una variante del delito de lesiones, a su vez modifica la LOPJ, atribuyendo competencia jurisdiccional a los tribunales españoles para conocer de los delitos relativos a estas prácticas, siempre y cuando los responsables se encuentren en España, en virtud del principio de extraterritorialidad y de justicia universal, aunque la comisión del delito hubiera tenido lugar en el extranjero, como suele suceder en la mayor parte de los casos, aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes han emigrado a nuestro país. Pero no es hasta el año 2013 cuando existe el primer pronunciamiento judicial condenando la ablación cometida fuera de nuestro territorio, en virtud de la Sentencia de la Audiencia Nacional 7/2013, de 4 de abril¹⁰¹. Se trataba de una mutilación realizada por la acusada o por otra persona con su consentimiento, antes de venir a España, como consecuencia de motivos religiosos y culturales imperantes en las zonas rurales de Senegal. Alega este tribunal para poder perseguir extraterritorialmente esta práctica que “para la determinación del marco legal en que se desenvuelve la conducta de la acusada, en su condición de inmigrante, en supuestos en los que la actuación sometida a enjuiciamiento pretende estar amparada por el ejercicio de su tradición y cultura, debe tenerse en cuenta que, el principio o presupuesto normativo en España es el respeto a los Derechos Humanos por parte de los extranjeros que llegan a nuestro país, sin que éstos puedan eludirse en base a razones de tipo cultural, religioso o ideológico”¹⁰². No obstante, esta sentencia fue objeto de recurso de casación resuelto por el Tribunal Supremo en Sentencia 939/2013, de 16 de diciembre¹⁰³, que anula la

⁹⁹ Sentencia 42/2013, de 13 de mayo de 2013, F.J. 3º.

¹⁰⁰ Ibidem., F.J. 1º.

¹⁰¹ Sentencia de la Audiencia Nacional 7/2013, de 4 de abril de 2013, Sala de lo Penal. Recurso de Apelación núm. 13/2011.

¹⁰² Ibidem., F.J. 2º.

¹⁰³ STS 939/2013, de 16 de diciembre de 2013, Sala de lo penal, Recurso de casación núm. 832/2013.

sentencia de la Audiencia Nacional por entender que ésta, en su fundamentación jurídica, realiza manifestaciones que envuelven un alto grado de incerteza en la determinación de la autoría y en la conciencia de la ilicitud del hecho. No podemos olvidar que la mutilación se practicó en el país de origen antes del reagrupamiento familiar en España y, por ello, “*es más que probable que la acusada ignorara que la mutilación genital de su hija constituyera un delito no sólo dentro de España, sino fuera de ella*”¹⁰⁴. Además, se está juzgando en este supuesto “*el comportamiento de seres humanos que proceden de un mundo tal alejado del nuestro (...)*”¹⁰⁵. Es por eso que la Sala entiende que “*en el contexto en que se desarrollan los hechos, la acusada no disponía de medio adecuado que le informara de la ilegalidad de la ablación de clítoris y, en su caso, impedir el resultado*”¹⁰⁶. No obstante, en relación con esta resolución, se emite un Voto Particular en el que se pone de manifiesto que la falta de información en la acusada que le permita deshacer el error no está justificada, toda vez que “*Senegal ha suscrito los principales textos internacionales que reconocen la Dignidad de la mujer y el derecho a su integridad física. También ha asumido el compromiso jurídico de evitar la práctica de mutilaciones en los órganos genitales*”¹⁰⁷.

A la luz de estos pronunciamientos judiciales podemos concluir que nuestros tribunales están incriminando la práctica de la mutilación genital femenina efectuada fuera del territorio nacional en función del conocimiento o ignorancia de las personas responsables de la menor de que ésta constituye una conducta punible en España. Por eso no actúan de la misma forma cuando se lleva a cabo aprovechando una salida vacacional al país de origen, previa residencia en España, que cuando tiene lugar con carácter previo al traslado migratorio a territorio español. Incriminan la conducta en el primer caso, absuelven de toda responsabilidad en el segundo. Cuestión, por lo demás, que entra dentro de toda lógica jurídica si tenemos en cuenta que, “de aplicar de forma rigurosa el principio de justicia universal y de extraterrito-

¹⁰⁴ *Ibidem.*, F.J. 1º.

¹⁰⁵ *Ibidem.*, F.J. 2º.

¹⁰⁶ *Ibidem.*, F.J. 3º.

¹⁰⁷ Vid., Voto Particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Marchena Gómez a la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2013, recaída en el recurso de casación número 832/2013.

Este voto particular expone cómo “*en efecto, la Convención de Derechos del Niño fue firmada por Senegal con fecha 26 de enero de 1990, ratificada mediante instrumento de 31 de julio de 1990 y entró en vigor el día 2 de septiembre del mismo año. Del mismo modo, Senegal ha suscrito la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos conocida como Protocolo de Maputo, de 11 de julio de 2003, en la que se reconoce los derechos de la Mujer en África (...)*”.

rialidad, la reagrupación familiar puede dar lugar a la apertura de múltiples causas y condenas judiciales o compeler a que los padres dejen a sus hijas mutiladas en los lugares de origen donde tal práctica es socialmente aceptada, perpetuando las desigualdades de género”¹⁰⁸.

No obstante, el Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional acuerda, en octubre de 2014, la competencia de España para la persecución de los delitos de ablación, ratificando la decisión del Juzgado Central número 3, por la que se procesó a unos padres que residen en España por la mutilación genital de su hija, cometida en Gambia en 2005, de manera que ha confirmado su procesamiento como presuntos “responsables criminales” de estos hechos¹⁰⁹.

Desde la perspectiva de la concesión del derecho de asilo en territorio español, a la luz de la reforma operada en esta materia, la STS de 11 de mayo de 2009¹¹⁰, considera que “*se dan los requisitos exigidos para tener la consideración de refugiada, puesto que la lesión física o psíquica consistente en la mutilación genital que ha sufrido (...) es una forma de violencia de género que debe ser considerada de entidad suficiente como para ser configurada como una persecución a los efectos del reconocimiento de la condición de refugiada (...)*”. En este sentido, la STS de 28 de octubre de 2005¹¹¹, ofrece la pauta para interpretar el art. 12.2 de la Ley de Asilo cuando justifica su aplicación en la existencia de “*circunstancias incompatibles con el disfrute de los derechos que son inherentes a la persona para el caso de que ésta hubiera de retornar a su país. Es obvio que si la demandante volviese a su entorno social, se encontraría razonablemente en una situación de rechazo o al menos de incompreensión familiar por no aceptar pautas de comportamiento familiares y sociales que la condujeron a la ablación, lo que justifica que le sea admitido el derecho a permanecer en España en el marco de la legislación de extranjería*”¹¹².

¹⁰⁸ F. JIMÉNEZ GARCÍA., “La mutilación genital femenina...”, cit. p. 356.

¹⁰⁹ Vid., <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Pleno-de-la-Sala-Penal-de-la-Audiencia-Nacional-acuerda-la-competencia-de-Espana-para-la-persecucion-de-los-delitos-de-ablacion>. Los magistrados han adoptado esta medida con fecha 3 de octubre de 2014, al considerar que el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la violencia contra las Mujeres y contra la Violencia Doméstica, que entró en vigor 1 de agosto de 2014, prevalece sobre la limitación de la justicia universal.

¹¹⁰ STS de 11 de mayo de 2009 F.J. 2º, Recurso de casación 3155/2006.

¹¹¹ STS de 28 de octubre de 2005, Sección 5ª, Recurso de casación 4828/2002.

¹¹² Esta Sala ha tenido ocasión de declarar en distintas resoluciones que una situación de desprotección y marginación social y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo (SSTS de 7 de julio de 2005 -RC 2107/2002- y de 8 de julio de 2008 -RC 2316/2005-); que la persecución por razón

5. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Existe en nuestro ordenamiento jurídico un reproche penal a la práctica de la mutilación genital femenina, considerada como uno de los ataques más graves e intolerables contra la dignidad de la mujer. Sin embargo, una respuesta exclusivamente represiva es insuficiente para resolver una cuestión que no queda reducida a un mero conflicto entre lo público y lo privado, sino que entra de lleno en la vulneración de los derechos humanos. Además, la consecuencia sancionadora como única respuesta, dificulta la aplicación de medidas de discriminación indirecta o políticas de acomodación que son de recibo en otras situaciones en que se enfrentan los derechos culturales y los derechos de las mujeres¹¹³.

En este sentido, la erradicación de este tipo de prácticas atentatorias contra la mujer, exige una política bidireccional, no sólo focalizada en la adopción de medidas preventivas que comprometan a los estados receptores, sino también proyectadas en la sociedad de procedencia y orientadas a la concienciación de que se trata de una práctica perjudicial para la mujer que además lleva aparejada una condena penal en el país en que pretende llevar a cabo su proyecto de vida. Esto exige un trabajo conjunto y coordinado por parte de todos los agentes implicados, especialmente a nivel institucional, entre ambos países y, particularmente, en el plano jurisdiccional.

Por otro lado, la efectividad de las medidas preventivas adoptadas en el país de acogida, pasa necesariamente por la descentralización en su puesta en práctica. La cercanía al problema, su proximidad, facilita su conocimiento y propicia la cooperación entre los distintos sectores en el abordaje de esta práctica, cada uno en el ámbito de su respectiva competencia, no sólo estrictamente jurídica¹¹⁴, sino también educativa o sanitaria.

Desde una perspectiva sanitaria, es necesario llevar a cabo una tarea de formación del personal sanitario, realizando campañas orientadas a la prevención de estas prácticas. Es este personal especializado quien mejor conoce las consecuencias en la salud que produce la mutilación genital de la mujer

de sexo resulta encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales (SSTS de 31 de mayo de 2005 -RC 1836/2002-, 9 de septiembre de 2005 -RC 3428/2002- y 10 de noviembre de 2005 -RC 3930/2002-).

¹¹³ J. GARCÍA AÑÓN, "Derechos culturales y dimensión de género", op. cit., p. 692.

¹¹⁴ Vid., M.D., ADAM MUÑOZ, *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones...*, op. cit. pp. 115 y ss.

que la sufre. Por eso es necesario comunicar esta información a los colectivos de mujeres afectadas para evitar que se perpetúen este tipo de conductas.¹¹⁵

Se precisa, también, de la adopción de medidas educativas y de concienciación de los sectores sociales implicados, tomando como punto de referencia sus propias concepciones de la salud, la sexualidad o el respeto a su tradición y sus costumbres. Y aquí es donde debe entrar en juego la participación activa de la mujer y la capacidad de decisión dentro de las comunidades y los grupos para ayudar a fortalecer su autonomía, a través de su intervención en el diseño y la gestión de las medidas tendentes a la erradicación de esta práctica, ofreciendo propuestas específicas de solución. Pero esta labor educativa también debería estar enfocada a la sociedad en su conjunto, para que tome conciencia de la magnitud del problema, contribuyendo de esta forma a evitar sentimientos de incomprensión y de estigmatización¹¹⁶.

Sin embargo, no siempre y necesariamente las medidas adoptadas en nuestro país para la protección de los derechos de la mujer en este sentido, han tenido un carácter preventivo, sino, muy al contrario, han ido acompañadas de un evidente componente represivo. Algunos protocolos de actuación corren el riesgo de conseguir un efecto estigmatizador y discriminatorio de la menor a la que se pretende proteger. Y así, hemos podido constatar este extremo en algunas de las resoluciones analizadas en las cuales, ante la proyección del viaje de una menor a un estado donde es generalizada la realización de esta práctica, con carácter preventivo, es privada de la autorización para salir del país, pasando incluso a depender de los servicios sociales.

Una última reflexión. La erradicación de la mutilación genital femenina precisa de profundos cambios en arraigadas convicciones fruto de tradiciones y costumbres milenarias que representan la identidad y la pertenencia a un grupo. Además, el abandono de esta práctica se ve dificultado por la presión social que ejerce el grupo por el compromiso que se asume con el mismo¹¹⁷. Por eso su desaparición sólo podrá conseguirse cuando se inviertan los términos de su valoración, pues de lo contrario, si se trata sólo de una prohibición legal sancionada penalmente, los afectados por la misma, lejos de abandonar estas prácticas atentatorias contra la dignidad de la mu-

¹¹⁵ Precisamente a este finalidad responde *la guía sobre Mutilación genital femenina: abordaje y prevención*, Granada, 2008.

¹¹⁶ Vid., J. ROPERÓ CARRASCO, "La mutilación genital...", cit. p. 365.

¹¹⁷ Vid., E. YAYME, "Identité culturelle et integration: le Droit International privé post-moderne", *Recuils des Cours*, vol. 251, 1995, pp. 13 y ss.

jer, pueden reaccionar reforzando sus convicciones como signo de identidad frente a la sociedad de acogida que perciben como una sociedad intolerante y xenófoba.

MERCEDES VIDAL GALLARDO
Universidad de Valladolid
Facultad de Derecho
Plaza de la Universidad s/n
47002 – Valladolid
e-mail: mvidal@der.uva.es

**LA AUTONOMÍA RELACIONAL DE LAS MUJERES
COMO LÍMITE DE LA DIVERSIDAD CULTURAL Y RELIGIOSA:
A PROPÓSITO DE LA POLÉMICA PROHIBICIÓN
DEL VELO INTEGRAL**

*RELATIONAL AUTONOMY OF WOMEN AS A LIMIT
FOR CULTURAL AND RELIGIOUS DIVERSITY:
ABOUT THE POLEMICAL PROHIBITION OF THE TOTAL VEIL*

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ
Universidad de Córdoba

Fecha de recepción: 9-10-14

Fecha de aceptación: 25-3-15

Resumen: *El aumento de la diversidad cultural y religiosa en sociedades tradicionalmente homogéneas como la española plantea una serie de retos al Derecho Constitucional, como por ejemplo la revisión del concepto de ciudadanía o los límites de algunos derechos fundamentales. La experiencia de la mayoría de los países europeos muestra como las mujeres suelen ser las principales protagonistas de los conflictos que se plantean entre determinadas identidades culturales y los principios constitucionales. De ahí la necesidad de analizar dichos conflictos desde una perspectiva de género y reivindicar la autonomía de las mujeres como parte del "orden público" y, en consecuencia, como límite del derecho a la identidad cultural y a la libertad religiosa.*

Abstract: *The growing cultural and religious diversity of societies such as the Spanish, traditionally very homogenous, raises a number of challenges for constitutional law, such as the definition of the concept of citizenship or the limits of some fundamental rights. As shown by what has happened in several European countries, women tend to be the key protagonists of the conflicts between certain given cultural identities and constitutional principles. Hence the need to analyze these conflicts with a gender perspective and to vindicate the autonomy of women as part of the "public order" and, consequently, as a limit to the right to cultural identity and to religious freedom.*

Palabras clave: derechos de las mujeres, multiculturalismo, género, identidad, autonomía.
Key words: women rights, multiculturalism, gender, dignity, identity, autonomy.

1. INTRODUCCIÓN: ¿ES EL MULTICULTURALISMO MALO PARA LAS MUJERES?¹

En los últimos años los debates planteados en las sociedades europeas en torno a la diversidad cultural han estado en muchos casos dominados por una mirada “acrítica”. Es decir, se ha impuesto, de manera paradójica en muchos sectores que políticamente podríamos calificar como progresistas, un reconocimiento excesivamente “generoso” del pluralismo cultural como expresión de derechos fundamentales tales como la libertad de conciencia o religiosa, sin tener en cuenta los necesarios límites que aquéllos demandan en virtud de la garantía de otros derechos o de principios constitucionales². Una posición discutible, sobre todo si tenemos en cuenta que la mayoría de dichos debates se han centrado en la situación de las mujeres en determinados contextos culturales. Ha sido el caso por ejemplo de la polémica planteada en torno al uso de determinadas prendas de origen o significación religioso-cultural. Es decir, la mayoría de los conflictos han tenido y tienen un marcado carácter de “género”, en cuanto que están íntimamente relacionados con las “relaciones de poder” que entre hombres y mujeres se pla-

¹ Uso el título del polémico texto de S. MOLLER OKIN *-Is multiculturalism bad for women?*, Princeton University Press, Princeton, 1999- en el que se subrayaban dos importantes conexiones entre género y cultura con consecuencias negativas para las mujeres. De una parte, como en la mayoría de las culturas todo lo relacionado con la esfera personal, sexual y reproductiva constituye uno de los ejes dominantes de sus prácticas y reglas. De otra, como también en la mayoría de ellas, aparece como un elemento clave el control de los hombres sobre las mujeres.

² Véanse como ejemplo las reflexiones de M. NUSSBAUM en torno a lo que denomina “nueva intolerancia religiosa” y la conexión que establece entre la prohibición del velo integral y una evidente “islamofobia”. *La nueva intolerancia religiosa*, Paidós, Barcelona, 2013, p. 134. En otro sentido, también hay quienes consideran que los poderes públicos no pueden adoptar una posición “paternalista” con respecto a las mujeres e imponerles una determinada concepción de la dignidad. En este sentido, se llega incluso a hablar de “despotismo ilustrado feminista”. A. RAMÍREZ, *La trampa del velo*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2011, p. 147. En esta línea véase por ejemplo F. REY MARTÍNEZ, “El problema constitucional del hijab”, en M. REVENGA, G. RUIZ-RICO y J. RUIZ-RUIZ (coords.), *Los símbolos religiosos en el espacio público*, CEPC, Madrid, 2011.

tean en ámbitos marcadamente patriarcales. Unas relaciones que parten de la diferenciación jerárquica entre unos y otras y que están encontrando un campo abonado de desarrollo en un momento histórico en el que confluyen dos factores: la extensión de lecturas fundamentalistas de las religiones y las reacciones “neomachistas” ante la progresiva conquista de derechos por parte de las mujeres. Sin embargo, dicha perspectiva es obviada en muchas de las respuestas que se están ofreciendo a los retos del multiculturalismo, lo cual es muy evidente en las que se ofrecen desde un ámbito, el jurídico, tan resistente a modificar sus esquemas tradicionales. Desde este punto de vista, no cabe duda de que el horizonte de la debida garantía de la dignidad de las mujeres constituye la gran “frontera” de los derechos humanos en el siglo XXI. Un siglo en el que la fragilidad del Estado Social está incidiendo de manera especial en quienes ya partían de una posición devaluada como ciudadanas. Porque no deberíamos olvidar que la globalización capitalista tiene no solo un rostro económico sino también un “rostro patriarcal”³.

Todo ello nos demuestra que la perspectiva de género dista de estar consolidada como herramienta analítica en las Ciencias Sociales y muy especialmente en las Jurídicas, además de que nos revela que continúa sin aceptarse que muchos de los problemas que afectan a las mujeres tienen que ver con su estatuto político y no tanto con el ejercicio específico de un derecho como el de libertad religiosa. De ahí la necesidad de recuperar el principio de igualdad y no discriminación como foco principal desde el que iluminar determinados conflictos, entendido aquel como fundamento de un modelo democrático de convivencia en el que las “reglas del juego” marcan límites al ejercicio de los derechos. Esta propuesta es terriblemente compleja porque se mueve entre el terreno extremo de las soluciones radicales y el frágil de las respuestas puntuales. De ahí que, por ejemplo, plantee importantes retos a los paradigmas del constitucionalismo liberal –principio de legalidad, igualdad formal ante la ley, la ley general y abstracta como garantía de los derechos, el papel devaluado de los jueces en dicha garantía– y exija nuevos instrumentos que garanticen la “paz social” y un “orden político” basado, como bien dice la Constitución Española (en adelante, CE) en *“la dignidad de las persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás”* (art. 10.1).

³ R. COBO BEDÍA, *Hacia una nueva política sexual. Las mujeres y la reacción patriarcal*. Los libros de la Catarata, Madrid, 2011, p. 92.

La complejidad de dichos retos no debería intimidarnos ya que la democracia es por definición un régimen complejo y exigente, sobre todo desde el momento en que en ella es necesario conciliar *libertad, igualdad y pluralismo*. Esta conciliación se vuelve especialmente complicada en unas sociedades cada vez más heterogéneas desde el punto de vista cultural y religioso. Una realidad que incide en el corazón mismo de los sistemas constitucionales, es decir, en la definición de la *ciudadanía* y en el contenido y límites de los *derechos fundamentales*. Estas transformaciones obligan a revisar un modelo jurídico que mal se adapta tanto en su parte sustantiva como adjetiva a un contexto de creciente diversidad cultural. Un modelo jurídico en el que será necesario profundizar en el principio de igualdad como reconocimiento de las diferencias, así como en una tutela antidiscriminatoria que, sobre todo en el caso de las mujeres, tenga presente la intersección de factores que generan en ellas una singular vulnerabilidad.

De ahí la necesidad de incorporar el género como categoría analítica y de otorgar autoridad epistémica al feminismo como teoría política. Una propuesta que, a lo largo de más de dos siglos de vindicaciones y reflexiones, ha puesto al descubierto las miserias del orden liberal-democrático, al tiempo que ha cuestionado los marcos teóricos y la epistemología que han estado históricamente condicionados por la cultura patriarcal. Todo ello desde la perspectiva emancipadora que supone tener como faro la igualdad real de todos los seres humanos y desde la legitimidad que otorga el uso como herramienta de “la persuasión intelectual” y no de la violencia⁴.

2. LA PROHIBICIÓN DEL VELO INTEGRAL: UNA CUESTIÓN DE GÉNERO.

2.1. El velo integral como manifestación de la libertad religiosa de las mujeres

Las paradojas que encierra el “multiculturalismo acrítico” se ponen en evidencia en el debate planteado en varios países europeos en torno a la prohibición del velo integral⁵. En el caso español, y ante la ausencia de una ley

⁴ R. COBO BEDÍA, *Hacia una nueva política sexual*, cit., p. 211.

⁵ De momento solo tres países han optado por la prohibición del velo integral islámico: Francia aprobó el 14 de septiembre de 2010 una Ley sobre ocultación de la cara en los espacios públicos. Posteriormente fue Bélgica la que aprobó la Ley de 1 de junio de 2011 que prohíbe las

que regule esta cuestión y de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) sobre la cuestión, ha sido el Tribunal Supremo (en adelante, TS) el que de momento nos ha ofrecido una argumentación jurídica, bastante discutible, y en la que se pone de manifiesto la ausencia del “género” como criterio de ponderación⁶.

La STS de 14 de febrero de 2013 concluyó que el velo integral islámico es un símbolo religioso y que, por tanto, su prohibición puede vulnerar el derecho fundamental de la libertad religiosa de quienes lo llevan. Entiende el TS que su uso por “mujeres adultas, se establece en un ámbito de libertad... y que la mujer en él tiene a su disposición medidas adecuadas para optar en los términos que quiera por la vestimenta que considere adecuada su propia cultura, religión y visión de la vida”. Además, su prohibición provocaría el efecto perverso de enclaustrarla en su entorno familiar inmediato, lo que dificultaría su integración social.

El TS mantiene que el dato a considerar es sólo y exclusivamente “el elemento subjetivo de la motivación de la conducta de vestir un determinado atuendo por motivos religiosos” y que, por tanto, no debe entrarse en un hipotético debate sobre si las fuentes auténticas de la religión islámica consideran como un deber el uso del velo integral por las mujeres o se trata de

prendas que ocultan totalmente o de forma principal el rostro en los espacios públicos. En mayo de 2015 el gobierno holandés aprobó un proyecto de Ley que limita el uso del velo integral en determinados espacios públicos. Otros países han optado por prohibiciones parciales (Países Bajos, Italia, Reino Unido, Alemania). Sobre la regulación en estos países véase T. ARECES PIÑOL, *La prohibición del burka en Europa y en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp.145-157.

⁶ En dicha sentencia, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) de 7 de junio de 2011. El origen del conflicto hay que situarlo en mayo de 2010 cuando el ayuntamiento de Lérida aprueba una Ordenanza municipal de civismo y convivencia, en la que se establecía la prohibición del uso del burka y del niqab en los edificios y equipamientos municipales. La Asociación Watani por la Libertad y la Justicia presentó recurso contencioso administrativo ante el TSJC, basándose en una posible falta de competencia municipal, así como en la vulneración de derechos fundamentales como la libertad religiosa o el principio de igualdad. El TSJC, en la sentencia de 7 de junio de 2011, desestimó el recurso al entender que no se producía vulneración de los artículos 16 -libertad religiosa- y 14 -igualdad y no discriminación por razón de sexo- de la Constitución española (en adelante, CE). En cuanto a la competencia municipal controvertida, el TSJC entendió que el Ayuntamiento tiene capacidad para prohibir el acceso de una persona a un espacio de titularidad municipal en aplicación de la doctrina de la “vinculación negativa”. Contra dicha sentencia la Asociación Watani por la Libertad y la Justicia interpuso recurso de casación ante el Supremo.

un simple elemento cultural. Considero sin embargo que éste constituye un factor esencial a la hora de justificar, en su caso, las posibles limitaciones a dicho uso, puesto que su valoración puede modificarse si enfocamos el burka desde una dimensión identitaria, y por tanto política, lo cual obliga a ponerlo en relación con la efectiva igualdad de mujeres y hombres en un específico contexto cultural.

Para el Supremo no hay duda de que “el uso del velo integral constituye una manifestación del ejercicio de libertad religiosa”, cuyos límites solo pueden fijarse por ley. Estos límites además han de ser interpretados “con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos” (STC 20/1990, de 15 de febrero). De manera más específica, y con respecto a los límites de la libertad religiosa, el art. 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa, señala como tales “la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad públicas, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”. El TC ha interpretado que “sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para ‘la seguridad, la salud y la moralidad pública’, tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto”.

Por lo tanto, y en relación al uso del velo integral, sus limitaciones podrían plantearse en virtud de su posible afectación a la seguridad, o bien si se entiende que puede contradecir la “moralidad pública”. Mientras que la primera cuestión sí es abordada por el TS, la segunda apenas aparece tangencialmente y no constituye la referencia clave de su argumentación jurídica.

Con respecto al primer enfoque, la STSJC había mantenido que “en nuestra cultura -occidental- el ocultamiento del rostro en la realización de actividades cotidianas produce perturbación en la tranquilidad, por la falta de visión para el resto de personas de un elemento esencialmente identificativo cual es la cara de la persona que lo oculta”. El Supremo entiende que dicha alegación “carece de una demostración convincente en cuanto simple constatación sociológica” y, aunque existiera, “no podría justificarse que un órgano del poder público cual es sin duda el Ayuntamiento, dado el papel que constitucionalmente le atribuye el art. 9.2 CE, solventase la fricción cultural que esa perturbación manifestase...”

A este respecto, la STSJC recordaba la doctrina del TEDH en relación con el uso del velo no integral en los asuntos *Leyla Sahin vs. Turquía*, de 29 de junio de 2004, y *Kervanci vs. Francia*, de 4 de diciembre de 2008⁷. En concreto, se apoyaba en la interpretación dada a las exigencias fijadas en el art. 9.2 CEDH para poder establecer restricciones al ejercicio de la libertad religiosa: a) Ha de estar previstas por la ley; b) Han de tener una finalidad legítima; c) Han de ser necesarias en una sociedad democrática. Con relación al uso del burka, la clave está en el último requisito aludido por el TEDH, en cuanto que el mismo “resulta difícilmente conciliable con uno de los valores y principios irrenunciables en nuestra sociedad, y del cual España es un país pionero en la defensa promoción y efectividad, cual es el de la efectiva igualdad entre mujeres y hombres, y ello con independencia de que su uso sea voluntario o no”.

Sin embargo, el Supremo pasa por alto este argumento haciendo precisamente lo que inicialmente había dicho que no haría, es decir, valorar los fundamentos culturales (y políticos) del velo y sus consecuencias sobre la dignidad de las mujeres, así como basarse en una “simple constatación social” que antes había rechazado al considerar que la misma no suponía una “demostración convincente”.

Por una parte, se alega que, por más que el uso del velo integral resulte chocante con “las concepciones culturales de nuestro país”, no se puede prescindir del dato del carácter voluntario o no de su uso. Sostiene el Tribunal Supremo que las mujeres tienen a su disposición “medidas adecuadas por optar en los términos que quiera por la vestimenta que considere adecuada a su propia cultura, religión y visión de vida, y para reaccionar contra imposiciones de las que, en su caso, pretenda hacerse víctima, obteniendo la pro-

⁷ Hay que tener en cuenta que la jurisprudencia del TEDH sólo hace referencia al pañuelo islámico, pero no al velo integral que cubre todo el rostro. Además, los supuestos examinados por el TEDH se refieren mayoritariamente a situaciones en que las mujeres que llevaban pañuelo se encontraban en una relación de “sujeción especial”, la mayoría de ellas en el ámbito educativo. Por ello resulta tan criticable que el TS haga suyas las palabras del TEDH sobre el pañuelo islámico y las traslade al velo integral, ya que “las diferencias que existen entre uno y otro son muy importantes, así como también las consecuencias que se derivan de cada uno de ellos, tanto para la mujer que lo lleva, como para el resto de los ciudadanos”. T. ARECES PIÑOL, “La prohibición del velo integral islámico, a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 32, 2013, p. 39. Sobre la jurisprudencia del TEDH véase B. ALÁEZ CORRAL, “Reflexiones jurídico-constitucionales contra la prohibición del velo islámico integral Europa”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 28, 2001, pp.6 y ss.

tección del poder público”⁸. Por lo tanto, no se considera adecuado que “para justificar la prohibición que nos ocupa, pueda partirse del presupuesto, explícito o implícito, de que la mujer al vestir en nuestros espacios públicos el velo integral lo hace, no libremente, sino como consecuencia de una coacción externa contraria a la igualdad de la mujer”. Esta valoración, sin embargo, olvida varios argumentos decisivos: 1º) Da por supuesto que en el contexto cultural en que viven las mujeres que suelen llevar burka éstas disponen de recursos para negarse a hacerlo en su caso y que, por tanto, se trataría de una opción voluntaria. Una presunción que no tiene en cuenta la significación “política” de la prenda, la cual va más allá de su más que discutible, o como mínimo no única, interpretación como símbolo religioso; 2º) No aborda el posible “conflicto” de dicha vestimenta con nuestras concepciones culturales. Es decir, y aquí considero que está la clave del debate, no podemos perder de vista la inadmisibilidad de una práctica cultural que atenta contra los fundamentos del sistema democrático –la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, la integridad física y moral– y que por lo tanto difícilmente debería tener cabida en un sistema democrático, al menos en su dimensión pública⁹. Porque difícilmente una mujer con un burka puede desenvolverse en el espacio público con suficiente libertad para la interacción social o para el correcto desarrollo de su autonomía¹⁰. Un lastre que no sufren los hom-

⁸ En esta línea se sitúan por ejemplo los argumentos de M. NUSSBAUM para defender el burka como expresión de la libertad religiosa, subrayando que “las personas deben gozar de libertad para cometer sus propios errores”, *La nueva intolerancia religiosa*, cit., p. 147.

⁹ Resulta llamativa la posición mantenida por Raúl C. Cancio Fernández, letrado del Tribunal Supremo, publicada en el periódico *El País* (10 de abril de 2013), al referirse a una hipotética regulación de este tema por parte del legislador. Este, sostiene el letrado, debería hacerlo “poniendo en valor principios estructurales de nuestro paradigma jurídico, como son la seguridad jurídica, la presunción de inocencia, la libertad ideológica, religiosa y de culto o el principio de legalidad, todos ellos activos verdaderamente identificadores de ‘nuestra civilización’”. Es como mínimo sorprendente que el letrado obvие el principio de igualdad y no discriminación como uno de los activos que sirven, o al menos deberían servir, para identificar “nuestra civilización”.

¹⁰ “Discrepamos del Tribunal porque, en primer lugar considerar que las mujeres que llevan el burka, tienen libertad para realizar actividades cotidianas, es desconocer la realidad que rodea esta prenda. Las mujeres que llevan el burka no suelen relacionarse con otros ciudadanos ni tampoco participan en la vida social de un municipio, sino que viven enclaustradas en su vivienda y solo se relacionan con los miembros de su familia o amigos de su misma cultura, pero en ningún momento intentan una integración social. El burka a su vez encarna el sometimiento, la deshumanización social, cultural, económica y política de la mujer”. T. ARECES PIÑOL, “La prohibición del velo integral islámico, a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo”, cit., p. 49.

bres. Por lo tanto, hay una relación desigual de posiciones que nos muestran que estamos ante una cuestión de género. Este argumento contradice además el riesgo del que alerta el TS –“el enclaustramiento de la mujer en su entorno familiar inmediato, (...), lo que a la postre resultaría contrario al objetivo de integración en los diferentes espacios sociales” –, porque el verdadero problema es que con un velo integral una mujer no puede integrarse en los espacios sociales. Desde estas consideraciones parece más que evidente que la prohibición del velo integral se ajusta a los requisitos que el TC ha reiterado para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el principio de proporcionalidad, a saber: juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto (STC 14/2003, FJ 9) ¹¹.

Resultan muy significativas las limitadas alusiones que el Supremo realiza a normas internacionales sobre igualdad de género. Sólo se menciona una *Recomendación del Consejo de Europa 1927 (2010) sobre Islam, Islamismo e Islamofobia en Europa*, en la que se exhorta a los Estados “a no establecer una prohibición general del velo completo o de cualquier otra ropa religiosa o especial sino cuando esta prohibición sirva para proteger a las mujeres de toda coacción física y psicológica (cursiva mía)” (art. 3.13), aunque en el mismo texto se termina diciendo que las restricciones al uso de dichas prendas “pueden estar justificadas, cuando sea necesario en una sociedad democrática en particular, por motivos de seguridad o cuando las funciones públicas o profesionales de los individuos requieran su neutralidad religiosa o que su cara pueda verse”¹².

Es curioso cómo se obvia la referencia a la muy significativa *Resolución del Parlamento Europeo sobre las Mujeres y el fundamentalismo 2000/2174*, en la que se deja muy claro que “la identidad de la mujer ha de poder ser personal e individual, diferenciada de religiones, tradiciones y culturas; que estereotipos, vestido, valores, modelos de vida y hábitos de comportamiento deben

¹¹ T. ARECES PIÑOL, *La prohibición del burka en Europa y en España*, cit., pp.188-190.

¹² Es curioso que la sentencia no haga referencia a la Resolución 1743 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, adoptada bajo el mismo título y en la misma fecha que la Recomendación que sí cita, y en la que insiste en cómo las mujeres son las principales víctimas del islamismo radical y la islamofobia. Entiende la Asamblea que el velo integral es percibido en multitud de ocasiones como un símbolo de sumisión de las mujeres a los hombres, el cual además limita su rol en el seno de la sociedad y obstaculiza su vida profesional, sus actividades sociales y económicas. Por ello considera que esta tradición puede representar una amenaza para la dignidad y la libertad de las mujeres, por lo que insta a los Estados a que las protejan de todo acto de opresión o violencia.

ser una cuestión de libre elección personal". Ello, además, desde la asunción de tres principios fundamentales: 1º) Los derechos de la mujer consignados en los Tratados y convenios internacionales no pueden verse limitados ni contravenirse bajo pretexto de interpretaciones religiosas, tradiciones culturales, costumbres o legislaciones; 2º) Ningún sistema político ni ningún movimiento religioso pueden estar por encima del respeto de los derechos humanos fundamentales y las libertades democráticas y que las convicciones políticas o la confesión religiosa no deben ser utilizadas como elementos de identidad de los ciudadanos; 3º) La defensa de los derechos de las mujeres implica la imposibilidad de aplicar normativas o tradiciones opuestas o no compatibles con ello. Por lo tanto, no serán de aplicación en la UE las normas que legalicen la desigualdad entre hombres y mujeres. Todo ello desde la convicción de que no existe una democracia real sin el respeto de los derechos de las mujeres, incluido el derecho a la autodeterminación y a la igualdad de género.

Aunque más llamativo aún es la ausencia de referencias a la *Convención de eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de 1979, la cual hace un llamamiento a los Estados Partes para que "tomen en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre" (art. 3). De manera más específica, y aplicable directamente al caso que nos ocupa, el art. 5 CEDAW dispone que los Estados Partes ha de tomar todas las medidas apropiadas para "modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres".

2.2. La dignidad de las mujeres como parte del "orden público inmaterial"

El art. 5 CEDAW nos ofrece el argumento básico para enjuiciar desde el punto de vista constitucional la incompatibilidad entre determinadas prácticas culturales y los principios democráticos. Es decir, la cuestión a responder es si, en el caso que nos ocupa, el uso del velo integral es compatible con

una “ética cívica” basada en la igual autonomía de mujeres y hombres. Si es democráticamente admisible una prenda que condena a las mujeres a la invisibilidad en el espacio público y las sitúa en un orden simbólico de subordinación. Elementos ambos que son incompatibles con el orden de valores de un Estado social y democrático de derecho, los cuales debe actuar como límites de los derechos, incluida por tanto la libertad religiosa. Ni siquiera amparándonos en ésta, creo que sea posible justificar que las mujeres “renuncien” a derechos esenciales que tienen que ver con su dignidad y con el libre desarrollo de la personalidad. Desde este punto de vista, una democracia no debe permitir en el espacio público manifestaciones y expresiones que atenten contra la lógica emancipatoria e igualadora que representan los derechos humanos.

El Consejo de Estado francés, en la decisión que hizo pública el 26 de enero de 2010 en torno al que entonces era proyecto de ley que prohíbe la ocultación del rostro en el espacio público, aporta un concepto clave para justificar desde el punto de vista constitucional la prohibición del burka. Me refiero al concepto de *orden público inmaterial* al que define como “una base mínima de exigencias recíprocas y de garantías esenciales de la vida en sociedad, ... las cuales... condicionan el ejercicio de otras libertades e imponen el rechazo, si fuera necesario, de los efectos de ciertos actos jurídicos guiados por la voluntad individual.” Estas “exigencias fundamentales del contrato social implícitas y permanentes” son las que pueden justificar la prohibición de ocultar el rostro cuando se está en un espacio público. El Consejo constitucional, en su decisión de 7 de octubre de 2010, confirmó la constitucionalidad del proyecto y admitió que “las mujeres que ocultan su rostro, voluntariamente o no, se encuentran en una situación de exclusión y de inferioridad manifiestamente incompatible con los principios constitucionales de libertad e igualdad”.

Frente a las dificultades que puede plantear en determinados países la justificación de la prohibición del burka en el principio de laicidad, la misma ha de sostenerse sobre el principio de igualdad y la dignidad de las mujeres. En este sentido, debemos enfocar el conflicto desde el análisis de la simbología que hay detrás de una vestimenta y que nos remite a la violencia estructural y simbólica que las mujeres siguen sufriendo en determinados contextos culturales¹³. Ello

¹³ Como bien lo explica la abogada argelina W. TAMZALI, “lo que expresa el burka es el proyecto de un mundo en el que los hombres y las mujeres estarían separados, si no enemistados: da igual que sea voluntario o impuesto; que represente un desafío a Occidente o la expresión de un conflicto de generaciones, de cultura, de clase; que se deba a reglas de

supone desvincular el uso de determinadas prendas del ejercicio de la libertad religiosa¹⁴.

En el debate mantenido en Francia encontramos pues los argumentos precisos que enfocan el burka desde la dimensión de la igualdad de género. Desde este punto de vista, y aún teniendo en cuenta la nada pacífica discusión en torno a los orígenes culturales o religiosos de la prenda, es evidente que la misma refleja una relación desigual entre hombres y mujeres. Nadie puede discutir que “son prendas de vestir opresoras, diseñadas para restringir los movimientos, haciendo que las mujeres sean torpes, dependientes, anónimas e invisibles”¹⁵. Es decir, son prendas que reflejan una violencia estructural a la que están sometidas determinadas mujeres y que contribuyen a consolidarlas en un estatus que les niega dignidad y autonomía. Algo que no puede ser admitido en un Estado social y democrático de Derecho¹⁶.

comportamiento; que sea la marca de la pasión por Dios, sustituido por un marido en el lecho... Refleja una relación entre los sexos basada y legitimada por la servidumbre a la *potestad* masculina. Es un orden del mundo, con todo lo que lleva consigo de subordinaciones, humillaciones, violencia aceptada y violencia impuesta”. *El burka como excusa: terrorismo intelectual, religioso y moral contra las mujeres*. Saga, Barcelona, 2011, p. 52.

¹⁴ “Los tribunales, de la misma manera que solicitan determinadas pruebas para comprobar si se está vulnerando o un derecho fundamental, no entendemos muy bien porque en el caso del uso del pañuelo islámico y, mucho más, en el caso del velo integral islámico, burka y niqab, no solicitan dichas pruebas para determinar si realmente se está vulnerando o no el derecho fundamental de libertad religiosa, ni tampoco se cuestionan, como creo que deberían hacer, si el uso del pañuelo islámico o del velo integral islámico, responde más a una interpretación integrista impuesta por el poder político y social que a motivos religiosos”. T. ARECES PIÑOL, *La prohibición del burka en Europa y en España*, cit., p.79.

¹⁵ T. ARECES PIÑOL, “La prohibición del velo integral, burka y niqab”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, num. 24, 2010, p. 43.

¹⁶ “... el velo (integral) es una práctica sexuada que afecta a los principios de igualdad de género y de no discriminación, tanto por los significados que comprende (decencia, modestia, pudor, recato, fidelidad, protección frente a la agresión o la molestia sexual, etc.) como por la forma de entender la sexualidad, especialmente femenina, y la relación entre los sexos sobre la que descansa, que son teorías sobre la complementariedad del hombre y la mujer, no de igualdad de género. Tanto la igualdad entre mujeres y hombres como el principio de no discriminación son bienes constitucionalmente protegidos, así que esta afectación constituiría, en mi opinión, una razón que debería ser debidamente considerada a la hora de delimitar el derecho de libertad religiosa que se invoca para proteger esta práctica”. D. MORONDO TARAMUNDI, “El principio de igualdad entre mujeres y hombres frente a la prohibición del velo islámico integral”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, num. 30, 2014, p. 301.

2.3. La preservación de las condiciones del *living together* como fundamento de la prohibición del velo integral

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de julio de 2014, *caso S.A.S v. Francia*, resolvió la demanda planteada por una joven musulmana, de nacionalidad francesa, que se negó a descubrirse el rostro a petición de la policía y bajo la amenaza de una multa de 150 euros. El gobierno francés defendió ante la Corte de Estrasburgo la Ley número 2010-1192, de 11 de octubre de 2010, apoyándose en tres argumentos¹⁷. En primer lugar, el “principio de igualdad y no discriminación”, en cuanto que el velo que cubre el rostro de la mujer supone un instrumento de opresión sexista que niega la dignidad de la mujer y es un símbolo del fundamentalismo islámico que se opone a los valores occidentales. El TEDH entiende que la igualdad de género no puede fundamentar la prohibición porque en ocasiones llevar el velo es una práctica consciente y voluntaria por parte de un número considerable de mujeres que lo hacen como expresión de su identidad cultural. Por lo tanto, estaría amparado por el ejercicio de derechos fundamentales reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En segundo lugar, se alude a la necesidad de proteger “la seguridad pública”. En relación a este argumento, el TEDH entiende que la prohibición establecida por el legislador francés es desproporcionada. El objetivo de mantener la seguridad pública podría mantenerse con la simple obligación de mostrar el rostro para permitir la identificación cuando ésta se hace necesaria y no siempre y en todo caso.

Es el tercero de los argumentos esgrimidos por el Gobierno francés, “las exigencias mínimas de la convivencia y de la vida en sociedad”, el que finalmente asume el TEDH para fundamentar la adecuación de la ley francesa al Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁸. Es decir, la prohibición del velo integral se justificaría en orden a preservar la normal interacción de los indi-

¹⁷ A. VALERO, “A vueltas con el burka, esta vez desde Europa”, *Al revés y al derecho* (<http://alrevesyalderecho.infolibre.es/?tag=burka>, consultado: 3/10/14).

¹⁸ Este fue también el argumento principal usado por el Tribunal Constitucional belga en la sentencia 145/2012, de 6 de diciembre, en la cual avaló la legitimidad constitucional de la prohibición del uso del burka y niqab en lugares públicos establecida por ley en 2011 al considerar que el uso de prendas que ocultan el rostro “priva a la mujer de un elemento fundamental de su individualidad, indispensable para la vida en sociedad y para el establecimiento de lazos sociales”. Un análisis de esta sentencia puede verse en J.J. RUIZ RUIZ, “Leyes de prohibición del velo integral en el espacio público: entre juicio de constitucionalidad y juicio de convencionalidad (A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional belga 145/2012, de

viduos en el espacio público, en la cual “el rostro juega un papel importante”, por lo que llevarlo tapado puede suponer una “amenaza para la convivencia”. Por lo tanto, la medida adoptada en Francia puede considerarse como “necesaria en una sociedad democrática” y estaría amparada en los límites que marca tanto el art. 8 (respeto de la vida privada) como el art. 9 (libertad de conciencia, pensamiento y religiosa) del Convenio Europeo de Derechos Humanos al referirse a “la protección de los derechos y las libertades de los otros”. En este sentido, el TEDH recuerda la doctrina mantenida en otros pronunciamientos, según la cual “el pluralismo y la democracia deben basarse en el diálogo y en el espíritu de compromiso, lo cual necesariamente implica concesiones por parte de individuos o de grupos de individuos que están justificadas en orden a mantener y preservar los ideales y los valores de una sociedad democrática”.

Aun compartiendo el fallo de Estrasburgo y buena parte de su fundamentación, creo sin embargo que el TEDH no se atreve a dar un paso más hacia delante que es el que supondría reconocer que la igualdad de género forma parte de las condiciones del *living together* en una sociedad democrática. Es decir, no se trata solo de que la ocultación del rostro sea incompatible con la interacción social sino que, en el caso del velo integral, estamos ante un símbolo que, más que expresión de una identidad religiosa, expresa y determina una posición subordinada de las mujeres que lo portan, a las que excluye de su normal desenvolvimiento en el espacio público. Por lo tanto, constituye la expresión de una violencia estructural que determinadas culturas ejercen sobre las mujeres, la cual no debería ser tolerada en un contexto democrático. En este salto que, insisto, el TEDH no se atreve a dar, entre otras cosas porque no acaba de tomarse el *mainstreaming* de género en serio, es donde se halla a mi parecer la clave para enfocar desde una perspectiva jurídico-constitucional los límites de la diversidad cultural y religiosa¹⁹.

6 de diciembre de 2012”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, num. 33, 2013.

¹⁹ En este sentido estoy totalmente de acuerdo con D. MORONDO cuando concluye que “para la crítica feminista, a diferencia de la jurisprudencia y buena parte de la doctrina, el uso voluntario del velo integral por parte de algunas o incluso muchas de las mujeres que lo llevan no cierra el debate sobre la opresión de las mujeres, sino que lo abre de par en par. Como se ha señalado en el análisis de los argumentos que recogíamos en las sentencias del Tsjc y del Ts y enlazábamos con el debate doctrinal europeo en este ámbito, esta noción de opresión problematiza el uso que se hace del argumento sobre la igualdad tanto en relación con el significado del velo como con la comprensión de la autonomía individual. En el primer caso, la idea de la opresión ligada al concepto de discriminación grupal expone la debilidad

3. LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITE DE LA DIVERSIDAD CULTURAL

El debate sobre el uso de determinadas prendas por parte de las mujeres pertenecientes a específicos contextos culturales nos plantea desde el punto de vista constitucional la cuestión de los límites del que podríamos llamar derecho a la identidad cultural. Un derecho que tendría sus raíces en la libertad de conciencia y que se proyecta a su vez en otros muchos derechos fundamentales como la libertad de expresión, el derecho a la propia imagen o incluso el derecho a la educación.

De entrada, no debería ofrecer discusión entender que los derechos humanos, incluidos también en ellos los derechos de las mujeres, deberían actuar como límite infranqueable de cualquier ejercicio de nuestras libertades. Si además entendemos que la igualdad de género forma parte de la esencia de una democracia, sería una auténtica paradoja que el sistema admitiera expresiones culturales que atenten contra dicho principio. En este sentido, “un enfoque crítico de género no puede admitir un pluralismo cultural indiscriminado que, desde el relativismo ético, considere a las tradiciones como horizontes cerrados que no deben ser juzgados por ningún universalismo”²⁰.

Las normas internacionales que se han ocupado de la diversidad cultural también lo han hecho de sus límites, si bien dejando espacios muy amplios para la interpretación. De manera pionera, la *Conferencia Mundial de Derechos Humanos* celebrada en Viena en junio de 1993 concluyó que el reconocimiento de la misma no puede implicar la aceptación como moralmente correctas de todas las costumbres, tradiciones principios ni una proclamación acrítica del derecho de los pueblos a la autodeterminación e identidad cultural. De forma más concreta, el art. 1 de la *Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005* deja muy claro que “sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los dere-

de las propuestas de resignificación voluntarista del velo y señala la necesidad de analizar el contexto en el que una determinada práctica adquiere su significado. En el segundo caso, la noción de opresión elaborada por el feminismo nos obliga a interrogarnos –de nuevo– por el contexto y las modalidades a disposición de la mujeres musulmanas para expresar su fe, exigiendo que el principio de igualdad respalde nociones de autonomía que excedan de la mera ausencia de coacción o violencia.” “El principio de igualdad entre mujeres y hombres frente a la prohibición del velo islámico integral”, cit., p. 307.

²⁰ A. PULEO, “Multiculturalismo, educación intercultural y género”, *Tabanque*, núm. 15, 2000, p. 86.

chos humanos y las libertades fundamentales como la libertad de expresión, información y comunicación, así como la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales” y se insiste en que nadie podrá invocar las disposiciones de la Convención para atentar contra los derechos humanos y las libertades fundamentales, proclamados en la Declaración universal de derechos del hombre y garantizados por el Derecho Internacional, o para limitar su ámbito de aplicación, en la práctica esas limitaciones pueden no resultar tan claras²¹.

Por tanto, inicialmente podemos afirmar que la diversidad cultural no puede sobrepasar la barrera marcada por los derechos humanos: “Los derechos humanos son intolerantes con las violaciones de los derechos humanos... El reconocimiento de la otredad de los Otros presupone la intolerancia respecto a aquellos que no reconocen la otredad de los Otros”²². O, planteado de otra manera, sólo serían aceptables las diferencias que amplían derechos y no las que los vulneran²³. Así se refleja por ejemplo en el art. 3.2 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, en el que se deja claro que “las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, *sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas*”.

Hay un límite que señala la *Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005* sobre el que no deberíamos tener ninguna duda: el derecho a la identidad cultural no puede legitimar ninguna lesión de libertades fundamentales como las de expresión, información y comunicación, así como la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales. Es decir, el valor de la diversidad ha de ser inseparable de la libertad cultural. El individuo ha de poder, de una parte, contextualizar culturalmente su personalidad pero también ha de tener la libertad

²¹ En un sentido similar se pronunciaba el art. 4 de la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 2 de noviembre de 2001: “Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance”.

²² U. BECK, *El Dios personal: la individualización de la religión y el “espíritu del cosmopolitismo”*, Paidós, Barcelona, 2009, p. 185.

²³ R. COBO BEDÍA, *Hacia una nueva política sexual*, cit., p. 49.

de “cambiar de contexto”, de descubrir otras identidades, de abrirse a otras culturas. De lo contrario, estaríamos contradiciendo la misma esencia de la dignidad del ser humano. De ahí lo peligroso de las posiciones radicalmente comunitaristas que llegan a legitimar eso que Kymlicka ha denominado “restricciones internas”²⁴ y que no permiten a los sujetos “estrategias de salida”²⁵.

Esta dimensión de libertad inseparable de la identidad debe estar presente especialmente cuando hablamos de los derechos de las mujeres ya que “las culturas, cuanto más herméticas, homogéneas y acosadas se autoperceben, en la medida en que tienen concepciones fuertemente comunitaristas, suelen ser más coactivas con las mujeres, porque suelen apelar a la tradición como fuente de legitimación y la tradición inevitablemente es sinónimo de subordinación para las mujeres”²⁶. Desde este punto de vista, insisto, son preferibles las culturas que han puesto en cuestión los roles estereotipados y subordinados de las mujeres²⁷. Dicho de otra manera, las culturas que permiten y garantizan a las mujeres incluso el “derecho de salida” o “de desobediencia cultural”, lo cual supone nada más y nada menos que reconocer su autonomía. En este punto es precisamente donde nos encontramos las mayores dificultades para mujeres que pertenecen a contextos culturales marcadamente patriarcales, en cuanto que viven como un dilema seguir en la comunidad de origen o renunciar a sus derechos. Cuando realmente el problema no está en ellas sino en esa comunidad que no reconoce su igual dignidad y su capacidad de autodeterminación, en cuanto que son definidas y construidas como sujetos a partir de las normas que la comunidad establece para ellas. Unas normas que son dictadas e interpretadas por hombres que son los que mayoritariamente tienen el poder.

Como señaló la ya citada Resolución del Parlamento Europeo sobre Mujeres y Fundamentalismo, la clave está en el reconocimiento y garantía de que las mujeres tengan la libertad de elegir o no una confesión religiosa y, por ejemplo, de usar los símbolos religiosos que la expresan, “si ellas mismas desean poner de relieve su identidad”. La cuestión más compleja radica,

²⁴ W. KYMLICKA, *La política vernácula*, Paidós, Barcelona, 2003.

²⁵ En definitiva, estamos hablando de lo que R. FORNET-BETANCOURT denomina “derecho a la desobediencia cultural”. “Aprender a filosofar desde el contexto de las culturas”, *Revista de Filosofía*, núm. 90, 1997.

²⁶ R. COBO, *Hacia una nueva política sexual*, cit., p. 24.

²⁷ C. AMORÓS, *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*. Minerva, Madrid, 2007, p. 263.

sin embargo, en dos aspectos del ejercicio de esa libertad: 1º) La valoración del sesgo patriarcal que conllevan determinadas prácticas o símbolos; 2º) Si bajo un aparente ejercicio de libertad personal, existen condiciones de tipo cultural-familiar que determinan los comportamientos, las actitudes y hasta la vestimenta de las mujeres. Es decir, el debate habría que situarlo en torno a dos extremos de difícil conciliación: la autonomía real de las mujeres y la violencia estructural presente en determinados contextos culturales.

4. LA AUTONOMÍA RELACIONAL COMO FUNDAMENTO Y LÍMITE DE UNA DEMOCRACIA PARITARIA E INTERCULTURAL

4.1. La irrenunciabilidad del derecho a no ser discriminada por razón de género

De acuerdo con lo anterior, deberíamos matizar opiniones como la del constitucionalista Fernando Rey Martínez, cuando afirma refiriéndose al *hijab* que: “Una cierta parte del contenido del derecho a no ser discriminado por género es irrenunciable. Las mujeres pueden estar de acuerdo con la propia ablación del clítoris, por ejemplo, y eso no la convierte en un acto válido. Pero en el caso del *hijab*, a diferencia de otras prendas que esconden todo el cuerpo, salvo los ojos, no supone en sí mismo, con carácter objetivo, daño concreto, limitación de movimientos o de oportunidades a las mujeres que lo llevan. El problema está en el significado que se le otorgue y sobre todo, como hemos visto, hay, por lo menos, dudas. En muchos casos, una mirada censora del *hijab* puede esconder racismo, xenofobia e islamofobia (...); en otros, feminismo paternalista; en otros nada de eso resulta difícil de discernir. En cualquier caso, retengo que no creo que pueda afirmarse que en todos los casos en los que se lleva el *hijab* se produce una discriminación por razón de género. Hay que admitir, al menos, que resulta extraño proteger a las mujeres que lo llevan de una discriminación de género ¡producida por ellas mismas!”²⁸.

Estas conclusiones necesitan ser matizadas en un doble sentido. De un lado, no comparto que la protección de los derechos de las mujeres suponga una posición “paternalista” por parte del Estado y no la obvia consecuencia de la sujeción al principio constitucional de igualdad material del art. 9.2 CE. De otro, tampoco entiendo que “una cierta parte del contenido del derecho

²⁸ F. REY MARTÍNEZ, “El problema constitucional del *hijab*”, cit., pp. 74-75.

a no ser discriminado por género es irrenunciable”, cuando la clave en una sociedad democrática es precisamente entender que nunca, bajo ningún concepto, el contenido del derecho a no ser discriminado por género es irrenunciable. En ese sentido la igualdad entre mujeres y hombres forma parte de las “esencias constitucionales”²⁹ que deben funcionar como límite necesario del reconocimiento público de las cosmovisiones plurales y diversas de los individuos³⁰.

Considero que es “irrenunciable” plantear la cuestión del velo islámico, y en general todo lo relativo a las prendas/símbolos que en determinadas comunidades portan las mujeres, como “una cuestión de género”. Y ello con independencia de los matices que deban tenerse en cuenta en función del tipo de prenda –no es lo mismo obviamente un burka que un pañuelo que se limita a cubrir la cabeza–, del contexto en que se plantea el debate o de la madurez de la mujer que la porta. En todo caso, se trata de poner de manifiesto que existe una discriminación por razón de género al imponer a la mujer musulmana –precisemos, no a todas las mujeres musulmanas, solo a aquellas que viven en determinados contextos donde prima una lectura más “fundamentalista” del Islam– unas vestimentas que no se le imponen al hombre musulmán y que evidencia su posición de subordinación³¹. Es decir, no es posible valorar una determinada práctica cultural o religiosa aislada del contexto en que se produce y de la comparación con la carga de identidad que asumen otros miembros –en este caso, los varones– de la comunidad. Porque, como bien señala Celia Amorós, “el uso del velo por parte de las mujeres se opone, por una parte a la ausencia de marcas de status en el atuendo en el

²⁹ E. BELTRÁN, “Liberalismo político y creencias religiosas”, en A. RUIZ MIGUEL (ed.), *Entre Estado y cosmópolis*, Trotta, Madrid, 2014, p. 228.

³⁰ Y hablo de “reconocimiento público” para referirme a la proyección o incidencia que la libertad de conciencia y religiosa puede tener en el espacio público y en las relaciones sociales. En el ámbito privado la libertad de conciencia obviamente garantiza que cada persona tenga sus propias creencias, ideas o principios. Cuestión distinta, no obstante, es como esa particular cosmovisión puede traducirse en reglas y relaciones de poder con incidencia también en la esfera privada. Piénsese por ejemplo en el Derecho de Familia, tan determinante del estatuto político y jurídico de las mujeres en contextos patriarcales.

³¹ “Lo que subyace como cuestión de fondo que pervive en la actualidad es común a todas las discriminaciones contra las mujeres y es, como se ha dicho, la subordinación y sumisión de las mujeres a cánones y parámetros masculinos heredados de la sociedad del patriarcado y del reparto de roles a partir de la distinción de lo público y lo privado”. M. MACÍAS JARA, “El velo islámico: diversidad cultural y derechos de las mujeres”, en M. REVENGA, G. RUIZ-RICO y J. RUIZ-RUIZ, *Los símbolos religiosos en el espacio público*, cit., p. 146.

caso de los varones. Apunta al respeto al varón propio marcando la reserva con respecto a todos los demás varones. Distingue a las mujeres castas de las prostitutas. Y, por supuesto, a las mujeres islámicas con respecto a todas las demás mujeres de otros cultos³². En este sentido no podemos obviar la íntima relación que existe entre determinados contextos culturales y los códigos normativos que establecen una posición jurídica subordinada de las mujeres y, por tanto, inadmisibles en un sistema constitucional³³.

4.2. La autodesignación como fundamento de un nuevo pacto social

La polémica que genera el uso de determinadas prendas nos sitúa ante la perspectiva desde la que sería necesario afrontar las limitaciones de la diversidad cultural basándonos en la dimensión de “género”: el límite innegociable debería estar constituido por la garantía efectiva del “libre desarrollo de la personalidad de las mujeres”, teniendo en cuenta la discriminación *interseccional* que incide en su estado de subordinación³⁴. Lo que a su vez implica acabar con las “heterodesignaciones” patriarcales, es decir, con la negación de su individualidad y la sujeción a los parámetros que para ellas definen los hombres³⁵. Ello enlaza a su vez con la necesidad de propiciar el *empodera-*

³² C. AMORÓS, *Vetas de Ilustración. Reflexiones sobre feminismo e Islam*, Cátedra, Madrid, 2009, p. 83.

³³ Resulta, por ejemplo, muy significativo que Túnez y Turquía sean de los pocos países que prohíben el hiyab en los establecimientos públicos, al tiempo que sus ordenamientos han erradicado dos de las figuras más discriminatorias de las mujeres como son la poligamia y el rudio. A. RAMÍREZ, *La trampa del velo*, cit., p. 39.

³⁴ Sobre el concepto de discriminación interseccional véase M.A. BARRÈRE, “La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, num. 77-78, 2010, pp. 27-48.

³⁵ Como bien explica M^a. T. ARECES, “el velo se ha convertido en el símbolo más que religioso, en el sentido propio del término, de las luchas ideológicas que se están librando en el Islam contemporáneo. Tras el velo lo que en realidad se esconde es la postura en torno al papel que se pretende desempeñe la mujer en la sociedad civil y en la escena pública y, por ende, todo el bagaje normativo que, típico de los ordenamientos islámicos, hacen referencia a la discriminación que sufre y que la ubican en una posición extraordinariamente débil...”. “La prohibición del velo integral islámico...”, cit., p. 7. Sirvan como ejemplo los mensajes que lanzan determinados “predicadores” que, viviendo en Europa, difunden determinadas interpretaciones del Islam. Entre ellos, el egipcio Amr Khaled, residente en Birmingham y considerado en 2006 por la revista Times una de las personas más influyentes del mundo. En uno de sus documentos, titulado “The manners: the hijab”, que circula desde 2005 por diversos foros musulmanes, señala que lo más importante en la vida de una mujer es su hijab. Las mujeres deben llevarlo para evitar atraer a los hombres, los cuales son los únicos sujetos “sexualmente

miento de las mujeres, su capacidad de tener voz en el espacio público y en los procesos de toma de decisiones, las condiciones para el completo desarrollo de sus potencialidades y capacidades. Se trataría pues de tener presente y de contribuir a desarrollar “la agencia de las mujeres, su capacidad como agentes transformadores de la cultura, su capacidad para resignificar las prácticas culturales y no contemplarlas como mejor sujetos pasivos”³⁶. Sin olvidar que “la posibilidad de encontrar un lugar propio como individuo depende en buena medida de la posibilidad real de la autodesignación”³⁷. Todo ello obligaría a revisar la misma construcción del espacio público, de los instrumentos de las democracias de partidos que siguen privilegiando el poder masculino y, en definitiva, las cláusulas de un contrato que sigue manteniendo los binarios jerárquicos del patriarcado.

En definitiva, un sistema democrático no debería amparar aquellas expresiones culturales que suponen negación de su “subjetividad”, es decir, de la consideración de las mujeres como sujetos con vida propia, dotadas de libertad de conciencia y de “libertad de agencia”, incluso hasta el extremo de rebelarse contra la identidad heredada. En este sentido, “cuanto mayor es el coste de abandono de grupos y comunidades, menor es la credibilidad de quienes sostienen que sus prácticas y modos de vida internos deben ser aceptados por los estados liberales porque resultan de la libertad de asociación de sus miembros. En los casos en que la libertad de salida lo es solo en un sentido puramente formal, y ficticio, dicha presunción se debilita hasta el punto de perder casi toda su fuerza normativa”³⁸. Por ello los poderes públicos han de garantizar esa libertad, lo cual, muy especialmente en el caso de las mujeres, implica también la creación de condiciones materiales que la permitan.

Lo contrario supondría contravenir el principio de *mainstreaming* de género que, como bien se ha consolidado en el Derecho Comunitario y se ha

deseantes”. Exhorta a los maridos a que animen a sus esposas a llevarlo y les recomienda a ellas que se cubran todo el cuerpo, excepto las manos y la cara. Además, recomienda que usen ropas amplias y tupidas, de modo que se adivinen las formas del cuerpo. M^a. A. RAMÍREZ, *La trampa del velo*, cit., pp. 61-62.

³⁶ C. SÁNCHEZ MUÑOZ, “Negociaciones culturales y género: hacia un feminismo transnacional”, en A. RUIZ MIGUEL (ed.), *Entre Estado y cosmópolis*, Trotta, Madrid, 2014, p. 292.

³⁷ M. L. FEMENÍAS, *El género del multiculturalismo*, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, 2007, p. 74.

³⁸ J. M. COLOMER MARTÍN-CALERO, “Liberalismo, tolerancia y pluralismo”, en A. RUIZ MIGUEL (ed.), *Entre Estado y Cosmópolis*, cit., p. 174.

incorporado a nuestro ordenamiento jurídico (art. 15 LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), debe presidir todas las políticas públicas. El objetivo debe ser preservar por encima de todo la autonomía de las mujeres, entendida en un sentido *relacional*, que es la que permite que cada persona pueda ser “protagonista de su propio proceso de (re)generación auto-creativa”³⁹. La preservación de esa autonomía pasa necesariamente por analizar la posición social y económica ocupada por las mujeres. Es decir, no bastaría con centrarnos en la dimensión del *reconocimiento* que debe conllevar el principio de igualdad, sino también en la dimensión *distributiva*, de manera que finalmente consigamos eso que Nancy Fraser denomina “paridad de participación”, es decir, un sistema que permita a todos los miembros de la sociedad interactuar entre sí como pares⁴⁰. Desde esta perspectiva, el objetivo fundamental debería ser analizar las desigualdades estructurales y económicas, las cuales en muchas ocasiones son interesadamente “disfrazadas” con la cobertura de los conflictos culturales⁴¹.

Piénsese por ejemplo en las discriminaciones que sufren las mujeres migrantes y no tanto, o al menos *no solo*, por razones de tipo cultural, sino por su posición socio-económica y política en un marco de convivencia que las mantiene subordinadas. Es decir, dichas mujeres continúan siendo en gran medida dependientes, con escaso reconocimiento de su individualidad, desde el punto de vista laboral están mayoritariamente ubicadas en el ámbito doméstico o bien en aquellos que las convierten en objetos sexuales, y además suelen ser las encargadas de mantener las tradiciones de sus culturas de origen. En ella se entrecruzan las dependencias y subordinaciones de tipo cultural con la que provoca su situación económica, la cual se agrava en momentos de crisis como los actuales de manera que podemos hablar incluso de una “feminización de la supervivencia”⁴². De ahí la necesidad de revisar

³⁹ B. RODRÍGUEZ RUIZ, “¿Identidad o autonomía? La autonomía relacional como pilar de la ciudadanía democrática?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, num. 17, 2013, p. 90.

⁴⁰ N. FRASER, *Dilemas de la Justicia en el siglo XXI: género y globalización*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 2011, p. 305.

⁴¹ Precisamente esa es una de las críticas hechas al texto de Okin sobre las mujeres y el multiculturalismo, el que no hiciera referencia a los derechos económicos y sociales. A. ANNA IM, “Promises we should all keep in common cause”, en S.M. OKIN, *Is multiculturalism bad for women?*, cit., p. 60.

⁴² S. SASSEN, *Cartografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2003.

unas estructuras económicas patriarcales que continúan generando injusticias y avanzar hacia “un nuevo contrato de género”⁴³.

En ese nuevo contrato debería tenerse presentes tres dimensiones interrelacionadas: *reconocimiento* (derechos culturales), *redistribución* (derechos socio-económicos) y *representación* (derechos políticos). Las tres necesarias para garantizar su posición como sujetos dinámicos y en permanente estado de regeneración, frente a la concepción estática e inmutable que propician las identidades culturales. Lo cual por otra parte no supone más que hacer efectivo, desde una perspectiva de género, el mandato que a los poderes públicos dirige el art. 9.2 CE. Solo así las mujeres podrán “participar en procesos de interacción creativa entre relaciones con sentido crítico y actitud reflexiva”, actuando según el juicio de valor que ellas mismas generen en sus relaciones consigo mismas y con los demás. De esta manera, la *autonomía relacional* se configura como el concepto jurídico-constitucional clave que “nos permite rebelarnos contra la adscripción estática y coercitiva, heterónoma, a relaciones concretas, y contra el protagonismo que éstas pueden asumir en la definición de nuestra personalidad a costa de nuestra capacidad de auto-normarnos”⁴⁴.

4.3. La búsqueda de soluciones contextualizadas

La mayor complejidad que desde el punto de vista jurídico-constitucional plantea la diversidad cultural reside en la imposibilidad de adoptar soluciones generales y abstractas, que son las propias de un modelo jurídico que mal se adapta a las diferencias⁴⁵. Evidentemente la complejidad reside en valorar cuándo en cada caso el uso de un determinado símbolo o la realización de una práctica o costumbre responde a una verdadera opción de libertad. Ello obliga a dar respuestas ponderadas y contextualizadas, en las que se tengan presentes factores no solo personales –por ejemplo, la edad⁴⁶– sino

⁴³ M. PAZOS MORÁN, *Desiguales por ley. Las políticas públicas contra la igualdad de género*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2013, p. 29.

⁴⁴ B. RODRÍGUEZ RUIZ, “¿Identidad o autonomía?...”, cit., p. 90.

⁴⁵ Como señala Silvina Álvarez, se trata de buscar soluciones contextualizadas en un sentido interpretativo. “Los derechos humanos como valores plurales. Multiculturalismo, cosmopolitismo y conflictos”, en A. RUIZ MIGUEL (ed.), *Entre Estado y Cosmópolis*, cit., p. 200.

⁴⁶ S. ALVAREZ pone como ejemplo de la importancia que puede tener la edad en el caso de la reparación del himen, una cirugía a la que acuden muchas mujeres de determinados contextos culturales para así mantener la sujeción a la norma que les impone a las mujeres

también el nivel de autonomía que la mujer tiene con respecto a su proyecto de vida. En este sentido, por ejemplo, sería muy discutible negar el uso de un pañuelo o prenda similar a una mujer musulmana, que desarrolla una profesión en el ámbito público y que tiene más que probada autonomía para la gestión de su identidad⁴⁷. En todo caso, la clave constitucional que debería servirnos para resolver los posibles conflictos debería estar marcada por el concepto de dignidad (art. 10.1 CE), caracterizada como la “autodeterminación consciente y responsable de la propia vida” (STC 53/1985, FJ 8) y como la capacidad de actuar “como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos” (STC 91/2000, FJ 7).

Por otra parte, y muy especialmente, en contextos educativos que han sido en los que habitualmente se han presentado conflictos con relación al uso del velo, es fundamental mantener la vigencia de los principios que constituyen la ética cívica que sustenta la democracia. Y, en este sentido, es necesario que la escuela desempeñe un papel fundamental para que las niñas sean informadas y formadas en materia de derechos humanos, de forma que aprendan a identificar las conductas discriminatorias y eso les permita también analizar críticamente la cultura o religión a la que pertenecen. En

llegar vírgenes al matrimonio. Sostiene Álvarez que “en la medida que son mujeres adultas las que deciden llevar a cabo la reparación del himen, sería un error ignorar completamente su elección así como las razones que subyacen a la misma”. “Los derechos humanos como valores plurales...”, cit., p. 199.

⁴⁷ En este sentido podemos recordar la polémica generada en la Audiencia Nacional el 20 de octubre de 2009 durante un juicio por terrorismo islámico cuando el presidente de la Sala de lo Penal, el juez Javier Gómez Bermúdez, expulsó a la abogada Zoubida Barik por llevar la cabeza cubierta por un pañuelo. La abogada hispanomarroquí se negó a quitárselo y terminó sentándose en la parte de la sala reservada al público. Tras agotar las vías internas, la abogada ha acudido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual deberá pronunciarse sobre si la actuación del presidente de la Sala supuso una discriminación y un atentado contra la libertad religiosa de la abogada. Con relación a la indumentaria que debe usarse en un tribunal, el Estatuto de la Abogacía solo dispone en su art. 37 que “los abogados comparecerán ante los Tribunales vistiendo toga y, potestativamente, birrete, sin distintivo de ninguna clase, salvo el colegial, y adecuarán su indumentaria a la dignidad y prestigio de la toga que visten y al respeto a la justicia”. En su apartado segundo añade que “los abogados no estarán obligados a descubrirse más que a la entrada y salida de las Salas a que concurran para la vistas y en el momento de solicitar la venia para informar”. Hay que tener en cuenta que la abogada Barik ocupó posteriormente al incidente un puesto de gestora procesal con funciones de secretaria judicial en el Juzgado de Paz de Arroyomolinos (Madrid). Durante dos años celebró matrimonios y juicios de faltas sin quitarse el hiyab. Posteriormente se reincorporó a la abogacía sin que su atuendo le causara ningún problema.

todo caso, no deberíamos olvidar que, como bien señala Tamzali, “disimular la melena y otras partes del cuerpo de las niñas conduce a una segregación sexuada, a diferencia de lo que hacen otros signos religiosos”⁴⁸. El modelo que mejor puede garantizar la vigencia de los principios que han de regir la educación en una democracia –el pleno desarrollo de la personalidad y la protección de los derechos humanos (art. 27.2 CE)– es sin duda el que se ajuste a una concepción laica de las instituciones públicas, incluidas pues las educativas. En este sentido no deberíamos olvidar la obligación de los poderes públicos de “garantizarnos un abanico lo suficientemente amplio, no ya de opciones, sino de opciones significativas que den sentido a nuestra auto-comprensión como personas autónomas”. Un compromiso que “cobra especial importancia en contextos relacionales donde razones estructurales o circunstanciales amenazan la capacidad auto-normativa de las partes”⁴⁹.

No obstante lo dicho, también es cierto que hay muchas mujeres musulmanas, especialmente en el ámbito europeo, que usan libremente el pañuelo como una opción mediante la cual defienden su identidad frente a una “cultura occidental” que pretende anularla. O, en otros casos, como “mecanismo” de protección frente a una “mirada masculina” que las sexualiza y cosifica⁵⁰. En este segundo caso, y paradójicamente, el uso del velo nos pone de manifiesto el núcleo sobre el que debería actuarse: la pervivencia de un orden patriarcal que sigue colocando a las mujeres en posición de “subordiscriminación”⁵¹. La cual es sufrida también incluso por las mujeres de

⁴⁸ W. TAMZALI, *Carta de una mujer indignada. Desde el Magreb a Europa*. Cátedra, Madrid, p. 60. Como ejemplo de la conflictividad que puede producirse en los centros escolares recordemos el reciente pronunciamiento del Tribunal federal alemán de lo Contencioso-Administrativo en una sentencia de 11 de septiembre de 2013. En ella se mantiene que el hecho de ser musulmana no exonera a las chicas de participar en las clases de natación. El fallo argumentaba que las chicas que no quieren que se vea su cuerpo desnudo pueden usar bañadores de cuerpo entero (los denominados “burkinis”). De esta manera, el Tribunal desestimaba el recurso de una niña de 11 años de Francfort, cuyos padres insistían en que sus creencias religiosas bastaban para ser exonerada de esa obligación escolar si había chicos en la piscina.

⁴⁹ B. RODRÍGUEZ RUIZ, “¿Identidad o autonomía?...”, cit., p. 96.

⁵⁰ Sirvan como ejemplo las declaraciones que Mervat Sultan, presidenta de la sección de Oriente Próximo de Women in Aviation, una organización sin ánimo de lucro que promueve la participación de las mujeres en la industria aeronáutica, realizaba en el periódico EL PAÍS el 24 de marzo de 2013. Tras contar que decidió cubrirse la cabeza con 27 años, explica que “es la forma de evitar las miradas y proposiciones indeseadas”. http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/03/24/actualidad/1395695704_677239.html (consultada: 27/03/14)

⁵¹ M.A. BARRÈRE y D. MORONDO, “Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para teoría del Derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco*

países con democracias consolidadas en las que por ejemplo el mercado, tal y como denuncia el feminismo islámico, les sigue imponiendo unas determinadas exigencias físicas y estéticas⁵².

Las dificultades de contextualización de estos conflictos derivan además del hecho de que las mujeres pertenecientes a minorías culturales están sometidas normalmente a la presión de dos fuerzas opuestas: “por un lado, la sociedad mayoritaria propicia la creación de un marco de creciente capacidad de decisión así como niveles más altos de autonomía personal y reconocimiento efectivo de los derechos individuales; por otro lado, las reglas y modelos de relaciones tradicionales del grupo minoritario pueden funcionar como un elemento disuasorio, un llamado a las mujeres jóvenes para que mantengan viva la comunidad con sus rasgos tradicionales, haciendo más lento el proceso de cambio personal y social en el que se podrían embarcar”⁵³. De esta manera acaba generándose una tensión entre dos polos –su cultura o sus derechos⁵⁴– que debería resolverse obviamente lógicamente desde una lógica democrática y no “identitaria”. Es decir, el conflicto debería gestionarse partiendo de que el problema se halla en la cultura que las subordina y que no reconoce su capacidad de autodeterminación.

Suárez, num. 45, 2011, pp. 15-42.

⁵² En todo caso estos planteamientos pueden llevar a posiciones, como mínimo, “perversas” y difícilmente justificables desde el punto de vista desde la vigencia de determinados principios constitucionales. Por ejemplo, M. NUSSBAUM estima que también en nuestras sociedades modernas y democráticas hay otras muchas prácticas que provocan el mismo efecto que el burka –la publicidad, por ejemplo– y no por ello pensamos en prohibirlas. Al margen de que dicho argumento no es exacto –sí que existen por ejemplo en países como el nuestro normas específicas que sancionan la publicidad sexista–, lo que no tiene sentido es justificar una práctica discriminatoria alegando la pervivencia de otras que igualmente lo son. Nussbaum llega incluso al “exceso” de comparar el burka, al hilo de sus reflexiones sobre los motivos de salud que podrían llevar a su prohibición, con el uso de tacones altos por las mujeres occidentales. *La nueva intolerancia religiosa*, cit., pp. 146 y 163.

⁵³ S. ALVAREZ, “Los derechos humanos como valores plurales...”, cit., p. 198. En esta tensión se sitúa por ejemplo la reacción de muchas mujeres de contextos en los que ha habido procesos colonizadores –por ejemplo América y África– frente a los principios del modelo que para ellas representa la humillación y en muchos casos la erradicación de sus culturas. Como bien explica M^a. L. FEMENÍAS, “este sentimiento ancestral de humillación *contra* un humillador común –el invasor– es lo que hace que, en la paradoja de la doble lealtad, las mujeres opten por la etnia más que por el género”. *El género del multiculturalismo*, cit., p. 249.

⁵⁴ C. SÁNCHEZ, “Negociaciones culturales y género: hacia un feminismo transnacional”, cit., p. 291.

Esta necesidad de contextualización quedaría excluida en el caso, a mi parecer evidente, de prácticas que son claramente incompatibles con un sistema constitucional: velo integral, ablación genital o normas e instituciones de Derecho privado que no reconocen la igualdad plena de hombres y mujeres, como la poligamia o el repudio⁵⁵. En los demás casos sería oportuno usar técnicas de mediación y de gestión pacífica de conflictos, sin olvidar el importante papel que el sistema educativo debe realizar en el fomento de un diálogo intercultural que tenga en cuenta una doble perspectiva: a) el referente de los derechos humanos, entendidos desde la lógica de la “universalidad de la dignidad”; b) el análisis reflexivo y crítico sobre el propio contexto cultural en el que el individuo está inserto⁵⁶. Desde esta perspectiva, será fundamental tener en cuenta la mirada crítica que representa el feminismo frente a un orden patriarcal que es transversal a todas las culturas. El objetivo principal de la escuela democrática no sería otro pues que terminar con todas las heterodesignaciones –de manera transversal la que afectan a las mujeres, pero también las que sufren minorías por circunstancias personales, sociales o culturales– y ofrecer al individuo las herramientas necesarias para convertirse en “sujeto”, es decir, en persona que “se administra sus predicados”⁵⁷.

⁵⁵ En este sentido hay que recordar como en noviembre de 2012 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó por primera vez una resolución que condena la mutilación genital femenina y pide a los Estados miembros medidas de castigo y educativas para frenarla. En nuestro ordenamiento, la reforma llevada a cabo por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, la introdujo en nuestro Código Penal (art. 149). Posteriormente, la LO 3/2005, de 8 de julio introdujo la posibilidad de perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina (nuevo apartado g del art. 23.4 Ley Orgánica del Poder Judicial).

⁵⁶ A todo ello cabría sumar por ejemplo la capacidad del Estado para apoyar o dejar de hacerlo expresiones culturales o religiosas que pongan en entredicho la igual dignidad de mujeres y hombres. En este sentido, por ejemplo, habría que plantearse si los poderes públicos deberían subvencionar a las confesiones religiosas que discriminen en su estructura interna u organización a las mujeres. Lo que ocurre por ejemplo en el caso de la Iglesia católica. En este sentido merece subrayarse como nuestro ordenamiento jurídico mantiene sin embargo un modelo de relaciones Estado-confesiones que privilegia que estas sigan manteniendo sus estructuras, aun siendo discriminatorias desde el punto de vista del género. Así, por ejemplo, la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, deja muy claro en su art. 4.5 que “los poderes públicos no facilitarán ningún tipo de ayuda a las asociaciones que en su proceso de admisión o en su funcionamiento discriminen por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Ahora bien, el art. 1 de la ley excluye de la misma a “las confesiones y comunidades religiosas” que se registrarán por su legislación específica.

⁵⁷ C. AMORÓS, *Vetas de ilustración*, cit., p. 258.

4.4. Los límites del pluralismo jurídico

Debemos tener presente que desde muchos Estados y/o comunidades se sigue acudiendo a las especificidades culturales para legitimar la violación de los derechos de las mujeres. De hecho, la mayor parte de las reservas formuladas a la CEDAW –vinculadas muchas de ellas a los derechos y obligaciones de hombres y mujeres en el matrimonio o a los derechos reproductivos de las mujeres– se fundamentan en la defensa de la especificidad cultural. Es el caso de los pocos países musulmanes que llegaron a ratificarla. Las concepciones esencialistas de las culturas supongan un peligro para las mujeres y, en general, para todos los grupos subordinados, y constituyen el principal obstáculo para avanzar en el diálogo intercultural y en la efectiva garantía de los derechos humanos. En todos los países donde se lleva a cabo una lectura “fundamentalista” de su cultura, y muy en especial de la religión, las reivindicaciones feministas se consideran una amenaza y ello provoca, a su vez, que las mujeres vuelvan a ser “estigmatizadas” como principales responsables de una supuesta desintegración cultural⁵⁸.

Por todo ello, la apuesta por sistemas de “pluralismo jurídico” –es decir, en los que se reconozca la vigencia de normas singulares de comunidades así como de los procedimientos particulares de resolución de conflictos– no debe renunciar a la vigencia indiscutible de los derechos fundamentales de las mujeres. En general, y así se desprende del Informe anual 2010-2011 elaborado por la Entidad de Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres, dichos sistemas provocan la pervivencia de leyes de familia que no garantizan la igualdad de mujeres y hombres, además de ofrecer obstáculos para la persecución de la violencia de género. Por ello es tan importante insistir en que la diversidad debe tener como límite la garantía de los derechos humanos así como el objetivo de procurar un Derecho de Familia no condicionado por concepciones éticas o religiosas que resulten discriminatorias contra las mujeres⁵⁹. Ello supone tener en cuenta el riesgo que supone para las mujeres su “domesticación” en comunidades controladas por élites masculinas que usan la tradición como herramienta de poder y como freno para cambios sociales que puedan poner en entredicho

⁵⁸ V. MAQUIEIRA, *Mujeres, globalización y derechos humanos*, Cátedra, Madrid, 2006, p. 971.

⁵⁹ Como bien apunta Okin, la defensa de los derechos de grupo requiere que el mismo pase por lo que denomina test de “no discriminación por razón de sexo” en la esfera privada. *Is the multiculturalism bad for the women?*, cit., p. 22.

sus posiciones de privilegio. Por ello, *la familia y la educación* constituyen los ámbitos esenciales en que desde el ordenamiento debería incidirse para garantizar la autonomía igual de hombres y mujeres.

Este límite deja, pues, muy clara la intolerancia con respecto a las costumbres o prácticas culturales que atenten contra la dignidad de las mujeres. Unas costumbres que aún presentan un singular arraigo en muchos países del mundo islámico y que van desde un Derecho de familia apoyado en la subordinación al varón, a las limitaciones del acceso a la vida pública, pasando por prácticas que suponen un trato físico y moral degradante, como puede ser la mutilación genital. En este sentido, en la Declaración y Programa de Acción de Viena, elaborado en la Conferencia de Derechos del hombre de 1993, se acordó que: “La Conferencia mundial sobre los derechos del hombre subraya, en particular, que importa empeñarse en eliminar la violencia a la que están expuestas las mujeres en la vida pública y privada, todas las formas de violencia sexual, de explotación y de trata de las que son víctimas, así como de los prejuicios de los que son objeto en la administración de justicia, *y de terminar con las contradicciones que pueden existir entre los derechos de las mujeres y los efectos perjudiciales de ciertas prácticas culturales y consuetudinarias, de los prejuicios culturales y del extremismo religioso*”.

4.5. El feminismo como aliado de una interculturalidad emancipadora

Desde esta posición también deberíamos ser críticos con nuestra propia cultura, la cual sigue siendo deudora de un modelo en el que sólo el hombre podía ser ciudadano y tener autonomía moral. Es decir, también en el ámbito occidental las mujeres durante siglos, y muy especialmente las pertenecientes a contextos católicos, se consideraban adscritas a una identidad “precívica” y condenadas a la heteronomía moral. Y todavía hoy, en pleno siglo XXI, por ejemplo las mismas estructuras internas de la Iglesia Católica siguen discriminando a las mujeres, en clara contradicción además con los límites que establece el legislador en relación a la libertad religiosa⁶⁰. Todo

⁶⁰ Como bien subraya C.R. SUNSTEIN, resulta llamativo que mientras que no resulta problemático aplicar a las instituciones religiosas los límites que derivan del Derecho Civil o del Penal, resulta tan complejo someterlas a norma de no discriminación por razón de sexo. “Should sex equality law apply to religious institutions?”, en S.M. OKIN, *Is multiculturalism bad for the women?*, cit., p. 88. En este sentido, no está de más recordar lo que literalmente señala el art. 6.1 de nuestra LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa: “Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias

ello por no hablar de los discursos y planteamientos dogmáticos que cuestionan en muchos aspectos la igual dignidad de las mujeres y la capacidad de decisión sobre su propia vida, además de las estructuras patriarcales que en el orden cultural y político siguen manteniendo una posición subordinada de la mitad de la ciudadanía. Por lo tanto, y como bien apunta Celia Amorós, “debemos *criticar* el velo de las musulmanas y, a la recíproca, dejar que ellas *destapen* todas nuestras zonas de vulnerabilidad, todas las incoherencias que sufrimos y de las que, en alguna medida, somos o hemos sido cómplices”⁶¹.

Al mismo tiempo deberemos tener en cuenta las diferentes lecturas que del feminismo se han hecho y se están haciendo desde diferentes contextos culturales. Es decir, no debemos asumir como única “lectura” correcta del feminismo, y en consecuencia de los derechos de las mujeres, la propia de la sociedad occidental. Como bien señala Boaventura de Sousa Santos, “una de las vertientes de debate y de lucha política que se me antoja más fecunda es la de un feminismo crítico que trate de incluir en el mismo horizonte de análisis no solo los límites del feminismo islámico sino también los límites del feminismo liberal occidental”⁶².

Es necesario pues fomentar la “interpelación intercultural”⁶³, generando una especie de feminismo “transnacional” que ponga al descubierto las injusticias estructurales globales y cree redes de solidaridad⁶⁴. Estos diálogos deberían propiciar la autocritica y contribuir a poner al descubierto también las paradojas de los contextos culturales democráticos. Y ahí es donde han de jugar un papel esencial las mujeres que, desde la diversidad, plantean una mirada “deconstructiva” del orden patriarcal y reivindican su papel como sujetos⁶⁵. Así lo reconoció por ejemplo la Resolución del Parlamento Europeo

normas de organización, régimen interno y régimen de su personal. En dichas normas, así como en las que regulen las instituciones creadas por aquéllas para la realización de sus fines, podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades, reconocidos por la Constitución, y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación.”

⁶¹ C. AMORÓS, *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización*, cit., p.234.

⁶² B. DE SOUSA SANTOS, *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2014, p. 52.

⁶³ C. AMORÓS, *Vetas de Ilustración*, cit., p. 107.

⁶⁴ Sobre el feminismo transnacional véase C. SÁNCHEZ MUÑOZ, “Negociaciones culturales y género: hacia un feminismo transnacional”, cit.

⁶⁵ Como ejemplo de esas lecturas “ilustradas” desde las que habría que potenciar los diálogos interculturales cabe señalar las aportaciones que en las últimas décadas está realizando la “teología feminista” en cuanto revisión de la mirada tradicionalmente androcéntrica

sobre Mujeres y Fundamentalismo al subrayar “el potencial diferenciador de muchas jóvenes islamistas, urbanas y educadas en universidades, que están transformando su propio papel en la sociedad y su espacio de actuación, compaginando actitudes feministas con sus religiones”.

Ese objetivo de encuentro y diálogo entre las expresiones más “ilustradas” de diferentes culturas ha de sustentarse, desde el punto de vista de las relaciones de los poderes públicos con las religiones, en un marco laico. Es decir, la mejor garantía para la libertad de conciencia, la igualdad y el pluralismo pasa necesariamente por unas instituciones basadas en la ética de los principios democráticos, bajo los cuales se haga posible la convivencia de diferentes cosmovisiones. Una convivencia que, obviamente, obligará a mantener los límites que imponen los derechos humanos a través de los cuales se realiza la autonomía y la dignidad de las personas. Ese marco no confesional, y por lo tanto no apoyado en los dogmas morales de una religión concreta, será a su vez el que mejor puede garantizar los derechos de las mujeres.

Porque sólo desde una ética democrática, compartida sobre los principios que hacen posible la convivencia de las personas diferentes, así como la lucha permanente contra las desigualdades y las injusticias sociales, será posible superar las barreras que todavía hoy siguen marcando diferencias jerárquicas entre los hombres y las mujeres. Un reto que pasa por la revisión de las relaciones entre los ámbitos público y privado, así como del lugar subordinado que las mujeres, y con ellas también los hombres que no responden al canon heteronormativo, siguen teniendo en determinadas culturas. De ahí la centralidad de un concepto como el de *autonomía* “que preserve el discurso de los derechos fundamentales de referencias meta-jurídica que puedan servir de vehículo para consagrar la construcción del género –u otras situaciones de subordinación derivadas de las relaciones intergrupales de poder”⁶⁶.

Es necesario pues replantear el reparto de subjetividades y de poder que consolidó el constitucionalismo liberal, para lo cual es urgente tomarse el *mainstreaming* de género en serio, aplicándolo también a todas las políticas relacionadas con la diversidad cultural y religiosa. Ello ha de implicar “examinar el sexismo como un elemento más de la memoria colectiva y de las tradiciones, que suelen recurrir a discursos basados en la inconmesurabilidad,

y patriarcal de las religiones. J. J. TAMAYO, *Otra teología es posible*, Herder, Barcelona, 2011, pp. 213-216.

⁶⁶ B. RODRÍGUEZ RUIZ, “¿Identidad o autonomía?...”, cit., p. 78.

sobre todo para describir las relaciones entre las mujeres (y/o los varones) de cada etnia o grupos culturales entre sí⁶⁷. Solo así podremos sentar las bases para consolidar una democracia auténticamente paritaria e intercultural, en la que será necesario “visibilizar y discutir `la sobrecarga de identidad de las mujeres”⁶⁸. De ahí la necesidad de contar no solo con la fuerza transformadora del feminismo, en cuanto movimiento pacífico y reivindicativo de igualdad y reconocimiento, sino también en cuanto teoría política que nos suministra conceptos y paradigmas con los que diseñar un nuevo “pacto social”. En este sentido los puntos de contacto entre multiculturalismo y feminismo son más que evidentes⁶⁹, en cuanto que ambos critican el orden liberal y persiguen una concepción más inclusiva de la justicia. El reto está pues en lograr que ambos vayan de la mano partiendo de la igual autonomía de mujeres y hombres como presupuesto del régimen democrático y, al mismo tiempo, como límite del reconocimiento de la diversidad.

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales

Universidad de Córdoba

Puerta Nueva, s/n

14002 – Córdoba

e-mail: octavio@uco.es

⁶⁷ M^a. L. FEMENÍAS, *El género del multiculturalismo*, cit., p. 294.

⁶⁸ C. AMORÓS, *Vetas de Ilustración*, cit., p. 106.

⁶⁹ W. KYMLICKA, “Liberal Complacencies”, en S. M. OKIN, *Is multiculturalism bad for the women*, cit., p. 33.

**LA CONSULTA PREVIA Y LA DEBIDA DILIGENCIA:
SIMILITUDES Y DIFERENCIAS DE DOS INSTRUMENTOS
PARA UN MODELO DE DESARROLLO
Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

*FPIC AND DUE DILIGENCE: SIMILIRATIES AND DIFFERENCES
OF THE TWO INSTRUMENTS TOWARDS
A MODEL FOR DEVELOPING AND DEFENDING HUMAN RIGHTS*

ASIER TAPIA GUTIÉRREZ
Fundación Unicolombo

Fecha de recepción: 24-9-14

Fecha de aceptación: 26-5-15

Resumen: *El artículo contiene una caracterización del contenido y objetivos de la Debida Diligencia y la Consulta Previa, Libre e Informada de Pueblos Indígenas, con el fin de establecer similitudes y diferencias para acabar con la equiparación que se está llevando a cabo desde sectores que promueven el desarrollo como la obtención del lucro permanente, sin atenderse a las consecuencias que pueden producirse de la actuación empresarial en términos de Derechos Humanos.*

Abstract: *The article exposes the differences and similarities of the Free prior and informed enquiry of indigenous peoples and Due Diligence Instruments. The objective is to avoid the increasing intention to confuse both instruments in order to promote an understanding of development based only on the making of profits, without taking into account the consequences in terms of Human Rights.*

Palabras clave: debida diligencia, desarrollo, consulta previa, derechos humanos.
Keywords: due diligence, development, free consent, human rights.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo expondrá el contenido fundamental, analizando sus características más importantes, de la Debida Diligencia en materia de

Empresa y Derechos Humanos y de la Consulta Previa, Libre e Informada de los Pueblos Indígenas. Asimismo examinará el papel que ambos instrumentos juegan en la disyuntiva entre el fomento del desarrollo económico y el respeto y la defensa de los Derechos Humanos.

El propósito principal, es mostrar con la mayor precisión posible, las diferencias y similitudes entre ambos instrumentos internacionales, a fin de evitar confusiones intencionadas entre uno y otro, que propician el debilitamiento de la Consulta Previa en cuanto instrumento para la defensa de los Derechos Humanos. La asimilación de ambos instrumentos juega un papel en favor de proyectos que faciliten el crecimiento económico y el sistema de desarrollo imperante, frente a un desarrollo apegado al respeto y disfrute de los Derechos Humanos.

Para ello se realizará una exposición y análisis de diversos aspectos característicos de los citados instrumentos como las diferencias en su origen para comprender por qué y para qué fueron instituidos, el modo adecuado de su ejercicio de acuerdo a las principales herramientas internacionales que los desarrollan y los diferentes derechos que tienen como objeto proteger, así como su fuerza jurídica.

En el último de los capítulos se planteará un análisis de la responsabilidad internacional de los Estados en caso de incumplimiento en la aplicación de los instrumentos en cuestión, observando la relación directa que esta responsabilidad guarda con los elementos expuestos en los capítulos previos.

Por último, en las conclusiones se expondrán los resultados de la investigación habiendo evidenciado cómo tanto la Debida Diligencia como la Consulta Previa, Libre e Informada tienen características similares que no deben ser llevadas hasta el extremo de ser equiparadas ni confundidas totalmente, para una buena defensa de los Derechos Humanos.

2. LA DEBIDA DILIGENCIA EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA Y LOS DERECHOS HUMANOS: UNA CUESTIÓN RECIENTE

Como veremos posteriormente cuando sea expuesta la Consulta Previa, Libre e Informada (en adelante la Consulta), el origen de ambos es sustancialmente diferente, lo que se tornará decisivo no sólo en la medida en que influye en sus respectivos contenidos, sino también en la metodología de ejecución y en los mismos requisitos jurídicos que los fundamentan.

Una de las cuestiones claves respecto a la Debida Diligencia y su origen es que es un concepto no emanado de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, sino “una integración de la obligación de los Derechos Humanos a la debida diligencia en relación a los actores no estatales (como corporaciones) y la práctica general de las empresas a la debida diligencia”¹ o como afirma Taylor un “proceso encontrado en la legislación de derecho comercial de un número de países”², con un origen más económico que jurídico o ético. Su origen debería ser suficiente para no confundirlo en modo alguno con la Consulta, muy cercana a otros instrumentos de Democracia Participativa y de las Ciencias Sociales como puede ser el referéndum. El intento de confundir ambas herramientas o no diferenciarlas palmariamente, puede hacer pensar que ello no constituye un asunto azaroso, sino una subsunción del reconocimiento de derechos a la lógica comercial de la que proviene la Debida Diligencia.

La Debida Diligencia es un concepto importado de las relaciones y los cálculos comerciales antes de realizar alguna inversión³, que está siendo tomado cada vez más en cuenta en el ámbito de los Derechos Humanos relacionado con las empresas. Este concepto podríamos compararlo con el comportamiento que se le exige en derecho a los padres de familia, en los que para delimitar la responsabilidad de éstos en caso de que algo les ocurra a sus hijos, se hace necesario el estudio del caso en particular para definir cómo debiera haberse comportado la empresa (el padre) en tal situación.

Por lo tanto, pese a que haya un resultado pernicioso, si se comprende que la empresa o los padres se comportaron como cualquiera se hubiera comportado en su caso, no hay motivo para sanciones. Es decir hay una evaluación de comportamiento acorde al requerido a cualquier persona o empresa en la misma situación, no de resultado.

Esta importación un tanto artificial tiene como objetivo que la Debida Diligencia sirva para medir y controlar cómo las Empresas deben implementar acciones administrativas para que en su actuar interno y en su comporta-

¹ Traducción del autor, del texto R. MCCORQUODALE, “Corporate Social Responsibility and International Human Rights Law”, *Journal of Business Ethics*, núm. 87, 2009, p. 392.

² Traducción del autor del texto M.B. TAYLOR, “The Ruggie Framework: Polycentric Regulation and the Implications for Corporate Social Responsibility”, *Nordic Journal for Applied Ethics*, núm. 5, 2011, p. 15.

³ Sobre debida diligencia en general J. BING, *Due diligence techniques and analysis: critical questions for business decisions*, Ed. Greenwood publishing group 1996; y referido al ámbito financiero de cara a adquirir otras Empresas en D. HARDING, y T. ROUSE, “Human Due Dilligence”, *Harvard University Review*, núm. 85 vol. 4, 2007, pp. 124-131.

miento en la ejecución de sus proyectos, se respeten los Derechos Humanos. Esto demuestra cómo el devenir empresarial se inmiscuye en asuntos relacionados con el Derecho Internacional (en este caso de los Derechos Humanos), adaptando sus máximas de maximización de beneficios a los requerimientos en Derechos Humanos.

La necesidad del ejercicio de Debida Diligencia por parte de las empresas respecto de violaciones de Derechos Humanos, si bien deberá alcanzar a todos los derechos, es evidente que deberá realizarse con especial observancia de los derechos que principalmente han sido conculcados por parte de éstas. Estos derechos son aquéllos relativos a las condiciones laborales como se pudo observar en la masacre de Rana Plaza (Bangladesh)⁴, los relacionados con asuntos medioambientales como los del caso Chevron en Ecuador⁵ o del caso de Bhopal en La India donde hubo numerosas víctimas evitables derivadas de una gestión empresarial que sólo pensaba en la maximización de beneficios y que con el transcurrir del tiempo se ha observado además la especial dificultad de las víctimas para lograr justicia y reparación de cualquier tipo⁶.

2.1. La Debida Diligencia y los Derechos Humanos: origen y desarrollo

La Debida Diligencia de las Empresas en relación con los Derechos Humanos aparece por vez primera con las denominadas Normas de la Subcomisión de Naciones Unidas (en adelante las Normas). Estas Normas trataron de tomar este debido comportamiento como ejemplo para vincular a las Empresas con el respeto de los Derechos Humanos en sus acciones⁷ y que pudieran ser sometidas a sanciones y métodos ejemplarizantes en caso de incumplimiento.

⁴ S. LABOWITZ y D. BAUMANN-PAULY, "Business as usual is not an option. Supply Chains and Sourcing after Rana Plaza", Stern Center for Business and Human Rights, https://www.stern.nyu.edu/sites/default/files/assets/documents/con_047408.pdf Abril 2014, última visita 20 de Abril de 2015.

⁵ O. PÉREZ y N. SILVA, *Caso Chevron. La verdad no Contamina*, Ed. El Telégrafo, 2014.

⁶ Una Buena contextualización de la necesidad de regular a las Empresas Transnacionales tomando como ejemplo la tragedia de Bhopal en S. DEBA, *Regulating Corporate Human Rights Violence. Humanizing Business*. Ed. Routledge. 2012.

⁷ Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 Agosto 2003.

Este nuevo concepto se vinculó con otros tan o más innovadores y difíciles de delimitar como la “*esfera de influencia*”, que supondría evaluar hasta qué grado de la cadena de valor comercial puede exigírsele a una empresa un comportamiento acorde a los Derechos Humanos⁸, así como la obligación para las denominadas Empresas Origen (en referencia al país de origen de las Empresas Transnacionales con filiales en varios países en el extranjero) de controlar a aquellas que producen para ellas. Esta obligación de control afectaría la relación entre matrices y subsidiarias, subcontratistas etc. y ha sido objeto de crítica por parte del impulsor de los Principios Rectores John Ruggie, Representante Especial del Secretario General sobre Derechos Humanos y Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales (en adelante Representante).

La intención subyacente de las Normas es obligar a las Empresas a preocuparse, como mínimo, de no violar los Derechos Humanos y de que quien o quienes producen para ella tampoco lo hagan, aún a costa de un cierto perjuicio en sus posibles beneficios. Esto supondría un cambio de paradigma en el modelo de desarrollo, pues la esencia fundamental del mismo resultaría ser el respeto por los Derechos Humanos por encima de la maximización de beneficios acorde al modelo actual.

Como las Normas no fueron aprobadas por el Consejo de Derechos Humanos, es difícil prever cómo se hubiera implementado esta Debida Diligencia y las consiguientes sanciones por incumplimiento de la misma⁹. De cualquier modo, en caso de haber sido aprobadas no hubieran resultado inmediatamente vinculantes, pese a ser denominadas como Normas y dar en su contenido una apariencia de vinculatoriedad¹⁰. Esto se debe al tipo de derecho internacional del que forman denominado como *Soft Law*¹¹ principal-

⁸ La idea que subyace a este intento no es otra que controlar el modo en que las Empresas utilizan en su beneficio-lucro, la inexistencia de una normatividad internacional que regule a las diversas partes interesadas en la producción empresarial, so pena de posibles violaciones de Derechos Humanos.

⁹ Sobre la escasez de precisión de Derechos Humanos incluidos en las Normas, J. Ruggie, Special Representative to the Secretary-General on Business and Human Rights, *Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights*, UN Doc. A/HRC/8/5, 2008, <http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf> última visita 26 de junio de 2014.

¹⁰ La dificultad del diseño jurídico de las Normas en O. MARTIN-ORTEGA, *Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional*, Bosch, Barcelona, 2008 pp. 190 y 191.

¹¹ Sobre el por qué usar normas de *Soft* o *Hard Law* en el ámbito internacional, K. ABBOTT y D. SNIDAL, “Hard and Soft Law in International governance” *International Organization*, vol. 54 num. 3, 2000, pp. 412-456.

mente por su ausencia de vinculatoriedad y que aplica actualmente a todo lo relacionado con la Debida Diligencia –que no a la Consulta–, así como por carecer del amplio respaldo de sectores influyentes en el ámbito de Empresa y Derechos Humanos.

John Ruggie, gran contradictor de las Normas¹², en su Marco para Proteger, Respetar y Remediar¹³ (en adelante Marco Ruggie) establece ámbitos separados de responsabilidad entre Estado y Empresa¹⁴ y atribuye al Estado responsabilidades reales y en cierto modo contundentes mientras apenas trata de mitigar el efecto negativo que las Empresas producen en ocasiones sobre los Derechos Humanos.

La estrategia Ruggie consiste en promover un interés por los Derechos Humanos entre los empresarios, que a menudo los ven como un obstáculo en su propósito de maximizar beneficios, fortaleciendo la histórica y fundacional responsabilidad de los Estados en la materia, mientras atenúa los intentos de que las empresas tengan una responsabilidad directa por las violaciones que puedan cometer en el ejercicio de sus funciones¹⁵. En definitiva, ello supone atemperar el intento de buena parte de la academia y los movimientos sociales por adaptar la institucionalidad internacional de derechos a la realidad que la globalización y la nueva *Lex Mercatoria*¹⁶ ha provocado en términos de Derechos Humanos, con el descontrol de la actuación de las empresas que operan en diversos países simultánea y coordinadamente, pudiendo elegir los regímenes jurídicos más adecuados para sus intereses de lucro en cada fase del proceso de producción. Esta estrategia continúa por

¹² M.B. TAYLOR, cit.

¹³ Tanto los Principios Rectores reseñados previamente como el denominado Marco Ruggie suponen la superestructura fundamental del momento que rigen todo el asunto y las discusiones sobre el tema de Empresa y Derechos Humanos. Los Principios Rectores serían lo equivalente a unas normas a pesar de carecer de vinculatoriedad, mientras que el Marco sería el modo en que esas Normas se adaptarían a la coyuntura actual en la materia.

¹⁴ Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales, J. RUGGIE, cit.

¹⁵ Otros autores afirman que más que un intento de ganarse a las Empresas para que cumplan con los Derechos Humanos, lo que hay es un intento de quitar contenido jurídico a estas posibles responsabilidades empresariales, dibujándolas como simples expectativas sociales. Entre otros, N. JAGERS, “UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Making a Headway towards Real Corporate Accountability?” *Netherlands Human Rights Quarterly*, num. 29, 2011, pp. 159-163.

¹⁶ J. HERNÁNDEZ, *Las Empresas Transnacionales frente a los Derechos Humanos: Historia de una asimetría normativa*, Ed. HeGoa 2009.

tanto de manera clara dibujando el beneficio como único interés y objetivo por parte de las empresas.

En los Principios Rectores¹⁷ el Representante da continuidad a esa separación de responsabilidades entre Estado y Empresa, desarrollando el modo en que cada uno de estos actores deberá ejercer sus obligaciones, la de proteger por parte de los Estados y la de respetar por parte de las Empresas. Esta separación de compromisos queda reflejada manifiestamente en el contenido de la Debida Diligencia, resultando en una gran autonomía para las empresas y una “obligatoriedad” del Estado para implantar exigencias administrativas a aquellas de cara a su ejecución¹⁸. Como veremos en el último capítulo, el Estado será sobre quien recaiga finalmente la responsabilidad internacional en caso de que los Derechos Humanos resulten violados por un ejercicio indebido de la misma.

Tanto en el Marco Ruggie de 2008 como en los Principios Rectores de 2011 hay una vinculación directa entre la responsabilidad de respetar los Derechos Humanos y el ejercicio de la Debida Diligencia, que si bien no es sino una expectativa social, le está siendo conferida progresivamente una dimensión jurídica¹⁹ a través de sucesivos desarrollos en diferentes ámbitos en el escenario internacional. Esta vinculación trata de ser tan evidente que la actuación empresarial conforme a un marco adecuado de Debida Diligencia, siguiendo las tesis de Ruggie, implicaría directamente un respeto por los Derechos Humanos, hasta el punto de que como el mismo Ruggie afirma ayudará a evitar posibles cargos penales de corrupción a la empresa:

“la relación entre complicidad y los requerimientos de debida diligencia es clara y convincente: las compañías pueden evitar la complicidad empleando los procesos de debida diligencia expresados arriba –que como ya se dijo, se aplica no sólo a sus propias actividades sino también a las relaciones conectadas con ellas²⁰”

¹⁷ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas, J. Ruggie, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar*, UN Doc. A/HRC/17/31, 21 Marzo 2011. Los Principios Rectores fueron aprobados por el Consejo de Derechos Humanos en su Resolución 17/4, *Los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas*, Doc. ONU A/HRC/RES/17/4, 6 Julio 2011.

¹⁸ Hasta dónde la responsabilidad de la empresa y límites en P. IBÁÑEZ y V. ORDÓÑEZ, “Papel de las Empresas y de los Estados en la Debida Diligencia en Derechos Humanos”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, num. 24, 2014, pp. (219-246) 232-235.

¹⁹ O. MARTIN-ORTEGA, cit., nota 10, pp. 299-310.

²⁰ Traducción del autor del párrafo 81 en inglés de J. RUGGIE, cit., Relación entre Debida Diligencia y complicidad se separan de forma clara de esta teoría liberatoria de responsabilidades a través de la Debida Diligencia en S. MICHALOWSKI, “Due diligence and

No obstante, si bien se evidencia un papel fundamental de la Debida Diligencia en lo que respecta a la responsabilidad de respetar, es necesario un buen desarrollo del debido proceso de la misma, para que pueda resultar eficaz el núcleo sobre el que giran los Principios Rectores y el Marco Ruggie, en torno a la protección y defensa de los Derechos Humanos.

Hasta ahora la Debida Diligencia ha quedado configurada como un asunto de *trámite y no de resultado*, en donde lo importante no es si las acciones de las Empresas terminan resultando en violaciones de Derechos Humanos o no, sino en dilucidar si han cumplido con ciertos trámites que los Estados les han “*permitido*”, siendo finalmente éstos los responsables, como veremos en el apartado relativo a la responsabilidad internacional. De esta posición, muy acorde al sistema de desarrollo actual, se deduce claramente el fomento al crecimiento económico que sólo se puede ver opacado parcialmente por un mecanismo que levemente lo limita, animando al respeto por los Derechos Humanos pero que de ninguna manera configura estos derechos como prioridad.

2.2. ¿Diligencia o Diligencias Debidas en materia de Derechos Humanos?

En el informe reseñado previamente, el Representante define la Debida Diligencia como “*las medidas que debe tomar una empresa para tener conocimiento, prevenir y responder a los efectos negativos sobre los derechos humanos*”²¹, dejando a las claras un tono de escasa exigencia hacia las empresas y proyectando el asunto como un formalismo más entre los varios que deben realizar antes de una inversión y su posterior gestión, lo que en su generalidad se suele llamar el *Business Case*. Esta concepción tan general y abstracta no deja de ser contradictoria con la importancia, que como previamente exponíamos, se le da a la Debida diligencia en cuanto a cimiento nuclear de la responsabilidad de respetar a lo largo de todo el Marco Ruggie y los Principios Rectores.

Así, se comprende que no se hable de violaciones de Derechos Humanos sino de efectos negativos sobre ellos. A este respecto es necesario expresar que este tono lingüístico no sólo se da en lo que respecta a la Debida

complicity: a relationship in need of clarification” en S. DEBA and D. BILCHITZ, *Human Rights Obligations of Business. Beyond the Corporate Responsibility to respect?*, Cambridge University Press, 2013, pp. 218-243.

²¹ Informe del representante especial, J. RUGGIE, cit., 14.v

Diligencia, sino que es causa común en todo el Marco Ruggie como estrategia negociadora del Representante para obtener la aquiescencia del sector empresarial²² y para aislar la responsabilidad de respetar de la fuerza jurídica que pudiera derivarse de la misma.

La profesora de la University of East London Olga Martín-Ortega expone el pragmatismo del concepto como un punto intermedio entre la exigencia del respeto a los Derechos Humanos y la práctica de la gestión de las empresas. El fin es traducir *“la diligencia debida a la que las empresas están acostumbradas a realizar en sus transacciones comerciales a la esfera de los Derechos Humanos”*²³. Acorde a esa teoría, no será sino una inclusión de un concepto propio de la gobernanza corporativa al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, so pena de que estos últimos se vean debilitados debido a la maleabilidad que se le confiere al concepto y a su ejecución en la práctica.

De acuerdo a los preceptos de la Debida Diligencia, el peso de la misma y el modo en que se lleve a cabo recaerán claramente sobre la propia empresa, dejando al Estado las facultades administrativas de incentivar, forzar, castigar y dar las directrices necesarias para que en su proceder se cumplan y respeten los Derechos Humanos. No obstante, el hecho de que haya o no violaciones de Derechos Humanos, acorde a las prescripciones del Marco Ruggie, no se contempla como un elemento fundamental de evaluación del proceso, sin excluir que algún Estado en su desarrollo nacional sí pueda poner tal cosa como exigencia.

Conforme a los Principios Rectores y el Marco Ruggie, para un proceso adecuado de Debida Diligencia la empresa deberá realizar una evaluación del impacto en Derechos Humanos de sus acciones. Una vez realizada la evaluación deberá incorporar al interior de la organización, las funciones y procesos obtenidos en la investigación previa, e instaurar las correcciones oportunas que variarán en función de la relación con las *“consecuencias negativas y la capacidad de influencia para prevenirlas”*²⁴. Es destacable además que

²² Sobre el uso del lenguaje en los Principios Rectores S. DEBA, *“Treating Human Rights lightly: a critique of the consensus rethoryque and the language employed by the Guiding Principles”*, en S. DEBA y D. BILCHITZ, cit., pp. 78-105.

²³ O. MARTÍN-ORTEGA, *“La diligencia debida de las Empresas en materia de derechos humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad”*, *Papeles el Tiempo de los Derechos*, num. 9, 2013, p. 3.

²⁴ Principios Rectores Sobre las Empresas y Derechos Humanos, puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para *“proteger, respetar y remediar”*, UN Doc. HR/PUB/11/04 2011 principio 19.

este proceso deberá ser continuo y permanente para cerciorarse y adaptarse a las circunstancias cambiantes de las funciones de la empresa en el tiempo, así como en el contexto en que operan²⁵.

En el caso de las Empresas de titularidad pública se conjugan la doble función de la obligatoriedad de proteger del Estado y la responsabilidad de respetar de la empresa en un solo organismo que es el Estado. En este caso los Principios Rectores establecen que los Estados *“deben alentar y si es preciso exigir la diligencia debida en materia de derechos humanos a los propios organismos y a las empresas o proyectos empresariales que reciban su apoyo”*²⁶. Ello denota que las Empresas sobre las que no haya una propiedad pública o un apoyo público claro, tendrán más libertad para desarrollar la Debida Diligencia como estimen conveniente. Como veremos en los capítulos siguientes, esta autonomía empresarial supondrá una diferencia teórica importante con el debido proceso en la Consulta, donde se requiere una participación estatal directa. La libertad de las Empresas para realizar la Debida Diligencia autónomamente, se deriva de que como dice Lambooy es *“un concepto contenedor”*²⁷ en el que se incluyen todos los posibles costes y riesgos que conlleva una actividad empresarial, decidir si merece o no la pena la inversión. Es comprensible en cualquier caso que sea la Empresa quien deba asumir los costes de actuar debidamente acorde a los Derechos Humanos, Aplicar este proceso y su ideología liberal subyacente significará seguir sometiendo los Derechos Humanos al sistema de crecimiento económico y al interés del sector empresarial. Si en el mejor de los casos, los empresarios se comprometieran con los Derechos Humanos, sería probablemente porque vean que el consumidor tiene estos aspectos en cuenta, es decir que sea por un motivo de competitividad empresarial. Aunque esto derivara en un mayor respeto por los Derechos Humanos, podríamos plantearnos no sólo el sustrato moral que fundamenta la mejora, sino el hecho de que tan pronto sea más rentable para un empresario violarlos, ese será el resultado.

En el caso de la Consulta, este sometimiento se verá matizado en cierto modo ante la posibilidad de veto en términos de necesidad de consentimiento indígena y no sólo de consulta. Esta inmarcesible lucha supone uno de los grandes caballos de batalla tanto a nivel académico como político, con un resultado adverso hasta el momento al interés de los Pueblos Indígenas.

²⁵ Ibidem, principio 17.

²⁶ Ibidem, comentario de Nexo entre Estados y Empresas, p. 8.

²⁷ T. LAMBOOY, *“Corporate Due Diligence as a Tool to Respect Human Rights”*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, num. 28, 2010, pp. 409.

Una de las diferencias entre ambos, como veremos en el caso de la Consulta, es que son al menos dos las partes que deben intervenir en la misma, por un lado los Pueblos Indígenas y por otro el Estado, pudiendo participar en ocasiones también las propias Empresas.

Debido a que no hay una explicitación de los Derechos Humanos que serán objeto de la protección del citado Marco y los Principios Rectores, fácilmente podemos deducir que se habla de la generalidad de ellos dado que no es necesario focalizar en unos u otros.

3. LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA DE PUEBLOS INDÍGENAS

3.1. Origen, desarrollo y contenido

En lo que respecta al origen de la Consulta, las diferencias con la Debida Diligencia son manifiestas. Algunos autores cercanos al indigenismo en teorías compartidas con algunos Pueblos Indígenas reivindican que parte de los mecanismos de Diplomacia Indígena usados en la historia para las relaciones con otros Pueblos comparten una gran semejanza con la actual Consulta²⁸. Ello supondría que este instrumento no es una intromisión cultural emanada del exterior. Ello no obsta para que este método de traducción y diálogo intercultural haya necesitado de un desarrollo y adaptación al sistema de derecho internacional de los Derechos Humanos²⁹. Frente a esta posición, hay otros Pueblos Indígenas que afirman que la Consulta no es sino una estrategia más, destinada a subvertir el derecho de autodeterminación que fundamenta su soberanía en pro del desarrollo económico acallando las posibles reivindicaciones que estos Pueblos pudieran llevar a cabo³⁰. La amplia

²⁸ A.C. BETANCOURT, "La Consulta previa a los Pueblos Indígenas: De la participación democrática a la expropiación de territorios" http://observatorioetnicocecoin.org.co/cecoin/index.php?option=com_content&view=article&id=344%3AAla-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas-de-la-participacion-democratica-a-la-expropiacion-de-territorios&catid=55%3AConsulta-previa&Itemid=121 última visita 20 de abril de 2015.

²⁹ Entre otros, S. LINARES, "Derecho de Consulta Indígena e Innovación democrática: Un Debate Complejo", pp. 91-131, en S. MARTI I PUIG, C. WRIGHT, J. AYLWIN y N. YAÑEZ, "Entre el desarrollo y el buen vivir", Ed. Catarata, Madrid, 2013, y A.A. ARÉVALO, *EL derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, vol. 76 de Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Ed. U de Deusto, 2014.

³⁰ Asunto relacionado con la cooptación de líderes indígenas mediante la Institucionalidad internacional indígena referido en L. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "La participación indígena de los

heterogeneidad de Pueblos Indígenas con historia y cosmovisiones propias, permite pensar que ambas posiciones puedan ser sostenidas por algunos Pueblos pese a su apariencia contradictoria y que del análisis del propio instrumento puede comprenderse que ambas tienen algo de cierto. La primera posición puede responder más a la fundamentación e interés de la Consulta como tal, mientras que la segunda respondería más al desencanto de cómo se ha llevado a la práctica.

El origen en la normatividad internacional, y obviando si procede o no del indigenismo, podemos enfocarlo a partir de las reivindicaciones indígenas a nivel internacional por el reconocimiento de su especificidad cosmovisional colectiva en términos de derechos. A partir de estas reivindicaciones y la unión indisoluble de estos Pueblos con sus respectivos territorios como parte del colectivismo cosmovisional, el imaginario occidental en cierto modo comprendió que las acciones que numerosas Empresas y otros proyectos administrativos efectuaban sobre esos Pueblos y sus formas de vida debían ser controladas y limitadas en ejercicio del derecho de autodeterminación de estos pueblos, así como de su soberanía indígena. Este origen con una cierta, si bien no completa, participación de los propios Pueblos Indígenas en la elaboración de los Instrumentos que contienen la Consulta³¹ (especialmente destacable su participación en el caso de la Declaración de Derechos Indígenas de 2007 frente al Convenio 169 de la OIT), fundamentó una mayor cercanía de estos Pueblos con las herramientas que les permitirían el ejercicio y defensa de sus derechos y que su contenido se acerque bastante a sus intereses en el plano teórico.

Los derechos más vinculados a la Consulta en tanto instrumento de protección y más allá del derecho de autodeterminación indígena en que la misma Consulta se erige en fundamento esencial, son eminentemente derechos colectivos. Esto se debe a las ya expuestas cosmovisiones colectivas de gran parte de los Pueblos Indígenas. Estos derechos irían destinados inicialmen-

pueblos indígenas: Una lectura crítica." Pp. 229-263, F. GÓMEZ y S. ARDANAZ, *La Plasmación Política de la diversidad. Autonomía y participación política indígena en América Latina*, Ed. U de Deusto, pág. 2008 y J. CORNTASSEL, "Towards a New Partnership? Indigenous Political Mobilization and Co-optation During the First UN Indigenous Decade (1995-2004)" *Human Rights Quarterly*, vol. 29 num. 1, pp.137-116, 2007.

³¹ A. TAPIA, "Declaración de los Derechos Indígenas en Naciones Unidas: dificultades y posibilidades de implementación para la satisfacción de las reivindicaciones indígenas", *Trabajos y ensayos*, num. 11, enero de 2010, <http://www.dipriihd.edu.es/revistadoctorado/n11/Tapia11.pdf> última visita 25 de abril de 2015.

te al respeto y protección de los territorios ancestrales de las “agresiones del desarrollo”³², de modo que no afecten el ejercicio del derecho de autodeterminación en su vertiente “interna y externa” acorde a los postulados de James Anaya³³. El respeto a los territorios ha de ser comprendido en sentido amplio, incluyendo la imposibilidad de desplazar a los Pueblos Indígenas residentes en los mismos, cualquier afectación medioambiental que se produzca a raíz de la participación empresarial en el entorno, así como daños que puedan menoscabar la integridad cultural de estos Pueblos. La absoluta interdependencia entre los derechos de los pueblos indígenas debe ser respetada con especial observación en tanto sus cosmovisiones colectivas y circulares refuerzan este aspecto de los mismos.

Otra de las principales diferencias teóricas de partida entre la Consulta y la Debida Diligencia es sobre quién recae la responsabilidad de su ejecución adecuada. Esta distinción permitiría también evitar la confusión que hemos evidenciado a lo largo de este artículo entre ambos procesos.

Desde el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, y de manera más reciente desde la creación del Grupo de Trabajo de Empresa y Derechos Humanos de Naciones Unidas (en adelante el Grupo de Trabajo), ha quedado evidenciado que la responsabilidad del ejercicio de la Consulta es un deber del Estado a ser ejecutado en diálogo con los Pueblos Indígenas. Las Empresas pueden llegar a participar de buena fe como promotores del proyecto en cuestión, sin que ello deba derivar en una delegación total hacia ellas en su gestión. La diferencia con la Debida Diligencia en este aspecto es por tanto sustancial ya que mientras que esta última es un proceso al interior de la empresa, la Consulta es una interacción entre dos o más actores.

El antiguo relator especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, en su Informe sobre Industrias Extractivas y Pueblos Indígenas afirma que en virtud de su derecho a la autodeterminación, los Pueblos Indígenas son libres de entablar negociaciones directamente con las Empresas ya que “*pueden ser la forma más eficiente y conveniente de llegar a acuerdos para la extracción de los recursos naturales existentes en los territorios indígenas que respeten plenamente los derechos de los pueblos indí-*

³² L. RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, “Las agresiones del desarrollo: Pueblos Indígenas, Normas Internacionales e Industrias Extractivas”, *Relaciones Internacionales*, num. 11, Junio de 2009.

³³ J. ANAYA, *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, Ed. Trotta, 2004.

genas, y pueden proporcionar a estos oportunidades de promover sus propias prioridades de desarrollo”³⁴.

Si bien es cierto que a los Pueblos Indígenas no se les puede coartar su capacidad de tomar este tipo de decisiones de forma autónoma, es innegable que fomentarlas puede derivar en una mayor debilidad indígena al no sentir el amparo del Estado en el proceso de Consulta. Incluso, como afirma Silvia Herrera puede dar pie a una confusión entre las obligaciones de los Estados y las Empresas en el proceso de Consulta y por ende a la confusión entre la Consulta y la Debida Diligencia³⁵. Afirmar sobre el peligro existente en este tipo de diálogo para los Pueblos Indígenas tampoco implica que se les deba comprender como necesitados del amparo del Estado, pero es evidente que la posición de poder de las Empresas en buena parte de los casos en este tipo de diálogos, estaría por encima del de muchos Pueblos Indígenas para cualquier negociación.

La posición del anterior relator ha de ser comprendida en su intento de encauzar el diálogo Empresas-Pueblos Indígenas con el objetivo del bien común y de una mejora en las relaciones entre ambos actores, que él considera posible mediante el diálogo. En este fomento del diálogo subyace además la presunción de que siempre hay una posibilidad de acuerdo entre estos dos actores para el desarrollo de los proyectos, cuestión no recibida con agrado en ocasiones por Pueblos Indígenas que anhelan la posibilidad del veto en cuanto necesidad del Consentimiento de los Pueblos afectados por el desarrollo de los proyectos³⁶.

La carga de la responsabilidad de la Consulta sobre el Estado supone una menor autonomía de las Empresas para llevarlo a cabo, en tanto en cuanto el Estado está obligado a liderar su implementación a lo largo de todo el proceso y a tomar la decisión final incluso en el caso de la no obtención del consentimiento del Pueblo o Pueblos Indígenas que toman parte en el mismo. En la práctica esta diferenciación de responsabilidad puede no ser tan

³⁴ Informe del relator Especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. Industrias Extractivas y Derechos Humanos, UN Doc. A/HRC/24/41, 11 de Sept de 2013, Párrafo 61.

³⁵ S. HERRERA, “Pueblos Indígenas e Industrias Extractivas: Una crítica al informe de Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (A/HRC/24/41)”, Red Internacional de Derechos Humanos, 2013, <http://ridh.org/news-and-events/news-articles/pueblos-indigenas-e-industrias-extractivas-una-critica-al-relator-especial-james-anaya/> última visita 25 de abril de 2015.

³⁶ Sobre el consentimiento como requisito para una Consulta efectiva B. CLAVERO, “Consulta y Consentimiento Previo, Libre e Informado a la luz del derecho internacional de los Derechos Humanos” *Foro Permanente de las Cuestiones Indígenas*, 2010, http://www.defensa-chubut.gov.ar/userfiles/files/derindigena/clpi_bartolome_clavero.pdf última visita 14 de Abril de 2015.

diáfana, debido a que los Estados a menudo delegan (se desentienden) excesivamente en las Empresas todo el proceso, fomentando las inversiones y un hipotético crecimiento económico que éstas pueden conllevar, sin atender las consecuencias sobre los Derechos Humanos que esto implica³⁷.

Algunos Estados ni siquiera reglamentan el modo en que la Consulta ha de realizarse, lo que no los exime del deber de realizarla, pudiendo esta omisión derivar en responsabilidad internacional³⁸ y debilitando en cualquier caso las posibilidades de los Pueblos Indígenas de acudir a medidas jurídicas para la salvaguarda de sus derechos.

La confluencia del interés de los Estados y las Empresas hacia el fomento del crecimiento económico supone en la práctica actual, la semejanza fundamental que guarda el modo en que la Consulta y la Debida Diligencia se están llevando a cabo y cuál es el objetivo de ambas, síntoma fundamental del modelo de desarrollo actual al que ambos instrumentos finalmente están respondiendo. La equiparación entre ambos procesos para convertirlos en algo cuasi indistinguible sería un avance notorio hacia el objetivo de reducir los obstáculos para la inversión empresarial y hacia el objetivo del debilitamiento de la Consulta en cuanto medio vital de defensa de Derechos, aun siendo válido sólo para Pueblos Indígenas y en algún país como Colombia, también afrodescendientes.

Otra diferencia elemental entre ambos instrumentos es la de los actores sujetos de la Consulta y la Debida Diligencia. Esta última se ha de llevar a cabo para no violar Derechos Humanos, cualquiera que puedan ser las víctimas de sus acciones, mientras que en el caso de la Consulta sólo está destinado para la protección de los Pueblos Indígenas³⁹ y otros grupos étnicos⁴⁰. Ello implica indirectamente que la Consulta se aplique no sólo a derechos individuales sino también a los colectivos.

³⁷ Algunos de los fallos habituales en el proceso de ejecución de la consulta previa en Colombia, en A.C. BETANCOURT, cit.

³⁸ L.A. PATIÑO, "Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas", *ACID, Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 7, 2014, pp. 69-111.

³⁹ En el desarrollo concreto del caso colombiano también pueblos afros, raizales, Rom y palenqueros.

⁴⁰ En Colombia no obstante, existe cierto debate en la Sociedad Civil y sectores académicos sobre la posibilidad de realizar la Consulta también a comunidades campesinas, en C.A. BAQUERO, <http://prensarural.org/spip/spip.php?article13621> y A. TAPIA, <http://prensarural.org/spip/spip.php?article13999> última visita 14 de abril de 2015.

La especial focalización de la Consulta en unos actores concretos se debe a que debido a sus cosmovisiones diferenciadas respecto de las liberales, la institucionalidad internacional se ha visto compelida a elaborar instrumentos internacionales de Derechos Humanos que desarrollen adecuadamente los ya existentes a la especificidad indígena⁴¹.

3.2. Consulta o Consentimiento: un elemento fundamental como salvaguarda de Derechos Indígenas

Una de las discusiones elementales en el ámbito internacional entre los Estados (las Empresas) y los Pueblos Indígenas en referencia a la Consulta es que por un lado los Estados sostienen que hay un deber de consultar a estos Pueblos y no un derecho como defienden estos Pueblos a ser consultados. Los Pueblos Indígenas abogan además por la necesidad de su consentimiento para que el proyecto en cuestión pueda ser llevado a cabo.

James Anaya afirma que lo necesario es un diálogo continuado que permita llegar a acuerdos que sean beneficiosos para ambas partes⁴², afirmando que hablar de consentimiento en términos de veto no supone sino un obstáculo para que las relaciones entre ambos fructifiquen en acuerdos sobre el espíritu y carácter de la propia consulta⁴³. Ello otorga una presunción de que el acuerdo siempre es posible, lo que implica que de una u otra forma los Pueblos Indígenas deberán aceptar la implantación del proyecto del que se trate, ya que el actor empresarial nunca va a acordar que su proyecto no se pueda poner en marcha. Esta negación de la posibilidad del veto, es una lectura un tanto sesgada de los artículos 6 y 16 del Convenio 169 de la OIT y los 10, 11, 18, 19, 28, 29 y 32 de la Declaración de los Pueblos Indígenas donde se hace referencia al Consentimiento Libre, Previo e Informado⁴⁴. No obstante, de estos mismos artículos podemos afirmar, que sólo se lee taxativamente

⁴¹ De por qué era necesaria una Declaración específicamente indígena, J. ANAYA, "Why there should not be a Declaration on the rights of indigenous people?", 52 *Congreso de Americanistas*, Sevilla, 2006.

⁴² J. ANAYA, "El deber estatal de consulta a los Pueblos Indígenas dentro del Derecho Internacional" <http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional> última visita 20 de abril de 2015.

⁴³ J. ANAYA, "Una cuestión fundamental: EL deber de realizar consultas con los Pueblos Indígenas", capítulo principal del informe presentado por el relator James Anaya ante el Consejo de Derechos Humanos, 12º período de sesiones, septiembre de 2009, párrafo 47 y 48.

⁴⁴ Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajadores y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 13 de Septiembre de 2007.

la necesidad del Consentimiento como Veto en los casos en que los Pueblos Indígenas puedan verse desplazados de sus territorios, con el fin de evitarlo.

No otorgar en última instancia un derecho de veto a los Pueblos Indígenas supone un ataque a su soberanía y su derecho de autodeterminación, reconocido en la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de Septiembre de 2007⁴⁵, así como en los artículos primeros de los Pactos Internacionales de derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales de 1966.

En el caso de Colombia la Corte Constitucional ha salvaguardado la posibilidad de veto mediante Sentencia T-769/2009, en el caso de que los proyectos en cuestión supusieran repercusiones especialmente graves sobre Pueblos Indígenas o Comunidades Negras y ROM. en cuyo caso el consentimiento será necesario, lo que implica que no es un derecho de veto generalizado sino previa necesidad de estudio del caso concreto y adecuándose a los requisitos de la citada sentencia. Esta sentencia cambia parcialmente la ubicación primordial del desarrollo económico frente a la capacidad de decisión indígena, si bien sólo en casos concretos en que la afectación pueda ser decisiva para la supervivencia de los Pueblos Indígenas afectados dando de algún modo esta decisión al poder judicial, ante la posibilidad de que pudiera haber abusos de la parte indígena.

Si la Consulta, más allá de la posibilidad o no de que se establezca el derecho a veto, se lograra llevar a cabo debidamente, supondría uno de los grandes logros de los Pueblos Indígenas en su lucha por el respeto de su dignidad colectiva. Ser consultados supone un ejercicio de su derecho a la libre determinación en tanto pueblos con derecho a dar su plácat para la ejecución de proyectos o para influir en aquellos que puedan afectar su vida en colectivo. La gran mayoría de estos proyectos son realizados por industrias extractivas que afectan de un modo u otro al territorio en que ellos han ejercido su soberanía *larga data*.

3.3. El debido proceso de la Consulta Previa

El debido proceso de Consulta desarrollado por los Estados está apoyado sobre el hecho de que salvo la excepción expuesta previamente en Colombia, el deber del Estado acaba resultando simplemente en consultar

⁴⁵ Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 13 de Septiembre de 2007. http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf

a los Pueblos Indígenas sin estar obligados a llegar a un consentimiento por parte de éstos.

El modo de ejecución de la Consulta frente a la Debida Diligencia guarda la semejanza de una necesidad por parte de ambos procesos de ser flexibles bajo el argumento de que han de adaptarse a los contextos en que se realizan y es imposible alcanzar una precisión jurídica válida para todos los casos. Sin embargo, podríamos afirmar que el modo de llevar a buen puerto y debidamente la Consulta está más elaborado, al menos en términos teóricos, teniendo además detrás un instrumento vinculante como es el Convenio 169 de la OIT y otro de gran valor de *Soft Law* como es la Declaración de Derechos Indígenas de la Asamblea General de Naciones Unidas en 2007, donde la amplia mayoría de países que la aprobaron se comprometen a poner sus esfuerzos y buena voluntad para cumplir su contenido.

Los motivos que pueda haber tras la mayor precisión jurídica de la Consulta son varios: El más pertinente es que tiene un mayor desarrollo temporal y espacial ya que no sólo se comienza a hablar de la Consulta formalmente con el Convenio 169 de la OIT en 1989, sino que el Convenio 107 de 1957 de la misma institución al que el anterior sustituyó, dejaba entrever algunas notas pertinentes relativas a la Consulta, si bien con el objetivo final compartido con todo el Convenio de integrar a los Pueblos Indígenas a la sociedad Occidental, muy propio del pensamiento de la época.

Como expusimos previamente sobre el origen de la Consulta, algunos Pueblos Indígenas afirman que ésta era ya una práctica ancestral propia, lo que podría haber fortalecido el *Know How* para su ejecución práctica, así como en la elaboración de estos instrumentos en los que los Pueblos Indígenas participaron. Frente a los 25 años de historia internacional de la Consulta, la Debida Diligencia en términos de Derechos Humanos gozaría de la experiencia propiamente comercial, a la que apenas podríamos añadir cinco años de estudios de adaptación al respeto por los Derechos Humanos, sin ningún instrumento internacional de *Hard Law* que hasta el momento lo avale.

Por otro lado, en la Consulta resultaría más fácil concretar el modo de proteger al grupo concreto de personas a las que va destinada, pese a que los Derechos Humanos que desean ser protegidos sean los mismos recogidos en los Instrumentos Internacionales y en los Principios Rectores, con la especificidad de ser leídos interculturalmente en su vertiente colectiva.

Otro motivo de mayor precisión regulatoria para la consulta es que pueda haber existido un mayor interés político en su defensa por parte de los or-

ganismos internacionales, ya sea debido a la presión ejercida por los Pueblos Indígenas desde décadas atrás o bien por un sentimiento de culpabilidad de las grandes potencias coloniales. La evidencia de esto resulta de la comparación con el reconocimiento de derechos de las minorías⁴⁶.

También, del propio nombre de la Consulta (previa, libre e informada) se extraen algunas de las características necesarias que deberán cumplirse en cada uno de los procesos y que de algún modo intentan limitar la discrecionalidad de los gobiernos (e indirectamente de las Empresas) para realizarla a su antojo. Esto ya dota de mayor certeza al modo en que ha de realizarse, aunque en la práctica, la flexibilidad es mayor de lo que en un principio se podría inferir.

El requisito de que sea previa implica no sólo que la Consulta será realizada antes de ponerse en práctica el proyecto, sino que deberá ser formalizada con una debida anticipación, de manera que mediante el diálogo entre Pueblos Indígenas y gobierno pudieran darse modificaciones o alternativas que no perjudicaran, o lo hicieran en la menor medida posible, a la vida colectiva del pueblo en cuestión y los derechos que pudieran verse afectados⁴⁷ y equilibrando esto con una afectación lo más reducida posible de los objetivos del proyecto. Es destacable que el requerimiento de esta anticipación guarda una analogía con el relativo a la Debida Diligencia respecto de cuando las Empresas realizan sus estudios de factibilidad para un proyecto comercial, y en cuyo caso deberán conversar con los Pueblos Indígenas, con la garantía por parte del gobierno de que sea hecho con un respeto mutuo.

En los otros dos puntos restantes como son la libertad a la hora de decidir y tener la información requerida, es digno de ser destacado que no son sino dos salvaguardas para que los Pueblos Indígenas puedan tomar la decisión o participación en el diálogo de forma que estos dos hechos no estén viciados por coacciones de cualquier tipo o por un desconocimiento de las consecuencias que el proyecto puede provocar. En este sentido se observa la necesidad del Estado (presumiendo que actúa con buena voluntad) para garantizar que la información que reciban los indígenas sea lo suficientemente completa,

⁴⁶ Al respecto de la diferenciación de reconocimientos a unos y otros W. KYMLICKA, "Beyond the Indigenous/Minority dichotomy?", en S. ALLEN y A. XANTHAKI, *Reflections on the UN declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, vol. 30, Studies in International Law. Ed. Hart, USA 2011, pp. 183-209.

⁴⁷ R. AMPARO, "De la Consulta Previa al Consentimiento Libre, Previo e informado a Pueblos Indígenas en Colombia", Ed. Rosario, Colombia 2014, pp. 37-51.

cuestión que en caso de vínculo directo Empresas-Pueblos Indígenas, sería difícilmente previsible.

Es necesario reseñar que tanto la Debida Diligencia como la Consulta Previa no deberán darse por concluidas una vez el proyecto se ha puesto en marcha, dado que pueden variar las circunstancias y el contexto inicial, modificándose también las posibles consecuencias para los Derechos Humanos y debiendo acomodar la ejecución del proyecto a la nueva situación.

Tanto en el modo de realización de la Consulta como en la Debida Diligencia observamos que resulta vital el papel jugado como árbitro y juez en el proceso por parte del Estado, en el primero de manera más activa y conducente a un diálogo entre todas las partes, de buena fe y en condiciones de paridad, y en el segundo no tan directo sino más administrativo, destinado a poner unos límites a las Empresas para que con su actuación no violen los Derechos Humanos. En ambos casos un papel decisivo.

4. RESPONSABILIDAD ESTATAL POR INCUMPLIMIENTO

Históricamente al Estado no se le podía atribuir responsabilidad internacional por los actos violatorios de Derechos Humanos cometidos por actores no estatales. Esto se debe al origen de los Derechos Humanos, donde no se previó la capacidad que pudieran tener estos actores a día de hoy para producir violaciones de estos Derechos, preocupados como estaban de crear *un "cortafuegos contra la barbarie"*⁴⁸, una barbarie análoga a la observada en el nazismo. Por ello el sistema se elaboró como método de protección del individuo frente al Estado.

Esa misma ausencia de previsión es la que ha alimentado las discusiones actuales sobre la posibilidad de imponer o no obligaciones a las Empresas por violaciones a los Derechos Humanos. Sin embargo, como expone la profesora Olga Martín: *"la evolución del régimen internacional de la responsabilidad del Estado ha permitido que otro tipo de conductas de actores no estatales generen su responsabilidad"*⁴⁹. El Estado es responsable de aquellos actos u omisiones atribuibles a él mismo, ejercidos por sí mismo o por intermedio de sus órganos, que impliquen una violación de las obligaciones internacionales que haya

⁴⁸ Traducción de autor de M. IGNATIEFF, "Human Rights as politics and Idolatry", Ed. Princeton, 2001, p. 4.

⁴⁹ O. MARTÍN-ORTEGA, cit., p. 6.

asumido⁵⁰. Para que el Estado sea responsable de aquellos actos que llevan a cabo actores no estatales, será necesario algún tipo de control o dirección por parte de ellos, que deriven en un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado⁵¹.

La imposibilidad *ab initio* de atribuir responsabilidad al Estado estaría fundamentada en que éste no tiene un control directo sobre los actos de las Empresas, no pudiéndole ser imputada con ello la responsabilidad de la acción violatoria⁵². Sin embargo, por mor de la Debida Diligencia y de que el Estado es en definitiva quien establece los estándares bajo los cuáles estos actores no estatales deben llevarla a cabo en el desarrollo de sus proyectos, podría incurrir en responsabilidad internacional indirecta. Tal y como afirma la profesora Olga Martín-Ortega, será debido no a una conducta dañina del Estado sino a la acción u omisión en la regulación que permite tal conducta⁵³. Con ello se fundamenta finalmente que el Estado es el único responsable o al menos el responsable final de las acciones violatorias ante instancias internacionales.

Bajo el mismo ejercicio de raciocinio en que se le puede responsabilizar internacionalmente al Estado en relación con la Debida Diligencia, se le puede atribuir la responsabilidad por no ejercer debidamente la Consulta. La diferencia fundamental es que, como expusimos previamente, el Estado en la Consulta es el actor principal y por ello responsable directo encargado de ejecutarla más allá de que las prácticas finalmente varían sustancialmente respecto de las responsabilidades asumidas.

La existencia de un mejor y más definido desarrollo del modo en que la Consulta ha de ser realizada, así como el mayor espacio temporal que se lleva discutiendo este asunto en el ámbito internacional, permite presumir a su vez que los Tribunales Internacionales tendrán una mayor capacidad valorativa y de exigencia respecto de la gestión que el Estado ha de tener en el proceso de Consulta que en el de la Debida Diligencia. Todo ello facilitará

⁵⁰ Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º periodo de sesiones (A/56/10) y anexoado por la Asamblea General en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, artículos 2, 4, 5, 7 y 8. <http://www.gidh.org.co/files/RESPONSABILIDAD%20DEL%20ESTADO%20POR%20HECHOS%20INTERNACIONALMENTE%20ILICITOS.pdf> última visita abril 14 de 2015.

⁵¹ *Ibidem*, artículos 9 y 10.

⁵² *Ibidem*, artículos 2, 4, 5, 7 y 8.

⁵³ cit. N 8 p. 7.

el estudio y análisis de la responsabilidad del Estado en el incumplimiento de las violaciones de sus obligaciones internacionales y con ello una mayor exigencia.

No deja de ser notable que la Debida Diligencia en materia de Derechos Humanos se comenzara a desarrollar a partir de resoluciones judiciales como el caso *Velázquez-Rodríguez contra Honduras* donde se expone prácticamente lo expresado previamente sobre la responsabilidad indirecta del Estado, no por el acto en cuestión, sino por una omisión en la actuación, que haya permitido una violación de Derechos Humanos⁵⁴.

En lo que respecta a la posibilidad de una responsabilidad del Estado relacionado con la Debida Diligencia, otra de las diferencias radica en que en el caso de la Consulta los derechos a ser protegidos, y de cuya violación se pudiera acusar al Estado, serían principalmente Derechos Colectivos. En otro momento hubiera supuesto algo cercano a la imposibilidad que un Tribunal Internacional reconociera este tipo de derecho, pero el mismo desarrollo del imaginario colectivo alentado por la participación indígena a nivel internacional⁵⁵, que ha propiciado un reconocimiento creciente de la Consulta, ha facultado el reconocimiento de los Derechos Colectivos de los diferentes actores étnicos.

El órgano que permitió que los Estados pudieran ser reconocidos como responsables por omisión de control de violaciones cometidas por actores no estatales en el caso *Velázquez-Rodríguez contra Honduras*, fue la Corte Interamericana de Derechos humanos (en adelante la Corte Interamericana). Este mismo órgano emitió en su momento una sentencia innovadora a nivel internacional como el *Caso Awas Tingni contra Nicaragua*, cuando reconoció por vez primera el derecho colectivo de propiedad sobre las tierras de ese Pueblo Indígena⁵⁶. El reconocimiento progresivo en el continente americano de los Derechos Colectivos facultó posteriormente que los órganos del Sistema Interamericano dieran un paso adelante desarrollando igualmente el tema de la Consulta hasta llegar a sentencias que reconocen la respon-

⁵⁴ En el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el estándar de Debida Diligencia fue tomado posteriormente.

⁵⁵ A. TAPIA, "Participación Indígena a nivel internacional a nivel Internacional: Retos y obstáculos de una participación forzada", *Trabajos y Ensayos*, num. 13, Año 2011, http://www.dipriiuhd.edu.es/revistadoctorado/n13/Asier_Tapia13.pdf última visita abril 25 de 2015.

⁵⁶ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de Agosto de 2001 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf última visita abril 25 de 2015.

sabilidad del Estado por no respetar la propiedad comunal al no consultar debidamente a los Pueblos Indígenas como en *el caso Saramaka vs Surinam*⁵⁷, y el último gran desarrollo del deber de consultar debidamente por parte del Estado en el caso *Sarayaku contra Ecuador*⁵⁸, donde el Tribunal clarifica el modo en que se ha de realizar una Consulta para ser considerada como una realización adecuada de la misma.

Que el desarrollo de la responsabilidad internacional del Estado, y un progresivo desarrollo de los Instrumentos de la Consulta y la Debida Diligencia provenga de resoluciones judiciales innovadoras por parte de la Corte Interamericana, implica un vacío existente entre la necesidad de unas normas que regulen y sancionen directamente la actuación empresarial y unas normas internacionales que sancionen igualmente a los Estados que no actúan adecuadamente para la defensa de los Derechos Humanos a nivel interno, en relación con estas temáticas. Este vacío, solventado en ambos casos por una interpretación progresista de la Corte Interamericana, difícilmente va a ser cubierto por los Principios Rectores en tanto en cuanto no son vinculantes y tampoco desarrollan claramente el modo en que los Estados deben regular los estándares objeto de estudio del presente artículo, dejando a las Empresas excesiva autonomía sin exigencia alguna en términos de resultado, como expusimos anteriormente.

5. CONCLUSIONES

En el presente artículo han quedado evidenciadas algunas de las similitudes y diferencias entre los instrumentos de la Debida Diligencia en relación con las Empresas y los Derechos Humanos y la Consulta Previa, Libre e Informada de los Pueblos Indígenas. Una de las grandes similitudes entre ambas en la actualidad, es cómo su ejecución en la práctica supone un alegato en pro del crecimiento económico por encima de la defensa de los Derechos Humanos. Ello no hace sino evidenciar cuál es el modelo de desarrollo actual y cuáles son las prioridades del mismo.

La meta del lucro comparte el intento de equiparar ambos procesos hasta hacerlos indiscernibles, en tanto la Consulta es un instrumento más fuerte y arraigado en la defensa de los Derechos Humanos. El objeto principal que

⁵⁷ Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de Noviembre de 2007 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf última visita abril 25 de 2015.

⁵⁸ Caso del Pueblo Indígena Sarayaku vs Ecuador Sentencia de 27 de junio de 2012 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf última visita abril 25 de 2015.

este artículo supone evitar una equiparación que derive en un debilitamiento de la Consulta hasta su posible desaparición.

Una de las grandes diferencias entre ambos, es sin duda el origen de cada una de las herramientas. La Debida Diligencia proviene directamente emanada del actuar empresarial; la Consulta en cambio, sin estar meridianamente clara su procedencia y escapándose a la capacidad de este artículo desentrañarlo de forma suficiente, evidencia una cercanía con asuntos de democracia participativa, esto es, cuestiones más vinculadas a los Derechos Humanos así como a su florecimiento y su adecuada defensa. Su distinto origen va a ser sin duda un signo nuclear que fundamenta el resto de similitudes y diferencias que fueron expuestos posteriormente.

Alguna otra de las diferencias son los actores sujetos de ambas herramientas, con la especificidad que contiene la Consulta de ser sólo para Pueblos Indígenas y otros actores étnicos. Procurar una asimilación supondría atentar contra el origen y objetivos específicos de la Consulta Previa y acabar por tanto con la protección especial que el instrumento en cuestión ha intentado procurar. Ello supone a su vez una distinción análoga en términos de los tipos de derechos que cada herramienta tiene como objetivo proteger, estando ambos unidos con el origen de una especial necesidad de protección a causa de su especial vulnerabilidad.

En lo que respecta al modo en que se ha de llevar a cabo cada uno de los procesos, en la Debida Diligencia ha quedado constatado en el artículo que resulta una parte del proceso que las Empresas llevan a cabo antes de realizar cualquier tipo de inversión, no siéndoles exigido un resultado de respeto a los Derechos Humanos sino un procedimiento adecuado que se antoja laxo en tanto los Estados serán quiénes les limiten con sus requisitos administrativos. En el caso de la Consulta el Estado jugará un papel fundamental en todo el proceso para que se cumplan los requisitos necesarios adjuntos a su nombre: previa, libre e informada.

En el artículo se pone de manifiesto que hay una mayor claridad del modo en que debe ser realizada la Consulta, pese a que la práctica ha acreditado que no hay tanta seguridad jurídica como pudiera preverse de los instrumentos internacionales que la desarrollan.

En el último de los capítulos sobre la responsabilidad internacional del Estado para con el cumplimiento de sus obligaciones internacionales de Derechos Humanos, se expone cómo la omisión del Estado de no actuar adecuadamente en ambos procesos puede conllevar responsabilidad internacio-

nal. En el caso de la Consulta producto del mayor desarrollo y de la mayor claridad existente en su regulación hay una mayor capacidad judicial de control de los actos de los Estados, cuestión que desaparecería también en caso de asimilación de ambos procesos.

BIBLIOGRAFÍA

- K. ABBOTT y D. SNIDAL, "Hard and Soft Law in International governance", *International Organization*, vol. 54 num. 3, 2000, pp. 412-456.
- R. AMPARO, "De la Consulta Previa al Consentimiento Libre, Previo e informado a Pueblos Indígenas en Colombia", Ed. Urosario, Colombia 2014, pp. 37-51.
- J. ANAYA, "Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional", Ed. Trotta, 2004.
- J. ANAYA, "Why there should not be a Declaration on the rights of indigenous people?", 52 Congreso de Americanistas, Sevilla, 2006.
- J. ANAYA, "El deber estatal de consulta a los Pueblos Indígenas dentro del Derecho Internacional" <http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>
- J. ANAYA, "Una cuestión fundamental: El deber de realizar consultas con los Pueblos Indígenas", capítulo principal del informe presentado por el relator James Anaya ante el Consejo de Derechos Humanos, 12º período de sesiones, septiembre de 2009.
- A.A. ARÉVALO, "El derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional", vo. 76. Ed. U de Deusto 2014.
- C.A. BAQUERO, "¿Consulta previa para comunidades campesinas? ¿Es posible proteger con el derecho a la consulta previa, libre e informada a las comunidades campesinas?", <http://prensarural.org/spip/spip.php?article13621>
- A.C. BETANCOURT, "La Consulta previa a los Pueblos Indígenas: De la participación democrática la expropiación de territorios", http://observatorioetnicocecoin.org.co/cecoin/index.php?option=com_content&view=article&id=344%3Ala-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas-de-la-participacion-democratica-a-la-expropiacion-de-territorios&catid=55%3Aconsulta-previa&Itemid=121
- J. BING, "Due diligence techniques and analysis: critical questions for business decisions", Ed. Greenwood, publishing group 1996.
- B. CLAVERO, "Consulta y Consentimiento Previo, Libre e Informado a la luz del derecho internacional de los Derechos Humanos", Foro Permanente de las Cuestiones Indígenas, 2010, http://www.defensachubut.gob.ar/userfiles/files/derindigena/clpi_bartolome_clavero.pdf
- J. CORNTASSEL, "Towards a New Partnership? Indigenous Political Mobilization and Co-optation During the First UN Indigenous Decade (1995-2004)" *Human Rights Quarterly*, Vol. 29 n 1, pp.137-116, 2007.

- S. DEBA, "Treating Human Rights lightly: a critique of the consensus rethoryque and the language employed by the Guiding Principles", en S. DEBA y D. BILCHITZ, *Human Rights Obligations of Business. Beyond the Corporate Responsibility to respect?*, Cambridge University Press, Nob, 2013, pp. 78-105.
- S. DEBA, *Regulating Corporate Human Rights Violence. Humanizing Business*, Ed. Routledge, 2012.
- D. HARDING y T. ROUSE, "Human Due Dilligence", *Harvard University Review*, num. 85 vol. 4, 2007, pp.124-131.
- J. HERNÁNDEZ, *Las Empresas Transnacionales frente a los Derechos Humanos: Historia de una asimetría normativa*, Ed. Hegoa 2009.
- S. HERRERA, "Pueblos Indígenas e Industrias Extractivas: Una crítica al informe de Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas(A/HRC/24/41)", Red Internacional de Derechos Humanos, 2013. <http://ridh.org/news-and-events/news-articles/pueblos-indigenas-e-industrias-extractivas-una-critica-al-relator-especial-james-anaya/>
- M. IBÁÑEZ y V. ORDÓÑEZ, "Papel de las empresas y de los Estados en la debida diligencia en derechos humanos", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, num 24, 2014 pp. (219-246) 232-235.
- M. IGNATIEFF, *Human Rights as politics and Idolatry*, Ed. Princeton, 2001.
- N. JAGERS, "UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Making a Headway towards Real Corporate Accountability?", *Netherlands Human Rights Quarterly*, num. 29, 2011, pp. 159-163.
- W. KYMLICKA, "Beyond the Indigenous/Minority dichotomy?", en S. ALLEN y A. XANTHAKI, *Reflections on the UN declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Vol 30 *Studies in International Law*, Ed. Hart, USA, 2011, pp. 183-209.
- T. LAMBOOY, "Corporate Due Diligence as a Tool to Respect Human Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, num. 28, 2010.
- S. LABOWITZ y D. BAUMANN-PAULY, "Business as usual is not an option. Supply Chains and Sourcing after Rana Plaza", *Stern Center for Business and Human Rights*, https://www.stern.nyu.edu/sites/default/files/assets/documents/con_047408.pdf Abril 2014
- S. LINARES, "Derecho de Consulta Indígena e Innovación democrática: Un Debate Complejo", pp. 91-131, en S. MARTI I PUIG, C. WRIGHT, J. AYLWIN, y N. YAÑEZ, "Entre el desarrollo y el buen vivir", Ed. Catarata, Madrid, 2013.
- O. MARTÍN-ORTEGA, "La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad", *Papeles el Tiempo de los Derechos*, num. 9, 2013.
- O. MARTIN-ORTEGA, *Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional*, Bosch, Barcelona, 2008.
- R. MCCORQUODALE, "Corporate Social Responsibility and International Human Rights Law", *Journal of Business Ethics*, num. 87 vol. 2, 2009, pp. 385-400.

- S. MICHALOWSKI, "Due diligence and complicity: a relationship in need of clarification", en S. DEBA y D. BILCHITZ, *Human Rights Obligations of Business. Beyond the Corporate Responsibility to respect?* Cambridge University Press, Nob 2013, pp. 218-243.
- L.A. PATIÑO, "Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas", *ACID, Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol 7, 2014, pp. 69-111.
- O. PÉREZ, y N. SILVA, *Caso Chevron. La verdad no Contamina*, Ed. El Telégrafo, 2014.
- L. RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, "Las agresiones del desarrollo: Pueblos Indígenas, Normas Internacionales e Industrias Extractivas", *Relaciones Internacionales*, num. 11, Junio de 2009.
- L. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "La participación indígena de los pueblos indígenas: Una lectura crítica." Pp. 229-263, F. GÓMEZ y S. ARDANAZ, *La Plasmación Política de la diversidad. Autonomía y participación política indígena en América Latina*. Ed. U de Deusto, Agosto 2008.
- J. RUGGIE, "Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos", Doc. ONU A/HRC/8/5, 7 Abril 2008.
- A. TAPIA, "Participación Indígena a nivel internacional a nivel Internacional: Retos y obstáculos de una participación forzada", *Trabajos y Ensayos*, num. 13, 2011, http://www.diprriihd.ehu.es/revistadoctorado/n13/Asier_Tapia13.pdf
- A. TAPIA, "Declaración de los Derechos Indígenas en Naciones Unidas: dificultades y posibilidades de implementación para la satisfacción de las reivindicaciones indígenas", *Trabajos y ensayos*, num. 11, 2010, <http://www.diprriihd.ehu.es/revistadoctorado/n11/Tapia11.pdf>
- A. TAPIA, "¿Consulta previa o participación de las comunidades campesinas en los asuntos que les afecten?", 2014, <http://prensarural.org/spip/spip.php?article13999>
- M.B. TAYLOR, "The Ruggie Framework: Polycentric Regulation and the Implications for Corporate Social Responsibility", *Nordic Journal for Applied Ethics*, num. 5, 2011.

Documentos Institucionales

- Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, artículos 2, 4, 5, 7 y 8. <http://www.gidh.org.co/files/RESPONSABILIDAD%20DEL%20ESTADO%20POR%20HECHOS%20INTERNACIONALMENTE%20ILICITOS.pdf>
- Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de Agosto de 2001 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

- Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de Noviembre de 2007 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf
- Caso del Pueblo Indígena Sarayaku vs Ecuador Sentencia de 27 de junio de 2012. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf
- Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 13 de Septiembre de 2007. http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
- Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, Doc. ONU A/HRC/8/5, 7 Abril 2008.
- Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los Derechos Humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*, Doc. ONU A/HRC/17/31, 21 Marzo 2011.
- Principios Rectores aprobados por el Consejo de Derechos Humanos en su Resolución 17/4, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, Doc. ONU A/HRC/RES/17/4, 6 Julio 2011.
- Informe del relator Especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. Industrias Extractivas y Derechos Humanos A/HRC/24/41, 11 de Sept de 2013.
- Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar", HR/PUB/11/04 2011.
- Special Representative to the Secretary-General on Business and Human Rights. *Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights*, UN Doc A/HRC/8/5 (2008) <http://www.reports-and-materials.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>
- Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 Agosto 2003.

ASIER TAPIA GUTIÉRREZ
Fundación Uicolombo
Avenida Pedro de Heredia,
Sector Cuatro Vientos, n 31-50,
Cartagena de Indias, Colombia
e-mail:asiertg@hotmail.com

RECENSIONES

Óscar CELADOR ANGÓN,
Libertad de conciencia y escuela en Estados Unidos,
colección *Conciencia y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2014, 180 pp.

IGNACIO CAMPOY CERVERA
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: derecho a la educación, libertad ideológica, de conciencia y religión, laicidad del Estado, jurisprudencia del Tribunal Supremo federal de Estados Unidos de Norteamérica.

Keywords: right to education, freedom of thought, conscience and religion, laicity of the State, jurisprudence of the Supreme Court of the United States.

Con la publicación del libro *Libertad de conciencia y escuela en Estados Unidos*, el profesor Óscar Celador nos proporciona su último análisis –por el momento– de los sistemas educativos y las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas en las sociedades anglosajonas¹.

En esta ocasión, como se indica en el propio título de la obra, Celador analiza, con el rigor al que nos tiene acostumbrados, el sistema educativo en Estados Unidos de Norteamérica, atendiendo a la construcción que se ha realizado sobre la siempre complicada relación entre un Estado laico y las confesiones religiosas, con el consiguiente trasfondo de los límites de la libertad de conciencia y de religión, por una parte, y la neutralidad ideológica y religiosa de los poderes públicos, por otra.

En todo caso, el lector que realice una lectura atenta del libro no sólo va a poder adquirir una cabal comprensión de cómo y por qué se ha conformado

¹ Línea de investigación en la que destacan sus dos libros anteriores: O. CELADOR ANGÓN, *Proceso secularizador y sistema educativo en el ordenamiento jurídico inglés*, Marcial Pons, Madrid, 2001, 180 pp.; y O. CELADOR ANGÓN, *Tolerancia y sistema educativo en Irlanda del Norte*, prólogo de L. Mariano Cubillas Recio, col. “Monografías”, núm. 42, Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003, 213 pp.

en Estados Unidos de Norteamérica un determinado sistema educativo –en el que, lógicamente, se incluyen tanto las escuelas públicas como las privadas–, fruto de la construcción de ese difícil equilibrio entre la laicidad del Estado y el respeto por las libertades ideológica y de conciencia de los individuos y los grupos confesionales; sino que, dado el tipo de análisis que se realiza, basado en la exposición de los diferentes argumentos, sobre todo de los miembros del Tribunal Supremo federal (entre los que también son importantes los señalados en las opiniones particulares de las correspondientes sentencias analizadas), el lector también podrá encontrar argumentos con los que enjuiciar la legitimidad, o falta de legitimidad, del sistema educativo vigente en su propio Estado; e incluso, dada la unicidad de los derechos humanos, encontrará bastantes elementos de reflexión para enjuiciar otros aspectos del vigente sistema de reconocimiento y protección de los derechos humanos. Veamos con un poco más de detalle estos puntos.

La primera consecuencia señalada de la lectura del libro es, lógicamente, la que Celador busca fundamentalmente con el mismo. Y así lo deja claro en la primera frase de la Introducción: “El objeto de esta investigación es el análisis del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, en el contexto educativo estadounidense” (p. 13). Un objetivo que se consigue plenamente, debido, principalmente, a tres particulares virtudes del libro: la profundidad y rigurosidad de la investigación realizada, la metodología por la que se opta y la claridad en la exposición de los resultados de la investigación.

Empezando por la última virtud del libro: la claridad en la exposición de los resultados de la investigación, la misma resulta destacable por dos motivos fundamentales.

El primero es debido al trabajo que ha realizado el autor para conseguir que su escrito sea no solo inteligible, sino también de agradable y fácil lectura. Decía Bobbio que lo que a él más le costaba era hacer que sus escritos tuvieran la claridad que todo el mundo le agradecía. Y creo que es muy cierto. No son pocos los trabajos que resultan difícilmente inteligibles o que requieren un importante esfuerzo por parte del lector, bien porque sus autores consideran que debe de ser un esfuerzo del lector el intentar comprenderles a ellos, bien porque realmente no saben cómo hacer que sus escritos sean claros, bien porque no realizan el suficiente esfuerzo (a veces por las premuras de tiempo que parece que a todos nos acucian) de volver una y otra vez sobre sus escritos a fin de, pensando en un lector no necesariamente especia-

lizado, hacer sus escritos claros para todo aquél que se acerque a los mismos con interés. Por eso es de agradecer que Celador se haya tomado el trabajo necesario para hacer que su libro resulte tan claro. Por una parte, porque la claridad en la exposición de los resultados consigue que el lector pueda, de manera sencilla, comprender unos argumentos y un modelo de relación entre derechos, poderes públicos y confesiones religiosas, que muchas veces son complejos; y, por otra, porque su lectura resulta fácil, ágil y agradable.

Y el segundo motivo se debe a los breves resúmenes con los que Celador suele sintetizar lo expuesto al final de los diferentes apartados en los que se divide el libro, y de forma muy especial en el último capítulo del mismo. Estos breves resúmenes permiten que el lector nunca se sienta perdido entre todos los argumentos (muchas veces contradictorios) que se exponen y cuáles de ellos (o la síntesis entre ellos) han ido prevaleciendo para configurar el actual sistema educativo estadounidense.

En cuanto a la metodología por la que se ha optado a la hora de realizar la investigación y exponer sus resultados en el libro, el acierto de la misma consiste en tres razones básicas.

En primer lugar, haber realizado una aproximación histórica con la exposición de los principales hitos que han ido configurando paulatinamente el actual sistema educativo. En este sentido, se ha entendido perfectamente que una cabal comprensión del modelo actual pasa por analizar cómo se ha ido construyendo dicho modelo dentro del modelo constitucional estadounidense. De hecho, el modelo sólo se explica conforme a las relaciones que se establecieron entre los diferentes Estados federados, el Estado federal, la Constitución estadounidense y las enmiendas decimocuarta y, sobre todo, primera; y es que, en general, la construcción de la estructura política y jurídica estadounidense no es tanto el resultado de un proyecto racional abstracto, cuanto el de una adaptación de unos grandes principios básicos a la cambiante realidad política y social. En esta línea, aunque la perspectiva histórica está presente en todos los análisis que se realizan a lo largo del libro, es especialmente destacable el estudio que se realiza en los dos primeros capítulos, sobre el “modelo constitucional en materia de libertad de pensamiento, conciencia y religión” y el “modelo de pluralidad de escuelas y libertad de enseñanza”, respectivamente.

En segundo lugar, la metodología escogida resulta adecuada debido a que dicho análisis de la evolución experimentada en la construcción del sistema educativo se aborda atendiendo a los que seguramente constituyen las

cuestiones fundamentales sobre las que se asienta dicho modelo. Así, después de exponer en los dos primeros capítulos cómo se ha configurado la estructura básica de los ámbitos de las escuelas públicas y privadas y la configuración de la libertad de conciencia y de religión conforme a la decimo-cuarta y, sobre todo, primera enmienda a la Constitución federal, se dedican los dos siguientes capítulos a abordar, respectivamente, las principales manifestaciones religiosas en el ámbito educativo (por más que el título del capítulo tercero indique que sea en las escuelas públicas, el estudio que se realiza afecta tanto a las públicas como a las privadas), como son la práctica de la oración, el contenido de los programas educativos, los símbolos religiosos en las escuelas, la posible creación de grupos de debate religiosos dentro de la escuela, la posibilidad y los límites de la enseñanza de la religión en la escuela, y la posibilidad de ejercitar la objeción de conciencia para evitar la escolarización obligatoria de los hijos por motivos religiosos; y las principales cuestiones relacionadas con la posible financiación de los diferentes tipos de escuelas (por más que en el título del capítulo cuarto se haga referencia sólo a las de titularidad religiosa), como son las cuestiones relacionadas con el tipo de ayudas estatales que están permitidas y bajo qué condiciones, tanto en un sentido genérico para las diferentes escuelas, como en cuestiones específicas como son el salario del profesorado, la adquisición de libros de texto y material didáctico, y la utilización del transporte escolar. Ambos capítulos, tercero y cuarto, están dedicados a la educación primaria y secundaria; sin embargo, Celador ha querido cerrar su investigación dedicando un último capítulo al análisis de cómo muchas de esas mismas cuestiones básicas adquieren un distinto significado y alcance en los estudios universitarios. Un esfuerzo que es de agradecer, pues nos da una visión más completa y cabal no sólo del funcionamiento del sistema educativo estadounidense, sino también de los argumentos utilizados para su configuración, pues la necesidad de adaptarlos a la diferente realidad que constituye el sistema educativo universitario permite entender mejor el porqué de su utilización para la configuración de la educación en las escuelas públicas y privadas.

Y en tercer lugar, la metodología utilizada resulta adecuada por su adaptación al sistema jurídico anglosajón, lo que también permite que el análisis realizado adquiriera una importancia directa para el enjuiciamiento de nuestro propio sistema educativo. En este sentido, Celador no ha hecho, en su libro, un estudio de las normas jurídicas que han regulado el derecho a la educación y el derecho a la libertad de conciencia y de religión en los Estados

Unidos de Norteamérica, sino que ha expuesto como estos derechos y libertades se encuentran relacionados en la Constitución federal y, atendiendo también a los aportes que se han realizado desde la doctrina especializada, se ha centrado en analizar los argumentos que han supuesto los principales hitos con los que la jurisprudencia, sobre todo del Tribunal Supremo federal, ha ido dotando de significado y alcance a la relación entre el derecho a la educación y el derecho a la libertad de conciencia y religión, así como a la correspondiente relación entre las actividades permitidas y debidas por un Estado laico, neutral en el ámbito religioso, y la posible actividad educativa de las confesiones religiosas.

De esta manera, Celador, experto conocedor de los sistemas jurídicos anglosajones, ha sabido ir directamente al núcleo conformador del sistema educativo estadounidense; pero su análisis, como señalaba, no sólo nos permite comprender mejor ese sistema, sino que nos permite tener mejores elementos de juicio para comprender y enjuiciar el nuestro. Pues al no hacerse una exposición de las normas existentes, sino de los argumentos que están detrás de las decisiones judiciales, adquirimos un muy buen conocimiento de los argumentos que cabe sopesar a la hora de construir un Estado laico, el cual, respondiendo a los valores de la Ética Pública de la Modernidad, ha de ser plenamente respetuoso con las diferentes éticas privadas, tanto las propias de cada individuo particular cuanto las que se corresponden con las diferentes confesiones religiosas². Y es ese conocimiento el que resulta necesario para saber si nuestro actual sistema educativo queda o no suficientemente justificado o en qué sentido cabría realizar su modificación.

Por otra parte, en cuanto a la anteriormente señalada profundidad y rigurosidad de la investigación realizada, hay que entender que la misma supone, claro está, la esencia del libro. Como en sus anteriores trabajos, Celador aprovecha su buen conocimiento tanto del sistema jurídico anglosajón cuanto del sentido y alcance del derecho a la libertad de conciencia y religión y sus relaciones con los poderes públicos del Estado, para realizar un esmerado análisis de una situación o ámbito concreto. En esta ocasión, Celador aborda las relaciones entre la libertad de conciencia y religión y el poder de un

² Al estudio de la identificación de los contenidos y las relaciones entre la Ética Pública de la Modernidad y las éticas privadas dedicó mucho esfuerzo, desde mi punto de vista con gran éxito, el profesor Peces-Barba. En este sentido, puede verse, por ejemplo, en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, col. Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

Estado laico respecto al ámbito del sistema educativo de los Estados Unidos de Norteamérica. Y también como en otras ocasiones, el estilo del análisis es predominantemente descriptivo; se trata, fundamentalmente, de esclarecer el complicado equilibrio de derechos y poderes que se ha articulado en ese ámbito y explicárselo al lector. Objetivos que la antedicha metodología le permite conseguir con notable éxito. En este sentido, son diferentes los aspectos importantes que en el libro se exponen como articuladores de ese sistema educativo, aunque seguramente pueda resaltarse uno entre ellos, y es la evolución que ha experimentado la jurisprudencia del Tribunal Supremo federal en la interpretación de la primera enmienda de la Constitución norteamericana y su aplicación para la resolución de casos concretos. En esa evolución se observa cómo surgen y van adquiriendo entidad dos elementos básicos, amparadores de diferentes derechos y potestades, la *free exercise clause* y la *establishment clause*. Ambas cláusulas deben ser adecuadamente ponderadas en la resolución de los casos que se conozcan, y la diferente ponderación que de ellas se haga por parte de las autoridades administrativas y políticas y los diferentes tribunales, especialmente el Tribunal Supremo federal, les irá dando significado y alcance. De esta manera, conforme a la *free exercise clause* se procura la protección del ejercicio de la libertad de conciencia y religión de los individuos y de las confesiones religiosas, también en el ámbito educativo, sin las interferencias del Estado que se lo puedan impedir o dificultar. Y conforme a la *establishment clause* se procura defender la laicidad del Estado, que le obliga a esmerarse en defender la neutralidad de los poderes públicos en las cuestiones religiosas; lo que supone impedir que se use cualquiera de sus recursos, ni directa ni indirectamente, de manera que se favorezca una opción religiosa sobre otra, así como impedir que se presione a los ciudadanos, en manera alguna, para que reciban una educación religiosa no deseada. La aplicación de ambas cláusulas en el ámbito educativo, distinguiendo entre escuelas públicas o privadas (religiosas o no religiosas) y atendiendo a cuestiones concretas –como libertad de conciencia de los docentes, formas de encauzar las ayudas estatales, posible utilización de los símbolos religiosos en las escuelas, etc.–, ha permitido configurar un modelo en el que se respeta la libertad de las diferentes confesiones religiosas de educar conforme a su ideario en las escuelas privadas, la posibilidad de que los individuos puedan ejercer sus derechos a la libertad de conciencia y religión, así como su derecho a una educación conforme a los valores deseados; y también la neutralidad de los poderes públicos en cuanto a las diferentes opciones religiosas y de conciencia, garantizando un sistema educativo que permita a los

ciudadanos que lo deseen una educación libre de las enseñanzas religiosas (entendidas éstas como doctrinas de fe y no como manifestaciones culturales que poder estudiar desde parámetros científicos) y acorde con los valores de una sociedad laica.

Y es precisamente el análisis que Celador realiza de esos argumentos lo que también permite al lector poder servirse de ellos para enjuiciar la legitimidad, o falta de legitimidad, del modelo educativo vigente en su propio Estado. Este segundo aspecto, al que aludía al principio de esta reseña, resulta de los más oportuno, dados los aciagos días que, en mi opinión, vivimos en España desde que el Partido Popular inició su reforma del sistema educativo que se ha cristalizado con la aprobación y puesta en marcha de la LOMCE. Son muchos los aspectos a criticar de esta ley, empezando por el propio espíritu que la inspira, que no es una mejora de la calidad de la educación para conseguir más eficazmente los objetivos que todas las normas de derechos humanos han establecido para la educación³, sino un cambio completo de esos objetivos, decantándose por construir un sistema educativo que responda a los objetivos deseados por los beneficiarios del actual sistema económico, es decir, mercantilizando espuriamente la educación⁴. En todo caso, la lectura del libro de Celador lo que nos proporciona son razones para enjuiciar la legitimidad o ilegitimidad de la forma en que la LOMCE ha resuelto esa ponderación entre, por una parte, la libertad de conciencia y religión de los individuos y de las confesiones religiosas, buscando su libre ejercicio en los

³ Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (que en su artículo 26.2 establece que “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales...”) a la Convención sobre los Derechos del Niño (que en los dos primeros acápites de su artículo 29.1 establece que “Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas”), pasando por nuestra propia Constitución (que en su artículo 27.2 establece que “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”).

⁴ Cabe aquí recordar que el primer párrafo del *Anteproyecto de ley orgánica para la mejora de la calidad educativa* señalaba expresamente que “La educación es el motor que promueve la competitividad de la economía y el nivel de prosperidad de un país. El nivel educativo de un país determina su capacidad de competir con éxito en la arena internacional y de afrontar los desafíos que se planteen en el futuro. Mejorar el nivel educativo de los ciudadanos supone abrirles las puertas a puestos de trabajo de alta cualificación, lo que representa una apuesta por el crecimiento económico y por conseguir ventajas competitivas en el mercado global”.

diferentes ámbitos educativos, sin las interferencias del Estado que se lo puedan impedir o dificultar; y, por otra, la laicidad del Estado, su neutralidad en las cuestiones religiosas, sin que se use cualquiera de sus recursos, ni directa ni indirectamente, de manera que se favorezca una opción religiosa sobre otra, así como que no se presione a los ciudadanos, en manera alguna, para que reciban una educación religiosa no deseada.

Y así, conforme a las razones expuestas por los miembros del Tribunal Supremo federal, que el libro tan bien nos muestra, es claro que nuestro actual sistema quedaría completamente deslegitimado. La forma en que se han regulado las cuestiones antes señaladas supone, sencillamente, que el Estado ha abandonado su obligado carácter neutral y ha actuado para favorecer, con descaro, a la Iglesia Católica; perjudicando, pues, en realidad, a toda la sociedad, que ve cómo se desvaloriza una necesaria educación en valores cívicos y cómo se pierde el auténtico respeto por la libertad de conciencia y de religión de los individuos. Y no es que el actual sistema no pase los finos filtros que el Tribunal Supremo federal de los Estados Unidos ha ido creando para determinar cuándo se sobrepasa el necesario respeto por la neutralidad ideológica y religiosa del Estado (conforme a la comentada *establishment clause*), como es el caso del *Lemon test*⁵, es que de forma muy directa y evidente va en contra de esa debida neutralidad del Estado.

No es éste el espacio para hacer un análisis comparativo entre la forma que el Tribunal Supremo federal ha defendido esa neutralidad del Estado y la manera en que el legislador español ha actuado al respecto, aunque el libro de Celador precisamente da buen pie para hacerlo; pero sí lo es para apuntar, al menos, un aspecto central que permiten entender por qué, a mi criterio, la LOMCE no hubiera pasado el filtro de la *establishment clause* conforme a la jurisprudencia de dicho tribunal. Y es que mientras que en la construcción del modelo educativo estadounidense hay unanimidad en la comprensión de la necesidad de eliminar cualquier contenido religioso (explicado como doctrina) de las enseñanzas que se impartan en las escuelas públicas⁶; en la LOMCE, sin embargo, se establece

⁵ Que surge tras la sentencia con la que, en 1971, el Tribunal Supremo federal resolvió el caso *Lemon v. Kurtzman*, y conforme al cual, como nos resume Celador, el Tribunal estableció “que las normas del Estado deben cumplir tres requisitos para no ser invalidadas a tenor de la cláusula de no establecimiento: su fin debe ser secular, su principal efecto no debe ser inhibir o fomentar a la religión y no deben generar una relación excesiva entre el Estado y la religión” (p. 43).

⁶ Como acertadamente resume Celador: “La principal manifestación del principio de laicidad en el contexto educativo es que los profesores de las escuelas públicas no pueden adocinar a sus alumnos, y el contenido de sus enseñanzas no puede estar informado por principios

para los colegios públicos la obligación de que los alumnos de primaria cursen o bien la asignatura de Religión o bien la de Valores Sociales y Cívicos, a elección de los padres, madres o tutores legales (nueva redacción del artículo 18 de la Ley Orgánica de Educación conforme a la modificación de la LOMCE); que la asignatura de Religión tenga el mismo carácter evaluable que el resto de asignaturas del currículo; que los centros educativos tengan la obligación de ofertar la materia de la religión católica (la enseñanza de otras religiones dependerá de lo acordado en los respectivos Acuerdos de Cooperación) (nueva redacción de la disposición adicional segunda); y que la determinación de la materia de religión, su aprendizaje y evaluación, sea competencia de las autoridades religiosas (nueva redacción de la disposición adicional segunda)⁷.

Finalmente, como apuntaba al comienzo de esta recensión, dada la unicidad de los derechos humanos, el libro de Celador también ofrece elementos de reflexión para enjuiciar otros aspectos del vigente sistema de reconocimiento y protección de los derechos humanos. Así, por ejemplo, me parece notable ob-

religiosos o ideológicos que no sean los principios constitucionales. Como ha expuesto de forma unánime la doctrina, la primera enmienda a la Constitución federal no sólo exige el exilio de la asignatura de religión de las escuelas públicas, sino también que la religión no pueda estar presente en los programas docentes que imparten estas escuelas. El Tribunal Supremo federal se ha pronunciado sobre los límites que el principio de laicidad impone a los contenidos de las asignaturas que imparten las escuelas públicas, estableciendo que estas enseñanzas no pueden incorporar contenidos ideológicos o confesionales. El tribunal se ha mostrado partidario de que las escuelas públicas puedan impartir asignaturas religiosas de carácter objetivo, como el estudio de la religión desde un punto de vista literario, histórico o cultural; sin embargo, el tribunal ha venido entendiendo que es inconstitucional que tanto los Estados como los docentes, amparándose en sus derechos a la libertad de conciencia o de cátedra, incorporen a los programas docentes contenidos adoctrinadores o proselitistas de naturaleza ideológica o religiosa". Y en esta línea, se entiende que incluso el ejercicio de la libertad de cátedra no ampara el adoctrinamiento de los alumnos, "en el caso de las escuelas públicas los docentes no pueden adoctrinar a sus alumnos, y el contenido de sus enseñanzas no puede estar informado por principios religiosos o ideológicos que no sean los principios constitucionales" (pp. 66 y 163).

⁷ En este sentido, conforme a las Resoluciones de 11 y 13 de febrero de 2015, de la Dirección General de Evaluación y Cooperación Territorial, se publicó el currículo de la enseñanza de Religión Católica de la Educación Primaria y de la Educación Secundaria Obligatoria, por una parte, y de Bachillerato, por otra (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2015). Señalándose así, explícitamente, que es la Conferencia Episcopal Española la que ha determinado los respectivos currículos de la enseñanza de la religión católica. Lo que hace que los contenidos sean propios de la doctrina católica. Así, por ejemplo, ya para el primer bloque del primer curso de primaria, se establece, entre sus contenidos "La creación como regalo de Dios"; entre sus criterios de evaluación "Identificar y valorar la creación como acto de amor de Dios al hombre"; y como estándares de aprendizaje evaluables "Memoriza y reproduce fórmulas sencillas de petición y agradecimiento".

servar cómo, una vez más, los derechos de los niños son ninguneados –no ya por el autor, quien, al fin y al cabo, sólo nos describe el modelo educativo estadounidense–, sino en la propia construcción de ese modelo educativo. En este sentido cabe recordar que en España, al amparo de lo establecido en el artículo 27.3 de nuestra Constitución (“Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”), se ha pretendido justificar el que los padres tienen el derecho a determinar el contenido de la educación de sus hijos. Lo que en su momento permitió, para un sector de la población española, justificar que se podía alegar objeción de conciencia por los padres para que el niño no cursase la asignatura de “Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos” (pretensión que finalmente fue desestimada por nuestro Tribunal Supremo, STC 340/2009) o que ahora permita justificar, creo que para el mismo sector de la población española pero ahora amparados por la LOMCE, que sean los padres, madres o tutores legales los que puedan elegir, desde primaria, que sus hijos o hijas cursen la asignatura de religión o la que se plantea como alternativa a la religión, “Valores, Sociales y Cívicos” (lo que de hecho supone que se parta de la inconcebible comprensión de que ser un buen fiel de una religión –principalmente pensando en el catolicismo– ya hace a uno ser un buen ciudadano, por lo que no necesita formarse en valores sociales y cívicos). Y en el modelo estadounidense, si bien, como vimos, se defiende claramente la diferenciación entre el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia y de religión y el modelo laicista, neutral, del Estado; sin embargo, el mantenimiento de ese poder excesivo de los padres y madres sobre sus hijos e hijas les lleva a ponerlo más allá de esa diferenciación. Y es que dicha diferenciación se plantea, en realidad, en relación a la libertad de conciencia y de religión de los padres y madres, obviando la libertad de conciencia y de religión del auténtico titular del derecho a la educación: la niña y el niño. En este sentido resulta muy ilustrativo que el Tribunal Supremo federal resolviese, en *Wisconsin v. Yoder* (406 U.S.205 –1972–), a favor de los padres que pertenecían a la Vieja Orden Amish que se negaban a que su hijo recibiese una educación secundaria posterior a los 14 años, porque consideraban que los conocimientos y valores que le iban a enseñar en la misma serían incompatibles con su religión, siendo, además, innecesarios para su futura vida en la comunidad amish⁸. Por lo tanto, lo que aquí vemos es la subsistencia de una concepción

⁸ Puede verse la referencia a este caso en pp. 104-105 y 168. Y otras interesantes referencias que explican el decisivo protagonismo de los padres en el proceso educativo, en

en ciertos aspectos patrimonialista de la patria potestad que se les reconoce a los padres sobre sus hijos, y el consiguiente rechazo de un principio básico, que ya debería de ser obvio para todos, y es que el derecho a la educación es de titularidad exclusiva del niño y de la niña, no del Estado, ni de los padres y las madres, quienes sólo tienen que garantizar que el niño o la niña pueden ejercitar adecuadamente ese derecho, es decir, conforme al contenido básico de ese derecho al que antes me referí, asegurarse de que la educación que reciba el niño o la niña sea la que le permita, en la mayor medida posible, que desarrolle su propia personalidad al máximo nivel posible, formándole en el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas. Y en este sentido, no es concebible que se deje que los padres puedan decidir, por pertenecer a una religión como la amish, que su hijo no realice los estudios de educación secundaria, porque esa decisión, tomada por un tercero, puede afectar de forma muy grave al libre desarrollo de la personalidad del niño o la niña; como no es concebible que se deje que los padres puedan decidir, por pertenecer a una religión como la católica, que su hijo sea formado en una doctrina de fe desde primaria (y no reciba formación en valores sociales y cívicos), porque esa decisión, tomada por un tercero, puede afectar de forma muy grave al libre desarrollo de la personalidad del niño o la niña⁹.

IGNACIO CAMPOY CERVERA
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: ignacio.campoy@uc3m.es

cuanto que se les viene a reconocer la posibilidad de ejercitar un derecho individual a elegir el tipo de educación religiosa, ideológica o en valores que han de recibir sus hijos en el sistema educativo, pudiendo elegir tanto que sus hijas e hijos se eduquen conforme al ideario de una determinada confesión religiosa cuanto en un contexto plenamente laico, pueden verse en pp. 42, 62-63, 125, 137, 162, 164 y 166.

⁹ No es éste el sitio para poder justificar más estas afirmaciones, pero el lector interesado podrá encontrar argumentos en este sentido en mi libro I. CAMPOY CERVERA, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho, Dykinson, Madrid, 2006; y, de una forma más resumida en relación a estos puntos, en I. CAMPOY CERVERA, "Ética pública y ética privada: la formación del ciudadano y de la propia personalidad a través de la educación", *Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. III "Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales", Dykinson, Madrid, 2008, pp. 265-296.

José Manuel RODRÍGUEZ URIBES,
Gregorio Peces-Barba. Justicia y Derecho (La Utopía Posible),
Madrid Civitas Thomson Reuters, 2015. 241 pp.

DANIEL CASAL OUBIÑA
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: Derecho, justicia, dignidad humana.
Keywords: Law, justice, human dignity.

El libro que nos ofrece José Manuel Rodríguez Uribes, Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, constituye un repaso en torno a la vida y la producción académica, científica y cultural de Gregorio Peces-Barba, ponente constitucional, portavoz parlamentario durante La Transición Española, Presidente del Congreso de los Diputados, Alto Comisionado del Gobierno para las Víctimas del Terrorismo, primer Rector de la Universidad Carlos III de Madrid y Profesor de Filosofía del Derecho, sobre todo Profesor, su gran vocación que jamás abandonó, como acertadamente señala el autor a lo largo del libro, y que recordamos quienes tuvimos la inmensa fortuna de ser sus alumnos.

Se trata además de una obra prologada por Elías Díaz, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, lo cual no es un detalle menor, el mismo prólogo merece ser leído, pues nos da una visión rápida y concisa, a la vez con mucho rigor, de la trayectoria personal, académica y científica de Gregorio Peces-Barba destacando la vigencia de algunos de sus planteamientos teóricos y políticos en la situación actual por la que está atravesando nuestra sociedad.

A partir del prólogo y centrándonos en la obra, propiamente dicha, es imprescindible resaltar que ésta tiene su origen en un trabajo de investigación realizado por el autor, a lo largo de un año, en torno a las dimensiones políticas y jurídicas del pensamiento de Gregorio Peces-Barba, por ello no

sorprende la riqueza bibliográfica y conceptual que se encuentra en este libro y hace necesario destacar el esfuerzo de síntesis que realiza el autor.

La obra se acompaña por una bibliografía específica de los trabajos de Gregorio Peces-Barca que se citan y que cierra el libro junto a, las siempre útiles, referencias bibliográficas generales, los índices materiales y de nombres así, como no podía ser de otra manera, de una breve nota biográfica sobre el autor.

Se trata de un libro extenso que se compone de seis capítulos y que comprende tres partes claramente compensadas.

I

En la primera parte el autor se centra en la trayectoria intelectual y humana de Gregorio Peces-Barba como punto de partida fundamental para entender su pensamiento ético, político y jurídico.

Realiza en primer lugar una aproximación a su Teoría de la Justicia, destacando como eje central de la misma que “Justicia y Derecho pueden (incluso deben) definirse por separado, evitando toda suerte de iusnaturalismo, como de positivismo ideológico, pero no se entienden la una sin el otro” manteniendo un equilibrio complejo, a veces difícil, entre ambas dimensiones y cuya voluntad es la de materializar la idea de Justicia a través de una comprensión liberadora del Derecho, de la sociedad y también del poder.

El tenor emancipador que inspira e impregna el conjunto su Teoría de la Justicia entronca con una visión ideológica que recorre todo el pensamiento de Gregorio Peces-Barba sobre la Justicia y el Derecho, el socialismo democrático, entendido más que como revisionismo de las corrientes científicas, como un socialismo complementario del primer liberalismo, que armoniza la defensa de las libertades del movimiento obrero con las conquistas alcanzadas por las revoluciones francesa y americana a partir de las ideas de La Ilustración.

En definitiva un socialismo de corte “liberal”, que diría Roselli o “ético”, como acostumbraba a destacar el propio Peces-Barba en no pocas ocasiones, y que se caracteriza también por mantener un equilibrio complejo entre la autodeterminación individual y la realización colectiva.

En segundo término, el autor, se centra en la dimensión personal de Gregorio Peces-Barba desde una doble perspectiva, en primer lugar como su

maestro y referente académico, pero también a partir del relato de la propia vida del protagonista de esta obra.

De este modo la Teoría de la Justicia no se puede comprender sin analizar la dimensión personal de su autor, a la que dedica el Capítulo 2, principalmente, partiendo de un primer análisis de Gregorio Peces-Barba, como un hijo de su época, que nació en plena Guerra Civil y que sufrió sus peores consecuencias, el encarcelamiento de su padre, la negación de la modernidad y de los anhelos de igualdad de su madre, así como la represión de la España vencedora en su propia persona. Esta toma de conciencia influirá decisivamente en su vida personal y en su visión teórica.

Socialista comprometido por racionalidad ideológica, investigador y científico de la Filosofía del Derecho por vocación, político por compromiso con su tiempo (y su país) y siempre profesor apasionado por la docencia y sus alumnos, que le mantenían permanentemente actualizado y conectado con la realidad de su tiempo, son los hitos que definen, a juicio del autor, a Gregorio Peces-Barba y que explican, en buena medida su pensamiento en torno a la Justicia y al Derecho concluyendo que “fue un hombre que perteneció más a la generación del 78, no solo por ser artífice directo de la Constitución del consenso, que a la del 68, de vocación más revolucionaria y rupturista [...] en su trabajo académico y de investigación en la filosofía jurídica compuso esquemas sistémicos de explicación (descripción) y justificación de la Ética, la Política y el Derecho [...] perteneció a esa clase de hombres públicos que son sin duda hombres de Estado en el mejor sentido de la expresión, con altura de miras, altruismo y grandeza, que conocen nuestros fantasmas del pasado y hacen todo lo posible por evitarlo” en definitiva un hombre ilustrado de vocación reformista.

II

La segunda parte de la obra se corresponde con los Capítulos 3 y 4 y en ella, José Manuel Rodríguez Uribes profundiza en los dos elementos sobre los que se sustenta la Teoría de la Justicia, de Gregorio Peces-Barba, la distinción clara entre la Ética Pública de la Ética Privada así como el Estado de Derecho como marco institucional de referencia.

A la conceptualización de la Ética Pública, y su distinción de la Ética Privada, dedica el autor el Capítulo 3 del libro. Sin duda los parámetros de delimitación de una sobre la otra y su relación constituye uno de los aspectos

en relación a los cuales más trabajó Gregorio Peces-Barba a lo largo de toda su trayectoria y es una de las ideas que canaliza su Teoría de la Justicia y por consiguiente su visión del Derecho y la Política.

En el caso de la Ética Pública, el Profesor Rodríguez Uribes destaca la influencia de La Ilustración y la visión del denominado Occidente Moral como punto de arranque de su formulación, para ello realiza un recorrido por las diferentes teorías de la Filosofía Moral y Jurídica que influyen en Peces-Barba.

La noción de Ética Pública va más allá de la idea de Pacto Social, que se suele manejar en la Filosofía o en la Ciencia Política, no es por tanto un elemento metodológico de análisis de la realidad política, institucional o social que sirve para explicar la sociedad, al contrario se constituye en un parámetro moral, con un gran contenido emancipador del ser humano, que combina Justicia y Derecho. Es lo suficientemente moral para trascender pactos sociales con espíritu totalitario, ya provengan estos de confesiones religiosas o de tendencias políticas dominantes, pero al mismo tiempo tiene la suficiente capacidad material de implementarse en una sociedad de modo que no quedaría reducida al terreno, tan frecuente en las Ciencias Sociales, de los modelos ideales.

La Ética Pública por tanto, en el pensamiento de Peces-Barba, tiene vocación de mínimos, al establecer un marco pactado para la vida en sociedad, pero al mismo tiempo tiene, a juicio del autor una clara voluntad de máximos al permitir la realización colectiva combinada con la autodeterminación individual.

Por su parte en este interesante libro se plantean dos aspectos en relación con la Ética Pública, el primero y más interesante debido a la situación actual tiene que ver con la conceptualización por parte del autor de la Ética Política como una dimensión inseparable de la Ética Pública, esto no es un detalle menor en la obra puesto que plantea un modelo de participación política basado en el ideal republicano y en una aspiración de relegitimar continuamente el sistema institucional a partir del comportamiento ejemplar de los ciudadanos que son elegidos para las funciones representativas.

Esto supone, según explica el autor, que se plantea una visión de la ejemplaridad en dos direcciones, por un lado en el funcionamiento mismo de las instituciones, algo en lo que el autor destaca el *back ground* de Peces Barba como Presidente del Congreso y Ponente Constitucional, que debe basarse en la necesidad de que sean participativas, abiertas, transparentes y rindan cuentas, pero al mismo tiempo en considerar que los problemas derivados de comportamientos inadecuados de los representantes públicos no deben

ser, bajo ningún concepto, un asunto privado del cual deba desentenderse la sociedad, sino que al contrario son un tema de relevancia pública, convirtiéndose en un desafío constante del que aprender y, sobre todo, del que mejorar el funcionamiento del conjunto del sistema político.

El segundo elemento relacionado con la Ética Pública, en la Teoría de la Justicia de Gregorio Peces-Barba que se expone en esta obra tiene que ver con su relación con la Ética Privada. Frente a la dicotomía entre libertad individual-bienestar colectivo, el autor plantea una solución integrada dentro del marco teórico de referencia que emplea, de este modo “la Ética Privada, diferenciada de la Ética Pública, pero central en la Teoría de la Justicia, coincide así básicamente con la libertad de las personas para decidir sus planes de vida o sus estrategias de felicidad. Es en ese caso una ética de contenidos”.

Esta solución conlleva la idea de que no es posible la plena autonomía de todos y cada uno de los individuos que integran una sociedad, y por tanto la libertad real, si todos ellos no cuentan con la capacidad de elegir cómo ser actores de su propia vida. Nuevamente se puede apreciar el tenor emancipador en esta visión de la justicia basado en entender la visión de lo público, del Pacto Social como un instrumento para hacer realidad el ideal liberal de asegurar la autonomía individual de todas y cada una de las personas que integran la sociedad.

El segundo elemento sobre el cual se sustenta la Teoría de la Justicia en Peces-Barba sería, a juicio del autor, es la noción de Estado de Derecho, al que dedica el Capítulo 4 del libro.

Esta idea parte de una primera aproximación al Estado de Derecho entendido como Estado Constitucional, que parte de dos ideas, por un lado la americana limitación al poder mediante los denominados *checks and balances*, que significa la autonomía del poder político, al mismo tiempo que la independencia de las instituciones para desarrollar sus funciones, de otro lado se inspira en el principio liberal de origen francés consistente en asegurar el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular expresada a través de la soberanía.

Se trataría en definitiva de asegurar la idea que el autor conceptualiza como el “gobierno del Derecho” comprendiendo dentro de éste, claro está, el papel fundacional y normativo, con todo su valor jurídico del pacto político constitucional.

Esto constituye un detalle de crucial importancia puesto que se recoge, no solo un ideal normativo, sino el planteamiento del Derecho como un auténtico

instrumento de convivencia fruto la experiencia de una generación de españoles, como también la hay de europeos contemporáneos, que desean no repetir, no “volver a empezar”, procesos de imposición y confrontación de vencedores sobre vencidos que emplean la legalidad como un elemento totalizador o, como diría Laswell, anulador del opositor. Esa idea cristalizará en su propuesta de la España Civil, que el autor plantea a lo largo de todo el libro.

En este esquema juegan un papel crucial los jueces, entendidos por Gregorio Peces-Barba como los garantes del gobierno del Derecho y de la existencia de una sociedad con reglas, en este punto, quizá fruto de su experiencia como Ponente Constitucional y, sobre todo, como jurista durante la Dictadura Franquista si manifiesta un cierto recelo hacia su capacidad interpretativa del Derecho, y plantea un ideal, más acorde con el modelo liberal clásico, basado en su configuración como garantes del cumplimiento de la legalidad, asumiendo la noción kelseniana de que la interpretación debe de realizarse por un órgano ad hoc, el Tribunal Constitucional. Quizá en este punto es pertinente señalar, cosa que no realiza tampoco el autor, y a la que quizá tampoco prestamos excesiva atención en la Ciencia Política quienes venimos de formación jurídica, que es imprescindible una visión más crítica con el Poder Judicial, entendido éste como un auténtico poder del Estado que cumple funciones otorgadas por la soberanía popular pero que, no siempre, rinde cuentas ni somete sus actos a la fiscalización ciudadana.

III

La tercera parte del libro se corresponde con los Capítulos 5 y 6 en ella el Profesor Rodríguez Uribe, establece el principal elemento de cierre en la Teoría de la Justicia de Gregorio Peces-Barba, la dignidad humana, a través del análisis de dos dimensiones trascendentales en la misma, en primer lugar los Derechos Fundamentales, y en segundo término la idea de Estado Social y Democrático de Derecho.

La dignidad humana constituye en suma el ideal de Justicia hecho realidad, un modelo perceptible, una utopía posible, como señala el título de esta obra, su alcance requiere de dos fundamentos, por un lado un pacto social en el cual exista una relación clara, compleja y perfectamente delimitada entre la Ética Pública y la Ética Privada, al mismo tiempo solo es posible en el marco de un Estado de Derecho, con reglas claras y precisas que asegure la convivencia a través del gobierno de las leyes y de la Constitución como

expresión más clara de la voluntad popular y del pacto político de una sociedad compleja.

Sin embargo, como acertadamente señala Rodríguez Uribes en la obra, para que se dé la dignidad humana, no es suficiente con estos dos elementos estructurales, sino que, fruto posiblemente de su trayectoria vital y científica, junto a su compromiso ideológico con el socialismo democrático, requiere de dos dimensiones de cierre, siendo la primera los Derechos Fundamentales que constituye un objeto de estudio al que Peces-Barba dedicó buena parte de su vida académica y a cuya realización efectiva destinó sus esfuerzos durante sus años dedicados al servicio de los ciudadanos.

El análisis de los Derechos Fundamentales, que realiza este interesante libro, parte de una fundamentación de los mismos en el marco de una idea antropocéntrica e ilustrada combinada con una visión promocional del Derecho, influida por la obra de Norberto Bobbio, que sintetiza a la perfección el debate entre Justicia y Derecho, constituyendo en definitiva el faro orientador de la actuación de los poderes públicos puesto que aseguran la verdadera libertad, basada en la elección de planes de vida que aseguren la felicidad y que solo puede ser alcanzada a través de la realización colectiva. La obra también abunda en el análisis de diversos fenómenos, de relevancia actual, que se relacionan con la idea de libertad y justicia, singularmente con los supuestos vinculados con el Derecho a la Vida, su titularidad y su ejercicio.

El libro plantea una visión de los Derechos Fundamentales en la obra de Peces-Barba comprendidos como la visión real de los contenidos que alberga la ética pública, estando por tanto alejada tanto del positivismo formalista, como del iusnaturalismo, pero al mismo tiempo integrando dimensiones de ambas visiones jurídicas. Una visión que evoluciona, desde una primera posición dualista, basada en la relación entre la norma y el valor, hacia una visión tridimensional en la que además se incluye un elemento fáctico que se centra en la realidad social y de los operadores públicos y jurídicos.

El Capítulo 6 se centra en el último elemento de cierre de la Teoría de la Justicia, si la Ética Pública, por si misma no hace posible y no logra materializar la idea de dignidad humana, requiriendo del concurso de los Derechos Fundamentales, otro tanto sucede con el Estado de Derecho.

Por sí mismo el Estado de Derecho, permite asegurar un marco de convivencia, unas reglas claras pero a la vez mínimas, sin embargo, como acertadamente se destaca en este libro, reflejando el pensamiento filosófico e ideo-

lógico de Peces-Barba, fuertemente influido por su visión ética o liberal del socialismo, esta idea de organización del poder político carece una vocación emancipadora y se limita a tener una función defensiva del marco mínimo.

Por lo tanto, asegura el autor, para Peces-Barba se vuelve imprescindible que el Estado de Derecho evolucione hacia un modelo emancipador y que por tanto sus instituciones, adquieran un “tenor liberador”, como acostumbraba a decir frecuentemente, para poder hacer efectivos el conjunto de los Derechos Fundamentales entendidos como materialización de la aspiración social expresada a través de la Ética Pública, es un modelo que denomina, Estado Social y Democrático de Derecho.

Finaliza la obra asegurando que esta propuesta de Estado, no plantea la aspiración de ser un modelo corrector y comprensivo con el liberalismo económico, al cual pocas referencias se encuentran en la Teoría de la Justicia de Peces-Barba, tampoco una idea hostil a las libertades individuales o a la economía de mercado, sino que constituye un modelo propio que cumple, principalmente, una función civilizadora, que hace posible la plenitud de los derechos individuales a partir de la materialización de derechos colectivos que aseguren la cohesión social, un modelo que reconoce la diferencia, pero no la discriminación, y que no impone la uniformidad social, en definitiva un modelo caracterizado por fuertes equilibrios entre conceptos que muchas veces se perciben como contradictorios o conflictuales y que se convierte en imprescindible en su idea de la España civil, superadora de los fantasmas de su propia historia.

Estamos en suma ante un gran libro, tanto por el gran esfuerzo investigador del Profesor Rodríguez Uribes, como por la trascendencia de la figura de Gregorio Peces-Barba, pero sobre todo porque aborda una cuestión de gran trascendencia teórica, el significado de la justicia y cómo hacer posible (desde el pacto y el consenso) su ideal en nuestras sociedades, que a lo largo del último lustro han sufrido una crisis económica y social, no carente de bases morales, en la cual se está cuestionando el Pacto Social que ha guiado nuestra convivencia durante las décadas posteriores a la II Guerra Mundial y, específicamente en el caso español, el modelo resultante de La Transición política.

DANIEL CASAL OUBIÑA
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail:daniel.casal@uc3m.es

Oscar PÉREZ de la FUENTE,
Por senda de justicia. Inclusión, Redistribución y Reconocimiento,
Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, 299 pp.

GUILLERMO REYES PASCUAL
University of Kent

Palabras clave: inclusión, redistribución, reconocimiento, inmigrantes, minorías, cosmopolitismo.
Keywords: inclusion, redistribution, recognition, immigrants, minorities, cosmopolitanism.

Este nuevo libro del Dr. Oscar Pérez de la Fuente, gira en torno a la conexión entre las teorías de la justicia y su aplicación práctica, teniendo dos pilares fundamentales sobre los que descansa: las teorías de la justicia y el discurso de la identidad, y de las virtudes cívicas. Se trata de una compilación de artículos publicados en años previos. Como bien resalta en su introducción, dichas teorías de la justicia se ven afectadas por el síndrome de la *torre de marfil*, es decir, que los debates que tengan a la justicia como tema principal, sean considerados sólo como teóricos, y su aplicación no se tome en consideración. El autor centra su análisis, dividiendo esta obra en siete capítulos, sobre la “vocación de aplicabilidad”, recorriendo la *senda de la justicia* que reúne la teoría y la práctica, prestando especial atención a cómo afecta esto a la diversidad cultural.

Antes de pasar al análisis principal, el Dr. Pérez de la Fuente hace dos reflexiones a modo de revisión retrospectiva. La primera reflexión tiene a Will Kymlicka como sujeto. Considerado como uno de los autores más relevantes que trata la cuestión de la diversidad cultural, este magnífico filósofo político ha tenido un gran éxito teórico a la hora de unir los discursos del liberalismo y los discursos del pluralismo cultural. La principal conclusión es que una elección plenamente autónoma necesita de un particular contexto, lo que deriva necesariamente en la protección de dichos contextos para, a su

vez, amparar las elecciones autónomas. Kymlicka denomina a esta posición teórica como *culturalismo liberal*. Otros autores que comparten esta visión son: Joseph Raz, Yael Tamir o Ferran Requejo. Con la visión contrapuesta a la Kymlicka, están autores como: John Rawls, Jürgen Habermas, Ronald Dworkin o Carlos Santiago Nino. En una posición entremedia están pensadores como Charles Taylor, Bhikhu Parekh e Iris Marison Young.

Con el paso de los años, Will Kymlicka, en su obra *Odiseas multiculturales*, basándose en el avance de los derechos de las minorías, enfrenta su visión del multiculturalismo liberal a la del multiculturalismo tradicionalista. La conclusión es que cabe pensar que hay una visión y un discurso del multiculturalismo que no es obligatoriamente liberal, pero a su vez concordante con los derechos humanos, y que no sea necesariamente tradicionalista. Se puede decir que el multiculturalismo puede ser entendido como el discurso de las minorías frente a la posible opresión de las mayorías: un discurso de reivindicación y emancipación.

La segunda reflexión versa sobre las tensiones entre la redistribución y el reconocimiento. Si las políticas de la identidad y de las reivindicaciones de las minorías tienen que ver con el paradigma del reconocimiento, el Dr. Pérez de la Fuente acierta cuando dice que es un error tener tanto un enfoque centrado exclusivamente en la redistribución como en el reconocimiento. Así, la justicia, al ser un tema enormemente complejo, debe tener a su vez la participación de varios paradigmas. Entre los paradigmas que deben concurrir, se pueden encontrar los de: la política (refiriéndose a la inclusión), la economía (refiriéndose a la redistribución) y la cultura (refiriéndose al reconocimiento). Aunque es cierto que la convivencia de dichos paradigmas puede a veces desembocar en tensiones, esto no es inevitable, ya que el multiculturalismo no significa la desaparición del Estado social. Todo ello puede verse como una senda de la justicia, como el título de esta obra revela, por donde es necesario preservar la inclusión, la redistribución y el reconocimiento, por muchas tensiones que se encuentren por el camino.

El primer capítulo tiene como título *Escalas de justicia y emancipación: inclusión, redistribución y reconocimiento*, siendo una transcripción de la comunicación con el mismo título presentada en las VII Jornadas de Filosofía Política *Figuras de Emancipación*, llevadas a cabo en la Universitat de Barcelona el día 19 de noviembre del 2010, publicada a su vez en la revista *Astrolabio*.

Al comienzo del mismo, el autor se dedica a dar una respuesta a ciertas definiciones de lo que significa la emancipación y sus discursos. Dejando de lado

la definición planteada por la RAE, que denomina emanciparse a liberarse de una subordinación, lo que sienta base es que, aun cuando podría decirse que cualquier discurso de emancipación contiene un halo de utopía, no es menos cierto que lo que hoy se considera una reivindicación, como lo pueden ser este tipo de discursos, en tiempos futuros se convierte en un valor respetado por la sociedad. La clave de todo ello radica en determinar las características concretas de la subordinación y cómo se podría dar una solución a las mismas. Aun cuando algunos paradigmas de la justicia intentan esto último, también los mismos caen en un reduccionismo dependiendo de la tesis principal del paradigma, ya sea político, económico o cultural, resultando en la pérdida de vista de algunas de las particularidades de la injusticia que las minorías soportan.

Para explicar las tensiones entre la redistribución y el reconocimiento, se hace uso de los autores Iris Marion Young y Nancy Fraser. Aunque sus visiones son parecidas, existen matices dignos de ser mencionados. Para Fraser, tratando la redistribución, las injusticias tiene base socioeconómica, representando contextos de explotación, marginación económica y privación. Según su visión, el objetivo de la redistribución es la supresión de la desigualdades y el objetivo del reconocimiento es la acomodación de las diferencias. Frente a esta idea, Young propone que las soluciones de su colega de construir una categoría de economía política diferenciada de la categoría de cultura llevaría a una mala interpretación de aquellos movimientos de reconocimiento que tienen como objetivo la justicia política y económica, y no sólo el mero reconocimiento como sostiene Fraser. El punto de vista de Young se podría resumir en que la economía política es cultural y la cultura es economía.

Siguiendo con Fraser, y pasando al tercer epígrafe de este primer capítulo, se trae a colación su definición bivalente de justicia, basada en los aspectos redistributivo y de reconocimiento. Analizando la situación de determinadas minorías, el Dr. Oscar Pérez de la Fuente defiende la inclusión de un tercer aspecto en esta definición: el de la inclusión. El principal argumento para este tercer aspecto es que se pueden encontrar en la historia infinidad de ejemplos donde el reconocimiento de las minorías han resultado en el “derecho a tener derechos” como diría Hannah Arendt, vinculado estrechamente al concepto de ciudadanía. La inclusión debería ser no sólo el mero reconocimiento legal de unos derechos, sino en la eliminación de las barreras para un efectivo ejercicio de los mismos.

En la parte final del capítulo se trata la paridad participativa. Fraser, para sobreponerse a ciertas críticas de su esquema de justicia, desarrolla el con-

cepto de paridad de participación, criterio presente en sus primeras obras, pero desarrollado con el tiempo. Para este autor, este concepto tiene como finalidad la evaluación de los acuerdos sociales basándose en que estos son verdaderamente justos si permiten que todos los actores involucrados puedan participar de la vida en sociedad al mismo nivel, es decir, como pares. Si el mapa conceptual de Fraser sobre la justicia tiene tres ámbitos principales (redistribución, reconocimiento y representación), el concepto de paridad de participación es la *clave de bóveda* que permite un sutil encaje de los mismos. No sólo consigue una aritmética común entre los tres ámbitos, sino que consigue que se interrelacionen superando posibles contradicciones entre ellos. La injusticia será superada cuando se remuevan todos los obstáculos que impidan el igual desarrollo de todos los actores sociales en su interacción colectiva.

El segundo capítulo corresponde a la transcripción de una comunicación que llevaba por título *Inclusión, redistribución y reconocimiento. Algunas paradojas sobre los inmigrantes*, presentada en el Seminario *Inmigración y universalidad de los derechos*, dentro de las *I Jordanas de Igualdad y No Discriminación* celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid y organizadas por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas en mayo del 2004.

En este capítulo, el autor intenta arrojar luz a cómo la inmigración desencadena un cuestionamiento de base de los componentes básicos de la sociedad civil. Para ello, se aclaran conceptos como paradoja (contemplada como la oportunidad de ahondar en las ideas cimentadoras de la sociedad contemporánea), las fronteras de la inclusión (paradojas de la globalización, de la universalidad, y democrática), las fronteras de la redistribución (paradojas del inmigrante como *free-rider* y de la izquierda), y las fronteras del reconocimiento (paradojas del pluralismo y de la asimilación imposible). A través de estas paradojas, se pretende pulir posibles defectos sobre el tratamiento que los inmigrantes reciben dentro de nuestras sociedades, aunque puede que muchas veces se consideren a las paradojas como elementos insolucionables, pero como bien indica el Dr. Pérez de la Fuente, esto no puede sino servir como acicate para buscar en ellas el catalizador para discutir las y llegar a una mejor concepción de las mismas.

Tres son los sentidos que se le pueden dar a las paradojas que se encuentran a la hora de tratar el tema de la inmigración. Como primer sentido se encentra en la interpretación de las paradojas como contracorriente de la opinión común y dominante. Cuando las tensiones sociales llegan a un pun-

to crítico, los recién llegados, los inmigrantes, suelen cargar con la culpa, es decir, nuestras sociedades los tratan como cabeza de turco. Ir en contra de la opinión predominante en este sentido es ir contra los estereotipos y fobotipos que rodean a los que son diferentes. El segundo sentido tiene que ver con situaciones o contextos de imposible solución. Ciertas paradojas de las arriba mencionadas contienen conclusiones deterministas (paradojas de la izquierda, de la asimilación, y de la democracia), convirtiéndose en estructuras inverosímiles, que se anulan a si mismas. El tercer y último sentido que se le puede dar a las paradojas es el de las antinomias, o lo que es lo mismo, de las contradicciones internas. Se ponen como ejemplos las paradojas de la globalización y de la universalidad, que exponen grandes enunciados de inclusión pero que dentro de las mismas, se encuentran contradicciones que ponen en duda la generalidad de lo expuesto.

Todo este conjunto de paradojas revela el inmenso laberinto de contradicciones y grandes principios que rodean al tratamiento que se le da a la inmigración en las sociedades actuales, y por tanto, a los problemas que surgen de la misma. Sigue vigente la bifurcación entre la escala de valores morales y la necesaria pragmática política. Esta es la principal conclusión de las paradojas de la inmigración aquí tratadas.

Pasando al tercer capítulo, este tiene como título *La realidad de las cárceles españolas: el análisis de los derechos de la minoría gitana*. Corresponde a una ponencia leída en el Congreso *Los derechos de los reclusos y la realidad de las cárceles españolas: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid el día 4 de noviembre del 2010.

Los objetivos de esta disertación son, primero, encontrar argumentos en contra de los prejuicios que se esgrimen contra el colectivo gitano para a su vez no señalar más de forma negativa a este grupo cultural, segundo, aplicar los paradigmas de la inclusión, redistribución y reconocimiento, tercero, estudiar el proceso judicial y su interacción con la minoría gitana, y cuarto, aplicar la teoría del castigo. Por las características propias, y por las relaciones que establece la mayoría de la sociedad con ellos, los gitanos tienden a ser un colectivo cultural que suele estar en situaciones de exclusión y dificultad económica. La consecuencia principal es que no interactúa en pie de igualdad con el resto del colectivo civil, por lo que si se quiere aplicar la teoría de la justicia para que tanto la minoría gitana como la mayoría de la sociedad estén en pie de igualdad, se deben aplicar de forma combinada y efectiva las paradojas de inclusión, redistribución y reconocimiento.

Empezando por despejar cualquier intento de aplicar teorías sociobiologistas a minorías como los gitanos, desarrolladas en Europa en tiempos pasados, cualquier conciencia sobre los derechos humanos y principios de derecho penal tiene que tener por coherencia y sentido de la justicia, el rechazo de este tipo de teorías. Una vez que se despejan los prejuicios infundados contra los gitanos gracias a la conjunción de las tres ya mencionadas paradojas, se pueden entender ciertas características del derecho penal que se aplican y que ahondan la discriminación cultural. Por un lado está el *targeting* policial, que sobreexpone a este colectivo a un escrutinio policial más férreo que a los demás actores sociales, y por otro lado, las sentencias suelen revelar cómo los miembros de la minoría son perjudicados como culpables de los cargos por los que se les enjuician.

Con respecto a la teoría del castigo, el autor no considera acertado el enfoque retribucionista, ya que entiende que el castigo es visto como un bien intrínseco, haciendo suyo un moralismo legal que sirve para castigar, habiendo otros tratamientos del castigo más adecuados para estas circunstancias. Aquí se encuentran las visiones utilitarista y la de la justicia restaurativa, que toman en consideración al reo individualmente y su contexto, aplicando una reeducación orientada hacia la interacción dentro de la propia sociedad, y no reforzando su rol de paria social. La situación carcelaria actual de los gitanos debe provocar una discusión templada y sosegada sobre la necesidad de repensar lo que significa el castigo y su teoría, ya que su actual composición revela que los colectivos minoritarios, como la comunidad gitana, están siendo perjudicados a la hora de administrar y aplicar el derecho penal, y por tanto, el significado de justicia, desembocando en una exclusión social casi prede-terminada de antemano.

Las personas sordas tienen su propio tratamiento en el cuarto capítulo, de título *Las personas sordas como minoría cultural y lingüística, y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, estando pendiente su publicación en la obra *Personas sordas y derechos humanos: una mirada desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* del Dr. Rafael de Asís et al.

Siguiendo con el análisis de la inclusión, redistribución y reconocimiento de las minorías dentro del juego de las mayorías sociales, las personas con discapacidad merecían una especial mención, teniendo a las personas sordas como sujeto de estudio. La sordera tiene dos interpretaciones básicas para entender a este colectivo. Por un lado está la interpretación biológica

que convierte a las personas sordas en sujetos con una minusvalía física. Por otro lado, está la interpretación cultural, donde se pasa a tomar en cuenta a este grupo de personas como una minoría cultural. Estas dos interpretaciones sirven para construir la identidad colectiva de las personas sordas, que igualmente puede servir para la identidad con otro tipo de discapacidad física o psíquica. La primera interpretación ayuda a asimilar a las personas sordas en la mayoría de la sociedad, y la segunda sirve para reclamar una identidad diferenciada de la mayoría. Acertadamente, se pone el foco sobre la necesidad de convertir a la cultura sorda en una opción no sólo respetable, sino atractiva e inclusiva.

Desde las instituciones políticas y civiles, varias son las cosas que se pueden hacer para un correcto tratamiento de este tipo de minorías, como la inclusión, la redistribución y el reconocimiento, pero si qué cabe mencionar una serie de ellas que pueden ser consideradas como básicas. Por ejemplo, fomentar el uso y el aprendizaje de la lengua de signos, respetar el derecho de los padres a elegir si quieren o no evitar la sordera a través de las técnicas de ingeniería genética, o el de la cultura sorda. La minoría sorda debe ser tomada y considerada como comunidad propia con vocación de participar en la vida en común de la sociedad.

Como elementos característicos de la comunidad sorda, se analizan los siguientes. El elemento territorial dicta que está más próximo a diversidad de perspectiva y subcultural que de la diversidad comunal. Con respecto al elemento de la reivindicación institucional, las personas sordas no reclaman derechos de autogobierno, como los de las minorías nacionales, sino más bien su reconocimiento como minoría cultural. Siguiendo con un nuevo elementos, si no se asimila en cuanto a los derechos de autogobierno con las minorías nacionales, tampoco se asimila con las minorías étnicas, porque no se podría aplicar el ancestro común. La punta de lanza de la minoría sorda es la reivindicación de su cultura, y sobre todo de su lengua, siendo el elemento cultural probablemente el más importante. Como último y quinto elemento, se puede decir que todos los miembros de esta comunidad puede que no tengan un ancestro común pero sí que comparten experiencia de saberse que son minoría y que necesitan de avances en su reconocimiento como tal, partiendo de la base de que hay un clara voluntad de preservar su identidad, basada en la solidaridad intra-grupo reglada a través normas internas.

Identidad, pluralismo y racismo. Algunos límites infranqueables para el discurso de la diferencia es el título del quinto capítulo de esta recopilación que

corresponde al capítulo con el mismo encabezamiento que se publicó en la *Revista Jurídica de Posgrado* (2ª época, n° 2, 2005, pp. 78-100), y reimpresso en la obra del mismo autor *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*.

Este relato trata de explicar cómo se pueden interconectar, para que actúen coordinadamente, los paradigmas redistributivo y del reconocimiento. Existen las posiciones de considerar estos dos paradigmas de forma diferenciada, pero cada vez más se empieza a tomar partido por la visión de que las teorías de la justicia deben de incluir ambos paradigmas para un mejor entendimiento de las mismas. Puede que a la hora de combinar el paradigma redistributivo y el del reconocimiento se encuentren contradicciones de base que pueden transmitir la idea que su interacción no es posible, pero esto responde más a lo complicado de las propias situaciones diarias que a la dificultad de compaginarlos. Las políticas de la identidad, que se desarrollan gracias a la aportación de las teorías de la justicia, surgen, o han surgido, para amoldar las diferencias entre las mayorías y las minorías en la participación en pie de igualdad dentro de la esfera pública. Estas políticas han servido para despertar nuevas visiones y enfoques sobre las reivindicaciones y reclamaciones que la justicia puede aportar desde su propio ámbito a la democracia.

Las sociedades que se consideran como democráticas tienen al pluralismo como uno de los valores más importantes, pero no todas las concepciones del pluralismo son iguales (concepciones de un pluralismo que presupone en un consenso procedimental de valores, de un pluralismo nacional que promueve una homogeneidad cultural interna, y de un pluralismo de identidades que deben ser reconocidas y promocionadas en la esfera pública). Por ejemplo, algunas interpretaciones del pluralismo consideran que este valor y la diversidad que proporciona son provechosos para la comunidad civil, y otras interpretaciones entienden que el pluralismo debe tener como límite el respeto a los valores que se tomen como pilares básicos de la sociedad. Las minorías, y sus reivindicaciones políticas o culturales, han puesto en liza la interpretación positiva del pluralismo, que aunque se diferencia del relativismo extremo, sí que ha sabido articular una escala de valores diversa para acomodar las diferencias tendencias en el juego entre mayorías y minorías.

Dentro de las diferentes interpretaciones de los discursos de la diferencia, se encuentra la versión del nuevo lenguaje del racismo. Dejando de lado el racismo biológico, o de índole sociobiológico, el viejo racismo ha sabido reinterpretarse y adaptarse a los nuevos tiempos, y se ha camuflado tras el velo de la

cultura, convirtiéndose en un racismo cultural más que racial. Ya no proclama la superioridad de una determinada raza, sino exalta la supremacía de una cultura concreta frente a las demás, que son vistas no tanto como inferiores en escala, sino como posibles corruptoras de la cultura “elegida”. Si el viejo racismo biológica ha sabido amoldarse a los nuevos tiempos, el discurso antirracista, que curiosamente ayudó a que el racismo biológico se transformara buscando un nuevo discurso, debe de seguir el mismo camino en la búsqueda de un discurso que, como en el pasado, desactive el nuevo racismo cultural. En la búsqueda de un discurso antirracista dentro de los nuevos tiempos, es clave no caer en los límites al pluralismo que sugieren más un límite cultural de exclusión, y que apoyan ciertas concepciones del pluralismo.

El sexto capítulo se titula *Sobre las virtudes cívicas. El lenguaje moral del republicanismo*, que se publicó como artículo en la revista *Derechos y Libertades* (nº 23, 2010, pp. 145-182). El republicanismo, como teoría política de Estado, se ha visto reforzado en estos tiempos con un nuevo impulso renovador. Para plantear al republicanismo como una vía plausible, hay que considerar varias circunstancias con el objetivo de encontrar un diseño institucional de consenso. Ya dentro de estos factores concretos, están las virtudes cívicas. El objetivo de este capítulo es analizar el qué son y cómo funcionan las virtudes cívicas, construyendo una aproximación a las implicaciones que estas tienen a la hora de argumentar el republicanismo.

El ideal originario del republicanismo, haciendo uso de Aristóteles por parte Sandel, observa en la virtud cívica y la participación del ciudadano en la vida política de la comunidad la clave sobre la cual construir la libertad. Al ser animales políticos, sólo se es libre en tanto en cuando se ejerza la capacidad de debatir, deliberar, y participar en la construcción del bien común y la vida pública de la republica, que sería así, la republica de ciudadanos libres. Los objetivos y fines de la comunidad política dependen directamente de mantener esa comunidad política libre, que a su vez, depende del compromiso que tenga el ciudadano para poner el bien común por encima del individualismo. Cuando se habla de el enfoque ético, normalmente se enfatiza el aspecto deontológico por los derechos y la preocupación consecuencialista por los efectos de las acciones. Dentro de este debate genérico, se encuentra el objeto de este capítulo, la ética de las virtudes cívicas, que, poniendo de ejemplo a Hursthouse, se caracterizan de distintas formas, y como suele ocurrir, no todos los que defienden la ética de las virtudes apoyan las mismas características.

Pasando a analizar la ética de las virtudes, se reflexiona sobre dos cuestiones básicas: sobre la circularidad de la definición de la ética basada en el agente, y sobre la indeterminación de la ética de las virtudes. La primera cuestión pone el foco sobre el agente, y más en precisamente en la cuestión del “ser” y no tanto en el “hacer”, es decir, en sus rasgos de carácter y no en sus acciones. Alrededor de esta primera cuestión, es interesante reflexionar sobre “¿qué se debe hacer?”. Siguiendo con el planteamiento de Hursthouse, se estaría en un error, ya que se entraría en un círculo vicioso porque el agente que es virtuoso hará lo que es virtuoso, y por tanto, si no lo hiciera, no sería virtuoso. Teniendo esto en mente, la ética de las virtudes está compuesta por una serie de disposiciones, hábitos y prácticas, que edifican una serie de rasgos de carácter, siendo estos rasgos lo que califican a un agente como virtuoso o no. La segunda cuestión se enfrenta a la interminación de lo que se entiende como la ética de las virtudes. Hay cierta dificultad en establecer qué convierte a una acción en virtuosa. Aristóteles consideraba una acción virtuosa aquella acción ejercitada sin esfuerzo a la hora de considerar si dicha acción es justa o no. Quizás este planteamiento de Aristóteles está detrás del enfoque particularista que despliega el punto de vista ético, solventando los dilemas entre opciones inconmensurables.

Propio del lenguaje moral del republicanismo es la referencia a las virtudes cívicas del ciudadano. Tienen sus contras, como la circularidad en su definición o la indeterminación de su significado, y sus pros, como que están basadas en la ética del agente, siendo ambos aspectos, las contradicciones y las ventajas, fundamentales para la construcción de una sociedad democrática. Quizás el éxito resida en encontrar el equilibrio entre las virtudes cívicas y el respeto por la autonomía individual, donde la esfera pública y privada juegan roles, que aunque separados, están en interacción constante. La democracia necesita más de ciudadanos virtuosos, pero con cierta autonomía propia, que de mitos fundacionales que eclipsen la obligación de convertir la ética pública en la luz que la guie.

Con el título de *Algunas estrategias para la virtud cosmopolita* es presenta el séptimo y último capítulo de este libro. Presentado en el *XXII World Congress de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, que tuvo lugar en Granada en mayo del 2005, y que también fue publicado en la revista *Derechos y Libertades* en el 2006 (nº 15, pp. 65-100).

El desarrollo de las comunicaciones y la reducción sustancial en sus tiempos ha hecho que la globalización sea un hecho y no un juicio de valor.

Esto trae consigo un replanteamiento de los pilares que sostienen la sociedad moderna y su argumentación. Los cambios que se producen a nivel económico, político, social y cultural han favorecido al desarrollo de un discurso que analiza y da respuesta a las preguntas que la teorización de la globalización provocan. La visión de que más que una sola globalización, lo que hay son múltiples globalizaciones, parece del todo acertada para poder entender porque las diferentes posiciones económicas, políticas, sociales y culturales han hallado confirmación práctica a sus postulados teóricos. Aunque como se ha dicho, contemplar la globalización como globalizaciones (en plural), no puede sino ser la demostración de que a día de hoy (si es que en algún momento han llegado a serlo en la historia de la humanidad), ninguna sociedad es económica, política, social o culturalmente independiente y aislada de su contexto global. Si este es uno de los efectos de las globalizaciones, la interconexión entre sociedades como un todo, la cara opuesta de la moneda es que el movimiento identitario ha resurgido con más fuerza que nunca. Ha resurgido el “nosotros” frente a la posible homogeneización de la globalización, o por lo menos, de la polarización que esto supone.

Detrás de los discursos de la globalización está uno de los principios filosóficos o políticos más viejos de la historia de las ideas, como es el cosmopolitismo. El cosmopolitismo tiene como fundamento el que las personas, en sus relaciones diarias, están obligadas a respetarse mutuamente como sujetos morales, obligación que construye límites a nuestra conducta. Provocando un debate interesante cuando es puesto frente al resurgimiento identitario, el cosmopolitismo se traduce en nuevas visiones del mismo, resultando en corrientes morales como el cosmopolitismo genuino, el patriotismo cosmopolita, o la virtud cosmopolita. Probablemente la solidaridad, concepto que puede encontrarse en el núcleo del cosmopolitismo, como decía Luis de Sebastián, es el reconocimiento práctico de la obligación natural que tienen los individuos y grupos humanos de contribuir a construir el bienestar común, enfocado sobre los que no tienen nada, y sin ser la visión etnocentrista que planteaba Richard Rorty. En resumen, ninguna persona puede ser excluida de la vida pública de la comunidad por sus propias características, como dice Amartya Sen, siendo la solidaridad el catalizador de medidas y deberes positivos, y no quedarse en meros enunciados morales virtuosos.

No se pueden poner límites a la solidaridad, teniendo incluso que ampliar la noción de comunidad para no dejar a nadie fuera si es necesario. Pero teniendo esto presente, tampoco se puede tener una solidaridad incondicio-

nal, pero que los posibles límites no pueden estar basados en la identidad, sino en los valores del bien común. Siguiendo a Peces-Barbas, la solidaridad tiene dos funciones: a priori y a posteriori. La primera función hace referencia a que la solidaridad tiene su reflejo en los derechos humanos, y la segunda función hace referencia a encontrar la manera de combinar las gramáticas morales para conciliar los preceptos de reciprocidad, inclusión, mezcla, y diálogo.

Esta recopilación de artículos científicos y capítulos seleccionada por el Dr. Oscar Pérez de la Fuente es un amplio repaso a lo que debe de significar la justicia en los tiempos de globalización. La primera parte de libro construye una explicación del significado de justicia y su combinación con los paradigmas de inclusión, redistribución y reconocimiento, y muestra como las minorías, poniendo a las inmigrantes y a las personas sordas como ejemplos, deben de ser el objeto, por un lado, de nuevos planteamientos morales, y por otro lado, de políticas públicas activas, para que todos los actores pueden ejercer como tales en la arena pública en igualdad de condiciones sin perder sus características constitutivas. La segunda parte del libro trata la agenda moral del republicanismo, las virtudes cívicas, y del cosmopolitismo. Todas estas estructuras filosóficas y morales sirven para fortalecer el tratamiento de las diferencias en una época donde el empuje de la homogeneización económica, política, social y cultural provoca la consolidación de las minorías identitarias. Un obra que sin duda ayudará en la comprensión de los problemas que las sociedades modernas tienen cuando llega la hora de edificar un escenario público que acoja a todos los actores sociales que existen, pero que a veces no están correctamente representados.

GUILLERMO REYES PASCUAL
University of Kent
e-mail: guillepasc@gmail.com

María José VILLAVERDE RICO y Gerardo LÓPEZ SÁSTRE (eds.),
Civilizados y Salvajes. La mirada de los ilustrados sobre el mundo no europeo
CEPC, Madrid, 2015, 303 pp.

DIEGO BLÁZQUEZ MARTÍN
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: Ilustración, colonialismo, racismo, esclavitud, derechos indígenas.
Keywords: Enlightenment, colonialism, racism, slavery, indigenous rights.

Es bien conocida la influencia que el contacto con otras civilizaciones, y singularmente el encuentro con los pueblos americanos, tuvo para el desarrollo de la cultura de los derechos humanos y su teoría moral, política y jurídica.

Esta idea central de los estudios sobre derechos humanos considera que, como consecuencia de los excesos producidos a partir del choque cultural que supone el descubrimiento de América por las potencias europeas, se genera uno de los primeros esfuerzos de subjetivación del Derecho Natural para proteger la humanidad de las poblaciones aborígenes de América.

Esta parte de la historia intelectual del mundo occidental, protagonizada por algunos autores españoles, justifica en buena parte lo que Fernández Buey denominó la “leyenda rosa” española¹, que forma parte de cierta visión autocomplaciente de la historia de España, y que incluso lleva a que un libro académico, como este que nos ocupa, pueda llegar a aparecer recensionado en un diario nacional como *La Razón* (08/10/2015).

Esta tesis general da por hecho que, a raíz del contacto con las culturas indígenas americanas, se produjo una crisis en la conciencia europea que activó toda una batería de mecanismos morales y jurídicos que, aunque no cristalizaran en la práctica, el humanismo del siglo XVI sembraría para resurgir

¹ F.J. FERNÁNDEZ BUEY, *La gran perturbación: discurso del indio metropolitano*, Destino, 1995.

en el marco de las Revoluciones burguesas y las Declaraciones de Derechos clásicas, fruto de lo que también Fernández Buey llamaría la vertiente central y clásica del pensamiento Ilustrado. Sin embargo, esto no es así, y de ello se ocupa este libro. O al menos así se lo ha parecido a este lector; y, en este sentido, quisiera aclarar que siendo una de las tesis principales de los estudios de Derechos Humanos yo la he abordado en varios trabajos², y, lógicamente, he leído el libro desde la perspectiva de mis ideas al respecto. Por ello, espero que el lector de esta recensión pueda disculpar la subjetividad de mi análisis.

En mi opinión, lo que constata esta colección de ensayos es que, en su mayoría, los autores ilustrados, a pesar de conocer muy bien los elementos críticos que surgen en Europa frente a la dominación, explotación y exterminio americanos, no aceptaron ni se expusieron a las consecuencias lógicas de aplicar en este ámbito el sistema de pensamiento de las Luces, basados en la igual y universal dignidad humana. Y, por ello, tampoco en ese momento, y ni siquiera con el refuerzo de la filosofía de las Luces, triunfaron en la práctica las ideas de igualdad, libertad y fraternidad cuando se referían a “los otros”, al mundo salvaje y no civilizado, ni siquiera respecto de las bases de la esclavitud.

En esta línea, son muy reveladores los capítulos relativos al pensamiento de Jefferson y Turgot, respectivamente. Ambos reflejan cómo, aun sabiendo cual era la respuesta correcta, muchos de los ilustrados prefirieron “contemporizar” con las circunstancias existentes y el “status quo”, y ello por muy diversas razones (desde el nacionalismo, el desarrollo económico de hasta el simple interés personal).

En este sentido, como podemos ver, el fenómeno de esta convivencia se basa desde su inicio en un juego de visiones y duplicidades. Un juego en el que hay alguien que observa (el civilizado) y alguien observado (el salvaje). Pero también de duplicidades intelectuales: donde hay una idea preconizada y otra aplicada; un ideal y una realidad. Y el libro refleja muy bien esa

² D. BLÁZQUEZ MARTÍN, “Colonialismo, imperialismo, derechos humanos y emancipación: paradojas y contradicciones en el siglo XIX”. *Historia de los derechos fundamentales* / coord. por Francisco Javier Ansuátegui Roig, José Manuel Rodríguez Uribe, Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García, Vol. 3, Tomo 1, 2007 (Siglo XIX. El contexto social, cultural y político de los derechos. Los rasgos generales de evolución), pp. 535-576. D. BLÁZQUEZ MARTÍN, “Los derechos de los indígenas desde los clásicos” en *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas* / coord. por J. Daniel Oliva Martínez, Fernando M. Mariño Menéndez, 2004, pp. 25-44.

dicotomía al recoger la mirada de la Ilustración sobre los no europeos desde una gran diversidad de dualidades que permiten articular la multiplicidad de enfoques y casos tratados.

Se trata de una *ambivalencia*, como con acierto la denomina Martínez Mesa (p. 236), ya que la posición ilustrada respecto de la relación con los “salvajes” se basa en dos posiciones totalmente contrapuestas. Por un lado, una visión positiva que permite “evocar un pasado armónico e idílico consustancial a la naturaleza humana” que se refleja en el mito del buen salvaje. Sin embargo, al mismo tiempo esa visión idealizada pone de manifiesto la vulnerabilidad derivada de “su carácter primitivo y rudimentario” que se basaba en lo que Martínez Mesa llama “la inequívoca vocación eurocéntrica de las Luces” (p. 236), y que tiene unas raíces más profundas y anteriores al pensamiento ilustrado. Este libro muestra como de esta relación ambivalente, las innovaciones de las Luces cayeron frente a las claves de una corriente de pensamiento más profundamente instalada, y que no caería definitivamente hasta la II Guerra Mundial (como señala Salas Ortueta).

Una primera pareja que entra en este baile es la que forman la Ilustración radical y la ilustración moderada. Frente a la complicidad de esa Ilustración moderada de “los Montesquieu, Turgot, Voltaire, Locke o Jefferson, se alzan los autores que recoge Jonathan Israel en su *anticolonialismo de la Ilustración radical*, donde intenta demostrar el fuerte combate relativo a la universalidad de los derechos del hombre, incluso antes del periodo revolucionario, y de las consecuencias de ese debate entre ambas concepciones de la Ilustración. Para Israel, se trata de un verdadero debate intelectual, que unos ganaron y otros perdieron, pero que en todo caso, deslegitima la teoría de la “construcción cultural de los derechos”, como un proceso lento y ascendente.

Pero la manera de analizar esta compleja realidad histórico-doctrinal también se plantea en las disyuntivas: naturaleza/civilización, esclavitud/aboliciónismo, colonialismo/anticolonialismo, racismo/igualdad: poder/dominación, en definitiva.

Este dualismo se refleja incluso respecto de sus conclusiones. Los dos editores reconocen que tienen “puntos de vista discordantes” sobre la complicidad de la Ilustración con el colonialismo y el racismo (p. 19-20). Si María José Villaverde, en su ensayo “Paradojas de los ilustrados: de la igualdad a la justificación del racismo”, intenta entender cómo “la noción de raza y las semillas del racismo se generan paródicamente en el caldo de cultivo ilustrado”, Gerardo López Sastre “se muestra más benevolente” con el Siglo de las

Luces, y dedica su estudio a uno de los heterodoxos que siguió esa estela de reconocer “derechos naturales como hombres” a los otros, en su caso a los indios frente a las conquistas británicas.

Y esta tensión se manifiesta a lo largo de libro porque, en definitiva, como señala la editora en su conclusión final: “el eurocentrismo condujo al racismo y a la justificación de la violencia y de la opresión hacia otros pueblos... pero los pensadores ilustrados y liberales siempre fueron sus enemigos” (p. 297).

De hecho esta paradoja y su ambivalente solución, constituye a la vez la gran cuestión que se plantea el libro, pero también su respuesta. Y así, en su esfuerzo de contestarla cada autor recurre a diferentes estrategias para apoyar su tesis sobre la relación de la Ilustración con la alteridad: bien como justificadora, bien como punto de inflexión histórico-intelectual.

Para ello, unos recurren (Jonathan Israel) a la heterodoxia ilustrada o heterodoxia radical, otros elevando al *rango de modernidad* algunas obras de los jesuitas (según el concepto jesuita de civilización y su aplicación a la época ilustrada, que recoge Fermín del Pino) y a las salidas literarias (como la novela *Paul et Virginie* que glosa Francisco Martínez Mesa en forma de una crítica a la civilización, utilizando el mito de la arcadia salvaje en el capítulo 11); otros prefieren recurrir a la reacción intelectual minoritaria y heterodoxa de autores centrales de las Luces no radicales (como la de William Robertson, respecto de la conquista británica de la India, que recoge Gerardo López Sastre en el capítulo 8 del libro; o la de Turgot).

Bien es cierto que, en general, se recoge un elemento positivo claro y una verdadera evolución del pensamiento ilustrado en la curiosidad por otras culturas, la apertura y la ausencia de dogmatismo, respecto a la valoración de las culturas. Y que, por el contrario, busca la explicación a las diferencias culturales y los diferentes grados de desarrollo en función no de claves estáticas (salvo, curiosamente, respecto del Islam en algunos autores de la Ilustración francesa como Montesquieu o Turgot), sino formulando “... un marco de observación empírica y racional”. Dentro de esta perspectiva, una respuesta a la paradoja se formula en términos del nacimiento de la antropología social con autores como Jean Nicolas Démeunier, que recoge Rolando Minuti, cuyas observaciones se caracterizan por la falta de juicios de valor universal, y la introducción de ciertos términos de relativismo histórico, económico, geográfico o social, que incluso le permiten poner de relieve también las carencias y horrores del proceso civilizatorio.

Pero en ocasiones, esta tolerancia no responde a valores de reconocimiento del otro, sino precisamente a la (im)posibilidad de dominación. Desde fundamentos o perspectivas muy diferentes, Manuel Sacristán, y posteriormente el ya citado Fernández Buey, habían defendido la hipótesis de que el elemento clave en la dimensión de la destrucción cultural o genocida, no es tanto una hipotética mayor o menor maldad, sino la potencia tecnoc-económica de las culturas en contacto.

Y, de nuevo en un esfuerzo de responder a la ambivalencia y el ambiguo comportamiento de la Ilustración respecto de la alteridad, esa es también la idea que subyace detrás del concepto de “olvido político” que desarrolla John Christian Laursen respecto de los encuentros pacíficos en el litoral pacífico americano, ya que surge como respuesta a situaciones dadas en las que “la capacidad de acción y la probabilidad de éxito”, hacían que cada grupo temiera al otro.

También la respuesta a esa paradoja se pretende encontrar en la interpretación que se pudiera hacer de la filosofía del progreso histórico (que en el libro gira en torno al pensamiento de Turgot en un capítulo escrito con detalle y minuciosidad por Paloma de la Nuez), o incluso a una visión endógena del mismo problema: como la asimilación de la población de las brumosas Highlands escocesas (que realiza muy brillantemente Julio Seone en su ensayo “El otro que somos. La idea de Salvaje que sirvió para componer los Estados Unidos y la Escocia del XVIII”), o como la reacción frente al imperalismo cultural francés en la Alemania del XVIII (en “Poder y Civilización en Hamann y Herder. Los primeros escritos”, de Cinta Canterla) que permitiría a los “verdaderos” patriotas criticar “la sin razón de que unos seres humanos se considerasen a si mismos mejores y más elevados que otros y vinculasen tal cosa a una suerte de dominación” (p. 272) denunciando la violencia del colonialismo (p. 274).

Si el libro se dedica esencialmente al tránsito de la cuestión desde el humanismo a la Ilustración, tiene el enorme acierto de terminar con un análisis de cómo esta cuestión discurre desde la era de las Luces al siglo XIX y cristaliza en el “la era del Imperialismo”, utilizando la expresión de Eric Hobsbawm³. Así el capítulo final de María Luisa Sánchez Mejía sobre “La transformación de la herencia ilustrada: los argumentos del colonialismo en el siglo XIX” recoge el trayecto que podríamos resumir de Condorcet a Mill,

³ E. HOBSBAWM. *La era del imperio, 1875-1914*, Crítica, Madrid, 2001.

y cómo se llega a la justificación de la colonización de todo el globo por las potencias euro-atlánticas.

Desde esta perspectiva, el libro tiene un indudable interés actual. Hoy, en un mundo que, desde el llamado fin de la historia, se orienta sobre un devenir cada vez más basado en las identidades, donde los conflictos religiosos, étnicos y nacionales se radicalizan, lejos de apagarse confundidos en las mareas globalizadoras, los ecos de los defectos y lagunas del mensaje ilustrado son nítidos para un lector sensible y en alerta ante este fenómeno.

A pesar de las muchas referencias que podríamos hacer, en mi opinión, la aportación más importante de la lectura conjunta de los ensayos de este libro colectivo se refiere al debate sobre una hipotética naturaleza cultural occidental de los derechos. En este sentido, como ya hemos señalado, el libro permite diferenciar entre el discurso ilustrado en si mismo y el uso histórico del mismo en la práctica.

Desde el otro lado del espejo, es decir, desde la perspectiva de la Ilustración, el libro permite justificar las tesis de Lewis Hanke acerca de cómo el discurso aristotélico de la supremacía de unos hombres sobre otros se impuso desde la Edad Media hasta bien entrado el siglo XIX, sin alterarse significativamente⁴.

Así lo demuestran algunos de los textos de algunos de los autores clave de la Ilustración clásica, como es el caso de Locke quien, según Francisco Castilla Urbano en su "Locke y la alteridad", muestra cómo la idea de Locke en defensa de "(...) la apropiación de tierras consideradas *res nullius* no obedece solo a un lenguaje político sino también teológico del que nunca acaba de desprenderse el pensamiento de Locke" (p.91). Igualmente, en el caso de Jefferson, de quien Jaime de Salas Ortueta destaca la dualidad de su pensamiento (por otro lado continuista y poco innovador) y su actitud como político tanto respecto de la cuestión indígena como de la esclavitud, y que el autor considera como "el peaje que tuvo que pagar a la realidad ya existente y al status quo" el sueño ilustrado de los Estados Unidos (p. 111). Pero de la misma manera que se califica de "continuista" la actitud de la Asamblea Nacional francesa en el marco de la revolución que no significó una ruptura en la cuestión colonial. Y ese discurso poco o nada tiene que ver con las claves esenciales de Ilustración en textos como los de Diderot o D'Holbach como los que se recogen en el libro.

⁴ L. HANKE, *El prejuicio racial en el nuevo mundo. Aristóteles y los indios de Hispanoamérica*, traducción de Marina Orellana, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1958.

Con ello, se puede comprender cómo el mensaje de la Modernidad en primer lugar tuvo que vencer una muy enraizada cultura de la superioridad de unos seres humanos sobre otros, de unas consecuentes teorías de la dominación y el sometimiento natural. Y que, frente al discurso de la identidad, hay que reivindicar cómo la primera identidad que cambió fue la identidad milenaria del mundo occidental, hoy también reivindicada precisamente por quien quiere azuzar los conflictos culturales e identitarios, seguramente porque no creen en el profundo valor revolucionario de la Ilustración y las Luces, a pesar de sus limitaciones históricas.

DIEGO BLÁZQUEZ MARTÍN
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: diego.blazquez@uc3m.es

Daniel J. GARCÍA (ed.),
Sobre el derecho de los hermafroditas
editorial Melusina, 2015, 239 pp.

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ
Universidad de Córdoba

Palabras clave: Identidad de género, intersexualidad, masculino, femenino.
Keywords: Gender identity, intersexuality, male, female.

“... al no ser los hermafroditas unos monstruos y al ser considerados en el conjunto de las personas libres...”¹

Como bien apunta Judith Butler, “la justicia no es solo o exclusivamente una cuestión de cómo se trata a las personas o de cómo se constituyen las sociedades. También atañe a las decisiones, y a sus consecuencias: qué es una persona y qué normas sociales debe respetar y expresar para que se le asigne tal cualidad, cómo reconocemos o no a los otros seres vivientes como personas dependiendo si reconocemos o no la manifestación de una cierta norma en y a través del cuerpo del otro”². El libro editado por Daniel J. García nos habla precisamente de todo eso que apunta la cita de Butler, es decir, de personas, de cuerpos, de reconocimiento y de justicia. Y lo hace a través de una mirada no solo jurídica, yo diría que también ética, sobre la intersexualidad. El volumen rescata un texto olvidado en la Bibliothèque Nationale de Estrasburgo, una tesis defendida el 13 de junio de 1788 por un joven de 19 años en la Universidad de la misma ciudad. Con el título de *Sobre el derecho de los hermafroditas*, la tesis sienta las bases para la intervención médica sobre el cuerpo intersexual y describe el procedimiento para determinar con qué sexo debe manifestarse el hermafrodita. En primer lugar, debe ser un

¹ Punto VIII, tesis *Sobre el derecho de los hermafroditas*, p. 233.

² J. BUTLER, *Deshacer el género*, Paidós, Barcelona, 2010, p. 90.

experto el que analice el cuerpo y determine cuál es su verdadero sexo. Si se encuentran dificultades para determinarlo, se le debe asignar el masculino (la presunción de masculinidad tiene sentido desde el momento en que solo el varón gozará de todos los derechos). Por último, habrá de atenerse a las inclinaciones predominantes bajo un juramento cuya transgresión puede suponer la persecución del hermafrodita.

La tesis del joven Pierre François Monet se sitúa en lo que Daniel J. García denomina como “falsa humanización de las penas” propia del pensamiento ilustrado ya que, efectivamente, deja de considerar a la persona intersexual como un monstruo pero se le considera en todo caso necesitado de una normalización disciplinaria. Poco hemos avanzado en estos siglos en la mirada jurídica sobre una realidad que sigue estando condicionada por la preeminencia del binomio masculino/femenino como definidor de los seres humanos y, por lo tanto, como criterio determinante para hacer posible lo que el constitucionalismo democrático califica como “libre desarrollo de la personalidad”. Es decir, y esta es la gran cuestión que nos plantea García en el estudio previo a la tesis de Monet, uno de los grandes retos en el siglo XXI desde la perspectiva de los derechos individuales es la superación de la definición de “normalidad” marcada por el eje patriarcal hombre/mujer y la efectiva garantía del derecho que solo tímidamente los ordenamientos empiezan a reconocer³. Me refiero al derecho a la identidad de género, el cual por ejemplo se contempla de manera expresa en el Estatuto de autonomía de Andalucía aprobado en 2017 (art. 35). Y es que aunque efectivamente en países como el nuestro se ha producido un significativo avance, jurídico y social, en cuanto al reconocimiento de la diversidad afectivo/sexual, todavía quedan por garantizar de manera coherente con el principio de dignidad los derechos de las personas transexuales –prisioneras todavía de un enfoque patologizador– como los de las intersexuales, condenadas a ser encuadradas en una de las dos categorías que de manera reduccionista sirven para ubicarnos social, política y jurídicamente como sujetos. De ahí que tanto la

³ *“Ne è un esempio il binarismo sessuale che caratterizza le moderne società occidentali, secondo cui al binomio femmina-maschio deve corrispondere una donna o un uomo con un’identità di genere conforme al sesso biologico e con un orientamento sessuale di tipo eterosessuale. Ciò che non rientra in questa polarizzazione –più o meno accentuata a seconda dei contesti e dei periodi storici–, ciò che non è considerato conforme ai modelli dominanti e ai dispositivi normativi di sesso e genere, è etichettato come sbagliato, a-normale, patologico: si cerca quindi di nascondere, modificandolo e “curandolo”. L. GIACOMELLI, “Quando la vita infrange il mito della normalità: il caso dei minori intersessuali”, *Rivista Critica di Diritto Privato*, num. 4, 2012, p. 597.*

transexualidad como en mayor medida la intersexualidad supongan un auténtico desafío a un sistema de derechos fundamentales *generizado* así como al entendimiento de un principio de igualdad que sigue respondiendo a las exigencias de unos estándares que dificultan el auténtico reconocimiento de las diferencias.

De ese gran reto, lamentablemente tan invisible todavía en las Ciencias Sociales y no digamos en las Jurídicas, se ocupa Daniel J. García en el extenso estudio previo a la tesis de Monet. Un estudio en el que el filósofo del Derecho realiza un prolijo recorrido histórico por ese mundo de “monstruos”, de seres fuera del curso de la Naturaleza, que durante siglos fueron sometidos al peso duro de la ley, y frente a los que siempre ha existido como una especie de pugna entre el discurso médico y el jurídico. En todo caso, la idea dominante durante siglos, e incluso me atrevería a afirmar que todavía presente hoy, es que la persona intersexual “desafía las normas jurídicas, morales, teológicas y biológicas”. Lo que ha ido cambiando ha sido la manera en que las sociedades, y más en concreto sus ordenamientos, han respondido a ese desafío.

Esos cambios, sin embargo, podríamos afirmar que han sido más aparentes que reales. Es decir, el intersexual ha sido y es sometido a un castigo. Lo que ha ido modificándose es el carácter de ese castigo: inicialmente penal, posteriormente médico, siempre moral. De hecho, la humanización que supusieron los códigos penales modernos fue, como bien explica García, una ficción. Solo hubo mudanza en cuanto al lugar de la pena: “se pasa de la hoguera del juez al quirófano del médico”. De esta manera, “se mantenía la inmunización jurídica de la dualidad de sexos”.

Por supuesto también han existido grietas en ese discurso dominante. Daniel J. García se refiere a algunas de ellas. Por ejemplo es muy llamativo el caso del valenciano Lorenzo Mateu y Sanz que en 1676 publicó una obra titulada *Tractatus de re criminali* en la que defendía la inexistencia de fundamento jurídico alguno que legitimase el castigo de las personas que nacen con dos sexos. Nadie podría oponerse a los designios de la Naturaleza que es capaz de crear cuerpos diversos en los que incluso pueden convivir dos sexos.

Como bien señala Daniel J. García, el siglo XIX marcará el traspaso de estas cuestiones del ámbito jurídico al saber médico. Este cambio se sustentará además sobre los dos ejes que van definir las subjetividades y, en consecuencia, el estatuto jurídico de los individuos: los binomios hombre-mujer y heterosexual-homosexual. De esta manera, la medicina tendrá un papel esencial

en la configuración de eso que ha llegado incluso a definirse como régimen político: la *heteronormatividad*. Este régimen biopolítico se articula sobre las siguientes normas: el dimorfismo sexual (dos exclusivos sexos), el esencialismo biológico (cada sexo posee diferentes funciones), la dualidad de géneros (a cada sexo biológicamente predeterminado le corresponde un género con sus respectivos roles sociales) y las prácticas sexuales reproductivas.

De esta manera se crean las identidades individuales –“se es hombre en tanto propietario de un pene; se es mujer en tanto que no propietaria de un pene”– y se estructuran unas relaciones de poder. En esas relaciones, el experto en medicina ocupará un lugar esencial, produciéndose un cambio en los mecanismos punitivos: “1) quién juzga y administra la pena (del juez al experto); y 2) sobre quién juzga y se administra la pena (del suplicio del cuerpo al alma del delincuente)”. De esta forma, las instituciones médico-jurídicas tendrán un papel esencial en la definición del sujeto moderno y, en consecuencia, en el reconocimiento del correspondiente estatuto jurídico que suponen los derechos fundamentales. Al mismo tiempo ese poder define las “fronteras” y marca quiénes se quedan al margen, quiénes son peligrosos, quiénes deben ser mirados con desconfianza por el sistema ya que cuestionan en sí mismos las bases del orden político, social y hasta económico. De esta manera, el binarismo sexual conlleva una violencia implícita y desempeña además una función cultural y social.

El cuerpo hermafrodita es pues administrado por terceros, que son los que en su caso deciden cuál debe ser su identidad. Esa “administración” se producirá a partir del análisis de las gónadas en un primer momento y mediante la cirugía después. El investigador John Money fue clave en hacer que la mirada clínica se posara sobre los genitales: “para que las personas, desde la infancia, puedan desarrollar una identidad de género estable –y... ser felices y gozar de salud mental–, se deben conseguir los genitales correctos”. La combinación de procedimientos disciplinarios (corrección quirúrgica) y mecanismos de regulación (elementos psicosociales) provocará finalmente la esencialización de la heterosexualidad.

Cuando nace un bebé con genitales ambiguos se ha de proceder, en un plazo medio de 72 horas tras su nacimiento, al diagnóstico y a la fijación del sexo a través de la cirugía normalizadora o correctiva de urgencia, que está cubierta por la seguridad social. En ese plazo de tiempo, los “expertos médicos” deben decidir y determinar qué sexo asignar y construir quirúrgicamente. La cirugía pretende únicamente acomodar los genitales del bebé a

las expectativas de cómo debe desarrollar su género en condiciones de normalidad. De esa forma, como bien concluye el autor, “un problema social (y/o estético) se *cura* médicamente”. Una cura en la que “el tamaño importa” pues es decisivo el tamaño del pene y la capacidad para tener relaciones coitales heterosexuales. De esta manera, el régimen heteronormativo impone su jerarquía de sexualidades y deseos.

Las personas intersexuales acaban siendo prisioneras de un “círculo vicioso” que el “régimen” alimenta con la ayuda de los saberes/poderes: “el médico construye la sexualidad del intersexual porque la ley determina que solo han de existir dos sexos, pero la ley establece la dualidad porque el saber médico hegemónico señala que existen dos sexos”. Una vez esculpido el cuerpo, los instrumentos de socialización (familia, escuela) harán el resto para que el individuo se ajuste a las expectativas heterosexuales.

A la intervención quirúrgica no solo hay que sumarle la hormonal y la psicológica, sino también la jurídica. La inscripción en el Registro Civil sanciona jurídicamente la heteronormatividad, ya que su actuación se apoya en tres principios: la existencia de dos sexos, la heterosexualidad como norma y la esencialización psicológicamente saludable de los roles de género. Todo ello conduce a que nos hagamos con Daniel J. García dos preguntas inevitables: “¿Por qué se patologiza la diferencia o la transgresión en lugar de socializarla? ¿Por qué seguir manteniendo la política de los dos sexos cuando existen evidencias corporales que la cuestionan?”

El recorrido anterior nos lleva finalmente al cuestionamiento de un marco jurídico oscuro, complejo y con lagunas que, como bien apunta el autor, acaba avalando una suerte de *mutilación genital*: “una forma consentida de un ritual iniciático a la heterosexualidad a través de la tortura”. Una mutilación disfrazada de *habilitación* que hace que nos planteemos con García preguntas de difícil respuesta como por ejemplo si ante personas con capacidades intelectuales diversas a la media aceptaríamos un tratamiento quirúrgico para reconducirlas a la “normalidad”.

Evidentemente estamos ante una clara vulneración del principio de no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), además de otros derechos fundamentales como el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Una discriminación que, además, se suma a la evidente lesión de la autonomía del paciente reconocida legalmente y que plantea singulares dificultades cuando nos encontramos con menores de edad cuya voz se omite, desconociéndose por tanto las previsiones del Convenio de Nueva York (art. 12). La falta de

regulación jurídica hace finalmente que el interés del menor sea determinado en exclusiva por el equipo médico y de acuerdo con el objetivo de “normalización”. De esta manera además se conculca incluso el posible derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario. ¿Podría este personal negarse por razones de conciencia a realizar la cirugía? ¿La urgencia *psicosocial*, o lo que es lo mismo, la heteronormatividad, sería un posible límite de orden público? Unas preguntas de momento sin respuesta aunque podrían empezar a encontrarla tras la más que discutible y reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de julio de 2015. La complejidad en todo caso de la situación demandaría acudir a instrumentos como la mediación mediante la cual se garantizaran, por encima de todo, los derechos de la persona menor de edad y no tanto la normalización médica y social del individuo cuyo sexo no responde a los patrones del binarismo.

Poco a poco, sin embargo, parece que nos encaminemos hacia un cambio de paradigma en torno a la intersexualidad, de manera que podemos afirmar que estamos iniciando lo que algunos han calificado como *la era del consentimiento*. Además de varias iniciativas que han ido empoderando en las dos últimas décadas al colectivo intersexual, y de los cambios de nomenclatura avalados por diversas publicaciones científicas, también jurídicamente han empezado a producirse internacionalmente pasos que indican una evolución. Así por ejemplo la Corte Constitucional colombiana dictó en 1999 una sentencia que entendió la cirugía de normalización contraria a los derechos del menor. En 2006 se firmó el *Consensus Statement on Management of Intersex Disorders*, que cuestionaba la cirugía realizada a tan temprana edad. La ONU reconoció en 2013 dichas intervenciones como una práctica de tortura infantil. El mismo año que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa emite la Resolución 1952 (2013) *Children`s right to physical integrity*, en la que se insta a la eliminación de los tratamientos médicos innecesarios. En noviembre de 2013 el gobierno alemán introdujo la posibilidad de que un bebé sea registrado como de “sexo indeterminado”, lo cual vuelve a plantearnos de nuevo el dilema de si los dos únicos sexos posibles son el masculino y el femenino. Finalmente, el 1 de abril de este mismo año Malta aprueba una histórica Ley de Identidad de Género, Expresión de Género y Características Sexuales, en la que, entre otras prohibiciones, se impide a los profesionales sanitarios realizar cualquier tratamiento de asignación de sexo o intervención quirúrgica a menores de edad. En todo caso, será el menor el que debe decidir si quiere someterse a un tratamiento.

Todos estos avances son significativos pero continuarán siendo débiles si no superamos las categorías hombre/mujer como definidoras de las únicas identidades, y de los únicos deseos, posibles. Es decir, si no acabamos con un régimen político y jurídico que continúa ejerciendo violencia sobre determinados individuos. Una violencia que, volviendo a la Butler, “emerge de un profundo deseo de mantener el orden del género binario natural o necesario, de convertirlo en una estructura, ya sea natural, cultural, o ambas, contra la cual ningún humano pueda oponerse y seguir siendo humano”⁴. Dicha violencia no es sino el resultado de un entendimiento del principio de igualdad como un criterio clasificatorio que sirve para “asimilar” y “excluir”, es decir, que se basa en la prepotencia de un estándar y en el “no reconocimiento” de las diferencias⁵. Estas diferencias no serán reconocidas y garantizadas mientras que no “deconstruyamos” el estándar (patriarcal/heteronormativo) y alumbramos un nuevo paradigma jurídico apoyado en la polifonía de voces e identidades. Ello supondrá atacar de raíz un derecho que continúa siendo *sexista, masculino y sexuado*⁶ y, por lo tanto, descontaminarlo de las construcciones sociales culturales dominantes que se esconden, cada vez con mayor dificultad, bajo de la máscara de la norma neutral, abstracta y universal.

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ
Universidad de Córdoba
e-mail: octavio@uco.es

⁴ J. BUTLER, *Deshacer el género*, cit., pág. 59.

⁵ L. FERRAJOLI, “La differenza sessuale e le garanzie dell’eguaglianza”, *Democrazia e diritto*, 33, n. 2, 1993, pp. 49-73.

⁶ C. SMART, “The woman of legal discourse”, *Social and Legal studies*, vol. 1, 1992.

**Javier de LUCAS, *Mediterráneo: el naufragio de Europa*,
prólogo de Sami Naïr, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 170 pp.**

ÁNGELES SOLANES CORELLA
Universitat de València

Palabra clave: inmigración, asilo, Mediterráneo, Unión Europea, derechos humanos.
Keywords: immigration, asylum, Mediterranean, European Union, human rights.

El libro del profesor Javier de Lucas “Mediterráneo: el naufragio de Europa” surge de la realidad, difícilmente soportable, a la que en la actualidad se enfrenta la movilidad humana en el contexto mediterráneo. Es un estudio de reflexión y análisis riguroso, desde la filosofía jurídica y política, por parte de un intelectual referente en esta materia. Asimismo, este trabajo puede ser visto como un instrumento de lucha, de compromiso, y muy especialmente, de propuestas y alternativas para conseguir un objetivo: contribuir a ofrecer argumentos que sirvan para rescatar a Europa, a la Unión Europea, de su naufragio, entendido éste, también, como esa pérdida de los ideales originarios del proyecto europeo.

El estudio crítico que este ensayo ofrece está marcado por la perspectiva diacrónica que sólo un experto en el ámbito de las políticas de migración y asilo es capaz de conectar, incluso de sincronizar, con múltiples procesos que dan cuenta de la complejidad de un fenómeno que exige una mirada a largo plazo, diferente de la actual respuesta en clave de seguridad. Como el profesor Sami Naïr señala en el prólogo de este libro, el profesor De Lucas buen ejemplo del “pensamiento intervencionista” y excelente conocedor de las normativas y debates europeos sobre la cuestión migratoria, no solo demuestra “con el verbo del polemista brillante que sabe ser” las contradicciones del discurso de protección del territorio frente al de solidaridad, sino que propone soluciones para resolver, para pensar y afrontar de manera diferente la compleja cuestión de la movilidad humana.

Una primera advertencia de la mano de Horacio en sus Sátiras, “quid rides? Mutato nomine de te fabula narratur”, centra el punto de análisis de este trabajo al insistir en la imposibilidad de articular, en un contexto global, respuestas a lo que las migraciones implican sin superar la dicotomía entre nosotros y *los otros*. Como hábilmente analiza el profesor De Lucas tanto el impacto que el mercado ha supuesto en la sociedad civil, al alejarla del ideal republicano y destruir la ciudadanía, de acuerdo con las observaciones de Adam Ferguson; como la proliferación de diferentes categorías de seres humanos presentados como *los otros* a los que se adjudica un igualdad degradada en el sentido genialmente presentado por Orwell, sirven para ahondar en el repliegue en nosotros, en esos muros que definen lo que Balibar denomina las fronteras internas de nuestras democracias.

La ajenidad radical que persevera en la argumentación clásica acerca del status demediado que al extranjero le corresponde, y que se ha trasladado a las modernas legislaciones de extranjería y a la directrices europeas en ese ámbito, es incompatible con la propuesta del profesor De Lucas que se centra en construir propuestas legítimas de política migratoria, entendida en un sentido amplio que abarca diferentes tipos de movilidad, que sean también eficaces. Ciertamente, si hubiera que resumir los efectos negativos que caracterizan la mirada estrábica de la Unión Europea sobre los movimientos migratorios, habría que insistir en la total ausencia de lo político en el análisis y en las respuestas sobre dicho fenómeno, y en la construcción de un espacio de no-Derecho para los inmigrantes, como bien se pone de manifiesto en el sangrante ejemplo de los Centros de Internamiento de extranjeros.

Para buscar una alternativa, apunta el autor de este ensayo, es imprescindible comenzar por recuperar la relación entre Estado de Derecho, democracia y principio jurídico de solidaridad, desde los deberes correlativos al reconocimiento de los derechos humanos. Ese es el paso previo para abordar la tesis central que estructura este estudio: la reivindicación del derecho a la vida y del derecho de asilo, en general, y en el contexto Mediterráneo, en particular. En efecto, el Mediterráneo como frontera (con la falla demográfica más importante del planeta y una espectacular proporción inversa entre ésta y la media de edad de un lado y la riqueza de otro) constituye un buen ejemplo de límite geográfico fortificado frente al enemigo que está llevando a su máxima expresión las vulneraciones flagrantes de esos dos derechos básicos.

Surgen en este contexto múltiples falacias, tal como evidencia en su estudio el profesor De Lucas, que profundizan en la mirada errónea de las po-

líticas europeas de inmigración y asilo. Así, es imprescindible combatir ideas como las que llevan a considerar que los inmigrantes arriesgan sus vidas en el peligroso viaje que supone cruzar el Mediterráneo porque desconocen los riesgos, o el reduccionismo de enfocarlos, tanto a ellos como a los desplazados y los refugiados, como meras víctimas de los traficantes. Igualmente es erróneo identificar la lucha contra la redes de tráfico como la única medida eficaz en la política para combatir la inmigración irregular, del mismo modo que resulta ilusorio entender que dichas políticas sobre la movilidad humana tienen un gran impacto en las decisiones de las personas que proyectan migrar o solicitar asilo, tomando en consideración además, que la distinción radical entre una y otra categoría (en lo relativo a cuáles son los motivos que les impulsan a desplazarse) no es posible, puesto que, nos encontramos ante flujos mixtos. Proponer alternativas de gestión que sean respetuosas de los derechos humanos ante estos fenómenos exige, entre otras cuestiones, repensar la complejidad de la noción de frontera y su función.

Como sostiene el profesor De Lucas, la noción de frontera ya no puede considerarse exclusivamente como equivalente a la de muro defensivo o confín de la soberanía, sino que ha de entenderse, asimismo, como una zona de contacto, de intercambio, de negociación y de mezcla tanto cultural y social como económica y política, que es escenario inevitable de conflictos de los cuales también nos constituimos. De ahí el continuo error de las políticas de migración y asilo al querer, en un afán defensivo, bloquear y limitar ese espacio de contacto que podría suponer un lugar de encuentro común.

Un punto de partida distinto e irrenunciable de cualquier política de inmigración y asilo, en opinión del profesor De Lucas, es su conjunción con las exigencias básicas de la democracia y el Derecho, es decir con el Estado de Derecho y la concreción mínima de la idea de justicia, al servicio de la cual se encuentran las otras tres: los derechos humanos. Ese salto cualitativo respecto de las políticas dominantes hasta el momento actual, ha de venir de la mano de la solidaridad abierta, entendida como expansión de la universalización del Derecho y los derechos, y definida como “conciencia conjunta de derechos y deberes que se muestra particularmente en momentos de riesgo o amenaza cuyo carácter común resulta evidente”. Es imperativo en este punto reflexionar sobre el modelo de constitucionalismo, como ámbito de reconciliación de la democracia y el Derecho, en el que sea posible superar el déficit de legitimidad democrática que achacamos a las políticas de la Unión Europea. El modelo de Estado constitucional parte de conside-

rar la Constitución como norma suprema y garantizada que ha de ser vista, en la línea de Smend, también como programa de desarrollo, y en la lectura de Locke recurre al control y la desconfianza como elementos fundamentales de la legitimidad. Como postula Ferrajoli, estaríamos ante un modelo en el que la fuerza normativa de la Constitución proyectaría su carácter vinculante para todos, especialmente para los poderes constituidos, y al tiempo también incluiría normas para trazar límites negativos y vínculos positivos respecto a los poderes reales a efectos de que estén en condiciones de decidir legítimamente.

Ese salto diferencial que encuentra su clave en el Derecho, permitiría abordar el test de la solidaridad abierta: el de la institución del asilo. Sólo recuperando ese derecho originario, en una apuesta por la solidaridad como complemento de la igualdad, es posible, caminar hacia esa sociedad ideal sin exilio de la que hablara Péguy. El asilo es, en una primera acepción, una exigencia de humanidad que conecta con la sacralidad de la vida, implicando el instinto de reconocimiento del otro y de ayuda y, al mismo tiempo, es el mecanismo jurídico con el que reaccionamos frente a la amenaza que acecha a millones de seres humanos. Por eso, desde la tradición del humanismo que el profesor De Lucas retoma, ese derecho va indisolublemente unido a la solidaridad relacionada con el deber de hospitalidad frente a quien padece la pérdida de ese fundamental arraigo que magistralmente analizó Simone Weil.

La noción de solidaridad abierta implica trabajar por el reconocimiento y garantía de los derechos de los inmigrantes y refugiados. La situación de *emergencia* en la que se encuentra la Unión Europea, la llamada crisis de los refugiados, que a la luz de las propuestas del profesor De Lucas sería una crisis de solidaridad, exige nuevos parámetros ante unos flujos mixtos que no pueden abordarse prioritariamente en clave de seguridad y orden público. Diversos ejemplos como el éxodo de los eritreos, más allá del acuciante caso sirio, ponen de relieve los lastres de la política europea en materia de migración y asilo que impiden superar ese reiterado incumplimiento de deberes jurídicos respecto a derechos básicos como la vida y el asilo. Entre los mencionados enfoques se sigue insistiendo en el manido efecto llamada, la consideración de las mafias de tráfico de personas como el principal problema cuando en realidad no son la causa del desastre sino intermediarios que se benefician de una situación perversa, la consagración de un modelo migratorio unido a las necesidades laborales que el profesor De Lucas gráficamente denomina como modelo hidráulico en la medida en que sólo piensa

en aquellos extranjeros que le son útiles, y la tesis de la cercanía de la situación de emergencia en la Unión Europea que estaría prácticamente colapsada por la invasión de los demandantes de asilo.

No sólo por razones morales los derechos humanos, entre ellos la vida y el asilo, conllevan obligaciones que superan las fronteras nacionales. Así, ante la aparente ceguera dominante, el profesor De Lucas reivindica la aplicación del Derecho Internacional de los derechos humanos en aspectos tan esenciales como el complejo de Convenciones del Derecho Internacional del Mar que concretan como obligación primaria la de socorrer a quien esté en riesgo de naufragio; o el Derecho internacional de los refugiados (con la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1966), de los que emanan obligaciones jurídicas y no meras concesiones graciables.

Asimismo se pone en valor el papel de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales como mecanismo de vigilancia del reconocimiento y garantía de los mismos. Dicha Agencia no sólo ha puesto de relieve en sus conclusiones y recomendaciones los importantes desafíos a los que se enfrenta la política europea de inmigración y asilo, sino que además ha manifestado su preocupación por la compatibilidad de la misma con la Carta Europea de Derechos Fundamentales, por lo cual anima a los diferentes Estados a adoptar iniciativas legales que desarrollen las garantías de los derechos que se ven cuestionados.

Persistir en políticas que no garantizan el derecho a la vida, pone en tela de juicio la legitimidad y la razón básica de obediencia, puesto que como ya afirmara Hobbes cuando el Estado no garantiza la vida es posible justificar la desobediencia.

El cumplimiento de esas obligaciones jurídicas primarias respecto a los seres humanos en la geopolítica del Mediterráneo por parte de la Unión Europea, es incompatible con el modelo de Europa fortaleza de los últimas décadas y con la insistencia propia de la teoría de Foucault de vigilar y castigar para defendernos de las amenazas contra la seguridad. Por ello, el profesor De Lucas advierte en este punto de una perversa comprensión de la solidaridad entendida a nivel europeo como forma de vigilar e impedir conjuntamente la llegada de inmigrantes y refugiados. En tal caso estaríamos ante una solidaridad *cerrada*, en una terminología articulada *sensu contrario* a la propuesta del autor de este ensayo, una alternativa egoísta entre europeos como la que se ha seguido, entre otras, en operaciones como Tritón o Egeo. Dichas medidas no han sido de salvamento y rescate, sino de estricta vigilan-

cia y control, en contraposición, por ejemplo, a la operación Mare Nostrum paradójicamente articulada en solitario por Italia.

Esa continua voluntad de blindaje, de fortificación, pondría en evidencia la falta de una auténtica política común capaz de dar respuestas, o incluso buscar alternativas, a largo plazo, que ha sido la característica dominante hasta ahora en una Unión Europea fuertemente marcada por su “hipocresía institucional”.

Olvidando el apuntado lema horaciano, hilo conductor ineludible en este trabajo, la Unión Europea parece estar en guerra contra los inmigrantes y los refugiados, una guerra que en muchos aspectos puede considerarse *sucia y clandestina*. Como el profesor De Lucas, en su compromiso con los derechos humanos, viene denunciando desde hace años, la Unión Europea practica una xenofobia institucional que convierte a los nacionales de terceros Estados en enemigos. Frente a ellos se justifica la necesidad de blindar nuestras fronteras y, lo que es más grave si cabe, de convertir las legislaciones de extranjería en una especie de derecho de excepción.

En efecto, los mayores atropellos a los principios y garantías propios del Estado de Derecho se han pretendido justificar en el marco de las políticas de inmigración y frontera, exceptuando reglas básicas del debido proceso o derechos como el de asistencia letrada. Así ha ocurrido en casos como las denominadas “devoluciones en caliente” que se han intentado legalizar torpemente, ante la flagrante vulneración de la normativa vigente que suponían, acudiendo a otras disposiciones normativas como la LO 5/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. La propia elección de la norma para intentar legitimar lo ilegal mediante una acelerada reforma fuera de lugar, como argumenta el profesor De Lucas, evidencia también, en mi opinión, el imaginario asociativo entre inmigración y seguridad que inspira, preside y recorre el conjunto de las previsiones españolas y europeas en materia de inmigración y asilo, que encuentra su máxima escenificación en las prácticas que se llevan a cabo en las fronteras.

La propia urgencia por evitar la llegada de potenciales solicitantes de asilo a territorio europeo, incluso cerca de sus límites geográficos, ha llevado a la externalización de la acogida y atención de los refugiados, en consonancia con la políticas de externalización de fronteras que la Unión Europea viene siguiendo, de forma ya evidente, en la última década y que supone también una externalización del ejercicio y garantía de los derechos. Así se articulan iniciativas de difícil comprensión como las que trasladan a Estados como

Egipto (con un cuestionable régimen que no hace pensar en una apuesta por los derechos humanos), Somalia o Túnez (que necesitan más bien ayuda), la carga de vigilar y recibir a los inmigrantes y refugiados.

En este complicado contexto, la Comisión Europea presentó una Agenda Europea de Migración, el 13 de mayo de 2015. El profesor De Lucas analiza, desde la experiencia y la maestría propias de quién lleva décadas ocupándose del estudio riguroso de las políticas europeas de inmigración y asilo, el impacto que puede tener esta nueva propuesta. La Agenda señala cuatro pilares para una mejor gestión de la inmigración que incluyen reducir los incentivos a la migración irregular, gestionar las fronteras para salvar vidas y proteger las fronteras exteriores, consolidar una política común de asilo, y una nueva política de migración legal. Con estos planteamientos la Comisión insiste en un plan de acción inmediata para asegurar el objetivo de salvamento y rescate de vidas humanas como prioridad esencial.

No puede obviarse que la Agenda apunta pasos positivos y relevantes, entre ellos la configuración de una nueva política de inmigración y asilo de la Unión Europea, ante el evidente fracaso que ha supuesto el intento de articulación armonizada a través del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) que incluso con prórrogas para su implementación no ha alcanzado el objetivo perseguido. Es reseñable la resistencia, cuasi automática, de los Estados a aceptar dicha política común en esta materia, renunciando a parte de la soberanía nacional y aceptando el principio de solidaridad que se encuentra expresamente formulado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Incluso aunque no se trate de articular una propuesta radicalmente diferente, tal como ha dejado claro la Comisión al insistir en el mantenimiento del Reglamento de Dublín como piedra angular, los Estados han mostrado su disconformidad en la puesta en práctica de una de las cuestiones fundamentales de este sistema: la distribución equitativa de la acogida de refugiados entre los Estados miembros de la Unión Europea. Esa objeción frontal puede comprometer la propuesta de una futura discusión de un Código de Asilo.

La polémica suscitada a propósito de las cuotas para repartir entre los Estados miembros el número de refugiados, sobre la base del principio de solidaridad, constituye una muestra más de ese desprecio por el derecho de asilo al que se refiere el profesor De Lucas a lo largo de este estudio en Estados como Reino Unido, Francia o Hungría, y claramente en España.

Como puntualiza el profesor De Lucas, la Comisión recibió el apoyo al plan de acción por parte del Secretario General de la ONU, quién en su dis-

curso, y como si se tratara de cuestiones equiparables, hizo una reserva a una posible misión militar europea que incluiría operaciones para destruir en origen las embarcaciones que utilizan las mafias que trafican con migrantes, aunque mostró su apoyo al refuerzo de los medios militares para “buscar y rescatar a los naufragos”, en consonancia con la intervención armada a la que se refería la Agenda para acabar con las mafias instaladas en la costa más occidental de Libia. El propio lenguaje utilizado que hace referencia a flujos, cuotas y números como si se tratara de objetos y no de personas demuestra, como conviene el profesor De Lucas con Sami Naïr, hasta qué punto nos encontramos ante “cuotas insolidarias” que olvidan que los que pagan realmente el tributo de la solidaridad hoy son los países más pobres.

La misión presentada como civil-militar por la Agenda Europea ha dado lugar a la misión denominada EUNAVFOR-MED que el profesor De Lucas examina minuciosamente a la luz, también, de la filtración de Wikileaks (que se recoge como anexo del libro) retomando, para entender la situación actual, la intervención en Libia en 2011. El resultado de la misma ha sido una especie de “caos en medio de una maraña de intereses”, puesto que de un mandato inicial de establecimiento de una zona vedada para proteger a la población civil, junto a un mandato ligado a la responsabilidad de proteger y la cláusula de “todas las medidas necesarias”, se han producido diferentes tipos de abusos.

Por ello, vistos los antecedentes, el profesor De Lucas apela al hecho de que la misión que pretende emprender la Unión Europea sea detallada y revisada al menos por el Parlamento Europeo, para evitar otra actuación más propia de lo que denomina una “política de cañoneras” y no una operación enmarcada en la política de solidaridad y cooperación. Ese elemento fundamental de supervisión y control mínimo no parece desprenderse de los documentos filtrados, en cuya interpretación es imprescindible la lectura del profesor De Lucas que permite no solo desentrañar el complejo entramado de siglas (ininteligible para los que no sean expertos en la materia) sino además, de forma sustancial, entender los importantes problemas jurídicos y políticos que implica una operación de este tipo, tomando en consideración los análisis de Steve Peers y Nicolas Gros-Verheyde.

Siendo indiscutible la necesidad de luchar contra las mafias, el autor de este libro invita a no realizar una lectura simplificada del problema evocando sin más que estas actuaciones criminales responden a las *necesidades del mercado*. Dichos delitos exigen respuestas a largo plazo que las clases polí-

ticas parecen no estar dispuestas a dar por su falta de rédito en el escenario electoral. Como ha insistido el profesor De Lucas a lo largo de su extensa obra es imprescindible comprender la dimensión global y compleja de estos desafíos para entender que sus causas reales se encuentran en el problema de desigualdad radical en las relaciones internacionales. Si no se ataca ésta, las soluciones sólo pueden ser parciales e insuficientes.

Son inaplazables medidas a medio y largo plazo que vengán a completar la actuación urgente inmediata. Las iniciativas que el profesor De Lucas propone en una dimensión práctica, que se conjugan con el análisis y la crítica previos, pueden agruparse en tres ámbitos de actuación. El primero hace referencia al salvamento y al rescate, retomando un modelo más cercano al de la mencionada operación *Mare Nostrum*, que debería en todo caso sufragarse de manera solidaria y obligatoria por todos los Estados miembros. Podría también recurrirse al artículo 43 del Tratado de la Unión para pedir a las armadas de dichos países que ofrecieran recursos en aras de articular esta tarea prioritaria.

El restablecimiento de las garantías necesarias para hacer efectivo el derecho de asilo en la Unión Europea es la segunda medida imprescindible. En este sentido, existen diferentes alternativas, como reforzar los programas de reasentamiento; garantizar la posibilidad de solicitar asilo en las embajadas y consulados en los países de origen y tránsito; activar políticas de concesión de visados humanitarios; hacer realidad la Directiva Europea de Protección Temporal; extender las posibilidades legales de la reunificación familiar, los programas privados de acogida y las posibilidades de los visados de estudio y trabajo; relocalizar a los refugiados en distintos países de la Unión Europea para un reparto más justo; y revisar urgentemente el programa de Dublín.

Por lo que se refiere a la política migratoria, en tercer lugar, hay que superar el modelo instrumental, supeditado a las reglas del beneficio y la competencia impuestas por el mercado y a la coartada del orden público y la seguridad. La Unión Europea debe, además, encaminarse a políticas de codesarrollo descentralizado, autogestionado tanto por los agentes de las sociedades civiles implicadas como por los inmigrantes. No se trata de pretensiones abstractas, sino de medidas concretas que aterrizan en exigencias determinadas como la derogación de la directiva de retorno de 2008 o el cierre de los Centros de Internamiento de Extranjeros.

Ante el análisis que este libro ofrece no es posible permanecer indiferente, puesto que, como advierte el profesor De Lucas, el mal moral de la

indiferencia conduce a esa *sociedad del menosprecio* que genera el olvido del reconocimiento tal como alerta Honneth. No hay aval para las políticas sobre inmigración y asilo que ahondan en el desdén de la solidaridad abierta como principio jurídico, como deber, garantía de derechos básicos como la vida y el asilo, al menos no lo hay para quienes como el profesor De Lucas no aceptan lo intolerable a la luz de esa concreción de la idea de justicia que son los derechos humanos.

ÁNGELES SOLANES CORELLA
Universitat de València
e-mail: angeles.solanes@uv.es

NOTICIAS

**Seminario Il Diritto tra libertà e sicurezza,
Curso de verano de la Università Niccolò Cusano,
Arpino, 24/26 de septiembre de 2015**

La Facultad de Giurisprudencia de la Unicusano de Roma, en colaboración con la Facultad de Giurisprudencia de la Università Magna Graecia de Catanzaro, ha promovido una *Summer School* en Arpino, celebrada los días 24 a 26 de septiembre. Las sesiones se celebraron en la sala de conferencias del Palazzo Ladislao, donde tiene su sede la Fondazione Mastroianni, centro museístico con una serie de obras y documentos de la familia del famoso actor Marcello Mastroianni, originaria de esta ciudad del bajo Lazio, conocida en la historia de Roma y de los estudios clásicos por algunos de sus hijos más ilustres como Marco Tulio Cicerón, Cayo Mario y Marco Vipsanio Agripa.

El tema del curso, *Il Diritto tra libertà e sicurezza*, fue abordado desde diferentes perspectivas, jurídica, política y filosófica por ponentes provenientes de varias universidades italianas y europeas. En las sesiones participaron 20 estudiantes de varias universidades, gracias a becas de estudio convocadas por las universidades promotoras de la iniciativa.

El tema principal del curso ha sido el referido a las perspectivas adecuadas para salvaguardar, al mismo tiempo, la libertad y la seguridad de los individuos y de la comunidad. Dos objetivos principales del Derecho, que no obstante a menudo aparecen en conflicto puesto que una amplia esfera de libertad de los individuos y de los grupos parece en ocasiones amenazar la seguridad, la estabilidad, la paz social, mientras que una plena garantía de la seguridad también parece en ocasiones colisionar con la libertad de expresión, de manifestación, de crítica, etc...

El jueves 24 de septiembre abrió los trabajos el profesor Francesco Maria De Sanctis con una ponencia que tenía por título *Diritto, Libertà, Sicurezza. Fra inizio e compimento della modernità*. La intervención se centró en la relación del Derecho con la libertad y la seguridad. Una vez definidos los tres conceptos e indicadas algunas posibles conexiones entre seguridad y libertad, desarrolló un análisis histórico de dicha relación en la modernidad, que se inició valorando el elemento de la seguridad, con el ejemplo de Thomas Hobbes, y

se concluyó en el ámbito de la libertad, por ejemplo con Tocqueville, los dos autores tomados como principales referencias.

En la tarde el Profesor Enrico Ferri, de la Università Niccolò Cusano trató el tema *Meno libertà, piu sicurezza: Hobbes e Freud, due visioni convergenti*, poniendo de relieve la relación, similar en muchos sentidos, que Hobbes y Freud establecen entre una visión antropológica de signo negativo, para la que el hombre es natural o tendencialmente agresivo, y el Derecho, entendido como una construcción artificial para satisfacer las necesidades de seguridad y paz, puestas constantemente en crisis por la presencia de las “pasiones” de tipo individualista, por ejemplo el deseo de superar al otro, de acuerdo con la teoría hobbesiana, o por la presencia en la psique humana de “pulsiones” de signo agresivo, consideradas ineliminables. El Profesor Marco Cossutta, de la Università di Trieste, abordó algunas relaciones entre *Sicurezza e diritto nella prospettiva politico-giuridica moderna*. La intervención puso en evidencia cómo en el plano histórico la relación entre el derecho y la seguridad ha generado lo que el ponente definió como una “des-responsabilización” de acuerdo con dos perspectivas. Por una parte los ciudadanos han intercambiado la seguridad con la capacidad de actuar políticamente, delegando esta capacidad al soberano. Por otra los juristas se han des-responsabilizado políticamente frente a un Derecho considerado seguro, indiscutible en tanto que creado por la autoridad competente, un Derecho que los juristas se limitan únicamente a aplicar, evitando un compromiso y una participación política a la hora de determinar las reglas jurídicas.

El viernes 25 la sesión se inició con la intervención del Profesor Francisco Javier Ansuátegui, de la Universidad Carlos III de Madrid, que resaltó la ambivalencia del Derecho en relación con la libertad: el Derecho supone siempre una cierta restricción de la libertad (derivada de su mismo carácter normativo) y al tiempo posee una gran capacidad para generar espacios de libertad y de igualdad. Por otra parte, se centró en el análisis de las dimensiones formales y sustanciales que hacen que el Derecho sea una estrategia de seguridad. En fin, defendió la tesis según la cual entre libertad y seguridad no existe ni tensión irresoluble ni contradicción conceptual.

El Profesor Adriano Ballarini, de la Università di Macerata, afrontó el tema *Sicurezza ed esistenza materiale*, centrándose en la cuestión del modo en que la temporalidad se configura en la visión de la sociedad capitalista, basada en el cálculo y en la previsión que el orden jurídico moderno ha asumido como fundamento. Una visión que sitúa la seguridad en el interior del

cálculo y de la previsibilidad, referidas a las estructuras planificadoras de la técnica y de las finanzas.

En el seminario participaron también dos profesores de Derecho administrativo, los Profesores Eugenio Mele y Gerardo Soricelli, ambos de la Università Niccolò Cusano, con un excursus histórico sobre la Administración pública, resaltando, si bien desde diferentes puntos de vista, las cuestiones ligadas a la política de la Administración pública en Italia en los últimos dos siglos, la seguridad y los poderes de los entes locales, las cuestiones de la relación entre certeza del Derecho y libertad de los ciudadanos. También el Derecho penal ha sido analizado por el Profesor Alberto Scerbo, de la Università Magna Graecia di Catanzaro, con una intervención sobre *Diritto penale e politica della sicurezza*, desarrollando un análisis crítico sobre la utilización de la seguridad en la política italiana de los últimos decenios, a menudo dirigida a justificar intervenciones de carácter restrictivo y limitativo de las libertades individuales, en nombre de una excepcionalidad diversamente interpretada y en defensa de una seguridad que parece constantemente amenazada.

ENRICO FERRI

*Conferencia inaugural de las actividades del
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas del curso 2015-2016
a cargo del Profesor Dr. Antonio Enrique Pérez Luño*

El pasado 23 de septiembre, tuvo lugar la Conferencia inaugural del curso 2015-2016 de las actividades de Posgrado del Instituto derechos humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, a cargo del Prof. Dr. Antonio E. Pérez Luño, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla, con el título “Los derechos fundamentales y sus enemigos: la corrupción política”. La tradición de realizar una Conferencia inaugural en el Instituto de derechos humanos fue instaurada por el Prof. Dr. Gregorio Peces-Barba y, en sucesivas ediciones, también ha estado a cargo del Prof. Dr. Elías Díaz. Es un momento único de poder disfrutar de las reflexiones un prestigioso académico en el inicio del curso académico.

En el trascurso de la conferencia de este año, el Profesor Pérez Luño partió por oponer la noción de derechos fundamentales y la noción de corrupción política. A continuación realizó un recorrido histórico que se iniciaba en la tipología de formas de gobierno de Aristóteles, donde ya se distinguían las formas corruptas de gobierno. Sobre la situación actual, el Profesor Pérez Luño resaltó que, en entornos administrativos en los que la corrupción está profundamente institucionalizada, resulta en ocasiones difícil atribuir culpa moral al funcionario público que actúa de la manera generalmente aceptada en su entorno. En este punto, el Profesor Pérez Luño aludió a la discusión planteada por Hannah Arendt (en relación con el caso Eichmann) sobre la anulación de la voluntad del funcionario y su conversión en una pieza más de una maquinaria administrativa corrupta.

La restricción de la corrupción a los ilícitos institucionalizados puede dar lugar a la insuficiencia deliberada de la legislación, de forma que determinados comportamientos que buscan el puro beneficio personal a través de la administración pública sean perfectamente legales y no merezcan reproche legal alguno. Sin embargo, la opción por una caracterización de la corrupción basada simple y llanamente en la ley es enormemente ventajosa desde el punto de vista de la certidumbre y la seguridad.

Finalmente, y en relación con la importancia fundamental de la ley, la corrupción puede ser capaz de generar conflictos referidos a las bases mismas del Estado de Derecho. La lucha contra la corrupción es, en este sentido

paralela a la defensa del Estado de Derecho y, más en concreto, de la idea del imperio de la ley y de su igual aplicación para todos los miembros de la sociedad.

JESÚS PÉREZ MORA
OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE

*Seminario***La teoría costituzionalistica del diritto: prospettive europee,
Modena, 23 y 24 de octubre de 2015**

Organizado y coordinado por el Profesor Francesco Belvisi, los pasados días 23 y 24 de octubre se celebró, en el Dipartimento di Giurisprudenza de la Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, el seminario *La teoría costituzionalistica del diritto: prospettive europee*. Dicho seminario estuvo patrocinado por la Fondazione Cassa di Risparmio di Modena, el Exzellenzcluster Religion und Politik de la Westfälische Wilhelms-Universität de Münster, la revista *Diritto & Questioni Pubbliche* y el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid.

El argumento principal en torno al cual se desarrollaron las diversas intervenciones estuvo constituido por la constatación de que la concepción constitucionalista del Derecho se está afirmando progresivamente en diversos niveles: el nivel estatal de los tribunales constitucionales, el de los tribunales europeos (Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos), y el nivel global del Derecho internacional. En todos estos niveles se está desarrollando un discurso que, en muchos de sus significados, está contribuyendo a matizar o reformular una concepción del Derecho en la que el iuspositivismo ha tenido un relevante protagonismo. En torno a esta gran idea, los asistentes pusieron en común diversas experiencias y puntos de vista relacionados con una comprensión del Derecho en la que las dimensiones interpretativas y argumentativas adquieren una progresiva importancia.

En el seminario, que contó con la participación de profesores italianos, alemanes, griegos, ingleses y españoles, se analizaron, desde un punto de vista interdisciplinar, aspectos básicos del desarrollo del constitucionalismo que, si bien tienen relevancia en los Ordenamientos jurídicos europeos, tienen un conjunto de consecuencias que van más allá del ámbito estrictamente europeo. Así, cabe señalar las aportaciones relativas al desarrollo del discurso constitucionalista en el marco supra estatal (F. Javier Ansuátegui y Gianluigi Palombella); a la posición de la propuesta neoconstitucionalista en un marco cultural caracterizado por el pluralismo y la secularización (Thomas Gutman y Athanassios Gromitsaris); a la influencia del constitucionalismo en el ámbito del Derecho Privado (François Du Bois); a la reformulación de la posición de los principios en el marco de una teoría de las

normas (Francesco Belvisi); a la relevancia del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional griega (Antonis Chanos y Stelios I. G. Koutnatzis); a la posición que tiene el juez constitucional en el marco del modelo constitucional (María del Carmen Barranco y Jörg Luther) y a la reconsideración de las influencias entre el constitucionalismo contemporáneo y determinadas propuestas incluidas en las aproximaciones hermenéuticas y positivistas (Baldassare Pastore y Aldo Schiavello).

A través de una estructuración de las sesiones en las que se conjugaban planteamientos generales con aspectos concretos, se desarrolló un interesante debate a partir de intervenciones y presentaciones cuyas versiones finales serán publicadas en un próximo número de la revista *Diritto & Questioni Pubbliche*.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

**II Congreso Internacional:
El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI,
Universidad de Zaragoza, 29 y 30 de octubre 2015**

Los días 29 y 30 de octubre tuvo lugar el Segundo Congreso Internacional “El tiempo de los derechos”, en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. El encuentro se celebró con el objetivo de dar continuidad a la colaboración de los grupos de investigación que participaron en el Programa HURI-AGE, Consolider-Ingenio 2010, desde 2008 y hasta 2014. Uno de los resultados del Proyecto ha sido la Red Temática “El tiempo de los Derechos”, cuyos miembros tuvieron la ocasión de debatir ampliamente sobre los derechos humanos, su implementación y su efectividad, en el espacio propiciado por el Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza.

Las sesiones tuvieron lugar durante todo el día del jueves y la mañana del viernes. El primer turno de las dos mañanas se reservó a sendas conferencias. A continuación, y después de una pausa, las sesiones se retomaron con mesas redondas.

El Congreso fue abierto con la conferencia *Derechos sociales, justicia y exclusión. Un comentario a Honneth*, del profesor Francisco Javier de Lucas Martín del Institut Universitari de Drets Humans de la Universitat de València. El profesor de Lucas mostró la utilidad de algunas de las categorías de Honneth para repensar fenómenos como la crisis de los refugiados. Entre otras cuestiones, en su presentación reflexionó sobre la humillación y la discriminación como elementos de negación de la dignidad y sobre el papel de las instituciones.

El tema de la mesa del jueves fue *Recuperar los derechos sociales*. Sobre esta cuestión, moderados por José Ignacio Lacasta, tuvimos ocasión de escuchar a Dolores Morondo (Instituto de Derechos Humanos de la Igualdad de Deusto), M^a Eugenia Rodríguez Palop (Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid) y Jaume Saura Stapà (Institut de Drets Humans de Catalunya y Adjunto General al Síndic de Greuges). En sus intervenciones abordaron aspectos distintos, aunque complementarios, del tema propuesto. Así, Dolores Morondo disertó sobre la conceptualización de la vulnerabilidad y su operatividad en relación con la igualdad y la solidaridad, y no como alternativa.

En la propuesta de la profesora Rodríguez Palop, la respuesta a los problemas de eficacia de los derechos sociales no viene de la mano de más dere-

chos sociales, sino de otra forma de concebirlos que supere la noción proto-liberal. En este sentido, subrayó las limitaciones ideológicas, estructurales y sociales del modelo del Estado social desde la crítica al keynesianismo y a la socialdemocracia y la reivindicación de una visión relacional de los derechos y de la apertura de espacios para la discusión pública y la cohesión social.

Por último, Jaume Saura se detuvo en una muestra de la colisión inevitable entre la globalización y la universalidad de los derechos, los tratados de inversiones. Tomando como ejemplo el Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Estados Unidos, subrayó su preocupación por el efecto desregulador de este tipo de acuerdos, y, sobre todo, por el recurso al arbitraje mixto para el arreglo de controversias.

En la primera hora del viernes, la profesora Laura Clérico de las Universidades de Buenos Aires y Erlangen-Nuremberg, habló sobre *Género y cuestión social en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos*. Tomando como ejemplo la Sentencia Campo Algodonero, y aplicando las categorías de redistribución y reconocimiento de Nancy Fraser, criticó el escaso interés mostrado por la Corte por las cuestiones de redistribución.

La mesa del viernes estuvo dedicada a *Los nuevos contextos de la tensión entre seguridad y derechos*. En ella desempeñó el papel de moderadora María José Bernuz, y tuvimos ocasión de escuchar a Raúl Susín de la Universidad de la Rioja, a Letizia Manzini de la Università degli Studi de Milan, José García Añón del Institut Universitari de Drets Humans de la Universitat de València y a Miguel Revenga de la Universidad de Cádiz. Raúl Susín mostró cómo, en un proceso cuyo inicio sitúa en torno al 11 S, la preocupación por la seguridad física (desde los atentados terroristas a las alertas alimentarias) ha desplazado de forma no ingenua la preocupación por la seguridad social, alterando con ello las raíces en las que se sustenta la legitimidad del Estado. Por su parte, Letizia Manzini mostró en qué medida esa misma preocupación por la seguridad física ha llevado a atribuir a las autoridades locales competencias en materia de seguridad para actuar a favor de lo que se define como orden público. José García Añón presentó abordó la identificación policial por perfil étnico en España; una práctica extendida que resulta discriminatoria y perjudica la confianza de las personas que forman parte de las minorías étnicas en la policía. Por último, Miguel Revenga insistió en el inmenso peligro que se deriva para la intimidad del espionaje masivo de datos móviles y de internet y llamó la atención sobre la necesidad de que los Estados fijen las reglas del juego y desarrollen fórmulas de control.

Las cuarenta y una comunicaciones presentadas se agruparon para la lectura y discusión en cuatro mesas que tuvieron lugar el jueves por la tarde. Tanto después las rondas de comunicaciones, como después de cada una de las intervenciones y de las mesas tuvo lugar un intenso y sugerente debate entre los asistentes, que contribuyó a enriquecer el encuentro.

MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS

*Talleres sobre derechos humanos, Filosofía del Derecho y Filosofía política
en el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
para el curso 2015-2016*

El pasado 19 de octubre se resolvió la convocatoria de Talleres sobre derechos humanos, Filosofía del Derecho y Filosofía política que cada curso académico viene realizando el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid.

Estas actividades, con gran tradición en el Instituto, recibieron un importante impulso y se extendieron en número a raíz del desarrollo del Proyecto Consolider Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” que tuvo como uno de sus principales objetivos la mejora de la calidad de la docencia en los estudios de postgrado mediante, entre otras actuaciones, la aplicación de nuevas metodologías docentes críticas, reflexivas y colaborativas. En la actualidad estos Talleres se enmarcan en el programa de actividades de la Red “El tiempo de los derechos” que ha tomado el relevo del anterior proyecto.

Los Talleres del IDHCB se dirigen a todos los/as alumnos/as de sus diferentes postgrados (el Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, el Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos y el Máster en derechos fundamentales). Precisamente, su intención es completar la formación reglada que reciben en sus respectivos estudios con una formación más específica en relación con temas, de gran relevancia teórica y práctica, que en los cursos formales tan solo se pueden abordar de manera general. Los Talleres que se han venido organizando durante estos años en el IDHCB han respondido siempre a intereses manifestados por sus estudiantes. Algunos de ellos son propuestos y coordinados por los propios alumnos (con el apoyo de un profesor) y otros son coordinados por profesores del IDHCB. Para su aprobación deben seguir unas reglas establecidas por la dirección del Instituto en cada convocatoria referida a los horarios de su celebración, a su no interferencia con otras actividades o al número de sesiones, entre otras.

En la convocatoria relativa al curso 2015/2016 se han aprobado un total de 6 Talleres:

Taller “Cine, Derechos Humanos y Personas En Situación De Vulnerabilidad”

Taller “Derechos Humanos Y Empresa”

Taller "En Defensa De Los Derechos De Las Mujeres: Voces Feministas"

Taller "Las Niñas Y Los Niños En Nuestras Sociedades. Reflexiones Sobre Su Realidad" Taller "Memoria, Archivo Y Derechos Humanos En El Ámbito Iberoamericano"

Taller "Pluralismo Cultural, Minorías Y Cooperación Solidaria"

Aunque la metodología concreta de cada Taller difiere en algunos aspectos, lo común a todos ellos es que tratan de fomentar la participación activa de los alumnos en su desarrollo, responsabilizándose de la exposición de algunos temas, mediante discusiones conjuntas de diversos materiales o a través del debate con expertos alejándose, por tanto, de la metodología tradicional de la conferencia magistral. Por ello creemos que son una importante herramienta que puede contribuir a mejorar el aprendizaje de nuestros alumnos/as y su implicación en su formación.

PATRICIA CUENCA GÓMEZ

PARTICIPANTES EN ESTE NÚMERO

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA

Ha sido profesor titular en las Universidades Complutense y Autónoma de Madrid y catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Cantabria y en la Universidad Carlos III de Madrid desde su creación en 1989. Autor de diez monografías, más de ciento cuarenta trabajos de investigación y editor o coautor de siete libros. Sus campos de estudio son la Filosofía del Derecho, la Filosofía Política, la Teoría de los derechos humanos y la Historia de las ideas políticas y jurídicas españolas de los últimos dos siglos. Es codirector de la Historia de los derechos fundamentales (22 volúmenes). También ha sido Vicerrector de las Universidades Autónoma de Madrid y de la de Cantabria, director del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Director del Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid.

ENRICO FERRI

Enseña Filosofía del Derecho en la Università degli Studi Niccolò Cusano en Roma, en la Facultad de Jurisprudencia, en la que es vicepresidente. Ha colaborado para algunos periódicos italianos como *Il Messaggero*, *Il Tempo*, *L'Unità*, y en sus estudios se ha ocupado de la filosofía alemana del siglo XIX, en particular de Max Stirner, sobre el cual ha publicado dos volúmenes *L'Antigiuridismo de Max Stirner* (1991), y *La Città degli Unici* (2001), y numerosos ensayos. Otros de sus temas de estudio son la cultura política de la extrema derecha italiana de la posguerra, en particular Julius Evola, de quien publicó diversos ensayos. Desde hace más de una década se ocupa de las relaciones con el mundo islámico y sobre este tema se ha encargado de organizar convenios, jornadas de estudios y ha presentado una serie de conferencias en Italia, Argelia, Turquía y Egipto. Actualmente dirige el Master "Musulmani in Italia" en la Universidad Unicusano, se encuentran recientes publicaciones acerca de este tema, en "Oriente Moderno" (diciembre 2013), "Sobre la presunta incompatibilidad Oriente-Occidente" y "Lenguaje religioso, lenguaje jurídico, lenguaje político, la cuestión de la traducibilidad" en la "Rivista internazionale di Filosofia del diritto" (diciembre 2013).

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

Catedrática de Filosofía del Derecho. Licenciada y Doctora en Derecho por la Universitat de València Estudi General (1988). La Tesis Doctoral recibió el premio nacional a tesis de carácter social y político. Directora del Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de València (2005-2010). Cuenta con publicaciones en revistas nacionales e internacionales. Autora de obras como *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación, Igualdad, Diferencias y Desigualdades*. Asimismo ha dirigido la edición de diversos libros como *Derecho y Sociedad, Derechos sociales: instrucciones de uso, La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración, Construyendo sociedades multiculturales*. Desde 1993 ha desarrollado su investigación en

el marco de proyectos I+D. En la actualidad es investigadora principal del proyecto *Justicia social, exigibilidad de los derechos humanos e integración* del programa Prometeo para grupos de excelencia (2014-2017), Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis del programa nacional de investigación de retos (2014-2016) y participa en la red *El tiempo de los derechos* del programa nacional Acciones de dinamización de redes de excelencia. Ha dirigido la revista *Anuario de Filosofía del Derecho* (2006-2015), *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho* (2006-2015) y es coordinadora de la revista *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, desde 2007.

FERNANDO LLANO ALONSO

Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sevilla, de cuya Facultad de Derecho es actualmente Vicedecano de Investigación y Doctorado. Ha realizado estancias de investigación en las universidades de Bolonia, Pavía y Trieste (Italia), Maguncia (Alemania), Edimburgo y Oxford (como *Academic Visitor* entre los años 2010 y 2014). Es responsable del grupo de investigación SEJ504: "Bioderecho Internacional". Ha publicado más de un centenar de trabajos de su especialidad, entre los que destacan sus monografías: *El pensamiento iusfilosófico de Guido Fassò* (1997); *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant* (2002); *El formalismo jurídico y la teoría experiencial del Derecho* (2009); *El Estado en Ortega y Gasset* (2010); y *El pensamiento iusfilosófico de Marco Tulio Cicerón* (2015). También es coeditor, junto a Alfonso Castro Sáenz, de tres libros colectivos: *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el Bicentenario de su muerte* (2004); *Meditaciones sobre Ortega y Gasset* (2005); y *Cicerón: el hombre y los siglos* (2015).

MATTEO ZATTONI

Se graduó con la máxima puntuación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia con una tesis en Sociología del Derecho sobre "Case di cura come esempio di istituzione chiusa?", y desde el 1 de febrero de 2008 trabaja en el Centro Interdepartamental de Investigación CIRSIFID de Bolonia. En febrero 2014 completó su doctorado en Filosofía del Derecho en la Universidad de Milán, con una tesis titulada: "Magistratura e politica: analisi storico-sociologica e nella rappresentazione dei telegiornali italiani" (director Prof. Vincenzo Ferrari, co-directora, profesora Stefania Pellegrini).

Desde el curso académico 2010-2011 junto con otros colegas, lleva a cabo la gestión y la docencia del seminario "Discriminazioni e diritto." Sus principales áreas de interés son la compleja relación entre discriminaciones y derechos y las relaciones entre el poder judicial, la política y los medios de comunicación.

JOSÉ MARÍA GARRÁN MARTÍNEZ

Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid y, desde 1992, Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Salamanca. Fui Secretario de la Facultad de Derecho y del Departamento. He publicado dos libros: *La prohibición de la mendicidad. La controversia entre Domingo de Soto y Juan de Robles en Salamanca (1545)* y *La doctrina de la "guerra justa" en el pensamiento de John Rawls*, así como diversos artículos sobre materias filosófico-jurídicas.

MERCEDES VIDAL GALLARDO

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Valladolid. Principales líneas de investigación: (1) Derecho de libertad de conciencia, relaciones Iglesia-

Estado y laicidad; (2) Libertad religiosa, trabajo y seguridad social en el ámbito de las confesiones religiosas; (3) Bioética, Bioderecho y derechos fundamentales en el ámbito de la sanidad; y, (4) Minorías, interculturalidad y gestión pública de la diversidad cultural. Ha impartido conferencias como Profesora invitada en diversas Universidades e Instituciones públicas y privadas de España, Italia, Portugal.

OCTAVIO SALAZAR BENÍEZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba. Responsable del Grupo de Investigación Democracia, Pluralismo y Ciudadanía. Líneas de investigación: Igualdad, Género, Derechos LGTBI, Diversidad cultural y religiosa. Autor, entre otros de: *El sistema de gobierno municipal* (2007); *Cartografías de la igualdad. Ciudadanía e identidades en las democracias contemporáneas* (2010); *Masculinidades y ciudadanía. Los hombres también tenemos género* (2013).

ASIER TAPIA GUTIÉRREZ

Licenciado en Derecho Económico por la Universidad de Deusto. Maestría en Estudios Internacionales por UPV-EHU y Cuestiones Contemporáneas de Derechos Humanos por la Universidad Pablo de Olabide. Doctorando en Discursos del Desarrollo y Derechos Humanos: EL caso de Colombia en Universidad de Deusto. Experiencia en cooperación internacional con AECID, PNUD e Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto. Profesor investigador en Fundación Unicolombo de derecho y Universidad Tecnológica de Bolívar en Relaciones Internacionales. Experiencia en investigación con diversas publicaciones en Derechos Humanos, Empresas y Pueblos Indígenas.

INSTRUCCIONES PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN DERECHOS Y LIBERTADES

Instrucciones para los autores establecidas de acuerdo con la **Norma AENOR UNE 50-133-94** (equivalente a **ISO 215:1986**) sobre **Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie** y la **Norma AENOR UNE 50-104-94** (equivalente a **ISO 690:1987**) sobre **Referencias bibliográficas**.

La **extensión máxima** de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 30 folios a espacio 1,5 aprox. y 10 folios a espacio 1,5 para las reseñas. Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract de 10 líneas con un máximo de 125 palabras y unas palabras clave (máximo cinco).

Los originales serán sometidos a **informes externos anónimos** que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Derechos y Libertades no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a Derechos y Libertades comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de Derechos y Libertades. Los originales no serán devueltos a sus autores.

Se deben entregar en **soporte informático PC Word** a las direcciones electrónicas de la Revista (**fcovavier.ansategui@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 2016), 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 para buscar otra forma de pago)

Titular de la cuenta _____

Datos de la cuenta (IBAN incluido):

Firma (imprescindible)

Fecha:

Remitir a Dykinson, S.L. (C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid – Fax 915446040)

Los datos que nos facilite serán tratados con la máxima confidencialidad. Serán incorporados a nuestros ficheros a efectos de informarle sobre bibliografía, teniendo usted derecho a solicitar su consulta, actualización o anulación.

DERECHOS Y LIBERTADES
Periodicidad semestral (enero-junio)

SUSCRIPCIONES (envío incluido)

Suscripción formato papel

2 números 36,00 €

Número suelto 20,00 €

Suscripción on-line

2 números 35,00 €

Número suelto 19,00 €

Artículo suelto 6,00 €

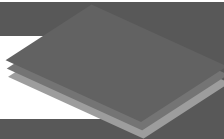


ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS

- 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**

CUADERNOS
"BARTOLOMÉ
DE LAS CASAS"



- Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas. Superposiciones entre las teorías de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y el feminismo en la reformulación de conceptos y estrategias político-jurídicas *por Monereo Atienza, Cristina*
- Una mirada a la robótica desde los derechos humanos *por Asís Roig, Rafael de*
- El papel (est)ético de la literatura en la conmemoración del holocausto *por Fernández Gil, María Jesús*
- La doctrina de la "guerra justa" en el pensamiento de John Rawls *por Garrán Martínez, José María*

Debates del Instituto Bartolomé de las Casas

- Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria *por Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (eds.)*
- La Laicidad *por Pele, Antonio*
- Ética y medicina *por Ramiro Avilés, Miguel Ángel*
- Terrorismo, justicia transicional y grupos vulnerables *por Dorado Porras, Javier*
- VIH y accesibilidad en tiempos de crisis *por Ramiro Avilés, Miguel Ángel*

**CONSULTE TODOS LOS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN EN
www.dykinson.com**

